



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° D2412381	
Décision attaquée : 9 novembre 2023 de la cour d'appel de Paris	

Syndicat Fédération CFTC Santé-Sociaux et autre C/ Association Confédération des employeurs du secteur sanitaire, social et médico-social et autres	
Sophie Canas, avocate générale	AVIS de l'avocat général

Le présent pourvoi porte sur la restructuration des branches professionnelles au sein du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif et pose plus particulièrement la question de savoir quelles sont les organisations syndicales qui doivent être appelées à négocier une convention collective unique ayant vocation, à terme, à s'appliquer à l'ensemble des entreprises et des salariés de ce secteur.

1. Les conventions et accords collectifs ont pendant longtemps essentiellement été conclus au niveau des branches professionnelles. Ce constat doit aujourd'hui être relativisé en raison du renforcement de la négociation collective en entreprise et de l'évolution des règles d'articulation entre les différents niveaux conventionnels, parachevés par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017. Mais les branches conservent un rôle central, eu égard aux missions qui leur sont confiées ¹, aux domaines dans lesquels la primauté de l'accord de branche subsiste ² et à la faculté ouverte au ministre chargé du travail de recourir à la technique de l'extension ³.

La branche ne fait pourtant l'objet d'aucune définition légale. Elle est traditionnellement assimilée au champ d'application territorial et professionnel d'une convention collective conclue par les organisations syndicales et patronales, et d'ailleurs généralement répertoriée par le ministère du travail sous le code identifiant de la convention collective

(IDCC) dont elle couvre le champ. Elle a ainsi vocation « *à rassembler des entreprises présentant des conditions économiques et sociales analogues, de sorte qu'elles peuvent être aisément soumises à la même convention collective, c'est-à-dire à la même " loi professionnelle "* » ⁴.

Jusqu'à une date récente, la détermination du champ d'application de la convention collective dépendait exclusivement des choix opérés par les partenaires sociaux ; la négociation pouvait dès lors avoir lieu dans un champ d'activités ou territorial très restreint et donner naissance à des « micro-branches ». Il en est résulté un émiettement des branches professionnelles : en 2011, sur 700 conventions collectives en vigueur (hors secteur agricole), la moitié avait un champ d'application seulement régional ou local et plus de 60 % couvraient moins de 5 000 salariés ⁵.

Estimant que ce morcellement « *nuit à la vitalité et à l'efficacité du dialogue social* » ⁶, les pouvoirs publics ont décidé d'engager une vaste réforme avec l'objectif affiché de remplacer ce paysage conventionnel disparate par une centaine de branches professionnelles, mieux à même de remplir leurs missions ⁷. C'est ainsi que la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi et la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ont institué puis renforcé des instruments de restructuration des branches. Ce dispositif juridique, qui consiste à fusionner les champs d'application professionnels et territoriaux de plusieurs conventions de branche, a ensuite été complété, à la marge, par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective et la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

La notion de « branche professionnelle », laquelle est constituée par de vastes ensembles conventionnels, revêt alors un sens différent de celui qui lui est habituellement prêté : « *Il s'agit alors d'entendre la branche restructurée de manière " institutionnelle " , autrement dit comme un cadre rationalisé de l'organisation professionnelle* » ⁸.

2. Le régime de la restructuration des branches, issu des lois et ordonnance précitées, est fixé par les articles L. 2261-32 à L. 2261-34 du code du travail, qui distinguent selon que la fusion est opérée par la voie d'un arrêté ministériel (la fusion est dite administrative) ou par la voie conventionnelle (la fusion est dite volontaire) :

- Dans le premier cas, le ministre chargé du travail peut, « *eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles* » et après avis motivé de la commission nationale de la négociation collective, décider de fusionner le champ d'application d'une convention collective d'une branche (la branche rattachée) avec celui d'une convention collective d'une autre branche (la branche de rattachement) présentant des conditions sociales et économiques analogues, sous réserve que l'un des critères énoncés par le paragraphe I de l'article L. 2261-32 soit rempli ⁹ ;

- Dans le second cas, la fusion (qualifiée alors par le législateur de « regroupement ») résulte, selon les termes du premier alinéa de l'article L. 2261-33 du code du travail, de la conclusion par les partenaires sociaux « *d'un accord collectif regroupant le champ de plusieurs conventions existantes* », dit **accord de champ ou accord de regroupement**. Si aucune disposition légale ne précise les conditions de négociation d'un tel accord, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser, dans un arrêt publié du 21

avril 2022, que « *lorsque les partenaires sociaux décident, en vertu du principe de la liberté contractuelle, de procéder à la fusion de plusieurs branches professionnelles existantes, doivent être invitées à cette négociation, en application du principe de concordance, toutes les organisations syndicales représentatives dans une ou plusieurs des branches professionnelles préexistantes à la fusion* » ¹⁰. Dans cette affaire, relative à la restructuration du secteur du bâtiment, le regroupement des champs conventionnels résultait d'un accord ayant, d'une part, procédé à la fusion des quatre branches collectives couvrant ce secteur pour en créer deux nouvelles et, d'autre part, instauré deux commissions paritaires permanentes de négociation et d'interprétation (CPPNI) ¹¹ en vue de la négociation de deux conventions collectives nationales. La chambre sociale a approuvé la cour d'appel qui, ayant constaté que l'UNSA était représentative dans le champ couvert par l'une des quatre branches professionnelles préexistantes à la fusion, en a déduit qu'elle avait vocation à participer à la négociation de l'accord litigieux. Ainsi, comme le relève le commentaire de cette décision paru à la Revue de jurisprudence sociale, « *la concordance entre périmètre de la représentativité et champ d'application de l'accord de fusion des branches s'apprécie au niveau de l'ensemble des branches professionnelles réunies, et non au niveau des futures branches professionnelles* » ¹², de sorte qu'à ce stade, il importe peu qu'une mesure de la représentativité des organisations syndicales dans le périmètre de la ou des branches nouvellement créées n'ait pas encore eu lieu.

Dans l'un et l'autre cas – c'est-à-dire que la fusion soit administrative ou volontaire –, l'article L. 2261-33 du code du travail prévoit que « *les stipulations conventionnelles applicables avant la fusion ou le regroupement, lorsqu'elles régissent des situations équivalentes, sont remplacées par des stipulations communes, dans un délai de cinq ans à compter de la date d'effet de la fusion ou du regroupement* ». Ainsi, la fusion ne constitue que le point de départ du processus de restructuration. Dans l'attente de l'aboutissement des négociations sur cet **accord de remplacement** et pendant un délai maximal de cinq ans, les stipulations des conventions collectives fusionnées continuent de s'appliquer, chacune dans leur champ d'origine, alors même qu'il n'existe plus qu'une branche unique. Mais, à l'issue de ce délai, si aucun accord n'est conclu, le troisième alinéa de l'article L. 2261-33 prévoit que « *les stipulations de la convention collective de rattachement s'appliquent* ». Les stipulations des anciennes conventions collectives cessent alors de s'appliquer, le Conseil constitutionnel ayant toutefois, dans sa décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, formulé une réserve d'interprétation selon laquelle « *ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte excessive au droit au maintien des conventions légalement conclues, mettre fin de plein droit à l'application des stipulations de la convention collective de la branche rattachée qui régissent des situations spécifiques à cette branche* » ¹³.

Enfin, l'article L. 2261-34 du code du travail précise les **règles de participation à la négociation collective pendant la période transitoire de cinq ans**, qui ont vocation à s'appliquer à tous les accords conclus pendant cette période et, en particulier, à l'accord de remplacement. Il dispose notamment que, jusqu'à la mesure de la représentativité qui suit la fusion administrative ou la conclusion de l'accord de champ, sont admises à négocier les organisations syndicales représentatives dans le champ d'au moins une branche préexistant à la fusion ou au regroupement ¹⁴. Ainsi, jusqu'à la fin du cycle de représentativité syndicale en cours au jour de la fusion ou du regroupement, toutes les organisations syndicales qui étaient représentatives dans les anciennes branches participent aux négociations dans le champ de la nouvelle branche. En revanche, lorsqu'à

l'issue du nouveau cycle électoral, la liste des organisations syndicales représentatives au niveau de la nouvelle branche est arrêtée, les organisations qui ont perdu leur représentativité ne peuvent plus participer aux négociations, quand bien même celles-ci porteraient sur l'un des anciens champs au sein duquel elles étaient auparavant représentatives. Comme l'a jugé le Conseil d'État, à compter de cette date, « *la négociation d'accords de révision des stipulations conventionnelles résultant des conventions collectives faisant l'objet de la fusion ou du regroupement n'incombe qu'aux organisations syndicales reconnues représentatives dans le champ de la nouvelle branche* » [15](#).

Dans sa décision n° 2019-816 QPC précitée, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le fait de priver les organisations syndicales de salariés représentatives dans les anciennes branches de la possibilité de signer l'accord de remplacement ou une nouvelle convention de branche lorsqu'elles ont perdu leur représentativité dans la nouvelle branche ne méconnaît pas la liberté contractuelle et le droit au maintien des conventions légalement conclues* ». Cependant, dans le cas particulier où les organisations représentatives dans chacune des branches fusionnées ont, dans le délai de cinq ans, entamé la négociation de l'accord de remplacement avant la mesure de l'audience suivant la fusion, il a formulé une réserve d'interprétation selon laquelle les dispositions du premier alinéa de l'article L. 2261-34 ne sauraient « *être interprétées comme privant les organisations d'employeurs et de salariés, en cas de perte de leur caractère représentatif à l'échelle de la nouvelle branche à l'issue de la mesure de l'audience suivant la fusion, de la possibilité de continuer à participer aux discussions relatives à l'accord de remplacement, à l'exclusion de la faculté de signer cet accord, de s'y opposer ou de s'opposer à son éventuelle extension* » [16](#).

Ainsi, comme l'a souligné M. Jean-François de Montgolfier dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'État précitée, « *les organisations syndicales qui étaient représentatives dans l'une des branches regroupées conservent deux droits. En vertu de la lettre de l'article L. 2261-34, elles demeurent admises à négocier jusqu'à la mesure de la représentativité qui constate qu'elles ne sont plus représentatives. En vertu de la réserve du Conseil constitutionnel déjà évoquée, elles conservent, même après la perte de leur représentativité, le droit de participer aux discussions relatives à l'accord de remplacement sans pouvoir ni le signer, ni s'y opposer* ».

3. Dans la pratique, et conformément d'ailleurs au souhait du législateur de conférer un caractère supplétif à la fusion administrative, la majorité des restructurations a été opérée par voie conventionnelle [17](#).

Mais, ainsi que l'a observé M. Pierre Romain dans son rapport non définitif sur la restructuration des branches professionnelles, le cadre juridique de la fusion volontaire est « *moins clair* » que celui de la fusion administrative, de sorte que, dans certaines branches, les partenaires sociaux ont fait le choix de ne pas procéder en deux temps (négociation d'un accord de champ, puis d'un accord de remplacement pendant le délai de cinq ans), comme le prévoient les dispositions précitées du code du travail, mais de « *fusionner [r] directement sans passer par ces dispositions en négociant une convention collective unique, sans avoir conclu préalablement un accord de champ* » [18](#).

Par ailleurs, dans certains secteurs à l'architecture complexe, organisés autour de multiples conventions collectives couvrant des champs territoriaux et professionnels distincts, la conclusion d'accords collectifs dont le périmètre comprend plusieurs ou

l'ensemble des conventions collectives du secteur a pu constituer une première étape vers un rapprochement des branches. De tels accords ont par exemple été conclus dans le secteur de la métallurgie ou dans le secteur du bâtiment sur des sujets se prêtant à une négociation élargie, tels que l'aménagement et la réduction du temps de travail ou la formation continue.

Saisis de ces pratiques, le Conseil d'État comme la Cour de cassation ont admis, au nom de la liberté contractuelle – qui, en matière de négociation collective, découle des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 – que les partenaires sociaux pouvaient librement définir le périmètre d'application de leur accord. Ainsi, par deux décisions du 4 novembre 2020, le Conseil d'État a jugé que *« sans préjudice de l'application des règles d'appréciation de la représentativité des organisations syndicales propres aux accords interbranches ou aux accords de fusion de branches, le ministre chargé du travail est compétent pour, s'il y a lieu, arrêter, sous le contrôle du juge administratif, la liste des organisations syndicales représentatives et leurs audiences respectives dans un périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir, y compris lorsque celui-ci ne correspond pas à une " branche professionnelle " au sens de l'article L. 2122-11 du code du travail »* ¹⁹. Tirant les conséquences de ces décisions, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser, dans un arrêt du 10 février 2021, que *« les partenaires sociaux qui souhaitent négocier dans un champ professionnel qui n'a pas donné lieu à l'établissement d'une liste des syndicats représentatifs par arrêté du ministère du travail en application de l'article L. 2122-11 du code du travail ou à l'issue d'une enquête de représentativité en application de l'article L. 2121-2 du même code doivent, avant d'engager la négociation collective, demander, dans les conditions précitées, à ce qu'il soit procédé à la détermination des organisations représentatives dans le champ de négociation pour s'assurer que toutes les organisations syndicales représentatives dans ce périmètre sont invitées à la négociation »* ²⁰. Selon le commentaire de cet arrêt paru au Rapport annuel , *« Il résulte ainsi de ces décisions complémentaires du Conseil d'État et de la Cour de cassation qu'en l'état du droit positif, la notion de branche, à laquelle le législateur n'a jamais souhaité donner de définition ou de contour précis jusqu'à présent, n'est pas figée par les contours dessinés par les conventions collectives nationales signées au fil du temps sur certains périmètres par les partenaires sociaux. Il peut y avoir négociation collective utile sur un champ qui couvre, totalement, ou partiellement, plusieurs périmètres. Mais il faut alors que puisse être établie par le ministère du travail la liste des organisations patronales et syndicales représentatives et leur audience respective sur ce champ jusqu'alors non identifié . Cette obligation préalable qui pèse sur les organisations professionnelles et syndicales qui sont à l'initiative de cette négociation participe tant du respect du principe de concordance que du principe de loyauté de la négociation collective »*.

Dans le prolongement de cet arrêt ainsi que de celui, précité, du 21 avril 2022, la chambre sociale a par la suite jugé, dans une affaire concernant à nouveau le secteur du bâtiment, que *« si les partenaires sociaux, en application du principe de la liberté contractuelle, sont libres de décider, pour la mise en oeuvre de l'article L. 2232-9, alinéa 1, du code du travail, du périmètre de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation et, dès lors, du champ d'application de la convention collective de la branche correspondante, et ainsi d'instaurer une telle commission après avoir procédé à la fusion de branches existantes , en revanche, en application du principe de concordance, ils doivent obtenir, préalablement à la négociation au sein de cette commission d'une convention ou d'un accord de branche , un arrêté de représentativité des organisations*

syndicales dans le périmètre de la nouvelle branche créée dans les conditions prévues par les articles L. 2122-11 et L. 2121-2 du code du travail » [21](#).

4. Le **secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif**, qui emploie plus de 800 000 salariés, présente un paysage conventionnel qui s'est progressivement complexifié comprenant actuellement plusieurs conventions de branche, dont notamment :

- la convention collective nationale (CCN) des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951 (dite CCN 51) ;
- la CCN de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 1^{er} mars 1966 (dite CCN 66) ;
- la CCN des centres de lutte contre le cancer du 1^{er} janvier 1971, remplacée ensuite par la CCN des centres de lutte contre le cancer du 1^{er} janvier 1999 ;
- la convention collective des centres d'hébergement et de réinsertion sociale de 1974 (accords CHRS), dont le champ a fusionné avec celui de la CCN 66 par arrêté ministériel du 5 août 2021 ;
- la CCN des médecins spécialistes qualifiés au regard du conseil de l'ordre travaillant dans les établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 1^{er} mars 1979, dont le champ a fusionné avec celui de la CCN 66 par arrêté ministériel du 16 novembre 2018.

Le personnel de la Croix-Rouge française est par ailleurs soumis à un accord d'entreprise, à savoir la « *Convention collective du personnel salarié de la Croix-rouge française* » du 3 juillet 2003 (qui a remplacé un précédent accord signé en 1986).

Face à ce morcellement et au chevauchement des champs qui en résulte, faisant obstacle à l'extension des conventions de branche précitées, « *le projet de fusion [...] est un vieux serpent de mer qui agite et divise les syndicats de salariés et d'employeurs du secteur depuis plusieurs décennies* » [22](#), cela sous le regard attentif des pouvoirs publics puisque les différentes structures de ce secteur présentent la spécificité d'être financées, directement ou indirectement, par l'État, les collectivités territoriales ou les organismes de sécurité sociale. C'est ainsi que, née de la volonté des partenaires sociaux de définir un socle commun pour les salariés du secteur, la « **branche sanitaire sociale et médico-sociale à but non lucratif** », dite « **BASS** », a été créée en 1993, à l'occasion de la signature d'un accord portant création de la commission paritaire nationale de l'emploi (CPNE) [23](#) conclu entre plusieurs organisations d'employeurs regroupées au sein de l'Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs du secteur sanitaire, social et médico-social privé à but non lucratif (UNIFED) et diverses organisations syndicales.

Plusieurs autres accords ont par la suite été signés dans ce cadre [24](#), et en particulier un **accord n° 2005-03 du 18 février 2005** ayant pour objet de déterminer le champ d'application professionnel et territorial des accords conclus dans la « BASS », qui a été étendu par arrêté du 6 avril 2005 et modifié par avenants des 23 juin 2005, 20 mai 2009 et 15 juin 2016. Toujours dans ce cadre, un **accord du 7 mai 2015 relatif à la formation professionnelle** « *applicable dans le champ dévolu à la branche sanitaire, sociale et médico-sociale privée à but non lucratif défini par l'accord étendu n° 2005-03 du 18 février*

2005 et ses avenants » a été signé entre l'UNIFED et la FNSS CFDT, puis étendu par arrêté du 4 février 2016 et modifié par divers avenants, eux-mêmes étendus.

Le 17 avril 2019, la confédération des employeurs du secteur sanitaire, social et médico-social privé à but non lucratif (l'AXESS), succédant à l'UNIFED, a été créée par la fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne (FEHAP), NEXEM, Unicancer ²⁵ et la Croix-Rouge française avec pour objet statutaire de porter la représentativité de ce secteur et de favoriser la négociation d'une convention collective unique. Elle a signé avec la CGT un **accord n° 2019-02 du 29 octobre 2019** « *visant à installer la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation (CPPNI) et à mettre en place une association paritaire pour le financement des instances paritaires dans le secteur des activités sanitaires, sociales et médico-sociales privé à but non lucratif* », la CPPNI ayant pour mission « *de négocier des accords ayant vocation à être étendus couvrant l'intégralité des entreprises de son champ d'application tel que défini par l'accord n° 2005-03 du 18 février 2005 et de ses avenants* ». Cet accord a été étendu par arrêté du 2 juillet 2021.

Plusieurs **arrêtés ministériels du 6 octobre 2021** ont fixé la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans le secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif. La CFDT, la CGT, la CGT-FO et l'union syndicale Solidaires ont ainsi notamment été reconnues représentatives « *dans le champ de l'accord du 7 mai 2015* » précité (c'est-à-dire dans le champ de la « BASS »), ainsi que dans la branche des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées, des médecins spécialistes qualifiés au regard du conseil de l'ordre travaillant dans des établissements et services pour personnes inadaptées ou handicapées et des centres d'hébergement et de réadaptation sociale ²⁶. Ni la CFE-CGC ni la CFTC ne sont donc représentatives dans le champ de la « BASS ». Ces deux organisations syndicales ont en revanche été reconnues représentatives dans le champ d'autres conventions collectives relevant de ce secteur, et en particulier dans la CCN 51, aux côtés de la CFDT, de la CGT et de la CGT-FO. La CFE-CGC a également été reconnue représentative dans la CCN des centres de lutte contre le cancer, aux côtés de la CGT-FO, de la CGT, de la CFDT, de l'union syndicale Solidaires et de l'UNSA.

À la suite d'une **résolution de l'assemblée générale extraordinaire de la CPPNI du 17 février 2022**, des négociations ont été engagées afin de mettre en place une convention collective unique étendue (CCUE) ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des entreprises et salariés de la « BASS ». Une commission mixte paritaire a ensuite été mise en place et, depuis le 24 mai 2022, les négociations se déroulent en son sein entre, d'une part, l'AXESS et, d'autre part, les organisations syndicales reconnues représentatives dans le champ de la « BASS » ²⁷.

5. C'est dans ce contexte que le présent litige est né, la fédération française de la santé, de la médecine et de l'action sociale (CFE-CGC santé-social) et la fédération CFTC santé-sociaux (ci-après les fédérations CFE-CGC et CFTC) ayant demandé, dès le mois de mars 2022, à être invitées à participer aux négociations de la CCUE et l'AXESS s'y étant opposée au motif que les négociations ne pouvaient se dérouler qu'avec les organisations syndicales représentatives sur le périmètre de la « BASS ».

Les fédérations CFE-CGC et CFTC ont alors saisi le tribunal judiciaire de Paris aux fins, notamment, de voir enjoindre à l'AXESS de les inviter à chaque réunion de négociation

envisagée au niveau du périmètre du secteur sanitaire, social et médico-social privé à but non lucratif portant sur la construction d'une CCUE.

Par arrêt confirmatif du 9 novembre 2023, la cour d'appel de Paris a rejeté l'ensemble de leurs demandes.

Les fédérations CFE-CGC et CFTC ont formé un pourvoi en cassation, au soutien duquel elles présentent un **moyen unique, articulé en quatre branches**. Elles font en substance valoir que les organisations patronales et syndicales représentatives dans le champ de la « BASS » ont engagé des négociations en dehors du cadre juridique fixé par les articles L. 2261-33 et L. 2261-34 du code du travail, que leur décision de négocier une CCUE ayant vocation à se substituer aux stipulations conventionnelles préexistantes a le même effet que la négociation d'un accord de regroupement et que, par suite, en application du principe de concordance et du principe de liberté contractuelle, toutes les organisations syndicales représentatives dans une ou plusieurs branches préexistantes à la fusion doivent être invitées à la négociation.

6. L'examen de ce moyen suppose de revenir sur les différents accords conclus et les décisions prises, de procéder à leur analyse et de déterminer leurs effets.

En 1993, les partenaires sociaux ont décidé de créer la « BASS », dont le périmètre inclut plusieurs conventions collectives, afin de remédier à certaines difficultés liées au morcellement conventionnel du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif. À compter de cette date, ils ont conclu dans ce périmètre, dont le champ d'application a été précisément déterminé par l'accord n° 2005-03 du 18 février 2005 et ses avenants, des accords définissant un socle commun de droits sociaux sur certains thèmes, comme par exemple l'accord du 7 mai 2015 relatif à la formation professionnelle, qui ont été étendus. Mais d'autres accords – qui, eux, ne sont pas étendus – ont continué à être conclus au niveau des branches couvrant chacune des conventions collectives en cause, telles que la CCN 51 ou la CCN 66.

Coexistent ainsi des accords de branche *stricto sensu*, conclus dans le champ d'application de l'une des conventions collectives du secteur, et des accords conclus dans le périmètre élargi de la « BASS », laquelle est assimilable à une branche, mais pas au sens où on l'entend habituellement dès lors qu'elle recouvre plusieurs champs conventionnels.

Conformément à la jurisprudence administrative et judiciaire précitée ²⁸, le respect du principe de concordance exige que, préalablement à la conclusion de ces accords « élargis », le ministre chargé du travail établisse par arrêté la liste des organisations patronales et syndicales représentatives dans le périmètre de la « BASS ». Tel est l'objet de l'arrêté du 6 octobre 2021 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives « *dans le champ de l'accord du 7 mai 2015* » qui lui-même renvoie, pour la définition de son champ, à celui « *défini par l'accord étendu n° 2005-03 du 18 février 2005 et ses avenants* », c'est-à-dire au champ de la « BASS ». Cet arrêté avait été précédé d'un arrêté du 27 décembre 2013 ²⁹ et d'un arrêté du 22 décembre 2017 ³⁰ ayant le même objet.

C'est dans la continuité de cette pratique conventionnelle que l'accord n° 2019-02 du 29 octobre 2019 a institué une CPPNI afin, comme il a déjà été dit, « *de négocier des accords ayant vocation à être étendus couvrant l'intégralité des entreprises de son champ d'application tel que défini par l'accord n° 2005-03 du 18 février 2005 et de ses avenants* », c'est-à-dire dans le champ de la « BASS ». Au regard des dispositions de l'article L.

2232-9 du code du travail, selon lesquelles une CPPNI est mise en place « *dans chaque branche* » avec pour mission de la représenter, le périmètre de la « BASS » est ainsi assimilé à une branche . Comme l'a jugé la Cour de cassation dans son arrêt du 15 mai 2024 évoqué plus haut, les partenaires sociaux sont en effet libres de décider du périmètre de la CPPNI . Pour autant, la création de cette CPPNI n'a ni pour objet ni pour effet de substituer les stipulations des accords à venir, ayant vocation à être étendus dans le champ de la « BASS », à celles des conventions de branche existantes. La coexistence entre accords de branche *stricto sensu* et accords dans le périmètre élargi de la « BASS » n'est donc pas remise en cause.

À cet égard, la résolution de l'assemblée générale extraordinaire de la CPPNI du 17 février 2022 marque une rupture : les partenaires sociaux décident en effet non plus de poursuivre la négociation d'accords conclus dans le champ de la « BASS » qui se superposent à ceux conclus dans les champs conventionnels propres à chaque branche, mais de « *s'engager dans une démarche de création d'une convention collective unique pour le secteur, laquelle aurait vocation à terme à se substituer aux dispositifs conventionnels existants* » [31](#).

La mise en oeuvre d'une telle résolution implique, d'une part, de procéder à la fusion des champs conventionnels concernés et, d'autre part, de négocier un accord de remplacement. Ladite résolution précise d'ailleurs, comme l'ont relevé les juges du fond, que « *la méthodologie susceptible de concilier l'ensemble des sensibilités est celle de la fusion des champs conventionnels par la voie de la négociation* » (arrêt attaqué, p. 12, dernier §).

Toutefois, les partenaires sociaux n'ont pas en l'espèce souhaité procéder en deux temps, s'affranchissant ainsi des règles posées par les articles L. 2261-33 et L. 2261-34 du code du travail. Recourant à la pratique couramment utilisée évoquée plus haut, ils ont décidé de négocier directement une convention collective unique destinée à être étendue – qui tiendra lieu d'accord de remplacement – sans avoir préalablement conclu un accord de regroupement des champs.

Si elle relève de la liberté contractuelle, une telle pratique ne saurait cependant avoir pour effet d'évincer de la négociation les organisations syndicales représentatives dans les branches existantes, alors même que, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2019-816 QPC précitée, les spécificités propres à chacune de ces branches doivent pouvoir être prises en compte [32](#).

Il doit dès lors à mon sens être considéré qu' **en décidant de négocier une convention collective unique, ayant vocation à se substituer à terme aux conventions de branche existantes, les organisations professionnelles reconnues représentatives dans le champ de la « BASS » ont entamé un processus de restructuration des branches auquel doivent être appelées à participer, en application du principe de concordance, toutes les organisations syndicales représentatives dans une ou plusieurs des branches existantes au sein du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif** . Une telle solution ne résulte pas de la stricte application de l'arrêt rendu par la chambre sociale le 21 avril 2022, fondé notamment sur l'article L. 2261-34 du code du travail, mais en constitue le prolongement logique.

L'arrêté du 6 octobre 2021 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans le champ de la « BASS » ne saurait modifier cette analyse : il est en effet intervenu avant la résolution du 17 février 2022 entamant le processus de restructuration et n'a donc pas pu mesurer la représentativité de ces organisations dans le champ de la nouvelle branche, dont la création est au demeurant encore en suspens compte tenu du choix fait de ne pas préalablement conclure un accord de regroupement des champs qui donne date certaine à la fusion.

C'est donc à tort que la cour d'appel a jugé que les fédérations CFE-CGC et CFTC, représentatives notamment dans le champ de la CCN 51, n'avaient pas à être invitées aux réunions de négociation relatives à la mise en place d'une CCUE au niveau de la « BASS ». Le moyen, pris en ses deuxième, troisième et quatrième branches qui pourraient être réunies, me paraît donc fondé.

Je conclus en conséquence à la cassation de l'arrêt attaqué, sauf en ce qu'il rejette l'exception d'incompétence et la fin de non-recevoir soulevées par la fédération des services de santé et des services sociaux CFDT.

¹ Selon l'article L. 2232-5-1 du code du travail, la branche a pour missions « *de définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables* » et « *de réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* ».

² Articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du code du travail.

³ Articles L. 2261-15 à L. 2261-31 du code du travail.

⁴ J. Barthélémy, G. Cette et G. Koudadje, « La restructuration des branches professionnelles : pertinence économique, régime juridique et difficultés de conception », *Droit social*, 2020, 455.

⁵ Sur l'analyse de ce phénomène d'émiettement, voir notamment : Michel de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, janvier 2004 ; Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, remis au Premier ministre le 28 avril 2009.

⁶ Assemblée nationale, rapport n° 3675 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, par M. Christophe Sirugue, député, déposé le 7 avril 2016, p. 452.

⁷ Selon le bilan quantitatif réalisé en 2023 par la direction générale du travail, on compte actuellement 226 branches professionnelles, hors secteur agricole (source : *La négociation collective en 2023 - édition 2024*, Direction générale du travail, p. 176 et s).

⁸ Répertoire Dalloz de droit du travail, v° « Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective », Sophie Nadal et Elsa Peskine, n° 123.

⁹ Selon ce texte, le ministre peut engager une procédure de fusion lorsque la branche compte moins de 5 000 salariés, lorsque la branche a une activité conventionnelle caractérisée par la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés, lorsque le champ d'application géographique de la branche est uniquement régional ou local, lorsque moins de 5 % des entreprises de la branche adhèrent à une organisation professionnelle représentative des employeurs, en l'absence de mise en place ou de réunion de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation, ou encore en l'absence de capacité à

assurer effectivement la plénitude de ses compétences en matière de formation professionnelle et d'apprentissage.

¹⁰ [Soc., 21 avril 2022, pourvoi n° 20-18.820, 20-18.799, publié](#) (point 10) ; solution réaffirmée par [Soc., 15 mai 2024, pourvoi n° 22-16.028, 22-16.082, 22-16.083](#) (point 9).

¹¹ C'est la loi précitée du 8 août 2016 qui a créé les CPPNI. Celles-ci sont mises en place par accord ou convention dans chaque branche avec notamment pour mission de la représenter (article L. 2232-9 du code du travail). Une convention de branche ne peut être étendue que si elle a été négociée et conclue au sein de la CPPNI (article L. 2261-19 du même code).

¹² *Revue de jurisprudence sociale*, août-septembre 2022, n° 465.

¹³ Cons. const., décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, paragr. 30.

¹⁴ La même règle s'applique aux organisations professionnelles d'employeurs.

¹⁵ CE, 17 juin 2024, n° 475128, au Recueil (point 3).

¹⁶ Cons. const., décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019 précitée, paragr. 37 à 39.

¹⁷ Ainsi, entre 2015 et 2019, la direction générale du travail a dénombré 40 fusions administratives et 52 fusions volontaires (source : *La négociation collective en 2019 - édition 2020*, p. 157 et s).

¹⁸ Pierre Romain, *Rapport sur la restructuration des branches professionnelles* (rapport non définitif), février 2020, p. 7. Selon la direction générale du travail, entre 2015 et 2019, 24 branches ont eu recours à cette voie de la négociation directe.

¹⁹ CE, 4 novembre 2020, n° 434518 et a. et n° 434519 et a., aux Tables ; voir également, dans le même sens, CE, 14 juin 2023, n° 451724.

²⁰ [Soc., 10 février 2021, pourvoi n° 19-13.383, publié](#).

²¹ [Soc., 15 mai 2024, pourvoi n° 22-16.028, 22-16.082, 22-16.083](#) (point 13).

²² Simon Cottin-Marx, « Le rôle du patronat associatif dans l'éclatement conventionnel de la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif », *Négociations* 2022/2, n° 38, p. 121 à 138.

²³ Les CPNE ont pour mission de promouvoir la formation professionnelle dans la branche à laquelle elle sont rattachées, en liaison avec l'évolution de l'emploi et des compétences.

²⁴ Pour un historique plus complet, voir Simon Cottin-Marx, article précité.

²⁵ Unicancer a notifié à AXESS son retrait de l'organisation le 20 décembre 2021.

²⁶ Ainsi qu'il a été précédemment exposé, cette branche résulte de la fusion de trois branches par arrêtés ministériels des 16 novembre 2018 et 5 août 2021.

²⁷ Pour mémoire, un accord sur les modalités de négociation relatives à la construction d'une convention collective nationale unique étendue (CCNUE) dans le secteur sanitaire, social et médico-social privé à but non lucratif et aménageant à cette fin les dispositions de l'accord « CPPNI » n° 2019-02 du 29 octobre 2019 a été signé le 4 juin 2024 par l'AXESS, la CFDT, la CGT et SUD. Il a été agréé par arrêté du 25 juin 2024.

[28](#) Cf. point 3.

[29](#) Arrêté du 27 décembre 2013 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans les activités sanitaires, sociales et médico-sociales à but non lucratif, NOR : ETST1312911A, *JORF* n° 0009 du 11 janvier 2014.

[30](#) Arrêté du 22 décembre 2017 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans les activités sanitaires, sociales et médico-sociales à but non lucratif, NOR : MTRT1705655A, *JORF* n° 0304 du 30 décembre 2017.

[31](#) Conclusions d'appel d'AXESS, p. 8.

[32](#) Décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019 précitée, paragr. 38.