

La fabrique des OPCA 6 : du principe du paritarisme à son régime juridique

Ecrit par Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer, publié le 1 avril 2011

« Le processus de regroupement des OPCA en cours offre aux partenaires sociaux l'occasion de se pencher en vraie grandeur sur le régime juridique du paritarisme, c'est-à-dire sur une organisation juridiquement pacifiée, fondée sur le principe de parité, de la gouvernance de la formation considérée comme 'une garantie sociale', dans l'intérêt commun des salariés et des entreprises » : C'est ce que soulignent Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems, dans leur nouvelle analyse publiée sur le Club AEF. Sixième du cycle consacré à « la fabrique des OPCA », cette chronique a pour objet de « contribuer à la définition d'un régime du paritarisme au sein des OPCA ». Les deux juristes soulignent ainsi que, « si le concept de parité sous-tend la construction de ce régime, il est également en interaction étroite avec la question évolutive et sensible de la représentativité des organisations syndicales de salariés et d'employeurs ».

1. Contexte et enjeux

La loi qui impose sans ambiguïté le paritarisme comme **principe** de gouvernance des OPCA, (article L. 6332-1 du code du Travail) ainsi que des FAF (article L. 6332-7) n'en définit nullement le **régime**, c'est-à-dire les modalités concrètes de mise en oeuvre. Une seule disposition relative aux fonds d'assurance formation prévoit que : « le conseil d'administration du fonds d'assurance formation est composé d'un nombre égal de représentants des employeurs et des organisations de salariés. » (Article R. 6332-48.). Il appartient par conséquent aux partenaires sociaux qui prennent l'initiative de la création d'un OPCA ou d'un fonds d'assurance formation, de le préciser dans les textes fondateurs : accord collectif, statuts, règlement intérieur, et protocoles d'accord conclus par le collège employeurs et par le collège salarié. L'association gestionnaire créée par des partenaires sociaux représentatifs dans le champ d'intervention, ne deviendra OPCA, qu'à la condition que ses fondateurs apportent la preuve à l'occasion de la procédure d'agrément qu'ils se sont soumis à la loi du paritarisme. (Article L. 6332-1 alinéa 3). Lorsque l'OPCA a été créé sous la forme juridique d'un fonds d'assurance formation de salariés, la question de la preuve ne se pose pas de la même manière car cette personne morale « sui generis » est paritaire par construction, à la différence de l'association loi 1901.

C'est précisément parce que le régime du paritarisme est laissé à l'initiative des partenaires sociaux que ceux-ci, à l'instigation du gouvernement, ont engagé une négociation pour clarifier leur doctrine en la matière. Cette négociation ne concerne bien entendu pas que le seul champ de la formation, elle englobe toutes les institutions paritaires existantes (assurance chômage, retraite complémentaire, prévoyance, 1 % logement...). Le résultat de cette négociation pourra sans doute avoir des incidences sur le régime de la gestion paritaire des OPCA. Cependant, pour l'heure, il n'en est rien, et ce sont les négociateurs du champ spécifique de la formation qui devront, dans les mois qui viennent, préciser le régime paritaire des OPCA issus du processus de regroupement en cours.

Rappelons que le paritarisme est une technique de gestion dans laquelle les deux parties sont représentées à **parité** et prennent des décisions selon une règle stricte de répartition des voix. Dans la négociation collective au contraire, le processus de prise de décision repose sur un rapport de force ouvert entre négociateurs légitimés à cet effet par la loi en raison de leur représentativité, et non sur un décompte arithmétique des voix attribuées à des collèges constitués à parité. C'est en effet le concept de « parité » qui constitue le fondement de la gestion paritaire. Parité se conjugue avec égalité et majorité. L'égalité renvoie au poids respectif de chacun en fonction de sa représentativité, et la majorité aux modes de prise de décision dans des instances paritaires dont l'un des collèges est composé d'organisations syndicales de salariés pluralistes et souvent concurrentes, et l'autre par des organisations d'employeurs, davantage enclines à s'exprimer d'une seule voix au sein des conseils d'administration des organismes paritaires.

Cette sixième chronique de la fabrique des OPCA a pour objet de contribuer à la définition d'un régime du paritarisme au sein des OPCA.

Question 1 : Qui sont les titulaires du droit à la gestion paritaire ?

Dans le domaine particulier des OPCA qui nous occupe ici, la relation entre négociation collective et gestion paritaire connaît quelques singularités, déjà abordées dans les chroniques précédentes, et qu'il est utile de rappeler brièvement pour apprécier leurs effets sur la gouvernance paritaire.

La première singularité réside dans le fait que l'accord fondateur d'un OPCA n'est pas un accord collectif de travail au sens classique du terme mais un simple accord portant création d'une association paritaire, ou d'un fonds d'assurance formation, dans le but d'obtenir un agrément au titre de la contribution des entreprises. Cet accord ne peut être conclu que par les organisations d'employeurs et de salariés représentatives dans son champ d'application (Article L. 6332-1 dernier alinéa). **Il résulte de cette règle que seules les organisations d'employeurs et de salariés négociatrices de l'accord fondateur, ou celles qui y ont adhéré ultérieurement, ont qualité pour désigner leurs mandataires, à l'exclusion de toute autre personne morale ou physique fut-elle « une personnalité qualifiée ». Les organisations patronales ou syndicales de salariés non signataires de l'accord fondateur n'ont par conséquent pas vocation à être parties prenantes à la gouvernance d'une structure paritaire qu'elles n'ont pas contribué à créer.**

Cependant, si tous les signataires de l'accord peuvent prétendre participer à la gestion paritaire, tous ne sont pas tenus de le faire. En effet, selon l'article R. 6332-16, l'accord constitutif fixe notamment « la composition et l'étendue des pouvoirs du conseil d'administration paritaire », la loi ne prévoit pas que toutes les organisations signataires de l'accord sont nécessairement membres du conseil d'administration. Si cette question n'a pas d'incidence pratique pour les OPCA interprofessionnels (OPCALIA et AGEFOS-PME) où tous les signataires sont impliqués dans la gestion paritaire en raison de leur nombre réduit - le Medef et la CGPME pour le patronat, et les cinq organisations syndicales de salariés bénéficiant d'une représentativité irréfragable au niveau national interprofessionnel -, ni pour les OPCA mono branche tels que l'OPCAIM pour les mêmes raisons, elle pourrait en avoir à l'avenir pour les OPCA interbranches qui pourront connaître un nombre relativement

important d'organisations d'employeurs signataires ainsi que des organisations syndicales de salariés représentatives au seul niveau de la branche . Il appartiendra alors aux organisations syndicales d'employeurs et de salariés concernées de conclure chacune pour ce qui la concerne un protocole d'accord traitant de la répartition des mandats entre elles.

Cette question prend un relief particulier dans le cas des deux OPCA interprofessionnels (AGEFOS-PME et OPCALIA), du fait du grand nombre de branches professionnelles dont elles assurent la gestion de la politique de formation, sans que ni les organisations d'employeurs ni celles de salariés représentatives dans ces branches ne soient représentées au conseil d'administration paritaire de ces OPCA. Cette question trouve aujourd'hui une réponse dans la délégation de gestion accordée par les conseils d'administration et sous leur responsabilité, à ces branches professionnelles. Elles sont accueillies dans le cadre de sections paritaires professionnelles (SPP), certes sans personnalité juridique, mais délégataires sous la responsabilité du conseil d'administration de l'OPCA de prérogatives de gestion d'une partie des ressources au service de leur politique de formation. (1). Cette question ne pourrait-elle pas trouver une réponse dans la création d'assemblées générales statutaires des OPCA ?

Question numéro 2 : les statuts d'un OPCA peuvent-ils prévoir une assemblée générale paritaire ?

L'assemblée générale des adhérents est l'organe de base d'une association d'où procèdent par voie d'élection les organes de gestion : conseil d'administration, bureau, diverses commissions jouissant d'un pouvoir délégué par les statuts. Dans la pratique actuelle des OPCA aussi bien que des fonds d'assurance formation, c'est le conseil d'administration qui siège en configuration d'assemblée générale pour exercer les compétences légales de celle-ci. Cette pratique est tout à fait conforme au cadre juridique très souple du droit des associations.

Certains fonds d'assurance formation ou OPCA ont cependant opté pour la tenue d'une conférence nationale largement ouverte à toutes les personnes morales et physiques concernées. Cependant cette modalité, si elle est sans doute très utile pour créer du lien social, n'emporte aucune conséquence juridique : elle ne peut ni élire les membres du conseil d'administration, ni approuver ou modifier les statuts, ni approuver les comptes, ni donner quitus à des administrateurs dont le mandat ne procède pas de cette « conférence », mais des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ de l'accord. Au demeurant un OPCA ou un FAF n'ont pas à proprement parler d'adhérents. Ni les entreprises relevant du champ d'application de l'accord et tenues de verser leur contribution fiscale due au titre de la formation à tel ou tel OPCA, ni les salariés bénéficiaires du droit à la formation, n'ont la qualité juridique « d'adhérents » à un OPCA et à ce titre, un droit de vote au sein d'une assemblée générale constitutive ou statutaire.

Si ce type de conférence nationale devait se transformer en assemblée générale statutaire, ce qui est théoriquement possible, même si la loi relative aux OPCA et aux FAF ne le prévoit pas, elles devraient logiquement être soumises à la loi de la parité, à l'image du conseil d'administration.

Cependant, elle serait privée de la prérogative d'élire les administrateurs, puisque ceux-ci sont désignés par les organisations d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ de l'accord. Elle serait également privée de la capacité de modifier les statuts puisqu'ils résultent précisément de l'acte fondateur issu de la négociation collective et non d'une assemblée générale constituante. Bref, la voie de l'assemblée générale se heurte à de nombreux obstacles du fait de la spécificité de l'acte fondateur des OPCA et des fonds d'assurance formation.

Un épisode récent en date du 29 mars 2011 illustre cette difficulté : l'assemblée générale d'OPCALIA de la région PACA vient d'adopter une résolution visant à interdire à un administrateur de cet OPCA (salarié dans le cas d'espèce) de remplir cette même fonction au sein d'un autre OPCA de la région PACA. Cette décision ne relève pas en principe de la compétence de l'assemblée générale d'une association. En effet, comme il a été exposé plus haut, il appartient aux organisations syndicales de salariés représentatives, en l'occurrence au niveau national interprofessionnel, d'attribuer un mandat de gestion à tel ou tel personne de leur choix. Dès lors que cette organisation représentative est signataires de l'acte fondateur de plusieurs OPCA, rien n'interdit de confier à cette personne plusieurs mandats. Seul l'accord fondateur de l'OPCA, adopté selon les règles de la négociation collective pourrait édicter une telle interdiction de mandats multiples, sous réserve bien entendu qu'elle soit licite, ce qui n'est pas démontré.

Cette question comme d'autres mériteraient sans doute d'être clarifiées au plan politique par les partenaires sociaux notamment dans le cadre de la négociation engagée sur le paritarisme. Au plan juridique, elle renvoie à la question de la dissociation ou non entre l'acte fondateur de l'OPCA et ses statuts. Si la négociation de l'acte fondateur a pour objet l'adoption des statuts, ce qui est le cas pour le fonds d'assurance formation (qui rappelons-le est une personne juridique sui generis), ceux-ci ne peuvent être modifiés que sous la forme d'une négociation. Si en revanche l'acte fondateur se limite à fixer le champ d'intervention de l'OPCA et à édicter des principes qui devront être pris en compte dans les statuts, un conseil d'administration réuni en configuration d'assemblée générale pourrait avoir la capacité juridique à modifier des dispositions non expressément abordées dans l'acte fondateur, sous réserve bien entendue du respect de la volonté des fondateurs, et des principes d'ordre public qui gouvernent cette matière.

Au plan pratique cet incident plaide pour l'adoption de statuts en bonne et due forme par l'acte fondateur les OPCA - associations, comme c'est le cas pour les fonds d'assurance formation. Parallélisme des formes oblige, toute modification des statuts doit alors être soumise à une révision de l'acte fondateur selon les règles de la négociation collective.

Question numéro 3 : Quelles sont les incidences des nouvelles règles relatives à la représentativité des organisations syndicales de salariés sur leur capacité juridique à participer à la gouvernance paritaire des OPCA ?

Cette question se pose dans des termes nouveaux pour les organisations syndicales de salariés, depuis la loi du 20 août 2008 qui a modifié en profondeur les règles du jeu en la matière. On ne mentionnera dans le cadre de cette chronique que l'impact de cette mutation sur la gouvernance paritaire. Rappelons que les syndicats ne seront représentatifs que s'ils ont recueilli 8 % des suffrages aux élections professionnelles au niveau des branches. Cependant, la loi dispose que la première mesure de l'audience au niveau des branches professionnelles est réalisée au plus tard cinq ans après la publication de la loi, c'est-à-dire le 21 août 2013. En attendant, sont présumés représentatifs les syndicats affiliés aux organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel et les organisations syndicales de salariés déjà représentatives au niveau de la branche au 21 août 2008.

La mesure de la représentativité des organisations syndicales de salariés au niveau des branches pourrait avoir pour conséquence d'exclure de la gouvernance paritaire les organisations syndicales qui n'atteindraient pas 8 % des suffrages, et d'y inclure de nouvelles organisations reconnues représentatives. Si l'un ou l'autre de ces événements devait se produire dans le champ d'intervention de tel ou tel OPCA, il en résulterait la nécessité de modifier l'accord fondateur ainsi que la composition du conseil d'administration. En effet le mandat d'administrateur d'un OPCA ne résulte pas d'un vote de l'assemblée générale, et il n'est pas indéfiniment acquis à ceux qui ont pris l'initiative de la création de l'OPCA, il se gagne ou se perd avec la représentativité dans le champ de l'accord. Au plan pratique, et afin d'éviter une déstabilisation de la gouvernance paritaire du fait des nouvelles règles de représentativité, il serait prudent pour les OPCA concernés, de prévoir dans les nouveaux statuts, des durées de mandats et des règles de renouvellement qui tiennent compte de l'échéance 2013.

Question 4 : Quelles sont les incidences de la représentativité à droit constant, aussi bien des organisations patronales que des organisations syndicales de salariés sur la composition du conseil d'administration des OPCA ?

La question de la représentativité des organisations syndicales d'employeurs aussi bien que de salariés se pose d'ores et déjà, à droit constant, en matière de gouvernance des OPCA. Les statuts devront en effet préciser si toutes les organisations représentatives admises à négocier l'acte fondateur d'un OPCA auront le même poids dans la gouvernance paritaire, ou bien si celui-ci sera apprécié en fonction de leur représentativité réelle mesurée par les élections professionnelles.

La loi laisse aux partenaires sociaux le soin de régler cette question. La formule retenue pourra ne pas être la même dans divers OPCA de branche, ainsi que dans les OPCA interbranches, dont les statuts peuvent pondérer le poids des organisations syndicales de salariés dans la gouvernance de l'OPCA en fonction de leur représentativité réelle.

Cette pondération pouvant se faire par l'attribution d'un nombre de sièges variable en fonction de la représentativité, soit par un nombre égal d'administrateurs avec une pondération du nombre de voix attribuées à chaque administrateur. Quelle que soit la formule retenue le poids du collège des salariés devant être égal à celui du collège des employeurs, parité oblige.

Enfin, la question de la représentativité des organisations d'employeurs pourrait avoir une incidence sur la gouvernance paritaire dans l'hypothèse probable où une organisation d'employeurs représentative et signataire de l'accord fondateur, ne participait pas à la gouvernance paritaire de l'OPCA alors qu'elle serait fondée à le faire. Elle pourrait alors donner mandat à une autre organisation d'employeurs représentative dans le cas où une pondération du nombre de voix attribuées à chaque administrateur serait retenue.

Ces quelques illustrations du rapport complexe entre représentativité et gouvernance paritaire mettent en évidence la nécessité pour chacun des collèges, pour ce qui le concerne, employeurs et salariés, de conclure un protocole d'accord sur ces sujets sensibles d'équilibre des forces que requiert la mise en oeuvre du principe de parité, que les statuts ont pour fonction de stabiliser.

Question numéro 5 : Comment s'exprime le principe de parité dans la prise de décision d'un conseil d'administration d'OPCA ?

Cette question a longtemps été un sujet de polémique et de discrédit pour la gestion paritaire (en dehors du champ de la formation) dans la mesure où le collège patronal uni peut faire la loi face à des organisations syndicales de salariés pluralistes. Aussi, la prise de décision à la majorité simple des deux collèges est-elle en principe à éviter au profit d'un vote majoritaire par collège, et en cas de blocage d'une majorité qualifiée entre les deux collèges. Le deuxième vote intervenant dans ce cas après un délai de réflexion permettant le cas échéant de rapprocher les points de vue. Ce qui est la formule retenue dans les statuts du nouveau FPSPP (Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels). Cependant, le formalisme juridique doit en cette matière être nuancé par la culture paritaire des organisations. Ainsi, la formule du vote à la majorité des deux collèges pratiquée par exemple par AGEFOS-PME, riche d'une culture paritaire de près de 40 ans, n'a-t-elle pas entraîné de dysfonctionnements de la gestion de ce fonds d'assurance formation.

Conclusions :

Le processus de regroupement des OPCA en cours offre aux partenaires sociaux l'occasion de se pencher en vraie grandeur sur le régime juridique du paritarisme, c'est-à-dire sur une organisation juridiquement pacifiée, fondée sur le principe de parité, de la gouvernance de la formation considérée comme 'une garantie sociale', dans l'intérêt commun des salariés et des entreprises.

Si le concept de parité sous-tend la construction de ce régime, il est également en interaction étroite avec la question évolutive et sensible de la représentativité des organisations syndicales de salariés et d'employeurs, comme cette chronique à tenter de le montrer.

Reste à savoir quelle est la valeur ajoutée de ce mode de gestion, comparé à la gestion administrative ou à la gestion par le marché. La négociation engagée par les partenaires sociaux sur le paritarisme apportera, peut-être, une réponse à cette question dans les mois qui viennent.