

à Jacques Barthélémy, Avocat – Conseil en droit social,
Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier

Secteur sanitaire et social à but non lucratif : politique conventionnelle

Les colonnes de la revue *Perspectives Sanitaires et Sociales* vont désormais s'ouvrir à l'expression libre de personnalités extérieures, en lien avec le projet stratégique 2014-2020 de la FEHAP. Cette première « Tribune libre » est signée par Jacques Barthélémy, avocat de renom, sur la problématique d'une convention collective unique et étendue pour le secteur sanitaire, social et médico-social privé non lucratif.

La politique de personnel et d'une manière générale la stratégie économique et sociale dans le secteur sanitaire, social, médico-social, médico-éducatif à but non lucratif sont impactées par, d'une part, le fait que les dépenses de fonctionnement sont assumées par l'État, les collectivités locales et (ou) les organismes de sécurité sociale, d'autre part, le nombre élevé de conventions collectives dont certaines ont, en totalité ou en partie, le même champ professionnel. L'une et l'autre de ces caractéristiques

« Représentativité des signataires et application erga omnes sont au demeurant les deux questions les plus identitaires de ce contrat particulier qu'est la convention collective. »

sont influencées par le fait que, hormis dans le secteur sanitaire mais depuis peu, les conventions collectives ne prennent effet, dans le secteur d'activité, qu'après agrément du ministre en charge la sécurité sociale, lequel exerce un pouvoir de tutelle, distinct donc du pouvoir réglementaire du ministre du travail.

Du fait de la « concurrence » d'organisations patronales ayant chacune négocié et conclu une convention collective propre, la situation de la branche en matière de politique conventionnelle donc de statut des personnels est doublement critiquable au nom de l'intérêt général. D'une part, les établissements du secteur ont l'habitude de « faire leur marché », choisissant, en adhérant à telle ou telle organisation,



la convention collective qu'elles ont décidé unilatéralement d'appliquer ; d'autre part, cela induit à la fois des stratégies au nom de la volonté de « mieux vendre » l'organisation patronale et les modalités de gestion du tissu conventionnel. Ces remarques sont d'autant plus importantes que les dépenses de fonctionnement des établissements sont assumées par l'État ou les collectivités locales ou les organismes de sécurité sociale.

Au vu de ce contexte somme toute assez atypique au regard de ce qui vaut dans la plupart des branches, il convient d'analyser l'impact, sur ce secteur professionnel, de la réforme de la représentativité des organisations patronales, avant d'invoquer, dans la perspective de la convention

unique qui en résultera inévitablement, la fonction particulière de la CC51.

Vers l'unicité de convention collective dans le secteur

La convention collective a une nature duale, de règlement certes en raison de son caractère normatif mais aussi de contrat du fait notamment de la qualité de ses actes dont les intérêts contradictoires, opposés sont gommés grâce au compromis, dans une loi commune au sens de l'article 1134 du Code civil. De ce fait, les aspects contractuels sont prééminents, peu important le champ (un ANI a toutefois plus l'apparence d'un règlement qu'un accord d'entreprise) et l'intervention de l'État (un acte étendu a toutefois plus l'apparence d'un règlement du fait que l'acte administratif a pour effet de rendre applicable l'accord au sein des entreprises dont l'employeur n'est pas syndiqué).

Par ailleurs, il y a lieu de distinguer, dans toute convention collective, une partie (normative) intéressant les employeurs et les salariés soumis à l'application du contrat et une partie (contractuelle) régissant les rapports entre les signataires, où le droit des contrats s'exprime pleinement, malgré un régime spécifique lié à la représentativité des signataires compte tenu de l'application erga omnes de l'accord. Représentativité des signataires et application erga omnes sont au demeurant les deux questions les plus identitaires de ce contrat particulier qu'est la convention collective, institution phare du droit du travail. Il n'est pas excessif de prétendre que l'histoire de l'évolution de ce droit, depuis ses origines au début du XIX^e siècle jusqu'à la loi du

5 mars 2014, est marquée par le souci d'affiner ces deux notions au nom de la fonction protectrice génétique du droit du travail.

Le droit positif actuel

Les fondamentaux de la technique contractuelle qui irriguent la convention collective font que le champ de celle-ci est déterminé par celui de compétence du groupement patronal signataire. Cela résulte de la déclinaison du principe de relativité des effets du contrat et de la théorie du mandat. Les aspects contractuels étant toujours prééminents, l'extension ne peut avoir de ce fait pour effet que le champ professionnel d'une convention soit plus vaste que celui du groupement patronal ; sa seule fonction est de rendre applicable l'accord, au nom de la fonction protectrice du droit du travail, au sein des entreprises dont l'employeur n'est pas syndiqué.

L'élargissement par voie réglementaire qui a pour objet l'exportation de l'accord à un autre territoire et (ou) à un autre secteur pour combler les vides conventionnels est enfermé dans des limites étroites justifiées par le même respect des aspects contractuels de la convention collective ; outre qu'il ne peut prospérer qu'en l'absence de partenaires sociaux pouvant valablement négocier, solution à laquelle est logiquement assimilée la carence de négociations (sur quelque sujet que ce soit) durant 5 ans. L'arrêté d'élargissement n'est exempt de critiques au nom d'un excès de pouvoir que si les conditions de travail sont similaires dans la perspective de ne pas bafouer l'économie de la convention.

On notera – dans le même esprit – que l'extension des accords nationaux interprofessionnels n'a pas pour effet de viser une profession dont l'organisation patronale représentative n'est adhérente ni du Medef ni de la CGPME.

La capacité des organisations patronales et syndicales de salariés à valablement négocier et conclure des accords est fondée sur la représentativité dans le secteur concerné. Ceci est bien sûr lié à l'application erga omnes de l'accord, donc à tous les salariés qu'ils soient ou non syndiqués (contrairement à ce qui vaut dans certains

États) et cela explique (notamment) la concurrence de normes entre l'accord collectif et le contrat de travail, donc l'application de la solution la plus favorable (L 2254.1 du code du travail). Pour les syndicats de salariés, on est passé, du fait de la volonté des partenaires sociaux (posi-

« La capacité des organisations patronales et syndicales de salariés à valablement négocier et conclure des accords est fondée sur la représentativité dans le secteur concerné. »

tion commune du 9 avril 2008), d'une règle de représentativité de droit (née d'un arrêté interministériel de 1966) à un régime de représentativité fondé sur l'audience effective mesurée à partir des résultats des élections professionnelles. C'est un progrès mais cette solution a deux défauts : elle mesure l'audience à partir du résultat d'une élection ayant un tout autre objet et elle le fait à partir des votants, de surcroît avec un score de seulement 30% pour pouvoir valablement conclure alors que ce qui est déterminant c'est l'approbation directe ou indirecte, expresse ou tacite de la majorité de la collectivité, donc 50 % des effectifs. Nul doute que ce seuil de 30 % des votants évoluera, ce que l'on constate déjà dans les accords de garanties d'emploi hérités de l'ANI du 11 janvier 2013.

Pour les organisations représentatives d'employeurs, deux problèmes se posent. D'abord et contrairement à ce qui vaut pour les salariés, elles peuvent prendre la forme d'associations à but non lucratif et pas seulement de syndicats ; encore que, s'agissant des conventions susceptibles d'être étendues, le code du travail exige la présence à la table de négociateurs de toutes les organisations syndicales représentatives. Ensuite et surtout, la représentativité doit être effective mais appréciée par le ministre du travail, essentiellement en cas de contestation de la présence aux négociations, donc par le conseil d'État au titre de l'excès de pouvoir contre la décision du ministre. L'audience dans le concert des entreprises est évidemment un critère essentiel. Mais ceci n'a de sens que si la

convention est étendue dès lors que, si elle est ordinaire, elle ne s'impose que dans les entreprises dont l'employeur est adhérent du groupement patronal signataire.

Le nouveau droit né de la loi du 5 mars 2014 et qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2017 gagne à être analysé à la lumière de ce qui précède

On ne s'attardera pas sur l'introduction d'un système de mesure de la représentativité effective à partir de l'audience, car elle est inspirée de celle en vigueur depuis 2008 pour les salariés. À la double différence près que 1) ce dispositif ne vaut que pour le 2^e niveau de négociation celui de la branche et le 3^e celui de l'interprofession puisqu'au niveau de l'entreprise il n'y a qu'un négociateur l'employeur, 2) la comptabilisation des entreprises est plus malaisée car il s'agit non seulement de personnes physiques mais aussi de personnes morales, certaines pouvant être plus ou moins imbriquées dans des ensembles économiques pour lesquelles se pose la délicate question de l'unité ou de la multiplicité d'entreprises.

Dans le secteur sanitaire et social à but non lucratif, cette question va présenter des difficultés particulières en raison du rôle important de l'établissement qui n'est

« L'intention du gouvernement est de réduire à 100 le nombre des conventions collectives, c'est-à-dire un chiffre comparable à celui en vigueur en Allemagne. »

pourtant qu'une composante de l'entreprise. Une autre question est à résoudre, liée à la qualification de convention collective de branche de ce qui n'est, d'un point de vue strictement juridique, qu'une convention collective d'entreprise (la Croix-Rouge, c'est évident, mais peut-être aussi d'autres comme les Centres de lutte contre le cancer (CLCC)).

Les problèmes qui vont se poser en premier seront ceux de l'identification de la branche, donc d'entités économiques consolidées ➤

► ne couvrant qu'une partie du secteur sanitaire, social, médico-social ou médico-éducatif. On y reviendra dans la seconde partie de cet article. Elle est d'autant plus importante qu'il y a concurrence effective dans le secteur autre que sanitaire entre plusieurs organisations. Comment va se mesurer leur audience ? Dans le champ de la convention collective dont elles sont signataires ou sur l'ensemble de ce sous-ensemble ?

Plus importante est, au vu de l'objet de cette étude, la question des moyens donnés au ministre du travail pour favoriser la réduction du nombre des conventions collectives. Le gouvernement n'a pas fait mystère de son intention de réduire à 100 le nombre des conventions collectives, c'est-à-dire un chiffre comparable à celui en vigueur en Allemagne ; cette évolution ne peut que contribuer à l'effectivité du droit, à la sécurité juridique, à la déjudiciarisation des litiges, à la qualification du tissu conventionnel.

Voilà pourquoi il est important de bien appréhender les instruments permettant de favoriser cette évolution, d'autant qu'il faut pouvoir s'appuyer sur une définition de la notion de branche rendue possible par celle de la représentativité patronale.

- Le ministre pourra décider la non publication des informations relatives à l'audience des organisations, tant patronales que de salariés dans un secteur au motif notamment qu'il entend le faire se rapprocher d'un autre dans la perspective de donner vie à une branche. En cela, on porte atteinte au droit de négociation qualifié de fondamental par les chartes européennes ; mais le gouvernement disposera, au nom de l'intérêt général matérialisé par la non-prolifération des branches, d'un but légitime à cette atteinte. Cela justifie au demeurant que l'avis préalable à l'extension de la commission nationale de la négociation collective soit ici renforcé [L2261.31.1] par celui du haut conseil du dialogue social.
- Il pourra aussi plus aisément élargir le champ d'une convention étendue à une profession ou branche voisine, même si ne peut qu'être maintenue, car elle est la conséquence de la nature contractuelle prééminente de toute convention, l'exigence de conditions analogues quant aux emplois exercés. L'entrée en vigueur de l'article L2261.31.1 permettra au

ministre de refuser l'extension, au vu du niveau d'audience insuffisant de l'organisation patronale et – c'est important – d'élargir à cette profession la convention de la «branche» voisine. Une telle faculté serait de nature à jouer un rôle de catalyseur dans le regroupement des conventions collectives, au cas précis dans la création d'une convention unique du secteur sanitaire et social à but non lucratif.

- Enfin, le ministre du travail peut prendre l'initiative de fusionner le champ d'une convention avec celui d'une autre. On comprendra aisément que, eu égard au morcellement du tissu conventionnel dans le secteur, cette voie peut s'avérer très prometteuse. Et ceci pour deux raisons. Les secteurs social, médico-social, médico-éducatif, sanitaire ne sont que des éléments d'un même ensemble donc d'une seule branche. De surcroît, hormis s'agissant du secteur sanitaire, il existe plusieurs organisations patronales qui chacune pilote une convention propre, ce qui n'a aucun sens, économiquement et socialement.

« La question n'est pas de savoir si une convention unique du secteur sanitaire et social à but non lucratif verra le jour, mais quand. »

La difficulté à laquelle va se heurter le ministre du travail dans la mise en œuvre d'une stratégie concernant ce secteur, est évidemment liée au fait que ses moyens sont appelés à se déployer dans le cadre des procédures d'extension. Or les conventions collectives de ce secteur sont des conventions ordinaires. Il sera toutefois possible à l'administration d'avoir recours à la technique d'agrément. Certes ici, le ministre exerce un pouvoir de tutelle liée au fait que les dépenses de fonctionnement sont assumées par l'État et les organismes de sécurité sociale. La doctrine (Xavier Prétot spécialement) estime toutefois que le ministre s'expose à la critique s'il prend un arrêté d'agrément concernant un accord qui contient des dispositions illicites. Cela revient à dire qu'il y a tout de même une exigence de pouvoir réglementaire dans l'exercice de l'agrément. De ce fait, le refus ou mieux l'abrogation de l'agrément pourrait être vecteur de réunification.

Problématiques liées à la (future) convention unique

La question n'est pas de savoir si une convention unique du secteur sanitaire et social à but non lucratif verra le jour, mais quand. De ce fait, les partenaires sociaux de la branche et spécialement les organisations patronales devraient s'y préparer. À cet effet, elles doivent concrétiser non seulement le contenu du tissu conventionnel futur mais aussi la configuration du collège des négociateurs.

Le contenu

Puisque la convention collective unique future doit couvrir l'ensemble du secteur sanitaire et social, son noyau dur doit être composé des dispositions s'appliquant à toutes les activités même si, par des annexes notamment, des dispositifs adaptés à chacune y sont incorporés.

Dans cette perspective, il est une solution qui ne peut qu'être rejetée, celle de la compilation des avantages les plus favorables émanant pour chaque avantage de l'une ou l'autre des conventions. Cela se traduirait par l'incohérence car tel dispositif dans telle convention n'a de sens qu'au vu des textes dans leur ensemble en raison de l'indivisibilité de la convention. En outre, cela remettrait en cause la volonté des parties en déclinant un principe, celui de faveur, qui a perdu beaucoup de sa superbe non seulement, grâce à la technique de dérogation, dans les rapports entre la loi et l'accord mais également, depuis la loi Fillon du 4 mai 2004 inspirée de la déclaration commune de juillet 2001,

« La convention unique ne pourra naître que de la mise à plat, sans doute par dénonciation, de toutes celles existantes. »

entre accords de niveaux différents. Au demeurant si la règle de l'avantage le plus favorable a vocation à décliner un arsenal protecteur de la partie faible au contrat, l'ordre public économique, visant à sa protection, peut se manifester par d'autres moyens, d'ordre procédural notamment, que cette règle qui repose sur la qualification de «mineur social» du salarié qu'il convient de protéger, y compris contre lui-même. Les évolutions des modes d'organisation du travail, influencés par les

progrès des TIC, feront découvrir d'autres instruments de protection, en particulier dans le souci de préserver les droits fondamentaux et libertés individuelles (santé, dignité, travail décent, égalité, protection de la vie personnelle...).

Enfin, cela aurait un coût incompatible avec l'intérêt général qui invite à la maîtrise des dépenses publiques. C'est d'autant plus spécifique que la vision véhiculée actuellement par les conventions existantes – toutes – n'est pas en harmonie avec la civilisation du savoir qui naît peu à peu des progrès des TIC et invite à élever comme instrument de protection sociale l'autonomie et la responsabilité individuelle du «travailleur».

La convention unique ne pourra naître que de la mise à plat, sans doute par dénonciation, de toutes celles existantes. Mais cela rend indispensable la négociation d'un accord de méthode destiné à bâtir les règles de conduite de la négociation mais aussi définissant les hommes qui engageront contractuellement les négociations. Dans le cadre de cette négociation doit être en premier défini le paysage des négociateurs, affiné en fonction de l'audience dans le champ global de la future convention unique.

Il est de l'intérêt général de ne pas aborder les négociations thème par thème d'autant que les signataires de l'ANI d'avril 2013 ont, s'agissant de la négociation sur la qualité de vie au travail (appréhendée comme un investissement pour l'entreprise en même temps qu'un moyen de promouvoir le droit et les libertés de l'Homme), posé en postulat que la négociation unique sur un ensemble de thèmes est vectrice de plus grande valeur ajoutée, voire de productivité. Il est de fait que la mobilité, professionnelle et géographique, l'employabilité dans sa double fonction d'adaptation des compétences aux postes et d'acquisition des qualifications au service de l'emploi, la santé, la protection sociale servent à la fois l'efficacité économique et la protection du travailleur. Il faut sans doute aller plus loin. Ne pas mettre en place –ici et maintenant– la convention collective unique du secteur sanitaire et social à but non lucratif, c'est compromettre les chances d'une évolution forte des établissements dans l'intérêt général, donc sa survie face au secteur public et au secteur à but lucratif.

Le projet et les actions

On peut comprendre les réflexes à finalité corporatiste de chacune des organisations existantes. Encore qu'un groupement patronal n'étant qu'un moyen au service de la collectivité des entreprises d'une branche, cet intérêt est secondaire. Puisque l'intérêt général induit la construction d'une convention unique, le réflexe normal devrait être celui d'admettre la disparition de telle ou telle organisation et (ou) son rattachement à une autre. Le réflexe de propriétaire n'a ici aucun sens et il n'y a pas de place pour des égos en cette matière !

La CC51 est la seule qui couvre l'ensemble du secteur. La concurrence dans des espaces professionnels plus réduits entre organisations patronales ayant chacune leur propre convention collective, se traduit nécessairement par une concurrence avec la CC51. La CC66 traite des mêmes sujets et pour les mêmes populations, sauf que ce qui concerne le secteur social et médico-social est l'objet exclusif de la 66 tandis que ce n'est qu'une partie de celui de la 51.

« Il y a lieu de se pencher sur l'identification des organisations patronales capables juridiquement de négocier ce tissu conventionnel unique. »

Que les négociations aient lieu en vue de l'adaptation du tissu émanant de l'une et l'autre en ce qui concerne le secteur social est légitime mais ceci ne saurait remettre en cause la cohérence entre ce qui, dans la 51, concerne ce sous-secteur et ce qui concerne le sanitaire, n'oublions pas qu'une convention collective est un tout indivisible. S'agissant de convention, comme celle de la Croix-Rouge, dont le champ en fait une convention d'entreprise, la primauté de la 51 est encore moins contestable puisque la question devrait se résoudre sur le terrain de la hiérarchie entre les normes. Enfin, l'UNIFED n'a été créée que pour permettre l'accès à la technique de dérogation, due à l'adaptation des normes au contexte particulier, dès lors que la dérogation ne pouvait naître que d'un accord étendu ; cette raison d'être a disparu dès lors que, en matière de durée du travail, principal domaine de la dérogation, on a, depuis la loi du 20 août 2008, ren-

versé la hiérarchie des normes, l'accord d'entreprise étant le droit commun, la convention de branche ne s'appliquant qu'à défaut et le règlement seulement en l'absence de tissu conventionnel. Cela renforce au demeurant l'intérêt d'une convention unique, dont une partie du contenu devrait être affectée à la définition de ce qu'on peut appeler «l'ordre public professionnel» c'est-à-dire ce à quoi un accord d'entreprise ne peut déroger ainsi qu'aux moyens de mise en œuvre de telles dérogations en matière aussi bien de procédures de négociation que d'audience des organisations capables juridiquement de signer des accords dérogatoires à la convention collective. Puisque la CC51 est, par son champ, le nécessaire réceptacle de la future convention de la branche, il y a lieu de se pencher sur l'identification des organisations patronales capables juridiquement de négocier ce tissu conventionnel unique, car la règle des 8 % sera appréciée nécessairement pour l'ensemble du secteur et donc pas seulement sur une partie. Il faudra aussi déterminer des règles de conduite dans le camp patronal pour que soit préservée l'unité de stratégie dans les négociations ; le spectacle dans certaines branches où cohabitent plusieurs organisations est tout simplement affligeant et cela ne sert pas l'intérêt général. Sans doute faudra-t-il, au-delà, susciter des stratégies de fusion entre organisations patronales.

Sans doute conviendra-t-il (dans la recherche de l'intérêt général) de définir le périmètre utile de cette convention qui sans doute gagnerait à avoir un champ plus large que celui de la CC51 actuelle. Voilà sans doute un enjeu à partir duquel le rapprochement entre organisations existantes pourrait être facilité. Ce sera le mot de conclusion.