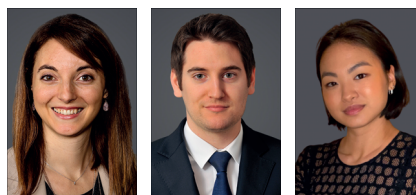


1159 De nouvelles précisions jurisprudentielles sur les orientations stratégiques

Cécile MARTIN,
avocate associée, Ogletree Deakins

Alexis BORESTEL,
avocat, Ogletree Deakins

Yuthavine KAUNY,
juriste, Ogletree Deakins



L’articulation entre la consultation sur les orientations stratégiques et les consultations ponctuelles du comité social et économique est une problématique récurrente au vu du contentieux existant depuis déjà plusieurs années. Le législateur s’étant toujours abstenu de se prononcer sur la notion d’orientations stratégiques, la jurisprudence semble prendre position en faveur d’une indépendance et d’une absence de primauté entre les deux consultations. Récemment, le tribunal judiciaire de Paris a introduit une nouvelle notion dans le débat : la loyauté de l’employeur. L’occasion nous est ainsi donnée de revenir sur l’évolution jurisprudentielle que ce contentieux a engendrée et d’aborder la manière dont est sanctionnée la déloyauté de l’employeur.

Par un jugement en date du 21 septembre 2021¹, le tribunal judiciaire de Paris réitère l’absence de primauté de la consultation sur les orientations stratégiques sur la consultation ponctuelle concernant un projet de restructuration. Ainsi, pour le tribunal, l’employeur conserve la liberté de choisir le moment de l’ouverture d’une telle consultation. Cependant, l’employeur doit respecter les engagements qu’il a pris quant à la périodicité de cette consultation et la mener loyalement. À défaut, la déloyauté dans la conduite de la procédure d’information et de consultation emporte versement de dommages-intérêts sans suspension du projet de restructuration.

En l’espèce, alors qu’une consultation sur les orientations stratégiques était en principe prévue tous les 2 ans par accord collectif, une société a consulté le CSE sur les orientations stratégiques entre juillet et octobre 2020 et a réitéré cette consultation en mars 2021 au prétexte d’un « bouleversement sans précédent et d’intensité concurrentielle croissante sur le marché » sur lequel elle intervenait

« du fait de la crise sanitaire consécutive à la pandémie de Covid-19. Lors de cette dernière consultation, la société a fait état de la nécessité de mettre en œuvre un projet de restructuration. Une consultation ponctuelle avait débuté en avril 2021. Les élus ayant considéré que la stratégie présentée lors de la consultation sur les orientations stratégiques de 2020 était mensongère et privée d’effet utile par suite de l’ouverture de la consultation sur le plan de restructuration en 2021, ils demandaient que la consultation sur la restructuration soit suspendue. Le tribunal judiciaire les déboute considérant que le manquement à la loyauté ne peut donner lieu qu’à l’octroi de dommages-intérêts.

Cette décision s’inscrit dans une construction jurisprudentielle donnant parfois lieu à des décisions contradictoires et sur laquelle la Cour de cassation n’a pas encore eu l’occasion de statuer. Le tribunal judiciaire de Paris précise, pour la première fois à notre connaissance, les conditions nécessaires à la réouverture de la consultation du CSE sur les orientations stratégiques.

1. TJ Paris, 21 sept. 2021, n° 21/05295.

1. Articulation entre la consultation sur les orientations stratégiques et la consultation ponctuelle

A. - Singularité de la consultation sur les orientations stratégiques par rapport aux consultations ponctuelles

1° Une consultation aux contours mal définis

C'est la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi² qui a instauré pour la première fois cette consultation du CSE relative aux orientations stratégiques de l'entreprise. La loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi³ a par la suite modifié le Code du travail s'agissant de l'objet et de la périodicité de la consultation des instances représentatives du personnel. Elle a en effet introduit une consultation obligatoire récurrente sur 3 blocs de compétences, comprenant notamment les orientations stratégiques, aujourd'hui codifiée à l'article L. 2312-17 du Code du travail et récemment amendée par la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets⁴. Depuis lors, de manière récurrente, « *le comité social et économique est consulté (...) sur :*

1° *Les orientations stratégiques de l'entreprise ;*

2° *La situation économique et financière de l'entreprise ;*

3° *La politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.*

Au cours de ces consultations, le comité est informé des conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise » (C. trav., art. L. 2312-22).

Il résulte de ces dispositions que, sauf accord collectif prévoyant une périodicité différente, l'employeur est dans l'obligation, chaque année, de consulter le comité social et économique sur ces trois thèmes. Il s'agit de la présentation de la situation de l'entreprise à un instant précis sur ces trois thématiques, avec pour particularité, s'agissant de la consultation sur les orientations stratégiques, une approche prospective sur les 3 prochaines années. Ainsi, aux termes de l'article L. 2312-24 du Code du travail : « *le [CSE] 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. Cette consultation porte, en outre, sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur les orientations de la formation professionnelle et sur le plan de développement des compétences. Le comité émet un avis sur les orientations stratégiques de l'entreprise 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 ».*

Pour autant, aucune définition de ce qu'est précisément une orientation stratégique n'a été donnée par le législateur.

Les juges ont eu l'occasion de préciser qu'il s'agissait d'une notion variable en fonction de chaque entreprise. La consultation sur ces orientations doit permettre un véritable échange entre le CSE et la direction sur la stratégie de l'entreprise dans le dessein d'anticiper ses conséquences pour les salariés et de permettre au comité d'appréhender annuellement les objectifs et les axes de

développement à court et moyen terme de l'entreprise ou ses actions défensives ou de consolidation en considération de son environnement concurrentiel⁵.

Cette absence de définition de la consultation sur les orientations stratégiques n'a pas manqué d'interroger quant à son contenu et à sa périodicité par rapport à une consultation sur un projet ponctuel, certains prétendant qu'elle est un préalable à toute consultation sur un projet ponctuel notamment lorsqu'il s'agit d'un plan de restructuration ou de compression des effectifs, d'autres soutenant, au contraire, que les consultations sont indépendantes les unes des autres et que la consultation sur les orientations stratégiques ne l'emporte pas sur les autres consultations ponctuelles.

2° Une périodicité qui interroge

Sur les quelques décisions rendues sur ce point, deux visions s'affrontent : celle des représentants du personnel et des partenaires sociaux qui ont tendance à considérer que la consultation sur les orientations stratégiques doit se tenir avant la consultation ponctuelle et être achevée au moment celle-ci et celle des employeurs qui considèrent que ces deux consultations sont indépendantes l'une de l'autre et qu'il n'existe pas un ordre de succession temporel entre elles.

Si les décisions de justice qui ont été rendues sont parfois contradictoires en la matière, une étude de la genèse des textes relatifs aux consultations récurrentes, parmi lesquelles la consultation sur les orientations stratégiques, ainsi que l'architecture du Code du travail permettent de s'orienter vers une absence de primauté de la consultation sur les orientations stratégiques sur celles ponctuelles. Ce point est d'ailleurs rappelé par le tribunal judiciaire de Paris lorsqu'il indique que « *la liberté conférée à l'employeur de choisir le moment de l'ouverture d'une consultation ne peut être remise en cause ».*

L'interprétation contraire se heurterait à l'architecture même du Code du travail qui démontre l'absence de volonté du législateur de donner une quelconque primauté aux consultations récurrentes, donc à la consultation sur les orientations stratégiques :

- tout d'abord, les trois consultations récurrentes figurent à la section 3 du chapitre II du Code du travail traitant des attributions économiques du CSE au même titre que les consultations ponctuelles obligatoires ; à aucun moment, le Code ne précise que ces consultations annuelles récurrentes énumérées à l'article L. 2312-17, au titre desquelles figure la consultation sur les orientations stratégiques, sont un préalable aux consultations ponctuelles obligatoires notamment celles mentionnées aux articles L. 2312-8 et L. 2312-37 et suivants du même code ;

- ensuite, une telle interprétation serait contredite par la rédaction de l'article L. 2312-20 du Code du travail qui dispose qu'« *un accord de groupe peut prévoir que la consultation sur les orientations stratégiques est effectuée au niveau du comité de groupe. Il prévoit les modalités de transmission de l'avis du comité de groupe : 1° À chaque [CSE] du groupe, qui reste consulté sur les conséquences de ces orientations stratégiques ».* Il en résulte que chaque projet présenté à la consultation d'un CSE n'a pas vocation à avoir été précisément abordé dans le cadre de la consultation sur les orientations stratégiques puisque les orientations peuvent être définies à un niveau supérieur à celui de l'entreprise, à savoir par la société dominante du groupe. En tout état de cause, si tel n'était pas le cas, il serait impossible de détailler au préalable dans les orientations stratégiques du groupe, toutes les réorganisations susceptibles d'intervenir dans l'année au sein de l'ensemble des filiales ;

- l'absence de primauté de la consultation sur les orientations stratégiques sur les consultations ponctuelles se déduit également de

2. L. n° 2013-504, 14 juin 2013, sur la sécurisation de l'emploi.

3. L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, dite loi « Rebsamen ».

4. L. n° 2021-1104, 22 août 2021, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

5. TGI Nanterre, 11 juill. 2019, n° 19/02211.

l'article L. 2312-19 ; en effet, aux termes de cet article, la périodicité des consultations récurrentes, au rang desquelles figurent les orientations stratégiques, peut être aménagée par voie d'accord afin d'être rendue triennale. Cela démontre que la consultation sur les orientations stratégiques revêt une dimension macro-économique et n'a, en aucun cas, de caractère préalable aux consultations ponctuelles. Ainsi, dans le litige sur lequel le tribunal judiciaire de Paris a été amené à se prononcer, la consultation sur les orientations stratégiques était aménagée par un accord collectif pour être organisée non pas annuellement mais tous les 2 ans ;

- enfin, une telle interprétation pourrait conduire à considérer qu'une entreprise ne peut pas consulter son CSE sur un plan de sauvegarde de l'emploi tant qu'elle ne l'a pas consulté au titre du bloc de compétences relatif aux orientations stratégiques prévu à l'article L. 2312-17. Or, cette analyse serait contraire à la lettre de l'article L. 2312-39 : « le [CSE] est saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs ».

Certains s'étaient déjà interrogés sur le fait de savoir si la consultation du CSE au titre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) devenue la gestion des emplois et parcours professionnels (GEPP) constituait un préalable obligatoire à la consultation au titre d'un plan de sauvegarde de l'emploi. La question se posait de savoir si « la loyauté et l'utilité de la consultation du comité d'entreprise tant sur le choix économique de l'employeur que sur le plan de reclassement ne supposaient pas (...) que le comité d'entreprise puisse apprécier le licenciement au regard de la stratégie de l'entreprise et ses prévisions en matière d'emploi ».

Cette question avait rapidement été tranchée par la Cour de cassation qui avait clairement affirmé que tel n'était pas le cas au motif qu'il s'agissait de deux consultations indépendantes : « cette solution se fonde sur la périodicité de ces obligations mais surtout sur leur objet propre. La GPEC a pour objet la projection à moyen long terme des évolutions souhaitées ou prévisibles de l'entreprise et la mise en œuvre des mesures nécessaires pour accompagner cette évolution. Elles portent donc sur des prévisions. Le licenciement économique repose pour sa part sur une décision de l'employeur dans un contexte donné qui peut résulter de modification du marché ou d'événements imprévus »⁶.

Or, l'article L. 2312-24 relatif aux orientations stratégiques précise que : « cette consultation porte, en outre, sur la [GPEC] ». La Cour de cassation ayant déjà jugé que la consultation sur la GPEC n'était pas un préalable à une consultation ponctuelle obligatoire, le fait que cette consultation soit intégrée à celle sur les orientations stratégiques a pour effet que cette dernière ne peut pas être regardée comme un préalable à la consultation sur un projet ponctuel.

De même, la genèse des textes sur les orientations stratégiques tend à confirmer le raisonnement opéré par le jugement évoqué :

- lors des débats sur la loi Rebsamen, la Commission des affaires sociales du Sénat indiquait que si les « [3] grands blocs diminuent le nombre de consultations, ils les regroupent mais ne suppriment aucune des consultations obligatoires »⁷ ;

- une circulaire du 18 mars 2014⁸ précisait : « cette nouvelle consultation sur les orientations stratégiques, visant à améliorer la participation et l'information des salariés sur la stratégie économique de l'entreprise, elle ne se substitue pas aux consultations existantes » ;

- il peut en être déduit que lorsque l'employeur a un projet ponctuel à présenter au CSE, il est dans l'obligation de le consulter immédiatement sur ce dernier, sauf à violer ses obligations vis-à-vis du CSE. Il n'est donc pas tenu d'attendre d'avoir consulté ce dernier

au titre des orientations stratégiques pour le consulter sur le projet ponctuel ;

- un raisonnement opposé serait contraire aux enseignements résultant des débats parlementaires relatifs à la loi Rebsamen ; ils rappellent que : « il est essentiel de préserver ce rôle de consultation « au fil de l'eau » du comité d'entreprise, en conservant la rédaction actuelle du code du travail sur ce sujet »⁹.

Ainsi, si les consultations prévues au titre de l'article L. 2312-17 devaient revêtir une quelconque primauté, l'employeur serait privé d'effectuer une consultation « au fil de l'eau » aussitôt qu'un projet est suffisamment défini pour pouvoir être présenté aux instances représentatives du personnel, alors même que la Cour de cassation estime qu'un projet doit être soumis à la consultation du CSE lorsque son « objet est assez déterminé pour que [son] adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise »¹⁰.

Une telle solution paralyserait la vie de l'entreprise puisque cela obligerait l'employeur :

- soit à retarder tout projet ponctuel au seul motif que la consultation récurrente sur les orientations stratégiques prévue à l'article L. 2323-17 n'a pas été effectuée ;

- soit, si cette dernière vient d'être effectuée, à attendre entre 1 et 3 ans, en vertu de la périodicité de ces consultations, avant de pouvoir présenter un projet ponctuel au CSE.

La rédaction du Code du travail et la genèse des textes sur les orientations stratégiques tendent à confirmer la position prise par le tribunal judiciaire de Paris en l'espèce, même si ce débat n'est pas totalement apuré.

B. - Une jurisprudence plutôt tranchée à quelques exceptions près

L'étude des décisions rendues sur cette question met en exergue une jurisprudence majoritaire selon laquelle la consultation sur les orientations stratégiques ne serait pas un préalable à l'ouverture d'une consultation ponctuelle et les consultations seraient indépendantes les unes des autres.

Le tribunal judiciaire de Paris par un jugement du 18 avril 2017¹¹ puis la cour d'appel de Paris par un arrêt du 3 mai 2018 se prononcent en ce sens : « 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, (...) »¹². Les juges ne pouvaient pas être moins équivoques. En l'espèce, le comité central d'entreprise et les organisations syndicales arguaient du fait que le choix d'ouvrir une nouvelle structure au Portugal devait relever de la consultation sur les orientations stratégiques qui avait eu lieu quelques mois auparavant et non pas d'une simple consultation ponctuelle. Mais dans ces 2 décisions, les juges du fond ont distingué expressément la consultation sur les orientations stratégiques des autres consultations. La cour d'appel a précisé en effet que :

« 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

6. C. Cass, Rapp. annuel – commentaire 30 sept. 2009.

7. CR Commission des affaires sociales du Sénat, 22 juin 2015.

8. Circ. DGT 2014/1, 18 mars 2014.

9. Amendement adopté Assemblée nationale n° AS15, 1^{er} juill. 2015.

10. Cass. soc., 18 juin 2003, n° 01-21.424.

11. TGI Paris, 18 avr. 2017, n° 16/17273.

12. CA Paris, 3 mai 2018, n° 17/09307 : JurisData n° 2018-012847.

doit être mise en œuvre 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 œuvre 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 cour d'appel de Paris affirme ainsi sans réserve que les deux consultations visées sont distinctes et indépendantes, mais également que l'employeur est libre de déterminer leur périodicité.

Une décision similaire a été rendue par la même cour d'appel le 31 janvier 2019¹³ : « S'agissant de la demande de consultation préalable du CE européen et celle sur les orientations stratégiques, **aucune disposition légale ne prévoit un ordre de consultation concernant un projet ponctuel présenté au comité d'entreprise. En outre le comité d'entreprise entretient une confusion entre les orientations stratégiques du groupe, le CE d'une société filiale ne pouvant pas exiger la tenue d'instances représentatives internes à la société détenant les titres de participation, et la consultation annuelle du comité de la filiale sur ses orientations stratégiques** ».

Une décision diamétralement opposée a cependant été rendue par le tribunal judiciaire de Nanterre le 11 juillet 2019¹⁴ et une décision ambiguë a été rendue par la cour d'appel de Paris le 29 octobre 2020¹⁵.

Le tribunal judiciaire de Nanterre faisait valoir que « les sociétés défenderesses ont commis un détournement de pouvoir, empêchant le CSE d'exercer ses droits à recueillir des explications utiles et à faire des propositions alternatives » en n'ayant pas organisé d'information-consultation sur les orientations stratégiques préalablement à celle sur le projet de cession. En l'espèce, il a considéré que l'ampleur du projet de cession et le changement significatif de stratégie au regard des orientations stratégiques qui avaient déjà été présentées, justifiaient une nouvelle consultation sur les orientations stratégiques avant la consultation ponctuelle.

La cour d'appel de Paris le 29 avril 2022, tout en confirmant l'ordonnance rendue par le tribunal de grande instance de Bobigny le 2 juillet 2020¹⁶ en ce que le projet de résiliation d'un contrat soumis à la consultation du CSE est une déclinaison concrète d'une orientation stratégique qui doit elle-même être préalablement soumise à discussion, en tire comme conséquence que si la consultation sur les orientations stratégiques doit être clôturée avant l'ouverture de la consultation sur le projet ponctuel, les délais de consultation étant expirés, la demande est devenue sans objet.

Le débat jurisprudentiel se poursuit donc avec le jugement du tribunal judiciaire de Paris du 21 septembre 2021 qui réitère l'absence de primauté de la consultation sur les orientations stratégiques sur la consultation ponctuelle mais qui pose pour limite la déloyauté caractérisée de l'employeur.

2. Retour sur la notion de loyauté en ce qui concerne les orientations stratégiques

A. - La loyauté pour pierre angulaire

1° Les particularités de l'espèce

Le travail de création prétorienne occupe une place cardinale en l'absence de dispositions légales relatives à l'articulation et à l'ordonnement des différentes consultations dont il est question¹⁷.

Dans sa décision du 21 septembre 2021, le tribunal judiciaire de Paris apporte un éclairage nouveau sur une donnée encore mal exploitée en prenant position sur l'obligation de loyauté de l'employeur¹⁸. En effet, s'il n'est pas contesté en l'espèce par le juge que les deux consultations récurrente et ponctuelle ne font pas l'objet d'une hiérarchie, celui-ci rappelle toutefois que l'employeur est tenu d'une obligation de loyauté au moment de la procédure d'information et de consultation du CSE sur les orientations stratégiques. Le principal apport de cette décision réside dans la prise en compte du comportement de l'employeur envers les institutions représentatives du personnel. L'employeur doit être loyal et fournir à ces dernières des informations sincères sous peine d'être sanctionné. Mais comment apprécier cette loyauté ? Quels sont les éléments pris en compte par le juge ?

Intéressons-nous tout d'abord aux circonstances de l'espèce : entre juillet et octobre 2020, l'instance dirigeante d'une UES engageait une procédure d'information-consultation de son CSE central sur les orientations stratégiques de la société pour les années 2021 et 2022, étant précisé que cette consultation devait être biennale en vertu d'un accord collectif sur le dialogue social de 2019. Quelques mois plus tard, en mars 2021, la direction invoquant l'impact de la crise sanitaire sur le marché des télécoms, convoquait ledit CSE en vue de la réouverture de l'information-consultation sur les orientations stratégiques et faisait valoir la nécessité d'une restructuration au niveau de chacune des divisions de l'UES. Presque simultanément, elle annonçait aux salariés la consultation prochaine du comité dans le cadre d'un plan de restructuration à échéance 2025 ayant un impact sur l'emploi. Le CSE estimait alors que la stratégie présentée entre juillet et octobre 2020 était mensongère et saisissait le tribunal judiciaire de Paris. Il reprochait entre autres à la société d'avoir dissimulé, lors de la consultation sur les orientations stratégiques en 2020, les conséquences sociales réelles de ses projets. Les élus estimaient notamment que la consultation relative aux orientations stratégiques de l'entreprise ouverte le 3 mars 2021 était déloyale et était privée de tout effet utile par l'ouverture de la consultation relative au plan de restructuration. Le tribunal considère *in fine* que : « (...) le fait pour l'employeur d'avoir dissimulé les données et perspectives dont il avait déjà connaissance pour les communiquer quatre mois plus tard en arguant de motifs dont il ne justifie pas, caractérise la déloyauté de la direction dans la procédure d'information-consultation ».

L'employeur doit agir de bonne foi et faire montre de loyauté dans le cadre de l'exécution de ses engagements conventionnels et de ses obligations d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel. Il convient donc de s'interroger tant sur la définition de la loyauté que sur l'appréciation de cette notion par le juge.

13. CA Paris, 31 janv. 2019, n° 18/16907.

14. TGI Nanterre, 11 juill. 2019, n° 19/02211.

15. CA Paris, 29 oct. 2020, n° 20/04265 : JurisData n° 2020-020394.

16. TGI Bobigny, 2 juill. 2020, n° 20/03845.

17. CA Paris, 3 mai 2018, n° 17/09307.

18. TJ Paris, 21 sept. 2021, n° 21/05295.

2° Le faisceau d'indices de la déloyauté retenu par le Tribunal

À ce jour, les contours de la notion de loyauté restent flous en droit social. Le législateur¹⁹ se contente de renvois sporadiques à la nécessité de respecter un principe de loyauté entre les parties à la négociation des conventions et accords collectifs²⁰. Aussi, la notion de loyauté en droit social ne repose sur aucune assise textuelle, du moins pas directement. La jurisprudence semble également tâtonner lorsqu'il s'agit de démontrer que l'employeur s'est volontairement abstenu de mettre les institutions représentatives du personnel en mesure de donner leur avis en connaissance de cause²¹ ou de négocier convenablement²².

L'obligation de loyauté découle toutefois du principe de bonne foi consacré tant par le Code civil (*C. civ.*, art. 1103 et 1104) que par le Code du travail (*C. trav.*, art. L. 1222-1). Cette obligation se déduirait donc du principe de bonne foi et serait d'ordre public. Ceci est particulièrement vrai lorsque l'on place par exemple la focale sur la relation contractuelle entre le salarié et l'employeur où la loyauté paraît être inhérente. En ce cas, elle n'aurait donc nul besoin d'être expressément stipulée pour s'appliquer.

Dans une affaire jugée en 2019²³, un CSE avait déjà contesté la validité d'une procédure d'information et de consultation mise en œuvre en 2018 en ce qu'elle aurait été, selon lui, menée de façon déloyale en dissimulant les véritables orientations stratégiques de l'entreprise. Le comité considérait qu'au cours des opérations d'information-consultation il y avait eu dissimulation des véritables orientations stratégiques, ce qui constituait un abus de droit et une fraude qui rendaient nulles les opérations menées. L'employeur, quant à lui, estimait avoir agi en toute loyauté en donnant au cours de la consultation sur les orientations stratégiques 2018 les informations dont il disposait sans dissimuler aucun projet de cession. Dans cette espèce, le tribunal avait considéré que le CSE ne rapportait pas la preuve qu'au cours des opérations d'information-consultation sur les orientations stratégiques 2018, l'employeur avait délibérément transmis des informations qu'il savait erronées ou inexacts ou omis de communiquer la véritable stratégie consistant à renforcer l'activité voire à se défaire d'autres activités en France. Le comité était ainsi débouté de sa demande tendant à rouvrir les opérations d'information-consultation 2018. Toutefois le tribunal considérait que le CSE rapportait la preuve que le changement significatif de stratégie était nécessairement connu des sociétés formant l'UES à tout le moins à la fin de l'année 2018. Il en déduisait qu'en raison de l'ampleur du projet de cession et du changement significatif de stratégie dont il procédait par rapport aux orientations stratégiques précédemment présentées, il appartenait aux sociétés défenderesses d'organiser l'information-consultation sur les orientations stratégiques 2019 préalablement à celles sur le projet de cession. Le juge estimait qu'en s'abstenant délibérément de le faire, les sociétés défenderesses avaient commis un détournement de pouvoir, empêchant le CSE d'exercer ses droits à recueillir des explications utiles et à faire des propositions alternatives. Cet abus de pouvoir affectait nécessairement la légalité de la procédure d'information-consultation sur le projet de cession.

Mais jusque-là, le juge n'avait pas précisé son raisonnement relatif à la loyauté invoquée par les demandeurs.

En revanche, dans la décision du 21 septembre 2021, le juge prend cette fois-ci le soin de détailler son raisonnement : « *il résulte du principe général édicté par les articles 1103 et 1104 du Code civil, applicables à toute relation contractuelle, que les parties sont tenues à une exécution loyale et de bonne foi des contrats légalement formés (qui) tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». À ce principe général, des règles spéciales propres aux conventions et accords collectifs de travail viennent confirmer le caractère obligatoire des clauses conventionnelles et leur confèrent une portée plus large car applicables également aux salariés dérogeant ainsi à l'effet relatif des contrats, et donc plus contraignante dans l'exigence de loyauté et de bonne foi. ». Le juge rappelle également le corollaire de la loyauté que « *constitue [la] fraude [qui est] « Un acte régulier en soi accompli dans l'intention d'éluider une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la loi »* ».

En l'absence de règles écrites et claires sur l'obligation de loyauté, la casuistique a libre cours. Le juge s'est donc attaché à apprécier, au moment de l'échange avec le CSE, si l'employeur pouvait se douter de la perspective d'un projet de restructuration. Pour ce faire, il procède de manière habituelle via un faisceau d'indices²⁴. Dans le présent cas, il prend en compte plusieurs éléments pour fonder son opinion :

- la vérification de l'existence d'un changement brutal de contexte économique, global et propre au marché sur lequel intervient l'employeur ; à cet égard, le tribunal considère que la réouverture de la procédure d'information-consultation, en mars 2021 constitue « *un comportement déloyal de la part de la direction* » dans la mesure où cette dernière « *ne justifie* » pas « *de la réalité d'un motif impérieux ou de circonstances radicalement nouvelles rendant impérative une réouverture* » ;

- la vérification de l'impact de la concurrence ; en effet, l'employeur tentait de justifier sa bonne foi, donc sa loyauté, en arguant notamment de l'existence d'une pression concurrentielle qu'il subissait. Or, pour le juge, cet élément était connu au moins dès juin 2020, « *soit un mois avant l'ouverture de la consultation sur les orientations stratégiques en juillet 2020* ». Dans la mesure où l'employeur disposait « *d'une envergure* » particulière et qu'il était « *doté d'un personnel très qualifié tant en matière de prospective technologique, économique que financière* », il était donc difficile de soutenir qu'il avait découvert les effets du développement des offres de son principal concurrent sur le marché seulement en début 2021 ;

- l'analyse des différentes dates de préparation du projet de restructuration faisant l'objet d'une consultation ponctuelle démontrait que la direction connaissait « *dès la tenue de la première consultation [sur les orientations stratégiques] les éléments invoqués pour justifier de la réouverture de la procédure mais encore que le projet de réorganisation était déjà en germe et mené en parallèle de la première consultation* » ;

- l'analyse des deux consultations sur les orientations stratégiques de 2020 et 2021 par l'expert du CSE prouvait que l'employeur avait une pleine connaissance, dès 2020, des éléments invoqués à l'appui de la réouverture de la consultation de 2021 puisqu'elles aboutissaient à l'élaboration d'une stratégie quasi-identique.

Mis bout à bout, ces éléments démontrent selon le juge une manœuvre de l'employeur qui ne pouvait donc alléguer qu'un projet de réorganisation avait été préparé en seulement quelques semaines au début de l'année 2021.

On peut aussi se poser la question de savoir si l'employeur aurait pu attendre davantage et reporter temporairement son projet de réorganisation. Il aurait certainement été plus difficile de démontrer

19. L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels dite « El Khomri ».

20. Par ex : C. trav., art. L. 1222-3-1 : « Une convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties ».

21. CA Paris, 10 sept. 2009, n° 08/14508.

22. Par ex : Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721 : JurisData n° 2007-040743.

23. TGI Nanterre, 11 juill. 2019, n° 19/02211. À noter qu'un appel a été interjeté mais que les parties se sont désistées de l'instance (CA Versailles, 24 nov. 2020, n° 19/05324).

24. TGI Nanterre, 11 juill. 2019, n° 19/02211.

le séquençage de la stratégie de l'employeur s'il en avait espacé les étapes. Il aurait éventuellement été possible de sortir de la périodicité conventionnelle biennale de la consultation sur les orientations stratégiques ce qui aurait permis de renforcer les arguments tirés de l'évolution du marché et de la concurrence.

B. - Les conséquences de la déloyauté de l'employeur

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a prévu qu'un accord collectif peut espacer la périodicité des consultations récurrentes jusqu'à n'en organiser que tous les 3 ans. Or, en l'espèce, la consultation sur les orientations stratégiques était précisément prévue de manière biennale. Autrement dit, l'employeur s'était enfermé dans une périodicité de consultation spécifique et plus longue que celle prévue par les textes (*C. trav.*, art. L. 2312-22). Par conséquent, cette « fréquence conventionnelle » a obligé l'employeur à intégrer le projet ponctuel de l'année 2021 dans le cadre de la stratégie qui avait fait l'objet d'une consultation entre juillet et octobre 2020 dans la mesure où cette dernière concernait les années 2021 et 2022.

Or, selon le tribunal, « s'il est reconnu à l'employeur un pouvoir d'organisation de l'entreprise ce dernier doit toutefois s'exercer dans le cadre légal et en respectant ses obligations conventionnelles vis-à-vis de la collective de travail et de ses co-contractants ».

Le tribunal en conclut qu'il appartenait à la société de « justifier de la véracité et de la réalité des motifs par elle invoqués pour imposer aux organisations syndicales la réouverture d'une procédure de consultation en dehors du calendrier fixé par accord collectif » et que « même si la liberté conférée à l'employeur de choisir le moment de l'ouverture d'une consultation ne peut être remise en cause, ce pouvoir de gestion ne permet cependant pas à l'employeur de contourner ses engagements ».

L'accord collectif signé contraignait fortement l'employeur à communiquer au CSE de plus amples informations jugées pertinentes dont il avait connaissance sur une période prolongée de deux années. Il en découlait une obligation de bonne foi et de transparence renforcée. On pourrait donc légitimement se demander si la décision aurait été la même sans cet accord et face à une récurrence annuelle des orientations stratégiques. La réponse est assurément négative. En effet, si la consultation sur les orientations stratégiques avait été annuelle, l'employeur aurait pu mettre en avant un raisonnement en année civile et non en année glissante et aurait alors pu se passer d'une réouverture de la consultation sur les orientations stratégiques puisqu'il se serait agi d'une nouvelle consultation sur les orientations stratégiques 2021.

L'on peut également s'interroger sur les conséquences de la qualification du comportement déloyal de l'employeur par le juge sur le projet de restructuration en cours de consultation. C'est là le second apport de ce jugement : le manquement de l'employeur à l'obligation de loyauté donne lieu au versement de dommages-intérêts sans pour autant suspendre l'engagement ultérieur de la réorganisation. L'absence de loyauté ne permet pas aux représentants du personnel de faire échec à l'opération en cours, ce qui circonscrit drastiquement les conséquences pour l'employeur de sa déloyauté.

Cette analyse sécurise l'activité de l'employeur et le déroulement des opérations projetées, la réparation étant purement indemnitaire et n'ayant pas d'effet sur le calendrier de déploiement des projets.

MOTS-CLÉS : Comité social et économique - Information et consultation - Orientations stratégiques

TEXTES : *C. trav.*, art. L. 2312-17

JURISCLASSEUR : *Travail Traité*, fasc. 14-3, par Jean-Yves Kerbourc'h. – D.O étude S-2505