

Observations à propos du projet d'accord constitutif de l'OPCO des « entreprises de services »

La présente chronique expose les principaux problèmes juridiques posés à l'occasion de la négociation d'un accord constitutif d'un OPCO (I) et esquisse les solutions envisageables quant à la gouvernance de l'OPCO (II). Elle s'appuie principalement sur la lecture de la dernière version du projet d'accord constitutif de l'OPCO des « entreprises de services ». Elle s'inscrit dans le prolongement de la chronique 145, consacrée à « la naissance d'un avatar dénommé OPCO ».

I. PROBLÈMES JURIDIQUES POSÉS PAR L'ACCORD CONSTITUTIF D'UN OPCO

1.1 NATURE JURIDIQUE DE L'ACCORD CONSTITUTIF

L'accord prévu à l'article L 6332-1-1, III, est qualifié à l'article R 6332-8 d'« accord de constitution d'un OPCO ». Cet accord doit donc constituer quelque chose, en l'occurrence une personne morale qui doit avoir un conseil d'administration paritaire, autrement dit il s'agit de la convention créant une association prévue par la loi du 1^{er} juillet 1901, donc des statuts.

En conséquence :

- Il ne s'agit pas d'un « accord sui generis », qui ne crée rien et ne fait qu'annoncer des intentions.

- Il ne s'agit pas d'un « accord collectif », son objet n'étant pas de régler les relations de travail dans l'entreprise. Il n'y a pas lieu de procéder à l'extension de cet accord.

- La notion d'« accord de désignation » n'a plus de signification. Au titre de l'ancienne législation, les entreprises devaient désigner l'OPCA auquel elles allaient verser leurs contributions. Cette désignation pouvait se faire par accord collectif susceptible d'extension, de sorte que toute la branche professionnelle soit gérée par un même OPCA. Désormais le collecteur des contributions est désigné par la loi, URSSAF ou MSA, et l'OPCO compétent pour gérer les prestations est déterminé soit par l'accord constitutif que les organisations de branche ont signé, soit désigné par l'administration pour les professions orphelines. Désormais, un « accord de désignation » conclu dans une branche n'a aucun effet si les organisations de la branche ne signent pas l'accord constitutif d'un OPCO.

1.2. AGRÉMENT DE L'ASSOCIATION

L'association a vocation à être agréé par l'Etat en vue de l'autoriser à gérer des ressources de nature fiscale. Normalement, l'arrêté d'agrément ne peut être publié que lorsque l'association aura acquis la personnalité juridique, c'est-à-dire après dépôt des statuts à la préfecture et insertion d'un avis au Journal officiel (article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901). En effet, on ne voit pas comment un organisme qui n'existe pas peut être agréé.

En conséquence :

- Si un arrêté d'agrément est publié avant que l'association n'ait acquis la personnalité juridique, un recours en Conseil d'Etat pourra évidemment être intenté par toute organisation syndicale intéressée.

- En raison des délais très courts imposés par l'administration pour créer les OPCO, il est évident que toutes les modalités de fonctionnement de l'association ne peuvent pas être précisées lors d'une première rédaction de l'accord constitutif, c'est-à-dire des statuts. Il faut rédiger un accord qui soit conforme aux exigences des articles R 6332-8 et 9. Ultérieurement un avenant aux statuts pourra compléter le dispositif (par exemple, mode de désignation des administrateurs, modalités de vote, etc.). Bien entendu, cet avenant devra être déposé en préfecture et un arrêté d'agrément rectificatif devra être pris.

1.3. MODALITÉS DE NÉGOCIATION DE L'ACCORD CONSTITUTIF

Conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901, l'association est créée par un accord entre ses futurs membres. En ce qui concerne les OPCO, la loi précise que ces membres doivent être des organisations représentatives des employeurs et des salariés. Le Conseil d'Etat a précisé que les conditions de représentativité sont celles exigées pour la négociation des conventions collectives (arrêt du 15 mars 1999).

L'accord constitutif est négocié et conclu par des organisations d'employeurs et de salariés. Il n'est pas précisé dans la loi que seules peuvent participer à cette négociation les organisations qui ont conclu un accord de branche et ce ne sont pas les « branches » qui adhèrent à l'OPCO mais des organisations d'employeurs et de salariés

En conséquence :

- Les membres de la future association se choisissent librement. Si une organisation participant aux négociations de l'accord constitutif n'approuve pas le texte final du projet d'accord, il est logique de penser qu'elle ne le signera pas. Si l'opposition est formulée par l'organisation patronale représentative d'une branche, il est clair que cette branche n'entre pas dans le champ de compétence de l'OPCO. Si l'opposition émane d'une ou plusieurs organisations syndicales de la branche, rien ne permet d'affirmer (sauf le bon sens) que la signature de l'organisation patronale n'est pas valable (sur la question de la désignation par l'administration, voir ci-après).

- Si, après le dépôt des premiers statuts, des organisations représentatives d'autres branches professionnelles décident d'adhérer à l'association, un avenant à l'accord constitutif doit être signé par les signataires initiaux et les nouvelles organisations adhérentes. En effet, cette adhésion modifie le champ d'application de l'accord constitutif et il faudra sans doute reconfigurer les instances délibératives de l'association. Ces nouveaux adhérents deviennent membres de l'association au même titre que les membres fondateurs (à moins que les statuts créent des droits particuliers pour les membres fondateurs, par exemple en ce qui concerne le nombre de voix lors des votes, ce qui est juridiquement possible mais peu démocratique). La nouvelle rédaction de l'accord constitutif devra faire l'objet d'un arrêté d'agrément.

1.4. CHAMP PROFESSIONNEL ET INTERPROFESSIONNEL DE L'ACCORD CONSTITUTIF

L'article L 6332-1-1, III, dispose que l'accord constitutif d'un OPCO est conclu par les organisations représentatives de branches professionnelles. Le caractère interprofessionnel pose plusieurs questions non résolues.

- Quel est l'objet d'un OPCO interprofessionnel ? Il ne peut s'agir que de la gestion du financement de la formation professionnelle des professions qui ne relèvent pas d'un OPCO de branche. Il s'agit donc des professions qui ne disposent pas d'organisation patronale susceptible d'adhérer à un OPCO de branche (les « professions orphelines ») mais aussi des branches professionnelles existantes dont les organisations représentatives n'ont pas signé l'accord d'un OPCO de branche mais qui ont été unilatéralement désignés par l'arrêté d'agrément d'un OPCO. Ces organisations peuvent adhérer par la suite et devenir membres mais c'est facultatif.

- Quel est le champ de compétence d'un OPCO interprofessionnel ? L'accord constitutif d'un tel OPCO doit être signé par des organisations représentatives au niveau interprofessionnel. Les articles L 2122-9 et L 2152-4 précisent qu'il s'agit d'organisations de salariés et d'employeurs qui sont représentatives à la fois dans l'industrie, la construction, le commerce et les services. Elles ne sont pas représentatives dans le « hors champ », l'agriculture, l'économie sociale, les services à la personne, les entreprises publiques. Les professions du hors champ sont doublement orphelines et on ne sait pas qu'elle OPCO est compétent pour elles.

- Plusieurs OPCO interprofessionnels peuvent-ils coexister ? Logiquement il ne peut y avoir qu'un seul, pour les professions orphelines. L'article R 6332-3 semble confirmer cette évidence. S'il y a deux voire trois OPCO interprofessionnels, l'arrêté d'agrément devra énumérer les codes APE des professions orphelines qui relèvent de l'un ou de l'autre OPCO, car à défaut France compétences ne saura pas à quel OPCO verser des ressources. Il y avait déjà deux OPCA interprofessionnels, mis les entreprises y adhéraient individuellement pour verser leurs contributions.

- Un même OPCO peut-il être à la fois professionnel et interprofessionnel ? C'était déjà le cas des OPCA AGEFOS et OPCALIA. Dans le silence des textes, ils étaient gérés pour les employeurs par les seuls CGPME et MEDEF. Désormais les organisations des branches doivent participer aux instances délibératives. Le collège des employeurs et celui des salariés devront donc comporter deux sous-collèges, les organisations interprofessionnelles et les organisations de branches.

1.5. ELARGISSEMENT DE L'ACCORD CONSTITUTIF.

L'administration doit agréer l'association créée par l'accord constitutif pour l'habilitier à gérer des ressources de nature fiscale. Elle n'agrée pas l'accord constitutif proprement dit. Par comparaison il est rappelé que le ministre peut étendre le champ d'application d'un accord collectif.

L'article L 6332-1-1, IV, donne à l'autorité administrative la compétence de modifier, par le biais de l'arrêté d'agrément, le champ d'intervention d'un opérateur de compétences, en en retranchant une branche professionnelle ou en y ajoutant une. Cette intervention doit être justifiée par le critère de cohérence et de pertinence économique. La décision de l'administration n'est pas précédée par une procédure de consultation préalable et aucune procédure d'opposition à l'arrêté d'agrément n'est prévue par la loi. Par comparaison, il est rappelé que le ministre peut élargir le champ d'application d'une convention collective, mais seulement lorsque la carence des partenaires sociaux est constatée et l'élargissement n'est pas possible si une opposition est formulée par écrit par une majorité des membres de la Commission nationale de la négociations collective – article L 2261-17.

En conséquence :

- La branche qui est retranchée du champ d'un OPCO doit se retirer de l'association et celle qui est agrégée à un OPCO ne peut pas participer à ses instances délibératives. Elle devient donc profession orpheline, et on peut se demander en vertu de quoi l'OPCO de rattachement peut l'accueillir si elle n'est pas en même temps OPCO interprofessionnel.

- Les organisations d'une branche qui est rattachée par arrêté à un OPCO dont elle n'est pas membre peuvent bien sûr y adhérer, à condition que les membres de l'OPCO de rattachement acceptent de signer un avenant pour les accueillir.

La loi n'autorise l'administration à désigner un OPCO différent de celui auquel une branche professionnelle a initialement adhéré dans le seul cas où le critère de cohérence n'est pas respecté. L'affectation à un OPCO d'entreprises et de branches professionnelles qui n'ont pas signé un accord constitutif – les professions orphelines – n'est pas prévu par la loi, sauf si on considère que ces professions doivent être rattachés à un OPCA interprofessionnel, et encore à condition que ces professions ne soient pas « hors champ » (voir ci-dessus).

Les pères de la loi du 1^{er} juillet 1901 n'avaient pas prévu une telle manipulation du droit des associations, donc du droit des contrats.

II. GOUVERNANCE DES OPCO

Une association est normalement administrée par une assemblée générale, un conseil d'administration, un bureau et un président. La loi de 1901 ne crée pas ces organes, elle oblige seulement à faire connaître à la préfecture les noms, professions, domiciles et nationalités de ceux qui sont chargés de l'administration ou de la direction de l'association. Dans le cas des OPCO, les articles R 6332-8 et 9 exigent un conseil d'administration paritaire ainsi que des sections professionnelles et des commissions.

L'organisation, par l'accord constitutif, de la composition et du fonctionnement du conseil d'administration et du bureau d'un OPCO ne posent pas de problèmes insurmontables. Ces organes existaient dans les OPCA.

Cependant, la nouvelle législation pose la question de la place des membres de l'association OPCO. Il est nécessaire de créer une assemblée générale, déterminer ses compétences, organiser son fonctionnement et préciser les modalités de vote.

2.1 UNE ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EST NECESSAIRE

Tous les membres d'une association ont vocation à participer à l'assemblée générale avec droit de vote. Cela concerne les membres fondateurs et, à égalité de droits, les adhérents ultérieurs.

Lorsque l'association ne comporte que peu de membres, on peut se passer d'assemblée générale et tous les membres participent au conseil d'administration. Les statuts précisent dans ce cas que le conseil d'administration fait fonction d'assemblée générale.

Ce dispositif ne vaut pas pour un OPCO qui a de nombreux membres : s'il y a, par exemple, 30 branches professionnelles, cela fait 30 organisations patronales mais dans les 150 syndicats (4 à 6 syndicats par branche). Tout le monde ne peut pas siéger au conseil d'administration. Le problème serait facilement réglé si, à l'intérieur de chaque confédération syndicale, les syndicats signataires d'un même OPCO créaient une fédération « ad hoc », dont l'unique objet serait de représenter les syndicats au conseil d'administration, mais apparemment cela n'est pas envisagé (cette observation peut aussi concerner les organisations d'employeurs).

2.2 DÉTERMINER LES COMPÉTENCES DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Il n'est pas pertinent de se contenter d'une assemblée générale consultative, appelée à entendre des rapports et éventuellement des réponses à des questions posées par les participants. Le vote de « quitus » sans pouvoir de sanction n'a pas de signification.

Une première liste de compétences est suggérée ci-après :

- Approbation de l'adhésion de nouveaux membres. Comme indiqué ci-dessus, l'arrivée de nouveaux membres modifie le champ d'intervention de l'OPCO, et il y a lieu de compléter les statuts, ce qui est de la compétence de toutes les assemblées générales d'association.

- Elire les membres du conseil d'administration. Dans un OPCO qui est simultanément professionnel et interprofessionnel, il faut instituer 4 collèges électoraux pour garantir la

représentation au C.A. des salariés des branches et des salariés de l'interprofession ainsi que des employeurs des branches et de ceux de l'interprofessionnel (voir ci-après).

- Entendre divers rapports, approuver les comptes, voter un budget de fonctionnement, adopter un programme relatif aux orientations, priorités de formation et prise en charge des actions etc.

2.3 DÉFINIR LES MODALITÉS DE VOTE

C'est la partie délicate de l'exercice. Il faut pondérer les voix en fonction de plusieurs critères étant entendu que dans tous les cas le nombre de voix dont disposent les employeurs soit égal au nombre de voix dont disposent les salariés.

- Définir le nombre de voix dont dispose l'interprofession (par exemple 20%) et le nombre de voix dont disposent les branches (donc 80%).

- Pondérer les voix pour les organisations syndicales de branche. Chaque organisation de salariés doit avoir au moins 1 voix. L'accord constitutif (ou plus exactement une annexe) peut attribuer une 2^{ème} voix, voire une 3^{ème}, une 4^{ème}, selon l'importance de la représentativité de chaque syndicat. S'il y a 150 syndicats on aboutit à l'attribution de 190 ou 200 voix. Ce total compte pour 40% des voix de l'ensemble des membres.

- Pondérer les voix pour les organisations d'employeurs des branches. Ensemble elles disposent du même nombre de voix que les syndicats, par exemple 190. S'il y a 30 organisations, il faut répartir ces voix en fonction de la représentativité des chaque organisations en fonction d'un critère à définir (nombre de salariés de la branche, masse salariale de la branche) et attribuant 3, ou 4 ou 5 etc. voix pour un total de 190.

- Le MEDEF dispose de 10% de voix dans l'hypothèse retenue. Comme 190 voix correspondent à 40%, 10% sont représentés par $190 : 4 = 47,5$ voix.

- Les 5 confédérations disposent également de 47,5 voix, à répartir.

A l'occasion de chaque vote, les membres disposeront d'un bulletin de vote personnalisé à leur nom et avec l'indication du nombre de voix (le vote à bulletins secrets est antidémocratique lorsque les électeurs sont des organisations qui doivent rendre des comptes). Au dépouillement, il n'y a plus qu'à compter les voix pour déterminer la majorité.

2.4 ORGANISER LE FONCTIONNEMENT DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Organiser une assemblée générale de près de 200 membres, dont certains ont besoin d'une autorisation d'absence, peut sembler compliqué. Il est possible d'organiser des assemblées générales par internet : envoi de documents, période consacrée à des questions posées par des membres ou des propositions et réponses du conseil d'administration, enregistrement des candidatures pour le conseil d'administration, envoi de bulletins de vote personnalisés, leur dépouillement éventuellement chez un huissier.

CONCLUSIONS

Les négociations en cours n'ont pas pour objet de conclure un accord collectif de travail, mais de créer des associations, les OPCO.

Ces négociations sont difficiles dans la mesure où il s'agit de constituer dans le cadre d'une nouvelle législation des associations susceptibles d'être agréées pour gérer des ressources de nature fiscale. De surcroît l'administration limite à 11 le nombre d'OPCO à créer à la place des 20 OPCA actuels, ce qui conduit à des mariages forcés, notamment entre des organisations patronales en situation de concurrence. En outre cette phase de la négociation doit s'achever d'ici le 1er avril 2019.

En même temps ces négociations se situent dans le cadre du droit des associations. Ceci implique que l'accord dit « constitutif » qui sera signé par des organisations représentatives d'employeurs et de salariés et qui sera les statuts de l'association devra être déposé en préfecture et faire l'objet d'une publication au journal officiel. Ce n'est qu'au terme de cette procédure que les OPCO pourront être agréés. A ce titre, la difficulté principale est d'organiser la participation d'un grand nombre d'organisations patronales et syndicales à la gestion de l'association. Il faut donc prévoir une assemblée générale des membres et pas simplement une assemblée consultative et tenir compte du fait que ces membres sont représentatifs de branches professionnelles plus ou moins importantes en termes de salariés employés et de masse salariale.

En définitive il apparaît que l'architecture juridique des OPCO a été transposée sans réflexion préalable de celle des fonds d'assurance formation et des OPCA qui ont disparu.

Arnold Brum, Jean-Marie Luttringer
10 mars 2019