



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Renforcer la négociation collective dans la fonction publique

Mission confiée par

Madame Agnès **BUZYN**, ministre des solidarités et de la santé,
Monsieur Gérard **DARMANIN**, ministre de l'action et des comptes publics,
Madame Jacqueline **GOURAULT**, ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les
collectivités territoriales,
Monsieur Olivier **DUSSOPT**, secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'action et des comptes
publics

Marie-Odile ESCH

Membre du Conseil
économique, social et
environnemental

Christian VIGOUROUX

Président de section honoraire,
Conseil d'Etat

Jean-Louis ROUQUETTE

Inspecteur général des
finances

Rapporteurs

Florian ROUSSEL, maître des requêtes, Conseil d'Etat

Alain BETTERICH, administrateur civil hors classe

SYNTHESE

Par lettre de mission signée le 8 novembre 2019 par madame Agnès BUZYN, ministre des solidarités et de la santé, monsieur Gérald DARMANIN, ministre de l'action et des comptes publics, madame Jacqueline GOURAULT, ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, et monsieur Olivier DUSSOPT, secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'action et des comptes publics, il a été demandé à la mission d'examiner les conditions dans lesquelles les accords collectifs passés dans les fonctions publiques d'Etat, territoriale et hospitalière pourraient être dotés d'une force juridique les rendant opposables aux parties, avec pour objectif d'améliorer la qualité et la densité du dialogue social.

La mission a établi le présent rapport sur la base de ses propres analyses éclairées par une trentaine d'entretiens menés avec près de 90 interlocuteurs, représentant notamment les partenaires sociaux, les élus, les administrations et des experts.

1. Il lui est rapidement apparu que la possibilité de reconnaître aux accords collectifs une portée juridique contraignante, ouverte par l'article 14 de la loi de transformation de la fonction publique, constituerait une innovation juridique majeure tout autant qu'une opportunité pour contribuer à l'amélioration de la qualité et la densité du dialogue social dans la fonction publique.

En effet, si la validité des accords collectifs dans la fonction publique a été reconnue dès 2010, le législateur n'est pas allé jusqu'à leur conférer des effets juridiques. Cette réforme, dont de nombreux rapports ou analystes ont souligné le caractère partiel, n'a produit que des effets limités : le nombre d'accords apparaît assez faible et la pratique unilatérale dominante, ceci alors même qu'au niveau international, la pratique contractuelle tend, elle, à se développer.

Les interlocuteurs rencontrés par la mission ont accueilli avec intérêt la possibilité de donner une force opposable aux accords collectifs.

2. La mission s'est donc attachée à définir la portée et le contenu de cette innovation, dans les limites permises par la loi d'habilitation.

Elle a considéré que des accords collectifs pourraient déterminer des normes juridiques opposables, à caractère général. Celles-ci devront s'insérer dans la hiérarchie des normes, et respecter la constitution, les lois et les actes unilatéraux émanant d'une autorité supérieure à celle du niveau auquel un accord aura été signé ; elles devront également respecter les normes de nature contractuelle établies à un niveau supérieur.

La mission rappelle que le processus de négociation et de conclusion des accords devra se faire dans le respect du rôle des instances consultatives (comités techniques et futurs comités sociaux). Elle souligne même la complémentarité existant entre processus de négociation et consultation de ces instances, la présentation d'un accord à une instance permettant de vérifier et valider son caractère majoritaire.

Ces accords sont susceptibles de s'appliquer à un large éventail de bénéficiaires, soit aux agents des trois fonctions publiques, titulaires et non titulaires, sous réserve de quelques exceptions (militaires, magistrats...) qui ne pourraient être levées, le cas échéant, que par la publication de textes ad hoc.

S'agissant du niveau de conclusion de l'accord, la mission préconise de s'en tenir à un double élément d'appréciation : d'une part, il conviendra, pour apprécier la validité de l'accord, de se référer à la composition du comité social dont le périmètre est le plus proche de celui de la population concernée par l'accord, d'autre part, l'employeur signataire compétent sera celui ayant le pouvoir de prendre l'acte unilatéral ayant le même objet ou l'autorité à laquelle il aura délégué cette fonction.

Pour la fonction publique territoriale, la mission suggère que l'on réfléchisse au rôle accru qui pourrait être donné aux centres de gestion, ceux-ci intervenant, au-delà de leur périmètre actuel, dans le cadre d'un mandat de négociation qui leur serait donné par une collectivité. Pour la fonction publique hospitalière, il semble à la mission que l'évolution des attributions confiées aux groupements hospitaliers territoriaux, notamment dans des domaines impactant la gestion des ressources humaines, pourrait devoir s'accompagner de la mise en place d'instances représentatives à même de négocier et conclure des accords à ce niveau.

La mission s'est interrogée sur le point de savoir s'il y avait lieu d'assouplir la condition actuelle de validité des accords, soit leur caractère majoritaire. De nombreux employeurs ont en effet souligné la difficulté à remplir cette condition et suggéré que des modes de validation alternatifs puissent être mis à leur disposition.

Elle a considéré que les termes de l'habilitation législative ne permettaient pas de revenir sur le principe de l'accord majoritaire. Tout en écartant l'hypothèse du recours à des procédures référendaires et rappelant que l'accord majoritaire est également la règle dans le code du travail, la mission considère toutefois qu'une réflexion complémentaire avec les organisations syndicales pourrait être conduite sur l'opportunité du recours à la technique, intermédiaire, de l'accord « minoritaire sauf opposition majoritaire ».

S'agissant des thèmes susceptibles de faire l'objet d'accords opposables, la mission préconise d'actualiser et enrichir l'actuel article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983. Seuls les sujets listés dans cet article seraient susceptibles de déboucher sur des accords ayant un effet normatif.

La mission a toutefois relevé que le dispositif nouveau relatif aux lignes directrices de gestion, introduit par la loi de transformation de la fonction publique, était défini par la loi d'une manière telle qu'il apparaît incompatible avec la conclusion d'accords collectifs dans les domaines qu'elles doivent traiter.

Elle appelle l'attention sur le hiatus qui s'en suit entre les domaines théoriques de négociation et de signature d'accords collectifs définis par l'article 8 bis cité plus haut, et les exceptions qu'y fait peser le cadre relatif aux lignes directrices de gestion. Compte-tenu des difficultés pratiques et juridiques que soulèvera cette situation pour les partenaires sociaux, une clarification, à la lumière des choix d'opportunité que voudra faire le gouvernement, pourrait s'avérer utile.

3. La mission s'est par ailleurs interrogée sur les modalités concrètes de mise en œuvre de cette innovation majeure.

Elle considère que les règles habituelles de compétence des autorités administratives doivent s'appliquer : comme indiqué plus haut, l'autorité compétente pour signer un accord doit être celle qui est également compétente pour prendre l'acte unilatéral ayant le même objet.

Dans ce contexte, la mise en place d'une procédure d'homologation des accords ne s'impose pas, sauf si par exception un accord intervient dans un domaine qui dépasse la compétence du seul employeur signataire. Pour la fonction publique territoriale, ce principe sera toutefois doublement tempéré : d'une part, par les attributions de l'assemblée délibérante, qui devra dans la plupart des cas valider l'accord finalisé par le chef de l'exécutif territorial, d'autre part, par le contrôle de légalité sur les délibérations de l'assemblée délibérante, dans les conditions du droit commun.

Par ailleurs la mission s'est attachée à définir les conditions formelles de conclusion, de publication et, le cas échéant, de modification ou de dénonciation des accords. Elle considère notamment qu'il est essentiel d'assurer une bonne information sur les accords conclus et l'état du dialogue social qu'ils révèlent ; une obligation déclarative et un système informatisé de recueil d'information lui paraissent ainsi indispensables.

Sur la base de ses préconisations, la mission a rédigé et joint en annexe une première maquette de projet d'ordonnance.

4. La mission souligne toutefois que l'octroi d'une portée juridique aux accords collectifs n'est pas à soi seul une condition suffisante pour rénover le dialogue social dans les fonctions publiques.

Il lui semble nécessaire que cette réforme s'accompagne d'une évolution plus profonde de la culture du dialogue social. A cette fin, elle préconise de réfléchir à plusieurs mécanismes qui, selon les cas, peuvent appeler soit de nouveaux développements législatifs, soit la généralisation de bonnes pratiques.

En premier lieu, les partenaires sociaux devraient s'efforcer de rechercher la conclusion d'accords de méthode en préalable à une négociation, ainsi que d'accords sur les agendas sociaux.

En second lieu, et en s'inspirant du Code du travail, il pourrait être utile d'introduire une obligation de négocier sur certains thèmes prioritaires (par exemple conditions de travail et égalité professionnelle) ; le rythme de ces négociations obligatoires serait fixé par accord collectif, ou, à défaut, par la loi.

Cette dernière évolution pourrait être accompagnée de mécanismes complémentaires : suspension temporaire, légale ou volontaire, du pouvoir de décision unilatéral de l'employeur sur un sujet dès lors qu'une négociation est ouverte sur ce même sujet, possibilité pour les organisations syndicales de contraindre à l'ouverture de négociations sur un thème de négociation obligatoire en cas de carence de l'employeur.

Le droit de la fonction publique pourrait prévoir que la négociation collective doit reposer sur un « engagement sérieux et loyal », ainsi que le prévoit le Code du travail.

La mission suggère également que la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) organise la mise en place d'un réseau de médiateurs, formés aux techniques de médiation, qui pourraient intervenir à la demande pour accompagner ou aider à débloquer un processus de négociation en difficulté.

Enfin, la mission met l'accent sur l'utilité de développer la formation au dialogue social et à la négociation collective.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	9
1. UN BESOIN D'INNOVATION EN FAVEUR DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE.....	11
1.1. La reconnaissance incomplète des accords collectifs dans la fonction publique	11
1.1.1. <i>Le principe constitutionnel de participation s'applique à la fonction publique.....</i>	<i>11</i>
1.1.2. <i>Un principe consacré par le droit international du travail applicable aux fonctions publiques.....</i>	<i>12</i>
1.1.3. <i>Un principe mis en œuvre par la consultation des instances représentatives.....</i>	<i>13</i>
1.1.4. <i>Des réflexions successives et convergentes sur la nécessité de faire évoluer le droit de la négociation collective.....</i>	<i>14</i>
1.1.5. <i>Les accords de Bercy et leur consécration par l'article 8 bis de la loi de 2010</i>	<i>17</i>
1.1.6. <i>L'absence persistante de portée juridique des accords</i>	<i>17</i>
1.2. La loi de transformation de la fonction publique pourrait contribuer à faciliter la conclusion d'accords dans la fonction publique	18
1.2.1. <i>Les effets peu nombreux et mal mesurés du cadre posé par la loi de 2010</i>	<i>18</i>
1.2.2. <i>La faiblesse du nombre d'accords conclus dans la fonction publique a des origines multiples.....</i>	<i>19</i>
1.2.3. <i>Les perspectives ouvertes par la loi de transformation de la fonction publique.....</i>	<i>20</i>
2. LA CONCEPTION ET L'ORGANISATION DE CETTE INNOVATION MAJEURE	21
2.1. La force des futurs accords.....	21
2.1.1. <i>La force obligatoire : la « loi des parties ».....</i>	<i>21</i>
2.1.2. <i>Une force obligatoire respectueuse du principe de légalité</i>	<i>27</i>
2.1.3. <i>Une force respectueuse des instances représentatives</i>	<i>30</i>
2.2. Le champ d'application des accords	31
2.2.1. <i>Des accords qui auront vocation à s'appliquer à la grande majorité des agents publics</i>	<i>31</i>
2.2.2. <i>Le niveau de conclusion de l'accord.....</i>	<i>34</i>
2.2.3. <i>Les thèmes de l'accord</i>	<i>37</i>
2.2.4. <i>La question de la possibilité pour l'accord de fixer des lignes directrices de gestion.....</i>	<i>41</i>
2.3. Le caractère majoritaire de l'accord.....	43
2.3.1. <i>L'appréciation du caractère majoritaire de l'accord</i>	<i>43</i>
2.3.2. <i>La question d'un éventuel assouplissement de la condition de majorité pour des accords minoritaires sans opposition majoritaire</i>	<i>44</i>
2.3.3. <i>La question d'un éventuel recours à un référendum ou à la consultation des agents.....</i>	<i>45</i>
3. LA MISE EN ŒUVRE DE CETTE INNOVATION MAJEURE	47
3.1. Produire l'accord	47
3.1.1. <i>Elaborer l'accord.....</i>	<i>47</i>
3.1.2. <i>Conclure l'accord.....</i>	<i>48</i>
3.1.3. <i>Publier l'accord</i>	<i>50</i>
3.2. Valoriser l'accord.....	50
3.2.1. <i>Appliquer l'accord.....</i>	<i>50</i>

3.2.2.	<i>Mettre fin et suspendre l'accord</i>	53
3.2.3.	<i>Modifier l'accord</i>	54
4.	L'ACCOMPAGNEMENT DE CETTE INNOVATION MAJEURE	55
4.1.	Faire évoluer les processus de négociation.....	55
4.2.	Conclure des accords de méthode.....	56
4.2.1.	<i>L'accord d'ouverture de négociation</i>	56
4.2.2.	<i>Les accords d'agenda social</i>	57
4.3.	Inciter à négocier sur des sujets prioritaires.....	57
4.3.1.	<i>En introduisant une obligation périodique de négocier</i>	57
4.3.2.	<i>Cette obligation pourrait être accompagnée de deux mesures complémentaires</i>	60
4.4.	Prévoir que la négociation repose sur un « engagement sérieux et loyal »	61
4.5.	Recourir à un médiateur.....	62
4.6.	Développer la formation à la négociation collective.....	64
4.6.1.	<i>Prévoir un module dans les formations dispensées par les écoles de la fonction publique</i>	64
4.6.2.	<i>Systématiser la formation à des moments particuliers de la vie professionnelle</i>	64
4.6.3.	<i>Pour les élus, dans le cadre de leur délégation</i>	64
	SYNTHESE DES PROPOSITIONS	66
	LISTE DES AUDITIONS	69
	LISTE DES CONTRIBUTIONS	73
	ANNEXES	75

INTRODUCTION

En habilitant le Gouvernement à définir par ordonnance les conditions dans lesquelles les accords collectifs dans la fonction publique peuvent disposer d'une portée ou d'effets juridiques, l'article 14 de la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 a, dans l'objectif de favoriser la conclusion de tels accords, ouvert la voie à une remise en cause du principe traditionnel selon lequel de tels accords constituent de simples « *déclarations d'intention dépourvues de valeur juridique et de force contraignante* »¹, « *des engagements d'honneur n'entraînant aucune obligation juridique directe pour les parties mais les liant moralement* »².

La loi de transformation de la fonction publique parachève l'évolution engagée par la loi³ du 5 juillet 2010 portant rénovation du dialogue social dans la fonction publique, qui a défini les conditions de validité des accords collectifs entre les organisations syndicales représentatives des fonctionnaires et l'autorité administrative ainsi que les thèmes possibles de négociation, mais sans en tirer de conséquences sur leur portée juridique⁴. Cette loi avait, en effet, pu être perçue⁵, à juste titre, comme la « *première étape d'une démarche d'une autre ampleur tendant à reconnaître dans la fonction publique l'existence future de conventions collectives venant « compléter » le statut. Sans préjuger de la force juridique que pourraient avoir ces conventions et de leur combinaison avec le pouvoir réglementaire, le législateur laisse le temps aux esprits de s'habituer à ce que pourrait être dans un plus ou moins proche avenir une nouvelle source du droit de la fonction publique* »⁶.

La reconnaissance d'une portée juridique aux accords dans la fonction publique, à l'instar des conventions collectives en droit du travail, soulève cependant des interrogations à double titre. D'une part, ne conduit-elle pas à remettre en cause la spécificité de la fonction publique, et en particulier la situation légale et réglementaire des agents, consacrée à l'article 4 de la loi portant statut général de la fonction publique, en privilégiant une logique calquée sur le droit du travail, qui pourrait paraître inadaptée aux fonctionnaires ? D'autre part, une telle réforme, qui conduit à substituer des conventions juridiquement opposables à des actes unilatéraux ayant pour origine des accords dépourvus de valeur juridique présente-t-elle vraiment un intérêt pour l'amélioration du dialogue social dans la fonction publique ?

C'est en ayant à l'esprit ces interrogations légitimes que soulève l'article 14 de la loi de transformation de la fonction publique que la mission, qui a procédé à l'audition de l'ensemble

¹ CE, 27 octobre 1989, Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation, n° 102990, concl. R. ABRAHAM

² M. VOISSET, Concertation et contractualisation dans la fonction publique, AJDA 1970, 388

³ Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique

⁴ Solution médiane critiquée par une partie de la doctrine, qui y a vu un « *oxymore juridique* » (E. MARC et Y. STRUILLLOU, La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles, Dr. Adm. 2010, Etude 20).

⁵ D. JEAN-PIERRE, « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique » - JCPA n° 38, 20 septembre 2010, 2284

⁶ Voir également, exprimant la même position, F. MELLERAY, « Accord collectif dans la fonction publique et acte faisant grief », AJDA 2013, p. 2041

des organisations syndicales représentées au conseil commun de la fonction publique, de représentants d'employeurs et de directeurs des ressources humaines des trois fonctions publiques et d'experts en droit de la fonction publique, en droit du travail et dans la gestion du dialogue social, a conduit ses travaux.

La mission a d'abord estimé que la consécration de l'opposabilité juridique des accords collectifs dans la fonction publique pouvait contribuer à favoriser leur conclusion, en responsabilisant les acteurs du dialogue social et en encourageant, dans certaines matières, la décentralisation de la négociation, et qu'elle constituait bien ainsi, dans cette mesure, une innovation majeure (I).

La mission formule ensuite plusieurs propositions destinées, d'une part, à concevoir et organiser cette innovation majeure (II) et, d'autre part, à la mettre en œuvre (III). Elle suggère ainsi, afin de conférer une pleine portée à la réforme, de rendre l'ordonnance à intervenir applicable aux trois fonctions publiques et de définir de façon suffisamment large le champ des accords collectifs auxquelles elle s'appliquera, par référence aux matières actuellement mentionnées à l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique. La mission, tout en s'inspirant, sur certains points, du régime des conventions collectives défini par le code du travail, s'est parallèlement attachée à prendre en compte les spécificités du droit de la fonction publique, et en particulier le caractère statutaire de la situation des agents, qui limite le champ des questions susceptibles d'être régies par des accords collectifs, ainsi que les devoirs et prérogatives spécifiques de l'autorité administrative dans le cadre des missions d'intérêt général dont elle a la charge.

La mission a enfin considéré que, pour produire tous ses effets, cette réforme pourrait s'accompagner d'autres évolutions destinées à renforcer la négociation collective dans la fonction publique, telles que l'encouragement à conclure des accords de méthode préalablement à la négociation des accords collectifs ou encore l'introduction d'une obligation périodique de négocier sur certains sujets prioritaires (IV).

1. Un besoin d'innovation en faveur de la négociation collective

Le principe de participation à la détermination collective des conditions de travail est reconnu tant aux salariés du secteur privé qu'aux fonctionnaires. Les accords de Bercy signés en 2008 et leur consécration juridique en 2010 ont traduit la volonté des organisations syndicales du secteur public et du législateur de renforcer la négociation collective dans le secteur public. Pour autant, peu d'accords y sont conclus. Une des raisons évoquées est l'absence d'effet juridique des accords signés.

La loi de transformation de la fonction publique ouvre la voie à une évolution juridique majeure en donnant à l'accord négocié, comme dans le secteur privé, une portée normative.

1.1. La reconnaissance incomplète des accords collectifs dans la fonction publique

La détermination collective des conditions de travail dans la fonction publique, consacrée par le droit international et largement pratiquée dans les pays de l'OCDE⁷, est assurée par les représentants des agents publics au sein des instances consultatives. Ce principe trouve sa limite dans le caractère statutaire et réglementaire de la situation des fonctionnaires et s'est traduit par l'absence de portée juridique de l'accord négocié.

1.1.1. Le principe constitutionnel de participation s'applique à la fonction publique

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que "tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises".

Ce principe de participation a fait l'objet d'une première application en 1977 par le Conseil constitutionnel⁸. Celui-ci a confirmé que ce principe de participation s'applique aux fonctionnaires et aux autres agents publics dans sa décision du 28 janvier 2011 : « *si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose, en son huitième alinéa, que "tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la fixation des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'État ainsi que la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions de garanties de sa mise en œuvre* ».

Ces principes ont été à nouveau rappelés par la décision rendue le 1^{er} août 2019 sur le recours formé contre la loi de transformation de la fonction publique⁹.

⁷ Voir annexe 4 sur les comparaisons internationales

⁸ Décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977 portant sur l'obligation de service des fonctionnaires.

⁹ Décision n° 2019-790 DC.

1.1.2. Un principe consacré par le droit international du travail applicable aux fonctions publiques

1.1.2.1. Les travaux de l'OIT en faveur de la négociation collective et la place croissante de la démarche contractuelle

L'organisation internationale du travail (OIT) joue un rôle particulier d'observation et d'impulsion dans le domaine de la négociation collective dans le secteur privé comme dans celui des services publics.

A son initiative, une conférence internationale du travail a adopté en juin 1978 la convention n°151 sur les relations de travail dans la fonction publique. Cette convention est applicable à toutes les personnes employées par des autorités publiques, hormis celles relevant des forces armées, de la police et les agents de très haut niveau, les plus proches de la décision politique. Elle affirme le droit des agents publics à s'exprimer au travers d'organisations syndicales, et le droit de celles-ci à négocier les conditions d'emploi avec les employeurs publics.

Ce droit à la négociation collective est plus particulièrement exprimé à l'article 7 qui dispose que *« des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures permettant la négociation des conditions d'emploi entre les autorités publiques intéressées et les organisations d'agents publics, ou de toute autre méthode permettant aux représentants des agents publics de participer à la détermination des dites conditions »*.

Son article 8 évoque le règlement des conflits collectifs en indiquant qu'il y a lieu de procéder *« par voie de négociation entre les parties ou par une procédure donnant des garanties d'indépendance et d'impartialité, telle que la médiation, la conciliation ou l'arbitrage »*.

Cette convention, bien que non ratifiée par la France, est entrée en vigueur le 25 février 1981.

Depuis cette date, l'OIT examine l'évolution des relations de travail dans le secteur public comme dans le secteur privé et fait le constat de leur convergence croissante.

Dans le « Manuel sur la négociation collective et les règlement des différends dans le secteur public »¹⁰ édité par cette organisation, il est ainsi rapporté :

« Un phénomène d'abandon progressif de la fixation unilatérale des conditions de travail par l'Etat employeur semble se généraliser.... Il est de nos jours quasiment avéré que la tendance de fond entraîne les relations de travail dans les secteurs public et parapublic vers un système de négociation collective s'approchant de celui utilisé dans le secteur privé ».

Le même document, dans la liste des principes applicables à la négociation collective qu'il énonce, pose le principe de la supériorité de la loi sur la convention collective et la supériorité de celle-ci sur la convention individuelle :

« Les accords ou conventions collectifs qui ont force obligatoire sont censés pouvoir fixer des conditions de travail plus favorables que les conditions prévues par la loi, et les contrats individuels ne doivent pas être privilégiés par rapport aux conventions collectives, sauf pour ce qui des dispositions plus favorables des conditions individuelles ».

¹⁰ Edition 2012.

1.1.2.2. L'Union européenne avait également avancé en ce sens, mais sans conclure

En 2015, la Commission européenne a consulté le « comité sectoriel de dialogue social pour les administrations des gouvernements centraux » (SDC-CGA) en lui demandant de définir un cadre commun sur le dialogue social dans les administrations publiques.

Ce comité, qui réunit des représentants des organisations syndicales et des employeurs d'administrations publiques des Etats membres, a arrêté un document « cadre général pour l'information et la consultation des fonctionnaires et employés des administrations des gouvernements centraux ».

Ce cadre retient une liste de cas pour lesquels la consultation des partenaires sociaux devrait être systématique : la santé et la sécurité au travail, la durée du travail et la politique de conciliation de la vie privée et professionnelle, les conséquences sur les conditions d'emploi des réorganisations de services ou de structures.

Il retient d'autres cas pour lesquels une consultation ou une information des partenaires sociaux devrait intervenir : les principes directeurs pour la rémunération, la formation, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la prévention des discriminations, la protection sociale spécifique des agents publics.

Bien que ce cadre ait reçu un accueil favorable, notamment des autorités françaises, la Commission a préféré ne pas franchir le pas consistant à le transformer en directive au sens du droit de l'Union.

Il n'en reste pas moins un témoignage d'une prise de conscience généralisée de la nécessité d'un dialogue social organisé, et tournant autour d'un ensemble de thèmes de base, caractéristiques des conditions d'emploi des agents publics.

L'étude figurant en annexe 4 sur les pratiques de négociation collective dans les administrations publiques des Etats membres montre que 23 des 28 pays membres ont recours à une forme de négociation collective portant sur les rémunérations et/ou l'organisation du travail. Cinq d'entre eux seulement définissent les rémunérations et l'organisation du travail uniquement par acte unilatéral.

1.1.3. Un principe mis en œuvre par la consultation des instances représentatives

L'article 9 de la loi n° 83-634 du 1^{er} juillet 1983 précise que « *les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans des organismes consultatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires, à la définition des orientations en matière de politique de ressources humaines (...)* ».

Ces organismes consultatifs sont, outre les conseils supérieurs, les commissions administratives paritaires et les comités sociaux créés par la loi de transformation de la fonction publique et qui se substitueront, en 2022, aux comités techniques et aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

1.1.4. Des réflexions successives et convergentes sur la nécessité de faire évoluer le droit de la négociation collective

1.1.4.1. Le livre blanc « Le dialogue social dans la fonction publique »,

La première partie du rapport remis en janvier 2002 par monsieur Jacques Fournier, conseiller d'Etat honoraire, est consacrée à un état des lieux. Deux constats majeurs se dégagent :

- d'une part, le système est fondé sur les instances consultatives plus que sur la négociation collective,
- d'autre part, l'organisation générale repose sur un cadre commun. Cependant, les fortes spécificités de chacun des trois versants de la fonction publique « donnent au dialogue social son visage particulier ».

Au rang des propositions, le rapport s'inscrit « dans la fidélité aux principes du statut de la fonction publique » et donc au caractère statutaire et réglementaire de la situation des fonctionnaires.

Outre des recommandations sur la composition et le fonctionnement des comités techniques, le rapport propose :

- un élargissement du champ ouvert à la négociation. On peut considérer que l'article 8bis introduit dans la loi de 1983 a répondu à cette proposition ;
- l'instauration d'une obligation de négociation, comme elle a été instaurée dans le secteur privé depuis 1982. Sans devoir obligatoirement déboucher sur un accord, cette proposition vise à aller au-delà d'une simple concertation, aujourd'hui laissée à l'initiative de l'administration. Elle renvoie à l'obligation annuelle de négocier l'évolution générale des rémunérations.

1.1.4.1.1. Permettre aux accords d'acquérir une force juridique

Constatant l'absence de portée juridique de l'accord dans la fonction publique et souhaitant préserver la spécificité de la fonction publique, le rapport préconise un double système :

- des actes réglementaires à élaboration concertée, pris après consultation des instances représentatives,
- des actes réglementaires à élaboration contractuelle, résultant d'une convention et d'un acte d'homologation.

Concernant cette deuxième possibilité, quatre conditions sont suggérées :

- l'homologation ne peut porter sur des dispositions nécessitant des mesures législatives,
- l'homologation n'est jamais obligatoire,
- l'administration devra vérifier que la convention entre bien dans le champ ouvert par la loi et que la représentativité des organisations signataires est assurée ;
- en l'absence d'accord, les sujets négociés pourraient être traités par la voie réglementaire.

1.1.4.1.2. Définir l'autorité compétente pour homologuer

- Pour l'Etat, la compétence reviendrait au Premier ministre lorsque les mesures ont un caractère statutaire, aux ministres concernés, dont celui chargé de la fonction publique, pour les autres mesures de portée nationale et au Préfet lorsque les mesures ont une portée locale ;
- Pour les collectivités territoriales, l'homologation relèverait de la compétence de l'assemblée délibérante, le contrôle de légalité s'exerçant dans le cadre général ;
- Pour le secteur public hospitalier, le rapport préconise une homologation au niveau de l'Agence régionale de santé (ARS) afin de permettre l'évaluation des éventuelles conséquences financières de l'accord.

1.1.4.1.3. Négocier les bonnes questions au bon niveau

La recherche de la cohérence (faire dialoguer ceux qui décident, qui sont en responsabilité de la gestion) et de la proximité constituent le fil rouge de l'articulation du dialogue social :

- Mieux articuler la négociation salariale et le vote des lois de finances ;
- Mieux distinguer la fonction de coordination des trois versants de la fonction publique et la négociation au sein de la fonction publique de l'Etat. (C'est aujourd'hui le rôle du conseil commun) ;
- Au sein de l'Etat, déconcentrer la négociation interministérielle ;
- Pour le versant territorial, définir les modalités de représentation des employeurs,
- Pour le versant hospitalier, préciser le rôle des ARH¹¹.

1.1.4.2. Le rapport public 2003 du Conseil d'Etat

Ce rapport intitulé « Perspectives pour la fonction publique » analyse dans un de ses chapitres la conciliation du droit de la fonction publique avec le droit communautaire. Ce dernier constitue, selon le Conseil d'Etat, « une vive incitation vers la reconnaissance d'un pouvoir normatif autonome des partenaires sociaux »¹². En tant qu'ils sont représentés par les organisations syndicales européennes auxquelles sont affiliées les organisations syndicales françaises représentant les fonctionnaires, les directives européennes qui reprennent des accords-cadres européens s'appliquent à la fonction publique française.

Le rapport cite trois accords-cadres européens, sur le congé parental, le travail à temps partiel et le travail à durée déterminée repris par des directives émises par les institutions européennes.

1.1.4.3. Le rapport public 2008 du Conseil d'Etat

Ce rapport, intitulé « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », souligne la nécessité d'une extension du champ des négociations dans la fonction publique ainsi que d'une clarification du régime juridique des accords dans la fonction publique, le Gouvernement étant invité à opter clairement entre deux solutions : « *conserver le régime actuel dans lequel l'accord ne possède pas d'existence propre mais s'analyse comme une négociation préalable à l'élaboration d'actes unilatéraux débouchant sur un engagement moral et politique ou reconnaître à l'accord une*

¹¹ Agences régionales de l'hospitalisation, créées en 1996, remplacées en 2010 par les ARS.

¹² Page 290 du rapport

valeur juridique propre ». Dans cette deuxième hypothèse, cette valeur pourrait être reconnue dès la signature de l'accord, dans des conditions à préciser, soit après homologation, « à condition que l'accord ait été rédigé de telle sorte que son contenu puisse être immédiatement incorporé au droit existant ou qu'il comporte obligation pour la puissance publique de prendre dans un délai déterminé les mesures » qu'il prévoit.

Le rapport suggère de distinguer entre les règles non statutaires, susceptibles de donner lieu à des accords ayant une valeur juridique propre, et les règles statutaires. Pour ces dernières, l'accord renverrait à des mesures unilatérales d'application, sans qu'elles puissent le méconnaître et devrait être soumis à une homologation dans des conditions garantissant le respect du pouvoir réglementaire du Premier ministre.

Le champ de la négociation ne devrait pas être déterminé limitativement *a priori* mais devrait au contraire rester assez largement ouvert. Il pourrait ainsi progressivement inclure des questions touchant à la rémunération, les conditions de travail, le temps de travail, le déroulement de carrière (formation ; promotion ; reclassement ; reconversion...), l'action sociale et culturelle et la protection sociale complémentaire.

Le rapport souligne qu'un des premiers chantiers ouverts à la négociation collective pourrait être de définir le statut des contractuels, en les soumettant soit au droit public, soit au droit du travail.

Il estime également souhaitable de prévoir dans la loi la négociation collective territoriale et peut-être sectorielle, en précisant ce qui peut se négocier au niveau ministériel, régional ou départemental : « *La décentralisation de la négociation pourrait en effet favoriser la conclusion d'accords homologables : en réduisant le champ d'application de l'accord, elle en faciliterait la conclusion* ». Il devrait être veillé à cette occasion à ce qu'un accord local ne puisse pas déroger aux stipulations plus favorables d'un accord national. Les accords locaux seraient en conséquence soumis à homologation.

Le rapport souligne encore que cette évolution devrait s'accompagner d'un effort de formation des négociateurs et de rédaction des accords, de telle sorte que ceux-ci puissent devenir immédiatement applicables, sans avoir besoin d'être réécrits.

Il estime enfin souhaitable, pour encourager davantage la négociation collective, il apparaît souhaitable, d'instituer une périodicité obligatoire pour cette négociation.

1.1.4.4. Le livre blanc sur l'avenir de la fonction publique

Jean-Ludovic SILICANI, dans le rapport publié en avril 2008, développe un chapitre sur la rénovation du dialogue social. Trois propositions sont formulées :

- Créer une instance commune aux trois fonctions publiques ;
- Donner force obligatoire aux accords collectifs ;
- Doter chaque organe employeur d'instances consultatives.

Le rapport n'entre pas dans le détail des dispositions à mettre en œuvre mais, concernant la force obligatoire des accords, ne remet pas en cause le principe de l'approbation par une disposition législative ou réglementaire.

1.1.5. Les accords de Bercy et leur consécration par l'article 8 bis de la loi de 2010

Le premier accord portant sur le dialogue social depuis la création, en 1946, du statut général des fonctionnaires, a été signé le 2 juin 2008 par six des huit syndicats représentatifs de la fonction publique (CGT, CFDT, FSU, UNSA, Solidaires et CGC). Connu sous le nom « accords de Bercy », il a pour objectif de renforcer le dialogue social au sein de la fonction publique par :

- ◆ L'élection aux instances consultatives ouverte à tous les agents de la fonction publique ;
- ◆ Le renforcement des compétences des comités techniques ;
- ◆ La généralisation du principe de négociation, à l'échelon national et à l'échelon local, sur tous les sujets concernant la vie professionnelle et sociale de l'agent ;
- ◆ La modernisation des droits et des moyens des syndicats (garanties accordées aux agents investis de responsabilités syndicales, amélioration des moyens des organisations syndicales).

Ces accords ont été retranscrits dans le statut général par la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 qui a introduit dans la loi portant droit et obligations des fonctionnaires un article 8bis définissant les champs ouverts à la négociation.

Cet article fixe au niveau national la négociation sur les rémunérations et le pouvoir d'achat des agents publics. Il définit également les matières sur lesquelles les organisations syndicales de fonctionnaires ont vocation à négocier, nationalement ou localement :

- ◆ Les conditions et l'organisation du travail ;
- ◆ Le déroulement des carrières et la promotion professionnelle ;
- ◆ La formation ;
- ◆ L'action sociale et la protection sociale complémentaire ;
- ◆ La santé et la sécurité au travail ;
- ◆ L'insertion professionnelle des personnes handicapées ;
- ◆ L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

L'article 8bis fixe le principe de l'accord majoritaire : un accord ne peut être valide que s'il est signé par des organisations syndicales ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés.

L'article précise également qu'un accord local ne peut que préciser ou améliorer l'économie générale d'un accord signé au niveau supérieur.

La circulaire du 22 juin 2011 relative à la négociation dans la fonction publique, qui commente les nouvelles dispositions législatives, précise que « les collectivités publiques sont libres d'engager des négociations sur des matières différentes » de celles énumérées par la loi de 2010.

1.1.6. L'absence persistante de portée juridique des accords

La jurisprudence rappelle de manière constante l'absence de portée juridique d'un accord signé entre l'administration et les organisations syndicales. Celui-ci « ne constitue pas un acte faisant grief susceptible de recours devant le juge administratif ».

L'administration n'est pas tenue de traduire par un acte réglementaire les dispositions prévues par un accord négocié. A contrario, elle a toute liberté pour donner une portée réglementaire à des dispositions négociées mais qui n'ont pas débouché sur un accord.

1.2. La loi de transformation de la fonction publique pourrait contribuer à faciliter la conclusion d'accords dans la fonction publique

La mission tient tout d'abord à relever les faiblesses du pilotage et de l'évaluation de la qualité du dialogue social dans la fonction publique. Au-delà de ce constat, plusieurs facteurs, dont l'absence de portée normative, expliquent le faible impact de la loi de 2010 sur le nombre d'accords négociés.

1.2.1. Les effets peu nombreux et mal mesurés du cadre posé par la loi de 2010

Si tous les interlocuteurs rencontrés par la mission s'accordent à considérer que beaucoup de temps est consacré au dialogue social, sous toutes ses formes -négociation, concertation, information, réunions des instances- dans les fonctions publiques, il est très difficile d'apprécier si celui-ci est productif d'accords.

Comme le précise la lettre de mission, seuls quatre accords ont été signés au niveau inter-fonctions publiques depuis 2010.

Aux niveaux inférieurs, et quelle que soit la fonction publique concernée, il n'existe ni pilotage, ni suivi organisé du dialogue social, ni recension des accords négociés ou conclus.

Ni la DGAFP, ni la direction générale des collectivités locale (DGCL), ni la direction générale de l'offre de soins (DGOS) ne disposent de données relatives aux secteurs qu'elles supervisent. Les associations d'employeurs rencontrées, la fédération des centres de gestion des collectivités territoriales, les organisations syndicales elles-mêmes, aucun organisme n'a indiqué à la mission disposer de données chiffrées, même synthétiques, sur le nombre et la nature des accords collectifs conclus.

De nombreux exemples de « bonnes pratiques » ont été signalés à la mission qui a pu en prendre connaissance et s'en inspirer pour ses analyses et propositions : les accords signés en région Ile-de-France, à Bordeaux, à Rennes ou à Suresnes, pour la fonction publique territoriale notamment, ou les accords négociés à la Caisse des dépôts et Consignations, exemple de grand établissement public.

Pour la fonction publique d'Etat, à la demande de la mission, une enquête a toutefois pu être menée par la DGAFP auprès des ministères pour actualiser des données collectées en 2015.

Tableau 1 : accords conclus dans la FPE

Ministères :	Justice	Culture	MNESR	MEF	Armées	Intérieur	Sociaux	DGAC	Total
2010/14	4	1	2	2	2	3	-	2	16
2015/19	-	4	-	3	2	-	4	-	13
Total :	4	5	2	5	4	3	4	2	29

Source : DGAFP, Mission ; données hors établissements publics.

Les données ainsi recueillies présentent plusieurs caractéristiques saillantes :

- ◆ Le nombre d'accord est faible, et en ralentissement depuis 2015 ;
- ◆ La couverture est très inégale ; certains ministères ne font état d'aucun accord alors que la période couverte est de dix années ;
- ◆ Selon les données recueillies, tous les accords conclus l'ont été au niveau national (ministère ou direction générale) ; aucun accord n'aurait donc été formellement conclu au niveau déconcentré.

Les thématiques couvertes sont essentiellement les suivantes :

Tableau 2 : principales thématiques des accords FPE conclus

Thèmes traités :	Egalité professionnelle ; discriminations	Insertion Handicapés	Portée sociale	Dialogue social	Temps de travail	Autres	Total
2010/14	3	1	9	2	1		16
2015/19	3		4	1	2	3	13
Total :	6	1	13	3	3	3	29

Source : DGAFP, Mission ; données hors établissements publics.

Les accords à portée sociale ou « catégoriels » sont les plus nombreux ; ceux relatifs à l'égalité professionnelle arrivent en seconde position, domaine dans lequel un accord inter-fonction publique a été signé en 2018.

D'une manière générale, il semble donc bien que le cadre d'accord collectif posé par la loi de 2010 pour les fonctions publiques n'ait pas eu l'effet d'entraînement escompté.

1.2.2. La faiblesse du nombre d'accords conclus dans la fonction publique a des origines multiples

Les données évoquées précédemment, outre l'absence de pilotage et de suivi de la fonction dialogue social, révèlent sans doute une insuffisante culture de la négociation qui n'a pas permis aux partenaires sociaux de s'approprier les possibilités ouvertes par la loi de 2010.

Les pratiques ambiguës rencontrées en matière de mise en œuvre des accords montrent également le positionnement encore trop incertain de la démarche contractuelle par rapport au recours à la décision unilatérale.

Il en est ainsi de la pratique consistant pour l'employeur à appliquer unilatéralement les termes d'un projet d'accord non valide, faute de majorité d'organisations syndicales signataires.

En effet, selon les équilibres syndicaux, des projets d'accords pourtant longuement négociés ne peuvent franchir le seuil de la signature majoritaire ; dans de tels cas, les pratiques des employeurs sont diverses : les termes de l'accord peuvent être mis en œuvre de façon unilatérale, de façon intégrale ou partielle. Les exemples en ce sens abondent, le cas plus emblématique étant celui du protocole inter-fonctions publiques PPCR¹³.

Ce protocole, non valide, a été mis en œuvre unilatéralement par l'administration, puis suspendu pendant une année avant d'être de nouveau remis en application. Les organisations signataires estiment n'avoir tiré aucun bénéfice de leur engagement en sa faveur ; les non signataires ont pu se prévaloir de certaines des avancées du dispositif PPCR et, même, protester contre la suspension de sa mise en œuvre.

Face à une négociation irrémédiablement bloquée, il ne peut être reproché à l'employeur de prendre ses responsabilités. Toutefois, au terme d'un processus de négociation, accorder un bénéfice aux agents sans la contrepartie d'une signature des organisations qui les représentent, contribue à dévaloriser la démarche contractuelle.

La lettre de mission mentionne également d'autres freins à la conclusion d'accords collectifs :

¹³ Protocole Parcours Professionnels Carrières Rémunérations, négocié en 2015, mais n'ayant pas rempli les conditions de signature pour sa validité.

- ◆ La trop forte centralisation de la décision administrative ;
- ◆ La difficile articulation entre les niveaux de négociation, et en particulier la faible place de l'échelon de proximité ;
- ◆ Le manque d'attractivité de la démarche contractuelle, dès lors que l'absence de portée normative des accords conclus fait qu'ils n'engagent pas juridiquement les employeurs publics.

1.2.3. Les perspectives ouvertes par la loi de transformation de la fonction publique

1.2.3.1. L'intérêt de la reconnaissance de la portée juridique des accords

La loi de transformation de la fonction publique ouvre la porte à la reconnaissance de la portée juridique des accords collectifs conclus dans les fonctions publiques.

Son article 14 permet au gouvernement de prendre par ordonnance toute disposition relevant du domaine de la loi pour définir « *les cas et conditions dans lesquels les accords majoritaires disposent d'une portée ou d'effets juridiques et, le cas échéant, en précisant les modalités d'appréciation du caractère majoritaire des accords, leurs conditions de conclusion et de résiliation et en déterminant les modalités d'approbation qui permettent de leur conférer un effet juridique* ».

Reconnaître le caractère juridiquement contraignant des accords peut contribuer dans une certaine mesure à la conclusion d'un plus grand nombre d'accords mais cette réforme doit s'inscrire dans une évolution plus générale du dialogue social dans la fonction publique.

1.2.3.2. Une perspective qui ne suscite pas d'opposition de principe des organisations syndicales

La mission a pu évoquer la question de la reconnaissance de la portée juridique des accords avec l'ensemble des organisations représentées au conseil commun de la fonction publique.

Dès lors que certaines précautions sont apportées, notamment le fait qu'il ne s'agit en aucun cas pour la mission de proposer de modifier le caractère statutaire et réglementaire du cadre applicable aux agents publics, l'idée de rendre opposable les accords collectifs valides recueille un large assentiment, allant du volontarisme pour les organisations réformatrices à une acceptation prudente pour les autres.

La capacité pour des agents ou leurs organisations de se prévaloir devant une juridiction du non-respect des termes d'un accord collectif est perçue comme apportant aux démarches contractuelles une importante valeur ajoutée.

Les employeurs rencontrés par la mission perçoivent également dans cette orientation la perspective d'un dialogue social plus conclusif.

2. La conception et l'organisation de cette innovation majeure

La reconnaissance de la possibilité pour les accords collectifs dans la fonction publique de produire des effets juridiques modifiera la nature de ces actes : de simples déclaration d'intention comportant des engagements politiques ou moraux, ils deviendront de véritables conventions, liant juridiquement les parties et susceptibles de contenir des clauses réglementaires, de portée générale, dont le non-respect par l'administration sera susceptible d'être sanctionné par le juge administratif.

Au regard de l'importance de cette évolution, la mission s'est attachée, d'une part, à définir et à préciser la force juridique des futurs accords, et en particulier les conditions de leur insertion dans le cadre juridique actuel du droit de la fonction publique, et, d'autre part, à formuler certaines recommandations sur leur champ d'application, en particulier en ce qui concerne les agents concernés et les thèmes de négociation.

2.1. La force des futurs accords

Actes administratifs dotés d'effets juridiques, au même titre que les actes unilatéraux qui, seuls, régissent aujourd'hui la situation des agents publics, les futurs accords devront naturellement respecter la hiérarchie des normes et le principe de légalité mais également l'organisation administrative existante de la fonction publique, et en particulier les instances représentatives du personnel. A la différence toutefois des actes unilatéraux, ils créeront des obligations réciproques, à la charge non seulement des employeurs mais également, dans certains cas, des organisations syndicales signataires.

2.1.1. La force obligatoire : la « loi des parties »

La force obligatoire des futurs accords impliquera que ceux-ci puissent contenir des clauses réglementaires ou des clauses juridiquement contraignantes par lesquelles l'autorité administrative s'engagera à prendre certaines mesures matérielles. En revanche, elle n'impliquera pas que l'autorité administrative puisse s'engager contractuellement à prendre des actes réglementaires unilatéraux déterminés.

2.1.1.1. La possibilité pour les futurs accords d'édicter des normes juridiques

2.1.1.1.1. Des accords juridiquement opposables et ayant le caractère de contrats administratifs

La référence par l'article d'habilitation à des accords disposant « d'une portée ou d'effets juridiques » implique d'abord que ces accords seront juridiquement opposables¹⁴, c'est-à-dire qu'ils modifieront l'ordonnement juridique, de sorte que les sujets de droit auxquels ils s'appliquent doivent en respecter le contenu¹⁵.

¹⁴ Droit des contrats administratifs de L. RICHER et F. LICHERE ? 2019

¹⁵ Pierre-Laurent FRIER, Droit administratif, 2018 p.462

Cette impérativité peut en effet être reconnue à des actes administratifs qui ne seraient pas des actes unilatéraux, élaborés par la seule autorité administrative. Ainsi que le rappelle le Pr Denys de BECHILLON¹⁶, « *impératif ne signifie pas unilatéral. La notion d'impératif ne renvoie à aucun mode particulier d'élaboration du droit. Ou plutôt, elle les autorise tous ; du plus obligatoire au plus consensuel. Le droit le plus impératif, le plus obligatoire qui soit peut parfaitement gésir dans une convention. Le système juridique traite de la violation d'un contrat de la même manière qu'il sanctionne l'irrespect de la loi parlementaire ou du règlement administratif...une nécessité logique commande donc de dissocier l'analyse des modes de production de la règle et l'étude de sa teneur (impérative) ».*

Peuvent ainsi disposer de la force obligatoire des actes résultant non de la seule volonté de l'autorité administrative mais d'un contrat, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté commune à plusieurs parties¹⁷. L'identification de tels contrats en droit public n'est cependant pas aisée, la distinction entre ces derniers et les actes unilatéraux étant parfois ténue. Des actes d'apparence contractuelle peuvent en effet être requalifiés par le juge administratif en actes unilatéraux¹⁸.

Ainsi que l'indique le professeur P.-L. FRIER¹⁹, « *il existe des actes unilatéraux à contenu contractuel : la norme posée par l'acte ne fait que reprendre le résultat des négociations que les autorités publiques, dans une stratégie consensuelle, ont menées avec les représentants des destinataires de l'acte, selon les techniques de concertation de plus en plus en vogue. Il existe à l'inverse des actes contractuels à contenu unilatéral. Il y a là un véritable accord sans lequel le cocontractant ne serait pas soumis aux règles édictées par le contrat. Mais il s'agit d'un contrat où l'essentiel des règles qui s'imposent est d'origine unilatérale... ».*

Si l'on reprend cette distinction, la reconnaissance d'accords contractuels à effet juridique dans la fonction publique, en lieu et place d'« accords » sans portée juridique, conduira à substituer des accords contractuels à contenu unilatéral à des actes dont les clauses auraient un contenu unilatéral.

De tels contrats, relatifs à des agents publics, seront qualifiés, eu égard à leur objet, de contrats administratifs. Cette qualification est importante en ce qu'il en découle pour l'administration, d'une part, la reconnaissance de certaines prérogatives dans le cadre de l'exécution de l'accord, en lien avec le principe de mutabilité du service (cf. infra, 3.2.), et d'autre part, certains devoirs, en particulier l'exigence qui s'attache au respect d'une finalité d'intérêt général. Cette qualification implique également que le juge administratif sera compétent pour connaître des éventuels différends portant sur la légalité de ces contrats ou sur le non-respect de leurs stipulations.

Le caractère contractuel des futurs accords impliquera une exigence de réciprocité. Loi des parties, le contrat a en effet vocation à comporter des engagements à la charge de chacune d'entre elles. Au regard de son effet relatif, il ne peut en revanche en principe créer d'obligations à la charge d'un tiers sans son consentement²⁰.

Dans le cas des accords dans la fonction publique, il est vrai que les obligations juridiques pèseront essentiellement sur l'autorité administrative. Cependant, la logique contractuelle implique à tout le moins un engagement de la part des organisations syndicales signataires de faire preuve de loyauté dans l'application de l'accord, en cherchant en particulier à négocier avant, en cas d'échec, de s'engager dans une démarche plus conflictuelle. Le respect du délai de préavis en cas de dénonciation s'imposera ainsi à l'ensemble des signataires (cf. infra). Certains accords de méthode pourront également prévoir des obligations spécifiques à la charge des organisations syndicales

¹⁶ Qu'est ce qu'une règle de droit ? 1997 Odile Jacob, p.208

¹⁷ En cas de désaccord des parties sur cette volonté, il conviendra en principe de rechercher la volonté déclarée, au regard de la lettre de l'accord. En cas de doute sur cette volonté, il appartiendra au juge de rechercher la volonté réelle des parties.

¹⁸ L. RICHER p.69

¹⁹ p.350

²⁰ L. RICHER p.229

signataires, tels que des mécanismes d'anticipation des conflits préalablement au dépôt d'un préavis de grève (sur le modèle du dispositif d'alarme sociale mis en place à la RATP par accord du 11 juin 1996).

Si, à la différence des engagements de l'employeur, les engagements des organisations syndicales signataires revêtiront une portée essentiellement politique et morale, cette réciprocité des accords pourrait encourager la responsabilisation des partenaires sociaux, qui deviendront, dans une certaine mesure, comme les co-gestionnaires et co-responsables de l'accord.

Au regard de leur qualification de contrats administratifs, les futurs accords pourront comporter des « clauses réglementaires », à caractère général et impersonnel, qui auront « par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public »²¹ et « régleront directement la situation de personnes étrangères à la relation entre les parties au contrat », en particulier les usagers du service public²². La reconnaissance d'effets juridiques aux accords collectifs dans la fonction publique n'est donc pas contradictoire avec la situation « légale et réglementaire » des agents, consacrée à l'article 4 de la loi du 13 juillet 1983.

Les agents concernés, les organisations syndicales et, le cas échéant, les usagers du service public, pourront ainsi se prévaloir des clauses réglementaires de ces accords, à l'appui d'un recours²³, s'agissant, par exemple, d'un litige portant sur la contestation d'une décision individuelle refusant de reconnaître un droit ou un avantage à un agent.

De même, les personnes justifiant d'un intérêt pour ce faire pourront en demander l'annulation devant le juge administratif, dans les mêmes conditions que pour les actes unilatéraux. Au vu de la répartition actuelle des compétences entre les juridictions, le tribunal administratif aura ainsi à connaître des accords locaux et le Conseil d'Etat sera saisi en premier et dernier ressort des recours contre les accords nationaux²⁴, à savoir les accords conclus au niveau interministériel ou dont la signature relève de la compétence d'un ou plusieurs ministres ou directeurs d'administration centrale.

Il apparaît en revanche juridiquement impossible - et en outre extrêmement inopportun - que les décisions individuelles (nomination, promotion, mutation,...) puissent faire l'objet d'accords juridiquement contraignants avec les organisations syndicales, ce qui n'exclut évidemment pas que des échanges sur de tels sujets puissent, comme c'est régulièrement le cas, avoir lieu.

2.1.1.1.2. L'habilitation des parties à la convention à édicter des clauses réglementaires

Le parallélisme avec le régime des actes unilatéraux, ainsi que le souci de donner sa pleine portée à la réforme, devraient conduire à admettre que les futurs accords pourront édicter des clauses réglementaires, soit en application des dispositions législatives qui seront introduites par l'ordonnance à intervenir, soit en application de dispositions législatives ou réglementaires spécifiques renvoyant à de telles conventions certaines de leurs conditions d'exécution.

²¹ V. CE 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe*, req. n° 404982

²² V. conclusions d'Olivier Henrard sur la décision précitée

²³ Richet p.229

²⁴ Il conviendrait de se référer sur ce point à l'autorité administrative signataire de l'accord. S'il s'agit du Premier ministre ou d'un ministre, il pourrait être fait application, sous réserve d'adapter leur rédaction, des dispositions de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, dont il résulte que le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort pour connaître des « actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale ».

La force obligatoire des futurs accords devra respecter les dispositions de l'article 21 de la Constitution, selon lesquelles le Premier ministre assure l'exécution des lois, ce dont le Conseil constitutionnel déduit que le renvoi par la loi à une autorité autre que le Premier ministre ne peut porter que sur un objet limité et être suffisamment encadré (V. décision 88-248- DC du 17 janvier 1989). S'il est vrai qu'en droit du travail, un tel renvoi à l'accord collectif par le législateur est assez largement admis²⁵, une telle faculté est plus restreinte en ce qui concerne les agents publics, compte tenu de leur statut réglementaire.

Il ne pourra en outre être procédé à un tel renvoi lorsque les dispositions réglementaires à édicter relèveront d'un décret en Conseil d'Etat (cf. infra).

Par ailleurs, le législateur et les autorités disposant du pouvoir réglementaire devront également veiller à ne pas méconnaître l'étendue de leurs compétences lorsqu'elles renverront la définition de certaines règles à un accord collectif. Un renvoi excessivement large du législateur au pouvoir réglementaire serait en effet contraire à l'article 34 de la Constitution, dont il résulte que la loi « fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat »²⁶. De même, si l'autorité administrative renvoyait à un accord collectif les conditions d'exécution d'un texte qu'elle a compétence pour définir, elle devrait veiller à encadrer suffisamment la portée de ce renvoi²⁷.

L'exigence d'encadrement du renvoi par le législateur ou le pouvoir réglementaire à un accord collectif des conditions d'application d'un texte implique en particulier de préciser le droit applicable en l'absence d'accord²⁸.

A cet égard, trois options semblent envisageables :

- ◆ A défaut d'accord, l'autorité administrative retrouve sa compétence pour prendre par acte unilatéral les mesures réglementaires prévues par le texte supérieur ;
- ◆ A défaut d'accord, la disposition législative ou réglementaire qui y renvoie ne peut entrer en vigueur;
- ◆ Le texte fixe lui-même ses conditions d'exécution et prévoit qu'il peut y être dérogé, dans une certaine mesure, par accord collectif.

Certaines des personnes auditionnées par la mission ont souligné que la première option ne contribuait pas à responsabiliser les organisations syndicales puisqu'elles pourront escompter qu'à défaut même d'accord, la loi ou le décret instituant un avantage pour les agents entreront néanmoins en vigueur selon les conditions certes définies unilatéralement par l'autorité administrative, mais après négociation avec les organisations syndicales.

²⁵ V. Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 - Loi relative à la réduction négociée du temps de travail

²⁸ *Considérant, d'autre part, qu'aux termes du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : " Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises " ; que l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect de cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de sa mise en oeuvre ; que, sur le fondement de ces dispositions, il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs représentants, le soin de préciser, après une concertation appropriée, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ;*

²⁶ Ainsi, par exemple, dans sa décision n° 2019-790 DC du 1er août 2019, le juge constitutionnel, pour admettre la conformité à la Constitution des dispositions renvoyant à des accords collectifs la détermination des modalités de garantie de la continuité du service public, relève que le législateur a suffisamment défini le champ des services publics concernés, qu'il a suffisamment encadré le contenu de l'habilitation ainsi donnée aux organisations syndicales et à la collectivité ou à l'établissement et qu'il a prévu qu'à défaut de conclusion d'un accord, il revient à l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement de déterminer les services, les fonctions et le nombre d'agents indispensables afin de garantir la continuité du service public.

²⁷ Le juge administratif censurerait alors « l'incompétence négative » dont ce renvoi à l'accord est entaché.

²⁸ A l'instar, par exemple, des conventions réglant les rapports entre l'assurance maladie et les professions de santé

Il conviendrait ainsi à tout le moins, sur le modèle de la loi de transformation de la fonction publique en ce qui concerne les accords visant à assurer la continuité du service, de prévoir qu'un délai minimal (de six mois à un an) doit être laissé aux partenaires sociaux pour parvenir à un accord avant qu'un acte unilatéral ne puisse être édicté en cas de carence.

La deuxième option pourrait sembler plus pertinente pour la qualité du dialogue social mais elle semble difficilement envisageable, au regard de l'article 21 de la Constitution, qui confie au Premier ministre l'exécution des lois, lorsque le renvoi à l'accord émane du législateur (cf. infra). En outre, un tel dispositif reviendrait à priver l'autorité administrative de la compétence qui lui est normalement dévolue et ne pourrait donc être institué que par l'autorité qui lui attribue cette compétence. Cette option paraît donc devoir être exclue.

La troisième option peut sembler adaptée, sous réserve que la portée des dérogations que pourra apporter l'accord à l'acte réglementaire unilatéral soit définie de façon suffisamment précise, pour les textes ayant pour objet de conférer des avantages spécifiques aux agents (par exemple en matière de protection sociale complémentaire), de sorte que certaines organisations syndicales, soucieuses de rester dans une posture contestataire, ne puissent être incitées à refuser de conclure l'accord tout en escomptant que l'autorité administrative reprendra ensuite par acte unilatéral les termes du projet d'accord auquel elles n'ont pas consenti. En effet, dans cette hypothèse, en l'absence d'accord, trouveraient à s'appliquer les dispositions réglementaires supplétives, nécessairement moins favorables.

Le choix devrait donc, le plus souvent, porter entre les première et troisième options et devrait dépendre de l'objet renvoyé à la négociation.

Proposition n° 1 : *Prévoir la possibilité pour la loi et les textes réglementaires de renvoyer à un accord collectif certaines de leurs conditions d'application ; prévoir que, dans cette hypothèse, il leur appartient de renvoyer à l'autorité administrative normalement compétente le soin de définir ces conditions d'application à défaut de conclusion d'un tel accord.*

2.1.1.2. Des accords qui pourront contraindre l'administration à prendre certaines mesures matérielles

Les accords pourront comporter des clauses contraignant l'administration à agir dans un sens déterminé pour prendre des mesures matérielles. Il pourrait s'agir par exemple de clauses prévoyant le renouvellement du matériel informatique du service, la mise en œuvre de certaines adaptations des postes de travail pour les personnes handicapées, ou le respect par l'employeur de certaines exigences en matière d'hygiène et de conditions de travail,...

De telles clauses seront également juridiquement opposables, et donc susceptibles d'être sanctionnées par le juge administratif²⁹. Ceci implique qu'une organisation syndicale ou un agent pourrait engager une action tendant à l'annulation du refus du chef de service signataire d'exécuter les clauses de la convention et que le juge administratif pourrait, le cas échéant, lui enjoindre d'y procéder, éventuellement sous astreinte.

Proposition n° 2 : *Prévoir la possibilité pour les futurs accords de comporter des clauses contraignant l'administration à agir dans un sens déterminé pour prendre des mesures matérielles.*

²⁹ Ces clauses ne présentant pas un caractère réglementaire, le tribunal administratif devrait toujours être regardé comme compétent pour connaître des litiges où ces clauses seraient invoquées.

2.1.1.3. Les exceptions à la force obligatoire des futurs accords

Toutes les clauses des accords ne pourront revêtir une telle portée juridique.

D'une part, tel ne saurait être le cas de celles d'entre elles qui sont trop ambiguës, imprécises ou conditionnelles pour être juridiquement opposables.

D'autre part, selon une jurisprudence bien établie, les principes qui régissent l'action des collectivités publiques et des personnes chargées d'une mission de service public s'opposent à ce qu'une autorité investie d'un pouvoir réglementaire, à laquelle il revient d'exercer cette compétence dans l'intérêt général au regard des divers intérêts dont elle a la charge, s'engage, par la voie d'un contrat, à faire usage, dans un sens déterminé, du pouvoir réglementaire qui lui a été conféré ; ceci, sauf si elle-même prend des mesures réglementaires d'application des clauses du contrat lui-même³⁰, ce n'est que dans ce cas qu'il peut y avoir règlement d'application d'un contrat. Un contrat conclu en méconnaissance de ces principes, qui sont d'ordre public, a un objet illicite³¹.

Obliger l'administration à respecter un tel engagement contractuel serait en outre contraire au principe de mutabilité de l'action administrative, qui implique que l'administration puisse à tout moment modifier l'ordre juridique, si les circonstances le justifient, sans être contrainte par des engagements antérieurs qui y feraient obstacle.

Lorsque l'accord juridiquement opposable renvoie à un acte unilatéral de l'autorité compétente tout ou partie de ses modalités d'application, l'administration sera tenue de prendre les mesures réglementaires prévues par l'accord et son abstention pourrait être juridiquement sanctionnée.

Proposition n° 3 : *Exclure la possibilité pour les futurs accords de permettre à l'administration de s'engager contractuellement à faire usage dans un sens déterminé du pouvoir réglementaire qui lui a été conféré, sauf si elle-même prend des mesures réglementaires d'application des clauses du contrat.*

2.1.1.4. Les conséquences de l'absence d'accord

Certaines des personnes auditionnées ont émis le souhait que lorsque le projet d'accord n'a pas recueilli la majorité requise et ne peut en conséquence être adopté, l'administration ne puisse reprendre tout ou partie des stipulations de ce dernier par acte unilatéral. En effet, le fait de laisser à l'autorité administrative une telle faculté pourrait, selon elles, désresponsabiliser les organisations syndicales en incitant certaines d'entre elles à s'en tenir à une position systématiquement contestataire.

La mission partage l'idée selon laquelle une telle pratique est, en règle générale, peu opportune en termes de qualité du dialogue social. L'exemple précité de l'accord PPCR, négocié en 2015, mais n'ayant pas rempli les conditions de signature pour sa validité, est à cet égard éloquent : les non-signataires ont pu se prévaloir des avancées de l'accord sans s'engager, tandis que les organisations signataires ont eu à pâtir de leur engagement du fait du retard dans la mise en œuvre par l'administration de l'accord (cf. supra n° 1.2.2).

³⁰ CE 9 juillet 2015, Football Club des Girondins de Bordeaux n° 375542, concl. B. Bourgeois-Machureau – il s'agissait en l'espèce de la transaction par laquelle une association sportive s'engageait à se désister de son recours contre la Ligue de football professionnel en contrepartie de l'engagement de la LFP à modifier la réglementation des compétitions dans un certain sens – l'objet de ce contrat est jugé illicite.

³¹ Voir dans le même sens, CE, 13 mars 2019, Association Alsace Nature, n° 418994, concl. L. Dutheillet de Lamothe

Pour autant, il paraît juridiquement impossible de s'y opposer en ce que cela reviendrait à remettre en cause le pouvoir réglementaire dévolu au Premier ministre et à chaque chef de service. En outre, une telle restriction aux prérogatives dévolues au chef de service soulèverait une sérieuse difficulté au regard du principe de mutabilité de l'action administrative, dont il résulte que l'administration doit pouvoir à tout moment procéder à des adaptations du droit applicable lorsque les circonstances l'exigent.

2.1.2. Une force obligatoire respectueuse du principe de légalité

Les accords produisant des effets juridiques, en s'insérant dans la hiérarchie des normes, devront naturellement respecter, de même que les actes unilatéraux, la Constitution, les principes généraux applicables aux fonctionnaires, l'ensemble des dispositions législatives, en particulier les lois statutaires, ainsi que les actes réglementaires émanant d'une autorité administrative supérieure à celle ayant signé l'accord.

La question de l'articulation entre les accords locaux et les accords nationaux soulève des questions plus délicates, qui impliquent en particulier certains choix politiques en ce qui concerne l'application du « principe de faveur », qui implique que les accords locaux ne peuvent être que plus favorables aux agents que les accords nationaux.

2.1.2.1. Le respect de la Constitution et des principes applicables aux fonctionnaires

Pour être conformes à la Constitution, les futurs accords ne devront, en particulier pas méconnaître le principe d'égalité entre les agents, qui s'oppose notamment à ce que le pouvoir réglementaire traite différemment les agents d'un même corps ou cadre d'emploi, à moins que cette différence de traitement ne soit justifiée par une différence de situation ou par des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, elle soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit³².

La légalité des futurs accords pourra également être conditionnée au respect du principe de continuité du service public, notamment pour en ce qui concerne ceux d'entre eux qui définiront les conditions d'ouverture du service au public.

Enfin, les accords devront respecter le principe de mutabilité de l'action administrative dont il résulte qu'une personne publique peut apporter unilatéralement, dans l'intérêt général, des modifications à ses contrats³³.

2.1.2.2. Le respect des lois et des actes unilatéraux émanant d'une autorité supérieure

Au regard de leur caractère réglementaire, les futurs accords ne pourront déroger aux lois existantes, et en particulier aux lois statutaires. Compte tenu de la situation réglementaire des

³² V. par ex. CE, 6 novembre 2019, Fédération nationale de l'équipement et de l'environnement CGT et autres, n° 424391 : « L'égalité de traitement à laquelle ont droit les agents d'un même corps ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes, en particulier en instituant des régimes indemnitaires tenant compte de fonctions, de responsabilités ou de sujétions particulières ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ».

³³ CE, 27 octobre 2010, n° 318617, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes le Cannet Mandelieu la Napoule

agents publics, il n'y a pas lieu à cet égard de prévoir une distinction, comme en droit du travail³⁴, entre les règles d'ordre public et les autres.

Le principe de légalité des actes administratifs implique également que les futurs accords devront respecter les actes unilatéraux édictés par une autorité administrative hiérarchiquement supérieure à celle ayant conclu l'accord.

Cette autorité hiérarchique pourra également prévoir la possibilité de déroger à l'acte unilatéral qu'elle édicte par un accord collectif conclu à un niveau inférieur, sous réserve de ne pas méconnaître l'étendue de sa compétence, ce qui serait le cas si la possibilité de dérogation était trop large (cf. supra).

2.1.2.3. Le respect des accords conclus au niveau supérieur

Le principe de légalité trouve également à s'appliquer en ce qui concerne l'articulation entre les accords nationaux et les accords locaux. Il en résulte que les seconds ne pourront méconnaître les premiers. Il ne paraît donc pas envisageable, comme en droit du travail en ce qui concerne l'articulation entre les accords d'entreprise et les accords de branche³⁵, de prévoir des hypothèses dans lesquelles les accords locaux prévalent sur les accords nationaux.

L'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983 envisage déjà cette possibilité, le deuxième alinéa de son III prévoyant qu' « *une négociation dont l'objet est de mettre en œuvre à un niveau inférieur un accord conclu au niveau supérieur ne peut que préciser ce dernier ou en améliorer l'économie générale dans le respect de ses stipulations essentielles* ».

La mission s'est interrogée sur l'opportunité de faire évoluer ces conditions d'articulation entre les accords nationaux et les accords locaux.

Il lui a d'abord semblé que devait être confirmée la possibilité pour les accords locaux de « préciser » les conditions d'application des accords nationaux, sans y apporter de dérogation, ce qui revient, selon la circulaire du 22 juin 2011, à définir leurs conditions concrètes de mise en œuvre en tenant compte des spécificités de chaque service.

Plus délicate est la possibilité pour l'accord local de déroger à l'accord national. Trois hypothèses doivent ici être distinguées :

1° Si une telle dérogation par l'accord local est exclue par l'accord national, elle ne sera évidemment pas possible.

2° Si l'accord national prévoit lui-même qu'il puisse y être dérogé par accord local, une telle dérogation sera possible, sous réserve que les parties à l'accord national ³⁶ne méconnaissent l'étendue de leur propre compétence, en procédant à un renvoi excessivement large à l'accord local.

³⁴ V. Article L. 2251-1 du code du travail : « *Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* ».

³⁵ V. article L. 2253-3, issu de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 : « *Dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique* ».

³⁶ Lorsque celui-ci met en œuvre les dispositions d'une loi ou d'un décret

Reste à préciser la portée d'un tel renvoi à l'accord local. Il convient à cet égard d'arbitrer entre trois options :

- ◆ Soit admettre de façon générale le principe de telles dérogations ;
- ◆ Soit n'admettre de telles dérogations que si chacune des règles posées par l'accord local est plus favorable pour les agents que les clauses de l'accord national ;
- ◆ Soit n'admettre de telles dérogations que si les stipulations dérogatoires de l'accord local sont globalement plus favorables aux agents que celles de l'accord national.

La première option paraît devoir être écartée : si elle présenterait une certaine cohérence avec les évolutions législatives récemment intervenues en droit du travail³⁷, elle suscite non seulement une forte hostilité des organisations syndicales mais le ministre s'est lui-même politiquement engagé, au cours des débats parlementaires sur la loi de transformation de la fonction publique, à appliquer un « principe de faveur »³⁸.

La deuxième option semble, à l'inverse, excessivement restrictive. Il peut en effet arriver qu'il soit nécessaire de prévoir certains assouplissements au cadre juridique national afin de tenir compte du contexte local, tout en garantissant aux agents des contreparties satisfaisantes. On pense notamment à des adaptations à des règles relatives à l'organisation du travail destinées à prendre en considération une charge particulière pour le service, résultant notamment d'un évènement exceptionnel et compensées par une prise en compte de ces sujétions dans le régime indemnitaire ou dans le régime de repos.

La troisième option semble ainsi devoir être privilégiée, d'autant qu'elle est fidèle à l'esprit de l'actuel article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, dont il résulte que l'accord local doit « améliorer l'économie générale de l'accord » conclu au niveau supérieur « dans le respect de ses stipulations essentielles ».

3° Si l'accord national est silencieux sur la possibilité qu'il y soit dérogé, la mission estime qu'une possibilité de dérogation par l'accord local devrait être exclue.

En effet, une telle possibilité, même si elle est admise dans certaines hypothèses en droit du travail, serait difficilement conciliable avec le principe de légalité, qui implique que si les parties peuvent faire par accord collectif tout ce que le chef de service peut faire par acte unilatéral, elles ne peuvent excéder la compétence qui serait celle de ce chef de service.

En outre, il serait plus difficile d'admettre, dans une telle hypothèse, que certaines clauses de l'accord local puissent être moins favorables à celles de l'accord national, tant que son économie générale est améliorée.

Proposition n° 4 : *Prévoir qu'un accord local peut soit préciser les conditions d'application d'un accord national soit y déroger, à la double condition que ce dernier prévienne expressément une telle possibilité et que l'accord local améliore l'économie générale de l'accord national dans le respect de ses stipulations essentielles (« principe de faveur »).*

³⁷ Celui-ci admet désormais que l'accord d'entreprise puisse déroger à l'accord de branche, dans un sens plus ou moins favorable, sauf dans les matières qui relèvent exclusivement de l'accord de branche ainsi que dans les matières pour lesquelles il ne peut comporter que des dispositions plus favorables aux salariés.

³⁸ Assemblée nationale, séance du 17 mai 2019 : « Nous ne voulons surtout pas remettre en cause les principes de priorité. En tout état de cause, nous ne permettrons pas qu'un accord local soit moins disant qu'un accord national. Un accord local a pour unique vocation la précision ou l'amélioration d'un accord national.»

2.1.3. Une force respectueuse des instances représentatives

La mission s'est interrogée sur l'application aux futurs accords des règles de consultation des instances représentatives des agents définies par les lois statutaires applicables à chacune des fonctions publiques.

La plupart des thèmes des futurs accords porteront en effet sur des questions sur lesquelles ces comités doivent être consultés en application des lois statutaires. Le II de l'art 15 de la loi du 11 janvier 1984 portant statut de la fonction publique d'Etat, dans sa version issue de la loi du 6 août 2019, prévoit ainsi notamment la consultation des comités sociaux d'administration (CSA) sur les questions relatives au « *fonctionnement et à l'organisation des services* » (1°), aux « *enjeux et aux politiques d'égalité professionnelle et de lutte contre les discriminations* » (5°) ou encore à la « *protection de la santé physique et mentale, à l'hygiène, à la sécurité des agents dans leur travail, à l'organisation du travail, au télétravail, aux enjeux liés à la déconnexion et aux dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, à l'amélioration des conditions de travail et aux prescriptions légales y afférentes* » (7°). Le champ de la consultation est analogue pour la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière.

La consultation des comités sociaux sur les projets d'accord portant sur ces thèmes constitue donc une contrainte légale.

Outre ces considérations de droit, si certaines des personnes auditionnées ont certes estimé qu'il était inutile de consulter les comités sociaux sur les accords négociés avec les organisations syndicales ou qu'une simple information postérieure à la signature de l'accord était suffisante, la majorité d'entre elles ont exprimé la position, que partage la mission, selon laquelle cette formalité demeure utile dans une optique de vérification et d'officialisation du caractère majoritaire de l'accord.

Il peut arriver que les représentants syndicaux ayant négocié l'accord ne soient pas les mêmes que les représentants élus du personnel siégeant au comité. Le CSA peut également avoir un autre regard sur l'accord que les négociateurs.

La force juridique dont seront revêtus les futurs accords ne devrait ainsi aucunement affecter la compétence dévolue par le législateur aux instances représentatives des agents que sont les comités techniques et les futurs comités sociaux.

Il résulte des dispositions des lois statutaires relatives aux comités sociaux que la position émise par ces instances sur le projet d'accord ne pourra lier les parties. Dans la mesure où l'accord est conclu par les responsables syndicaux habilités à cette fin, qui ne sont pas nécessairement les représentants élus, le comité, s'il souhaite apporter des modifications au projet d'accord, ne pourra ainsi que formuler des propositions en ce sens. Si les négociateurs de l'accord font droit à cette demande, il n'y aura logiquement pas lieu de consulter de nouveau le comité. Il sera alors fait application de la jurisprudence administrative classique sur la possibilité de modifier un projet de texte postérieurement à la consultation d'un organisme dès lors que la modification ne porte pas sur une « question nouvelle »³⁹. De même, il est important de souligner qu'un avis défavorable du comité social ne ferait pas juridiquement obstacle à la conclusion de l'accord.

Le souci de parallélisme avec les actes unilatéraux émanant de l'autorité administrative signataire de l'accord implique en revanche que certains accords, qui ne portent pas sur des questions nécessitant la consultation des comités en application des lois statutaires (tels que la formation continue ou encore le régime indemnitaire des agents), ne seraient pas soumis à ces derniers. Une telle consultation demeurerait cependant bien évidemment possible à titre facultatif et sans doute souhaitable.

³⁹ CE, 17 mai 1972, Conseil national de l'ordre des médecins, n° 81590

Proposition n° 5 : *Rendre applicables aux futurs accords les règles de consultation des instances représentatives des agents définies par les lois statutaires applicables à chacune des fonctions publiques.*

2.2. Le champ d'application des accords

L'organisation de cette innovation majeure que constitueront les accords produisant des effets juridiques implique de définir avec précision leur champ d'application, à savoir les agents auxquels ils auront vocation à s'appliquer, les échelons administratifs auxquels ils pourront être conclus ainsi que les différents thèmes sur lesquels ils seront susceptibles de porter.

2.2.1. Des accords qui auront vocation à s'appliquer à la grande majorité des agents publics

2.2.1.1. L'inclusion des agents des trois fonctions publiques, y compris les non titulaires

Ainsi que le prévoit l'article d'habilitation, la réforme a vocation à s'appliquer aux agents des trois fonctions publiques. Il apparaît ainsi cohérent et opportun de faire correspondre son champ d'application à celui mentionné à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983⁴⁰, comme c'est déjà le cas s'agissant des accords aujourd'hui conclus en application de l'article 8 bis de cette même loi.

L'ordonnance à intervenir devra, en particulier, s'appliquer aux fonctionnaires en poste dans les administrations civiles de l'Etat, ce qui inclut en particulier ceux en fonction dans les établissements publics qui lui sont rattachés ainsi que dans les autorités administratives indépendantes, aux fonctionnaires des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi qu'à l'ensemble des fonctionnaires hospitaliers.

La référence par l'article d'habilitation à des accords conclus dans la « fonction publique » permet d'appliquer également la réforme aux agents contractuels en poste dans ces administrations civiles, ceux-ci étant des agents non titulaires de la fonction publique également régis par la loi du 13 juillet 1983 et qui participent également désormais à l'élection des représentants du personnel au sein des instances représentatives.

Enfin, l'ordonnance à intervenir aura vocation à s'appliquer, sur tout le territoire de la République, aux agents de la fonction publique d'Etat. Elle s'appliquera également aux agents des fonctions publiques territoriale et hospitalière en poste dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution, ainsi qu'à Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon. En ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis et Futuna, son champ d'application sera plus limité compte tenu des compétences dévolues aux collectivités concernées⁴¹.

⁴⁰ « La présente loi s'applique aux fonctionnaires civils des administrations de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics y compris les établissements mentionnés à l'article 2 du titre IV du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales, à l'exclusion des fonctionnaires des assemblées parlementaires et des magistrats de l'ordre judiciaire. Dans les services et les établissements publics à caractère industriel ou commercial, elle ne s'applique qu'aux agents qui ont la qualité de fonctionnaire ».

⁴¹ Seule une extension du texte à la fonction publique communale en Polynésie française serait envisageable.

2.2.1.2. La nécessité d'adaptations pour certains fonctionnaires ayant un statut spécifique

L'application de la réforme aux magistrats administratifs et financiers impliquera certaines adaptations, en raison des garanties statutaires qui leur sont reconnues. Il conviendra notamment de tenir compte de l'existence d'instances représentatives particulières (conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; conseil supérieur des chambres régionales des comptes), au niveau desquelles les accords collectifs auront vocation à être conclus. Au regard du délai fixé par l'article d'habilitation et de l'intérêt d'une concertation avec les organisations syndicales concernées, la mission suggère que l'extension de la réforme à ces agents soit reportée à une loi ultérieure.

L'opportunité d'adaptations devra par ailleurs être examinée en ce qui concerne les fonctionnaires des administrations parisiennes, en application de l'article 118 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, qui prévoit, pour ces agents, la possibilité d'édicter par décret en Conseil d'Etat des dérogations au statut général de la fonction publique territoriale.

Proposition n° 6 : *Inclure dans le champ d'application des futurs accords l'ensemble des agents régis par le statut général de la fonction publique, y compris les non titulaires, sous réserve des adaptations à prévoir pour les magistrats administratifs et financiers.*

2.2.1.3. La question de la mise en œuvre de la réforme aux agents publics auxquels le statut général de la fonction publique est inapplicable

2.2.1.3.1. Une réforme qui ne pourra s'appliquer aux militaires

La réforme ne pourra s'appliquer aux militaires, qui ne relèvent pas de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique. Les spécificités de l'état militaire qui, ainsi que l'exprime l'article 1^{er} de la loi n°2005-270 du 24 mars 2005⁴², aujourd'hui codifié à l'article L. 4111-1 du code de la défense, « exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité... », impliquent en effet certains devoirs et sujétions qui rendent difficile la négociation touchant aux conditions d'emploi et de travail.

En outre, en l'absence d'organisations syndicales représentatives (mais simplement d'associations professionnelles nationales⁴³), il ne peut, en tout état de cause, être envisagé, en ce qui les concerne, la conclusion d'« accords majoritaires ».

A la suite du rapport de Bernard Pêcheur sur le droit d'association dans les armées⁴⁴, la loi a certes reconnu le rôle des associations nationales professionnelles de militaires (ANPM) dans la défense des intérêts de ces derniers en ce qui concerne la condition militaire. L'article L. 4126-9 du code de la défense va jusqu'à préciser que les ANPM reconnues comme représentatives « ont qualité pour participer au dialogue social, organisé au niveau national, par les ministres de la défense et de l'intérieur... sur les questions intéressant la condition militaire ». Toutefois, ces associations professionnelles ne sont nullement assimilables à des organisations syndicales représentatives et elles n'ont pas vocation à conclure de tels accords collectifs.

⁴² Faisant suite au rapport du Pdt Denoix de saint Marc, Rapport de la Commission de révision du statut général des militaires, 1^{er} octobre 2003

⁴³ Depuis la loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015

⁴⁴ Remis le 18.12.2004.

2.2.1.3.2. Les difficultés d'application de la réforme aux magistrats de l'ordre judiciaire

Les magistrats de l'ordre judiciaire ne sont pas au nombre des agents auxquels s'applique la loi du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique, leur statut étant régi par l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique du 22 décembre 1958 prise en application de l'article 64 de la Constitution.

La mission observe toutefois que l'article 10-1 de cette ordonnance, issu de l'article 27 de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016, a consacré le droit syndical des magistrats⁴⁵, tout en prévoyant que ceux-ci sont soumis, pour l'exercice de ce droit, aux dispositions législatives et réglementaires de droit commun applicables aux fonctionnaires, sous réserve des adaptations que cet article prévoit, s'agissant notamment des conditions de représentativité des organisations syndicales. Il en ressort que des accords collectifs sont susceptibles d'être conclus entre l'autorité administrative et leurs organisations syndicales représentatives.

La mission relève en outre que la loi de transformation de la fonction publique a inséré dans la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat un article 15 ter prévoyant que les magistrats de l'ordre judiciaire participent à l'élection des représentants du personnel siégeant aux comités sociaux d'administration du ministère de la justice, au même titre que les agents publics de ce ministère, et que les représentants des organisations syndicales qui les représentent sont éligibles à ces instances.

Il semble devoir en résulter qu'un accord négocié au niveau d'un comité social d'administration et qui porterait sur une question d'intérêt commun aux magistrats et aux agents publics du ministère (par exemple un accord sur la qualité de vie au travail, et plus généralement les questions relevant des anciens comités d'hygiène et de sécurité des conditions de travail) devrait pouvoir également produire des effets juridiques en ce qui concerne les magistrats.

En revanche, ces comités sociaux d'administration ne seront pas compétents pour les questions propres aux magistrats judiciaires (carrière, avancement, régime indemnitaire). La conclusion d'accords produisant des effets juridiques sur ces questions, qui semblent relever du domaine de la loi organique, impliquera ainsi une réflexion spécifique, en lien avec les organisations syndicales représentatives des magistrats.

Le périmètre des accords devra en outre être adapté aux spécificités du service public de la justice. Devront en particulier être exclues de leur champ d'application toutes questions ayant pour objet le statut des magistrats et leur indépendance.

Proposition n° 7 : *Prévoir qu'un accord négocié au niveau d'un comité social d'administration et qui porterait sur une question d'intérêt commun aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux agents publics du ministère puisse également produire des effets juridiques en ce qui concerne les magistrats ; renvoyer à une réflexion ultérieure les conditions particulières dans lesquels les futurs accords pourront s'appliquer aux magistrats de l'ordre judiciaire, en ce qui concerne les questions qui leur sont spécifiques.*

2.2.1.3.3. Une réforme qui ne peut être appliquée en l'état aux fonctionnaires parlementaires

Le statut général de la fonction publique étant inapplicable aux fonctionnaires parlementaires, la mise en œuvre d'accords collectifs produisant des effets juridiques devrait incomber aux bureaux

⁴⁵ Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature.

des assemblées, compétents pour déterminer le statut de ces agents en application de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958.

2.2.1.4. Une possible extension à terme aux fonctionnaires en poste dans le secteur privé

L'éventuelle application de la réforme aux fonctionnaires en poste dans les entreprises privées (La Poste et France Telecom), qui ne sont pas régis par la loi du 13 juillet 1983, impliquerait de modifier les dispositions législatives spécifiques (loi du 2 juillet 1990) qui leur sont applicables.

L'opportunité d'une telle réforme devra être examinée ultérieurement au cas par cas, en prenant en compte le statut des différents organismes ainsi que le statut des agents concernés (détachement, mise à disposition, mise en disponibilité). Les thèmes de négociation liés à leur corps d'origine devraient en outre être distingués de ceux relatifs à leur activité au sein de l'organisme de droit privé.

2.2.2. Le niveau de conclusion de l'accord

Il importe ensuite de préciser à quels échelons administratifs pourront être conclus, au sein d'une même fonction publique, les futurs accords. Pourront-ils l'être au niveau de chaque service d'une même administration ou seulement de certains d'entre eux ? Pourront-ils être communs à plusieurs services de cette administration ?

2.2.2.1. Des accords qui devront en principe être conclus à un échelon disposant d'un comité social par l'autorité qui aurait été compétente pour prendre l'acte unilatéral ayant le même objet

La mission estime, de façon générale, que l'autorité administrative compétente pour signer l'accord devra être celle qui aurait été compétente pour prendre l'acte unilatéral ayant le même objet (cf. infra). Cette autorité sera donc également le plus souvent celle compétente pour présider le comité social d'administration au niveau duquel la représentativité des organisations syndicales doit être appréciée.

Il semble en effet résulter de la référence par l'article d'habilitation à des accords majoritaires que les accords devront en principe être conclus à un échelon où la représentativité du syndicat peut être appréciée, soit un échelon qui dispose d'un comité social (ou au niveau interministériel).

Ainsi, dans la fonction publique d'Etat, les accords devront en principe être conclus au niveau de l'ensemble de cette fonction publique, d'un ministère ou d'une direction d'administration centrale, pour les accords nationaux, d'un service déconcentré dont le ressort géographique correspond à celui d'un comité social, pour les accords locaux (direction départementale interministérielle, secrétariat général commun, ce qui souligne le rôle essentiel des préfets dans la mise en œuvre de la réforme), ou encore au niveau d'un établissement public.

Dans la fonction publique territoriale, les accords seront en principe conclus au niveau de la collectivité concernée. Ils pourront également l'être au niveau des centres de gestion, en ce qui concerne les communes de moins de 350 agents pour lesquelles l'adhésion est obligatoire en application de l'article 15 de la loi du 26 janvier 1984 portant statut de la fonction publique territoriale, dès lors que l'objet de l'accord porte sur une question relevant d'une mission attribuée au centre de gestion par le législateur.

Dans la fonction publique hospitalière, les accords pourront être conclus soit au niveau national, selon les cas par le Premier ministre, le ministre chargé de la santé ou le directeur général de l'offre de soins, soit au niveau de chaque établissement.

Proposition n° 8 : *Prévoir que l'autorité administrative compétente pour signer l'accord devra être celle qui aurait été compétente pour prendre l'acte unilatéral ayant le même objet et que les accords devront en principe être portés devant le comité social que préside cette même autorité.*

2.2.2.2. Des adaptations à prévoir dans certaines hypothèses

Une première question porte sur l'application du principe précédemment exposé lorsque le périmètre de négociation dépasse le champ couvert par une seule instance de concertation, en l'absence d'instance de concertation correspondant à ce périmètre. Ce type de situation peut notamment se rencontrer dans des cas de fusions de service, dans la période précédant le renouvellement des instances sur le nouveau périmètre. Ainsi que le prévoit déjà la circulaire du 22 juin 2011 en ce qui concerne l'application de l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, il semble alors nécessaire de prendre comme référence les différentes instances de concertation couvrant les agents ou services visés. Il en résulterait que pour s'appliquer à l'ensemble du périmètre qu'il prévoit, l'accord devrait être majoritaire au niveau de chacun des comités sociaux concernés.

Il convient en outre d'envisager l'hypothèse d'un accord qui n'intéresserait qu'un échelon inférieur à celui disposant d'un comité social (par exemple une sous-préfecture ou une unité départementale), dans l'hypothèse où le responsable administratif de cet échelon serait compétent pour prendre un acte unilatéral ayant le même objet.

Trois options sont ici envisageables :

- ◆ Soit interdire toute conclusion d'accords collectifs à ce niveau ;
- ◆ Soit permettre la conclusion de tels accords à tout niveau inférieur (y compris les plus petits échelons), la condition de représentativité devant s'apprécier au niveau du comité social à l'échelon supérieur ;
- ◆ Soit ne permettre la conclusion de tels accords qu'au niveau de certains services, plus structurés et dotés d'une certaine autonomie (par exemple les sous-préfectures), qui pourraient être définis par décret en Conseil d'Etat.

La deuxième solution présente le double intérêt de correspondre au dispositif déjà prévu par la circulaire du 22 juin 2011 et de favoriser la conclusion d'accords de proximité. Elle implique que l'opportunité de négocier soit pilotée par l'échelon supérieur, en l'occurrence le représentant de l'Etat dans le département ou la région, que les sous-préfets sont chargés d'assister⁴⁶.

Proposition n° 9 : *Permettre la conclusion des futurs accords à un niveau inférieur à l'échelon disposant d'un comité social, la condition de représentativité des organisations syndicales devant s'apprécier au niveau du comité social mis en place à l'échelon supérieur.*

2.2.2.3. Les évolutions envisageables à plus long-terme

A la suite de réflexions en ce sens de nombre des personnes auditionnées, la mission s'est interrogée sur une question, qui dépasse le cadre de l'ordonnance à intervenir, portant sur l'adaptation des niveaux administratifs où s'exerce actuellement le dialogue social dans les

⁴⁶ cf Article 1^{er} du décret n°64-260 du 14 mars 1964 portant statut des sous-préfets

fonctions publiques territoriale et hospitalière. Elle souhaite ainsi mettre en lumière plusieurs évolutions qui lui ont paru opportunes à moyen-terme et qui posent la question des modalités de représentation de la fonction d'employeur.

2.2.2.3.1. Pistes de réflexion en ce qui concerne la fonction publique territoriale

Dans la fonction publique territoriale, une première piste de réflexion porte sur les difficultés à conclure des accords collectifs dans les petites communes, faute de fonction RH suffisamment structurée mais aussi parfois d'organisations représentatives.

Il pourrait ainsi être envisageable que, dans les matières où cette compétence n'a pas déjà été attribuée au centre de gestion par le législateur, la commune, qui reste compétente, donne mandat à ce dernier pour négocier et conclure un tel accord doté d'effets juridiques.

Il paraît en revanche difficile, dans cette hypothèse, de contraindre juridiquement le maire à appliquer l'accord, un tel dispositif revenant à le dessaisir d'une compétence qui lui a été attribuée par la loi et pouvant en outre porter atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales. La mission estime ainsi que les centres de gestion devraient rester des facilitateurs du dialogue social, sans se substituer à l'employeur territorial.

Au niveau national, une autre piste serait reconnaître à la coordination des employeurs territoriaux, une capacité juridique pour conclure des accords.

Une option complémentaire consisterait à instituer un Centre national de coordination des centres de gestion, personne morale de droit public ayant comme mission principale d'être l'interlocuteur privilégié des pouvoirs publics pour les centres de gestion.

2.2.2.3.2. Pistes de réflexion en ce qui concerne la fonction publique hospitalière

Dans la fonction publique hospitalière, la principale problématique actuelle porte sur le rôle que pourraient être amenés à jouer à l'avenir les groupements hospitaliers de territoire dans le dialogue social⁴⁷.

Institués par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé, ces organismes, actuellement au nombre de 136 et qui regroupent 898 établissements, ont pour mission de mutualiser les moyens de plusieurs établissements publics de santé sur un même territoire. L'élaboration d'un projet médical partagé, l'uniformisation des outils de travail et la mutualisation possible des fonctions support entre les établissements posent la question de leurs modalités d'intervention dans la négociation et la signature d'accords.

La mission souligne à cet égard le caractère insatisfaisant de l'organisation administrative actuelle, en lien avec les évolutions législatives intervenues en 2019. En effet, la loi santé n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé a confié à ces groupements un rôle de pilotage en matière de ressources humaines, la loi de transformation de la fonction publique n'a pas prévu l'institution de comités sociaux à ce niveau et ces groupements ne sont toujours pas dotés de personnalité juridique, ce qui fait obstacle, en l'état, à la conclusion d'accords à ce niveau.

Dans ce contexte, alors même que la question de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences est un champ privilégié de dialogue social, il apparaît opportun à la mission que le législateur parachève l'évolution engagée par la loi du 24 juillet 2019 en reconnaissant la

⁴⁷ Les Agences régionales de santé ne disposent pas aujourd'hui de compétence pour piloter la politique de ressources humaines au niveau régional et en l'état de l'organisation administrative, il ne s'agit pas d'un niveau pertinent de dialogue social.

personnalité morale des groupements hospitaliers de territoire et en permettant aux partenaires sociaux de conclure des accords collectifs dotés d'effets juridiques à cet échelon.

Proposition n° 10 : *Reconnaître à terme la personnalité morale des groupements hospitaliers de territoire et permettre aux partenaires sociaux de conclure des accords collectifs dotés d'effets juridiques à cet échelon*

2.2.2.3.3. Pistes de réflexion en ce qui concerne les établissements publics

L'enseignement supérieur, la recherche, l'action sanitaire et sociale sont des champs de l'action publique dont l'organisation administrative se caractérise par l'existence de nombreux établissements publics dotés de l'autonomie juridique et financière.

La négociation collective pourra être conduite de manière autonome au sein de chacun de ces établissements employeurs et gestionnaires de leurs personnels. Pour autant, ces organismes emploient des fonctionnaires qui relèvent d'un statut commun. De même, certaines règles de recrutement et de gestion des personnels non titulaires devraient leur être communes.

Ainsi, les 75 universités répondant aux mêmes missions, aux mêmes règles d'organisation générale et gérant chacune des personnels sous statut commun, ainsi que les communautés d'universités et d'établissements (COMUE) créées par la loi du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et la recherche, pourraient trouver intérêt à négocier de manière concertée des accords qui s'appliqueraient dans tous les établissements. Ce niveau consolidé de négociation nécessiterait de mettre en place une représentation des employeurs qui, à l'équivalence de la coordination nationale pour la fonction publique territoriale, serait juridiquement apte à signer des accords.

Ce principe pourrait se décliner dans les autres champs de l'action publique qui connaissent les mêmes règles d'organisation.

2.2.3. Les thèmes de l'accord

La mission s'est longuement interrogée, comme l'y invitait la lettre de mission, sur les thèmes sur lesquels pourront porter les futurs accords. Elle a examiné, à cet égard, les deux principales options ouvertes au Gouvernement dans le cadre de la préparation de l'ordonnance :

- ◆ Poser le principe que des accords collectifs produisant des effets juridiques peuvent être conclus dans toute matière, sous réserve de certaines exceptions (« liste négative ») ;
- ◆ Définir une liste de thèmes sur lesquels la conclusion d'accords produisant des effets juridiques serait possible (« liste positive »), soit en s'en tenant à la liste figurant actuellement à l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, soit en élargissant cette liste, soit au contraire, en en restreignant le champ.

Dans les deux hypothèses, la mission s'est efforcée d'identifier les matières qui pourraient être respectivement exclues du champ d'application des accords produisant des effets juridiques ou incluses dans ce champ.

2.2.3.1. Première option : définir uniquement les matières à exclure du champ des accords produisant des effets juridiques

Si la première option était privilégiée, des accords dotés d'effets juridiques ne pourraient tout d'abord intervenir ni dans le domaine de la loi, ce qui serait contraire à l'article 34 de la Constitution, ni sur des questions qui relèvent d'un décret en Conseil d'Etat, la consultation de ce

dernier sur de tels projets de texte apparaissant juridiquement indispensable⁴⁸, ni sur des questions qui relèvent d'un décret en Conseil des ministres.

Cette restriction fait en particulier obstacle à ce que des accords fixent, même sur renvoi du législateur (cf. supra) les règles statutaires applicables aux agents publics, celles-ci relevant d'un décret en Conseil d'Etat : règles de recrutement, droit à rémunération après service fait, mais également liberté syndicale, droit de grève, égal accès aux emplois publics, égalité de traitement dans la carrière pour les fonctionnaires d'un même corps.

La mission estime en outre que les futurs accords ne pourraient être conclus sur les questions qui relèvent de la déontologie, au sens de la loi du 21 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, leurs enjeux, qui dépassent le cadre de la négociation collective, étant susceptibles de mettre en cause les grands principes du service public (laïcité, continuité, neutralité...).

La mission s'est, par ailleurs, interrogée sur la possibilité pour des accords dotés d'effets juridiques de définir les finalités du service public, qui paraissent relever du pouvoir politique, au plan national comme au plan local. Une distinction paraît devoir être établie entre l'organisation générale du service public, qui se prête difficilement à la conclusion d'accords (d'autant que les usagers n'y sont pas parties) et les modalités de mise en œuvre concrète.

Ainsi, par exemple, un accord n'aurait pas vocation à poser par lui-même le principe de l'ouverture d'une médiathèque le dimanche. En revanche, l'organisation du travail, les plages horaires et les modalités de compensation pour les agents devraient pouvoir être définies par un accord collectif.

La mission souligne cependant que, sur ces différents thèmes ne se prêtant pas à des accords produisant des effets juridiques, une concertation avec les organisations syndicales demeure tout à fait possible et souvent même souhaitable ; certaines mesures d'application peuvent également faire l'objet d'accords.

2.2.3.2. Seconde option : définir limitativement des matières à inclure dans le champ des accords produisant des effets juridiques

Si la seconde option était privilégiée, il serait opportun de définir les thèmes sur lesquels pourraient porter les accords en référence à celle figurant à l'actuel article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, tout en y apportant certaines précisions et compléments.

2.2.3.2.1. La reprise des thèmes figurant à l'article 8 bis

La possibilité de conclure des accords produisant des effets juridiques sur les thèmes figurant au II de l'article 8 bis ne soulève pas d'objection de principe. Les futurs accords devraient ainsi porter sur les questions suivantes :

- ◆ les conditions et l'organisation du travail, ainsi que le télétravail ;
- ◆ le déroulement des carrières et la promotion professionnelle ;
- ◆ la formation professionnelle et continue ;
- ◆ l'action sociale et la protection sociale complémentaire ;
- ◆ l'hygiène, à la sécurité et la santé au travail ;
- ◆ l'insertion professionnelle des personnes handicapées ;
- ◆ l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

⁴⁸ On imagine d'ailleurs difficilement que le renvoi par le législateur à un accord, en lieu et place d'un décret en CE, puisse être regardé comme de portée limitée au regard de la jurisprudence constitutionnelle précitée.

La seule réserve, d'ordre général, qui devrait être introduite porte, pour les raisons précédemment exposées, sur les questions relevant du domaine relevant de la loi, du décret en Conseil d'Etat ou du décret en Conseil des ministres.

La mission s'est interrogée sur la possibilité que les accords conclus en matière de rémunérations et du pouvoir d'achat des agents publics au plan national, en application du I de l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, puissent produire des effets juridiques. Il lui a semblé que cette possibilité pouvait être envisagée, sous réserve qu'il ne soit pas empiété sur le domaine de la loi ou du décret en Conseil d'Etat.

2.2.3.2.2. Les précisions susceptibles d'être apportées aux thèmes de négociation mentionnés à l'article 8 bis

Il pourrait sembler opportun, afin d'explicitier le champ d'application des futurs accords, de préciser la référence générale dans l'article 8 bis aux conditions et à l'organisation du travail. Cette notion a ainsi, notamment, vocation à couvrir, outre le télétravail qui est déjà expressément mentionné, un grand nombre de questions matérielles importantes pour le quotidien des agents, telles la restauration et l'organisation des transports mais également des sujets portant la qualité de vie au travail, dont l'acuité s'est accrue ces dernières années. Une référence pourrait ainsi être faite aux impacts de la numérisation, dont la prise en compte a, par exemple, conduit certaines administrations à reconnaître un « droit à la déconnection ».

Par ailleurs, le thème relatif à la santé au travail pourrait être précisé par une référence à la prévention des risques psychosociaux.

Enfin, la référence à l'article 8 bis à « l'action sociale » pourrait être précisée par l'ajout de la référence à l'action culturelle, sportive et de loisirs.

2.2.3.2.3. Les thèmes complémentaires susceptibles d'être ajoutés à la liste actuelle

Au terme de la réflexion engagée, la mission a identifié plusieurs thèmes, actuellement non mentionnés à l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, susceptibles de donner lieu à des accords juridiquement contraignants. Ces thèmes sont les suivants :

1° Les modalités de mise en œuvre des régimes indemnitaires des agents publics.

A la différence des rémunérations des agents publics, les régimes indemnitaires ne présentent pas un caractère statutaire⁴⁹. Les modalités de distribution d'un complément indemnitaire, qui constituent un élément essentiel de management qui doit être reconnu au chef de service, doivent en effet pouvoir être négociées en tenant compte des modalités d'organisation du service, de ses contraintes, des évolutions d'organisation. Des accords ont en particulier été conclus, sous l'empire de l'actuel article 8 bis, sur le régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP), institué par le décret n° 2014-513 du 20 mai 2014. De futurs accords pourraient également, par exemple, préciser les

⁴⁹ CE 21 septembre 2015 Uguen n°382119 :

Le décret du 17 avril 2008 institue une indemnité de départ volontaire. Il résulte des dispositions de ce décret que l'attribution de cette indemnité de départ volontaire n'a pas le caractère d'un avantage statutaire. Le décret se borne à déterminer le plafond de cette indemnité et les possibilités d'en moduler le montant en fonction de l'ancienneté de l'agent, sans fixer ce montant. Il revient ainsi à chaque ministre, dans l'exercice de ses prérogatives d'organisation des services placés sous son autorité, d'établir, dans le respect des règles générales fixées par le décret, la réglementation applicable au versement de cette indemnité au sein de son administration.

conditions de répartition de la nouvelle bonification indiciaire, afin d'expliciter les critères légaux⁵⁰.

La mise en œuvre de l'article 29 de la loi de transformation de la fonction publique⁵¹, dont il résulte que les régimes indemnitaires des agents de la fonction publique territoriale, définis par les organes délibérants de ces collectivités et de leurs établissements publics, « *peuvent tenir compte des conditions d'exercice des fonctions, de l'engagement professionnel et, le cas échéant, des résultats collectifs du service* », pourrait également ouvrir de nouveaux champs de négociation susceptibles de donner lieu à des accords produisant des effets juridiques.

2° Les moyens dévolus aux organisations syndicales (moyens matériels des organisations syndicales, formation des représentants syndicaux, modalités d'organisation des décharges).

Il est à noter que de tels accords, sauf à méconnaître le principe d'égalité et de non-discrimination entre les organisations syndicales, devraient s'appliquer indistinctement à l'ensemble d'entre elles, qu'elles soient ou non signataires de l'accord.

3° L'accompagnement social des mesures de réorganisation des services.

Les mutations affectant les administrations de l'Etat et des collectivités territoriales (intercommunalité et fusion de collectivités notamment) ainsi que celles concernant la fonction publique hospitalière (évolution de la carte de l'offre de soins, développement des groupements hospitaliers de territoire) sont en effet susceptibles de donner lieu à des négociations, portant, entre autres, sur le recours par priorité au volontariat ou encore des garanties concernant l'éloignement.

4° Au-delà de l'insertion des personnes handicapées et de la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes, rubriques déjà présentes à l'article 8 bis, le thème général de la promotion de l'égalité des chances et de la diversité, et de la prévention des discriminations dans l'accès aux emplois et la gestion des carrières de la fonction publique.

5° L'objet et le cadre juridique de négociations à venir.

Les accords de méthode ou accords cadre, qui sont déjà parfois négociés, en particulier au sein des collectivités territoriales et que la mission recommande de promouvoir (cf. infra), pourraient ainsi, s'ils sont majoritaires, se voir reconnaître une opposabilité juridique, ce qui permettrait aux parties à l'accord de s'en prévaloir, par exemple pour exiger l'organisation de négociations périodiques sur un thème déterminé ou encore la mise en place d'un comité de suivi.

6° Les conditions de rémunérations et de gestion des agents contractuels.

2.2.3.3. Avantages et inconvénients de chacun des deux scénarios et proposition de la mission

La mission relève que chacune des deux options principales entre lesquelles il appartiendra au Gouvernement d'arbitrer présente des avantages et des inconvénients.

⁵⁰ La NBI ne constitue pas un avantage statutaire et n'est liée ni au cadre d'emplois ni au grade (CE 6 novembre 2002, n°223041).

⁵¹ qui a modifié en ce sens l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984

La première option (« liste négative ») permettrait ainsi un certain rapprochement avec le code du travail, dont l'article L. 2221-2 énonce⁵² que la convention collective a vocation à traiter l'ensemble des matières mentionnées à l'article L. 2221-1, à savoir « l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales ».

En outre, elle pourrait contribuer à élargir le champ de la négociation en évitant notamment de contraindre le législateur à actualiser la liste pour inclure de nouveaux thèmes.

En revanche, ce choix rédactionnel présente l'inconvénient de mettre davantage en lumière les thèmes exclus de la réforme sans faire apparaître de façon explicite les thèmes possibles de négociation.

La seconde option (liste « positive ») peut soulever des interrogations ponctuelles en ce qui concerne la délimitation du périmètre des matières concernées et pourrait susciter des déceptions des partenaires sociaux si la liste des thèmes s'avérait excessivement restrictive. Elle garantit cependant une meilleure compréhension des thèmes de la négociation et permet d'éviter d'exposer trop ouvertement ses limites.

La mission exprime une préférence pour cette seconde option.

Proposition n° 11 : *Définir une liste de thèmes sur lesquels la conclusion des futurs accords sera possible, sous réserve des questions relevant du domaine relevant de la loi ou du décret en Conseil d'Etat.*

Proposition n° 12 : *Prévoir que les accords pourront être conclus sur les thèmes énumérés à l'actuel article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983 ; expliciter le thème relatif aux conditions et à l'organisation du travail figurant sur la liste actuelle, en ajoutant des références à la restauration, à l'organisation des transports, aux impacts de la numérisation et à la prévention des risques psychosociaux ; compléter le thème relatif à « l'action sociale » figurant dans la liste actuelle par une référence à l'action culturelle, sportive et de loisirs.*

Proposition n° 13 : *Prévoir que les accords pourront également porter sur les thèmes suivants, qui ne figurent pas dans l'actuel article 8 bis :*

- ◆ *les modalités de mise en œuvre des régimes indemnitaires des agents publics ;*
- ◆ *les moyens dévolus aux organisations syndicales ;*
- ◆ *l'accompagnement social des mesures de réorganisation des services ;*
- ◆ *la promotion de l'égalité des chances et de la diversité et de la prévention des discriminations dans l'accès aux emplois et la gestion des carrières de la fonction publique ;*
- ◆ *l'objet et le cadre juridique de négociations à venir ;*
- ◆ *les conditions de rémunérations et de gestion des contractuels.*

2.2.4. La question de la possibilité pour l'accord de fixer des lignes directrices de gestion

La mission s'est enfin interrogée sur l'articulation entre les futurs accords et les lignes directrices de gestion adoptées en application de la loi de transformation de la fonction publique.

Ces lignes directrices fixent « d'une part, dans chaque administration, les orientations générales en matière de mobilité et, d'autre part, dans chaque administration et établissement public, les

⁵² A titre supplétif, à défaut d'accord sur les thèmes inclus dans la négociation collective à chaque niveau, il est prévu une négociation obligatoire sur certains thèmes.

orientations générales en matière de promotion et de valorisation des parcours, sans préjudice du pouvoir d'appréciation de cette autorité en fonction des situations individuelles, des circonstances ou d'un motif d'intérêt général »⁵³.

La loi du 6 août 2019 a prévu que cette faculté d'édicter de telles lignes directrices incombait à l'autorité administrative, sans que le texte ni les travaux préparatoires n'envisagent une possibilité d'adopter de tels actes par accords collectifs. Cette hypothèse n'est pas non plus envisagée par le décret n° 2019-1265 du 29 novembre 2019 relatif aux lignes directrices de gestion et à l'évolution des attributions des commissions administratives paritaires.

La loi prévoit seulement que les comités sociaux d'administration connaissent des questions qui y sont relatives et que leur mise en œuvre fasse, devant ces comités, « *l'objet d'un bilan, sur la base des décisions individuelles* »⁵⁴.

Le dispositif nouveau relatif aux lignes directrices de gestion est ainsi défini par le législateur d'une manière telle qu'il apparaît incompatible avec la conclusion d'accords collectifs dans les domaines qu'elles doivent traiter. Plus fondamentalement, et au-delà même de la lettre du texte, la possibilité pour un accord de définir de telles lignes directrices interroge. Rappelons en effet que ces actes administratifs sont traditionnellement définis⁵⁵ comme le fait pour une autorité de se fixer à elle-même ou de prescrire à ses subordonnés les règles de conduite qu'elle entend s'imposer. Si elles peuvent ainsi être invoquées, elles « *ne modifient le droit que de façon indirecte, par le biais de leurs actes d'application* »⁵⁶. Conclure ces lignes directrices par accord collectif reviendrait à adapter cette définition puisque l'administration n'orienterait plus son action par un acte unilatéral.

⁵³ Article 18 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant statut de la fonction publique d'Etat

L'article 33-5 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant statut de la fonction publique territoriale prévoit des dispositions analogues : « *Dans chaque collectivité et établissement public, des lignes directrices de gestion sont arrêtées par l'autorité territoriale, après avis du comité social territorial. Les lignes directrices de gestion déterminent la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines dans chaque collectivité et établissement public, notamment en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Les lignes directrices de gestion fixent, sans préjudice du pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente en fonction des situations individuelles, des circonstances ou d'un motif d'intérêt général, les orientations générales en matière de promotion et de valorisation des parcours. L'autorité territoriale communique ces lignes directrices de gestion aux agents.* »

Idem pour l'article 26 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant statut de la fonction publique hospitalière : « *Dans chaque établissement mentionné à l'article 2, des lignes directrices de gestion sont arrêtées par l'autorité investie du pouvoir de nomination, après avis du comité social d'établissement. Pour les corps et emplois des personnels de direction et des directeurs des soins, elles sont arrêtées par le directeur général du Centre national de gestion après avis du comité consultatif national. Les lignes directrices de gestion déterminent la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines dans chaque établissement, notamment en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Les lignes directrices de gestion fixent les orientations générales en matière de promotion et de valorisation des parcours, sans préjudice du pouvoir d'appréciation de l'autorité investie du pouvoir de nomination en fonction des situations individuelles, des circonstances ou d'un motif d'intérêt général. L'autorité communique ces lignes directrices de gestion aux agents.* »

⁵⁴ II du 15 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 s'agissant de la fonction publique d'Etat

⁵⁵ Rappelons que les lignes directrices, dont l'existence a été consacrée dans la jurisprudence administrative en 1970 (CE, 11 décembre 1970, Crédit foncier de France, n° 78880), d'abord sous la qualification de « directives », ont un caractère hybride : à la fois non décisives puisque les orientations qu'elles contiennent ne lient pas ceux à qui elles s'adressent, mais cependant non dépourvues d'effet juridique dans la mesure où, si ceux-ci peuvent y déroger, ce n'est qu'à la condition qu'ils soient en mesure de justifier leur choix au regard de l'un ou de l'autre des motifs invoqués précédemment » (Conclusions de B. Bourgeois-Machureau sur CE 4 février 2015 ministre de l'intérieur, n°383267). Cette dérogation peut tenir à l'existence de motifs d'intérêt général ou de circonstances propres à chaque situation particulière le justifiant⁵⁵. Un administré peut ainsi s'en prévaloir contre une décision individuelle (CE, 12 décembre 1997, ONIFLHOR, n° 147007).

⁵⁶ P-L. Frier, Ibid. p.360-361

Il est vrai que la consécration de ces lignes directrices, dont la loi du 6 août 2019 a ainsi exclu qu'elles puissent donner lieu à la conclusion d'accords juridiquement opposables, peut sembler contradictoire avec le champ de l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, qui inclut, parmi les domaines de négociation, la gestion des carrières. Cette contradiction est renforcée par la circonstance que le décret du 29 novembre 2019, pris pour l'application de la loi de transformation de la fonction publique⁵⁷, inclut parmi les thèmes à insérer dans les lignes directrices de gestion certains thèmes expressément mentionnés à l'article 8 bis, comme l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Compte-tenu des difficultés pratiques et juridiques que soulèvera cette situation pour les partenaires sociaux, une clarification, à la lumière des choix d'opportunité que voudra faire le gouvernement, pourrait s'avérer utile à terme. En l'état actuel du droit, la mission ne peut cependant que recommander aux collectivités publiques que ces lignes directrices fassent l'objet avant le passage en comité social d'administration d'une discussion et consultation approfondie avec les organisations syndicales.

Les accords dotés d'effets juridiques pourraient ainsi se voir reconnaître une autorité juridique analogue à celle des actes administratifs unilatéraux et un champ d'application étendu. Eu égard à la portée qu'était ainsi susceptible de revêtir la forme, l'ordonnance devra s'attacher à définir aussi précisément que possible ses conditions de mise en œuvre.

2.3. Le caractère majoritaire de l'accord

L'article d'habilitation requiert que, pour produire des effets juridiques, les accords conclus présentent un caractère « majoritaire », ce qui renvoie à une exigence aujourd'hui posée tant dans le code du travail en ce qui concerne les accords d'entreprise qu'à l'actuel article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983. L'opportunité de certains assouplissements de cette condition pourrait cependant être envisagée à plus long-terme si elle s'avérait trop contraignante pour la conclusion d'accords.

2.3.1. L'appréciation du caractère majoritaire de l'accord

La mission s'est d'abord interrogée sur le niveau auquel ce caractère majoritaire devrait être apprécié : la représentativité des organisations syndicales au niveau national devrait-elle être toujours prise en compte, y compris pour les accords locaux ?

Une réponse négative paraît ici s'imposer, à la fois en droit et en opportunité, dès lors qu'elle impliquerait que puissent entrer en vigueur des accords locaux conclus par des organisations syndicales qui ne représentent pas la majorité des voix au niveau du comité social concerné.

La mission propose ainsi de reprendre la règle, figurant actuellement à l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983, selon laquelle un accord est valide « *s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations habilitées à négocier lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié* ».

Une question a été soulevée par plusieurs organisations syndicales concernant l'hypothèse où des membres auraient été élus au comité social sur une liste commune à plusieurs organisations

⁵⁷ Décret n° 2019-1265 du 29 novembre 2019 relatif aux lignes directrices de gestion et à l'évolution des attributions des commissions administratives paritaires – articles 8, 19 et 27

syndicales : comment apprécier dans ces conditions la représentativité de chacune ? Une solution pourrait consister à prévoir que les syndicats coalisés présentent une déclaration mentionnant le partage retenu au sein de la liste commune.

Au-delà de la mission, la mission s'est interrogée sur la composition des instances représentatives qui sert de référence à la mesure de la représentativité des organisations syndicales.

A la différence notable des dispositions du code du travail, les accords de Bercy et la loi de 2010 n'ont pas mis en place un seuil de représentativité. Le nombre de sièges attribué aux instances détermine mécaniquement ce seuil. De fait celui-ci, selon les instances, peut s'avérer nettement inférieur aux seuils de représentativité syndicale en entreprise de 10% et de 8 % pour les accords de branche.

Ainsi certaines organisations syndicales rencontrées par la mission ont souligné la singularité de la composition du conseil commun de la fonction publique. Le nombre de sièges dont y disposent les organisations syndicales, fixé à 30 contre 20 pour les trois conseils supérieurs conduit à un seuil théorique de représentativité de 3%. De fait cela conduit à ce que certaines organisations absentes des différents conseils supérieurs aient néanmoins un siège au conseil commun. Il en résulterait une forme d'émiettement nuisible à la qualité des débats et au fonctionnement de l'instance.

La mission relève qu'une proposition d'évolution de la composition des instances représentatives de la fonction publique excèderait manifestement le champ de l'habilitation. Elle n'en estime pas moins utile d'engager une réflexion plus approfondie sur la question, aux fins d'apprécier les conséquences des modalités actuelles de composition des instances sur la qualité et l'effectivité du dialogue social mené à leur niveau.

Proposition n° 14 : *Confirmer l'exigence selon laquelle un accord est valide s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations habilitées à négocier lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié ; prévoir qu'en cas de liste commune à plusieurs organisations syndicales, celles-ci doivent présenter une déclaration mentionnant le partage retenu au sein de la liste commune.*

Proposition n° 15 : *Engager une réflexion plus approfondie sur la mesure de la représentativité syndicale et la composition des instances représentatives.*

2.3.2. La question d'un éventuel assouplissement de la condition de majorité pour des accords minoritaires sans opposition majoritaire

La référence par l'article d'habilitation à un accord majoritaire exclut, en l'état actuel du droit, toute possibilité d'accord minoritaire sans opposition des organisations majoritaires, sur le modèle initialement prévu par le législateur en 2010 (cf. supra).

La mission s'est cependant interrogée sur l'opportunité d'un éventuel assouplissement de cette exigence, qui ne pourrait résulter que de la loi de ratification de l'ordonnance ou d'une modification législative ultérieure. Les personnes auditionnées, et notamment les organisations syndicales, se sont montrées très divisées sur cette question.

Plusieurs considérations sérieuses paraissent justifier le maintien de l'exigence du caractère majoritaire des accords. Il pourrait en effet sembler peu cohérent d'en revenir à un dispositif transitoire mis en place en 2010, qui a pris fin en 2013 et ce d'autant qu'en droit du travail, l'accord

majoritaire prévaut désormais⁵⁸, même si la possibilité d'un accord minoritaire reste prévue pour les accords de branche⁵⁹.

Plus fondamentalement, admettre des accords minoritaires sans opposition pourrait aller à l'encontre de l'objectif tendant à responsabiliser les organisations syndicales, en permettant à certaines d'entre elles de rester dans une démarche contestataire sans conséquence pour les agents concernés.

En sens contraire, la mission relève que trois des quatre accords conclus au niveau inter-fonctions publiques sous l'empire de l'article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983 l'ont été alors que s'appliquait la règle selon laquelle les accords ayant recueilli 20 % des voix sans opposition des organisations majoritaires étaient valides, c'est-à-dire avant 2013. Il existe un risque que l'exigence d'un accord majoritaire ne rende plus difficile en pratique la conclusion des accords et n'affaiblisse ainsi la portée de la réforme.

Ces considérations pourraient ainsi justifier un assouplissement à terme de l'exigence selon laquelle les accords doivent avoir recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales habilitées à négocier, en admettant la possibilité d'accords minoritaires sans opposition. La mission propose qu'une réflexion soit engagée, au vu des premiers résultats de la réforme, sur l'opportunité d'un tel aménagement à la règle actuellement prévue dans l'article d'habilitation.

2.3.3. La question d'un éventuel recours à un référendum ou à la consultation des agents

La mission s'est également interrogée sur l'opportunité de laisser à l'autorité administrative, à titre alternatif, la possibilité de faire valider par un référendum, auxquels seraient invités à participer l'ensemble des agents concernés, un projet d'accord n'ayant pas recueilli 50 % des suffrages exprimés. Une piste serait notamment de prévoir une telle possibilité, comme en droit du travail⁶⁰, lorsque l'accord n'a été signé que par des organisations syndicales ayant recueilli 30 % des suffrages exprimés.

Une telle possibilité semble, là encore, exclue par la loi d'habilitation, qui prévoit uniquement que peuvent produire des effets juridiques les accords « majoritaires ».

⁵⁸ Article L2232-12

La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants.

⁵⁹ Article L2232-6

La validité d'une convention de branche ou d'un accord professionnel est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli, aux élections prises en compte pour la mesure de l'audience prévue au 3° de l'article L. 2122-5 ou, le cas échéant aux élections visées à l'article L. 2122-6, au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.

L'opposition est exprimée dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification de cet accord ou de cette convention, dans les conditions prévues à l'article L. 2231-8.

⁶⁰ Article L. 2232-12, al 2 : « (...) Si cette condition [accord majoritaire] n'est pas remplie et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants, une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord. Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations ».

En tout état de cause, la mission estime qu'une telle option n'apparaît pas opportune. Il ressort en effet de la grande majorité des auditions réalisées qu'elle serait de nature à affecter la représentativité des organisations syndicales et qu'elle serait en conséquence préjudiciable à la qualité du dialogue social. En outre, il existe un risque, inhérent à de telles consultations, que les agents aient du mal à bien appréhender les enjeux de la question posée et en particulier que la formulation de cette dernière ne donne lieu à des contestations qui soient de nature à mettre en cause sa validité et sa légitimité.

La mission observe, en revanche, qu'une consultation informelle des agents du service peut s'avérer, dans certaines hypothèses particulières, opportune, lorsqu'elle est organisée en concertation avec les organisations syndicales et avec l'accord de ces dernières, en particulier en ce qui concerne la formulation de la question posée ou encore le recours éventuel à une procédure dématérialisée. Il apparaît d'ailleurs que la pratique de la consultation est déjà relativement étendue au sein des administrations.

3. La mise en œuvre de cette innovation majeure

La mise en œuvre de la reconnaissance de la possibilité pour les accords collectifs dans la fonction publique de produire des effets juridiques implique de définir, d'une part, les conditions d'élaboration et de conclusion de ces accords et, d'autre part, leurs conditions d'application et de modification.

3.1. Produire l'accord

Si, de façon générale, les futurs accords devront être élaborés et conclus dans les mêmes conditions que les actes unilatéraux ayant le même objet, certaines adaptations n'en apparaissent pas moins indispensables en raison de leur spécificité.

3.1.1. Elaborer l'accord

3.1.1.1. Le contenu des accords

Si le contenu des accords sera naturellement négocié librement par les parties, certaines mesures pourraient être prévues afin d'en faciliter la compréhension et de permettre de mieux en appréhender la portée.

Pourraient ainsi être transposées les dispositions de l'article L. 2222-3-3 du code du travail selon lesquelles « *l'accord doit contenir un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu* », l'absence d'un tel préambule n'étant cependant « *pas de nature à entraîner la nullité* » de cet accord.

La mention des organisations syndicales signataires de l'accord devrait également être requise afin d'apprécier si la condition relative au caractère majoritaire est bien satisfaite.

La mission recommande également que, ainsi que le prévoient les articles L. 2222-4⁶¹ et L. 2222-5 du code du travail, les accords contiennent une stipulation précisant leur durée, qui pourra être déterminée ou indéterminée, ainsi que les formes selon lesquelles et le délai au terme duquel ils pourront être renouvelés ou révisés.

La mission recommande par ailleurs, afin de faciliter la rédaction et l'interprétation des futurs accords, que soient élaborés des « conventions types », soit par acte réglementaire soit par simple circulaire. Ces conventions pourraient être élaborées soit par l'autorité administrative elle-même, soit, comme cela se pratique déjà en droit du travail, par accord collectif au niveau national⁶².

La mission s'est enfin interrogée sur l'opportunité d'exiger un certain formalisme afin d'identifier avec certitude les accords ou celles de leurs clauses auxquels les parties ont entendu conférer un caractère réglementaire. En effet, ainsi qu'il a été exposé, tous les accords conclus dans la fonction publique, même s'ils ont un caractère majoritaire, ne produiront pas nécessairement des effets juridiques, soit que leurs clauses sont trop imprécises soit que les parties n'ont pas entendu leur conférer une telle portée.

⁶¹ Lequel précise qu' « à défaut de stipulation de la convention ou de l'accord sur sa durée, celle-ci est fixée à cinq ans ».

⁶² Voir par ex. Accord type du 17 avril 2019 relatif au temps de travail dans les entreprises de moins de 50 salariés https://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/bocc/pdf/2019/0020/boc_20190020_0000_0012.pdf

Une référence dans la convention aux futures dispositions de la loi statutaire relative à l'opposabilité juridique des accords pourrait ainsi être exigée.

A défaut d'une telle exigence formelle, il appartiendrait au juge d'apprécier au cas par cas l'intention des parties quant à la portée contraignante des différentes clauses de l'accord majoritaire.

Proposition n° 16 : *Prévoir que les futurs accords devront comporter un préambule sans pour autant que le non-respect de cette formalité puisse entraîner la nullité de l'accord.*

Proposition n° 17 : *Prévoir l'élaboration de conventions types.*

3.1.1.2. Les consultations sur les projets d'accords

Ainsi qu'il a été exposé, il est proposé de considérer que les consultations obligatoires requises pour les futurs accords seront les mêmes que celles qui s'imposent aux actes unilatéraux ayant le même objet. Ainsi, en particulier, le projet d'accord devra être soumis, avant sa signature à la consultation du comité social dans toutes les hypothèses où une telle consultation devrait être exigée en application des dispositions statutaires applicables (cf. supra).

3.1.2. Conclure l'accord

3.1.2.1. Les conditions de signature et d'homologation de l'accord par l'autorité administrative

3.1.2.1.1. Le principe l'autorité compétente pour signer l'accord est celle qui aurait été compétente pour prendre l'acte unilatéral ayant le même objet

Le souci de parallélisme avec les actes unilatéraux conduit la mission à proposer de poser la règle selon laquelle l'autorité compétente pour signer l'accord est celle qui aurait été compétente pour prendre l'acte unilatéral ayant le même objet (cf. supra). Il ne serait en effet pas cohérent que le recours à un accord collectif plutôt qu'à un acte unilatéral déroge aux règles de compétence habituelles et ce serait une source de complications inutile.

Dans la fonction publique d'Etat, l'accord devrait ainsi être conclu, au plan national, par le ministre ou le directeur d'administration centrale compétent et, au plan local, par le chef de service déconcentré compétent, sans que ce dernier ait à solliciter au préalable une délégation expresse de sa hiérarchie.

3.1.2.1.2. L'hypothèse dans laquelle plusieurs autorités administratives concourent à l'édition d'une même décision

Dans l'hypothèse où l'accord se substitue à un acte unilatéral relevant de la compétence de plusieurs autorités, il serait alors logique de prévoir que l'accord doit être signé par l'ensemble des autorités qui auraient été compétentes pour signer l'acte unilatéral ayant le même objet.

A titre alternatif, il pourrait être envisagé que l'accord soit signé par une seule de ces autorités et ensuite soumis à l'homologation des autres autorités. Ainsi, dans la fonction publique d'Etat, dans l'hypothèse (vraisemblablement rare) où le futur accord se substituerait à un décret simple, le

projet d'accord pourrait être signé par le ou les ministres compétents et ensuite homologué par le Premier ministre⁶³.

Une troisième option serait que l'autorité hiérarchiquement supérieure (par exemple le Premier ministre) autorise préalablement une autre autorité (par exemple un ministre) à négocier et conclure l'accord et homologue ensuite ce dernier.

3.1.2.1.3. L'hypothèse des actes relevant de la compétence d'un organe collégial

Dans l'hypothèse où l'accord se substitue à un acte unilatéral relevant de la compétence d'un organe collégial (assemblée délibérante de la collectivité ou conseil d'administration d'un établissement public), l'intervention d'un accord ne devrait pas avoir pour conséquence de priver l'organe collégial de la compétence dont il est légalement investi.

Il en résulte que l'organe collégial devra alors :

- ◆ soit autoriser préalablement la conclusion de l'accord⁶⁴ ;
- ◆ soit homologuer l'accord déjà signé pour que ce dernier entre en vigueur (à noter que cette procédure peut déjà être mise en œuvre en l'état actuel du droit).

Si cette seconde option était retenue, se poserait la question de savoir si l'accord devrait nécessairement respecter les règles de majorité et les restrictions en ce qui concerne les matières sur lesquelles il peut porter, alors que l'organe collégial aurait pu prendre une délibération ayant le même objet sans être tenu au respect de ces conditions.

Il pourrait alors être envisagé de considérer que l'organe collégial doit être regardé comme s'appropriant le contenu de l'accord et que le respect des conditions spécifiques à la conclusion de l'accord ne lui sont, dès lors, pas opposables.

Cependant, il paraît plus rigoureux et le plus opportun, afin de donner toute sa portée à la réforme, de prévoir qu'en ce cas, l'accord ne peut être homologué par l'organe délibérant que si les conditions de validité de l'accord conclu sont satisfaites.

3.1.2.2. L'habilitation des représentants syndicaux à signer l'accord

La reconnaissance de la portée juridique des accords implique également de préciser les conditions dans lesquelles les représentants des organisations syndicales qui les négocient seront habilités à les signer. La question est importante au regard du caractère plus ou moins décentralisé de chacun des syndicats représentatifs, dont les statuts comportent souvent des règles différentes sur le degré d'autonomie de leurs responsables locaux. En outre, les représentants appelés à négocier et, le cas échéant, à signer, ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux qui sont élus dans les instances.

La mission estime à cet égard préférable, dans un souci de simplicité et de cohérence, de transposer à la fonction publique les dispositions de l'article L. 2231-2 du code du travail, dont il ressort que les représentants des organisations syndicales sont habilités à contracter, au nom de l'organisation qu'ils représentent, en vertu :

- soit d'une stipulation statutaire de cette organisation ;
- soit d'une délibération spéciale de cette organisation ;

⁶³ L'homologation se conçoit plus difficilement lorsque les autorités compétentes pour cosigner l'acte unilatéral sont de même niveau hiérarchique.

⁶⁴ Voir l'exemple du conseil municipal qui autorise la conclusion par le maire de certains marchés publics et délégations de service public.

- soit de mandats spéciaux écrits qui leur sont donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation.

Proposition n° 18 : *Préciser les conditions dans lesquelles les représentants des organisations syndicales représentatives seront habilités à signer les futurs accords, en s'inspirant des dispositions de l'article L. 2231-2 du code du travail.*

3.1.2.3. La mise en œuvre du contrôle de légalité

Les futurs accords conclus au sein des collectivités territoriales et de leurs groupements devraient logiquement être soumis au contrôle de légalité du préfet si les actes unilatéraux ayant le même objet devaient faire l'objet de ce contrôle. Tel est le cas de la quasi-totalité des actes réglementaires des collectivités portant sur la situation des agents publics territoriaux (b du 1° et 3° de l'article L. 2131-2 CGCT).

Il a en revanche semblé à la mission, au vu de la position convergente de l'ensemble des personnes auditionnées, que dans les autres hypothèses, où l'acte unilatéral ne serait pas soumis à ce contrôle, il n'y avait pas de motif de retenir une portée plus étendue du contrôle de légalité en ce qui concerne les futurs accords.

3.1.3. Publier l'accord

L'exigence de publication est indispensable pour assurer leur entrée en vigueur et permet en outre d'assurer un meilleur respect de la règle de droit. Suivant le principe précédemment exposé, la mission propose, là encore, de considérer que l'accord devrait être publié dans les mêmes conditions que l'acte administratif unilatéral ayant le même objet.

Proposition n° 19 : *Prévoir que les futurs accords devront être publiés dans les mêmes conditions que l'acte administratif unilatéral ayant le même objet.*

3.2. Valoriser l'accord

La mise en œuvre de la réforme implique enfin de préciser les conditions dans lesquelles les parties à l'accord veilleront à leur pleine et entière exécution et à leur diffusion auprès des agents et pourront, le cas échéant, les modifier ou les dénoncer.

3.2.1. Appliquer l'accord

Afin de faciliter l'application des futurs accords, différentes mesures peuvent être envisagées en ce qui concerne leurs modalités de suivi, la résolution des éventuels différends et leur diffusion auprès des agents.

3.2.1.1. Le suivi et l'évaluation de l'accord

Il semble d'abord important qu'un suivi de l'exécution de l'accord puisse être organisé, ce qui implique en particulier une information régulière des partenaires sociaux sur sa mise en œuvre et le respect des échéances prévues ainsi que l'examen des éventuelles difficultés d'interprétation ou d'application.

Dans ce cadre, l'ensemble des personnes auditionnées par la mission ont souligné l'intérêt qui s'attache à la mise en place d'un comité de suivi de l'accord, pratique déjà introduite dans le cadre de nombreux accords conclus en application de l'actuel article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983 et qui s'inspire notamment des commissions paritaires mises en place au niveau des branches en droit du travail.

La mission s'est interrogée sur l'opportunité d'instituer de tels comités par voie légale, afin de généraliser cette pratique, ainsi que sur leur composition.

De façon générale, il lui semble préférable, pour plus de souplesse, de laisser aux parties à l'accord le soin de prévoir la mise en place de ces comités et d'en définir la composition et le fonctionnement, notamment la périodicité des réunions. Un comité de suivi pourrait notamment être prévu dans l'accord cadre ou de méthodologie (cf. supra) et mentionné dans les accords types dont l'élaboration est suggérée (cf. supra).

Il appartiendrait ainsi aux parties de se prononcer sur l'opportunité ou non d'ouvrir ce comité aux non-signataires de l'accord, question qui suscite des positions aussi divergentes entre les organisations syndicales qu'entre les employeurs. La mission relève à cet égard que le fait de réserver la participation au comité de suivi aux seuls signataires de l'accord présente une certaine cohérence en ce qu'elle permet d'associer plus étroitement ces derniers à sa bonne exécution. Les signataires voient dans cette exclusivité une forme de retour sur l'investissement que constitue leur signature. En outre, elle ne fait pas obstacle à ce qu'une information sur l'exécution de l'accord soit communiquée à l'ensemble des organisations syndicales représentatives, y compris les non-signataires, dans le cadre des comités sociaux.

En sens contraire, il peut parfois être jugé préférable d'associer toutes les organisations syndicales au suivi de l'accord afin d'en faciliter l'acceptation et la bonne exécution. Ces organisations font également valoir que les questions qui s'y trouvent discutées intéressent tous les agents, y compris ceux qu'ils représentent.

A défaut de l'installation d'un comité de suivi, le suivi de l'exécution des futurs accords pourra être assuré directement par le comité social compétent ou par un groupe de travail constitué en son sein. Dans cette hypothèse, l'ensemble des organisations syndicales représentatives seront naturellement associées à son exécution.

La mission souligne par ailleurs l'intérêt qui s'attache à l'évaluation périodique des effets de l'accord afin de faciliter le suivi de leur exécution, en établissant sur des bases objectives les résultats obtenus au regard des objectifs poursuivis. Afin de faciliter cette évaluation, il pourrait être utile que l'accord précise préalablement des indicateurs de suivi. Un compte-rendu de cette évaluation pourrait être présenté à intervalles réguliers par l'autorité administrative soit au comité de suivi soit au comité social.

Proposition n° 20 : *Encourager la mise en place de comités de suivi de l'accord et laisser aux parties à l'accord le soin d'en définir la composition.*

3.2.1.2. Le traitement des litiges et la médiation

Ainsi qu'il a été exposé (cf. supra), les différends relatifs à l'exécution des futurs accords seront susceptibles, compte tenu de leur opposabilité juridique, de donner lieu à des recours devant le juge administratif.

La mission souligne cependant l'intérêt qui s'attache au développement de modes alternatifs de règlement de ces différends, le recours au juge ne devant ainsi intervenir qu'en dernière extrémité,

en cas d'incapacité des parties à surmonter leurs divergences. En effet, si la présente réforme devait aboutir à un nombre accru de recours devant le juge administratif, elle n'aurait manifestement pas atteint son objectif.

Des dispositifs de conciliation et de médiation pourraient ainsi être préconisés (cf. infra).

Les futurs accords et accords de méthodologie pourraient également inclure des clauses de règlement amiable des conflits, prévoyant le recours à une médiation ou encore à un comité de suivi de l'accord préalablement à sa dénonciation ou au déclenchement d'un contentieux. Une telle clause pourrait également être incluse dans les accords types qu'il est proposé d'élaborer (cf. supra).

3.2.1.3. Garantir une bonne information sur les accords conclus

La mission estime essentiel de veiller, au-delà de l'exigence de publication, à la qualité de l'information sur les futurs accords, au regard de l'importance qu'ils seront susceptibles de revêtir dans l'organisation du service et de leurs conséquences sur la situation des agents.

Cette information devrait d'abord être assurée à destination des instances représentatives au niveau national. La mission suggère ainsi de prévoir, dans l'ordonnance à intervenir, une obligation annuelle pour l'autorité administrative signataire de l'accord de transmettre une copie de celui-ci au conseil supérieur de la fonction publique intéressé. Cette communication, qui ne serait pas posée à peine de nullité de l'accord, pourrait en pratique être assurée par l'intermédiaire de la direction générale de l'administration et de la fonction publique.

Il pourrait également être envisagé que les conseils supérieurs transmettent au conseil commun de la fonction publique un bilan des accords dont ils ont eu connaissance au cours de l'année écoulée.

L'information sur les accords devrait également être assurée à destination du public, et en particulier des agents. Afin de faciliter leur diffusion, la mission suggère de rendre, comme dans le secteur privé tous les futurs accords consultables dans une base de données nationale, dont le contenu serait publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable. Il conviendrait de renvoyer à un décret en Conseil d'Etat l'autorité en charge de la tenue de cette base de données et les modalités de leur conservation.

Ces objectifs seront d'autant mieux atteints qu'un système d'information dédié permettra la déclaration en ligne des accords, tout en recueillant des informations complémentaires utiles : objet(s) de l'accord, organisations signataires, durée de la négociation... La mission suggère qu'une étude complémentaire soit réalisée pour examiner dans quelle mesure le système de dépôt des accords utilisé par la direction générale du travail et les DIRECCTE pourrait être adapté pour assurer cette remontée d'informations dans la sphère publique. Ce n'est qu'à défaut d'une telle adaptabilité que devrait être envisagé le recours à un système d'information dédié aux accords des trois fonctions publiques.

Proposition n° 21 : *Prévoir que l'autorité administrative signataire de l'accord devra transmettre une copie de celui-ci au conseil supérieur de la fonction publique intéressé et que les conseils supérieurs devront transmettre au conseil commun de la fonction publique un bilan des accords dont ils ont eu connaissance au cours de l'année écoulée.*

Proposition n° 22 : *Rendre tous les futurs accords consultables dans une base de données nationale, dont le contenu serait publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable ; mettre en place un système d'information dédié permettant la déclaration en ligne des accords.*

3.2.2. Mettre fin et suspendre l'accord

Il apparaît nécessaire de reconnaître la faculté pour l'une des parties d'y mettre un terme de façon prématurée, en les dénonçant.

Si elle émane de l'autorité administrative ou d'une ou plusieurs organisations syndicales dont la signature était indispensable pour atteindre la condition de majorité requise⁶⁵, la dénonciation emportera les mêmes conséquences que la résiliation de l'accord par voie conventionnelle. L'accord cessera donc de produire des effets pour l'avenir, mais ses effets passés ne seraient pas remis en cause.

Cette faculté de dénonciation devrait cependant être encadrée, sauf à priver les engagements contractuels d'une partie de leur portée. L'ordonnance à intervenir pourrait ainsi s'inspirer des dispositions de l'article L. 2231-5-1 du code du travail en posant l'exigence d'un délai de préavis de trois mois, sauf stipulation expresse contraire dans l'accord. Un tel délai permettrait en outre de mieux garantir la sécurité juridique et laisserait aux parties un délai suffisant pour négocier une éventuelle révision de l'accord.

Cependant, l'institution d'un tel délai de préavis, inspiré, comme il a été dit, du droit du travail, devrait être conciliée avec les problématiques spécifiques de la fonction publique et en particulier le principe de mutabilité de l'action administrative. La dénonciation devrait ainsi pouvoir prendre effet immédiatement lorsque l'urgence et la continuité du service le justifient.

La question de la possibilité d'une dénonciation partielle de l'accord doit également être envisagée dans le contexte particulier de la fonction publique. Faut-il contraindre l'autorité administrative qui entend revenir sur une des clauses de l'accord sans l'accord des autres organisations syndicales de dénoncer celui-ci en totalité ? Ne serait-ce pas un dispositif trop rigide ? Il pourrait ainsi être envisagé de laisser aux parties cette faculté, les autres parties étant alors libres, si elles le souhaitent, de dénoncer à leur tour les autres stipulations de l'accord.

Il apparaît enfin essentiel de prévoir la notification aux cosignataires de l'accord de la dénonciation ainsi que sa publication.

En complément de cette possibilité de dénonciation, il pourrait également être reconnu à l'autorité administrative une faculté de suspension de ce dernier en cas de situation exceptionnelle nécessitant notamment d'assurer la continuité du service public.

A défaut d'une telle dénonciation, les futurs accords prendront normalement fin à l'échéance qu'ils prévoient (s'ils en comportent une) ou par la commune volonté des parties (à savoir l'administration et des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés).

⁶⁵ L'habilitation du représentant syndical pour dénoncer l'accord devrait logiquement être déterminée de la même façon qu'en ce qui concerne la signature de cet accord et donc en se référant soit au statut de cette organisation soit à l'existence d'un mandat exprès donné en ce sens au représentant syndical signataire.

Proposition n° 23 : *Poser la règle selon laquelle les futurs accords pourront être dénoncés sous réserve de respecter un délai de préavis fixé à trois mois, sauf stipulation expresse contraire dans l'accord, tout en réservant la possibilité pour l'autorité administrative de dénoncer l'accord avec effet immédiat lorsque l'urgence et la continuité du service le justifient ; reconnaître en outre à l'autorité administrative une faculté de suspension de l'accord en cas de situation exceptionnelle nécessitant notamment d'assurer la continuité du service public.*

3.2.3. Modifier l'accord

Comme tout contrat, les futurs accords seront susceptibles d'être modifiés par un accord conclu dans les mêmes formes et selon la même procédure (mais, le cas échéant, avec des organisations syndicales différentes).

La mission s'est interrogée sur le point de savoir si la possibilité devait être reconnue à l'autorité administrative de modifier l'accord de façon unilatérale, si elle est normalement compétente pour édicter un tel acte.

Il résulte du principe de légalité que l'accord a la même valeur juridique qu'un acte unilatéral et que ce dernier, s'il est postérieur à l'accord, doit donc pouvoir le modifier, et, surtout, du principe de mutabilité, que l'autorité administrative doit pouvoir à tout moment prendre en compte dans son action des circonstances nouvelles sans être liée par des engagements contractuels précédemment souscrits.

En sens contraire, l'exigence de loyauté dans l'exécution de l'accord paraît s'opposer à une telle modification ou abrogation implicite et unilatérale. Les partenaires sociaux déplorent à cet égard aujourd'hui que l'administration ait parfois tendance à revenir implicitement sur ses engagements alors que l'objectif de la réforme est précisément de conférer une véritable portée juridique aux accords

Afin de concilier ces deux séries de considérations, la mission suggère que lorsqu'une autorité administrative a signé ou homologué un accord, elle ne puisse ensuite le modifier par acte unilatéral que sous réserve d'avoir procédé au préalable à la dénonciation totale ou partielle de cet accord, dans les conditions précédemment exposées (respect d'un préavis de trois mois sauf circonstances particulières ou urgence).

Cette exigence de dénonciation préalable de l'accord ne saurait en revanche s'imposer à l'autorité administrative supérieure à celle ayant signé ou homologué l'accord, lorsqu'elle entend remettre en cause certaines de ses stipulations.

Proposition n° 24 : *Permettre à l'autorité administrative ayant signé ou homologué l'accord de modifier celui-ci par acte unilatéral sous réserve de procéder au préalable à sa dénonciation, totale ou partielle.*

4. L'accompagnement de cette innovation majeure

L'évolution du cadre législatif est nécessaire mais ne garantit pas à elle seule le renforcement attendu de la négociation collective et de la conclusion d'accords dans la fonction publique. Il convient de créer un environnement favorable à la négociation, culturel et méthodologique. De bonnes pratiques identifiées et développées par des experts du dialogue social constituent des facteurs favorables au renforcement de la négociation collective. Il a paru utile à sa mission de les rappeler ici.

4.1. Faire évoluer les processus de négociation

Il convient de s'interroger sur les raisons pour lesquelles, les modes courants de négociation débouchent si peu fréquemment sur la conclusion d'accords. La documentation du Bureau International du Travail décrit deux modèles de négociation antagonistes.

Le processus traditionnel de négociation, dit « négociation sur les positions » repose sur un certain nombre de comportements caractéristiques qui ne favorisent pas l'atteinte d'un objectif offrant des gains mutuels :

Négociation « sur les positions » ; comportements caractéristiques
Définir à l'avance des cibles et des points de résistance
Exagérer les positions au début des négociations
S'engager à l'avance et publiquement à tenir ces positions
Canaliser la communication par l'intermédiaire d'un porte-parole
Obtenir le maximum en donnant le moins possible en échange
Ne jamais négocier contre son propre intérêt
Toujours chercher à déstabiliser la partie adverse
Exercer des formes de pouvoir coercitives
Mobiliser le soutien des affiliés
Diviser et vaincre la partie adverse ; de votre côté, vous protéger contre ce risque
Un accord signé à contre cœur est un signe de réussite

Source : Manuel sur la négociation collective et le règlement des différends dans le secteur public, Bureau International du Travail, 2012.

A l'inverse, existe un modèle « idéal » de négociation, dit « à gains mutuels », qui peut se caractériser par les principaux traits ci-après :

Négociation « à gains mutuels » ; comportements caractéristiques
Connaître et tenir compte des intérêts de chacune des parties
Préparation en commun des règles et méthodes de travail de la négociation à venir
Si les parties négocient pour la première fois, elles suivent ensemble une formation commune

Les informations sont ouvertement partagées et échangées

La discussion ne se limite aux échanges entre porte-parole ; la participation d'experts est encouragée

Les décisions se prennent par consensus ; les parties n'exercent pas de pression pour influencer les négociations

Source : Manuel sur la négociation collective et le règlement des différends dans le secteur public, Bureau International du Travail, 2012.

Ce modèle est beaucoup plus exigeant en ce qu'il oblige à comprendre et admettre la légitimité des intérêts et objectifs de l'autre partie ; le processus de négociation est plus ouvert et participatif. Il vise à établir une relation de travail et non un rapport de force.

Un guide de la négociation à gains mutuels figure en annexe 5 au présent rapport. Il décrit en détail toutes les étapes de ce mode de négociation, de la préparation de cette dernière à l'atteinte de l'accord.

Les membres de la mission souscrivent également au jugement et aux préconisations dans le même sens formulées par le rapport du Conseil économique, social et environnemental sur le développement de la culture du dialogue social en France⁶⁶. Ses auteurs recommandent plusieurs bonnes pratiques à mettre en œuvre : le partage de l'information, des accords de méthode, faire primer l'intérêt des utilisateurs/bénéficiaires de l'accord, en systématiser l'évaluation, et respecter quelques bases de relations humaines (comme l'indique l'un des auteurs, « négocier n'est pas persuader »).

Le manque de confiance réciproque, l'insuffisance de culture de négociation, le manque d'autonomie des négociateurs font que ces références ne pourront que difficilement se substituer à la négociation « sur les positions ».

En revanche, il est possible de s'en inspirer pour mettre en place un environnement plus favorable à une meilleure dynamique de dialogue social. Les propositions qui suivent vont en ce sens.

4.2. Conclure des accords de méthode

La négociation et la signature d'accords de méthode est l'une des techniques accueillies les plus favorablement par les interlocuteurs rencontrés par la mission.

On peut en distinguer deux principales catégories.

4.2.1. L'accord d'ouverture de négociation

Ce type d'accord a pour objectif d'organiser dans le détail le processus de négociation d'un sujet donné.

Avant toute discussion sur le fond du sujet, les parties s'accordent sur les voies et moyens de conduire cette négociation. L'accord précisera notamment :

⁶⁶ « Le développement de la culture du dialogue social en France », par Luc Bérille et Jean-François Pillard, mai 2016, adopté le 24 mai 2016.

- ◆ Le ou les sujets en débat, ainsi que les intérêts en jeu ;
- ◆ Les participants à la négociation, et, notamment les experts auxquels les parties feront appel ;
- ◆ La méthode de négociation (groupes de travail...) et le calendrier de celle-ci ;
- ◆ Les moyens donnés aux organisations syndicales pour participer à cette négociation, et notamment les éléments d'information que l'employeur mettra à leur disposition ;
- ◆ Le cas échéant, les moyens auxquels il sera recouru en cas de blocage (médiation, arbitrage...)
- ◆ S'il y a lieu, les modalités et le moment de saisine des instances
- ◆ Et le cas échéant, si les parties en conviennent, des indications sur les modalités de suivi de l'accord à venir.

Une fois établi, un tel accord pose les bases d'une discussion plus apaisée et constructive ; il permet de prévenir les principaux écueils d'un processus de négociation : dérive sur des sujets non prévus à l'avance, postures et incidents sur la méthode de travail, etc...

4.2.2. Les accords d'agenda social

Les processus de négociation et de concertation sont d'autant moins productifs qu'ils sont subis et imprévisibles, ou qu'ils se chevauchent dans le temps. Employeurs comme organisations syndicales ont besoin de visibilité et d'anticipation pour être efficaces.

Avec un accord d'agenda social, les parties s'entendent sur les sujets qu'elles entendent prioritairement traiter et en fixent les grandes lignes de calendrier. La profondeur calendaire de ce type d'accord dépend des sujets à traiter, mais une durée annuelle semble un bon objectif.

L'accord d'agenda social peut porter sur les sujets de négociation, mais également sur les sujets soumis à concertation, ainsi que le programme de travail des instances ; les sujets à ouvrir ne doivent pas être de l'initiative exclusive de l'employeur.

L'atteinte de tels accords et surtout, la capacité à les respecter, suppose une bonne circulation d'information entre les différents niveaux de décision : l'accord d'agenda passé dans une collectivité, un établissement public, un ministère ou un service déconcentré sera vite caduc si une décision prise à un échelon supérieur suppose, sans préavis, d'ouvrir des négociations aux échelons inférieurs. Dans un tel cas, les parties concernées par l'accord d'agenda social auront à faire de délicats arbitrages entre leurs propres priorités et celles qu'elles n'ont pu anticiper.

Proposition n° 25 : *Pour les partenaires sociaux, rechercher systématiquement la conclusion d'accords de méthode, tant pour servir de cadre à une négociation donnée qu'à la fixation régulière d'agendas sociaux.*

4.3. Inciter à négocier sur des sujets prioritaires

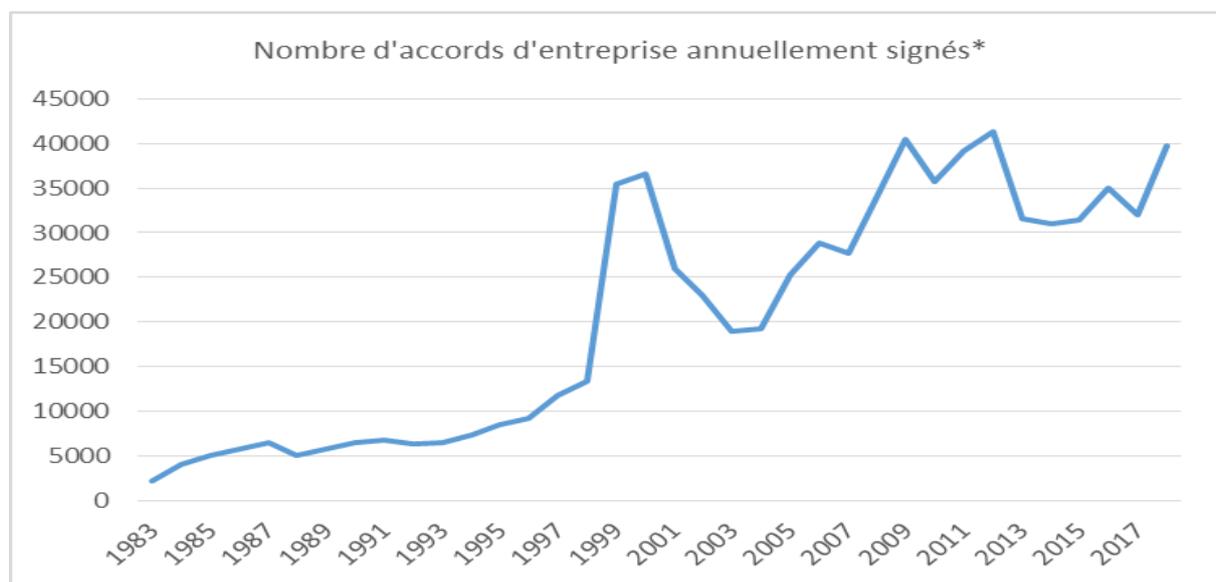
4.3.1. En introduisant une obligation périodique de négocier

Le code du travail connaît une obligation de négocier sur certains domaines. Le dispositif a été assoupli par la loi Rebsamen du 1^{er} janvier 2016 et se présente très schématiquement comme suit :

- ◆ Une obligation annuelle de négocier sur : rémunérations, temps de travail, partage de la valeur ajoutée, égalité entre les femmes et les hommes, qualité de vie au travail ;
- ◆ Une obligation triennale de négocier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ;
- ◆ Les obligations qui précèdent peuvent être modulées et portées à une périodicité maximale de 4 années, durée d'ordre public, en cas d'accord collectif fixant calendrier, périodicité, thèmes et modalités de négociation.

Certains interlocuteurs de la mission ont insisté sur l'effet positif qu'avait eu, depuis les années 1980 l'introduction de l'obligation de négocier dans le code du travail et l'élargissement de son champ, tout en recommandant de ne pas imposer une liste de thèmes trop substantielle.

Tableau 3 : Evolution du nombre d'accords d'entreprises signés



Source : IRES (institut de recherches économiques et sociales).

De façon ponctuelle, les règles applicables aux fonctions publiques connaissent également de cas d'obligation de négocier ou de dispositions dont l'effet direct ou indirect consiste en l'ouverture de négociations, par exemple :

- ◆ l'obligation annuelle de négocier au niveau national la question relative au pouvoir d'achat, aux termes de l'article 8 bis I ;
- ◆ l'obligation au minimum quinquennale de réviser les lignes directrices de gestion, après avis du comité technique ou comité social compétent⁶⁷ ; un domaine important puisque les lignes directrices de gestion visent la gestion prévisionnelle des effectifs et des compétences, les règles de mobilité et de promotion ;
- ◆ l'obligation pour certaines collectivités locales et leurs établissements publics de réviser les régimes de temps de travail dérogatoires qu'ils avaient pu mettre en place⁶⁸ ;

⁶⁷ Art18, loi 2019-828 TFP

⁶⁸ Art 46, loi 2019-828 TFP

- ◆ la possibilité, pour les mêmes entités que précédemment, d'accords collectifs locaux en vue d'encadrer les modalités d'exercice du droit de grève pour certaines activités essentielles⁶⁹ (collecte des ordures ménagères, restauration scolaire, aide aux personnes âgées...)
- ◆ l'obligation de négocier le projet social⁷⁰ ainsi que l'organisation du travail⁷¹ d'un établissement hospitalier.

La mission a bien noté qu'au cours des débats au Parlement sur le projet de loi de transformation de la fonction publique, le Gouvernement avait exprimé une position défavorable à des amendements prévoyant une telle obligation de négocier⁷².

Elle observe cependant que les interlocuteurs rencontrés ont plutôt réagi favorablement à l'hypothèse d'une obligation plus systématique de négocier, pour autant qu'elle ne soit pas excessivement rigide en termes de volume de sujets à traiter.

Au vu de ses entretiens, la mission considère qu'une obligation minimale en ce sens aurait un effet d'entraînement utile sur la qualité et la densité du dialogue social.

En complément aux dispositions citées plus haut, il pourrait être envisagé de l'introduire dans le droit applicable aux fonctions publiques :

- ◆ pour quelques sujets prioritaires, par exemple : qualité de vie au travail et égalité professionnelle ;
- ◆ avec une périodicité minimale et maximale fixée par accord collectif, ou, à défaut d'accord, par la loi, selon une périodicité qui pourrait être annuelle ;
- ◆ et une périodicité maximale de cinq années (par référence à la périodicité retenue pour les lignes directrices de gestion).

L'intérêt de conclure un tel accord pour l'employeur est de lui donner de la visibilité sur le calendrier et de mieux anticiper et préparer les sujets mis à négociation. Les organisations syndicales y trouveraient le même avantage, mais surtout, elles pourraient conditionner leur signature de l'accord à l'inclusion d'autres sujets que ceux retenus comme prioritaires par la législation.

Cette obligation suppose une disposition législative *ad hoc* venant compléter l'article 8 bis actuel. La possibilité de l'introduire dans le projet d'ordonnance à venir n'apparaît pas évidente à la mission au regard des termes de l'habilitation législative.

La mission suggère que le principe de l'instauration d'une obligation de négocier, auquel elle est favorable, et son champ d'application fassent l'objet d'une négociation préalable entre les pouvoirs publics et les organisations syndicales.

⁶⁹ Art 56, loi 2019-828 TFP

⁷⁰ Art L6143-3 du code de la santé publique

⁷¹ Art L6143-7, 14°, du code de la santé publique

⁷² Amendements nos 146 et 668 examinés en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale le 16 mai 2019, présentés par Mme Faucillon et M. Bernacliis

Amendement n° 226, examiné en 1^{ère} lecture au Sénat par Mmes Assassi et Benbassa, M. Collombat et les membres du groupe communiste républicain citoyen et écologiste – séance du 19 juin 2019

Proposition n° 26 : *Introduire pour certains sujets une obligation de négocier qui compléterait les cas de négociation d'ores et déjà obligatoires ; permettre d'adapter ce type d'obligation par le moyen d'accords collectifs.*

4.3.2. Cette obligation pourrait être accompagnée de deux mesures complémentaires

4.3.2.1. La suspension temporaire du pouvoir de décision unilatérale de l'employeur

Il pourrait être opportun dès lors qu'une négociation obligatoire est engagée, que le pouvoir de décision unilatérale de l'employeur, relatif au sujet soumis à négociation, se trouve suspendu.

Une telle disposition pourrait relever :

- ◆ soit de la loi, à l'instar de ce qui est prévu à l'article L2242-3 du code du travail ;
- ◆ soit d'une simple recommandation de bonne pratique de négociation, l'employeur s'engageant en ce sens dans le cadre d'un accord de méthode d'ouverture de négociation.

L'objectif d'une telle mesure serait de favoriser une négociation apaisée, sans pression ou menace d'une partie sur l'autre.

Il va de soi que la suspension ou l'interruption de la négociation en cours permettrait à l'employeur de retrouver toute sa capacité à décider.

Il convient également de réserver l'hypothèse dans laquelle l'administration devrait pouvoir retrouver son pouvoir de décision unilatérale si des considérations d'intérêt général le justifiaient.

4.3.2.2. L'introduction d'une obligation de négocier à l'initiative des organisations syndicales....

....portant sur les sujets de négociation obligatoire

En pratique, l'initiative d'ouvrir une négociation appartient de fait à l'employeur. Il s'agirait ici de donner à une organisation syndicale représentative concernée la faculté de provoquer l'ouverture d'une négociation pour contrecarrer une carence de l'employeur.

Une faculté de cette nature existe à l'article L2242-1 du code du travail⁷³.

Cette faculté viserait, comme dans le droit du travail le non-respect d'échéances de négociations obligatoires, prévues soit par des textes législatifs et réglementaires, soit par un accord collectif engageant l'employeur.

A réception de la demande l'employeur aurait un délai maximal -15 jours dans le code du travail- pour convoquer les parties à la négociation.

⁷³ Art 2242-1 du code du travail : « A défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de 12 mois pour chacune des deux négociations annuelles, et de plus de 36 mois pour la négociation triennale, ou en cas d'accord mentionné à l'article L2242-20 ou prévu à l'article L2222-3, suivant les termes de cet accord, cette négociation s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative. [...] Dans les 15 jours qui suivent la demande formulée par une organisation syndicale, l'employeur convoque les parties à la négociation. »

Le non-respect par l'employeur d'une obligation issue d'un texte législatif ou réglementaire, ou d'un accord collectif opposable, encourrait en soi la sanction du juge administratif par les voies de droit commun. Toutefois, l'introduction explicite d'une obligation pour l'employeur et d'un droit pour les organisations syndicales, assorti de contraintes de délais, renforcerait les obligations de loyauté et de diligence qui doivent présider à l'organisation du dialogue social.

.... Ou sur tout sujet ?

Certains interlocuteurs de la mission ont évoqué leur souhait de voir introduire dans le droit positif une obligation pour l'employeur d'ouvrir une négociation dès lors que les organisations représentatives en feraient la demande de manière unanime. Dans un tel cas, l'employeur devrait, sous un délai contraint, accepter l'ouverture d'une négociation ; l'obligation d'ouvrir n'entraînant évidemment pas d'obligation de conclure.

Cette demande viserait tout sujet soulevé par les organisations syndicales et non plus seulement le cas de négociations obligatoires. Elle va donc au-delà de ce que permet le code du travail pour les entreprises.

L'avis de la mission est réservé sur ce point.

L'octroi de cette prérogative aux organisations syndicales aurait une portée symbolique évidente, et mettrait les employeurs sous pression, même si, en pratique, il est peu fréquent que soit opposé un refus de négocier face à une demande formulée unanimement par les syndicats.

Toutefois, le recours à un tel dispositif serait plutôt l'indice d'une forme d'échec du dialogue social ; il semble à la mission que c'est plutôt au travers de la recherche d'accords d'agenda social que les attentes des organisations syndicales doivent trouver leur satisfaction.

Introduire cette contrainte dans le droit pourrait même avoir un effet contre-productif, les employeurs cherchant à compenser le risque d'ouverture imprévue d'un sujet, par la fixation d'agendas sociaux minimalistes.

Il semble à la mission plus efficace de s'en tenir à la recherche d'accords en ce sens.

Proposition n° 27 : *Accompagner la mise en place de cas de négociation obligatoire par une suspension légale ou volontaire temporaire du pouvoir de décision unilatéral de l'employeur, révocable si des considérations d'intérêt général le justifient. Instaurer un droit d'initiative syndical pour provoquer l'ouverture d'une négociation en cas de carence de l'employeur.*

4.4. Prévoir que la négociation repose sur un « engagement sérieux et loyal »

L'article L2241-3 du code du travail, relatif aux négociations obligatoires, pose le principe qu'une négociation doit s'engager « sérieusement et loyalement ». Cet article précise que cela suppose que « la partie patronale ait communiqué aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause ».

Cette obligation de loyauté trouve de nombreuses illustrations dans la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation qui a fait du principe de loyauté une règle applicable à tout type de négociation collective. Ainsi un arrêt récent⁷⁴, relatif à un litige survenu dans la

⁷⁴ Cour de cassation, chambre sociale, arrêt du 9 octobre 2019, n°19-10.780.

négociation d'un accord préélectoral précise que « *l'employeur est tenu de mener loyalement les négociations..., notamment en mettant à disposition des organisations participant à la négociation les éléments d'information indispensables à celle-ci* ».

Le droit du travail a ainsi consacré le fait qu'une négociation ne peut être valablement conclusive que si elle est menée dans la confiance et dans une appréhension commune des enjeux.

L'égalité d'accès à l'information est un des piliers de la négociation loyale.

Si le droit de la fonction publique n'affiche nulle-part, de façon aussi explicite que le droit du travail, ce principe de loyauté, la loi de transformation de la fonction publique fait un pas majeur en ce sens au travers du projet de rapport social unique et de base de données sociales.

Le projet prévu à l'article 5 de la loi de transformation des fonctions publiques, s'insère parfaitement dans l'objectif de mise à disposition des organisations syndicales de données sociales détaillées et, le cas échéant, utilisables dans le cadre de négociations collectives.

Inspiré par le dispositif des bases de données économiques et sociales créé par le code du travail, ainsi que par les travaux de collecte des données sociales réalisées par la DGCL et l'ATIH (agence technique de l'information sur l'hospitalisation), pour les secteurs qui les concernent, il s'agit schématiquement :

- ◆ De regrouper, en les normalisant, sous un format de base de données les informations qui permettent de produire les bilans et rapports sociaux annuels (et le futur rapport social unique) ;
- ◆ De produire ces informations à chaque niveau où existera un comité social ;
- ◆ De donner accès à tous les membres des comités sociaux aux données relatives à leur périmètre, à charge pour eux, le cas échéant, de les retraiter et de les utiliser pour aborder une négociation.

Un décret précisant le contenu de ces futures bases de données sociales est attendu pour la fin du premier semestre 2020.

Si le législateur a mis en place ce dispositif, peut-être serait-il opportun qu'il introduise désormais explicitement dans le droit de la fonction publique l'obligation de loyauté dans la conduite de négociations.

Au-delà de l'aspect symbolique d'un tel affichage, cela contribuerait à inciter à la passation d'accords de méthode d'ouverture de négociation, par lesquels doit se traiter la question de la mise à disposition d'informations aux partenaires sociaux.

Enfin, le cas échéant, cela permettrait au juge de sanctionner un processus de négociation ou un accord qui s'avèrerait vicié par une asymétrie d'information délibérée.

Proposition n° 28 : *Instaurer par la loi dans le droit de la fonction publique le principe d'une obligation de loyauté*

4.5. Recourir à un médiateur

Le recours accru à des dispositifs contractuels devrait en parallèle conduire à développer les modes de résolution de conflits plus particulièrement applicables au domaine contractuel, notamment conciliation et médiation.

Certains Etats disposent d'organismes publics dont la fonction est d'apporter des solutions par voie de médiation, de conciliation ou d'arbitrage, aux conflits individuels ou collectifs du travail, par exemple :

- ◆ Pour le seul secteur public : la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral du Canada (CRTESPF) ; on peut y recourir pour faciliter le déroulement d'une négociation collective ;
- ◆ Pour les secteurs privés et publics : aux USA, le Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS) qui fonctionne pour le secteur privé, ainsi qu'une large liste d'agences fédérales (parmi lesquelles le FBI, l'US Navy...), ou au Royaume-Uni, l' Advisory, Conciliation and Arbitration Service (ACAS).

Proposer la création de tels organismes dépasserait le cadre de la présente mission. En outre, leur fonctionnement se situe dans des contextes juridiques différents du nôtre et des traditions de relations sociales également assez différentes.

En revanche, au titre des bonnes pratiques susceptibles de concourir à une plus grande efficacité du dialogue social et à l'objectif de conclure plus d'accords, il pourrait être judicieux d'offrir des solutions de médiation « clés en mains ».

Ainsi, la DGAFP pourrait se doter et mettre à disposition des acteurs sociaux, un « réseau » de médiateurs mobilisables à la demande ; quelques hauts fonctionnaires, actifs ou retraités, en provenance des trois fonctions publiques, spécialement formés aux techniques de médiation et agissant dans le cadre des normes professionnelles en usage dans ce secteur (indépendance, neutralité, impartialité, confidentialité). Ils seraient activables sur demande des parties concernées, dans le cadre de conflits du travail ou pour débloquer des négociations dans une impasse.

Il n'est évidemment pas rare que face à un conflit, le gouvernement nomme un médiateur. Il existe également une offre commerciale sur ce créneau d'activité (cf par exemple l'ex ALTEDIA devenu ou racheté par Lee Hecht Harrison (LHH) ou B. Bruhnes Consultant, filiale de BPI Group).

Là, il s'agirait pour les fonctions publiques de disposer d'une offre de médiation « sur étagère », avec des personnes connaissant bien le contexte public et formées aux techniques de médiation.

A titre complémentaire, il pourrait être recommandé par la mission que les accords collectifs intègrent des clauses de règlement amiable des conflits, et notamment le recours possible à une médiation en préalable à la dénonciation de l'accord ou au déclenchement d'un contentieux. Le véhicule pour cette recommandation relèverait de la circulaire d'application plus que de l'ordonnance de l'article 14.

Une préconisation en ce sens serait en cohérence avec un mouvement assez marqué en faveur des techniques de médiation. Ainsi peut-on citer par exemple, dans le domaine des litiges individuels de la fonction publique, l'expérimentation en cours issue de la loi Justice du XXIème siècle et son décret d'application n°2018-101 portant expérimentation d'une procédure de médiation obligatoire avant saisine du juge.

Proposition n° 29 : *Encourager le recours aux techniques de médiation pour la résolution de conflits collectifs ou le déblocage de négociations dans l'impasse ; créer, sous l'égide de la DGAFP, un réseau de médiateurs spécialement formés à cet effet.*

4.6. Développer la formation à la négociation collective

L'ensemble des personnes et des organismes que la mission a auditionnés ont souligné la nécessité de renforcer la formation des élus et des agents de la fonction publique à la négociation collective.

Deux axes de formation sont identifiés par la mission :

- ◆ Le premier porte sur la connaissance du cadre juridique du dialogue social et de ses spécificités dans la fonction publique,
- ◆ Le second porte sur la technique de la négociation : conduite de réunion et d'entretien, maîtrise des jeux d'acteurs, qualité d'écoute, d'argumentation...

Les modules de formation à la négociation collective doivent s'insérer dans les formations initiales mais également, au cours de la vie professionnelle, lors de la prise de nouvelles fonctions qui nécessiteront de maîtriser les techniques de négociation.

4.6.1. Prévoir un module dans les formations dispensées par les écoles de la fonction publique

Si la formation à la négociation et à la résolution de conflits a été introduite dans les cursus de formation initiale des agents de la fonction publique, la formation à la pratique du dialogue social reste absente ou très peu développée.

La mission préconise le développement systématique d'un module, tant pour les écoles de formation de la haute fonction publique que dans les instituts régionaux d'administration et les écoles spécialisées de l'administration.

4.6.2. Systématiser la formation à des moments particuliers de la vie professionnelle

Au-delà d'une sensibilisation intégrée aux formations initiales des fonctionnaires, plusieurs instants de la vie professionnelle des agents publics paraissent opportuns pour acquérir une compétence affirmée dans la conduite du dialogue social.

- ◆ A la prise de fonctions de responsabilités en ressources humaines,
- ◆ A la nomination dans une instance consultative. A cet égard, les auditions ont fait émerger le souhait que ces formations soient suivies simultanément par les représentants de l'administration et des organisations syndicales.

4.6.3. Pour les élus, dans le cadre de leur délégation

Les élus nouvellement chargés d'une délégation de gestion des ressources humaines de la collectivité doivent systématiquement pouvoir bénéficier d'une formation adaptée, articulée avec celle des responsables en ressources humaines de leur collectivité.

SYNTHESE DES PROPOSITIONS

Proposition n° 1 : *Prévoir la possibilité pour la loi et les textes réglementaires de renvoyer à un accord collectif certaines de leurs conditions d'application ; prévoir que, dans cette hypothèse, il leur appartient de renvoyer à l'autorité administrative normalement compétente le soin de définir ces conditions d'application à défaut de conclusion d'un tel accord.*

Proposition n° 2 : *Prévoir la possibilité pour les futurs accords de comporter des clauses contraignant l'administration à agir dans un sens déterminé pour prendre des mesures matérielles.*

Proposition n° 3 : *Exclure la possibilité pour les futurs accords de permettre à l'administration de s'engager contractuellement à faire usage dans un sens déterminé, du pouvoir réglementaire qui lui a été conféré, sauf si elle-même prend des mesures réglementaires d'application des clauses du contrat.*

Proposition n° 4 : *Prévoir qu'un accord local peut soit préciser les conditions d'application d'un accord national soit y déroger, à la double condition que ce dernier prévoit expressément une telle possibilité et que l'accord local améliore l'économie générale de l'accord national dans le respect de ses stipulations essentielles (« principe de faveur »).*

Proposition n° 5 : *Rendre applicables aux futurs accords les règles de consultation des instances représentatives des agents définies par les lois statutaires applicables à chacune des fonctions publiques.*

Proposition n° 6 : *Inclure dans le champ d'application des futurs accords l'ensemble des agents régis par le statut général de la fonction publique, y compris les non titulaires, sous réserve des adaptations à prévoir pour les magistrats administratifs et financiers.*

Proposition n° 7 : *Prévoir qu'un accord négocié au niveau d'un comité social d'administration et qui porterait sur une question d'intérêt commun aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux agents publics du ministère puisse également produire des effets juridiques en ce qui concerne les magistrats ; renvoyer à une réflexion ultérieure les conditions particulières dans lesquels les futurs accords pourront s'appliquer aux magistrats de l'ordre judiciaire, en ce qui concerne les questions qui leur sont spécifiques.*

Proposition n° 8 : *Prévoir que l'autorité administrative compétente pour signer l'accord devra être celle qui aurait été compétente pour prendre l'acte unilatéral ayant le même objet et que les accords devront en principe être portés devant le comité social que préside cette même autorité.*

Proposition n° 9 : *Permettre la conclusion des futurs accords à un niveau inférieur à l'échelon disposant d'un comité social, la condition de représentativité des organisations syndicales devant s'apprécier au niveau du comité social mis en place à l'échelon supérieur.*

Proposition n° 10 : *Reconnaître à terme la personnalité morale des groupements hospitaliers de territoire et permettre aux partenaires sociaux de conclure des accords collectifs dotés d'effets juridiques à cet échelon*

Proposition n° 11 : *Définir une liste de thèmes sur lesquels la conclusion des futurs accords sera possible, sous réserve des questions relevant du domaine relevant de la loi ou du décret en Conseil d'Etat.*

Proposition n° 12 : *Prévoir que les accords pourront être conclus sur les thèmes énumérés à l'actuel article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983 ; expliciter le thème relatif aux conditions et à l'organisation du travail figurant sur la liste actuelle, en ajoutant des références à la restauration, à l'organisation des transports, aux impacts de la numérisation et à la prévention des risques psychosociaux ; compléter le thème relatif à « l'action sociale » figurant dans la liste actuelle par une référence à l'action culturelle, sportive et de loisirs.*

Proposition n° 13 : *Prévoir que les accords pourront également porter sur les thèmes suivants, qui ne figurent pas dans l'actuel article 8 bis :*

- ◆ *les modalités de mise en œuvre des régimes indemnitaires des agents publics ;*

- ◆ *les moyens dévolus aux organisations syndicales ;*
- ◆ *l'accompagnement social des mesures de réorganisation des services ;*
- ◆ *la promotion de l'égalité des chances et de la diversité et de la prévention des discriminations dans l'accès aux emplois et la gestion des carrières de la fonction publique ;*
- ◆ *l'objet et le cadre juridique de négociations à venir ;*
- ◆ *les conditions de rémunérations et de gestion des contractuels.*

Proposition n° 14 : *Confirmer l'exigence selon laquelle un accord est valide s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations habilitées à négocier lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié ; prévoir qu'en cas de liste commune à plusieurs organisations syndicales, celles-ci doivent présenter une déclaration mentionnant le partage retenu au sein de la liste commune.*

Proposition n° 15 : *Engager une réflexion plus approfondie sur la mesure de la représentativité syndicale et la composition des instances représentatives.*

Proposition n° 16 : *Prévoir que les futurs accords devront comporter un préambule sans pour autant que le non-respect de cette formalité puisse entraîner la nullité de l'accord.*

Proposition n° 17 : *Prévoir l'élaboration de conventions types.*

Proposition n° 18 : *Préciser les conditions dans lesquelles les représentants des organisations syndicales représentatives seront habilités à signer les futurs accords, en s'inspirant des dispositions de l'article L. 2231-2 du code du travail.*

Proposition n° 19 : *Prévoir que les futurs accords devront être publiés dans les mêmes conditions que l'acte administratif unilatéral ayant le même objet.*

Proposition n° 20 : *Encourager la mise en place de comités de suivi de l'accord et laisser aux parties à l'accord le soin d'en définir la composition.*

Proposition n° 21 : *Prévoir que l'autorité administrative signataire de l'accord devra transmettre une copie de celui-ci au conseil supérieur de la fonction publique intéressé et que les conseils supérieurs devront transmettre au conseil commun de la fonction publique un bilan des accords dont ils ont eu connaissance au cours de l'année écoulée.*

Proposition n° 22 : *Rendre tous les futurs accords consultables dans une base de données nationale, dont le contenu serait publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable ; mettre en place un système d'information dédié permettant la déclaration en ligne des accords.*

Proposition n° 23 : *Poser la règle selon laquelle les futurs accords pourront être dénoncés sous réserve de respecter un délai de préavis fixé à trois mois, sauf stipulation expresse contraire dans l'accord, tout en réservant la possibilité pour l'autorité administrative de dénoncer l'accord avec effet immédiat lorsque l'urgence et la continuité du service le justifient ; reconnaître en outre à l'autorité administrative une faculté de suspension de l'accord en cas de situation exceptionnelle nécessitant notamment d'assurer la continuité du service public.*

Proposition n° 24 : *Permettre à l'autorité administrative ayant signé ou homologué l'accord de modifier celui-ci par acte unilatéral sous réserve de procéder au préalable à sa dénonciation, totale ou partielle.*

Proposition n° 25 : *Pour les partenaires sociaux, rechercher systématiquement la conclusion d'accords de méthode, tant pour servir de cadre à une négociation donnée qu'à la fixation régulière d'agendas sociaux.*

Proposition n° 26 : *Introduire pour certains sujets une obligation de négocier qui compléterait les cas de négociation d'ores et déjà obligatoires ; permettre d'adapter ce type d'obligation par le moyen d'accords collectifs.*

Proposition n° 27 : *Accompagner la mise en place de cas de négociation obligatoire par une suspension légale ou volontaire temporaire du pouvoir de décision unilatéral de l'employeur, révocable si des considérations d'intérêt général le justifient. Instaurer un droit d'initiative syndical pour provoquer l'ouverture d'une négociation en cas de carence de l'employeur.*

Proposition n° 28 : *Instaurer par la loi dans le droit de la fonction publique le principe d'une obligation de loyauté*

Proposition n° 29 : *Encourager le recours aux techniques de médiation pour la résolution de conflits collectifs ou le déblocage de négociations dans l'impasse ; créer, sous l'égide de la DGAFP, un réseau de médiateurs spécialement formés à cet effet.*

LISTE DES AUDITIONS

Conseil économique social et environnemental

- ◆ Messieurs Luc BERILLE et Jean-François PILLIARD, conseillers

Cour de Cassation

- ◆ Monsieur Bruno CATHALA, président de la chambre sociale, mesdames Anne BERRIAT, avocate générale et Laurence PECAUT-RIVOLIER, conseiller

Organisations syndicales de fonctionnaires

- ◆ **CFDT** - Confédération française démocratique du travail, représentée par mesdames Mylène JACQUOT, Véronique SAUVAGE et Badia AMROUCHE-SAOUDI, Monsieur Bruno LAMY et mesdames Anne MEUNIER et Isabelle SARCIAT-LAFAURIE, Syncass CFDT
- ◆ **CFE-CGC** - Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres, représentée par madame Nathalie MAKARSKI
- ◆ **CFTC** - Confédération française des travailleurs chrétiens, représentée par messieurs Christian CUMIN, Didier LENFANT et madame Awa BURLET
- ◆ **CGT** - Confédération générale du travail, représentée monsieur Baptiste TALBOT et madame Alexandra MEYNARD
- ◆ **FAFP** - Fédération autonome de la fonction publique, représentée par messieurs Pascal KOESTLER, Fabien GOLFIER et Amar AMMOUR, mesdames Caroline CHARRUYER et Martine GRAMOND-RIGAL
- ◆ **FO** - Force ouvrière, représentée par messieurs Christian GROLIER, Didier GUIRIC, Philippe SOUBIROUS, madame Josyane TOURAIN
- ◆ **FSU** - Fédération syndicale unitaire, représentée par messieurs Benoît TESTE, Didier BOURGOIN et Benoît HUBERT
- ◆ **Union syndicale Solidaires**, représentée par mesdames Gaëlle MARTINEZ, Barbara ISSALY, Evelyne NGO et monsieur Aurélien BOUDON
- ◆ **UNSA** - Union nationale des syndicats autonomes, représentée par monsieur Luc FARRE, madame Annick FAYARD et monsieur Alain PARISOT

Organisations représentant les élus, les employeurs et les directeurs de ressources humaines

- ◆ **Coordination des employeurs territoriaux**
Philippe LAURENT, président du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale (CSFPT), Maire de Sceaux
Jean-Robert MASSIMI, directeur général du CSFPT
Delphine DILOISY, conseillère du Président du CSFPT
François DELUGA, président du Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT)

Laurent TRIJOLET, directeur de Cabinet du président du CNFPT

Michel HIRIART, président de la Fédération nationale des centres de gestion (FNCDG)

Thierry SENAMAUD, directeur de la Fédération nationale des centres de gestion (FNCDG)

Cindy LABORIE, responsable des affaires juridiques de la FNCDG

Jérôme BRIEND, conseiller, Assemblée des départements de France (ADF)

Emma CHENILLAT, conseillère, Association des petites villes de France (APVF)

Stéphanie COLAS, conseillère technique, Association des maires de France (AMF)

Ludovic GROUSSET, conseiller, France Urbaine

Simon MAUROUX, responsable du pôle juridique, Assemblée des Communautés de France (AdCF)

Armand PINOTEAU, directeur administratif et financier, Villes de France

- ◆ **FNCDG** – Fédération nationale des centres de gestion : Monsieur Thierry SENAMAUD, directeur, et madame Cindy LABORIE, responsable des affaires juridiques
- ◆ **SNDGCT** – Syndicat national des directeurs généraux des collectivités territoriales : messieurs Stéphane PINTRE, Président, Patrice GIRAUD, premier vice-président national, Emmanuel GROS, vice-président national
- ◆ **Association des DRH des grandes collectivités** : monsieur Johan THEURET, Président, mesdames Mathilde ICARD et Sarah DESLANDES, vice-présidentes
- ◆ **FHF** – Fédération hospitalière française : Madame Amélie ROUX, adjointe au responsable du pôle des ressources humaines
- ◆ **ADRHESS** - Association pour le développement des ressources humaines des établissements sanitaires et sociaux : monsieur Matthieu GIRIER, Président, et madame Marie-Gabrielle VAYSSIERE-BONNET, vice-présidente
- ◆ **CPU** – Conférence des présidents d'universités : messieurs Jean-François BALAUDE, président de la commission des moyens et des personnels, Pascal REGHEM, vice-président, Michel DELLACASAGRANDE, conseiller,

Administrations centrales de l'Etat

- ◆ **Direction générale de l'administration et de la fonction publique** : messieurs Thierry LE GOFF, directeur général, Florian BLAZY, directeur, adjoint au directeur général, Nicolas de SAUSSURE, chef du service du pilotage des politiques de ressources humaines, Xavier MAIRE, sous-directeur de la synthèse statutaire, de la gouvernance et des partenariats, Adrien FRIEZ, sous-directeur des études, des statistiques et des systèmes d'information, et mesdames Julia DI CICCIO, cheffe du bureau du statut général, de la diffusion du droit et du dialogue social et Maelenn FERREIRA-DANIEL, adjointe à la cheffe de bureau
- ◆ **Direction générale des collectivités locales** : messieurs Stanislas BOURRON, directeur général et Christophe BERNARD, sous-directeur, sous-direction des élus locaux et de la fonction publique territoriale
- ◆ **Direction générale de l'offre de soins** : madame Katia JULIENNE, directrice générale et madame Vannessa FAGE-MOREEL, conseillère RH
- ◆ **Direction générale du travail** : madame Anne SIPP, sous-directrice des relations individuelles et collectives de travail, madame Sophie BARON, adjointe à la sous-directrice, et monsieur Rémi THABAUD DEBOTH, chargé d'études

Autres organismes

- ◆ **ANACT** – Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail : monsieur Richard ABADIE, directeur général, madame Anne-Marie NICOT, chargée de mission, et monsieur Fabien FRANCOUT, chargé de mission
- ◆ **Assistance publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP)** : messieurs Pierre-Emmanuel LECERF, directeur général adjoint et Sylvain DUCROZ, directeur des ressources humaines

Personnalités qualifiées

- ◆ Madame Béatrice de LAVALETTE, vice-présidente de la région Ile-de-France, adjointe au maire de Suresnes
- ◆ Monsieur Paul PENY, directeur des ressources humaines de la Caisse des dépôts et consignations, ancien directeur général de l'administration et de la fonction publique
- ◆ Monsieur Fabrice MELLERAY, professeur des universités
- ◆ Madame Carine SOULAY, Conseillère d'Etat, ancienne directrice, adjointe au DGAFP
- ◆ Madame Catherine VINCENT, sociologue, Institut de recherches économiques et sociales (IRES)

LISTE DES CONTRIBUTIONS

La mission a reçu des contributions des organismes suivants :

- ◆ **CFDT** - Confédération française démocratique du travail
- ◆ **CGT** - Confédération générale du travail
- ◆ **FNCDG** – Fédération nationale des centres de gestion
- ◆ **SNDGCT** – Syndicat national des directeurs généraux des collectivités territoriales

ANNEXES

ANNEXE 1 : LETTRE DE MISSION

ANNEXE 2 : ARTICLE 14 DE LA LOI DE TRANSFORMATION DE LA FONCTION PUBLIQUE

ANNEXE 3 : ARTICLE 8bis DE LA LOI N° 83-634 DU 13 JUILLET 1983 PORTANT DROITS ET OBLIGATIONS DES FONCTIONNAIRES

ANNEXE 3 : COMPARAISONS INTERNATIONALES

ANNEXE 4 : AVANT-PROJET D'ORDONNANCE PRISE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 14 DE LA LOI DE TRANSFORMATION DE LA FONCTION PUBLIQUE

ANNEXE 5 : GUIDE DE LA NEGOCIATION A GAINS MUTUELS

Annexe 1 : Lettre de mission



LA MINISTRE DES SOLIDARITÉS
ET DE LA SANTÉ

LE MINISTRE DE L'ACTION
ET DES COMPTES PUBLICS

LA MINISTRE DE LA COHÉSION
DES TERRITOIRES
ET DES RELATIONS AVEC LES
COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

LE SECRÉTAIRE D'ÉTAT
AUPRES DU MINISTRE DE L'ACTION
ET DES COMPTES PUBLICS

Paris, le - 8 NOV. 2019

Nou Réf. : MEPS-D19-00001

Madame la Chargée de mission,

Le Gouvernement souhaite encourager le développement de la négociation au sein de la Fonction publique pour définir, avec les agents et leurs représentants, les solutions collectives les plus adaptées aux enjeux des territoires et des services publics.

La négociation est en effet un levier important pour responsabiliser l'ensemble des acteurs du dialogue social, et il est de nature à améliorer significativement la gestion des ressources humaines et les conditions de travail dans la Fonction publique (par exemple sur des sujets comme l'organisation du temps de travail, la formation, l'égalité professionnelle ou encore la protection sociale complémentaire).

En dépit d'un cadre juridique¹ largement étoffé à la suite des accords de Bercy de 2008 et de la loi du 5 juillet 2010 portant rénovation du dialogue social dans la Fonction publique, qui en assure la transposition, le Gouvernement dresse le constat d'un nombre modéré d'accords conclus tant aux niveaux national que local.

Au niveau inter-Fonctions publiques, seuls quatre accords ont ainsi été conclus sur la base de ces nouvelles dispositions législatives, et cinq ans se sont écoulés entre la conclusion de l'accord du 22 octobre 2013 relatif à la prévention des risques psycho-sociaux dans la Fonction publique, et le dernier accord majoritaire, conclu le 30 novembre 2018 relatif à l'égalité professionnelle dans la Fonction publique.

...

Madame Marie-Odile ESCH
Chargée de mission à la Fédération nationale CFDT
Membre du Conseil économique, social et environnemental
9 place d'Iéna
75575 Paris Cedex 16

¹ Article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

Parmi les causes probables, une trop forte centralisation de la décision administrative, l'absence de portée normative des accords conclus, qui n'engagent pas juridiquement les employeurs publics, voire la difficile articulation entre les niveaux de négociation, en particulier la faible place de l'échelon de proximité, sont fréquemment mises en avant.

Afin de renforcer la place et la portée de la négociation dans la Fonction publique, l'article 14 de la loi de transformation de la Fonction publique habilite le Gouvernement à prendre, par ordonnance, toutes dispositions relevant du domaine de la loi.

Le législateur a ainsi entendu conforter le cadre juridique actuel, notamment « en définissant les cas et conditions dans lesquels les accords majoritaires disposent d'une portée ou d'effets juridiques et, le cas échéant, en précisant les modalités d'appréciation du caractère majoritaire des accords, leurs conditions de conclusion et de résiliation et en déterminant les modalités d'approbation qui permettent de leur conférer un effet juridique ».

Cette innovation majeure pour la hiérarchie des sources du droit en matière de Fonction publique soulève en réalité un large ensemble de questions que le Gouvernement souhaite approfondir, en amont de l'élaboration du projet d'ordonnance.

Le développement d'une négociation à « effet normatif » nécessite tout d'abord de préciser la qualité des autorités compétentes pour négocier et conclure des accords aux niveaux national et local, en termes opérationnels et au regard des autorités disposant du pouvoir réglementaire.

Se pose de manière liée la question de l'articulation des attributions entre les niveaux national et local (en particulier ministériel et déconcentré dans la Fonction publique de l'État), et, en l'absence d'accords nationaux, les conditions et les modalités dans lesquelles des accords locaux peuvent être conclus et déclinés au niveau de proximité.

La consécration d'une portée juridique à l'accord conclu suppose par ailleurs de définir la substance même de l'effet normatif, de prévoir le rôle et les modalités d'intervention du détenteur du pouvoir réglementaire, qui plus est lorsqu'il s'agit d'encourager la négociation de proximité dans les trois versants de la Fonction publique.

L'approche devra probablement être différenciée selon les domaines de négociation qui seraient ouverts à cette nouvelle modalité et il importera d'identifier les thèmes pertinents au regard des enjeux attachés à la portée juridique, soit en posant des critères spécifiques et précis, soit en fixant une liste exhaustive des sujets couverts.

D'autre part, il conviendra de définir les modalités d'approbation des accords permettant, par la suite, de leur conférer un effet juridique et de prévoir leurs conditions de conclusion et de résiliation. En l'état les modalités d'appréciation du caractère majoritaire des accords sont plus exigeantes dans la Fonction publique que dans le secteur privé, et il n'existe pas d'alternative à l'absence de signature par un nombre suffisant d'organisations syndicales représentant au moins la moitié des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles.

Le champ de l'habilitation couvrant les trois versants, la mission qui est confiée s'attachera à tenir compte des spécificités des fonctions publiques territoriale et hospitalière ainsi que des agendas et des enjeux propres à chaque versant (par exemple, le droit à la différenciation des compétences pour les collectivités locales ou la Stratégie nationale de santé 2018-2022) en vue de proposer, le cas échéant, des adaptations.

.../...

En outre, un comparatif avec le régime applicable en droit du travail pourra utilement éclairer les conditions visant à octroyer une portée juridique aux accords majoritaires dans certains cas qu'il importe de définir, sous réserve de dispositions statutaires dites « d'ordre public ».

Nous souhaitons vous confier cette réflexion importante pour l'avenir du dialogue social dans la Fonction publique au regard respectivement de votre expertise pointue en droit de la Fonction publique, de votre expérience en matière de gestion des ressources humaines et de conduite du dialogue social dans la Fonction publique et de votre connaissance fine des pratiques et des enjeux de la négociation collective.

Les conclusions de vos travaux doivent permettre d'éclairer le Gouvernement et de faire émerger un ensemble de mesures cohérent et opérationnel en vue de l'élaboration du projet d'ordonnance pour lequel un délai de quinze mois est prévu, à compter de la publication de la loi de transformation de la Fonction publique.

Nous vous demandons de nous faire part de votre analyse et de vos propositions d'ici la fin décembre 2019. Dans le cadre de cette mission, vous pourrez solliciter les différents acteurs de la négociation dans la Fonction publique : organisations syndicales représentatives, représentants des employeurs publics territoriaux et hospitaliers, directions des ressources humaines, directions ministérielles disposant de réseaux déconcentrés, grandes collectivités et leurs EPCI ainsi que les établissements publics hospitaliers, etc.

Vous pourrez, par ailleurs, vous appuyer sur le bureau du statut général, de la diffusion du droit et du dialogue social de la direction générale de l'administration et de la Fonction publique (DGAFP) pour assurer le suivi logistique et le secrétariat du groupe d'experts, mais aussi sur la direction générale des Collectivités locales (DGCL) et la direction générale de l'Offre de soins (DGOS).

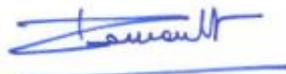
Nous vous prions de croire, Madame la Chargée de mission, à l'assurance de notre considération distinguée.



Agnès BUZYN



Gérard DARMANIN



Jacqueline GOURAULT



Olivier DUSSOPT

Annexe 2 : Article 14 de la loi de transformation de la fonction publique

Titre Ier : PROMOUVOIR UN DIALOGUE SOCIAL PLUS STRATÉGIQUE ET EFFICACE DANS LE RESPECT DES

GARANTIES DES AGENTS PUBLICS

Article 14

Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est habilité à prendre par ordonnances, dans un délai de quinze mois à compter de la publication de la présente loi, toutes dispositions relevant du domaine de la loi afin de favoriser, aux niveaux national et local, la conclusion d'accords négociés dans la fonction publique :

1° En définissant les autorités compétentes pour négocier mentionnées au II de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et les domaines de négociation ;

2° En fixant les modalités d'articulation entre les différents niveaux de négociation ainsi que les conditions dans lesquelles des accords locaux peuvent être conclus en l'absence d'accords nationaux ;

3° En définissant les cas et conditions dans lesquels les accords majoritaires disposent d'une portée ou d'effets juridiques et, le cas échéant, en précisant les modalités d'appréciation du caractère majoritaire des accords, leurs conditions de conclusion et de résiliation et en déterminant les modalités d'approbation qui permettent de leur conférer un effet juridique.

Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de chaque ordonnance.

Annexe 3 : Article 8bis de la loi n° 83-634 du 13 JUILLET 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

CHAPITRE II : GARANTIES

Article 8 bis

Modifié par LOI n°2016-483 du 20 avril 2016 - art. 57

I.- Les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour participer au niveau national à des négociations relatives à l'évolution des rémunérations et du pouvoir d'achat des agents publics avec les représentants du Gouvernement, les représentants des employeurs publics territoriaux et les représentants des employeurs publics hospitaliers.

II.- Les organisations syndicales de fonctionnaires ont également qualité pour participer, avec les autorités compétentes, à des négociations relatives :

- 1° Aux conditions et à l'organisation du travail, et au télétravail ;
- 2° Au déroulement des carrières et à la promotion professionnelle ;
- 3° A la formation professionnelle et continue ;
- 4° A l'action sociale et à la protection sociale complémentaire ;
- 5° A l'hygiène, à la sécurité et à la santé au travail ;
- 6° A l'insertion professionnelle des personnes handicapées ;
- 7° A l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

III.- Sont appelées à participer aux négociations mentionnées aux I et II les organisations syndicales disposant d'au moins un siège dans les organismes consultatifs au sein desquels s'exerce la participation des fonctionnaires et qui sont déterminées en fonction de l'objet et du niveau de la négociation.

Une négociation dont l'objet est de mettre en œuvre à un niveau inférieur un accord conclu au niveau supérieur ne peut que préciser ce dernier ou en améliorer l'économie générale dans le respect de ses stipulations essentielles.

IV.- Un accord est valide s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations habilitées à négocier lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié.

Annexe 4 : Avant-projet d'ordonnance

Article 8-1

[Objet et déroulement des négociations – ex article 8 bis]

I.- Les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour participer au niveau national à des négociations relatives à l'évolution des rémunérations et du pouvoir d'achat des agents publics avec les représentants du Gouvernement, les représentants des employeurs publics territoriaux et les représentants des employeurs publics hospitaliers.

II.- Les organisations syndicales de fonctionnaires ont également qualité pour participer, avec les autorités compétentes, à des négociations relatives :

1° Aux conditions et à l'organisation du travail, et notamment à l'hygiène, à la sécurité et à la santé au travail, au télétravail, à la prévention des risques psychosociaux, aux impacts de la numérisation, à la qualité de vie au travail, à l'accompagnement social des mesures de réorganisation des services et à l'organisation des transports et de la restauration ;

2° A la promotion de l'égalité des chances, et notamment à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, à la prévention des discriminations dans l'accès aux emplois et la gestion des carrières, à la reconnaissance de la diversité et à l'insertion professionnelle des personnes handicapées ;

3° Au déroulement des carrières et à la promotion professionnelle ;

5° Aux modalités de mise en œuvre des régimes indemnitaires ;

4° A l'action sociale, culturelle, sportive et de loisirs et à la protection sociale complémentaire ;

5° A la formation professionnelle et continue ;

6° Aux moyens dévolus aux organisations syndicales ;

7° A la rémunération des agents contractuels.

III.- Sont appelées à participer aux négociations mentionnées aux I et II les organisations syndicales disposant d'au moins un siège dans les organismes consultatifs au sein desquels s'exerce la participation des fonctionnaires et qui sont déterminées en fonction de l'objet et du niveau de la négociation.

~~Une négociation dont l'objet est de mettre en œuvre à un niveau inférieur un accord conclu au niveau supérieur ne peut que préciser ce dernier ou en améliorer l'économie générale dans le respect de ses stipulations essentielles.~~

~~IV.- Un accord est valide s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations habilitées à négocier lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié.~~

Article 8-2

[Conditions d'engagement des négociations]

I.- Les négociations doivent être engagées sérieusement et loyalement.

L'autorité administrative est tenue de communiquer aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et de répondre de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales.

II.- Lorsqu'une négociation a été engagée dans les conditions prévues au présent article, l'autorité administrative compétente pour le négocier ne peut édicter par acte unilatéral des dispositions réglementaires portant sur les questions faisant l'objet de cette négociation que si celle-ci a été suspendue ou interrompue ou si des considérations d'intérêt général le justifient.

Article 8-3

[Exigence du caractère majoritaire de l'accord]

Les accords conclus à l'issue des négociations mentionnées à l'article 8-1 ne sont valides que s'ils ont été signés par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations habilitées à négocier lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié.

Dans l'hypothèse où lors des élections professionnelles mentionnées à l'alinéa précédent, des représentants des agents ont été élus sur une liste commune à plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires, ces organisations doivent présenter une déclaration mentionnant la part des suffrages exprimés que chacune représente au sein de cette liste commune.

Article 8-4

[Type des clauses]

I.- Les accords conclus à l'issue des négociations mentionnées à l'article 8-1 sont susceptibles de comporter des dispositions qui emportent des effets juridiques :

1° des clauses édictant des mesures réglementaires [/ des mesures à caractère général et impersonnel] ;

2° des clauses par lesquelles l'autorité administrative s'engage juridiquement à prendre des mesures réglementaires destinées à mettre en application les clauses mentionnées au 1° ;

3° des clauses par lesquelles l'autorité administrative s'engage juridiquement à entreprendre des actions déterminées n'impliquant pas l'édition de mesures réglementaires ;

4° des clauses juridiquement contraignantes ayant pour objet de préciser l'objet, les conditions de déroulement et le calendrier des négociations entre l'autorité administrative et les

organisations syndicales en vue de la conclusion d'un accord ultérieur ainsi que les modalités de suivi de cet accord.

II.- Les accords mentionnés au I ne peuvent porter sur des décisions individuelles.

Article 8-5

[Clauses réglementaires]

I.- Les clauses mentionnées au 1° du I de l'article 8-4 peuvent avoir pour objet :

1° de préciser les conditions d'application de dispositions législatives, si celles-ci renvoient à un tel accord ;

2° de préciser les conditions d'application de dispositions réglementaires édictées par l'autorité administrative, si celles-ci renvoient à un tel accord, ou de modifier de telles dispositions ;

3° de préciser les conditions d'application des mesures réglementaires édictées par un accord conclu à un niveau supérieur ou, sous réserve que ce dernier prévoit expressément une telle possibilité, d'améliorer l'économie générale d'un tel accord dans le respect de ses stipulations essentielles ;

4° d'édicter des mesures réglementaires portant sur des questions non régies par des dispositions législatives ou réglementaires existantes.

II.- Les clauses mentionnées au I doivent être conformes aux dispositions réglementaires édictées par une autorité administrative hiérarchiquement supérieure à celle ayant conclu l'accord.

Article 8-6

[Agents concernés]

Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 peuvent s'appliquer à l'ensemble des agents publics entrant dans le champ d'application de la présente loi, tel que défini à l'article 2.

Par dérogation au premier alinéa, ces accords ne peuvent s'appliquer aux membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel mentionnés à l'article L. 231-1 du code de justice administrative que lorsqu'ils portent sur des questions d'intérêt commun à ces magistrats et aux autres agents de leur administration ou de leur juridiction d'affectation.

Par dérogation au premier alinéa, ces accords ne peuvent s'appliquer aux magistrats mentionnés aux articles L. 120-1 et L. 212-2 du code des juridictions financières que lorsqu'ils portent sur des questions d'intérêt commun à ces magistrats et aux autres agents de leur administration ou de leur juridiction d'affectation.

Les accords mentionnés au premier alinéa peuvent s'appliquer aux magistrats de l'ordre judiciaire lorsqu'ils portent sur une question d'intérêt commun à ces magistrats et aux autres agents de leur administration ou de leur juridiction d'affectation.

Article 8-7

[Thèmes des accords]

Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 peuvent porter sur les thèmes mentionnés au II de l'article 8-1, sous réserve de ne pas déroger à des dispositions législatives ou à des décrets en Conseil d'Etat.

Article 8-8

[Autorité administrative compétente pour conclure l'accord]

I.- L'autorité administrative compétente pour signer l'accord produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 est celle qui aurait été compétente, selon les cas, pour :

1° édicter l'acte unilatéral ayant le même objet que les clauses mentionnées au 1° du I de cet article ;

2° prendre les mesures mentionnées au 2° du I de cet article ;

3° conclure l'accord à l'issue des négociations mentionnées au 4° du I de cet article.

II.- L'autorité administrative compétente pour signer l'accord en application du I peut autoriser une autre autorité administrative à négocier et conclure l'accord, sous réserve qu'elle procède ensuite à son homologation.

III.- Lorsque l'accord produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 se substitue à un acte unilatéral relevant de la compétence de plusieurs autorités administratives, il doit être signé par l'ensemble des autorités qui auraient été compétentes pour édicter cet acte unilatéral.

Par dérogation à l'alinéa précédent, l'accord peut ne pas être signé par l'une des autorités administratives qui aurait été compétente pour édicter l'acte unilatéral ayant le même objet, sous réserve que cet accord soit ensuite soumis à l'homologation de cette autorité.

IV.- Lorsque l'accord produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 se substitue à un acte unilatéral relevant de la compétence d'un organe collégial, il est signé par l'autorité administrative compétente pour engager et mener les négociations.

L'accord ne peut cependant entrer en vigueur que si l'organe collégial mentionné au premier alinéa a préalablement autorisé l'autorité administrative compétente pour engager et mener les négociations à conclure l'accord ou s'il a procédé à l'homologation de l'accord signé par cette autorité.

L'organe collégial ne peut autoriser la conclusion de l'accord ou homologuer celui-ci que si ses conditions de validité, et en particulier la condition de majorité mentionnée à l'article 8-3, sont satisfaites.

Article 8-9

[Niveau de conclusion des accords]

Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 sont conclus à un échelon administratif qui dispose d'une instance de concertation.

En l'absence d'instance de concertation correspondant à son champ d'application, l'accord peut être conclu au niveau de plusieurs échelons administratifs disposant chacun d'une instance de concertation. Dans cette hypothèse, la condition de majorité mentionnée à l'article 8-3 s'apprécie au niveau de chacune des instances concernées.

Un accord peut être conclu à un échelon administratif inférieur à celui disposant d'une instance de concertation. Dans cette hypothèse, la condition de majorité mentionnée à l'article 8-3 s'apprécie au niveau de l'instance de concertation instituée à l'échelon administratif le plus proche du périmètre des agents publics concernés par l'accord.

Article 8-10

[Consultation des instances représentatives]

Les projets d'accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 doivent être soumis pour avis aux instances de concertation instituées par les lois statutaires à l'échelon administratif au niveau duquel ils ont été négociés lorsque la consultation de ces instances sur les projets d'actes unilatéraux ayant le même objet est requise.

Dans l'hypothèse prévue au deuxième alinéa de l'article 8-9, les projets d'accords doivent être soumis pour avis à l'ensemble des instances de concertation concernées.

Article 8-11

[Habilitation des représentants syndicaux]

Les représentants des organisations syndicales sont habilités à conclure les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4, au nom de l'organisation qu'ils représentent, en vertu :

- soit d'une stipulation statutaire de cette organisation ;
- soit d'une délibération spéciale de cette organisation ;
- soit de mandats spéciaux écrits qui leur sont donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation concernés par l'accord.

Article 8-12

[Mentions obligatoires des accords]

Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 doivent contenir un préambule présentant de manière succincte leurs objectifs et leur contenu. L'absence d'un tel préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'accord.

Ces accords doivent également, à peine de nullité, mentionner les organisations syndicales signataires.

Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 doivent comporter une référence expresse à ces dispositions. En l'absence d'une telle mention, ils ne peuvent produire des effets juridiques que s'il résulte manifestement de la formulation de leurs clauses que les parties ont entendu leur conférer une telle portée.

Article 8-13

[Publicité et entrée en vigueur]

I.- Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 sont publiés dans les mêmes conditions que les actes administratifs ayant le même objet, lorsqu'ils comportent des clauses mentionnées au 1° de cet article.

A défaut de comporter de telles clauses, les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 sont publiés dans le même recueil des actes administratifs que celui où sont publiés les actes édictés par l'autorité administrative signataire ou, le cas échéant, par l'autorité administrative ayant homologué l'accord.

II.- Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 entrent en vigueur le lendemain de leur publication ou à la date qu'ils fixent, sous réserve que celle-ci soit postérieure à la date de cette publication.

Article 8-14

[Information sur le contenu des accords]

Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles le conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat est informé des accords conclus dans la fonction publique d'Etat produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4.

Dans la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière, l'autorité administrative signataire de l'accord transmet sans délai une copie des accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 au conseil supérieur de la fonction publique intéressé.

Les conseils supérieurs de la fonction publique transmettent chaque année au conseil commun de la fonction publique un bilan des accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 dont ils ont été informés en application des alinéas précédents.

Article 8-15

[Base de données]

Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 sont versés dans une base de données nationale et rendus publics, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. Ils sont publiés dans une version ne comportant pas les noms et prénoms des négociateurs et des signataires.

Article 8-16

[Modification des accords]

Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 peuvent être modifiés par des accords conclus dans les mêmes conditions.

Article 8-17

[Remise en cause des accords]

Les mesures réglementaires contenues dans les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 peuvent également être modifiées par :

1° Un acte unilatéral compétemment édicté par une autorité administrative supérieure à celle ayant signé ou homologué l'accord ;

2° Un acte unilatéral compétemment édicté par l'autorité administrative ayant signé ou, le cas échéant, homologué l'accord, sous réserve que celle-ci procède au préalable à la dénonciation totale ou partielle de ce dernier dans les conditions prévues à l'article 8-19.

Article 8-18

[Suspension des accords]

L'autorité administrative signataire de l'accord produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 peut suspendre unilatéralement celui-ci pour une durée déterminée en cas de situation exceptionnelle nécessitant notamment d'assurer la continuité du service public.

La suspension est notifiée par l'autorité administrative aux autres signataires de la convention ou de l'accord.

La publicité de cette suspension est assurée dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Article 8-19

[Dénonciation des accords]

Les accords produisant des effets juridiques en application du I de l'article 8-4 peuvent faire l'objet d'une dénonciation totale ou partielle par les parties signataires.

En l'absence de stipulation expresse dans l'accord, la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation est de trois mois.

Par dérogation à l'alinéa précédent, l'autorité administrative signataire de l'accord peut dénoncer celui-ci sans avoir à respecter de préavis lorsque l'urgence ou la continuité du service le justifient.

La dénonciation est notifiée par son auteur aux autres signataires de la convention ou de l'accord.

La publicité de cette dénonciation est assurée dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Article 8-20

[Dispositions finales]

Les modalités d'application des articles 8-1 à 8-19 sont définies par décret en Conseil d'Etat.

Article 9

Les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans des organismes consultatifs et par la négociation d'accords collectifs par les organisations syndicales représentatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires, à la définition des orientations en matière de politique de ressources humaines (...).

Annexe 5 : Comparaisons internationales

L'étude comparative des pratiques internationales se heurte à des questions méthodologiques qui peuvent en limiter la pertinence. Tout d'abord, la définition du secteur public peut sensiblement différer d'un pays à l'autre. Celui-ci peut inclure des champs d'activité et des organisations très variables. Sur les fonctions régaliennes les plus traditionnelles (police, justice, armée), des différences importantes existent dans la reconnaissance du droit syndical et dans la place accordée à la négociation collective. Le champ de la négociation peut également connaître des différences importantes. Ainsi, le sujet de la rémunération peut être partie ou exclu des accords, même si ceux-ci sont prédominants dans la relation entre l'employeur et les agents du secteur public.

Pour autant, des évolutions se dessinent dans l'ensemble des pays étudiés. On assiste ainsi à une relative régression des régimes statutaires et à une banalisation des règles de gestion des personnels de la fonction publique qui se rapprochent de celles applicables au secteur privé. A minima, la coexistence des deux statuts devient la règle. Une deuxième forme d'évolution consiste en l'introduction de méthodes et d'outils de gestion des ressources humaines issues du secteur privé.

23 des 28 pays européens étudiés par l'OIT ont recours à une forme de négociation collective portant sur les rémunérations et/ou l'organisation du travail. Cinq d'entre eux seulement définissent les rémunérations et l'organisation du travail uniquement par acte unilatéral.

Actes unilatéraux uniquement	Actes unilatéraux et négociation	Négociation uniquement
Belgique Grèce Estonie Hongrie Pologne	Allemagne Bulgarie Chypre Croatie Espagne France Irlande Italie Lettonie Luxembourg Lituanie Malte Pays-Bas Portugal République tchèque Roumanie Royaume-Uni Slovaquie Slovénie	Danemark Finlande Norvège Suède

Les pays nordiques constituent un bloc homogène où le secteur public n'échappe pas à la forte culture de la négociation qui les caractérise. Les négociations sont souvent menées en associant indistinctement secteur public et secteur privé. Cependant, les champs couverts par la négociation collective concernant les fonctionnaires à statut sont parfois plus restreints que ceux concernant les agents contractuels. C'est ainsi le cas de la **Finlande** où les agents contractuels représentent la moitié des effectifs du secteur public.

Au **Danemark**, les négociations collectives centrales associent le ministère des finances et le Comité commun des Organisations centrales (le CFU) qui couvre toutes les organisations des salariés. Pour ce

qui concerne les collectivités locales, les associations centrales des employeurs négocient les conventions collectives avec les Agents et Employés contractuels des Communes (KTO).

La **Suède** ne connaît pas de statut spécial à la fonction publique. Les conditions de travail et de rémunération sont fixées par des conventions collectives négociées entre une agence représentant les employeurs publics et les organisations syndicales.

La majorité des pays associe négociation et actes unilatéraux, de nature législative ou réglementaire. Parmi ceux-ci, certains pays méritent une attention particulière, soit en raison d'évolutions majeures intervenues assez récemment (Italie, Allemagne, Pays-Bas) soit parce qu'ils disposent, comme la France, de mécanismes centralisés coexistant avec des dispositifs d'accords (Portugal, Espagne, Grèce).

Italie

L'Italie a engagé au début des années 90 une profonde réforme de son administration. La réforme initiée en 1993 a étendu aux fonctionnaires, à l'exception des magistrats, des militaires, des policiers et des diplomates, les dispositions du droit du travail. 85 % des fonctionnaires et agents publics sont sous statut de droit privé. Une agence publique, *l'Agencia per la Rappresentanza Negoziabile del pubblico Impiego (ARAN)* représente les douze secteurs - depuis, ce nombre a été réduit - qui organisent l'administration. Cette agence négocie avec les syndicats, au niveau national, deux conventions collectives par secteur, pour les personnels dirigeants d'une part, pour les autres personnels d'autre part. Peuvent participer aux négociations les syndicats représentant au moins 5 % des personnels de chaque secteur.

Les conventions fixent les règles générales de l'emploi public. Sur cette base, chaque administration négocie ensuite avec les mêmes syndicats locaux des conventions collectives d'intégration. La négociation collective, à ses deux niveaux, et le contrat de travail ont remplacé la loi et le règlement dans la fixation des grilles de rémunération, du régime des primes et la détermination des fonctions.

Cette réforme, qui s'est accompagnée d'une gestion par objectifs de performance, a renforcé le principe de rémunération au mérite. Toutefois, la rémunération selon la performance a connu une mise en œuvre très limitée. Les difficultés à définir un système de mesure de la performance, la faiblesse des ressources budgétaires qui pouvaient y être consacrées, l'absence de transparence du système expliquent en partie cet échec.

Concernant particulièrement les relations de travail, les différentes réformes intervenues entre 1990 et 2010 ont eu pour objet de substituer à la suprématie du droit administratif la contractualisation par la négociation collective. Désormais, le juge judiciaire est compétent pour connaître des litiges entre l'administration et les fonctionnaires et agents publics.

Les dernières réformes initiées en 2015 n'apportent pas de modification au droit de la fonction publique mais tentent, une nouvelle fois, de répondre aux critiques constantes dont fait l'objet l'administration italienne : elle n'occupe que la 25^{ème} place en ce qui concerne l'efficacité du secteur public selon le classement réalisé par la Banque mondiale en 2013.

Allemagne

2,9 millions d'agents contractuels représentent désormais 60 % des agents publics. Le pourcentage s'est inversé au cours des dernières années. Cette évolution s'explique pour partie par la réunification et l'intégration de la fonction publique est-allemande. Alors que l'Etat fédéral et les Länder connaissent la dualité de statuts (fonctionnaire/employé), les municipalités ne comprennent qu'un très faible pourcentage de fonctionnaires.

L'état fédéral fixe les principes généraux du statut : il dispose d'une compétence législative cadre sur les structures de carrière et les rémunérations. Les Länder et les municipalités déterminent l'organisation du travail (temps de travail, âge de la retraite...).

Les syndicats de la fonction publique sont associés aux négociations générales au niveau de l'Etat fédéral. Les négociations collectives salariales spécifiques au secteur public, qui ne concernent que les agents contractuels, sont triennales et conduites soit au niveau fédéral soit au niveau des Länder. Ces accords servent souvent de référence pour la fixation des rémunérations des fonctionnaires.

Un accord a été signé en 2018 avec le deuxième syndicat (Verdi) visant à une revalorisation des salaires dans la fonction publique étalée sur trois ans.

Pays-Bas

Les Pays-Bas ont supprimé en 1993 le statut d'agent contractuel, qui était de droit privé. Cette catégorie d'agents est donc en voie d'extinction. Les fonctionnaires disposent d'un statut de droit public mais les conditions d'emploi ont été progressivement rapprochées de celles du droit privé :

- les droits sociaux sont identiques entre public et privé,
- les recrutements sont assurés par appel à candidature et il n'existe pas de formation spécifique aux fonctionnaires,
- la rémunération est fonction de l'emploi et de l'évaluation.

Les conditions de travail et la rémunération sont l'objet de négociations collectives ayant valeur juridique contraignante. Concernant l'Etat, l'employeur est représenté par le ministère de l'intérieur. Quatre organisations syndicales représentatives représentent les salariés.

Portugal

Le Portugal a engagé à partir de 2005 une réforme de son administration publique. Cette réforme est destinée à réduire les effectifs du secteur public et les dépenses publiques mais également à engager l'administration dans la dématérialisation et la simplification de ses procédures.

La réforme de l'administration a reposé sur un rapprochement avec le secteur privé :

- Convergence du système de protection sociale du public avec le régime général. Au 1er janvier 2006, tous les employés du public sont passés dans le régime général de protection sociale.
- Suppression des régimes spéciaux avec la mise en place de trois régimes de carrières :
 - Un statut de fonctionnaire à vie ou pour une durée déterminée : 15% des contrats.
 - Un statut de contractuel de la fonction publique : 65% des contrats.
 - Des mandats exécutifs limités pour les managers, évalués à la performance : 15% des contrats.
- Évolution de carrière non plus basée sur l'ancienneté mais sur la performance (les augmentations de salaire ne sont maintenant accordées qu'en fonction des possibilités budgétaires) – c

Le droit syndical est reconnu aux fonctionnaires. Les organisations syndicales et les employeurs (Etat et collectivités territoriales) négocient des conventions collectives dont le nombre reste très limité. L'accord collectif est transcrit dans le droit portugais par un texte de loi. La négociation collective décentralisée entre les syndicats et les employeurs territoriaux, sans aucune ingérence du gouvernement central, a été reconnue par la Cour constitutionnelle en 2015. Cette dernière a également exigé que les accords soient rendus publics et accessibles à tous les agents de la fonction publique.

Espagne

La Constitution espagnole de 1978 avait prévu que « la loi définira le statut des fonctionnaires publics et règlera l'accès à la fonction publique ». Il faudra cependant attendre 2004 pour qu'une commission d'experts soit chargée de préparer « le statut de base de l'employé public ». Cette commission établit le constat de la faiblesse de la gestion des employés publics, une dualisation entre fonctionnaires et contractuels, l'absence d'un système de carrière et la faible intégration de la performance dans la rémunération des employés publics.

Le vote en 2007 de la loi portant sur « le statut de base de l'employé public » constitue un élément majeur d'un programme de modernisation de l'Etat.

Cette loi a permis la coexistence de deux régimes juridiques : les fonctionnaires relevant du droit administratif et les personnels contractuels relevant du droit du travail. Ces deux formes juridiques se confondent dans la notion d'employé public : est employé public celui qui exerce des fonctions d'intérêt général au sein d'une administration publique, quel que soit son statut.

Concernant plus particulièrement les relations collectives de travail, la Constitution espagnole reconnaît le droit à la liberté syndicale et le droit à la négociation collective des fonctionnaires. Celle-ci ne peut être menée qu'avec les organisations syndicales. La négociation est conduite avec les syndicats représentatifs par application de la règle de proportionnalité.

Il n'existe pas d'obligation de parvenir à un accord. En l'absence d'accord, l'administration peut agir unilatéralement. La règle de l'accord majoritaire n'est pas garantie aux syndicats lors de la négociation. Il n'existe pas d'instance et de procédures de négociation communes aux fonctionnaires et aux agents contractuels.

Une instance générale de négociation, présidée par l'Etat, permet d'associer toutes les représentations des collectivités publiques (Etat, provinces, municipalités) à des négociations communes. Un second niveau associe les collectivités locales (provinces, cantons et municipalités)

Les accords collectifs, une fois approuvés, sont une source normative du statut des fonctionnaires de même niveau que le règlement. Un accord signé à l'issue d'une négociation doit être ratifié par les administrations concernées pour prendre effet. Une fois ratifié, l'accord est directement applicable au personnel, sans attendre la modification de la réglementation concernée. L'administration peut suspendre ou modifier l'application d'un accord au nom de l'intérêt public.

Grèce

Plusieurs réformes ont affecté la fonction publique grecque, dans le cadre de l'accord de refinancement de sa dette publique. Majoritairement, elles ont eu pour effet de permettre une réduction des effectifs et de la masse salariale des emplois publics mais n'ont que peu affecté la structure juridique de l'emploi public.

Les agents publics relèvent de trois régimes différents :

- Les fonctionnaires relevant d'un statut spécifique dont la version initiale date de 1959 (environ 65 % des agents publics) et a été réformée en 1999 ;
- Les employés publics « du régime spécial » relevant essentiellement du droit privé (environ 25%) et bénéficiant de contrats à durée indéterminée ;
- Les agents intérimaires (environ 10 %), présents majoritairement dans l'enseignement et disposant de contrats à durée déterminée.

La réforme administrative qui a conduit à l'émergence de deux niveaux majeurs de collectivités territoriales : les régions et les municipalités. Les personnels d'Etat des préfectures ont été rattachés majoritairement à ces collectivités. Ils relèvent d'un statut particulier très proche cependant du statut des personnels d'Etat.

Une loi de 1999 détermine l'organisation du dialogue social dans la fonction publique. Les accords peuvent porter sur la rémunération, la durée du temps de travail, le régime de sécurité sociale, la formation. Seuls les accords sur la rémunération, le régime de retraite et la création d'emplois ne sont pas contraignants pour l'administration

Les salaires des agents contractuels des collectivités locales et de l'Etat sont déterminés par des conventions collectives conclues entre le ministre des finances, le ministre de l'intérieur et les organisations syndicales.

Une autre façon de produire de tels résultats est définie comme la "négociation à gains mutuels", qui est expliquée dans l'encadré ci-dessous.

Guide de la négociation à gains mutuels

1. Réunion de pré-négociation

- se mettre d'accord sur l'objectif général de la négociation;
- se mettre d'accord pour négocier autant que possible selon une méthode basée sur les besoins;
- exprimer vos propres besoins, intérêts, craintes, préoccupations et attentes;
- chercher à comprendre les besoins, intérêts, craintes, préoccupations et attentes de l'autre partie;
- clarifier les points à négocier, y compris les questions en suspens;
- résoudre tous les problèmes pouvant donner lieu à un règlement facile afin de promouvoir une "culture" de l'accord;
- se mettre d'accord sur la date, l'heure et le lieu de la première négociation.

2. Après la réunion de pré-négociation et avant de commencer les négociations

- déterminer la composition de votre équipe de négociation et se mettre d'accord sur les règles de base pour diriger l'équipe;
- communiquer aux membres de votre organisation les besoins, intérêts, craintes, préoccupations et attentes de l'autre partie;
- être conscient de l'importance de modérer ses attentes dès le début;
- générer des options créatives pour répondre aux besoins, intérêts, craintes, préoccupations et attentes de l'autre partie;
- chercher à obtenir de votre organisation des mandats flexibles, c'est-à-dire des mandats qui vous permettront de satisfaire l'autre partie sans être un obstacle à la négociation basée sur les besoins;
- résister à la tentation de formuler des exigences sur les positions et faire plutôt des propositions basées sur les besoins;
- obtenir autant d'informations que possible pour justifier vos besoins et pour déceler les besoins de l'autre partie;
- déterminer votre meilleure solution de rechange (MESORE) et celle de l'autre partie, et renforcer la vôtre si possible.

3. Au début du processus de négociation

- accueillir l'autre partie à la table des négociations;
- présenter votre équipe;



- régler les détails organisationnels (d'intendance), en particulier:
 - définir les horaires de début et de fin de séance;
 - organiser les pauses-café et le déjeuner;
 - aménager une zone fumeurs;
 - prévoir une tenue vestimentaire décontractée;
 - limiter les interruptions (exemple: éteindre les téléphones portables);
- se mettre d'accord sur les règles de base de la réunion en prévoyant, entre autres, que les participants:
 - suivront autant que possible la procédure convenue;
 - chercheront d'abord à comprendre, puis à se faire comprendre;
 - écouteront attentivement;
 - parleront à tour de rôle et ne s'interrompront pas;
 - seront fermes mais polis et respectueux les uns envers les autres;
- se mettre d'accord sur les règles de base des réunions informelles:
 - les parties peuvent se réunir de manière informelle à n'importe quel moment;
 - les réunions informelles ne pourront avoir lieu qu'après que chaque partie a examiné en détail tous les points soulevés par l'autre partie;
 - la partie qui demande à se réunir de manière informelle doit quitter la pièce;
 - la partie qui demande à se réunir de manière informelle indiquera de façon réaliste la durée probable de la réunion;
 - au cas où la réunion informelle durerait plus longtemps que prévu, la partie qui l'a convoquée devra en informer l'autre partie et fixer un nouvel horaire;
 - réaffirmer votre engagement en faveur de l'objectif de la négociation convenue et d'une négociation basée sur les besoins;
 - convenir que tout ce qui sera dit au cours de la négociation restera confidentiel, sauf s'il en a été convenu autrement;
 - veiller à ce qu'un compte rendu synthétique soit rédigé (exemple: liste de présence) et des enregistrements conservés (points examinés, accords conclus, mesures à prendre après chaque réunion, etc.);
 - veiller à ce que le compte rendu soit distribué à tous les participants à la réunion dans un délai raisonnable.

4. Clarifier et expliquer les enjeux pour les deux parties

- la première partie présente ses besoins, intérêts, craintes, préoccupations, attentes et propositions;

- énoncer de façon collaborative et réaliste les problèmes de la première partie;
- la seconde partie présente à son tour ses besoins, intérêts, craintes, préoccupations, attentes et propositions;
- énoncer de façon collaborative et réaliste les problèmes de la seconde partie;
- les besoins, intérêts, craintes, préoccupations, attentes et propositions des deux parties doivent être analysés en détail;
- reporter et approuver tous les points à soumettre à la négociation;
- convenir d'un ordre pour discuter des problèmes (commencer par les points les plus faciles, les plus urgents ou ceux qui permettront d'éclairer d'autres points);
- si nécessaire, les parties échangent des informations pour faciliter la compréhension de chaque point;
- continuer à clarifier les enjeux en gardant à l'esprit les différents besoins, intérêts, craintes, préoccupations et attentes;
- suivre et orienter les débats;
- identifier les sujets de préoccupation communs et les intérêts divergents.

5. Développer et sélectionner les différentes options pour parvenir à un accord

- traiter un seul problème à la fois; penser à toutes les façons possibles de répondre aux besoins de chaque partie et faire au mieux pour tous;
- proposer des options sans s'engager;
- établir des critères et des principes de base pour évaluer et choisir les options;
- analyser les options pour déterminer lesquelles sont acceptables par les deux parties;
- chercher à influencer l'autre partie et être disposé à se laisser influencer;
- selon les besoins, séparer ou coordonner les problèmes;
- envisager de relier et de négocier les problèmes;
- essayer d'émettre des hypothèses, par exemple "et si... ?";
- envisager la création de groupes de travail ou de commissions chargés d'élaborer des propositions;
- envisager un seul document pour atteindre un consensus;
- continuer à émettre des hypothèses et à chercher des options jusqu'à ce que tous les problèmes aient été résolus;
- identifier les terrains d'entente;
- regrouper toutes les options acceptables dans un accord général;
- minimiser les formalités et conserver les données jusqu'à ce que l'accord final ait été atteint.



6. Parvenir à un accord

- rédiger un projet d'accord;
- veiller à ce que les termes de l'accord soient compris par tous;
- spécifier "par qui, sur quel aspect, où, quand et comment" l'accord sera mis en œuvre;
- régler les détails concernant l'évaluation, la mise en œuvre et le suivi de l'accord;
- envisager une procédure de rapport, y compris l'idée d'une déclaration commune aux organisations concernées;
- inclure la procédure à suivre en cas d'échec de la négociation;
- s'il est difficile de parvenir à un accord final, envisager la possibilité de signer des accords de principe, des projets d'accords, des accords à durée déterminée, des accords partiels, des accords sur des objectifs déterminés, des accords sur le processus;
- dans la mesure du possible, ne pas opter pour la négociation sur les positions;
- si un accord final n'est pas possible, il conviendra de procéder à une analyse réaliste de la situation, de faire des concessions, de faire une pause, de débattre d'autres solutions pour aboutir à un accord (par exemple, l'intervention d'un tiers), de rendre compte de ce qui a été approuvé, et de circonscrire les points restés en suspens.

Source: Centre international de formation de l'OIT: *Processus et techniques de négociation*, Manuel de formation pour les partenaires sociaux, Module 3: *La négociation*, juin 2005, pp. 58-62.

! "MESORE" (meilleure solution de rechange) se réfère à la position de repli d'une partie en cas d'échec des négociations – autrement dit, les autres options possibles. C'est souvent la clé pour comprendre les compromis auxquels chacune des parties doit faire face. Déterminer la meilleure solution de rechange signifie explorer minutieusement chaque solution dont disposent les parties fondée sur le pouvoir et les droits, en vue de parvenir à un accord. La meilleure solution de rechange est le point de départ de toute négociation. Une vision réaliste de la meilleure solution de rechange pour chacune des parties, est décisive pour déterminer le pouvoir de négociation dans toute négociation.