



AVIS DE Mme ROQUES, AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDAIRE

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/
Comité Social et économique de l'OGEC Fénelon
Vaujours**

1.Faits et procédure

L'association Organisme de Gestion de l'Établissement Fénelon (ci-après désignée OGEC Fénelon) gère un établissement d'enseignement privé situé à Vaujours (93) et emploie, à ce titre, 125 salariés. 150 enseignants, fonctionnaires d'État, y sont également affectés.

L'OGEC Fénelon a envisagé la fermeture de son lycée professionnel du paysage et de l'environnement (LPE) et la résiliation subséquente du contrat conclu avec le ministère de l'agriculture.

Le 25 février 2020, les membres du conseil économique et social (CSE) ont reçu une convocation pour une séance extraordinaire prévue le 10 mars afin d'évoquer ce projet.

Par mail du même jour, le chef d'établissement a informé la DIRECTTE, qui l'avait interrogé sur ce point, que la consultation sur les orientations stratégiques devait se tenir le 24 mars 2020.

Par ordonnance en date du 9 mars 2020, le juge des référés du tribunal de grande instance de Bobigny a, notamment, ordonné la suspension de cette consultation ponctuelle et enjoint à l'OGEC Fénelon d'organiser une information/consultation sur les orientations stratégiques avant le 31 mars 2020.

Par mail du jour même, le chef d'établissement a informé les membres du CSE de l'annulation de la réunion prévue le lendemain et a transmis l'ordre du jour de la réunion ordinaire du CSE prévue le 24 mars au cours de laquelle devaient être évoquées les orientations stratégiques.

Le 16 mars 2020, le Président de la République a annoncé une mesure de confinement prenant effet à compter du 17 mars à midi et devant durer initialement 15 jours.

Par mail du 18 mars, le chef d'établissement a transmis notamment aux membres titulaires du CSE la note d'informations relative aux orientations stratégiques qui incluait le projet de résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture ainsi que la cessation de la formation LPE et le projet de fermeture de l'internat.

Cette note contenait un calendrier des réunions du CSE, fixées au 30 avril et 18 mai.

Toutes incluaient dans leur projet d'ordre du jour l'examen des orientations stratégiques, en ce compris le projet de résiliation du contrat d'association avec le ministère de l'agriculture ainsi que la cessation de la formation LPE.

Par acte en date du 5 juin 2020, le CSE de l'OGEC Fénelon et certains de ses membres ont saisi le tribunal de grande instance de Bobigny de diverses contestations relatives à l'organisation des réunions du CSE, demandant également que la consultation sur les orientations stratégiques soit prolongée jusqu'au 10 septembre 2020 et « *qu'il soit jugé que cette consultation porte uniquement sur les orientations stratégiques et ne peut porter sur la résiliation du contrat avec la ministère de l'agriculture* ».

Dans une décision rendue le 2 juillet 2020, le tribunal de grande instance a notamment:

- déclaré irrecevables les membres du CSE,
- déclaré recevable le CSE,
- ordonné la prolongation jusqu'au 23 août 2020 de la consultation sur les orientations stratégiques,
- et suspendu la consultation sur la résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture jusqu'à la clôture de celles sur les orientations stratégiques.

Sur appel de l'OGEC Fénelon, la cour d'appel de Paris a, dans un arrêt en date du 29 octobre 2020, entre autres :

- confirmé le jugement en ses dispositions frappées d'appel, sauf « *à faire le constat que la poursuite de la suspension de la consultation sur la résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture, plus de deux mois après la date limite fixée par le tribunal pour recueillir l'avis du comité social et économique de l'OGEC Fénelon Vaujours sur les orientations stratégiques, est devenue sans objet* »,
- rejeté les autres demandes,
- condamné l'association OGEC Fénelon à régler au CSE une somme de 30.000 euros à titre de dommages et intérêts pour délit d'entrave à son fonctionnement.

C'est l'arrêt attaqué par l'OGEC Fénelon.

Dans un premier moyen, il conteste les dispositions relatives à la prorogation du délai de consultation sur les orientations stratégiques ainsi que celles relatives à la consultation sur la résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture.

Il estime notamment que l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période n'est pas applicable aux délais de consultations du CSE.

Il soutient également que les consultations récurrentes et les consultations ponctuelles sont autonomes et peuvent être menées selon des calendriers propres, sans que les premières précèdent nécessairement les secondes, plus particulièrement s'agissant des consultations récurrentes sur les orientations stratégiques.

Il considère donc que les juges du fond ont violé les articles L. 2312-17 et L. 2312-18 du code du travail en lui imposant d'achever la consultation sur les orientations stratégiques avant de procéder à celle sur la résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture.

L'OGEC Fénelon reproche enfin à la cour d'appel d'avoir statué par motifs contradictoires et d'avoir omis de répondre à tous ses moyens.

Dans un second moyen, il critique la condamnation mise à sa charge au titre d'un délit d'entrave au fonctionnement du CSE.

Il estime que cette demande, formée pour la première fois en cause d'appel, était nouvelle, et donc irrecevable, que la cour d'appel n'a pas caractérisé le délit d'entrave et qu'en tout état de cause, la cassation de l'arrêt sur le premier moyen entraînera la cassation de l'arrêt de ce chef.

2. Discussion et avis

S'agissant du premier moyen, je considère que seules deux branches (les première et troisième) doivent faire l'objet de développements plus détaillés, à savoir celles qui critiquent l'application des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 aux délais de consultations du CSE ainsi que celle qui conteste toute prédominance de la consultation sur les orientations stratégiques sur celle relative à la résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture.

Je partage l'avis de M. Le rapporteur Le Masne de Chermont sur les trois autres branches du moyen, pour les motifs qu'il expose dans son rapport, et suis d'avis qu'elles peuvent faire l'objet de rejets non spécialement motivés.

Sur le **second moyen** car, tout comme M. le rapporteur, j'estime que, sauf si la chambre prononçait une cassation avec renvoi sur le premier moyen, ce qui entraînerait par voie de conséquence la cassation sur le second moyen, les autres branches ne peuvent conduire à une cassation et peuvent faire l'objet de rejets non spécialement motivés.

En effet, la cour d'appel a pris le soin dans sa décision de préciser qu'elle écartait les faits qui étaient connus du CSE « *avant la première instance* » mais n'examinait que ceux qui s'étaient produits postérieurement au jugement, qui peuvent servir de fondement à une demande formée en cause d'appel, conformément aux dispositions de l'article 564 du code de procédure civile¹.

Elle s'est ensuite prononcée sur les faits invoqués, au regard de ce qui était soutenu par chaque partie, comme cela est rappelé dans le rapport, et a retenu qu'il caractérisait un délit d'entrave.

L'arrêt n'est pas critiquable à ce titre.

Reste donc à trancher à la question de l'application ou non aux consultations du CSE des dispositions de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 ainsi que celle de l'articulation entre les consultations récurrentes et les consultations ponctuelles du CSE.

A. Les dispositions de l'ordonnance n°2020-306 sont-elles applicables aux consultations du CSE ?

Par une **loi n° 2020-290 du 23 mars 2020** d'urgence pour faire face à l'épidémie² a été introduit dans le code de la santé publique un chapitre sur l'état d'urgence sanitaire.

Le titre II de cette loi, intitulé « *MESURES D'URGENCE ÉCONOMIQUE ET D'ADAPTATION À LA LUTTE CONTRE L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19* », prévoit dans un article 11 les dispositions suivantes :

« 1. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi et, le cas échéant, à les étendre et à les adapter aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution :

1° Afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation, et notamment afin de prévenir et limiter la cessation d'activité des personnes physiques et morales exerçant une activité économique et des associations ainsi que ses incidences sur l'emploi, en prenant toute mesure :

[...]

b) En matière de droit du travail, de droit de la sécurité sociale et de droit de la fonction publique ayant pour objet :

¹ « A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait. »

² [LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 \(1\)](#)

[...]

- de modifier les modalités d'information et de consultation des instances représentatives du personnel, notamment du comité social et économique, pour leur permettre d'émettre les avis requis dans les délais impartis, et de suspendre les processus électoraux des comités sociaux et économiques en cours ;

[...]

II. - Les projets d'ordonnance pris sur le fondement du présent article sont dispensés de toute consultation obligatoire prévue par une disposition législative ou réglementaire.

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

Une **ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020**³ relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période prévoyait dans sa version initiale :

- « Article 1 :

I. Les dispositions du présent titre sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 22 mars 2020 susvisée.

II. Les dispositions du présent titre ne sont pas applicables :

1° Aux délais et mesures résultant de l'application de règles de droit pénal et de procédure pénale, ou concernant les élections régies par le code électoral et les consultations auxquelles ce code est rendu applicable ;

2° Aux délais concernant l'édition et la mise en œuvre de mesures privatives de liberté ;

3° Aux délais concernant les procédures d'inscription dans un établissement d'enseignement ou aux voies d'accès à la fonction publique ;

4° Aux obligations financières et garanties y afférentes mentionnées aux articles L. 211-36 et suivants du code monétaire et financier ;

5° Aux délais et mesures ayant fait l'objet d'autres adaptations particulières par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ou en application de celle-ci.

III. Les dispositions du présent titre sont applicables aux mesures restrictives de liberté et aux autres mesures limitant un droit ou une liberté constitutionnellement garanti, sous réserve qu'elles n'entraînent pas une prorogation au-delà du 30 juin 2020. »

- « Article 2 :

Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé

³ [Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période](#)

avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois. Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit. »

Puis, dans sa version issue de **l'ordonnance n°2020-666 du 3 juin 2020**, ces articles ont été modifiés comme suit :

- « Article 1

I. Les dispositions du présent titre sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus.

II. Les dispositions du présent titre ne sont pas applicables :

[...]

3° bis Aux délais dont le respect conditionne l'accès aux corps, cadres d'emploi, emplois ou grades de la fonction publique ainsi que le bénéfice de mutations, détachements, mises à disposition ou autres affectations des agents publics ;

4° Aux obligations financières et garanties y afférentes mentionnées aux articles L. 211-36 et suivants du code monétaire et financier ;

4° bis Aux obligations qui résultent, pour les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de la section 4 du chapitre 1er ainsi que du chapitre II du titre VI du livre V du même code ;

4° ter Aux obligations de déclaration prévues par les articles L. 512-3 du code des assurances et L. 546-2 du code monétaire et financier, pour les personnes tenues de s'immatriculer au registre unique mentionné aux articles L. 512-1 du code des assurances et L. 546-1 du code monétaire et financier, ainsi que pour leurs mandants, les entreprises d'assurance auprès desquelles ils ont souscrit un contrat au titre de leur responsabilité civile professionnelle et les établissements de crédit ou les sociétés de financement auprès desquels ils ont souscrit une garantie financière ;

4° quater Aux obligations, notamment de déclaration et de notification imposées en application des livres II, IV, V et VI du code monétaire et financier aux entités, personnes, offres et opérations mentionnées à l'article L. 621-9 du même code ainsi qu'aux obligations imposées en application du I et II de l'article L. 233-7 du code de commerce ;

Toutefois, les dispositions du présent titre sont applicables à l'obligation mentionnée au dernier alinéa du I des articles L. 214-17-2 et L. 214-24-51 et à l'article L. 214-52 du code monétaire et financier. Elles sont également applicables à l'obligation de respecter, au plus tard lors de l'inventaire de clôture de l'exercice suivant celui au cours duquel le fonds de capital investissement a été constitué, les quotas d'investissement mentionnés au V de l'article L. 214-28, au dernier alinéa du I de l'article L. 214-30, au A du V de l'article L. 214-31 et au I de l'article L. 214-159 du même code, dès lors que cette obligation devait être remplie à une échéance fixée entre le 12 mars et le 30 juin 2020 inclus ;

4° quinquies Aux délais concernant les déclarations prévues aux articles L. 152-1, L. 721-2, L. 741-4, L. 751-4, L. 761-3 et L. 771-1 du code monétaire et financier ;

5° Aux délais et mesures ayant fait l'objet d'autres adaptations particulières par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ou en application de celle-ci ;

6° Aux délais concernant les déclarations relatives aux produits chimiques et aux installations fabriquant, stockant, traitant ou consommant de tels produits, mentionnées aux articles L. 2342-8 à L. 2342-21 du code de la défense ;

7° Aux délais de demande de restitution de l'enfant déclaré pupille de l'Etat à titre provisoire, tels que définis au deuxième alinéa de l'article L. 224-6 du code de l'action sociale et des familles ;

8° Aux demandes d'aides ainsi qu'aux déclarations et formalités nécessaires pour bénéficier des différents régimes d'aides relevant de la politique agricole commune ;

9° Aux délais, régis par le code de l'environnement ou le code de la défense, concernant les déclarations d'accident ou d'incident nucléaire ainsi que toute autre procédure de déclaration, d'information ou d'alerte ou acte destiné à assurer la sécurité nucléaire et la protection des installations, des matières et des équipements nucléaires ainsi que celles du transport des substances radioactives et des matières nucléaires ;

10° Aux délais dans lesquels doivent être présentées les demandes d'attribution de logements destinés aux étudiants et gérés par les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires ;

11° Aux délais accordés par des procédures d'appels à projets aux personnes souhaitant concourir à la réalisation de politiques publiques et bénéficier à ce titre d'aides publiques ;

12° Aux délais pour l'établissement des actes de l'état civil relatant des événements survenus à compter du 24 mai 2020 ;

13° Aux délais de livraisons mentionnés dans les contrats portant sur le transfert de la propriété ou la livraison de marchandises d'origine agricole fongibles non périssables et sèches et des produits de leur première transformation, ainsi qu'aux délais mentionnés dans les contrats d'affrètement maritime et fluvial de ces marchandises et produits.

[...] »

- « Article 2 :

Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois. Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit.

Le présent article n'est pas applicable aux délais de réflexion, de rétractation ou de renonciation prévus par la loi ou le règlement, ni aux délais prévus pour le remboursement de sommes d'argent en cas d'exercice de ces droits.

Lorsque les dispositions du présent article s'appliquent à un délai d'opposition ou de contestation, elles n'ont pas pour effet de reporter la date avant laquelle l'acte subordonné à l'expiration de ce délai ne peut être légalement accompli ou produire ses effets ou avant laquelle le paiement ne peut être libératoire. »

L'ordonnance n° 2020-666 du 3 juin 2020 a prévu, en son article 4, que la modification de l'article 2, par l'adjonction de deux alinéas, a un caractère interprétatif.

Puis, par **ordonnance n° 2020-389 du 1er avril 2020** portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel, il a été prévu que :

« I. - Par dérogation aux dispositions des articles L. 2315-4 et L. 2316-16 du code du travail, le recours à la visioconférence est autorisé pour l'ensemble des réunions du comité social et économique et du comité social et économique central, après que l'employeur en a informé leurs membres.

Le recours à la visioconférence est autorisé dans les mêmes conditions pour l'ensemble des réunions des autres instances représentatives du personnel régies par les dispositions du code du travail.

II. - Le recours à la conférence téléphonique est autorisé pour l'ensemble des réunions des instances représentatives du personnel régies par les dispositions du code du travail, après que l'employeur en a informé leurs membres.

Un décret fixe les conditions dans lesquelles les réunions tenues en conférence téléphonique se déroulent.

III. - Le recours à la messagerie instantanée est autorisé pour l'ensemble des réunions des instances représentatives du personnel régies par les dispositions du code du travail, après information de leurs membres, en cas d'impossibilité de recourir à la visioconférence ou à la conférence téléphonique ou lorsqu'un accord d'entreprise le prévoit.

Un décret fixe les conditions dans lesquelles les réunions tenues par messagerie instantanée se déroulent.

IV. - Les dispositions du présent article sont applicables aux réunions convoquées pendant la période de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée.

La limite de trois réunions par année civile prévue par les articles L. 2315-4 et L. 2316-16 du code du travail ne trouve à s'appliquer qu'aux réunions organisées en dehors de la période de l'état d'urgence sanitaire. » (article 6 de cette ordonnance).

Le **décret d'application** de ce texte⁴, **daté du 10 avril 2020**, relatif aux modalités de consultation des instances représentatives du personnel pendant la période de l'état d'urgence sanitaire, va décliner les modalités pratiques de consultation et des réunions des instances représentatives du personnel, « qui peuvent se dérouler à titre exceptionnel également par conférence téléphonique ou par messagerie instantanée, afin d'assurer la continuité de ces instances pendant cette période », et va prévoir en son article 3 qu'il est applicable « aux réunions convoquées pendant la période de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée. »

Par la suite, vont être pris le 2 mai 2020, une ordonnance n°2020-508 et son décret d'application n°2020-508, qui ne vont concerner que l'information et la consultation « comité social et économique et du comité social et économique central sur les décisions de l'employeur qui ont pour objectif de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 »

Les juges du fond ont retenu que les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020, telles que modifiées par l'ordonnance n°2020-666 du 3 juin 2020, étaient applicables aux consultations du CSE qui constituait une « formalité » au sens de l'article 2 précité.

⁴ [Décret n° 2020-419 du 10 avril 2020 relatif aux modalités de consultation des instances représentatives du personnel pendant la période de l'état d'urgence sanitaire](#)

Ils en ont déduit que le délai de consultation du CSE sur les orientations stratégiques, qui avait commencé à courir le 18 mars 2020, avait été prorogé jusqu'au 23 août 2020. L'OGEC Fénelon conteste ce point, estimant que, ces textes ne s'appliquant pas aux délais de consultations des institutions représentatives du personnel (IRP), il n'y a pas eu de prorogation du délai qui a donc expiré le 18 mai 2020.

Le CSE ne s'étant pas expressément prononcé sur ces orientations, l'employeur considère donc qu'il peut se prévaloir d'un avis négatif, en vertu des dispositions de l'article L. 2312-16 du code du travail.

Il est vrai que, comme le souligne chaque partie au soutien de son argumentation, les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 précitées ne font pas mention expresse des consultations du CSE, soit pour les exclure de leur champ d'application, soit pour les y inclure.

Par ailleurs, le sens premier du mot « *formalité* » est, selon le dictionnaire Larousse, le suivant : « *opération prescrite dans certains cas par la loi pour la validité d'un acte administratif, juridique ou judiciaire* ».

Les consultations du CSE peuvent donc entrer dans cette définition.

Toutefois, il doit être relevé que, si l'étude d'impact de la loi d'habilitation du 23 mars 2020 reprend les termes de l'article 11, pour les dispositions qui nous intéressent, l'exposé des motifs indique, quant à lui, ce qui suit :

« Le titre III (articles 7 à 11) est relatif aux mesures d'urgence économique et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie.

[...]

Le présent projet de loi habilite dès lors le Gouvernement à prendre des mesures relevant du domaine de la loi qui visent à limiter les cessations d'activité des opérateurs économiques, quel que soit leur statut, et les licenciements et aménager divers délais et procédures légaux, contractuels ou juridictionnels qui, dans les circonstances présentes, ne peuvent être respectés.

[...]

Le recours massif au télétravail ou au travail à distance associé à un fort taux d'absentéisme induit par la crise sanitaire peut rendre difficile l'application des procédures d'information-consultation du comité social et économique (CSE). Le recours à la visioconférence pour réunir le comité social et économique peut être autorisé par accord entre l'employeur et les membres élus de la délégation du personnel du comité. En l'absence d'accord, ce recours est limité à trois réunions par année civile (L. 2315-4). Les dispositions du viii) du b) du 1° faciliteront le recours à une consultation dématérialisée de l'instance. »

En outre, ne figurent parmi les textes visés par l'ordonnance du 25 mars 2020 ceux du code du travail puisque les visas sont rédigés ainsi :

« Vu le code des douanes ;

Vu le code de l'environnement ;

Vu le code de code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ;

*Vu le code de procédure civile ;
Vu le code des relations entre le public et l'administration ;
Vu le livre des procédures fiscales ;
Vu le code de justice administrative, notamment son article R. 123-20 ;
Vu la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance ;
Vu la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, notamment le a. et le b. du 2° du I de son article 11 ; ».*

Le code du travail n'est pas plus visé par l'ordonnance n°2020-666 du 3 juin 2020 qui modifie celle du 25 mars.

Enfin, les dispositions spécifiques aux consultations du CSE contenues dans l'ordonnance précitée du 1^{er} avril 2020 et son décret d'application, ne peuvent s'expliquer que par le fait que le Gouvernement n'a pas entendu soumettre ces consultations aux dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 et donc à une prorogation des délais.

En effet, l'article 6 témoigne de la volonté du Gouvernement d'aménager autant que faire ce peut les modalités de réunion et de consultation des CSE pour que ceux-ci puissent se tenir « *pendant la période de l'état d'urgence sanitaire* » y compris pour être consulté sur des mesures qui n'ont pas trait à la crise sanitaire.

Pour toutes ces raisons, je considère que l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 ne s'appliquait pas aux consultations du CSE et que les juges du fond ont donc violé ce texte.

Je suis d'avis de casser l'arrêt sur la première branche du premier moyen.

Ainsi, la consultation sur les orientations stratégiques s'est achevée le 18 mai 2020.

B. Y a-t-il une articulation ou une hiérarchie entre les consultations récurrentes et les consultations ponctuelles du CSE ?

La cassation de l'arrêt sur la première branche du premier moyen ne rend pas sans objet l'examen de cette seconde question, posée par la troisième branche.

En effet, les juges du fond ont statué sur ce point car il était demandé par le CSE en première instance « *qu'il soit jugé que [la consultation qui avait été initiée le 18 mars 2020] porte uniquement sur les orientations stratégiques et ne peut porter sur la résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture* ».

Et, la suspension de la consultation ponctuelle sur ce second point a été ordonnée par les premiers juges.

Or, l'OGEC Fénelon argue d'une « double » consultation, tant sur ces orientations que sur le projet de résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture, qui a été faite au

cours des réunions du CSE s'étant tenues aux mêmes dates, à savoir 24 mars, 30 avril et 18 mai 2020.

Ainsi, si vous suivez mon avis de cassation sur la première branche, le délai de consultation du CSE n'a pas été prorogé, de sorte qu'il convient de déterminer si l'employeur pouvait ou non procéder aux deux consultations concomitamment ou s'il devait achever celle sur les orientations stratégiques avant de débiter celle sur le projet de résiliation du contrat d'association, comme l'ont retenu les juges du fond.

Cette question est aussi posée dans un autre pourvoi⁵ traité par Mme l'avocate générale Laulom.

Je reprendrai donc une partie des développements faits par cette dernière dans mon avis puisque notre position est identique.

Dans un 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* », il avait été relevé dans un titre II visant à « **RENFORCER L'INFORMATION DES SALARIES SUR LES PERSPECTIVES ET LES CHOIX STRATEGIQUES DE L'ENTREPRISE POUR RENFORCER LA GESTION PREVISIONNELLE DES EMPLOIS ET DES COMPETENCES** » que « *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. »

Pour ce faire, il avait été prévu dans un article intitulé « *Information et consultation anticipée des IRP* » que la consultation de ces dernières devait porter « *sur les options stratégiques de l'entreprise et sur leurs conséquences* » et « *ne se substitue pas aux informations données aux élus et aux représentants syndicaux en vue de leur consultation sur des événements ponctuels* ».

Cette consultation « *sur les orientations stratégiques et leurs conséquences* » a été introduite dans le code du travail par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, de sécurisation de l'emploi.

Elle a été qualifiée de récurrente car elle devait avoir lieu tous les ans.

La loi n°2015-994 du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi a rationalisé les consultations récurrentes en les regroupant et elle a fait de celle sur les orientations stratégiques l'une des trois thématiques de ces consultations.

⁵ Pourvoi n°20-17.058, appelé à l'audience de formation de section du 18 mai et renvoyé à la même audience que le présent pourvoi

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a repris ces thématiques, soumises désormais au CSE, mais a instauré la possibilité de modifier leur périodicité par accord collectif⁶.

Si les deux premières lois n'ont prévu aucune hiérarchie, ni aucune articulation entre la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise et les consultations ponctuelles déjà prévues, cela peut en partie s'expliquer par le fait que, devant être faites chaque année, les premières n'étaient jamais trop éloignées dans le temps, et donc trop « déconnectées », des consultations ponctuelles, qui pouvaient constituer des déclinaisons de ces orientations.

Dès lors qu'il est loisible par accord d'entreprise de modifier cette périodicité, qui ne peut toutefois « être supérieure à trois ans », comme le prévoit l'article L. 2312-19 in fine, la question de leur articulation se pose différemment.

Et, c'est là que je rejoins l'avis de Mme Laulom qui retient l'indépendance de ces consultations.

Comme elle l'indique dans son avis, aucun texte du code du travail n'introduit de hiérarchie ou d'articulation entre ces diverses consultations, notamment pour subordonner les consultations découlant des choix stratégiques à la fin de la procédure de consultation sur ces mêmes orientations.

« Surtout, les deux consultations ont un objet et une temporalité différents. La consultation sur les orientations stratégiques a un objet beaucoup plus large. Consultation récurrente, elle n'est pas liée à un évènement particulier, mais elle doit permettre aux représentants des travailleurs d'être associés à la définition de la politique (de la stratégie) générale de l'entreprise. [...] L'information et la consultation sur les orientations stratégiques s'inscrivent plutôt dans un moyen et long terme alors que les consultations ponctuelles concernent un projet précis. Les temporalités différentes de ces procédures vont également dans le sens de leur indépendance. Comment articuler une consultation périodique et annuelle, sachant que la périodicité par accord collectif peut aller jusqu'à trois ans, avec une consultation qui ne doit intervenir que sur un projet suffisamment défini pour donner lieu à une consultation ? »

De même, les deux procédures ne relèvent pas nécessairement du même organe, une consultation sur un projet ponctuel pouvant être de la compétence du comité d'établissement tandis que celle sur les orientations stratégiques incombe au comité central d'entreprise.

Enfin, comme le souligne Mme Laulom, lier les deux consultations, en imposant que celle sur les orientations stratégiques précède les consultations ponctuelles, ne se justifie pas nécessairement car « toutes les consultations ponctuelles ne se rattachent pas nécessairement à une orientation stratégique et surtout que les orientations stratégiques peuvent tout à fait, du fait d'un contexte économique, juridique et nous rajouterons aujourd'hui sanitaire particulièrement versatile, ne pas anticiper l'ensemble

⁶ L'article L. 2312-19 du code du travail dispose en effet qu'un accord d'entreprise peut définir « 1° Le contenu, la périodicité et les modalités de consultations récurrentes » du CSE.

des décisions qui devront par la suite faire l'objet de consultations ponctuelles, qui doivent débiter dès lors qu'un projet est suffisamment élaboré.»

D'ailleurs, dans un arrêt du 30 septembre 2009⁷, la chambre a 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 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.

En statuant ainsi, elle a refusé de subordonner la régularité des consultations ponctuelles aux consultations récurrentes.

Néanmoins, il me semble que cette indépendance devrait trouver une limite : en cas de fraude ou de déloyauté de l'employeur dans la conduite de ces consultations.

Cette solution est également évoquée par Mme Laulom.

Cela pourrait être, par exemple, l'hypothèse dans laquelle l'employeur cache des informations lors de la consultation récurrente, alors qu'il a déjà un projet abouti qui devra être soumis à une consultation ponctuelle ultérieure ou, comme dans notre espèce, lorsque l'employeur introduit la consultation ponctuelle dans celle sur les orientations stratégiques et méconnaît au surplus une décision de justice, ordonnant la suspension de la première.

L'exigence de loyauté est posée par la jurisprudence de la chambre s'agissant des négociations collectives et la déloyauté dans la conduite de ces négociations peut être sanctionnée.

Comme l'écrit Mme Pécaut-Rivolier dans son rapport sous l'arrêt du 10 novembre 2021⁸, « *La déloyauté peut provenir de l'absence totale de négociation, mais également d'une négociation conduite dans des conditions qui n'apparaissent pas correctes.* »

Et, tout comme la fraude, la déloyauté dans la négociation peut rejaillir sur les actes qui ont été conclus, pour les accords collectifs, ou pris, s'agissant d'actes unilatéraux de l'employeur.

Appliqué à la question qui nous intéresse, le recours à notion de déloyauté permettrait soit d'obtenir la suspension d'une consultation ponctuelle, tant que la consultation sur les orientations stratégiques n'a pas été menée loyalement à son terme, soit d'obtenir l'invalidation de la consultation ponctuelle, faite de façon déloyale ou découlant d'une consultation récurrente conduite de façon déloyale.

⁷ Soc. 30 septembre 2009, pourvoi n° 07-20.525, Bull. 2009, V, n° 217

⁸ Soc., 10 novembre 2021, pourvoi n° 21-17.717

Dans notre espèce, il apparaît au vu des pièces produites, notamment les pièces 15 et 16, que :

- l'ordre du jour de la réunion du 24 mars indiquait parmi les points en discussion « *Informations sur les orientations stratégiques de l'établissement* »,
- lors de la diffusion le 18 mars de la note d'informations en vue de cette réunion, le chef d'établissement a expressément indiqué que les développements sur les orientations stratégiques incluaient le projet de résiliation du contrat avec le ministère de la culture et la cessation de la formation du LPE,
- le calendrier des réunions futures figurant à la fin de cette note mentionnait que la réunion du 24 mars inclurait ces deux points, dans le cadre de la discussion sur les orientations stratégiques de l'établissement, qu'une réunion portant sur les mêmes thèmes aurait lieu le 30 avril et qu'une réunion extraordinaire du CSE aurait lieu le 18 mai qui permettrait sa consultation notamment sur les orientations stratégiques ainsi que le projet de résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture et la cessation de la formation LPE,
- le 18 mai, le CSE s'est réuni le matin pour aborder les orientations stratégiques de l'entreprise et l'après-midi pour évoquer les deux autres sujets.

Ainsi, l'OGEC Fénelon a bien entendu lié les deux consultations mais surtout utiliser la première réunion portant sur les orientations stratégiques pour reprendre la consultation ponctuelle sur le projet de fermeture de la formation LPE et la résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture, sans que cela apparaisse clairement dans l'ordre du jour.

Par ailleurs, ce faisant, il a fait fi des dispositions de l'ordonnance de référé du 9 mars 2020 qui avait ordonné la suspension de cette consultation ponctuelle et lui avait enjoint de procéder à la consultation sur les orientations stratégiques.

Or, il résulte du mémoire ampliatif de l'employeur qu'il n'avait pas interjeté appel de cette décision qui, en tout état de cause, était de droit assortie de l'exécution provisoire⁹ et devait donc être respectée par lui.

Il me semble que ces éléments caractérisent la déloyauté de l'employeur dans la conduite des consultations du CSE.

Je considère donc que, pour ces raisons d'espèce, la décision de suspension de la consultation ponctuelle prise par les juges du fond n'est pas critiquable, même si je la fonde sur des motifs différents des leurs.

Je suis donc au rejet de la troisième branche.

Ainsi, en pratique, l'employeur ne peut se prévaloir de cette « double » consultation pour soutenir que le CSE, en ne se prononçant pas le 18 mai, a également rendu un avis négatif sur le projet de résiliation du contrat avec le ministère de l'agriculture et la fermeture de la formation LPE.

La cassation sur la seule première branche du premier moyen n'entraîne pas, selon moi, de cassation par voie de conséquence sur le second moyen puisque la cour d'appel a retenu un délit d'entrave en se fondant sur des faits ultérieurs aux réunions

⁹ En vertu des dispositions de l'article 514-1 du code de procédure civile

des mois de mars à mai 2020 mais surtout qui ne concernent que la consultation ponctuelle qui n'avait pas été reprise à cette période.

Pour toutes ces raisons, je suis d'avis de casser l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 octobre 2020 mais de ne pas renvoyer l'affaire à une cour d'appel puisqu'il n'y a plus rien à trancher au fond.