COUR DE CASSATION

RAPPORT COMPLÉMENTAIRE DE M. LE MASNE DE CHERMONT, CONSEILLER

Arrêt n° 962 du 21 septembre 2022 – Chambre sociale

Pourvoi n° 20-23.660

Décision attaquée : arrêt du 29 octobre 2020 de la cour d'appel de Paris

Organisme de gestion de l'établissement Fénelon
C/
le comité Social et économique de l'OGEC Fénelon Vaujours

Le premier moyen, pris en sa première branche, conduit à s'interroger sur l'autonomie des consultations ponctuelles, de la consultation récurrente sur les orientations stratégiques.

Eu égard au caractère nouveau de cette question, il a semblé utile d'apporter, par le présent rapport, des éléments complémentaires de réflexion nourris par les recherches effectuées par le bureau du contentieux de la chambre sociale du Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation et transcrites dans sa note intitulée *« Articulation entre les consultations sur les orientations stratégiques et les consultations ponctuelles des IRP »* [1].

[1] Rédacteurs : Saliha Safatian, magistrat en charge du bureau du droit du travail, Béatrice Mathia, Odile Massiot et Marion Nogues, directeurs des services de greffe judiciaires, Angèle Rochard, auditrice de justice et Audrey Denne, assistante de justice

1. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés expose sous son titre II, intitulé « *renforcer l'information des salariés sur les perspectives et les choix stratégiques de l'entreprise pour renforcer la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* » :

*« **Comprendre la stratégie** de l'entreprise, les leviers et contraintes qui la déterminent, constitue une étape nécessaire aux salariés pour se l'approprier. **Savoir que les conséquences de cette stratégie pour leur emploi, leur carrière, leurs conditions de travail sont anticipées** et que leur avenir est sécurisé est une condition de leur adhésion et de leur performance.*

*La **représentation des intérêts des salariés, comme de ceux des autres parties prenantes, au moment où le projet se construit**, est indispensable : la stratégie adoptée pourra ainsi **n'occulter aucun des problèmes éventuels et prévoir à temps les solutions adaptées**. »*

Selon l'article 12. 1 de cet accord, cette représentation des intérêts des salariés au moment de la définition des choix stratégiques a, pour support, une base de données économiques et sociales revêtant un caractère prospectif en ce qu'elle porte sur les 3 années suivant celle au cours de laquelle elle est établie.

Cette base doit permettre un dialogue entre l'employeur et les salariés. Ce dialogue est ainsi découpé, par étapes :

« *- une **présentation pédagogique par l'employeur des options stratégiques possibles et des conséquences anticipées de chaque option en termes d'évolution de l'activité, des métiers impactés, des compétences requises, de l'emploi, du recours à la sous-traitance, à l'interim, a des contrats temporaires ou à de nouveaux partenariats**,*

- un débat entre l'employeur et les représentants du personnel sur les perspectives présentées,

- un avis rédigé par les représentants du personnel, commentant les options proposées et formulant le cas échéant une option alternative,

- une réponse argumentée de l'employeur a l'avis des élus.

Dans le cadre de ce dialogue renforcé, l'avis des IRP sur les orientations stratégiques arrêtées par le conseil d'administration est transmis a ce dernier, qui devra en délibérer. Cette délibération sera portée à la connaissance des IRP. »

Françoise Favennec-Héry, Professeur à l'université Panthéon-Assas, voyait dans cet accord, prévoyant par ailleurs la représentation des salariés dans l'organe de gouvernance de tête qui définit la stratégie de l'entreprise, l'introduction d'un début de co-décision.[2]

[2] Droit social 2013 p.250 Une question qui fâche : le millefeuille des IRP

2. La loi n° 2013-504

Les dispositions de l'article 12 de l'accord du 11 janvier 2013 ont été transcrites[3] à l'article 4 du projet de loi du 6 mars 2013 relatif à la sécurisation de l'emploi, lequel est devenu l'article 8 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

Ce dernier article, retouché à la marge au cours des débats parlementaires, était ainsi rédigé :

*« Art. L. 2323-7-1. - **Chaque année**, le comité d'entreprise est **consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, et sur leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages**.*

Le comité émet un avis sur ces orientations et peut proposer des orientations alternatives. Cet avis est transmis à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, qui formule une réponse argumentée. Le comité en reçoit communication et peut y répondre. »

Le rapport n° 847 de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale présente le dispositif ainsi dessiné comme visant à étendre les attributions du comité d'entreprise, en lui offrant un pouvoir de proposition renforcée, afin de l'associer pleinement au processus de définition des orientations stratégiques de l'entreprise dans le cadre d'une consultation annuelle.

Entendu le 5 avril 2013 lors de l'examen du texte, Michel Sapin, ministre, voit en ce dispositif **un moyen de promouvoir l'anticipation dans les entreprises,** garantissant une consultation sur les orientations **en amont de leurs conséquences** et non plus seulement au seul moment tardif où ces orientations se traduisent par des difficultés aux conséquences sur l'emploi inévitables.

Le rapport n° 501 de la commission des affaires sociales du Sénat précise que cette consultation doit aboutir à une plus grande implication du comité d'entreprise dans **l'analyse des perspectives économiques de l'entreprise**.

Ainsi, il résulte de la lettre de l'article L. 2323-7-1 du code du travail et des débats parlementaires :

- que cette disposition a pour objet d'accroître, en amont des processus décisionnels, les prérogatives du comité d'entreprise par une association à la réflexion sur les orientations stratégique et à la définition de ces orientations,

- que la consultation sur les orientations stratégiques intervient de manière récurrente, contraignant l'employeur à une réflexion partagée à intervalles réguliers et non de manière ponctuelle, préalablement à chaque changement d'une des orientations,

---

[3] *Il est ainsi indiqué dans l'exposé des motifs du projet de loi « Dans le cadre de la section 2 sur les nouveaux droits collectifs, l'article 4 porte sur l'amélioration de l'information et des procédures de consultation des institutions représentatives du personnel, transcrivant l'article 12 de l'accord du 11 janvier 2013. »*

- que cette consultation, tant par son objet que par son économie, a été définie de manière distincte des consultations ponctuelles. Elle vient, en effet, s'ajouter à ces dernières consultations sans qu'à aucun moment le législateur ou les partenaires sociaux n'aient envisagé une articulation entre elles ou la soumission de consultations ponctuelles à une consultation préalable sur les orientations stratégiques. Son objet, les orientations stratégiques, lui est propre et ne se confond pas avec celui des décisions ou changements relevant d'une consultation ponctuelles.

Les dispositions de l'article L. 2323-7-1 figurent, depuis l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, à l'article L. 2312-24.

Cette ordonnance n'a pas apporté de modification significative au dispositif issu de la loi n° 2013-504 si ce n'est l'article L. 2312-19 du code du travail qui pose le principe d'une définition par voie d'accord d'entreprise du contenu, de la périodicité et des modalités des consultations récurrentes ainsi que la liste et le contenu des informations nécessaires à ces consultations, sous la réserve que cette périodicité ne soit pas supérieure à trois ans.

La circulaire DGT 2014-1 du 18 mars 2014 relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise, décrit, sans la lier aux consultations ponctuelles, la consultation sur les orientations stratégiques comme tendant à constituer « un nouvel espace de dialogue sur les orientations stratégiques de l'entreprise », tout en spécifiant qu'elle ne se substitue pas aux consultations existantes[4].

Plus généralement, le site du ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion précise qu'« **indépendamment** des consultations mentionnées à l'article L. 2312-8 du code du travail liées à l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, le CSE est [ponctuellement] consulté »[5].

3. la directive 2002/14/CE

Sous l'intitulé *« Modalités de l'information et de la consultation »*, l'article 4 de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne prévoit :

« *1. Dans le respect des principes énoncés à l'article 1er et sans préjudice des dispositions et/ou pratiques en vigueur plus favorables aux travailleurs, les États membres déterminent les modalités d'exercice du droit à l'information et à la consultation au niveau approprié, conformément au présent article.*

2. L'information et la consultation recouvrent:

---

[4] Circulaire DGT 2014-1 du 18 mars 2014 relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise, pp. 1-2

[5] Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion, https://travail-emploi.gouv.fr/dialoguesocial/le-comite-social-et-economique/article/cse-information-et-consultation (consulté le 17 mars 2022)

a) l'information sur l'évolution récente et l'évolution probable des activités de l'entreprise ou de l'établissement et de sa situation économique;

b) l'information et la consultation sur la situation, la structure et l'évolution probable de l'emploi au sein de l'entreprise ou de l'établissement, ainsi que sur les éventuelles mesures d'anticipation envisagées, notamment en cas de menace sur l'emploi;

c) ***l'information et la consultation sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail, y compris celles visées par les dispositions communautaires mentionnées à l'article 9, paragraphe 1****.*

3. L'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, susceptibles notamment de permettre aux représentants des travailleurs de procéder à un examen adéquat et de préparer, le cas échéant, la consultation.

4. ***La consultation s'effectue:***

a) ***à un moment****, par des moyens et avec un contenu* ***appropriés****;*

b) au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité;

c) sur la base des informations fournies par l'employeur, conformément à l'article 2, point f), et de l'avis que les représentants des travailleurs ont le droit de formuler;

d) de façon à permettre aux représentants des travailleurs de se réunir avec l'employeur et d'obtenir une réponse motivée à tout avis qu'ils pourraient émettre;

e) en vue d'aboutir à un accord sur les décisions relevant des pouvoirs de l'employeur visées au paragraphe 2, point c). »

Si la consultation récurrente sur les orientations stratégiques, faute d'être prévue par la directive 2002/14, compte au nombre des dispositions ou pratiques plus favorables qui ressortent à la compétence des États membres, **il ne semble pas que cette directive les autorise à subordonner l'exercice des consultations ponctuelles qu'elle prévoit à l'exercice préalable de telles dispositions ou pratiques plus favorables.**

À cet égard, il peut être relevé qu'il résulte de l'article 4, § 2,§ 3 et § 4, sous a), de cette directive que **les consultations ponctuelles prévues par celle-ci doivent être effectuées à un moment approprié, exigence qui semble s'opposer, lorsque cette condition temporelle est remplie, à une suspension par les autorités nationales de l'obligation de consultation ponctuelle dans l'attente d'une consultation récurrente.**

4. La jurisprudence

Notre chambre a, s'agissant de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications, déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'articulation des consultations récurrentes et des consultations ponctuelles en refusant de subordonner la régularité des secondes au respect par l'employeur des premières.

Elle a ainsi jugé que la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur, de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des

emplois et des qualifications qui était prévue par l'article L. 2323-56 du code du travail, ni celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences qui était imposée par l'article L. 2242-15 du même code.

Soc., 30 septembre 2009, pourvoi n° 07-20.525, Bull. 2009, V, n° 217

Attendu, selon l'arrêt attaqué statuant en matière de référés (Lyon, 9 août 2008), que la société Serca envisageant de fermer le centre technique régional d'Annecy qui employait 56 salariés, ***a saisi le Comité central d'entreprise d'un projet de licenciement pour motif économique de 26 personnes*** *; que la première réunion s'est tenue le 17 mars 2007 et la dernière, après remise du rapport de l'expert comptable, convoquée pour le 26 mai 2007, s'est poursuivie le 1er juin 2007 pour que le comité donne son avis ; qu'à la suite d'une suspension de cette dernière séance, les membres du comité d'entreprise ne l'ont pas poursuivie, à l'exception du représentant de l'encadrement, M. [X], qui a émis un avis négatif ;* ***que le Comité central d'entreprise a saisi le juge des référés par acte des 15 et 18 juin 2007 d'une demande de suspension de la procédure de licenciement et de reprise de la procédure de consultation depuis son origine en alléguant diverses irrégularités*** *;*

[...]

Sur le second moyen :

Attendu que le Comité central d'entreprise fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué de déclarer que l'obligation de l'employeur de délivrer une information complète et loyale a été "légalement exécutée", que les consultations annuelle et triennale des articles prévues par les articles L. 2323-56 et L. 2242-15, du code du travail sont ***indépendantes de la consultation obligatoire dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif et de le débouter de sa demande de suspension de la procédure d'information et de consultation****, alors, selon le moyen :*

1° que ***la procédure d'information et de consultation du Comité central d'entreprise au titre du livre IV et du livre III du code du travail doit être suspendue tant que l'employeur n'a pas respecté ses obligations d'information et de consultation au titre de l'article L. 432-1-1 du code du travail et de négociation sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences au titre de l'article L. 320-2 du code du travail ; qu'en décidant le contraire****, la cour d'appel a violé les articles L. 432-1-1 et L. 320-2 du code du travail, et 809 du code de procédure civile ;*

2° ***en toute hypothèse que la procédure d'information et de consultation du Comité central d'entreprise au titre du livre IV et du livre III du code du travail doit être suspendue tant que l'employeur n'a pas fourni au comité une information loyale et complète tant sur les actions et prévisions sur l'emploi et les qualifications dans le cadre de l'article L. 432-1-1 du code du travail, que sur la gestion prévisionnelle des emplois*** *; qu'en jugeant que le Comité central d'entreprise n'était pas fondé à prétendre que la fourniture des informations susceptibles d'être recueillies dans le cadre des procédures des articles L. 432-1-1 et L. 320-2 du code du travail soit indispensable à son appréciation du projet de réorganisation impliquant des licenciements , la cour d'appel a violé les articles L. 432-1-1 et L. 320-2 du code du travail, et 809 du code de procédure civile ;*

[...]

Mais attendu, d'abord, que ***la cour d'appel a exactement décidé que la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications prévue par l'article L. 2323-56 du code du travail ni de celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences imposée par l'article L. 2242-15 du même code ;***

Attendu, ensuite, que la cour d'appel par motifs propres et adoptés a constaté qu'il ressortait des procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise et des réponses faites soit par écrit soit oralement lors de ses réunions qu'il avait eu les renseignements suffisants pour se forger une opinion sur le choix de l'employeur de supprimer le centre d'Annecy plutôt que de le déplacer et qu'il avait été mis à même de discuter utilement les éléments économiques du choix de l'employeur ; qu'elle a pu en déduire que l'information avait été complète et loyale ;

S'il ne semble pas que la Cour de cassation se soit spécifiquement prononcée sur la validité d'une consultation sur les modifications de l'organisation économique et juridique de l'entreprise ou la nécessaire suspension de celle-ci en l'absence de consultation récurrente sur les orientations stratégiques, la cour d'appel de Paris a eu à connaître de cette question et a retenu le caractère autonome des consultations récurrentes sur les orientations stratégiques.

Dans un arrêt du 3 mai 2018, RG n° 17/09307, cette cour d'appel a retenu :

La consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, ainsi que les parties s'accordent à le reconnaître, porte sur des orientations par nature générale.

Elle a pour support d'information la BDES et doit permettre un véritable échange entre le comité d'entreprise ou le comité central d'entreprise et la direction sur la stratégie de l'entreprise dans le dessein d'en anticiper ses conséquences pour les salariés et de lui permettre d'appréhender annuellement les objectifs et axes de développement à court et moyen terme de l'entreprise ou ses actions défensives ou de consolidation, en considération de son environnement économique et 8 concurrentiel.

L'obligation annuelle d'information et de consultation des instances représentatives du personnel n'a dès lors pas vocation à être mise en 'oeuvre, comme en l'espèce, à l'occasion d'un projet ponctuel de réorganisation d'un service alors même que la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a prévu, outre la consultation sur les orientations stratégiques, la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise (article L.2323-12 du code du travail) et sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi (article L.2323-15 du même code) du travail.

Le tribunal souligne avec pertinence ***qu'en présence d'un projet ponctuel :***

- ***l'employeur n'est pas tenu d'attendre l'échéance d'une des trois consultations annuelles obligatoires ni d'anticiper la consultation par rapport à sa périodicité habituelle ou conventionnelle, ou de la réitérer si celle-ci a eu lieu,***
- il n'est pas prévu de primauté ou même de hiérarchisation, non seulement entre ces différentes consultations mais encore avec celle qui doit être mise en 'oeuvre à l'occasion d'un projet ponctuel, lequel doit de toute façon faire l'objet d'une consultation immédiate du comité d'entreprise,
- l'employeur conserve une entière liberté de soumettre tout projet ponctuel, qui n'est pas la mise en oeuvre ou la déclinaison d'une stratégie générale prédéfinie, à la consultation du comité d'entreprise dès le moment où son objet lui apparaît

suffisamment déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise.

La consultation sur les orientations stratégiques est indépendante de toute consultation portant, comme en l'espèce, sur un projet ponctuel de réorganisation d'un service support de l'entreprise*, la DSI, laquelle met en oeuvre les solutions techniques pour répondre aux besoins de sécurité et de contrôle exprimés par les entités métiers de la société.*

Dans un autre arrêt du 31 janvier 2019, RG n° 18/16898, ladite cour d'appel a retenu qu'aucune disposition légale ne prévoit un ordre de consultation concernant un projet ponctuel présenté au comité d'entreprise.

5. La doctrine

La doctrine, qui fait état de décisions divergentes des juridictions du fond sur l'absence ou non d'articulation de la consultation sur les orientations stratégiques et les consultations ponctuelles, s'accorde sur la nécessité d'une décision de notre chambre pour trancher ce point.

Cependant, elle se divise quant à la position à adopter entre tenants d'une appréhension systémique des consultations obligeant, pour garantir l'effet utile de la consultation sur les orientations stratégiques, que les décisions devant faire l'objet d'une consultation ponctuelle s'inscrivent nécessairement dans les orientations prédéfinies et ceux qui relèvent que les consultations n'ont été ni pensées ni voulues en tant que système et qu'un tel système est impraticable en cas de changement de circonstances appelant des décisions qui ne pouvaient pas être envisagées à l'échéance de l'obligation de consultation récurrente sur les orientations stratégiques.

MM. Cohen et Millet, qui semblent favorables à une appréhension systémique des consultations, exposent[6] :

« Lorsqu'un employeur soumet un projet ponctuel à l'information-consultation du comité social et économiques, doit-il au préalable l'avoir intégré ou évoqué lors de la consultation récurrente sur les orientations stratégiques dès lors que ce projet impacte la stratégie à court ou moyen terme de l'entreprise ?
Les juridictions sont divisées à ce sujet.

Certaines ont considéré qu'il ne peut être reproché à un employeur de ne pas avoir informé le comité lors de la consultation sur les orientations stratégiques d'un projet de réorganisation d'un service soumis trois mois plus tard à l'avis du comité. En conséquence, le chef d'entreprise n'avait pas, préalablement à la consultation ponctuelle du comité sur le projet en cause, à réitérer la consultation sur les orientations stratégiques.

D'autres ont jugé qu'un projet de cession soumis à la procédure d'information consultation préalable du comité social et économique aurait dû être précédée de la consultation sur les orientations stratégiques en raison de l'ampleur du projet de cession et du changement significatif de stratégie qu'il entraîne par rapport aux orientations stratégiques précédemment présentées. Il appartenait en conséquence à l'entreprise d'organiser l'information et la consultation sur les orientations stratégiques avant toute remise valable d'un avis sur le projet de cession puisqu'il y a eu dissimulation des véritables orientations stratégiques. En ne le faisant pas, l'employeur a commis, selon les juges, un détournement de pouvoir empêchant le comité d'exercer ses droits à recueillir des explications utiles et à faire des

[6] M. Cohen et L. Milet, Le droit des comités sociaux économiques et des comités de groupe, 15 e éd., 2021, LGDJ, p. 722, n° 970,

propositions alternatives. *Cet abus de pouvoir affecte nécessairement la légalité de la procédure d'information et de consultation sur le projet de cession.*

Ce n'est donc pas le caractère plus ou moins proche des deux consultations qui doit être pris en compte mais bien le caractère stratégique plus ou moins important de la décision patronale*. Si le projet soumis au comité constitue bien un changement de stratégie ou une inflexion de celle-ci telle qu'elle a été présentée lors de la consultation sur les orientations stratégiques, cette dernière est réputée incomplète ou inexistante et doit être réitérée au moment où se décide précisément une nouvelle stratégie.* ***Au cours des opérations d'information et de consultation, s'il y a eu dissimulation des véritables orientations stratégiques, cela peut constituer, en outre, un abus de droit et une fraude qui rendent nulles les opérations qui ont été ainsi menées****. »*

M. Wolmark a une position similaire[7] :

« L'absence ou l'irrégularité de la consultation récurrente sur une politique stratégique, sociale, économique et financière, se répercute-t-elle sur la consultation ponctuelle au titre d'une décision qui s'inscrit dans l'une de ces politiques ? Plus précisément, si la décision révèle une politique, une orientation sur laquelle le CSE aurait dû être consulté lors de la consultation récurrente, la consultation ponctuelle peut-elle être suspendue jusqu'à accomplissement de la procédure de consultation récurrente ? ***Deux éléments militent pour une réponse positive, à notre sens (V. égal. COHEN et MILET, op. cit., n° 962). D'une part, que l'employeur ait tu une orientation ou une politique déjà envisagée lors de la consultation récurrente (ou qu'il n'ait tout simplement pas consulté le CSE), entache tout le processus de consultation de déloyauté. D'autre part, l'effet utile de la consultation récurrente impose que la sanction de son irrégularité puisse s'étendre aux mesures et décisions que la politique envisagée implique.*** *»*

En revanche, Me Armillei, avocat, réfute, dans la revue *Droit social*, l'existence de tout système voulu par le législateur, rappelle que notre chambre a statué en ce sens par son arrêt du 30 septembre 2009[8], alerte sur le risque d'immobilisme induit par une solution inverse ainsi que sur l'obstacle procédural à l'exercice effectif des droits à consultation ponctuelle qui en résulterait :

« La détermination du moment de la consultation dépend de la solution apportée au problème de son articulation avec les consultations ponctuelles. Certains considèrent que la consultation sur les orientations stratégiques de l'année en cours doit être conduite et menée à son terme avant l'ouverture de toute consultation ponctuelle. En l'état actuel du droit positif, cette analyse « excessivement rigoureuse » ne peut prospérer. Outre qu'une telle conception peut conduire l'entreprise à l'immobilisme, ni la loi française ni la directive européenne du 11 mars 2002 n'introduisent de hiérarchie entre les différentes procédures de consultation, lesquelles ne constituent pas un « système » en l'absence de lien évident entre elles. Par conséquent, la consultation sur les orientations stratégiques n'est pas préalable aux autres consultations, ni ne s'y substitue. ***Exiger la réalisation de la consultation sur les orientations stratégiques avant celle, ponctuelle, sur un projet, ferait en réalité échec à ce que cette dernière soit réalisée alors que, face à un projet suffisamment élaboré, l'obligation de consultation ponctuelle a déjà pris naissance****.* ***Ordonner la conduite de la consultation sur les orientations stratégiques avant que n'ait lieu celle sur un projet revient donc à repousser, sans fondement, le moment de la consultation ponctuelle, cette dernière étant alors remplacée, en pratique, par une consultation dont l'objet n'est pas l'étude d'un projet défini****. Par le passé, la Cour de*

---

[7] Comité social et économique : attributions générales en matière économique (Entreprises de 50 salariés et plus), Répertoire de droit du travail, Juillet 2020 (actualisation : Septembre 2020).

[8] La consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques : un régime à parfaire ?, Droit social 2021 p. 47.

cassation s'était déjà prononcée sur l'articulation d'une consultation récurrente avec une consultation ponctuelle en jugeant que la régularité de la seconde n'était pas subordonnée à ce que la première ait été préalablement réalisée, et ce quand bien même l'une et l'autre avaient trait au même objet, en l'occurrence la sauvegarde de l'emploi. Cette solution est transposable à la consultation sur les orientations stratégiques dans la mesure où elle n'est pas soumise à un régime légal distinct de celui des autres consultations récurrentes du comité social et économique. »

Cette lecture des textes est partagée par M. Materi et L. Van Gaver[9] :

« La question des orientations stratégiques, un préalable obligatoire ? Ces dernières années, nous avons vu apparaître un mouvement consistant à vouloir imposer une nouvelle information/consultation sur les orientations stratégiques préalable au lancement d'une procédure d'information sur un projet ponctuel de restructuration et de compression des effectifs. Or, les procédures d'infirmation récurrentes, et celles ponctuelles, relèvent d'un régime qui leur est propre. ***Il n'existe pas de disposition légale ou conventionnelle prévoyant une règle d'articulation entre les informations consultations récurrentes (notamment celle relative aux orientations stratégiques) et ponctuelles. Au contraire, la Cour de cassation a déjà tranché en faveur de l'autonomie de la consultation récurrente au titre de la GPEC et la consultation ponctuelle du comité d'entreprise (desormais CSE) sur un projet de licenciement économique. Cette jurisprudence est à notre sens parfaitement applicable a l'articulation entre la consultation récurrentes obligatoires sur les orientations stratégiques, et les consultations ponctuelles****.*

C'est également en ce sens que les juges du fond se sont prononcés, à plusieurs reprises, en faveur d'une dissociation entre les consultations sur les orientations stratégiques et les consultations ponctuelles relatives a un projet déterminé. En 2018, le Tribunal de grande instance de Créteil a rappelé qu'aucune règle de droit positif n'oblige l'employeur a consulter le comité d'entreprise au titre des orientations stratégiques avant d'engager ou d'achever la consultation sur un projet ponctuel. Dans une décision plus récente, la Cour d'appel de Paris a confirme ce principe en jugeant qu'il ne pouvait être retenu que l'employeur devrait respecter un ordre de priorité en procédant à la consultation sur les orientations stratégiques avant la consultation ponctuelle sur un projet déterminé, une telle hiérarchisation ne résultant ni des dispositions légales, ni des dispositions conventionnelles. Néanmoins, deux décisions rendues par le Tribunal de grande instance de Nanterre, dans lesquelles le juge a suspendu le projet ponctuel jusqu'a ce que la consultation récurrente obligatoire sur les orientations stratégiques soit organisée, sont parfois utilisées afin de tenter de faire suspendre un projet ponctuel. Pour autant, à aucun moment ces décisions ne posent un principe de suspension du projet jusqu'a la clôture de la consultation récurrente légalement obligatoire sur les orientations stratégiques. En outre, aucune d'entre elles n'impose a l'employeur de réaliser, préalablement a la procédure d'information/ consultation ponctuelle relative a un projet déterminé, une actualisation des orientations stratégiques. En effet, le tribunal n'a en réalité fait qu'imposer la mise en oeuvre de la procédure légale sur les orientations stratégiques qui n'avait pas été engagée l'année en question, la décision aurait à notre sens été différente si la société avait rempli son obligation d'information consultation sur les orientations stratégiques »

Enfin, les auteurs de l'ouvrage *Droit de la représentation du personnel* critiquent l'excessive rigueur de la position liant la validité des consultations ponctuelles à leur nécessaire conformité aux orientations stratégiques préalablement définies dans le cadre de consultations ad'hoc[10] :

---

[9] Place du CSE dans le cadre d'une restructuration ou d'une compression d 'effectif, Les cahiers du DRH, n° 288, 1 er juillet 2021

[10] *G. loiseau, P. Lokiec, L. Pécaut-Rivolier et P.-Y. Verkindt, Dalloz action. Droit de la représentation du personnel, 2019/2020, p. 716, n°432-53*

« La question divise actuellement les juridictions du fond : lorsque l'employeur entend mettre en oeuvre un projet et le soumettre à cet effet à la consultation ponctuelle du CSE, doit-il l'avoir préalablement soumis à la consultation de l'instance dans le cadre de la consultation sur les orientations stratégiques lorsque ce projet est de nature à constituer une mesure d'application des orientations stratégiques comme un projet de cession ou un projet de réorganisation ?
Certaines juridictions décident que les consultations sont indépendantes l'une de l'autre et que le fait que le projet n'ait pas été abordé à l'occasion de la consultation sur les orientations stratégiques ou que le CSE en ait été insuffisamment informé à ce moment ne fait pas obstacle à la réalisation et à la régularité de la consultation ponctuelle sur le projet lui-même lors de sa mise en oeuvre. D'autres juridictions estiment au contraire que les consultations sont liées lorsque le projet constitue une mesure d'application des orientations stratégiques et en déduisent que justifie de suspendre la procédure de consultation sur ***le projet et donc la mise en oeuvre de celui-ci jusqu'à ce que la situation soit régularisée. Cette dernière position paraît excessivement rigoureuse car un projet particulier peut présenter un caractère d'opportunité - comme une cession de site - et ne pas avoir été anticipé à l'époque de la consultation sur les orientations stratégiques****. Cet état de fait peut être aggravé lorsqu'il a été convenu d'une périodicité pluriannuelle de la consultation, la pratique montrant déjà que plusieurs accords collectifs fixent une périodicité de trois ans. A cela, l'objection que la consultation sur les orientations stratégiques supposée aborder les donnes prospectives sur les trois années à venir semble faible.*

La Cour de cassation devra se prononcer sur la question. Une position a déjà été esquissée, mais dans un autre contexte. La chambre sociale a jugé, le 30 septembre 2009 que la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'employeur de l'obligation de consulter le comité sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications, ni de celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ».

5. Questionnements

Au regard de l'ensemble des développements qui précèdent, la réponse à apporter au moyen tiré de l'articulation de la consultation sur les orientations stratégiques est de nature à nous conduire à nous interroger sur les points suivants :

- l'office du juge dans une démocratie représentative.

Le législateur, qui a transposé dans la loi l'accord national interprofessionnel, a voulu, ainsi que l'exprime la lettre du texte et les débats parlementaires, contraindre, tous les ans, voire à des échéances périodiques plus longues définies par accord collectif, les entreprises à dessiner des orientations stratégiques, en associant à sa réflexion les représentants du personnel. Ce faisant, il a appréhendé, indépendamment des consultations ponctuelles, tant ces orientations que la consultation pour les définir.

- Dans ces circonstances, entre-t-il dans l'office du juge de coupler la consultation sur les orientations stratégiques et les consultations ponctuelles en subordonnant la validité ou la mise en oeuvre des secondes à la condition qu'elles constituent l'application des premières ?

- Dans le cas où il serait considéré que les décisions et changements, relevant des consultations ponctuelles, doivent nécessairement être précédés et pris en application des orientations stratégiques, comment respecter, sans le dénaturer, le caractère récurrent, voulu par le législateur, de la consultation sur ces orientations en cas de

changement de circonstances les rendant caduques avant l'échéance du délai légal ou conventionnel de consultation ?

- la compatibilité avec le droit de l'Union d'une articulation qui subordonnerait l'exercice des droits à consultations ponctuelles que celui-ci prévoit à l'exercice d'un droit à consultation sur les orientations stratégiques d'origine nationale, au regard, en particulier, du caractère approprié, au sens de la directive 2002/14, du moment de la consultation ponctuelle et du principe d'effectivité.

- la faisabilité économique d'une planification impérative à laquelle serait soumise toute décision de l'entreprise pendant un délai contraint nonobstant l'évolution des contingences propres à l'environnement économique.

- Comment concilier l'évolution inattendue d'un marché ou des chocs plus structurels bouleversant l'activité économique tels qu'une pandémie, les modifications du cadre réglementaires de l'activité, la fermeture de zones géographiques d'activité, la rupture de chaînes d'approvisionnement ou l'augmentation brutale du coût des matières premières obligeant à la prise de décisions qui n'étaient pas pensables antérieurement à ces événements extérieurs et une obligation d'inscrire ces décisions dans des orientations stratégiques caduques ?

- Dans l'hypothèse où une telle obligation serait retenue, une carence de l'employeur quant à la prise d'une décision nécessaire à la poursuite de l'activité mais ne s'inscrivant pas dans les orientations stratégiques serait-elle fautive ?

- la nature, la portée et la pertinence d'un contrôle judiciaire sur la notion de « décision d'application » d'une orientation stratégique.

- Quelles décisions relèveraient de cette notion ? Une mesure s'éloignant pour partie d'une orientation mais permettant d'en réaliser une autre devrait-elle être invalidée ? Quelle place laisser au pouvoir de gestion de l'employeur une fois les orientations stratégiques arrêtées ? Quel contrôle opérer sur les décisions des juge du fond ?

- Dans l'hypothèse d'un contrôle du juge sur la compatibilité des mesures et des décisions relevant des obligations de consultation ponctuelle avec les orientations stratégiques, comme calibrer son intervention de sorte que celle-ci préserve l'agilité, en temps utile, du comité social et économique sans inciter à des stratégies judiciaires le paralysant et privant, in fine, les salariés d'une représentation effective ?