

# La représentativité des organisations syndicales d'employeurs et de salariés signataires de l'accord fondateur d'un OPCA et son champ d'intervention

Ecrit par Jean-Pierre Willems, Jean-Marie Luttringer, publié le 15 février 2011

L'agrément qui sera délivré par les pouvoirs publics aux nouveaux OPCA issus de la réforme de la formation, ainsi qu'aux fonds d'assurance formation, 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 (article L. 6332-1 pour les OPCA, et L. 6332-7 pour les fonds d'assurance formation). Cet accord, qui n'est pas un accord collectif de travail au sens classique du terme, est cependant négocié selon les mêmes règles. Il exprime la volonté commune des négociateurs de créer une personne morale (association pour l'OPCA et personne morale sui generis pour le FAF) dont le conseil d'administration doit être paritaire, et que seules les organisations signataires représentatives dans le champ de cet accord sont habilitées à constituer.

Le droit commun de la négociation collective n'a pas d'exigence générale de représentativité pour les organisations syndicales d'employeurs. Une convention ou un accord collectif de travail peuvent en effet être conclus « par une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou tout autre association d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement » (article L. 2231-1). En revanche le droit spécifique de la négociation collective dans le champ des OPCA et des fonds d'assurance formation pose une exigence de représentativité des organisations syndicales d'employeurs aussi bien que des organisations de salariés. Cette exigence trouve son fondement de la mission d'intérêt général dont les OPCA et les FAF sont des gestionnaires délégués. Deuxième du cycle intitulé "[La fabrique des OPCA](#)", cette chronique aborde trois conséquences de cette exigence de représentativité : sur les conditions de validité de l'accord, sur la composition du Conseil d'administration de l'OPCA et sur les différents champs de représentativité constitués par le niveau interprofessionnel, les secteurs hors-champs et les branches professionnelles.

## 1. Représentativité et validité des accords créant les OPCA

### Principes

Etre représentatif c'est avoir qualité pour négocier dans un champ professionnel. Comment s'établit cette qualité ? Pour les organisations syndicales, la question est réglée par la loi du 20 août 2008. La mesure d'audience s'effectue par le vote au niveau des entreprises, avec une consolidation au niveau des branches professionnelles qui aura lieu 5 ans après le vote de la loi, soit le 20 août 2013. A cette date, seules demeureront représentatives les organisations syndicales ayant recueilli au moins 8 % des voix au niveau de la branche.

Pour les organisations patronales, par contre, le Code du travail ne fixe aucun critère permettant d'établir la représentativité. Si le Premier Ministre a annoncé que cette question devait être abordée et des critères fixés, à ce jour aucune démarche n'a été officiellement entreprise sur ce sujet. Il n'est pas garanti que cette question soit abordée avant les prochaines échéances électorales. Dans l'attente, cette représentativité s'apprécie au regard des statuts de l'organisation et de ses adhérents. Cette question est pourtant essentielle car c'est le champ de représentativité des organisations d'employeurs qui établit le champ de l'accord.

## **Perte de la représentativité en 2013**

Depuis la loi du 20 août 2008, la validité d'un accord de branche est subordonnée à la signature d'une ou plusieurs organisations représentatives de salariés ayant recueilli au moins 30 % des voix dans le champ de l'accord (L. 2232-6). Si une ou plusieurs organisations perdent la représentativité, cette perte n'a d'effets que si elle émane d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés (L. 2261-10). Les accords créant les OPCA et les FAF étant conclus dans les mêmes conditions qu'un accord collectif, ces dispositions sont applicables. Il en résulte que si l'accord est signé de manière unanime, il n'y aura pas de conséquence. Si seules certaines organisations ont signé, il ne faudra pas qu'elles soient minoritaires après le 20 août 2013. Si tel était le cas, l'accord ne remplissant plus la condition de représentativité de ces signataires exigés pour l'agrément, devrait faire l'objet d'une nouvelle négociation. Le cas échéant celle-ci devrait être ouverte à de nouvelles organisations représentatives.

Dans un double souci de parallélisme des formes et d'égalité des parties, il serait souhaitable que la question de la représentativité patronale soit réglée avant fin 2013 pour que les accords nouveaux ou les renégociations induites par les pertes de représentativité puissent être conduites selon des règles stabilisées. Et ce d'autant plus que la représentativité, outre ses effets sur la détermination du champ d'intervention d'un OPCA, a des conséquences sur la configuration des conseils d'administration d'OPCA ou de FAF.

## **2. Impact de la représentativité sur les Conseils d'administration**

### **Composition des Conseils d'administration d'OPCA**

La seule exigence du Code du travail en ce domaine est que le Conseil d'administration de l'OPCA ou du FAF soit paritaire. Par contre, la composition de chaque délégation patronale et syndicale relève de la négociation et non de la loi qui n'a pas abordé cette question, laissée à la décision des partenaires sociaux.

Pour les organisations syndicales, la règle et la pratique largement majoritaire, mais pas exclusive, est celle d'un nombre égal de sièges par organisation signataire, les organisations affiliées aux Confédérations nationales étant comptées pour une.

Pour les organisations patronales, le même principe peut être adopté, mais d'autres ont également cours, le nombre de sièges au sein de la délégation patronale étant parfois fonction du nombre d'adhérents, du nombre de salariés représentés ou encore du pourcentage de la collecte (notamment dans les OPCA interbranches).

Ces différentes mesures peuvent s'avérer difficiles en pratique notamment en cas d'adhésion multiple des organisations d'employeurs. Elles font l'objet d'arbitrages politiques entre organisations d'employeurs, auxquelles renvoient parfois les accords fondateurs (cette question n'étant pas traitée paritairement).

Sous réserve du respect de la parité des collègues, différentes formes d'organisation peuvent donc coexister au sein du conseil d'administration de l'OPCA.

### **L'impact de la loi du 20 août 2008 sur la composition des conseils d'administration**

Côté organisations syndicales, la question se posera pour le premier renouvellement de mandat postérieur à l'établissement de la représentativité au niveau des branches et au niveau interprofessionnel. A cette date, soit le 21 août 2013, seules les organisations représentatives pourront siéger au sein de l'OPCA ce qui imposera une renégociation, car il est impossible d'anticiper le résultat des élections, de la composition du Conseil avec les organisations représentatives. Cette renégociation devra avoir lieu avant l'échéance des mandats pour permettre le renouvellement du Conseil. Le plus probable est que les mandats aient une durée de 3 ans pour les nouveaux OPCA, qui est aussi la durée des COM (conventions d'objectifs et de moyens) qui seront conclus entre les organismes collecteurs et l'État, mais rien n'interdit de fixer une durée différente. La question devra donc être traitée à partir de 2013.

Concernant la représentativité des organisations patronales, la composition des Conseils d'administration dépend de l'établissement de règles de portée générale en ce domaine, à défaut cette question dépend entièrement de la négociation.

Remarque : la composition du Conseil d'administration n'a pas d'effets mécaniques sur les modalités de vote et la répartition du préciput. S'agissant des droits de vote, l'accord peut prévoir qu'il ait lieu par siège, mais également par organisation, par collège ou non, etc. Dans ce domaine, il n'y a pas d'encadrement réglementaire et la détermination des règles de vote (avec conditions éventuelles de majorité) relève intégralement de la négociation. De même pour le préciput. Si la loi fixe un plafond et réserve l'octroi de financements aux organisations siégeant au Conseil d'administration, elle ne fixe pas les modalités de répartition qui doivent faire l'objet d'une négociation et d'un accord. En effet, la gouvernance de l'OPCA et ses frais de fonctionnement faisant l'objet d'une appréciation dans le cadre de la délivrance de l'agrément, ces questions doivent être réglées dans l'accord et ne peuvent être renvoyées à une décision ultérieure du Conseil d'administration (ces questions seront traitées plus en détail dans la chronique n° 6 de la Fabrique des OPCA consacrée à la Gouvernance).

### 3. La question de l'interprofession et du hors champ

Le champ de la négociation collective connaît un périmètre interprofessionnel (champ) et des secteurs qui n'en relèvent pas (hors-champ). Ce niveau de négociation pose plusieurs questions juridiques et pratiques.

#### Une ou des interprofessions ?

A ce jour, seuls le Medef la CGPME et l'UPA bénéficient de la représentativité au niveau national interprofessionnel. Il en résulte plusieurs conséquences pratiques de la gouvernance du système de formation professionnelle : ces trois organisations sont les seules signataires des ANI, c'est-à-dire les seules organisations d'employeurs habilitées par la loi à remplir une fonction de pré-législateur en application de l'article premier du code du travail. Elles sont également les seules à représenter les employeurs au sein du FPSPP, alors que toutes les entreprises, qu'elles relèvent ou non du champ de l'ANI sont tenues de verser une contribution de solidarité interprofessionnelle, de 10 % en 2011 à travers leur OPCA, au FPSPP. Cette situation fait d'ailleurs l'objet d'un contentieux devant le Conseil d'État engagé par l'UNAPL (professions libérales) qui revendique la représentativité au niveau national interprofessionnel, ainsi que par l'USGERES (économie sociale) qui considère également qu'en raison de la diversité des secteurs professionnels représentés en son sein elle peut être considérée comme une organisation « interprofessionnelle » en particulier si l'on s'appuie sur la seule définition de ce concept donné par l'administration : « Un accord interprofessionnel a pour vocation de couvrir une pluralité de secteurs professionnels sans liens directs entre eux. Le champ de ce type d'accord ne s'étend pas pour autant nécessairement à l'ensemble des professions. » (Circulaire DGT du 14 novembre 2005). Suivant cette définition, il n'y aurait pas nécessairement une interprofession et des secteurs hors du champ de cette interprofession, mais des interprofessions avec des périmètres distincts déterminés selon les critères de la représentativité patronale. D'où une seconde thématique qui devra être traitée lors de l'établissement de règles relatives à cette représentativité.

#### Périmètre des champs de représentativité

La distinction entre ce qu'il est convenu d'appeler le champ et le hors champ, c'est-à-dire les branches et les entreprises qui relèvent du champ d'application de l'ANI et celles qui n'en relèvent pas, n'est pas un critère d'agrément. En effet, l'article L. 6332-1 exige la représentativité aussi bien des organisations syndicales de salariés et d'employeurs dans le champ de l'accord, sans pour autant spécifier que celle-ci s'apprécie en considération de la notion de champ ou de hors champ de l'ANI. La seule exigence formulée par la loi, est celle de la cohérence du champ professionnel interprofessionnel ou territorial de l'accord. Ce critère s'apprécie en opportunité davantage qu'en droit. En effet la cohérence professionnelle peut résulter du regroupement au sein d'un même OPCA interbranches, de branches du champ et du hors champ et inversement.

Il reviendra d'ailleurs aux négociateurs de préciser dans les accords créant les nouveaux OPCA en quoi il y a cohérence entre les champs professionnels qui s'associent pour disposer d'une structure commune de gestion des fonds de la formation professionnelle. Cette cohérence peut venir de métiers communs, d'intégration économique entre les secteurs, d'identité de territoire pour le développement de ses activités, d'identité de taille et donc d'approche des questions de ressources humaines, etc. En présence d'éléments justifiant la cohérence du champ, l'administration ne pourra que prendre acte, sauf à contester les éléments fournis au risque d'agir en pure opportunité et d'être censurée par le Conseil d'Etat. Par contre, en l'absence de toute justification dans l'accord, l'administration pourrait considérer que la cohérence n'est pas établie et fonder un refus d'agrément sur cette lacune.

Enfin, concernant d'éventuels OPCA « mixtes », c'est-à-dire regroupant des secteurs inclus et exclus du champ d'application des ANI, rien n'interdit à des branches situées dans le champ et hors champ de conclure un accord pour avoir un même OPCA. Considéré, comme quasiment tous les OPCA, comme un OPCA interbranches, il est agréé dans les mêmes conditions que tout OPCA. Toutefois, cet OPCA sera soumis, pour une partie de son activité, aux règles des ANI. D'où certaines spécificités, comme par exemple l'impossibilité de revendiquer un agrément CIF pour l'ensemble du champ de l'OPCA, les ANI confiant un monopole aux FONGECIF. La DGEFP a déjà fait savoir qu'elle pourrait procéder à des agréments partiels (sur une partie du champ) pour les OPCA relevant d'une telle situation.

## Conclusion

La renégociation des actes constitutifs des OPCA préalable à un nouvel agrément délivré par les pouvoirs publics en 2011, intervient dans un agenda caractérisé par l'entrée en vigueur progressive de nouvelles règles de représentativité pour les organisations syndicales de salariés, et d'un débat qui s'ouvre sur la représentativité des organisations syndicales d'employeurs. Par ailleurs, la négociation ouverte sur la gouvernance des organismes paritaires pourrait fixer des règles de cadrage quant à la composition des conseils d'administration.

Les partenaires sociaux impliqués dans la renégociation des accords constitutifs des OPCA auront sans doute à l'esprit ce contexte évolutif, pour l'anticiper autant que faire se peut.

Cette phase de renégociation des accords constitutifs des OPCA, nous permet de constater que le droit commun de la négociation collective impacte le droit « collectif » de la formation comme le droit du travail a déjà impacté le droit « individuel » de la formation.

Cette intrusion du droit commun dans un champ jusque-là spécifique n'est pas sans bousculer certaines habitudes. Elle nécessite également que les négociateurs prennent en compte des paramètres qu'ils pouvaient jusque-là ignorer. Si les résultats seront à juger sur pièce, du point de vue des principes, il est satisfaisant que le droit commun, littéralement celui de la communauté, se substitue à du droit particulier ou spécifique, ce qui constitue, notamment, une réponse à la critique de corporatisme qui a été faite au système de gestion paritaire de la formation.