

## La troisième naissance d'avatars dénommés OPCO

### Introduction

1. Alors que les OPCA étaient destinés à disparaître à jamais dans le projet initial d'Emmanuel Macron, au nom de la désintermédiation des circuits courts et de la simplification<sup>1</sup>, la loi du 5 septembre 2018 les a fait renaître sous la forme d'OPCO, à l'image de la métamorphose du dieu hindou Vishnou qui renaît sous la forme d'un avatar. À vrai dire les OPCO représentent une troisième génération d'avatars. Les transmutations successives, dont ils sont issus, leur confèrent une identité juridique pour le moins ambiguë.

2. Ces ambiguïtés reposent sur un malentendu originel<sup>2</sup>. Dans la construction juridique issue de la réforme fondatrice de 1971, les lointains ancêtres des OPCO étaient des fonds d'assurance formation jouissant de la personnalité morale, gestionnaires d'une « garantie sociale<sup>34</sup> » constituée par un droit d'accès à la formation pour les salariés. Leur financement devait être assuré par la voie de cotisations à la charge de l'employeur et du salarié, instituées par un accord collectif de travail (Première naissance). Les partenaires sociaux se montrant incapables d'instituer cette forme de financement, pourtant seul à pouvoir assurer l'autonomie de ce nouveau type de garantie sociale, la loi institua par défaut « une imposition fiscale de toute nature » (naissance du premier avatar). Le sort de l'assurance formation était jeté. La loi quinquennale (1993) organisa leur transmutation en OPCA placés sous le contrôle de la puissance publique (deuxième avatar). La loi du 5 septembre 2018 vient de parachever cette transmutation en donnant naissance à un troisième avatar nommé OPCO.

3. La présente chronique se fixe pour objectif d'en savoir plus sur l'ADN juridique de l'OPCO. Celui-ci est de fait, constitué de trois composantes de droit privé : le droit des associations, le droit de la négociation collective et le droit de la concurrence. Ces trois composantes sont instrumentalisées par les pouvoirs publics à travers le recours au droit administratif (agrément) et au droit fiscal (la ressource). L'application partielle du droit de la négociation collective aux OPCO, dans lequel s'inscrivaient les premiers fonds d'assurance formation, représente la principale source de malentendus et d'ambiguïtés.

4. Plan de l'étude. Une première partie sera consacrée à la qualification et au régime juridique des actes fondateurs d'un OPCO (I) et une seconde partie à la qualification et au régime juridique des ressources que l'OPCO est habilité à gérer (II). Pour chacune des parties il sera procédé à une confrontation entre le référentiel juridique issu de la loi du 5 septembre 2018 relatif aux OPCO, et quelques projets d'accords constitutifs d'OPCO soumis à agrément.

---

<sup>1</sup> . Chronique 124. La fin annoncée du paritarisme de gestion dans le projet « d'en marche ».

<sup>2</sup> . Chronique 134. Quelques observations et réflexions à propos du rapport Bagorski /Marx.

<sup>3</sup> Jean-Pierre Willems « LES OPÉRATEURS DE COMPÉTENCES : QUE RESTE-T-IL DE L'ASSURANCE FORMATION ? » Droit social. Décembre 2018.

## Première partie. Les actes fondateurs d'un OPCO : référentiel juridique, et ambiguïtés

Six critères constitutifs du référentiel juridique d'un OPCO seront successivement rappelés et confrontés à trois projets d'accords portés par des organisations nationales interprofessionnelles (MEDEF/Wellcom, CPME/proximité, U2P/PEPSS) ; et deux accords constitutifs interbranches : la mobilité, et la cohésion sociale.

### 1. La qualification juridique de l'accord constitutif d'un OPCO

5. L'accord constitutif d'un OPCO n'a pas pour objet de déterminer les relations entre employeurs et salariés dans les entreprises, ce qui est le propre d'un accord collectif de travail. Il a en revanche pour objet de créer une association en déterminant les conditions de sa gestion et en formulant une demande d'agrément en vue d'autoriser cette association à gérer des fonds qui ont la nature juridique de contributions fiscales. Le terme « accord » se réfère à l'article 1 de la loi du 1er juillet 1901 aux termes duquel une association est une convention entre deux ou plusieurs personnes qui mettent en commun leurs connaissances ou leurs activités. En l'occurrence, ces « personnes » sont des organisations d'employeurs et de salariés.

L'article L 6332-1-1 ne se réfère pas à la notion d'accord « collectif ». Cet accord constitue tout simplement les statuts dont les clauses principales sont décrites à l'article R 6332-8 et qui doivent être déposés en préfecture avant même de solliciter l'agrément. Contrairement à la doctrine formulée par l'administration en 2009 l'accord fondateur d'un OPCA/OPCO n'est pas un accord collectif de travail.

6. Tous les accords analysés comportent les ingrédients des statuts d'une association. Conformément à la réglementation, ils créent un conseil d'administration paritaire, fixent ses pouvoirs, y ajoutent un bureau, un président, des organes internes, Par ailleurs, il est prévu par la réglementation que lorsqu'un OPCO cesse ses activités, ses biens sont dévolus à un autre OPCO. Un OPCO créé par un accord constitutif est donc une personne morale qui est propriétaire de biens. Bref, l'accord constitutif n'est pas un accord collectif qui s'applique dans les entreprises mais il constitue les statuts d'une association.

7. On comprend mal, dès lors, pourquoi ces mêmes accords sont complétés par des statuts qui reprennent peu ou prou les mêmes dispositions. On ne comprend pas non plus pourquoi des statuts déposés en préfecture et faisant l'objet d'un agrément par les pouvoirs publics donnent lieu à des procédures spécifiques du droit de la négociation collective : celle de l'extension, voire celle de l'élargissement comme le prévoient certains accords constitutifs. Rappelons que l'extension d'un accord collectif a pour objet de rendre cet accord obligatoire pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application (article L 2261-15) mais l'accord constitutif d'un OPCO ne crée aucune obligation pour les salariés et les employeurs. La procédure d'extension n'est donc pas pertinente. La procédure d'élargissement permet au ministre du travail de rendre obligatoire un accord collectif dans un secteur territorial ou un secteur professionnel initialement non prévu par l'accord (L 226117). En revanche, en ce qui concerne les accords constitutifs d'un OPCO, le ministre a le pouvoir d'élargir l'agrément à un secteur non prévu conformément à l'article L 6332-1-1, IV.

8. L'accord constitutif d'un OPCO doit être conclu par des organisations « représentatives<sup>5</sup> ». En ce qui concerne les organisations syndicales de salariés, les conditions de représentativité sont aujourd'hui régies par les articles L2232-2 (pour les accords interprofessionnels) et L2232-6 (pour les accords de branche). En conséquence, la ou les syndicats signataires d'un accord doivent avoir recueilli au moins 30% des voix aux élections professionnelles, une opposition peut être formulée par la ou les organisations ayant recueilli au moins 50% des voix.

9. La question ne se pose pas dans les mêmes termes pour les organisations d'employeurs, qui peuvent, si elles sont majoritaires, s'opposer à un arrêté d'extension (article L 2261-19), ce qui ne semble pas s'appliquer à un arrêté d'agrément. La question mériterait néanmoins d'être posée à l'occasion d'un recours au Conseil d'Etat.

La lecture des accords constitutifs cités en référence met en évidence des divergences d'interprétation sur la manière d'appliquer la notion de représentativité dans les statuts des OPCO. La loi exige qu'il soit géré paritairement sans pour autant donner de définition du paritarisme<sup>5</sup>. Il appartient par conséquent aux organisations fondatrices et adhérentes d'en préciser les modalités. On peut à cet <sup>5</sup> égard soutenir d'une part que les droits de vote de chaque adhérent soient proportionnels à sa représentativité telle qu'elle est périodiquement mesurée, ou alors que chaque adhérent dispose des mêmes droits. Le fait que la loi exige que les fondateurs et les adhérents soient représentatifs au sens du code du travail conduirait à privilégier la première interprétation. Mais dès lors que l'association est créée, il leur appartient, dans le respect du principe du paritarisme, d'en définir les modalités de gestion.

## 2. L'accord constitutif d'un OPCO de branches détermine son champ d'intervention

10. L'accord constitutif d'un OPCO doit être conclu par les organisations de salariés et d'employeurs représentatives dans une ou plusieurs branches professionnelles. Les branches ainsi représentées « composent » le champ d'application de l'accord. Les représentants des branches professionnelles qui souhaitent adhérer à un OPCO doivent obligatoirement signer l'accord constitutif de cet OPCO de manière à pouvoir être inclus dans le champ de compétence de cet OPCO. Elles ont donc accès aux instances délibératives de l'OPCO, assemblée générale et/ou conseil d'administration et, le cas échéant, dans une section paritaire professionnelle de branche chargée de la préparation et de l'exécution des décisions de l'OPCO (R 6332-8).

11. Le champ de compétences de l'OPCO ne s'étend pas aux branches non signataires. Les entreprises qui relèvent de branches professionnelles dont les organisations représentatives n'ont pas signé d'accord

---

<sup>5</sup> Le Conseil d'État a précisé la notion de représentativité dans un arrêt du 15 mars 1999 (CGPME) à propos de la représentativité du conseil national du commerce qui a signé l'accord constitutif du FORCO : les articles L 961-9 et L 961-12 du code du travail (applicables à l'époque aux accords constitutifs d'un FAF et d'un OPCA) qui prévoient qu'un tel accord doit être conclu « entre les organisations syndicales 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 ».

constitutif d'un OPCO, et, a fortiori, les entreprises qui ne disposent pas d'organisations représentatives, ne peuvent pas relever du champ de compétence d'un OPCO dit « de branche ». Il n'est plus possible de conclure un simple accord de « désignation » qui aurait pour effet d'étendre le champ d'intervention de l'OPCO à des branches non adhérentes.

**12.** Cette hégémonie de la logique de branche n'est pas sans soulever des difficultés pratiques qui ont conduit les signataires de deux accords constitutifs consultés à y déroger. Ainsi, l'accord constitutif de l'OPCO « cohésion sociale » inclut-il dans son champ d'intervention des structures qui n'ont pas vocation à être organisées dans une logique économique d'une branche professionnelle telle que les partis politiques, les syndicats, diverses associations culturelles et culturelles. Il est à remarquer que cette composante n'est représentée dans aucune des instances de gouvernance paritaire. L'accord constitutif de l'OPCO mobilité offre un autre exemple d'une grande entreprise publique, en l'occurrence la Ratp, non structuré aujourd'hui dans une logique de branche professionnelle. La question se pose de la même manière pour le rattachement de La Poste, autre entreprise publique à l'OPCO de proximité.

**13.** L'interprétation stricte des textes issus de la loi du 5 septembre 2018 conduirait à renvoyer aussi bien les partis politiques, les syndicats et diverses associations fondées sur des valeurs, ce qu'il est convenu de nommer « entreprises de tendance » en droit allemand, que les entreprises publiques, vers un OPCO interprofessionnel. Sauf que cette notion était légalement sujette à interprétation.

### **3. L'accord constitutif d'un OPCO interprofessionnel peut être agréé**

**14.** La base légale d'un OPCO interprofessionnel est imprécise. L'alinéa 3 du § III de l'article L 6332-1-1 dispose qu'un accord créant un OPCO interprofessionnel peut être agréé s'il n'est signé que par une organisation interprofessionnelle d'employeurs. On peut en déduire que les organisations de salariés et d'employeurs représentatives au niveau interprofessionnel peuvent conclure un accord constitutif d'un OPCO.

**15.** Les organisations représentatives au niveau interprofessionnel sont définies aux articles L2122-9, pour les salariés, et L2152-4, pour les employeurs. Deux arrêtés du 22 juin 2017 ont reconnu comme représentatives d'une part la CFDT, la CGT, FO, la CFE-CGC et la CFTC, d'autre part le MEDEF, la CPME et l'U2. Il s'agit d'organisations qui sont représentatives « à la fois dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services ». Elles ne sont donc pas représentatives des entreprises qui relèvent de l'agriculture, de l'économie sociale, des services à la personne, des associations, des syndicats, etc., habituellement qualifiées de « hors champ », ni des entreprises publiques.

**16.** Grâce aux accords de désignation, des OPCA interprofessionnels tels qu'AGEFOS-PME et OPCALIA avaient accueilli en leur sein des branches et des entreprises qui se situaient en dehors de la compétence interprofessionnelle de la CGPME et du MEDEF.

Les trois projets d'accords constitutifs d'un OPCO « interprofessionnel » étendent leur champ d'intervention aux entreprises non concernées par un accord de branche, sans distinguer entre les entreprises qui relèvent de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, pour lesquelles les organisations d'employeurs signataires sont représentatives, et des entreprises du « hors champ » qu'elles ne représentent pas.

## 4. L'objet d'un OPCO interprofessionnel

17. Un OPCO interprofessionnel gère la formation des entreprises orphelines. L'objet d'un OPCO interprofessionnel est de gérer les fonds qui financent la formation professionnelle des salariés d'entreprises qui ne relèvent pas d'une branche ayant conclu un accord créant un OPCO de branche. Ces entreprises sont qualifiées d'« entreprises orphelines » par la DGEFP. Ceci n'est pas clairement dit dans le code du travail, mais dans la mesure où, d'une part, un OPCO interprofessionnel n'est pas, par définition, un OPCO de branches, et d'autre part, les entreprises orphelines ne peuvent pas relever d'un OPCO de branches, il n'y a pas d'autre justification d'un OPCO interprofessionnel.

18. Les entreprises orphelines peuvent-elles participer à la gestion de l'OPCO ? Elles n'ont évidemment pas accès aux instances délibératives de l'OPCO, puisqu'elles n'en sont pas membres. Cependant, le 2° de l'article R 6332-8 dispose que l'accord constitutif peut prévoir des commissions paritaires professionnelles de branches ou des « commissions paritaires afférentes à un champ plus large », compétentes pour proposer au conseil d'administration des orientations et des priorités. En l'absence d'autres précisions dans ce texte on peut considérer que ces « commissions paritaires » peuvent être constituées par un OPCO interprofessionnel et que ses membres peuvent être des représentants des organisations signataires de l'accord constitutif ou d'autres personnes, par exemple des représentants d'entreprises orphelines.

19. L'accord « Wellcom » prévoit une section paritaire interprofessionnelle et l'accord « Economie de proximité » prévoit une commission nationale d'application de l'accord ayant la compétence des SPP. L'accord PEPSS n'en prévoit pas.

## 5. Plusieurs OPCO interprofessionnels peuvent-ils coexister ?

20. La question de savoir s'il ne peut exister qu'un OPCO interprofessionnel ou s'il peut y en avoir plusieurs n'a pas été réglée par la loi. La disposition de l'alinéa 3 du § III de l'article L 6332-1-1 n'indique pas que chaque organisation interprofessionnelle d'employeurs peut conclure seule un accord constitutif d'un OPCO interprofessionnel mais signifie seulement que toutes les organisations interprofessionnelles d'employeurs ne doivent pas nécessairement s'entendre pour signer un tel accord constitutif. Autrement dit, une organisation interprofessionnelle d'employeurs ne peut pas exercer un droit d'opposition à un accord qu'elle n'aurait pas signé. En revanche, les pouvoirs publics disposent du pouvoir unilatéral, d'agréer ou de ne pas agréer à l'OPCO interprofessionnel créé par une seule organisation d'employeurs représentative au niveau interprofessionnel, alors même que tous les critères d'agrément sont remplis par ailleurs.

L'autonomie contractuelle, qui est au cœur du droit des salariés à la négociation collective n'est plus qu'un très lointain souvenir !

21. L'objet d'un OPCO interprofessionnel étant de financer la formation des salariés des entreprises orphelines, un seul organisme peut logiquement suffire. L'article R 6332-3 semble se référer à cette situation en précisant que l'accord constitutif d'un OPCO « détermine le champ d'intervention professionnel ou interprofessionnel de l'opérateur de compétences, ainsi que, le cas échéant, la présence et la capacité d'intervention de ce dernier dans les territoires d'outremer ». « Ce dernier » est l'OPCO interprofessionnel, au singulier.

22. L'accord constitutif d'un OPCO interprofessionnel doit déterminer son champ d'intervention. C'est dit deux fois, aux articles R 6332-3 et R 6332-8. S'il n'y a qu'un OPCO interprofessionnel, il suffit d'indiquer qu'il est compétent pour les entreprises orphelines de l'industrie, de la construction, du commerce et des services. Si deux voire trois OPCO interprofessionnels sont constitués, chacun des accords constitutifs doit déterminer son champ d'intervention.

23. Les champs des deux ou trois OPCO ne peuvent évidemment pas se chevaucher, car chaque entreprise orpheline doit savoir de quel OPCO elle relève. Les anciens articles L 6331-2 et L 6331-9 disposaient déjà que l'employeur verse sa contribution à l'OPCA désigné par l'accord de branche dont il relève ou, à défaut, à l'OPCA agréé au niveau interprofessionnel, au singulier. Chaque entreprise orpheline savait donc à quel OPCA demander des financements, mais cette « désignation » n'existe plus désormais.

24. Par ailleurs, les OPCO reçoivent par France Compétences des financements dont le montant est fonction du champ d'intervention de l'OPCO. Il serait donc incompréhensible que ce champ ne soit pas connu avec précision et accepté par toutes les organisations de salariés et d'employeurs concernées. Décrire le champ de compétence d'un OPCO interprofessionnel dans l'hypothèse où il y en a deux ou trois ne peut pas se faire autrement qu'en énumérant les codes APE visés, et tant pis s'il y en a pour deux ou trois pages : on peut établir la liste en annexe. Or ce travail n'a été fait pour aucun des trois OPCO à visée interprofessionnelle.

25. La question des entreprises doublement orphelines n'est pas réglée. Il n'y a aucune solution dans les textes en ce qui concerne les entreprises orphelines qui ne relèvent ni de l'industrie, ni de la construction, ni du commerce, ni des services. Ce sont les entreprises orphelines du « hors champ », et leur nombre est sans doute supérieur aux entreprises orphelines susceptibles de relever des OPCO (dits interprofessionnels) envisagés. Il n'y a pas d'OPCO interprofessionnel-balai. Le plus simple serait d'autoriser certains OPCO de branches, dont ceux concernant l'agriculture, les mobilités, la cohésion sociale, à accueillir les entreprises orphelines de ces secteurs.

## 6. Un OPCO interprofessionnel peut-il être agréé comme OPCO de branches ?

26. La loi ne prévoit pas le double agrément. Jusqu'à présent, les deux OPCA interprofessionnels agréés, AGEFOS et OPCALIA, étaient simultanément agréés comme OPCA de branche, en fait plusieurs dizaines de branches pour chacun. Cette hypothèse n'était pourtant envisagée par aucun texte législatif ou réglementaire. Il était de surcroît admis que les employeurs étaient représentés dans les instances délibératives des deux OPCA par la seule organisation patronale interprofessionnelle, la CGPME ou le MEDEF.

27. Si les organisations représentatives d'une branche professionnelle souhaitent adhérer à un OPCO agréé par ailleurs comme OPCO interprofessionnel, elles doivent signer l'accord constitutif. On ne peut plus simplement « désigner » l'OPCO et décider unilatéralement d'élargir le champ d'intervention de l'organisme. Un accord de branche qui se contenterait de « désigner » un OPCO n'aurait aucune portée juridique puisqu'il ne crée aucun droit ni aucune obligation pour les entreprises de la branche, contrairement aux accords de désignation précédents qui obligeaient les entreprises à cotiser à un OPCA désigné et donc pouvaient être étendus par arrêté ministériel.

28. L'OPCO est une association, et adhérer à une association signifie en devenir membre. Tous les membres représentatifs de branches adhérentes doivent pouvoir participer aux instances délibératives, si ce n'est pas directement au conseil d'administration mais au moins dans une assemblée générale élisant les administrateurs. Si les membres employeurs de l'assemblée générale s'entendent pour nommer au conseil d'administration exclusivement des représentants de l'organisation interprofessionnelle, c'est leur affaire, mais cela résulte nécessairement d'un protocole d'accord entre ces organisations.

24. A défaut de signature de l'accord constitutif de l'OPCO interprofessionnel par les représentants d'une branche professionnelle, les entreprises de cette branche sont des « entreprises orphelines » relevant d'un OPCO interprofessionnel, ce qui renvoie au problème évoqué au point 5 ci-dessus.

25. Les trois projets d'accords à visée interprofessionnelle ne sont guère en conformité avec ce référentiel juridique. L'accord « Wellcom » stipule que le présent accord peut valoir accord de désignation pour chacune des branches professionnelles figurant dans une annexe et il n'est pas question de signature du présent accord par les organisations représentatives de ces branches. Les employeurs ne sont représentés au C.A. que par le MEDEF. L'accord « PEPSS » indique que les branches professionnelles désignent l'OPCO. Les employeurs ne sont représentés au conseil d'administration que par U2P et « les autres organisations d'employeurs interprofessionnelles ».

L'accord « Economie de proximité » prévoit que l'adhésion des branches s'effectue soit par accord collectif de branche qui désigne l'OPCO, soit par adhésion directe à l'accord constitutif. Il n'est pas précisé que les organisations de branche deviennent membres de l'OPCO et que leurs représentants siègent dans les instances délibératives.

## Deuxième partie : Qualification et régime juridique des ressources gérées par les OPCO

26. Les OPCO sont habilités à gérer quatre types de ressources qui obéissent à des qualifications et des régimes juridiques différents : l'imposition fiscale de toute nature collectée par l'URSSAF allouée aux OPCO par France compétences, en fonction de leur champ d'intervention, les contributions instituées par voie d'accord collectif de branche, des versements volontaires effectués par les entreprises (Article L6332-1-2) ainsi que les contributions collectées par des fonds d'assurance formation des travailleurs non-salariés qui choisissent d'être gérées par un OPCO.

27. La contribution conventionnelle s'analyse comme une cotisation à la charge des entreprises relevant du champ d'application de l'accord collectif qui l'a instituée. La décision d'instituer une pareille contribution relève de l'autonomie contractuelle et non pas de la loi fiscale, la collecte peut être assurée par la branche elle-même ou être déléguée dans le cadre d'une convention de prestations de services à un collecteur en contrepartie d'une rémunération (l'URSSAF, la Mutualité sociale agricole, la caisse des congés payés du bâtiment, une caisse de retraite complémentaire...ou un OPCO. Cette ressource n'est pas fongible avec les autres ressources gérées par le collecteur, et donc pas avec les ressources fiscales de l'OPCO. Elle fait l'objet d'une mutualisation au sein d'une section comptable dédiée. L'affectation de ces ressources doit être conforme aux dispositions de l'accord de branche qui les a instituées<sup>6</sup>. En cas d'usage de ces fonds, non conforme à leur objet la sanction ne peut être prononcée que par le juge judiciaire et non par le juge administratif. Elle ne peut donner lieu, comme c'est le cas des contributions fiscales, à reversement au Trésor public.

28. Cette option ouverte par la loi renvoie à plusieurs problématiques qui relèvent non pas de la compétence du législateur et des pouvoirs publics mais de celle des partenaires sociaux eux-mêmes : ils devront, dans les accords de branche, préciser l'objet et les modalités d'affectation de cette ressource, qui ne soit pas un simple « supplément » à la contribution fiscale comme c'est le cas aujourd'hui dans les quelques accords de branches qui l'ont instituée. Pour être collectée, cette ressource devra nécessairement résulter d'accords de branche étendus. Par ailleurs elle n'est pas fongible avec la ressource fiscale. Dans ce contexte peut se poser la question de savoir si les branches qui souhaitent s'engager dans cette voie n'ont pas intérêt à créer une structure juridique distincte de l'OPCO<sup>6</sup>.

29. La possibilité pour un OPCO de percevoir des ressources qualifiées « de versements volontaires » effectués par une entreprise particulière soulève des questions juridiques de nature différente de celle des contributions conventionnelles. S'agit-il d'une cotisation, de l'achat d'une prestation de service ? Quel est son régime fiscal ? Ce type de versement est-il compatible avec le droit de la concurrence ? Ces questions ne sont pas nouvelles. À ce jour ni le législateur ni l'administration n'ont apporté de réponse satisfaisante à ces questions, contribuant de ce fait à entretenir l'ambiguïté sur la qualification juridique des OPCO : structures de droit privé investies d'une mission de service public et à ce titre, bénéficiaire exclusif de ressources fiscales, ou prestataire de services sur un marché concurrentiel ?

30. La possibilité offerte aux OPCO d'assurer la gestion des fonds d'assurance formation des travailleurs non-salariés représente une autre source d'ambiguïté. En effet la loi autorise les OPCO à assurer la gestion des 7 fonds d'assurance formation qui contribuent aujourd'hui au financement de la formation de 4 millions de travailleurs non-salariés (Voir chronique 137). Plusieurs des accords constitutifs des OPCO prévoient cette possibilité.

---

<sup>6</sup>. Voir sur cette même question pour Jean-Pierre Willems. Droit social décembre 2018

**31.** La mise en œuvre de cette option a du sens au regard de la proximité des métiers et des compétences des travailleurs salariés et des travailleurs non-salariés ainsi que de leur parcours professionnel passant d'un statut à un autre. Elle soulève cependant au moins deux questions juridiques : celle de la qualification et du régime juridique des ressources allouées à la formation des travailleurs non-salariés, et celle de la gestion de structures patronales que sont les fonds d'assurance formation des travailleurs non-salariés par une structure paritaire, l'OPCO.

**32.** Si la qualification juridique de la contribution versée au titre de leur formation professionnelle par les travailleurs non-salariés peut être rattachée à la même notion « d'imposition de toute nature » définie par l'article 34 de la constitution<sup>7</sup>, comme l'est celle des employeurs versés au bénéfice des travailleurs salariés, son régime juridique en revanche n'est en rien comparable avec celle-ci. L'une relève d'un régime fiscal, l'autre non. Le code du travail dispose, en effet, dans son article L6332-10 que : « Les fonds d'assurance formation de non-salariés sont alimentés par des ressources dégagées par voie de concertation entre les organisations professionnelles intéressées ou les chambres consulaires<sup>8</sup> ». La loi ne définit pas la qualification de ses ressources. Ce ne sont ni des taxes, ni des cotisations, ni des redevances en contrepartie d'une prestation de service.

**33.** Le code général des impôts ne connaît pas cette ressource, à la différence de l'obligation de participation à la charge des employeurs pour leurs salariés. Le contentieux applicable est celui en vigueur pour les cotisations d'allocations familiales et relève des juridictions de droit privé alors que le contentieux de l'obligation des entreprises relève de la taxe sur le chiffre d'affaires, et des juridictions administratives. Pour les mêmes motifs, ces ressources ne sauraient être rendues fongibles avec celles des travailleurs salariés, au sein d'une enveloppe gérée par l'OPCO.

Les décisions d'affectation de ces ressources et de leur gestion ne devraient pas en principe relever des structures paritaires de l'OPCO mais les seules organisations d'employeurs fondatrices de ces fonds d'assurance formation.

**34.** De ce qui précède, il résulte que la gestion d'un fonds d'assurance formation de travailleurs non-salariés par un OPCO devrait être encadrée par une convention de prestations de services à titre onéreux, conclue entre le fonds d'assurance formation et l'OPCO de la même manière d'ailleurs que les ressources de ces FAF sont collectées par l'URSSAF en application de conventions de prestations de services à titre onéreux.

Les décisions de gestion de ces FAF échappent à la gouvernance paritaire et relèvent de la seule compétence du Conseil de gestion composée des organisations d'employeurs fondatrices du FAF.

---

<sup>7</sup> Cette notion est définie par l'article 34 de la constitution dans les termes suivants « la loi fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ». Il s'agit de prélèvements perçus par voie d'autorité au profit de personnes publiques ou de personnes privées en charge d'une mission d'intérêt général. Voir également sur cette question « La régulation de la formation professionnelle et de l'apprentissage par le financement », Stéphane Rémy, Droit social, décembre 2018 ; et « La régulation dans le système de formation professionnelle – Les changements nés de la création de France Compétences et les évolutions du rôle de l'État », Cédric Puydebois, Droit social, décembre 2018.

<sup>8</sup> Voir également la Chronique 137, « Quel CPF pour les travailleurs non-salariés ? », juin 2018.

## Conclusions

**35.** Les OPCO sont des structures de droit privé gestionnaires, par délégation de la loi, d'une mission de service public dont le financement est assuré par « une imposition fiscale de toute nature ». Ils sont à ce titre placés sous une tutelle étroite des pouvoirs publics. La qualité juridique des personnes morales fondatrices d'une association gestionnaire d'un OPCO, à savoir celle d'organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au sens du code du travail, ne confère pas pour autant à l'accord constitutif la qualification juridique d'accords collectifs de travail ni l'autonomie découlant de cette qualification.

**36.** Des emprunts partiels au droit de la négociation collective, sans en respecter la logique propre, entraînent des ambiguïtés juridiques qui méritent clarification notamment pour les questions liées à la notion de représentativité, à la définition d'un champ d'intervention de branche et, interprofessionnel, ainsi qu'à la question des entreprises orphelines ne relevant d'aucune branche, etc...

**37.** La diversité de qualification et de régime juridique des ressources susceptibles d'être gérées par un OPCO est une autre source d'ambiguïté qui mérite tout autant clarification.

**38.** L'ordonnance balai prévue par la loi du 5 septembre 2018 pourrait utilement apporter quelques-unes des clarifications nécessaires afin de donner une identité juridique cohérente à cet avatar de troisième génération dénommée OPCO.

Arnold Brum/Jean-Marie Luttringer.