

# Le printemps du dialogue social dans la fonction publique

Christophe FROUIN Avocat associé, Fidere Avocats

Maëlle LAFON Avocat, Fidere Avocats

**L'ordonnance du 17 février 2021 institue un nouveau régime applicable aux accords collectifs dans la fonction publique. Elle vient parachever la rénovation du dialogue social dans la fonction publique initiée par loi du 5 juillet 2010<sup>1</sup>. L'objectif est clair : « Promouvoir un dialogue social de qualité au niveau national, comme au niveau local et à l'échelon de proximité, en donnant de nouveaux outils aux acteurs concernés pour trouver les solutions collectives les plus adaptées aux enjeux des services publics. »**

**L'**ordonnance apporte plusieurs innovations majeures visant à encourager la négociation d'accords collectifs dans les trois versants de la fonction publique. En premier lieu, elle donne une portée juridique nouvelle à certaines clauses des accords. Se met ainsi en place un véritable droit de la négociation collective dans le secteur public, fortement inspiré du droit privé. Indéniablement, cette invitation des partenaires sociaux à un conventionnalisme accru<sup>2</sup> implique de réapprendre ou tout simplement d'apprendre à négocier. La négociation est aussi une technique qui implique la maîtrise d'outils (accord de méthode par exemple).

## Un statut légal, réglementaire... et conventionnel

### Une portée contraignante des accords

Longtemps les accords collectifs auront été une bizarrerie juridique en droit de la fonction publique. Simples engagements moraux, dépourvus de toute

valeur juridique, ils ne constituaient pas des actes faisant grief, susceptibles de recours devant le juge administratif<sup>3</sup>.

Les agents publics étant placés dans une situation légale et réglementaire, un protocole d'accord constituait une « déclaration d'intention » dépourvue de valeur juridique et de force contraignante<sup>4</sup>.

Désormais, dans les cas et aux conditions définies, les accords lient l'administration. Ils sont une source de droits pour les agents publics, titulaires comme contractuels.

La nature juridique de ces accords devient hybride. Ainsi, les accords peuvent comporter des dispositions édictant des mesures réglementaires, ainsi que des clauses par lesquelles l'autorité administrative s'engage à prendre des actions déterminées n'impliquant pas l'édition de mesures réglementaires. Comme cela a été dit, les accords produisent maintenant un effet juridique direct (caractère contraignant, opposable, c'est-à-dire réglementaire de l'accord) et indirect (mesures non réglementaires, précision du statut, caractère indicatif, « moral », de l'accord)<sup>5</sup>.

## Enrichissement des thèmes ouverts à la négociation

Les thèmes ouverts à la négociation sont nombreux. La liste fixée par le législateur en 2010 comprend les conditions et l'organisation du travail, le télétravail, le déroulement des carrières et la promotion professionnelle, la formation professionnelle, l'action sociale et la protection sociale complémentaire, l'hygiène, la sécurité et la santé au travail, l'insertion professionnelle des personnes handicapées, l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. L'ordonnance du 17 février 2021 ajoute la prévention des risques professionnels, l'apprentissage, l'intéressement collectif et les modalités de politique indemnitaire, l'évolution des métiers et la

gestion prévisionnelle des emplois et compétences ou encore – signe des temps et des préoccupations du moment – la qualité de vie au travail, les modalités des déplacements entre le domicile et le travail ainsi que les impacts de la numérisation sur l'organisation et les conditions de travail, l'accompagnement social des mesures de réorganisation des services, les actions en faveur de la lutte contre le changement climatique et de la préservation de l'environnement, la promotion de l'égalité des chances.

Cette liste est non exhaustive puisqu'il est précisé que « *les organisations syndicales représentatives de fonctionnaires et les autorités administratives compétentes ont qualité pour participer à des négociations portant sur tout autre domaine* »<sup>6</sup>. Il est donc permis de négocier sur des thèmes qui ne sont pas listés par l'ordonnance.

Toutefois, ces accords conclus sur les thèmes non visés ne peuvent pas comporter de mesures réglementaires.

De même, l'avancée majeure portée par cette ordonnance reste mesurée étant donné qu'elle épargne la matière statutaire, c'est-à-dire les domaines qui relèvent d'un décret en Conseil d'État (principe de l'occupation par des agents titulaires des emplois permanents, obligations des fonctionnaires, garanties de la carrière, distinction entre le grade et l'emploi, discipline, congés...), qui sont donc exclus du champ normatif de la négociation collective.

### Niveaux de négociation et articulation

La négociation peut être menée à trois niveaux :

- le niveau national : niveau interfonctions publiques ou du ministère de la Santé,
- le niveau local,
- le niveau de proximité.

Si on identifie assez rapidement ce qui constitue l'échelon national, la tâche est moins aisée pour les deux autres niveaux (GHT, établissement de santé, pôle d'un établissement...).

On peut toutefois penser que cette distinction doit s'opérer au regard des conditions dans lesquelles un accord collectif peut être négocié et conclu par une organisation syndicale représentative. Dans ce cadre, le niveau où un comité social d'établissement est en place serait le niveau local tandis que l'échelon administratif inférieur, qui ne disposerait pas d'un organe consultatif, pourrait correspondre à l'échelon de proximité. On peut dès lors se poser la question de cet échelon de proximité, en fonction publique hospitalière, où seulement deux niveaux semblent surtout prédominer (national et local).

S'agissant de l'articulation entre les différents niveaux, on observera tout d'abord que certains thèmes sont



réservés au niveau supérieur (*i.e.* national). C'est en effet à ce niveau que l'évolution des rémunérations et du pouvoir d'achat se négocie avec les représentants du gouvernement et des employeurs publics hospitaliers. Se pose toutefois la question de la rémunération des contractuels, dont il a toujours été admis qu'elle pouvait être déterminée par l'établissement public de santé (*i.e.* échelon local ou de proximité). On soulignera ensuite qu'à la différence du secteur privé, l'échelon supérieur prime sur les échelons inférieurs en droit de la fonction publique. En effet, un accord local relatif aux conditions de mise en œuvre d'un accord conclu à l'échelon supérieur ne peut que « *préciser cet accord ou en améliorer l'économie générale dans le respect de ses stipulations essentielles* ».

Ce « principe de faveur », qui n'a pas évolué à l'occasion de la réforme<sup>7</sup> et se présente à rebours du mouvement qui préside au dialogue social dans le secteur privé depuis 2004, est un peu difficile à appréhender. Est-ce que l'amélioration doit être appréciée avantage par avantage, c'est-à-dire par groupe de stipulations ayant le même objet (les congés *versus* les congés) ou bien plus globalement (l'ensemble de l'accord relatif au temps de travail)<sup>8</sup>? Le renvoi à l'économie « générale » de l'accord dans le

1. Loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique n°2010-751 du 5 juillet 2010 - F. Melleray, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique. Première étape d'une réforme profonde », *AJDA* 2010, p. 2045.

2. E. Marc, « L'ordonnance du 17 février 2021 : extension substantielle et maîtrisée de la négociation collective », *AJFP* 2021, p. 133.

3. CE 22 mai 2013, n°356903, Fédération Interco CFDT, Lebon ; circulaire relative à la négociation dans la fonction publique du 22 juin 2011.

4. Circulaire relative à la négociation dans la fonction publique du 22 juin 2011 ; CE, 27 octobre 1989, n° 102990, Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation.

5. Note FHF relative à l'ordonnance n°2021-174 du 17 février 2021 « Négociation et accords collectifs dans la fonction publique », 30 avril 2021.

6. Nouvel art. 8 ter II de la loi du 13 juillet 1983.

7. Ancien art. 8 bis III de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983

8. G. Loiseau, « Le nouveau droit public de la négociation collective », *Bulletin Joly Travail*, n°04, p. 6, avril 2021.

respect de ses stipulations essentielles» nous paraît devoir conduire à une comparaison duale (à la fois globale et par groupes de stipulations principales que les négociateurs du niveau supérieur seront bien avisés d'identifier clairement).

## La conduite de la négociation

### Parties à la négociation et ouverture des négociations

Côté administration, l'autorité compétente pour négocier et conclure les accords « est celle qui est compétente pour prendre les mesures réglementaires que comporte l'accord ou pour entreprendre les actions déterminées qu'il prévoit »<sup>9</sup>, c'est-à-dire celle qui aurait été compétente pour prendre l'acte unilatéral ayant le même objet.

Dès lors, dans la fonction publique hospitalière, les accords peuvent être conclus au niveau national, selon les cas par le Premier ministre, par le ministre chargé de la Santé ou par le directeur général de l'offre de soins ou, au niveau local ou de proximité, par le directeur de l'établissement hospitalier.

## La législation ne fait pas obligation à l'administration de négocier de façon périodique sur des thèmes définis, sauf en ce qui concerne l'établissement et le renouvellement du plan relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

Des délégations sont permises. Une autorité administrative ou territoriale compétente peut autoriser une autre à conduire les négociations sous réserve qu'elle en approuve préalablement les stipulations. Au niveau local, cette autorité sera le plus souvent celle compétente pour présider le futur comité social d'établissement au niveau duquel la représentativité des organisations syndicales devra être appréciée. Côté organisations syndicales, sont habilitées à négocier les organisations représentatives qui disposent d'au moins un siège au sein d'une instance représentative, à savoir le Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière au niveau national ou au sein des comités sociaux d'établissement placés auprès de l'autorité administrative compétente pour le niveau local et l'échelon de proximité.

### Périodicité des négociations

À la différence du secteur privé, la législation ne fait pas obligation à l'administration de négocier de façon périodique sur des thèmes définis, sauf en ce

qui concerne l'établissement et le renouvellement du plan relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

Cela étant, la négociation collective n'est pas laissée à la seule discrétion de l'administration. En effet, une organisation syndicale de fonctionnaires représentative peut demander l'ouverture d'une négociation dans l'un des domaines prévus par l'ordonnance. Dans ce cas, l'autorité compétente est tenue de proposer, dans un délai d'une durée maximale fixée par voie réglementaire (décret à paraître), une réunion visant à déterminer si les conditions d'ouverture d'une négociation sont réunies.

### Signature et conditions de validité de l'accord

Naturellement, la conclusion de l'accord reste soumise au principe majoritaire (signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles au comité). Contrairement à ce qui existe dans le secteur privé, le législateur n'a

pas prévu de possibilité d'approbation référendaire lorsque l'accord dispose d'une minorité « qualifiée » de signature (ratification par 50% du personnel lorsque l'accord est signé à 30%). C'est sans doute mieux ainsi tant cette possibilité est source de risques sociaux pour l'employeur et les organisations signataires.

En outre, la capacité des négociateurs reste fortement encadrée. En plus des garanties relatives à la validité des délégations évoquées ci-dessus, l'ordonnance prévoit que l'accord portant sur un objet qui relève des compétences d'un organe collégial ou délibérant (conseil d'administration ou de surveillance) ne peut entrer en vigueur que si cet organe a préalablement autorisé l'autorité administrative à engager les négociations et conclure, ou qu'il a approuvé l'accord après en avoir vérifié les conditions de validité.

La signature des accords portant sur le déroulement des carrières et la promotion professionnelle, l'intéressement collectif et les modalités de mise en œuvre de politique indemnitaires, et la protection sociale complémentaire qui comportent des dispositions réglementaires, est soumise à l'approbation préalable des ministres chargés du Budget et de la Fonction publique.

<sup>9</sup>. Nouvel art. 8 quater II de la loi du 13 juillet 1983.

Par ailleurs, d'une façon plus générale, la publicité, et par voie de conséquence l'opposabilité des accords conclus par le directeur d'un établissement public de santé<sup>10</sup>, est soumise à la vérification de leur conformité aux normes de niveau supérieur par le directeur général de l'ARS dont dépend l'établissement. Il s'agit ici d'un contrôle de légalité incluant le respect du principe de faveur.

La spécificité du secteur public impose sans doute cet encadrement plus contraignant qu'en droit privé. On imagine toutefois que cela pourra soulever des difficultés pratiques tant au plan juridique que politique (quelle valeur pour les accords non approuvés par l'ARS, quel contentieux possible ?).

### Suivi et vie de l'accord

L'ordonnance impose la constitution d'un comité de suivi paritaire de l'accord, ce qui était jusqu'ici une faculté<sup>11</sup>. La composition et la mission de ce comité sont à définir dans l'accord (suivre la mise en œuvre effective des mesures prévues par l'accord, analyser les remontées de terrain ou encore aider à la résolution des problématiques individuelles).

L'autorité administrative est autorisée à suspendre l'application de l'accord pour une durée déterminée en cas de situation exceptionnelle, et dans des conditions précisées par voie réglementaire (décret à paraître), sans que les organisations syndicales ne puissent le contester.

Les accords peuvent être modifiés, c'est-à-dire révisés, dans le respect de la condition de majorité précitée (50 % d'audience, étant précisé que le texte n'exige pas formellement que la révision soit le fait des organisations signataires initiales) et selon des modalités précisées par décret (à paraître).

Enfin, les accords peuvent faire l'objet d'une dénonciation totale ou partielle par les parties signataires majoritaires selon, là encore, des modalités prévues par voie réglementaire (à paraître). Les précisions réglementaires sont attendues car le texte reste assez obscur. Premièrement, il n'est pas prévu de possibilité de dénonciation par les non-signataires lorsque les signataires perdent leur représentativité. Cet « oubli » par rapport à ce qui est prévu dans le privé pourrait être source de difficultés pratiques dans la fonction publique. Deuxièmement, le texte paraît autoriser une dénonciation partielle même si l'accord ne le prévoit pas, ce qui pourrait s'avérer problématique.

En cas de dénonciation, les clauses réglementaires que comporte, le cas échéant, l'accord, restent en

vigueur jusqu'à ce que le pouvoir réglementaire, ou un nouvel accord, les modifie ou les abroge. Où l'on retrouve la nature hybride des accords... **ENCADRÉS 1 ET 2**

## Développer une culture du dialogue social dans la FPH

Dernier aspect, et non des moindres, de l'ordonnance : la mise en place d'outils visant à faciliter le dialogue social et, au-delà, à développer une véritable culture du dialogue social dans la fonction publique. Le rapport intitulé « Renforcer la négociation collective dans la fonction publique », rendu le 25 mai 2020, estimait à juste titre que « *cette réforme ne suffira*

### L'ordonnance impose la constitution d'un comité de suivi paritaire de l'accord, ce qui était jusqu'ici une faculté. La composition et la mission de ce comité sont à définir dans l'accord.

*pas à elle seule à renforcer la négociation collective et qu'elle doit s'accompagner d'une évolution plus profonde de la culture du dialogue social* »<sup>12</sup>. L'ordonnance reprend certains outils qu'il préconisait pour mettre en œuvre cette culture. D'autres seront à développer pour faciliter un dialogue social efficace.

## LA DURÉE DE L'ACCORD ENCADRÉ 1

L'ordonnance ne précise pas si les accords doivent être conclus à durée déterminée ou indéterminée. On peut penser, dans le silence des textes, que la durée est par principe indéterminée. Pour autant, rien n'interdit, à notre sens, de prévoir une durée déterminée dans l'accord en fonction des thématiques.

## LE CONTENTIEUX ENCADRÉ 2

L'émergence d'accords ayant une portée juridique ouvrira peut-être la voie au contentieux dans la mesure où ils feront grief, ce qui pose les questions du délai applicable (délai de recours contentieux de deux mois ?) et des personnes – physiques (agents) ou morales (organisations syndicales, CTE...) – pouvant les contester.

<sup>10</sup>. Mentionné à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986.

<sup>11</sup>. Circulaire relative à la négociation dans la fonction publique du 22 juin 2011, précitée, p. 13.

<sup>12</sup>. Rapport « Renforcer la négociation collective dans la fonction publique » remis à Olivier Dussopt le 25 mai 2020 par Marie-Odile Esch, membre du Conseil économique, social et environnemental, Christian Vigouroux, président de section honoraire au Conseil d'État, et Jean-Louis Rouquette, inspecteur général des finances.

### L'accord de méthode

Il est tout d'abord possible de conclure des accords-cadres appelés à organiser les négociations en général. Ensuite, la faculté est ouverte de négocier des accords de méthode préalablement à l'engagement d'une négociation dans une matière donnée. Ces accords, aussi appelés « accords de calendrier social », sont l'occasion de s'accorder sur les voies et moyens de conduire une négociation.

De tels accords sont très utiles pour donner de la visibilité et des moyens aux partenaires sociaux,

## La nouvelle base de données sociales que les établissements publics de santé doivent mettre en place au plus tard le 31 décembre 2022 est un bon outil pour transmettre les informations indispensables à une négociation.

aux organisations syndicales. Il s'agit de s'accorder sur la méthode, c'est-à-dire sur la méthodologie du dialogue social : quelle information partagée en entrée de négociation, quel nombre de réunions, quel calendrier, quels moyens, quelle méthode pour relever les positions... ? La définition préalable de ces différents points constitue la garantie d'une négociation loyale et efficace.

### L'information partagée

Une négociation réussie passe aussi nécessairement par un partage de l'information, qui peut aller jusqu'à la réalisation d'un diagnostic partagé. Ce partage préalable de l'information issu du droit du travail peut prendre appui en droit de la fonction publique sur la nouvelle base de données sociales et sur le rapport social unique<sup>13</sup>.

En effet, cette base que les établissements publics de santé doivent mettre en place au plus tard le

31 décembre 2022 est un bon outil pour transmettre efficacement et régulièrement toutes les informations indispensables à une négociation, dans la mesure où elle doit mentionner des informations telles que l'emploi, le recrutement, la formation, les parcours professionnels ou encore le dialogue social. **ENCADRÉ**

### Les formations communes à la négociation

Enfin, le dialogue social nécessite de part et d'autre de la table des négociations la présence d'acteurs compétents, instruits. En un mot : formés ! Les pouvoirs publics en ont fait le constat voici plusieurs années déjà : la négociation collective est une technique que ne maîtrisent pas toujours, malheureusement, les négociateurs.

Pour se rendre utile, la négociation ne peut plus se contenter d'être une simple logique du « compris », cachant dans son ombre le potentiel reproche de la compromission. Les enjeux sont trop importants (égalité entre les femmes et les hommes, gestion des emplois et des parcours professionnels et accompagnement des restructurations, formation professionnelle, prévention des risques...) pour qu'on puisse se contenter de ne rechercher que le plus petit dénominateur commun. Il s'agit au contraire d'identifier les zones de recoupement des intérêts respectifs, de développer une logique du gagnant/gagnant, bref de construire du sur-mesure. Ce n'est pas faire injure aux négociateurs que de constater que la négociation à l'ancienne, celle du dialogue social à « la papa », (conclusion d'un accord à l'arraché, tard dans la nuit, après beaucoup de cigarettes et de cafés, sur un texte ambigu dans lequel chacun peut lire ce qu'il veut), est révolue.

Le dialogue social doit se structurer, se professionnaliser. Cela passe par le recours aux formations communes dont la finalité est de conduire les négociateurs à surmonter les appréhensions respectives et à maîtriser les techniques de négociation pour parvenir à des gains mutuels. En un mot, à développer une véritable culture du dialogue social. ■

## CADRE DES FORMATIONS COMMUNES\* **ENCADRÉ**

Neutralité, équidistance, empathie sont les trois principes qui guident l'animation pédagogique des formations communes au dialogue social. Il est préférable que la demande de formation commune soit exprimée de manière conjointe par les employeurs et par les agents ou leurs représentants. Les deux parties doivent pouvoir intervenir sur la définition des objectifs de formation. Une composition paritaire, ou proche de la parité, est alors souhaitable pour atteindre les objectifs. Les organismes de formation qui dispensent ces formations sont quant à eux référencés sur le site Internet de l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (INTEFP).

\* Cahier des charges général relatif aux formations communes aux salariés, aux employeurs, à leurs représentants, aux magistrats judiciaires ou administratifs et aux agents de la fonction publique pris conformément à l'article R.2212-2 du code du travail.

**13.** Décret n° 2020-1493 du 30 novembre 2020 relatif à la base de données sociales et au rapport social unique dans la fonction publique.