

N° 355924

Fédération UNSA spectacle et communication

1^{er} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 9 avril 2014

Lecture du 14 mai 2014

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

La gestion des fonds de la formation professionnelle est assurée par des organismes paritaires collecteurs, créés par accord entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives et agréés par l'administration. La loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie a entendu rationaliser et moraliser cette gestion. Afin de permettre une mise en œuvre rapide et uniforme de la réforme, le législateur a mis fin aux agréments dont bénéficiaient les OPCA en place à compter du 1^{er} janvier 2012, à charge pour eux d'en solliciter de nouveaux.

Dans le secteur du spectacle vivant et enregistré, de la publicité et de la distribution directe, des loisirs, de l'édition, de la presse écrite et des agences de presse a été créé à cette fin en 1972 le fonds d'assurance-formation des travailleurs salariés du spectacle, l'AFDAS. Les partenaires sociaux ayant confirmé leur volonté d'en faire l'OPCA du secteur et ayant modifié ses statuts pour les adapter aux nouvelles règles, le ministre du travail, de l'emploi et de la santé a agréé cet organisme, au titre du plan de formation et de la professionnalisation, d'une part, et au titre du congé individuel de formation, d'autre part, par deux arrêtés du 9 novembre 2011. La Fédération UNSA Spectacle et communication, exclue de la gestion courante de l'AFDAS, vous demande l'annulation de ces deux arrêtés en tant qu'ils agrément cet organisme.

Votre compétence de premier ressort¹ dépend du point de savoir si l'agrément revêt un caractère réglementaire, ce qui est le cas s'il a pour effet de confier à l'organisme bénéficiaire une mission de service public (CE, 3 mai 2004, Fondation Assistance aux animaux, n° 249832, aux T.²). Il ressort de la décision du Tribunal des conflits du 14 novembre 2011, Société BLV Consulting Group (n° 3804), curieusement inédite, que les OPCA sont bien investis d'une telle mission³. A la lumière des critères dégagés par votre jurisprudence de Section APREI du 22 février 2007 (n° 264541, au Rec.), cette solution

¹ Avant l'intervention du décret du 22 février 2010, vous vous reconnaissiez compétent au motif que l'agrément, bien que dépourvu de caractère réglementaire, produit des effets dans le ressort de plusieurs tribunaux administratifs (CE, 17 novembre 1997, Fédération générale des clercs et employés de notaires, n° 169814, aux T.).

² Pour l'agrément des SAFER : CE, 19 septembre 2012, SA de M..., n° 352902.

³ V. *contra*, avant l'intervention de la décision APREI et de la loi de 2009 : CAA Paris, 18 avril 1997, Fonds d'assurance formation UNIFORMATION, n° 95PA03467).

s'impose, compte tenu des novations apportées par la loi du 24 novembre 2009. Est en particulier prévue la conclusion d'une convention triennale d'objectifs et de moyens entre l'Etat et l'OPCA, définissant les modalités de financement et de mise en œuvre des missions, et encadrant en particulier la rémunération des frais de gestion. Il s'agit là d'un contrôle par objectifs qui va bien au-delà d'un simple contrôle de police sur le respect de la réglementation de la collecte et de l'utilisation des fonds⁴.

Venons-en aux moyens invoqués, qui touchent pour l'essentiel à l'organisation de l'AFDAS telle qu'elle résulte de ses statuts. Il convient au préalable de clarifier les conditions de votre office.

Selon les articles L. 6332-1 et R. 6332-4 du code du travail, l'agrément ne peut être délivré que s'il existe un accord entre organisations syndicales représentatives⁵. Vous avez jugé qu'un tel accord était au nombre des accords collectifs régis par le code du travail (CE, 15 mars 1999, CGPME, n° 198142, aux T.)⁶. Les statuts de l'organisme, qui forment avec l'accord ce que l'article R. 6332-16 du même code appelle de manière générique « l'acte de constitution » de l'OPCA, doivent logiquement suivre le même sort que l'accord (décision CGPME précitée)⁷. En conséquence, vous renvoyez au juge judiciaire le soin de trancher les contestations sérieuses pouvant s'élever sur la validité de ces actes (CE, 31 mai 2002, Chambre nationale des professions libérales c/ Ministre de l'emploi et de la solidarité, n° 229574, au Rec.), sous réserve des tempéraments apportés par votre décision de Section du 23 mars 2012, Fédération Sud Santé Sociaux (n° 331805, au Rec.). Mais comme c'est le cas en matière d'extension d'accord collectif, il vous appartient de porter une appréciation autonome sur le respect des conditions propres à l'agrément de l'organisme, qu'il s'agisse de la représentativité des organisations signataires de l'accord ou des conditions de fond posées par le code du travail pour qu'un organisme soit agréé⁸.

La fédération requérante reproche en premier lieu aux statuts de l'AFDAS de ne pas – ou, plus exactement, de ne plus – prévoir d'assemblée générale, en méconnaissance de la loi du 1^{er} juillet 1901.

L'opérance même du moyen n'est pas évidente. Aucune disposition ne confère à l'administration le pouvoir de contrôler la licéité des statuts au regard de dispositions tierces comme la loi de 1901, s'agissant d'OPCA qui ont pris la forme associative. Au contraire,

⁴ L'agrément est ainsi accordé au vu des « performances de gestion » de l'organisme (1^o de l'article L. 6332-1).

⁵ Le I de l'article 43 de la loi de 2009 est venu préciser que la délivrance d'un nouvel agrément était subordonnée 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 ».

⁶ Il faut préciser que l'accord institutif, une fois agréé, n'oblige que ceux qui l'ont signé ou y ont adhéré. C'est dire que, pour que l'ensemble des entreprises relevant de son champ d'application soit tenu de verser leur contribution au titre de la formation professionnelle à l'OPCA désigné, l'accord devra être étendu (V. sur la distinction entre agrément et extension : Cass. Soc., 6 avril 2011, n° 10-16203 et a., au Bull.).

⁷ Le fait qu'en l'espèce, les statuts ne soient pas formellement annexés à l'accord (contrairement au précédent CGPME) ne change rien : ils font corps avec lui, l'accord y renvoyant expressément pour la détermination des modalités d'organisation et de fonctionnement de l'organisme. L'arrêté du 20 septembre 2011 qui fixe la composition du dossier de demande d'agrément exige d'ailleurs la production des statuts de l'organisme, en sus de l'accord lui-même.

⁸ Le dernier alinéa de l'article L. 6332-1 évoque l'agrément de l'accord lui-même, mais il nous semble qu'il s'agit d'un raccourci de langage.

l'article R. 6332-14, qui énumère limitativement les motifs légaux de retrait d'agrément, n'évoque que les dispositions relatives au droit de la formation professionnelle et aux OPCA, et non les règles de droit commun qui régissent les associations. **Le texte prévoit d'ailleurs que c'est l'OPCA qui est agréé, non l'association qui en est seulement la forme juridique.** On comprend de l'économie générale du code du travail que cette forme juridique est neutre⁹. En réalité, l'OPCA est créé par l'accord entre les partenaires sociaux. Ceci résulte de l'article R. 6332-6 et, de manière plus nette encore, pour les fonds d'assurance formation des salariés comme l'AFDAS, de l'article L. 6332-7 du code du travail, qui précise que les FAF sont dotés de la personnalité morale¹⁰. La Cour de cassation en a déduit qu'était sans incidence sur la capacité juridique et le fonctionnement d'un fonds le fait que ce dernier était constitué en association non déclarée conformément à la loi de 1901 (Cass. soc., 20 novembre 1985, n° 84-11700 ; 84-11701 ; 84-11702, au Bull.)¹¹. En outre, le code du travail prévoit dans sa partie réglementaire des dispositions qui dérogent clairement au droit commun des associations. Ainsi, alors que la dévolution des biens de l'association en cas de dissolution volontaire est de la compétence de l'assemblée générale, à défaut de stipulation statutaire (art. 9 de la loi de 1901), l'article R. 6332-20 du code du travail reconnaît compétence en la matière au conseil d'administration. Au total, nous ne pensons pas qu'il appartienne à l'administration de vérifier que l'association qui sert de support à l'OPCA fonctionne conformément aux prescriptions de la loi de 1901, ce qui vous dispenserait de surcroît d'éventuelles questions préjudicielles en la matière.

Si vous ne partagiez pas cet avis, vous devriez répondre à la belle question de savoir si les statuts d'une association doivent, pour être réguliers, prévoir une assemblée générale. Aucune disposition de la loi de 1901 ne l'impose¹². La doctrine administrative est fermement en ce sens, se refusant à introduire toute obligation nouvelle en la matière (V. parmi bien d'autres, une réponse ministérielle publiée au JOAN 8 novembre 1999, Q. n° 34247, JOAN – réponse du 30 octobre 2000, JOAN, n° 50058)¹³. Seules certaines catégories d'association y sont soumises en vertu d'une loi spéciale, comme l'article 19 de la loi du 9 décembre 1905 s'agissant des associations culturelles¹⁴. Il est vrai que la Cour de cassation a entrepris de

⁹ A la différence des fonds d'assurance formation des artisans créés en application de l'article 4 de la loi du 23 décembre 1982, pour lesquels un décret du 24 juin 1983 prévoyait expressément leur constitution sous forme d'association régie par la loi de 1901 (V. CE, 27 mars 2000, Fédération française du bâtiment et Fédération nationale de l'équipement électrique, n° 202252, au Rec.). Selon les conclusions de S. Boissard, « *Le contrat d'association tient donc lieu, dans ce secteur, d'accord collectif* ». V. actuellement l'article R. 6331-55 du code du travail.

¹⁰ Nous notons que l'arrêté du 20 septembre 2011 qui définit la composition du dossier de demande oppose les FAF et les OPCA sous forme associative.

¹¹ Vous ne pourriez donc transposer à ces fonds la jurisprudence que vous avez rendu s'agissant des fédérations sportives, qui ne peuvent être agréées en vue de participer à l'exécution d'une mission de service public que si elles ont été déclarées en préfecture conformément à l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901 (CE, 19 juin 2009, Fédération française du full contact et disciplines associées et fédération française de Muaythaï et disciplines associées, n° 319895-322861, aux T.).

¹² V. en ce sens et pour une étude complète : Lamy associations, Fonctionnement et organes, point 212-2.

¹³ « *La loi de 1901 n'impose en particulier aucune modalité d'administration courante de l'association s'agissant de l'existence d'une assemblée générale, d'un conseil d'administration, d'un bureau ou de la tenue de comptabilité* »).

¹⁴ Une circulaire du 18 janvier 2010 a en outre entendu subordonner divers agréments et le versement de subventions publiques à la condition que les associations bénéficiaires aient un « mode de fonctionnement démocratique ». Naturellement, ce texte ne saurait légalement ajouter aux conditions d'agrément qui doivent être prévues par décret en Conseil d'Etat.

dégager un certain nombre de principes généraux du droit des groupements, applicables aux associations, permettant en tant que de raison de suppléer aux silences de la loi de 1901¹⁵. Mais nous doutons que ces principes puissent porter sur l'organisation interne de l'association. Plus exactement, si principe il y a, c'est, à notre avis, celui selon lequel l'assemblée générale existe toujours, car elle est l'incarnation institutionnelle du contrat d'association entre les adhérents, et qu'elle dispose ainsi nécessairement des pouvoirs inhérents à ce rôle, dont la modification des statuts et la dissolution¹⁶. En revanche, nous ne voyons pas ce qui fait obstacle à ce que, par le biais des statuts, l'assemblée générale confie au conseil d'administration le soin de prendre toutes les décisions de gestion.

S'agissant en particulier des OPCA, le code du travail comme la doctrine administrative n'évoquent que le rôle du conseil d'administration¹⁷. Contrairement à ce qui est soutenu, la circonstance que le 6° de l'article L. 6332-1 du code subordonne l'agrément à l'application d'engagements relatifs à la « transparence de la gouvernance » n'implique en rien que les décisions soient prises par une assemblée générale regroupant l'ensemble des organisations syndicales intéressées¹⁸. Vous écarterez donc ce moyen.

La fédération requérante se plaint ensuite de ce que, selon l'article 6.1 des statuts, le conseil d'administration de l'AFDAS ne compte en sein que les organisations de salariés représentatives dans l'ensemble du champ d'application de l'accord, et non l'ensemble des organisations signataires de l'accord, y compris celles qui, comme elle, ne sont représentatives que dans l'un des nombreux secteurs d'activités couverts. Décrivons en quelques mots le mode d'organisation retenu par l'AFDAS :

- Toutes les organisations syndicales signataires de l'accord ou qui y adhèrent sont membres de l'AFDAS (art. 1^{er}).
- Toutefois, s'agissant des organisations de salariés, seules les organisations représentatives dans au moins un des champs professionnels couverts par l'AFDAS font partie du « collège salariés » amené à désigner les membres des instances paritaires, dont le conseil d'administration (art. 5).
- Mais ne peuvent siéger au conseil d'administration – c'est-à-dire ne sont éligibles - que les organisations de salariés représentatives dans l'ensemble du champ de l'accord (art. 6).

¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 05-21658 à propos de la survie pour les besoins de la liquidation ; Cass. 1^{ère} civ., 19 novembre 1991, n° 89-19383 à propos de la non-rétroactivité de la nullité ou encore Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006, n° 03-18229, au Bull. à propos du pouvoir du président de prendre des mesures provisoires d'urgence.

¹⁶ On peut également songer à la demande de reconnaissance d'utilité publique (art. 9 du décret du 16 août 1901), à la dévolution des biens en cas de dissolution volontaire et, de manière générale, à l'ensemble des prérogatives que les statuts ne confient à aucun autre organe, comme le pouvoir d'ester en justice (CE, 16 février 2001, Association pour l'égalité aux concours et examens, n° 221622, au Rec.).

¹⁷ L'article R. 6332-16 du code du travail se borne à prévoir que l'acte de constitution détermine « l'étendue des pouvoirs du conseil d'administration paritaire », sans le limiter. Selon la circulaire du 6 mai 2011 de la DGEFP : « L'OPCA est une personne morale dont la responsabilité de la gestion relève du Conseil d'administration ». De fait, de nombreux OPCA ne prévoient pas l'intervention d'une assemblée générale.

¹⁸ Cette notion, à laquelle fait écho celle de « principe de transparence dans le fonctionnement de l'organisme collecteur paritaire » figurant au 2° de l'article L. 6332-6, renvoie essentiellement à la publicité des critères utilisés pour définir l'affectation des fonds et à celle des décisions de l'OPCA susceptibles d'avoir une incidence sur les frais de gestion de l'organisme, ainsi qu'à celle des comptes. L'article R. 6332-23 prévoit à cette fin la création d'un service dématérialisé dédié.

Il est soutenu que cette règle d'éligibilité est contraire à l'article R. 6332-4 du code du travail, qui impose que le conseil d'administration de l'organisme collecteur paritaire agréé soit composé « *d'un nombre égal de représentants des employeurs et des salariés désignés par les organisations signataires* » de l'accord¹⁹.

Même si le texte a vraisemblablement été conçu dans cette optique, il ne garantit pas formellement un siège d'administrateur à chaque organisation signataire. Autrement dit, il n'exclut pas que la désignation emprunte la voie d'une élection. La réforme de 2009 ayant eu pour objectif de réduire considérablement le nombre d'OPCA, donc de « densifier » les OPCA au regard du nombre d'organisations signataires, une telle interprétation nous paraît indispensable pour éviter de faire des conseils d'administration de véritables parlements pléthoriques²⁰. Cette lecture trouve un appui au 1° de l'article R. 6332-16 qui prévoit que l'acte de constitution fixe la composition du conseil d'administration, ce qui lui reconnaît nécessairement une certaine marge de manœuvre.

Reste à savoir qui sont les « organisations signataires » mentionnées à cet article. Il faut entendre, à notre avis, les organisations qui ont signé l'accord et qui devaient le signer pour qu'il soit valide, c'est-à-dire celles qui sont représentatives dans le champ de l'accord²¹, ainsi que celles qui, devenues représentatives à la suite d'une évolution du paysage syndical, adhèreraient à l'accord postérieurement à sa conclusion. Une interprétation littérale reviendrait, d'une part, à permettre qu'un conseil d'administration soit désigné par des organisations non représentatives quoique admises à apposer leur paraphe sur l'accord²² et, d'autre part, à cristalliser définitivement la composition des conseils d'administration alors même que les conditions de la représentativité peuvent fondamentalement changer et que, faute de limitation de la durée des agréments, l'administration n'a pas à porter d'appréciation périodique sur ce point.

Si vous nous suivez dans cette lecture, vous devrez vous interroger sur le point de savoir quelles organisations devaient signer l'accord pour que l'agrément puisse être délivré. En matière d'extension d'accords collectifs, vous jugez que la représentativité s'apprécie dans le champ de l'accord, sauf si celle-ci comporte plusieurs branches – auquel cas la représentativité des organisations s'apprécie au niveau de la branche (CE, Section, 3 avril 1998, Fédération de la plasturgie, n° 177962, au Rec.). Vous avez toutefois apporté une exception à l'exception en admettant que, lorsqu'il existe une organisation représentative dans l'ensemble du champ d'un accord multi-branches, les organisations représentatives dans l'une des branches seulement n'ont pas à être conviées à la négociation préalable à l'extension (CE, 31 mai 2002, Chambre nationale des professions libérales c/ Ministre de l'emploi et de la

¹⁹ Vous aviez tiré des dispositions législatives elles-mêmes la même exigence : « la gestion des organismes collecteurs paritairement agréés appartient aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs parties aux accords qui en portent constitution » (CE, 7 juillet 1997, CGT, n° 182948, aux T.).

²⁰ Cette liberté doit sans doute être encadrée. Il ne serait pas acceptable, par exemple, que le conseil d'administration d'un OPCA couvrant plusieurs branches ne compte pas au moins une organisation représentative de chaque branche.

²¹ Par extension, il va de soi qu'une organisation non signataire mais qui, devenue représentative en raison d'une évolution du paysage syndical, adhérerait à l'accord devrait être regardée comme une organisation signataire, habilitée à désigner les administrateurs.

²² En l'occurrence, les statuts ne prévoient pas la désignation des administrateurs par l'ensemble des signataires, mais seulement par les organisations représentatives.

solidarité, n° 229574, au Rec., éclairée par les conclusions de S. Boissard). Nous ne voyons pas de motif de raisonner différemment pour l'agrément des OPCA.

Dès lors qu'il existe en l'espèce des organisations représentatives dans l'ensemble du champ de l'accord, nous pensons que les membres du conseil d'administration de l'AFDAS devaient être désignés par celles-ci. La règle d'éligibilité posée par les statuts est donc tout à fait conforme au texte. Il est vrai que les administrateurs proposés par les organisations « totalement » représentatives doivent, selon les statuts de l'AFDAS, recevoir l'onction de l'ensemble des organisations représentatives, totalement ou partiellement. Mais cette condition, qui profite à la requérante, n'est pas critiquée. Il serait d'ailleurs de bon aloi de l'admettre afin de ne pas introduire une trop grande rigidité dans le fonctionnement des OPCA, et de mieux asseoir leur représentativité.

La fédération UNSA invoque en outre une violation du principe d'égalité entre organisations d'employeurs et de salariés. Elle relève en effet que toutes les organisations d'employeurs peuvent siéger au conseil d'administration, quand bien même ne seraient-elles représentatives que dans un sous-ensemble du champ de l'accord. Il est vrai que ces deux catégories répondent en partie aux mêmes critères de représentativité, énumérés à l'article L. 2121-1 du code du travail, quoique le critère de l'audience est manié très différemment dans l'un et l'autre cas. Mais nous vous invitons à ne pas vous engager dans une comparaison des modalités de représentation des employeurs et des salariés, qui répondent à des logiques totalement distinctes, comme le souligne le récent rapport de M. Combrexelle sur la représentativité des organisations patronales²³. Vous pourrez donc écarter le moyen sur un terrain d'inopérance.

Le moyen suivant porte sur les modalités d'appréciation de la représentativité des organisations de salariés. L'article 6.1 des statuts prévoit que celle-ci s'apprécie par consolidation des résultats obtenus aux « élections professionnelles » sur l'ensemble des champs couverts par l'AFDAS. Il lui est reproché de méconnaître sur plusieurs points les règles de représentativité découlant de la loi du 20 août 2008²⁴.

La fédération soutient dans une première branche que la représentativité ne pouvait s'apprécier au niveau du champ couvert par l'AFDAS, mais seulement au niveau de l'entreprise, de la branche ou de l'interprofession, en vertu des articles L. 2122-1 à L. 2122-13 du code du travail. Mais les statuts n'y font pas obstacle. Au contraire, ils prévoient une consolidation des résultats, lesquels seront obtenus sur la base d'une mesure branche par branche.

²³ V. pp. 17-20 : les motivations des employeurs comme la portée de leur adhésion diffèrent fondamentalement de celles des salariés.

²⁴ Il n'est pas douteux que le législateur et le pouvoir réglementaire ont entendu renvoyer aux conditions de droit commun pour l'appréciation de la représentativité des organisations syndicales signataires de l'accord, et habilitées à désigner les membres du conseil d'administration. En revanche, les textes ne fixent aucune condition particulière pour la désignation des membres d'autres instances paritaires comme les sections professionnelles, sinon leur composition paritaire et une règle de prévention des conflits d'intérêts. L'opérance du moyen est donc douteuse dans cette mesure.

La deuxième branche du moyen est un peu plus sérieuse. Il est soutenu que la référence que fait l'article 6.1 des statuts aux « élections professionnelles » exclut la mesure de l'audience propre aux très petites entreprises, c'est-à-dire celles qui comptent moins de 11 salariés. Il est exact que, dans le code du travail, la notion d' « élections professionnelles » est utilisée pour la désignation des membres du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel et des délégués du personnel – autant d'institutions qui n'existent pas dans les TPE²⁵. L'audience des organisations syndicales dans ces entreprises est mesurée sur la base d'un scrutin *ad hoc*, dite « scrutin sur sigle », institué par la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 (V. les articles L. 2122-10-1 et suivants du code du travail). Nous sommes toutefois convaincu que les statuts ne peuvent s'interpréter dans un sens aussi restrictif que celui que suggère la fédération UNSA.

Il résulte des dispositions propres aux TPE qu'il s'agit bien d'organiser un « scrutin » auquel prennent part des « électeurs », l'article L. 2122-10-8 évoquant pour sa part les « opérations électorales »²⁶. Il n'y a donc pas un grand effort à faire pour assimiler le scrutin TPE à des « élections professionnelles ». Or nous pensons que telle a été l'intention des auteurs des statuts. Il eût été aberrant qu'ils excluent la représentation des TPE et de leurs salariés, alors que celles-ci représentent plus de 90 % des entreprises cotisant à l'AFDAS et que le législateur a précisément entendu, en 2009, renforcer l'intervention des OPCA dans les TPE²⁷, ce dont les statuts de l'AFDAS se font eux-mêmes l'écho²⁸. Comme le ministre, nous vous proposons de procéder à une interprétation neutralisante des statuts sur ce point²⁹.

La troisième et dernière branche du moyen tiré de la méconnaissance des règles de représentativité porte sur le calendrier de renouvellement des administrateurs et membres des autres instances paritaires. Le 2. de l'article 5 des statuts prévoit que leur mandat est de 4 ans et le 1. précise que la représentativité s'apprécie à chaque échéance de renouvellement. La fédération requérante relève que la mesure de l'audience des syndicats au niveau de la branche se fait aussi, en vertu de l'article L. 2122-5 du code du travail, tous les 4 ans, mais qu'il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre les deux cycles. Dans le cas de l'AFDAS,

²⁵ L'article L. 2122-6 du code du travail dans sa rédaction résultant de la loi du 20 août 2008 maintenait ainsi, dans l'attente d'une autre loi, le dispositif de présomption de représentativité « *dans les branches dans lesquelles ne sont pas organisées d'élections professionnelles permettant d'y mesurer l'audience des organisations syndicales* » en raison de la taille des entreprises.

²⁶ L'article L. 2122-5 du code du travail prévoit ainsi que le seuil de 8 % des suffrages exprimés à partir duquel les organisations syndicales peuvent prétendre à la représentativité au niveau de la branche s'apprécie en additionnant les suffrages aux élections des représentants du personnel et les suffrages exprimés au scrutin TPE.

²⁷ V. notamment l'article L. 6332-3, qui oblige les OPCA à se doter d'une section particulière dédiée aux employeurs de moins de 10 salariés et crée une fongibilité asymétrique, les contributions des employeurs de 10 salariés et plus pouvant abonder les ressources de cette section.

²⁸ Le 2. de l'article 5 des statuts, qui porte sur les « *dispositions communes au fonctionnement des instances paritaires* », précise que la représentativité au collègue « salariés » est déterminée « *selon les dispositions légales applicables lors de chaque échéance de renouvellement* ». Il n'y a donc aucune volonté de se distinguer de ces règles, ce qu'ils n'auraient pu légalement faire.

²⁹ Cette technique, admise par la jurisprudence pour des actes de droit privé (V. à propos d'accords collectifs : CE, 4 mars 2009, UIMM du Loir-et-Cher, n° 309130, aux T. ; CE, 17 juin 2002, Fédération nationale CGT des personnels des secteurs financiers et autres, n° 226936-227145, aux T. sur un autre point ; et pour un règlement intérieur d'entreprise : CE, 6 mars 1989, SA « Entreprise Bentin et Compagnie » et Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, n° 84977-84980, au Rec.), nous paraît d'autant plus acceptable ici que l'AFDAS s'exposerait à un retrait d'agrément si elle s'avisait, en pratique, de limiter la mesure de la représentativité aux élections aux institutions représentatives du personnel.

les mandats ont été renouvelés en juin 2012 et courent jusqu'en 2016, alors que les résultats des élections permettant d'apprécier la représentativité des syndicats ont été arrêtés en 2013. En conséquence, un administrateur pourra siéger pendant 3 ans alors même que l'organisation représentative qui l'a désigné ne serait plus représentative. Le ministre y apporte une réponse aussi confuse qu'embarrassée. Pour notre part, nous ne pensons pas que les statuts soient illégaux au motif qu'ils n'ont pas fait coïncider le calendrier des mandats avec celui des scrutins de représentativité. Aucune disposition ne l'imposait. Le législateur lui-même a entendu que les agréments soient délivrés à compter du 1^{er} janvier 2012, donc que les instances paritaires puissent fonctionner à cette date, au vu de l'état de la représentativité alors connu. Il en résultait quasi-nécessairement une désynchronisation des cycles, puisque les résultats des scrutins de représentativité ne devaient être connus qu'en 2013. Ni la loi, ni les dispositions réglementaires d'application n'ont exigé que les mandats au sein des OPCA s'interrompent pour établir une coïncidence des cycles. L'exigence de stabilité des mandats des membres des instances paritaires justifie qu'ils ne soient pas remis en cause³⁰ dès l'instant où les cartes de la représentativité sont rebattues, mais seulement, le cas échéant, à intervalles réguliers, pour tenir compte des évolutions intervenues en la matière³¹.

Le dernier moyen nous paraît en revanche fondé. Il est tiré de ce que cinq membres du conseil d'administration se trouvaient dans une situation de conflit d'intérêts prohibée par l'article L. 6332-2-1 du code du travail à la date de délivrance de l'agrément. Cet article, introduit à l'unanimité par l'Assemblée nationale, interdit qu'un administrateur d'un établissement de formation soit également administrateur dans un OPCA.

Le ministre plaide uniquement l'inopérance du moyen. A ses yeux, cette disposition ne traite que du fonctionnement de l'OPCA, et peut éventuellement justifier un retrait d'agrément, mais en aucun cas un refus d'agrément *ab initio*. Nous ne partageons pas ce point de vue.

Certes, par analogie avec les incompatibilités électorales, vous avez jugé à plusieurs reprises que des incompatibilités professionnelles ne faisaient pas obstacle à l'inscription de professionnels sur une liste d'aptitude, de sorte que les refus purs et simples d'inscription fondés sur l'existence d'une telle incompatibilité étaient illégaux (V. à propos des géomètres-

³⁰ Pour la généralité des accords collectifs, le législateur a précisé, à l'article L. 2261-14-1 du code du travail, que « *la perte de la qualité d'organisation représentative de toutes les organisations syndicales signataires d'une convention ou d'un accord collectif n'entraîne pas la mise en cause de cette convention ou de cet accord* ». Il y a, à notre avis, un a fortiori pour la composition du conseil d'administration d'OPCA.

³¹ Vous vous trouvez ici dans une configuration très différente de celle de la décision de Section Fédération Sud Santé Sociaux déjà citée, dans laquelle vous avez posé une question préjudicielle au juge judiciaire en présence d'un accord à durée indéterminée et révisable seulement à l'initiative des parties, qui empêchait une organisation acquérant ultérieurement la représentativité de prétendre aux avantages prévus par l'accord en matière de moyens syndicaux. Ici, il n'y a qu'un décalage temporaire dans la composition d'instances d'un OPCA. A quoi on ajoutera que les membres des instances paritaires y représentent les employeurs et les salariés, et non les organisations syndicales. Le simple fait que des organisations qui les ont désignées perdent leur représentativité en cours de mandats n'a pas nécessairement vocation à rejaillir sur ces derniers. Les statuts sont cohérents de ce point de vue, puisqu'ils ne prévoient pas que les organisations syndicales puissent révoquer les administrateurs en cours de mandat. De manière générale, lorsqu'une instance est composée de personnes représentant des secteurs d'activité ou des catégories professionnelles et désignées par des organisations syndicales pour une durée déterminée, ils ne peuvent être révoqués par celles-ci (CE, 19 mai 1972, *Ministre de la santé publique c/ sieur P...*, au Rec. p. 392).

experts : CE, 15 octobre 1954, D..., Rec. p. 532 ; à propos des commissaires aux comptes : CE, 10 avril 1974, Garde des sceaux c/ D..., n° 92706, aux T. ; à propos des experts forestiers : CE, 26 septembre 1990, Compagnie nationale des ingénieurs, n° 83495 et a., aux T.).

Votre jurisprudence n'est toutefois pas univoque. Une incompatibilité fait obstacle à l'inscription au tableau de l'ordre des avocats (CE, 28 juin 2004, B..., n° 251897, aux T.). En outre, vous avez, semble-t-il durci votre jurisprudence en jugeant, à propos des mêmes experts forestiers, qu'il appartenait à l'administration soit d'inviter l'expert dont l'inscription sur la liste est envisagée à renoncer aux fonctions incompatibles, soit de ne l'inscrire sur la liste que sous réserve d'une telle renonciation (CE, 29 novembre 1999, Fédération nationale de propriétaires forestiers sylviculteurs et autres, n° 181163, aux T.). Or en l'occurrence, le ministre n'a assorti son agrément d'aucune condition ou réserve.

Il ne nous paraît pas possible de vous montrer moins exigeant que l'est cette dernière décision, et d'admettre que le ministre puisse faire purement et simplement abstraction de situations d'incompatibilité lors de la délivrance de l'agrément, pour deux raisons :

- La première est que, à la différence des précédents que nous avons cités, est ici en jeu une **mission de service public**. L'administration doit veiller à ne pas confier une telle mission à un organisme qui l'exercerait dans des conditions irrégulières. Une vigilance particulière s'impose d'autant plus que la mission des OPCA consiste à utiliser des ressources largement assimilables à des fonds publics, puisqu'elles proviennent de contributions obligatoires à la charge des employeurs, et qu'est en cause une règle de prévention des conflits d'intérêts, à laquelle le législateur a attaché une grande importance dans le cadre de la moralisation d'un secteur qui en avait besoin.

- La seconde tient aux textes propres aux OPCA. D'une part, l'article L. 6332-2-1 du code du travail figure dans une sous-section intitulée « agrément », et fait écho à la condition figurant au 6° de l'article L. 6332-1 dont nous avons parlé, sur la « transparence de la gouvernance ». L'obligation d'impartialité a clairement été conçue comme une condition de l'agrément, d'autant qu'elle n'est explicitement assortie d'aucune autre sanction, notamment pénale. Il nous paraît difficile de vous retrancher derrière l'idée que la règle d'incompatibilité ne concernerait que les conditions concrètes de fonctionnement de l'organisme, qui échapperaient au contrôle de l'administration à l'occasion de la délivrance de l'agrément et ne pourraient justifier qu'un retrait d'agrément³². Par analogie, le ministre des sports peut et, le cas échéant, doit refuser d'agréer une fédération sportive qui méconnaît la règle selon laquelle ces fédérations doivent exercer leur activité « en toute indépendance » (CE, 23 mai 2003, Fédération des pratiquants de budo traditionnel, n° 234399, aux T.). D'autre part, et surtout, l'arrêté du 20 septembre 2011 qui fixe la composition du dossier de demande d'agrément doit comporter la composition nominative du conseil d'administration de l'organisme collecteur, détaillant les mandats des administrateurs.

³² Certains textes régissent spécifiquement la prise en compte des conditions effectives de fonctionnement lors de la délivrance d'agrément (V. à propos des GAEC : CE, 23 janvier 1980, C..., n° 16515, aux T.).

Il nous semble que cette exigence vise précisément à s'assurer de l'absence d'incompatibilités.

Les circonstances de l'espèce nous renforcent dans cette thèse. L'AFDAS était en effet déjà agréée de longue date. Or l'interdiction posée par la loi est entrée en vigueur dès le mois de novembre 2009. Elle s'appliquait donc immédiatement aux OPCA agréés. A cet égard, l'AFDAS aurait dû se voir retirer l'agrément dont elle bénéficiait, sauf à ce que les administrateurs concernés démissionnent de l'une ou l'autre des fonctions à l'origine de l'incompatibilité. Nous remarquons de surcroît que ses statuts n'évoquent à aucun moment cette règle de non-cumul. Pire : la fédération UNSA avait, avant la délivrance de l'agrément litigieux, attiré l'attention de l'OPCA comme celle du ministère sur les conflits d'intérêts existants, et les conséquences susceptibles d'en découler sur la régularité des décisions adoptées. Nous ne voyons pas, dans ces conditions, comment admettre que le ministre ait pu accorder des agréments à cet organisme sans s'assurer préalablement de sa mise en conformité avec l'obligation législative, ou sans prévoir de condition en ce sens dans sa décision.

Au regard de ce seul motif d'annulation, les conséquences d'une annulation rétroactive seraient, à l'évidence, excessives. Elle pourrait donner lieu à des actions en répétition d'indu des entreprises qui se sont acquittées de leur contribution auprès de l'AFDAS, pour un total de plus de 200 M€ chaque année ; elle introduirait de graves perturbations dans le financement des actions de formation professionnelle dans le secteur.

Nous vous proposons donc de différer les effets de l'annulation de 3 mois, délai au terme duquel l'AFDAS devra avoir obtenu un nouvel agrément régulier pour pouvoir continuer à fonctionner.

PCMNC à l'annulation des arrêtés attaqués en tant qu'ils agréent l'AFDAS, à ce que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de votre décision, cette annulation ne prenne effet qu'à l'expiration d'un délai de 3 mois à compter de celle-ci, et à ce qu'une somme de 250 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.