

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine LIEBER, rapporteur public

L'AFDAS, Assurance Formation Des Activités du Spectacle, a été créée le 12 septembre 1972 par voie conventionnelle à l'initiative des organisations professionnelles de la culture, pour gérer la formation continue des professionnels des secteurs du spectacle vivant, du cinéma, de l'audiovisuel, de la publicité, des loisirs, de la presse, des agences de presse et de l'édition. Créé sous forme associative, cet organisme est à la fois un OPCA (organisme paritaire collecteur agréé des contributions versées par les employeurs pour le financement de la formation professionnelle continue), d'un OPACIF (organisme paritaire agréé au titre du congé individuel de formation) et d'un OCTA (organisme collecteur de la taxe d'apprentissage).

C'est au sujet de son agrément au titre des activités d'OPCA et d'OPACIF de l'AFDAS que s'est noué le présent litige. La loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie a profondément rationalisé la gestion des fonds de la formation professionnelle et, pour permettre une mise en œuvre à la fois cohérente et rapide de cette réforme, elle a prévu, à son article 43, la caducité, au 1^{er} janvier 2012, des agréments en cours. A l'issue d'une nouvelle négociation entre partenaires sociaux, les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives ont conclu, le 5 juillet 2011, un avenant à la convention créant l'AFDAS, confirmant leur souhait d'en faire l'OPCA et l'OPACIF unique du secteur, et ils ont modifié les statuts pour les adapter aux nouvelles règles. La Fédération UNSA Spectacles, exclue, par ces nouvelles règles, de la gestion courante de l'AFDAS, a toutefois émis un vote défavorable.

Le ministre chargé de la formation professionnelle a délivré les nouveaux agréments par deux arrêtés en date du 9 novembre 2011, mais, sur requête de la Fédération UNSA Spectacle, vous les avez annulés, avec effet différé au 1^{er} septembre 2014, par une décision du 14 mai 2014, n° 355924, aux tables. Vous aviez en effet estimé que plusieurs membres du conseil d'administration de l'AFDAS ne respectaient pas, alors, les incompatibilités entre les fonctions d'administrateur d'un OPCA et d'autres fonctions dans les organismes de formation ou de crédit, posées par l'article L. 6332-2-1 du code du travail. Le 21 juillet 2014, le ministre a donc repris deux nouveaux arrêtés, publiés au JO le 24 août 2014, agréant l'AFDAS en tant qu'OPCA et OPACIF au titre de 43 branches. Ce sont les deux arrêtés dont la Fédération UNSA Spectacles vous demande à nouveau l'annulation par la voie d'un recours en excès de pouvoir.

L'évolution récente de votre jurisprudence sur la nature des agréments délivrés aux organismes de droit privé investis d'une mission de service public vous amènera à examiner

une question de compétence assez délicate : les agréments ici en cause ici demeurent-ils toujours dans le champ des décisions réglementaires sur lesquelles vous êtes compétents pour statuer en application du 2° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, ou bien ont-ils basculé dans le champ des décisions individuelles qui ressortissent, en premier ressort, à la compétence des TA ?

1. Par votre décision précitée du 14 mai 2014 sur les précédents agréments accordés à l'AFDAS, vous aviez jugé qu'eu égard à l'intérêt général de leurs activités, aux obligations qui leur sont imposées et aux contrôles dont ils font l'objet de la part des pouvoirs publics, les organismes collecteurs paritaires agréés sont des personnes de droit privé investies d'une mission de service public et que, par suite, les agréments dont ils font l'objet revêtent un caractère réglementaire, justifiant votre compétence de premier et dernier ressort – votre décision est fichée aux tables sur ce point.

2. Or les critères en fonction desquels le juge apprécie si un acte est de nature réglementaire ou non ont été considérablement resserrés avec l'intervention de votre décision de Section du 1^{er} juillet 2016, Institut d'ostéopathie de Bordeaux, n° 393082-393524, au Recueil. Cette décision juge, à propos des établissements de formation en ostéopathie délivrant une formation en vue d'obtenir un diplôme permettant l'obtention du titre d'ostéopathe et participant, à ce titre, au service public de l'enseignement supérieur, que l'agrément de ces établissements, qui n'a pas de caractère général ni impersonnel, et n'a pas pour objet l'organisation d'un service public, ne revêt pas un caractère réglementaire.

Le rapporteur public de cette affaire, Jean Lessi, avait tout d'abord dressé une typologie des actes réglementaires, expliquant que, aux côtés des actes réglementaires « par nature » s'était développée une catégorie d'actes réglementaires « par destination », à la faveur notamment d'une jurisprudence de Section du 13 juin 1969, Commune de Clefcy, n° 76261, au Recueil. Parmi ces actes réglementaires « par destination », figurait notamment la catégorie des actes investissant des organismes privés¹ d'une mission de service public. Le critère pour caractériser l'aspect réglementaire résidait dans le lien avec l'organisation du service public – et la jurisprudence avait privilégié, jusqu'alors, une conception plutôt extensive de ce lien, reconnaissant un caractère réglementaire aussi bien à l'agrément d'une fédération sportive (cf. par ex. 20 janvier 1989, Fédération française de karaté-taekwondo, n° 73962, aux Tables p. 434), à celui d'une SAFER (19 septembre 2012, SA De Mivoisin, n°352902), d'un gestionnaire d'un fichier national des animaux domestiques (3 mai 2004, Fondation Assistance aux animaux, n° 249832, aux Tables), ou encore aux actes de reconnaissance d'une organisation interprofessionnelle agricole (10 août 2005, Syndicat régional des pisciculteurs du Massif central, n°s 253171-253196, aux Tables pp. 734-1062) ou de reconnaissance d'un organisme de défense et de gestion d'un produit bénéficiant d'une appellation d'origine (17 novembre 2010, Syndicat de défense du pommeau de Bretagne en AOC, comité cidricole de développement et de recherche fouesnantais, n°s 328763-328764, aux T. sur ce point).

Or c'est ce critère lié à « l'organisation du service public » que la nouvelle jurisprudence Institut d'ostéopathie de Bordeaux est venue resserrer. Le rapporteur public proposait même de l'abandonner, mais il n'a pas été suivi sur ce point. L'arrêt conserve en effet ce critère d'organisation du service public, tout en posant des conditions beaucoup plus strictes pour admettre le caractère réglementaire :

- le juge regarde d'abord si l'acte revêt un caractère général et impersonnel (auquel cas il

¹ Ou tout du moins des organismes tiers, la nature privée ou publique de l'organisme n'étant pas décisive.

rentrera dans la catégorie des « actes réglementaires par nature ») ;

- si ce n'est pas le cas, il regarde si l'objet de l'acte est l'organisation d'un service public, avec une conception beaucoup plus stricte que précédemment de cet objet.

Il s'agit alors de distinguer, d'une part, les cas où l'acte confie simplement à la personne privée la gestion, ou la participation à la gestion d'un service public et, d'autre part, les cas où est confiée à la personne privée une véritable responsabilité dans l'organisation du service public. Il y a alors, nous semble-t-il, deux manières de placer le curseur :

- l'une, assez souple, consistant à admettre une responsabilité dans l'organisation du service public dès lors que l'acte a pour effet de confier un pouvoir réglementaire quelconque, même ténu, à la personne privée ;

- l'autre, plus stricte, n'admettant cette responsabilité que lorsque l'acte confie à la personne privée un pouvoir réglementaire d'une certaine consistance, portant sur les éléments constitutifs mêmes du service public (cf. notamment votre décision d'Ass. du 12 avril 2013, Fédération Force ouvrière énergie et mines et autres, n°s 329570 et s., au rec.)

Le cas des fédérations sportives illustre assez bien, nous semble-t-il, ce second schéma : l'acte de délégation à une fédération sportive est toujours de nature réglementaire, contrairement à l'agrément des fédérations sportives agréées. En effet, le code du sport, qui ne dit pas grand-chose sur l'organisation « fine » des disciplines sportives, laisse, de fait, une grande latitude à la fédération délégataire pour organiser la pratique de son sport, délivrer les titres, fixer les conditions d'organisation des compétitions, les règles du jeu, les règles d'accès aux compétitions, etc. Il y a par ailleurs une seule fédération délégataire par discipline sportive. Inversement, il peut y avoir plusieurs fédérations sportives agréées, qui détiennent un certain pouvoir d'organisation des compétitions, insuffisant toutefois pour considérer que leur agrément puisse avoir une nature réglementaire.

3. Vous avez précisé la portée de cette conception plus stricte de l'acte réglementaire « par destination » dans votre décision du 3 décembre 2016, Chambre nationale des professions libérales (CNPL), n° 390362, aux Tables, également aux conclusions de Jean Lessi : vous avez ainsi jugé que si les fonds d'assurance formation des non-salariés (les FAF) sont des personnes de droit privé investies d'une mission de service public, ils gèrent les fonds destinés à la prise en charge des actions de formation dans des conditions qui sont déterminées par les dispositions du code du travail, plus particulièrement ses articles L. 6331-48 et suivants et R. 6332-63 et suivants, et que, dans ces conditions, la décision, dépourvue de caractère général et impersonnel, par laquelle le ministre chargé de la formation professionnelle, en application de l'article R. 6332-68 du code du travail, habilite un de ces fonds n'a pas, par elle-même, pour objet l'organisation d'un service public et ne revêt donc pas un caractère réglementaire. Il en va nécessairement de même de la décision par laquelle le ministre rejette une demande tendant au retrait de l'habilitation de l'un de ces fonds.

Les raisons qui ont pesé pour refuser le caractère réglementaire aux décisions en cause tiennent à ce que la décision d'habilitation ne faisait qu'identifier l'organisme, sans lui conférer une part de responsabilité dans l'organisation même du service public en question. Comme l'expliquait le rapporteur public : « *Le parti général et impersonnel d'organisation du service public se situe selon nous à la fois en amont et en aval de l'agrément ou de l'habilitation, mais pas entre les deux : en amont, dans les textes généraux et impersonnels – loi, décrets – qui attachent à cet acte, entre autres effets, celui d'investir son destinataire de pouvoirs de cette nature ; en aval, dans les actes de teneur réglementaire que*

prendra la personne agréée. Mais l'acte intermédiaire n'a pour portée que de désigner cette personne. » En l'espèce, les fonds d'assurance formation des non-salariés ne disposent pas d'une latitude particulière pour organiser le service public qui leur est confié, dès lors que les dispositions du code du travail encadrent précisément leur activité.

4. Qu'en est-il alors pour les OPCA qui gèrent, elles, les fonds de la formation continue des salariés ? La solution ne nous paraît pas totalement engagée par la décision CNPL, même si sa rédaction indique que les fonds d'assurance formation des non-salariés, personnes de droit privé investies d'une mission de service public «*gèrent, tout comme les organismes collecteurs paritaires des fonds de la formation professionnelle continue des salariés*», les fonds destinés à la prise en charge des actions de formation dans des conditions déterminées par le code du travail. En effet, le fichage de la décision ne fait pas de rapprochement avec votre décision du 14 mai 2014, Fédération UNSA spectacle et communication, n° 355924, qui, encore une fois, est fichée aux Tables sur le caractère réglementaire des agréments...

Nous vous proposons donc d'appliquer aux OPCA la grille d'analyse dégagée par vos décisions Institut d'ostéopathie de Bordeaux et CNPL. Cela revient à vérifier tout d'abord si les OPCA sont bien investis d'une mission de service public, ce qui a déjà été jugé dans votre décision du 14 mai 2014, Fédération UNSA spectacle et communication, et confirmé par la rédaction déjà mentionnée de la décision CNPL. Il faut alors regarder quelle latitude offrent éventuellement aux OPCA les dispositions du code du travail qui en organisent l'activité.

Leur activité fait l'objet, comme celle des fonds d'assurance formation des non-salariés (FAF), d'un encadrement fin :

- l'acte constitutif des OPCA fixe les règles permettant de déterminer les actions pour lesquelles l'organisme intervient ainsi que la répartition des ressources entre ses différentes interventions (R. 6332-16 du code du travail) ;

- les articles L. 6332-14 à 17 encadrent strictement les conditions de prise en charge des actions conduites au titre de la professionnalisation et du droit individuel à la formation – alors que les FAF fixent « seulement » les critères de prise en charge des actions de formation dans leur acte constitutif (art. R. 6332-67) ;

- enfin, le contrôle des actions des OPCA est strict : leur comptabilité est contrôlée (L. 6332-38 et suivants), ils concluent des conventions triennales d'objectifs avec l'Etat (L. 6332-1-1, R. 6332-13 et suivants) – s'il s'agit d'une faculté, la conclusion de ces convention est de plus en plus systématique - et ils sont astreints à une obligation de transmission annuelle, au ministre chargé de la formation professionnelle, d'un état comprenant, selon un modèle déterminé, des éléments statistiques et financiers permettant de suivre le fonctionnement de l'organisme et d'apprécier l'emploi des fonds reçus ainsi que ses comptes et ses bilans (R. 6332-30 et 31). Ces modalités de contrôle sont très comparables à celles des FAF, dont la comptabilité et l'emploi des fonds sont également très surveillés (cf. art. R. 6332-63 du code du travail).

Il y a toutefois quelques différences notables, et principalement le fait que l'article R. 6332-5 du code du travail dispose qu'un seul OPCA est agréé dans un champ professionnel considéré - alors qu'aucune disposition ne prévoit le monopole d'un FAF dans chaque champ professionnel (même si, de facto, il n'y a qu'un seul FAF par champ professionnel). En outre, les OPCA de salariés collectent eux-mêmes les fonds, à la différence des FAF de non salariés, sans avoir de marge, semble-t-il, sur le taux d'appel des cotisations. Ces éléments ne nous paraissent pas suffisants, au regard de ce que vous avez jugé dans votre décision CNPL, pour

estimer que les agréments des OPCA leur confèrent un véritable pouvoir d'organisation du service public. Nous vous proposons donc, *in fine*, de raisonner de la même façon pour les deux types d'organismes – ce qui a, en outre, le mérite de la cohérence – et donc à juger que les agréments accordés aux OPCA ne revêtent, pas plus que ceux accordés aux FAF, un caractère réglementaire. Vous devrez nécessairement en tirer la conclusion que vous n'êtes pas compétents pour en connaître en premier et dernier ressort.

Nous avons conscience que cette solution comporte des inconvénients, puisqu'elle vous conduit à revenir sur votre jurisprudence récente du 14 mai 2014, *Fédération UNSA spectacle et communication*, n° 355924 – alors même que sont en cause la même OPCA et les mêmes agréments, pris après votre annulation des agréments précédents, sur lesquels vous vous étiez prononcés sans que votre compétence ne pose de difficulté. Les acteurs peuvent s'en trouver passablement surpris, puisqu'aucun d'entre eux n'a invoqué devant vous la question du maintien de votre compétence. Enfin, on rappellera que l'AFDAS intervient dans un champ particulièrement étendu puisqu'elle couvre 43 branches professionnelles.

Mais en définitive, la solution d'incompétence proposée, qui implique le renvoi vers le TA de Paris, nous paraît cohérente avec l'état actuel de votre jurisprudence et de votre souhait, qui s'en dégage nettement, de resserrer le champ des actes réglementaires.

5. Si vous ne nous suiviez pas, vous seriez conduits selon nous à rejeter la requête.

5.1. Le moyen tiré de la méconnaissance, par les agréments litigieux, des incompatibilités fixées par l'article L. 6332-2-1 du code du travail, n'est, tout d'abord pas fondé. Rappelons que cet article prévoit que « *Lorsqu'une personne exerce une fonction d'administrateur ou de salarié dans un établissement de formation, elle ne peut exercer une fonction d'administrateur ou de salarié dans un OPCA (...)* ». Le requérant estime qu'il faut conférer une portée large à la notion d'administrateur au sens de ces dispositions, en y intégrant l'ensemble des membres des instances (y compris, donc, des commissions et comités paritaires). Si les TP sur cet article ne permettent pas d'éclairer la portée du terme « administrateur », la lettre des textes (tout comme celle, d'ailleurs, des statuts de l'AFDAS) n'incite pas, selon nous, à y voir autre chose que les seuls membres du conseil d'administration, selon l'acception la plus classique de ce terme. Et, en l'absence de précisions en sens contraire dans les articles relatifs aux OPCA, il nous semblerait étrange d'étendre cette notion.

5.2. Il est ensuite soutenu que les arrêtés en cause méconnaîtraient l'article L. 6332-1 du code du travail et la circulaire du Premier ministre du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations, dès lors que les statuts de l'AFDAS, dans leur version modifiée en 2011, ne prévoiraient pas l'obligation de réunir l'assemblée générale. Mais, d'une part, la circulaire n'a ni pour objet, ni pour effet, d'imposer aux associations bénéficiaires de subventions publiques de réunir leur assemblée générale au moins une fois par an ; d'autre part, l'article L. 6332-14 du code du travail, qui prévoit que l'agrément est accordé aux organismes collecteurs en fonction, notamment « *de l'application d'engagements relatifs à la transparence de la gouvernance, à la publicité des comptes et à l'application de la charte des bonnes pratiques mentionnée à l'article L. 6332-1-3* », n'a pas non plus cette portée.

5.3. Les statuts de l'association agréée, notamment leur article 6.1., ne respecteraient pas les dispositions de l'article R. 6332-4 du code du travail, dès lors qu'il n'ouvre qu'aux représentants des organisations syndicales représentatives au plan national sur l'ensemble des champs couverts par l'AFDAS la possibilité de siéger au sein du collège « salariés » du conseil d'administration. Mais l'article R. 6332-4, qui prévoit que « *le CA de l'OPCA est*

composé d'un nombre égal de représentants des employeurs et des salariés désignés par les organisations signataires », n'a pas la portée que lui prête le syndicat requérant : ces dispositions se bornent à prévoir une composition paritaire du CA, sans imposer que chaque organisation signataire de l'accord puisse disposer d'un représentant au CA.

5.4. Le moyen suivant, tiré de ce que l'AFDAS aurait méconnu le point 5.1 de ses statuts en ne convoquant pas l'UNSA, signataire de l'accord, à l'un de ses conseils d'administration, n'est pas opérant dans ce litige relatif à la légalité des agréments.

5.5. Enfin, il est soutenu que les points 5.1 et 5.2 des statuts de l'AFDAS ne pouvaient créer un décalage entre le renouvellement de ses instances paritaires et le renouvellement des mesures de représentativité des organisations syndicales, sans méconnaître les articles L. 2122-5 et L. 2122-9, dans leur version issue de la loi du 20 août 2008 – articles qui prévoient précisément la mise en œuvre du critère de l'audience syndicale. Mais ces dispositions n'imposent pas, là encore, que le renouvellement des mandats des membres des instances paritaires doive suivre immédiatement la mesure quadriennale de l'audience des organisations syndicales.

Vous pourriez donc, si vous vous estimiez compétents, rejeter la requête. Mais telle n'est pas la solution que nous vous proposons : PCMNC au renvoi de l'affaire devant le TA de Paris.