

Lettre ouverte au président du Copanef à propos du risque d'insécurité juridique qui pèse sur les OPCA

Monsieur le président,

Je prends l'initiative de vous envoyer cette lettre après avoir pris connaissance de celle envoyée à la DGEFP, par les présidents et vice-présidents de 12 OPCA dont certains relèvent du champ de l'ANI et d'autres se situent « hors champ ». Les signataires de ce courrier demandent à l'administration d'interdire aux deux OPCA interprofessionnels (en l'occurrence AGEFOS-PME et OPCALIA) de collecter, en dehors de leurs champs d'interventions respectifs, les nouvelles contributions conventionnelles et les versements volontaires que la loi autorise les OPCA à gérer.

Les signataires de la lettre invoquent divers arguments à l'appui de leur demande, qui au total, même s'ils peuvent être discutés au plan de la technique juridique, emportent la conviction. **Aussi, mon propos n'est-il pas de surenchérir sur la base de cette argumentation technique articulée autour de la portée de l'agrément administratif, mais de placer le débat en amont, c'est-à-dire au niveau de l'accord constitutif de l'OPCA qui fait l'objet de l'agrément.** Cet accord doit nécessairement préciser le champ d'intervention de l'OPCA ainsi que son objet social et les ressources y afférentes. Or ces questions ne relèvent pas d'un acte unilatéral de l'administration (agrément), mais d'une décision politique des organisations représentatives signataires de l'accord constitutif de l'OPCA.

Dès lors que le débat juridique technique soulevé par les 24 signataires paritaires cache en réalité un enjeu politique majeur pour les partenaires sociaux, il appartient, me semble-t-il, au Copanef, nouvelle instance de gouvernance du système paritaire de la formation professionnelle, dont vous assurez la présidence, de se saisir de la question.

Voici quelques arguments, fondés sur le droit de la négociation collective, et non sur le droit administratif de l'agrément, à l'appui de mon propos.

I. APPLICATION DU « DROIT DES SALARIES A LA NEGOCIATION COLLECTIVE » AU DOMAINE DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE.

1. Le droit commun de la négociation collective.

L'article L. 2221-1 du code du travail affirme **le droit des salariés à la négociation collective**, notamment de la formation professionnelle et de leurs garanties sociales. La notion de garantie sociale, comme l'a indiqué en 1971, Jean Fontanet alors ministre du Travail à l'occasion du débat parlementaire relatif la négociation collective, englobe également la formation professionnelle continue. La notion de formation professionnelle n'a été introduite qu'en 2004 par la loi Fillon sur le dialogue social et la formation professionnelle. Ni le législateur de 1971 ni celui de 2004 n'ont exprimé l'intention d'instituer un droit spécifique de la négociation collective applicable au seul domaine de la formation professionnelle. Le Conseil d'État a eu l'occasion de confirmer ce point de vue dans les termes suivants : « *Les dispositions du code du travail qui prévoient que l'agrément est subordonné à l'existence d'un accord conclu entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives dans le champ d'application de l'accord n'ont pas entendu déroger aux dispositions du même code qui régissent la conclusion d'un accord collectif de travail* ». Arrêt n° 19-81-42. Du 15 mars 1999. Forco/CGPME.

C'est par conséquent à l'aune du droit commun de la négociation collective que doit être appréciée la question soulevée par les 24 signataires paritaires de la lettre adressée la DGEFP.

2. Identification des dysfonctionnements.

L'application du droit commun de la négociation collective à la création des OPCA, à la définition de leur champ d'intervention, à leur organisation paritaire, connaît de nombreuses distorsions - définition extensive du champ interprofessionnel, prééminence sur le hors champ- qui se sont installées au fil des décennies, sans réelle cohérence juridique, comme l'aboutissement d'une histoire dans laquelle le lobbying patronal, préoccupé par le renforcement de son influence à travers les OPCA, l'a emporté sur « le droit des salariés à la négociation collective » au sens de l'article L. 2221-1 du code du travail.

La dernière réforme de la formation professionnelle, issue de la transposition législative de deux accords nationaux interprofessionnels, couronnée par la loi du 5 mars 2014, loin de corriger ces dysfonctionnements, a eu pour effet de les accentuer en créant une insécurité juridique autour des contributions conventionnelles et des versements volontaires, et un champ de tensions entre OPCA de branches et OPCA interprofessionnels, comme l'atteste la récente lettre des 12 OPCA (La méthode dite « de la loi négociée » qui repose sur la transposition fidèle par le législateur, réduit au rôle de moine copiste, d'un accord interprofessionnel, plus politique que juridique, n'est pas étrangère à ces dysfonctionnements, voir chronique 83 site www.jml.conseil.fr).

II. LES CONTRIBUTIONS CONVENTIONNELLES ET LES VERSEMENTS VOLONTAIRES, SOURCE D'INSECURITE JURIDIQUE.

1. Les OPCA serviteurs de trois maîtres.

1. Les OPCA sont dorénavant les serviteurs de 3 maîtres : les pouvoirs publics au titre de la gestion d'une contribution fiscale fixée à 1 % de la masse salariale (pour les entreprises de plus de 10 salariés et à 0,55 % pour les entreprises de moins de 10 salariés) ; la branche professionnelle au titre d'une possible contribution conventionnelle mutualisée pour le compte des entreprises de la branche ; des entreprises individuelles qui décident d'effectuer des versements volontaires à un OPCA, en dehors de toute contrainte juridique et de mutualisation, et, dans les faits, en s'affranchissant du paritarisme...

Chacun de ces maîtres impose à l'OPCA sa propre loi qui résulte de la qualification juridique et du régime des ressources dont la gestion lui est confiée.

2. La qualification et le régime juridique des contributions conventionnelles et des versements volontaires.

Au titre de la contribution légale (1 % ou 0,55 % de la masse salariale), dont la qualification juridique est celle d'une contribution fiscale de toute nature, l'OPCA est délégataire, sous le contrôle de la puissance publique, d'une mission de service public comme l'a récemment rappelé le conseil d'État (voir Droit social décembre 2014. Stéphane Rémy « La régulation et le contrôle du système de formation professionnelle »). Les mécanismes de contrôle et de sanctions de la loi fiscale instaurés en 1971, demeurent en vigueur pour cette ressource (Reversement au Trésor public possible retrait d'agrément...).

Au titre de la contribution conventionnelle supplémentaire, instituée librement par accord professionnel national, les OPCA gèrent des ressources dont la qualification et le régime juridique, relèvent du droit privé, comme c'est le cas d'autres « garanties sociales » telles que les retraites complémentaires ou la prévoyance. Ni le contentieux du recouvrement, ni l'affectation des ressources au développement de la formation professionnelle, ni d'éventuelles sanctions en cas de mauvais usage des ressources ne sauraient relever des mêmes règles que celles qui prévalent pour la contribution légale.

Quant aux versements volontaires des entreprises, ils s'analysent au plan juridique comme l'achat par l'entreprise d'une prestation de service à l'OPCA, ce qui fait de celui-ci un commerçant et l'expose (au-delà d'une limite tolérée par l'administration fiscale), à l'application du droit de la concurrence ainsi que celui de la fiscalité des sociétés commerciales.

3. La qualification juridique de la ressource résulte de son acte fondateur.

Le fait que le même agrément délivré par les pouvoirs publics englobe trois types de ressources, et autorise leur cohabitation, ne change rien à la différence radicale de leur qualification et de leur régime juridique respectif. L'agrément n'a pas pour effet l'absorption de ces différentes qualifications juridiques par la qualification dominante, à savoir celle d'une contribution fiscale. **La qualification juridique d'une ressource résulte de l'acte juridique qui l'institue et non de la structure qui la gère.**

Il n'est pas certain que cette cohabitation résiste à l'épreuve du temps sans entraîner des tensions, d'ores et déjà révélées par la lettre des 12 OPCA, et des contentieux qui conduiront à un réexamen de l'identité de ces institutions paritaires que sont les OPCA : délégataire d'une mission de service public ? Gestionnaire d'une garantie sociale (et retour aux origines du fonds d'assurance formation) ? Prestataire de services soumis au droit de la concurrence et à la fiscalité des activités commerciales ?

Ces facteurs d'insécurité juridique, introduits par la loi du 5 mars 2014 viennent s'ajouter et exacerber des dysfonctionnements plus anciens résultants d'une définition « extensive », pour des raisons de concurrence patronale (CGPME Medef), du champ d'intervention des deux OPCA interprofessionnels.

III. LA DEFINITION CONTESTABLE DU CHAMP D'INTERVENTION DES DEUX OPCA « INTERPROFESSIONNELS ».

1. Rappel des règles qui président à la création des OPCA interprofessionnels.

Pour être habilités à collecter les contributions obligatoires au financement de la formation professionnelle, qui sont de nature fiscale, les organismes collecteurs doivent être agréés par l'autorité administrative.

L'article L. 6332-1 dispose, au dernier alinéa, que « *l'agrément est subordonné à l'existence d'un accord conclu à cette fin entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives dans le champ d'application de l'accord. S'agissant d'un organisme collecteur paritaire interprofessionnel, cet accord est valide et peut être agréé même s'il n'est signé, en ce qui concerne la représentation des employeurs, que par une organisation syndicale.* »

Les articles L. 6331-2 et L. 6331-9 précisent que « *l'employeur (...) verse à l'organisme collecteur paritaire agréé désigné par l'accord de branche dont il relève ou, à défaut, à l'organisme collecteur paritaire agréé au niveau interprofessionnel, un pourcentage minimal du montant des rémunérations versées (...).* »

La mise en œuvre de ces dispositions conduit à faire appel à des règles posées par le droit des associations et le droit de la négociation collective mais qui sont appliquées avec une étrange mansuétude aux OPCA interprofessionnels.

Les organismes collecteurs sont des personnes morales à but non lucratif créées par un accord entre des membres fondateurs qui sont des organisations de salariés et d'employeurs. Ce sont des associations. Les fonds d'assurance formation jouissent d'une personnalité juridique « sui generis » par détermination de la loi, mais en pratique ils recourent également à la forme juridique de l'association.

L'accord constitutif crée une personne morale qui doit respecter les formes et conditions de la négociation collective. Ce n'est pas un accord collectif qui aurait pour objet la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés et la création de droits et d'obligations qui s'appliquent aux contrats de travail.

Cependant, l'article L. 6332-1, ci-dessus cité, précise que cet accord est conclu entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives dans le champ d'application de l'accord. Les organisations signataires de l'accord constitutif doivent être représentatives dans le champ professionnel pour lequel l'organisme collecteur sollicite l'agrément en vue du recouvrement des contributions. L'article R. 6332-4 indique d'ailleurs que cet accord constitutif « détermine le champ d'intervention géographique et professionnel ou interprofessionnel de l'organisme collecteur ».

Il en résulte que l'accord doit être négocié et conclu comme une convention ou un accord collectif (Voir arrêt du Conseil d'État cité plus haut).

2. Les OPCA interprofessionnels bénéficient d'étranges passe-droits.

- **L'Administration agréée deux OPCA interprofessionnels concurrents.**

L'article L. 6332-1 ci-dessus rappelé indique à la dernière phrase que l'accord créant un OPCA interprofessionnel est valide même s'il n'est signé que par une organisation d'employeurs. Cette précision est parfaitement inutile, puisque par définition un accord interprofessionnel est valide s'il n'a été signé que par une organisation représentative au niveau interprofessionnel selon les critères posés par l'article L. 2152-4. Cette phrase est mise en avant pour dissimuler le fait que l'administration agréée deux accords constitutifs d'OPCA interprofessionnels, l'un, signé par la CGPME, créant AGEFOS-PME, l'autre, signé par le MEDEF, créant OPCALIA.

Ce double agrément, produit de l'histoire (AGEFOS-PME est né en qualité de fonds d'assurance formation, sur une base volontaire dès 1972, alors OPCALIA, anciennement OPCAREG, est issu d'une contrainte imposée par la loi quinquennale en 1994), n'en est pas moins dérogatoire par rapport au droit de la négociation collective qui n'autorise pas qu'un même champ d'application (en l'occurrence interprofessionnel) soit couvert par deux accords distincts ayant le même objet. Le conseil d'État dans deux arrêts identiques considère que le chevauchement des champs

d'application de conventions collectives créerait une insécurité juridique. Ce qui vaut pour la procédure d'extension vaut pour la procédure d'agrément (Conseil d'État 6 novembre 2000, fédération nationale des travaux publics et conseil d'État 15 mai 2006, syndicat métallurgie Isère CFE-CGC).

- **Les OPCA interprofessionnels peuvent accueillir des entreprises du « hors champ ».**

Les organisations d'employeurs doivent être représentatives dans le champ d'application de l'accord constitutif d'un OPCA qu'ils signent. Or en application de l'article L. 2152-4, le MEDEF et la CGPME ne sont représentatifs que dans l'industrie, la construction, les commerces et les services.

Les professions relevant de l'agriculture, des activités libérales et de l'économie sociale sont « hors champ » des accords signés par le MEDEF et la CGPME. Cependant, l'administration exige que les entreprises de ces professions qui ne relèvent pas d'un accord collectif désignant un OPCA doivent cotiser à l'un ou l'autre des deux OPCA dits interprofessionnels. Ces entreprises devraient pouvoir cotiser à un OPCA « multi-professionnel » créé par accord signé par une organisation « multi-professionnelle » prévue par le nouvel article L 2152-2.

L'obligation, pour une entreprise qui n'est pas représentée par une organisation d'employeurs interprofessionnelle, de cotiser à un OPCA interprofessionnel n'est pas conforme au droit de la négociation collective.

- **Les OPCA interprofessionnels peuvent accueillir des branches non signataires de l'accord constitutif.**

L'administration a agréé OPCALIA et AGEFOS pour gérer les contributions de plusieurs dizaines de branches professionnelles les ayant désignés par accord collectif.

Les organisations d'employeurs représentatives de ces branches n'ont pas signé les accords constitutifs d'OPCALIA et d'AGEFOS et elles ne siègent pas dans les instances délibératives de ces OPCA où les employeurs ne sont représentés que par le MEDEF, d'une part, par la CGPME, d'autre part. Elles n'ont pas non plus mandaté le MEDEF ou la CGPME pour les représenter. De surcroît, certaines de ces branches sont « hors champ ».

L'agrément ne pouvant être accordé qu'à un OPCA dont l'accord constitutif est signé par des organisations représentatives dans son champ d'application, l'administration doit exiger que les accords constitutifs des OPCA interprofessionnels soient signés par les organisations d'employeurs les ayant désignés par accord de branche. Celles-ci devront être parties prenantes aux instances de gouvernance des OPCA, assemblée générale et conseil d'administration.

- **Les OPCA interprofessionnels sollicitent l'adhésion directe d'entreprises indifféremment de leurs champs conventionnels.**

L'accord constitutif d'AGEFOS-PME prévoit que peuvent adhérer à l'OPCA les entreprises qui lui versent les contributions légales ainsi que les entreprises qui envisagent de verser à AGEFOS-PME uniquement des contributions volontaires. La référence à la notion d'adhésion masque en réalité une opération commerciale consistant à faire signer à « l'adhérent » un contrat de prestations de services, non résiliable avant trois ans, comportant de la part des entreprises des versements d'acomptes qualifiés de « contributions volontaires » en contrepartie « d'actions finançables définies par le conseil d'administration d'AGEFOS-PME » (article 6-1 de l'accord constitutif révisé le 6 janvier 2015). Derrière la fiction de « l'adhérent » se cache en réalité au plan juridique le contribuable (obligation légale), l'entreprise cotisante et le salarié « ayants droit » (contribution conventionnelle) ainsi que « le client » (Versements volontaires).

L'accord constitutif d'OPCALIA se réfère également à des adhérents sans pour autant organiser un processus d'adhésion.

Les OPCA étant des personnes morales dont les membres adhérents sont, en application de l'article L. 6332-1, des organisations représentatives des salariés et des employeurs, dans un champ d'intervention donné, il n'est pas possible d'agréer un OPCA qui prévoit une prétendue adhésion directe d'entreprises, indifféremment de leurs champs conventionnels propres, pour masquer une opération commerciale.

CONCLUSIONS.

1. Les trois facteurs d'insécurité juridique, qui viennent d'être évoqués -les contributions conventionnelles, les versements volontaires, et la définition du champ d'intervention interprofessionnel- relèvent en premier lieu de la compétence du Copanef. Celui-ci, peut, a minima, se prononcer par voie de délibération sur le régime, la qualification juridique et l'affectation des ressources conventionnelles (sont-elles soumises à cotisations par exemple...) et volontaires, collectées et gérées par les OPCA, ainsi que sur la définition du champ d'intervention des OPCA interprofessionnels. Il peut également demander aux signataires de l'ANI de négocier un avenant portant sur ces questions. Enfin il peut demander à tous les OPCA du champ de lui soumettre leurs accords fondateurs et leurs statuts révisés compte tenu des apports de la loi du 5 mars 2014, et formuler un avis qu'il transmettra à l'administration préalablement à la procédure d'agrément, voire d'extension pour ceux des accords fondateurs concernés par cette procédure.

2. La rencontre entre le droit commun de la négociation collective et du domaine particulier de la formation professionnelle suscite bien d'autres fragilités et dysfonctionnements sur lequel le Copanef pourrait utilement se pencher. Il en va ainsi de l'organisation, du fonctionnement et du processus de décision de nombreuses CPNE, qui ont vu leurs compétences considérablement

accrues à l'occasion de la dernière réforme de la formation professionnelle, de la question du champ et du hors champ, ainsi que sur les limites du service de proximité rendue par les OPCA aux entreprises et aux salariés... compte tenu de la personnalisation croissante des droits.

3. La dérive commerciale dénoncée par les 24 signataires paritaires de la lettre à la DGEFP, outre le fait qu'elle génère une concurrence artificielle et illégale entre des OPCA dont le champ d'intervention est défini par l'acte fondateur et l'agrément, ne saurait être considéré comme une expression « du droit des salariés à la négociation collective ». Elle fait par ailleurs courir le risque à l'ensemble du système paritaire de gestion de la formation d'une déstabilisation par des initiatives contentieuses d'opérateurs privés pour pratiques anticoncurrentielles et abus de position dominante.

J'espère Monsieur le président que cette lettre ouverte contribuera à la clarification du débat ouvert par 26 présidents et vice-présidents d'OPCA sur plusieurs facteurs d'insécurité juridique, dont certains sont anciens, et d'autre résultent de quelques dispositions insuffisamment précises de la loi du 5 mars 2014.

Bien cordialement,

Jean Marie Luttringer

Avec le concours d'Arnold Brum consultant, partenaire de JML conseil.