

Selon les articles L. 2327-15 et L. 2327-16 reproduits ci-dessus, les comités d'établissement ont les mêmes attributions que les comités d'entreprise, ce qui vise sans restriction *tous les domaines économiques et professionnels* dans la limite des pouvoirs confiés au chef d'établissement.

Il en résulte notamment que le comité d'établissement peut se prévaloir de l'article L. 2323-1, en remplaçant le mot « entreprise » par « établissement », de sorte que le comité d'établissement a pour objet d'assurer une expression collective des salariés de l'établissement, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'établissement, à l'organisation du travail et aux techniques de production.

Si un comité d'établissement existe, c'est que la qualité d'établissement distinct de l'établissement a été reconnue. Cela suppose un degré d'autonomie du chef d'établissement suffisant pour que le comité d'établissement puisse fonctionner utilement en exerçant notamment ses prérogatives économiques (5).

La jurisprudence étend régulièrement les droits économiques des comités d'établissement, tant en matière d'information que de consultation.

A. - INFORMATION

S'il existe une comptabilité propre à l'établissement, ce qui est pratiquement toujours le cas, le comité d'établissement doit en être informé dans les mêmes conditions qu'un comité d'entreprise. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que le comité d'établissement d'une succursale peut désigner un expert-comptable, aux frais de l'employeur, pour l'assister dans l'examen annuel des comptes de la succursale (6).

Appliquant les mêmes principes, la Cour d'appel de Lyon a jugé que le recours par le comité central d'entreprise à l'assistance d'un expert-comptable en vue de l'examen annuel des comptes de l'entreprise n'est pas exclusif du recours du comité d'établissement à la même assistance en vue de l'examen des comptes de l'établissement considéré (7).

Il s'ensuit que le comité d'établissement collectivement et ses membres individuellement doivent recevoir des informations relatives à l'établissement, tout comme les membres du comité d'entreprise sont informés de la marche de l'entreprise (8).

En outre, le comité d'établissement doit recevoir notamment du chef d'établissement :

- le rapport annuel comprenant les renseignements propres à l'établissement : activité de l'établissement ; compte d'exploitation propre à l'établissement, s'il existe ; résultats de la production de l'établissement ; évolution de la structure

(5) « L'hypothèse selon laquelle il suffirait qu'un chef d'entreprise décide de ne confier aucun pouvoir de décision à un chef d'établissement, pour que le comité d'établissement ne puisse jamais être consulté ou informé, n'est guère concevable dans la mesure où la création d'un comité d'établissement est subordonnée à l'existence d'un pouvoir de décision et d'une autonomie propre au chef d'établissement » (Rép. min. JO AN 9 sept. 1985, p. 4276, n° 70870).

(6) Cass. soc. 14 déc. 1999, n° 98-16810.

(7) Appel Lyon 14 déc. 2000, ch. Soc. Sect. Collégiale A, Garcia c/ Com. Etab. El Lyon, RJS 2001 n° 618, notre réf. ;

(8) Le Code du travail évoque d'ailleurs, en son article L. 2143-22 (ex-art. L. 412-17) à propos du délégué syndical, les informations fournies au comité d'entreprise « ou d'établissement ».

et du montant des salaires ; évolution de la rémunération moyenne ; situation comparée des femmes et des hommes ; bilan social particulier si l'effectif de l'établissement est au moins de 300 salariés ; perspectives économiques de l'établissement pour l'année à venir, etc. ;

- les informations trimestrielles ou semestrielles prévues par la loi : commandes ; programmes de production ; cotisations de Sécurité sociale ; CDD ; etc. (cf. *infra* Titre 6).

- dans les sociétés juridiquement autonomes appartenant à une unité économique et sociale reconnue comme telle : la documentation initiale et toutes les informations économiques, comptables et financières dues aux comités d'entreprise des sociétés. Le comité d'établissement peut aussi, dans un tel cas, se faire assister d'un expert-comptable payé par l'employeur exactement comme un comité d'entreprise ou un comité central d'entreprise (9).

B. - CONSULTATION

Dans la limite des pouvoirs confiés au chef d'établissement, le comité d'établissement est obligatoirement informé et consulté sur toutes les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'établissement, de la même manière qu'un comité d'entreprise doit être consulté sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise (voir *infra* Titre 6).

a) Consultation avant application des décisions centrales dans l'établissement

Très souvent, dans le domaine économique et professionnel, l'application des décisions centrales prises par la direction de l'entreprise, après consultation du comité central d'entreprise, nécessite des initiatives propres aux chefs d'établissement, initiatives qui relèvent du contrôle des comités d'établissement.

Ceux-ci doivent alors être consultés avant l'application ou l'adaptation à l'établissement de la décision de la direction générale. La jurisprudence est constante en la matière (10).

Il en est ainsi aussi bien lorsque les décisions locales relèvent des pouvoirs permanents du chef d'établissement que lorsque ce dernier reçoit des pouvoirs exprès pour appliquer les décisions.

En cas de litige, le juge doit examiner l'étendue de la délégation de pouvoirs du chef d'établissement à la lumière de l'activité réelle des services que dirige celui-ci.

L'information-consultation du comité d'établissement a été jugée non obligatoire dans le cas d'une décision centrale de création de pôles dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise ou du groupe entraînant la compétence consultative du seul comité central d'entreprise (11).

En cas de licenciement économique, l'ancien Code du travail imposait la consultation du comité d'entreprise « ou d'établissement ». Le fait que ces deux

(9) Cass. soc. 27 mai 2008, n° 07-12582 ; Cass. soc. 28 nov. 2007, n° 06-12977, Dr. Ouv. 2008.294 note M.C.

(10) Cf. notamment : Cass. crim. 17 janv. 1984, n° 82-94159 ; Cass. crim. 27 mars 1990, n° 89-82951 ; Cass. crim. 11 févr. 1992, n° 90-87500. Appel Paris 20 sept. 2000, SA Honeywell, n° 353.

(11) Cass. soc. 5 juill. 2006, n° 04-18814.

mots ne figurent plus dans le nouveau texte (12) ne retire pas la compétence du comité d'établissement en cas de licenciement dans l'établissement (cf. *infra* Titre 6).

Un accord collectif peut aussi prévoir expressément la consultation du comité d'établissement.

b) Consultations ponctuelles

Indépendamment de l'application locale des décisions centrales, le comité d'établissement est obligatoirement saisi en temps utile des projets concernant l'établissement dans les domaines de compétence légale du comité d'entreprise : compression des effectifs ; introduction de nouvelles technologies ; formation professionnelle ; conditions de travail ; durée du travail ; règlement intérieur de l'établissement ; etc.

Il a été ainsi jugé que le comité d'établissement doit être consulté sur un transfert de 37 salariés, la décision centrale entraînant des dispositions particulières de réorganisation relevant des attributions du chef d'établissement (13).

Même s'il n'est pas consulté officiellement pour avis, le comité d'établissement a les mêmes possibilités qu'un comité d'entreprise. Il peut, par exemple, sur les questions relatives à la marche de l'établissement, faire des propositions au chef d'établissement dans la limite des pouvoirs de ce dernier.

Le comité d'établissement émet des *avis et vœux* dans l'exercice de ses attributions consultatives. Le chef d'établissement rend compte en la motivant de la suite qui leur est donnée.

En outre si un accord collectif est négocié et conclu au niveau de l'établissement, le comité d'établissement doit être consulté préalablement (cf. Titre 6).

C. - ALERTE INTERNE

Des tribunaux avaient jugé qu'un comité d'établissement peut déclencher la procédure d'alerte interne en cas de faits préoccupants dans l'établissement. Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire, ce qui est très critiquable (14).

D. - EXPERTISES

a) Pour l'examen des comptes

En règle générale, les comptes sont établis au niveau de l'entreprise entière, de sorte que seul le comité central d'entreprise se fait assister d'un expert-comptable, rémunéré par l'employeur, pour leur examen.

Mais les comptabilités des établissements sont souvent calquées sur celle du siège social. Aussi, lorsque les pouvoirs du chef d'établissement comportent des attributions économiques et financières entraînant un devoir de consultation du comité d'établissement, celui-ci peut demander l'assistance d'un expert-

comptable rémunéré par l'employeur pour l'examen annuel des *comptes de l'établissement* (15).

C'est ainsi que la Cour de cassation a déclaré justifiée la demande d'assistance d'un comité d'établissement par un expert-comptable rémunéré par l'employeur en vue de l'examen annuel des comptes d'une succursale Renault (16) ; ou de centres de soins rassemblés au sein d'un même établissement (17).

Il doit en être de même si le comité d'établissement a besoin de connaître des *comptes le concernant*, comme par exemple la masse salariale de l'établissement que l'employeur refuse de lui communiquer (18).

Par ailleurs, si une société constitue un établissement distinct dans une *unité économique et sociale*, son comité d'établissement peut examiner ses comptes annuellement avec l'assistance d'un expert-comptable rémunéré par la société. Il en est jugé autrement si les comptes de l'entreprise pour la même période avaient déjà été examinés par le même expert-comptable dans le cadre de sa désignation par le comité central d'entreprise de l'UES (19).

b) En cas de décision économique

En cas de *licenciement pour motif économique*, le comité d'établissement peut se faire assister par un expert-comptable payé par l'employeur :

- d'une part lorsqu'il est lui-même consulté (20) ;
- d'autre part, lorsqu'il est concerné par le projet de licenciement et que le comité central d'entreprise a été consulté mais n'a pas lui-même désigné d'expert-comptable (21).

La Cour de cassation déclare en effet que la carence du comité central d'entreprise ne peut priver le comité d'établissement concerné du droit d'être assisté par un expert-comptable (22).

Mais, hors le cas de carence, un comité d'établissement ne peut pas se substituer au comité central d'entreprise et donner mission à l'expert-comptable qu'il a désigné lors d'une procédure d'alerte, de vérifier les comptes de toute l'entreprise. Dès lors l'omission de communiquer à l'expert du comité d'établissement des documents financiers intéressant le seul comité central ne peut pas constituer un délit d'entrave au fonctionnement du comité d'établissement (23).

Sur toutes ces expertises, cf. *infra* Titre 6.

(15) En ce sens : Appel Toulouse, 28 mars 2002, AGDP, Ets St Jean, notre réf. : L-57 ; TGI Boulogne-sur-Mer, 1^{er} ch., 6 juill. 2004, Sté Auchan, *Dr. Ouv.* 2004.555, note Ducrocq.

(16) Cass. soc. 14 déc. 1999, n° 98-16810.

(17) Cass. soc. 11 mars 1992, n° 89-20670.

(18) La connaissance du montant de la masse salariale étant nécessaire pour vérifier le montant de la subvention de fonctionnement de 0,2 %, cette information est exigible sans texte spécifique, sous les sanctions du délit d'entrave (Cass. crim. 11 févr. 2003, n° 01-88650, confirmant Appel Montpellier, ch. corr. 30 oct. 2001, MP c/ Dufau, PDG d'IBM et a., *RPDS* 2001.347 note M. Cohen).

(19) Cass. soc. 14 mars 2006, n° 05-14148.

(20) Déclaration de M. Coffineau rapporteur de la Commission des affaires sociales, *JO*, Déb. AN 8 juin 1982, p. 3082 (amendement n° 154).

(21) Cass. soc. 25 janv. 1995, n° 92-13546.

(22) Cass. soc. 25 janv. 1995, n° 92-13546, précité. Mais si le comité central d'entreprise refuse expressément de désigner un expert-comptable, cela n'est pas une carence et un comité d'établissement ne peut pas se substituer à lui (Appel Versailles 23 mars 2006, RG 05/03619, *bull. inf. Cass* n° 1220).

(12) Art. L. 1233-8 remplaçant partiellement l'article L. 321-2.

(13) Appel Paris 20 sept. 2000 Honeywell, précité.

(14) Cass. soc. 1^{er} mars 2005, n° 03-20429, *RPDS* 2005.161, comm. critique M. Cohen ; Cass. soc. 6 avr. 2005, n° 02-31130. Cf. *infra* page 633.

Toute information peut donc être suivie d'un vœu, si le comité le décide. Comme l'employeur doit fournir une réponse motivée, les éléments de la consultation sont réunis en fait, avec les sanctions y afférentes. Il en est ainsi notamment lors des informations trimestrielles obligatoires décrites par ailleurs.

Section 2

LES MODALITÉS DE TOUTE CONSULTATION

§ 1. – Le principe d'antériorité

« Les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité d'entreprise, sauf, en application de l'article L. 2323-25, avant le lancement d'une opération publique d'acquisition. »

(Art. L. 2323-2 du Code du travail)

Le principe d'antériorité énoncé par l'article L. 2323-2 confirme une même exigence exprimée par d'autres articles de loi disant « *préalablement* à leur projet » (L. 2323-13 Code trav.), « *préalablement* à leur utilisation » (L. 2323-14 Code trav.), ou « *après avoir entendu* les représentants du comité d'entreprise » (L. 621-1 Code commerce), etc. L'exception faite pour l'article L. 2323-25 vise les OPA et OPE dont nous avons parlé plus haut.

Aussi, est-il largement admis que le comité d'entreprise ne doit pas être placé devant le fait accompli, ce qui serait un simulacre de consultation.

Pour que le comité puisse donner un avis circonstancié, susceptible d'être pris en considération par l'employeur, il faut certes qu'une discussion utile s'instaure, comme indiqué plus loin ; mais il faut d'abord que la consultation soit *préalable* à la décision de l'employeur, c'est-à-dire, selon la Cour de cassation, préalable « à la prise et à l'exécution des décisions » (1). Le cas échéant, le comité d'entreprise européen doit être consulté avant le comité d'entreprise français (cf. *supra* Titre 3).

Pratiquement, pour respecter la loi, l'employeur doit retenir la chronologie suivante :

- 1° Intention.
- 2° Étude d'un projet.
- 3° Projet arrêté mais amendable.
- 4° Consultation du comité d'entreprise.
- 5° Prise de décision définitive.

Le principe d'antériorité ne souffre pas d'exception :

1° Il doit être respecté même si cela gêne la liberté de manœuvre du chef d'entreprise. Certains employeurs estiment que l'obligation légale de discrétion est insuffisante et « s'abstiennent de consulter les représentants du personnel, quitte à s'exposer à des poursuites au titre du délit d'entrave » (2). Mais évidemment la volonté affichée de violer la loi ne peut atténuer la rigueur du juge répressif. Il a été jugé, par exemple, que l'employeur commet le délit d'entrave s'il s'abstient volontairement de consulter son comité d'entreprise avant de décider

la prise de contrôle sous prétexte que la confidentialité de l'opération n'aurait pas à être respectée (3).

2° Pour se dispenser de consulter préalablement le comité d'entreprise, le chef d'entreprise ne peut pas invoquer l'urgence ou le caractère simplement conservatoire de sa décision (4) ou alléguer que son projet n'est pas encore défini (5).

3° Le chef d'entreprise ne peut pas non plus invoquer l'importance de l'opération envisagée pour échapper à la consultation préalable. Le fait que des négociations soient nécessaires avec des sociétés de niveau national ou international ou avec les Pouvoirs publics ne le dispense pas de la consultation du comité d'entreprise à l'étape du projet. Il en est ainsi tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Loin d'être une circonstance atténuante, l'importance du projet et ses conséquences sur l'emploi et les conditions de travail du personnel seraient plutôt une circonstance aggravante en cas de poursuites pénales pour défaut de consultation préalable. Le fait que les hauts partenaires du chef d'entreprise lui auraient demandé de ne pas informer son comité d'entreprise ne serait pas une excuse au regard de la loi pénale.

4° L'inobservation du principe d'antériorité constitue le délit d'entrave quel que soient les consultations et discussions postérieures à la commission du délit. Une consultation du comité postérieure à une décision est tardive, même si les représentants du personnel ont pu, en raison des circonstances, être informés et réagir d'une manière adéquate par la suite, avant la mise en vigueur de la décision prise.

5° Enfin, la consultation doit être sérieuse. La Cour de cassation a jugé que ne constitue pas une consultation véritable sur un projet de réorganisation la réunion du comité d'établissement à laquelle un seul élu titulaire était présent, après un refus de siéger des autres élus, alors que cet élu n'a pas donné d'avis définitif sur le projet et que les informations fournies par l'employeur étaient insuffisantes selon les juges du fond (6).

Cela dit, si le comité d'entreprise a été consulté et a débattu plusieurs fois du projet après expertise et avant toute mise en œuvre, la procédure a été régulière (7).

§ 2. – La distinction entre projet et décision

La loi est formelle : le comité d'entreprise (et/ou le comité d'établissement ; le comité central d'entreprise) doit être consulté sur un projet et non sur une décision déjà prise.

Il faut non seulement que l'ordre du jour emploie les mots « projet » ou « mesure envisagée » mais encore qu'aucune instruction d'application n'ait déjà été diffusée à l'encadrement, même si elle n'a pas eu encore de commencement d'exécution. Par exemple, une direction ne peut pas présenter comme un projet de délocalisation une mesure qui a déjà fait l'objet d'instructions écrites ou verbales, ouvertes ou secrètes, sur la manière de procéder au déménagement des machines ou sur la future utilisation des locaux qui seront libérés, ou qui a fait l'objet de la désignation de cadres qui seront chargés de sa mise en œuvre.

(1) Cass. crim. 29 avr. 1997, n° 95-82522.

(2) Cass. crim. 25 oct. 1988, n° 86-94961.

(3) Cass. crim. 6 mai 2008, n° 07-84416.

(4) Cass. crim. 30 oct. 1990, n° 89-83161.

(5) Cass. crim. 26 mai 2004, n° 02-17642.

Le mot *projet* ne doit pas non plus être un simple paravent. Par exemple, ce mot est accolé à une description utilisant des verbes au présent de l'indicatif, au futur, il peut camoufler une décision déjà prise.

§ 3. - La date de la consultation

A. - LE CRITÈRE DE L'IRRÉVERSIBILITÉ

La date exacte de la consultation varie selon l'objet de celle-ci et la nature simple ou complexe, du projet. Par-delà les apparences, la date *réelle* de la prise de décision doit être recherchée dans chaque cas. Quel que soit son objet, la consultation du comité doit toujours se situer entre l'*élaboration* du projet et la *décision* d'application prise par les organes compétents de l'entreprise (direction du personnel ; conseil d'administration, etc.). Pour les licenciements économiques, la loi fixe des délais précis entre la consultation et la décision (*infra* Chapitre 4).

L'*élaboration* du projet doit être suffisamment poussée pour permettre son application en cas de décision. Une consultation *prématurée* ne sert à rien si le comité ne peut pas connaître ses conséquences, par exemple les suites d'une restructuration sur l'emploi (8). Mais elle ne doit pas être achevée définitivement car elle doit être toujours **susceptible de modification**, voire d'abandon, à la suite de la consultation du comité.

Selon la Cour de cassation, un projet ou des orientations, même formulés en **termes généraux**, doivent être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque leur objet est assez déterminé pour que leur adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'ils ne soient pas accompagnés de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause dans son principe le projet ou les orientations adoptés (9).

Le critère de détermination de la date limite de consultation du comité est non pas la signature d'un acte, mais le **caractère irréversible d'un projet** (10). Tant qu'un projet n'a fait l'objet d'aucune mise en œuvre et est amendable, la consultation n'est pas tardive (11). Dès qu'il est irréversible, la consultation est tardive et constitutive du délit d'entrave.

Par exemple, a été condamné pour délit d'entrave le chef d'entreprise qui envisageant de céder une partie de son activité, a convoqué le comité d'entreprise pour le 15 mars alors qu'il signait trois jours plus tard, le 18 mars, un protocole d'accord avec la société cessionnaire. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont dit que le rapprochement entre ces deux dates montre que l'opération était *déjà acquise définitivement en son principe* (12). Jugé ainsi qu'il y a délit d'entrave lorsqu'un comité central d'entreprise est consulté postérieurement à une décision *irrévocable* de fermeture de sites (13), ou lorsque l'employeur convoque le comité d'entreprise à une réunion extraordinaire trois semaines après

(8) Cf. Cass. soc. 9 juill. 1986, n° 94-19722. En l'occurrence, l'employeur prétendait à tort que le comité d'entreprise ne pouvait être informé davantage sur d'éventuels transferts de personnel « qu'après modifications des actuelles structures juridiques de la société ».

(9) Cass. soc. 18 juin 2003, n° 01-21424.

(10) Cass. soc. 12 nov. 1997, n° 96-12314, *Dr. Soc.* 1998.87, obs. M. Cohen.

(11) Cass. soc. 26 mai 2004, n° 02-17642.

annoncé la fermeture *immédiate* d'un magasin (14), ou encore lorsqu'il réunit de manière informelle le comité central d'entreprise sans convocation et ordre de jour réguliers après une décision ferme et définitive de fermeture d'un magasin (15).

Il résulte notamment de ce qui précède qu'une **convocation simultanée** du comité d'entreprise (ou comité central d'entreprise) et d'un conseil d'administration de société, l'un pour consultation sur un projet et l'autre pour l'adoption du projet, constitue une violation du principe d'antériorité si l'adoption est postérieure à la consultation.

B. - LES PROJETS À ÉTAPES

L'élaboration du projet comprend une **phase préliminaire d'étude** qui peut être fort longue. Le comité ne peut pas rester dans l'ignorance des étapes de l'étude.

Plusieurs décisions de jurisprudence montrent qu'il doit être sinon associé, du moins informé à plusieurs reprises sur les évolutions du projet. En outre il doit être consulté à **chaque étape** de l'exécution du projet (16).

Souvent d'ailleurs, l'étude du projet est confiée à un cabinet-conseil dont les prestations donnent lieu à un investissement lié à la marche générale de l'entreprise qui, en soi, doit être soumis au comité d'entreprise en raison des conséquences qu'il implique.

La consultation du comité doit conduire parfois la direction de l'entreprise à suspendre l'étude du projet ou ses préparatifs d'exécution. Le comité d'entreprise peut aussi, si le projet présenté est modifié pendant le cours de la consultation, demander la suspension de la procédure et l'organisation d'une nouvelle réunion (17).

C. - CAS DE LA FUSION DE SOCIÉTÉS

Aux termes de l'article L. 2323-19 du Code du travail, le comité d'entreprise est informé et consulté notamment en cas de **fusion**.

Divers préparatifs précèdent une fusion de sociétés anonymes :

- 1° Élaboration d'un projet de protocole d'accord.
- 2° Convocation du conseil d'administration.
- 3° Rédaction et adoption par le Conseil d'administration du projet de contrat de fusion.
- 4° Dépôt du contrat aux greffes des tribunaux de commerce compétents.
- 5° Requête au Tribunal de commerce en vue de la désignation de commissaires à la fusion.
- 6° Mise à la disposition des actionnaires du rapport des commissaires à la fusion.
- 7° Convocation de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.
- 8° Assemblée générale extraordinaire des actionnaires décidant la fusion.
- 9° Dépôt aux greffes d'une déclaration de conformité.

(14) Cass. crim. 9 déc. 2008, n° 08-80788.

(15) Cass. crim. 28 oct. 2008, n° 04-87365.

(16) Cass. soc. 7 févr. 1996, n° 93-18756 ; Cass. soc. 2 mars 1999, n° 97-13115, *Dr. Soc.* 1999.531.

(17) Cf. M. Cohen ; Cass. soc. 19 févr. 2006, n° 05-86668 ; Cass. crim. 19 sept. 2006, n° 05-86668 ; Cass. soc. 19 sept. 2006, n° 05-86668.

La consultation du comité d'entreprise doit, à notre avis, se situer avant l'adoption du projet de fusion par le conseil d'administration ou le directeur (préparatif n° 3 susindiqué) afin que celui-ci ait en mains les observations du comité d'entreprise, et non pas à la veille de l'assemblée visée au 8°. Au bas du conseil doit *suspendre* sa décision (18).

Pratiquement, en cas de fusion, pour qu'un dialogue puisse s'établir avec la direction de l'entreprise, c'est au stade de la négociation du protocole préliminaire, non prévu par la loi, que le comité doit être consulté. Ce protocole est une déclaration d'intention des dirigeants des sociétés appelées à fusionner.

En effet, la fusion est souvent exécutée sans attendre la fin des formalités et les traités de fusion contiennent souvent une clause de rétroactivité (19). Dans le cas des sociétés cotées en Bourse, l'Autorité des marchés financiers peut convenir avec la Chambre syndicale des agents de change d'une suspension temporaire des cotations pour permettre la consultation du comité d'entreprise et la décision formelle du conseil d'administration.

En outre, lors de sa réalisation effective, l'opération prend souvent un effet rétroactif de plusieurs mois, voire d'un an. En général, la date d'effet est celle de l'accord de principe a été réalisé. Si cela est établi et si le comité d'entreprise n'a pas été consulté avant cette date, le principe d'antériorité n'a pas été respecté et le chef d'entreprise a commis le délit d'entrave.

Le scénario est le même pour la *cession de filiale* et pour la plupart des actes importants des sociétés : l'obligation de consulter le comité préalablement à la décision équivaut à une obligation de *surseoir* à la décision, sauf cas de force majeure exceptionnel et démontré.

Par exemple, en cas de *cession de contrôle*, la décision peut être prise par le conseil d'administration d'une société, sans attendre une assemblée générale des actionnaires (20). C'est donc au moins avant cette décision du CA que le comité doit être consulté.

Dans tous les cas, l'employeur ne peut pas invoquer le fait que la réalisation matérielle de son projet nécessite des décisions de dernière heure pour refuser de consulter le comité.

En définitive, si le *choix économique* (financier ou technique) a déjà été arrêté dans son principe et ses modalités générales, la véritable décision est prise même si l'acte juridique (cession, etc.) est postérieur, car cet acte ne constitue en fait que l'exécution de la décision. C'est donc **avant la décision de principe** que le comité doit être consulté. Il en est ainsi même si le contrat de cession comporte une condition suspensive, dès lors que le vendeur a signé, avant la consultation de son comité d'entreprise, un acte ne lui permettant pas de se rétracter.

Il est à noter que, parfois, une fusion est camouflée en location-gérance. Les membres du comité d'entreprise doivent donc faire preuve de vigilance à cet égard.

(18) Les représentants du comité d'entreprise au Conseil d'administration peuvent proposer cette suspension.

(19) En cas de rétroactivité, la date d'effet de la fusion ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires, ni antérieure à la date de clôture de leur dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine (art. L. 236-4 du Code de commerce).

(20) Cass. com. 21 janv. 1970, n° 68-11085.

II. - LES CONSULTATIONS TARDIVES

Les tribunaux condamnent fréquemment des employeurs pour consultation tardive, ce qui équivaut à un défaut de consultation préalable. Par exemple, a été jugée **tardive** :

- une consultation d'un comité d'entreprise sur une réorganisation déjà décidée (21) ou sur une fermeture de magasin déjà réalisée (22) ;

- une consultation postérieure à une information donnée à l'ensemble du personnel présentant des modifications de l'organisation du travail (horaires et générations) comme définitivement acquises (23).

En revanche, n'a pas été jugée tardive :

- une consultation sur une cession d'actifs antérieure à l'assemblée générale des actionnaires qui a accepté le projet et antérieure à l'agrément de la Commission européenne (24) ;

- une consultation le 17 avril sur une cession d'actions dont l'acte a été signé le 10 juin (25) ;

- une consultation le 13 décembre sur un projet de location-gérance dont le contrat a été conclu le 30 janvier, dès lors qu'aucune mesure d'application n'a été prise avant la consultation (26).

Le juge des référés peut apprécier souverainement si la consultation a eu lieu en temps utile compte tenu des circonstances (27).

§ 4. - L'organisation du dialogue

« Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations. »

(Art. L. 2323-4 du Code du travail.)

En vue d'éviter des prises de position hâtives et superficielles et pour créer un véritable dialogue, la loi impose les étapes suivantes dans toute consultation :

1° Remise au comité d'informations précises et écrites avec un délai d'examen suffisant.

2° Convocation régulière du comité.

3° Premières observations du comité et éventuelles propositions alternatives.

4° Réponse motivée de l'employeur à ces observations.

5° Avis officiel du comité après examen de cette réponse avec d'éventuelles propositions alternatives.

La loi a précisé les modalités du dialogue à propos des modifications de l'organisation économique et juridique de l'entreprise. Elle indique que « l'employeur indique les motifs des modifications projetées et consulte le comité sur les

(21) Cass. crim. 27 juin 2000, n° 99-85312, confirmant Appel Paris 11^e ch. Corr. B, 2 juill. 1999, *Dr. Ouv.* 1999.494, note Pierre Bouaziz.

(22) Cass. soc. 17 juin 1997, n° 95-18904.

(23) Cass. crim. 11 janv. 2000, n° 99-80229, *Dr. Ouv.* 2000.301, note M. Cohen.

(24) Cass. crim. 30 nov. 1999, n° 98-82729.

(25) Cass. crim. 29 mai 1990, n° 89-84747.

(26) Cass. soc. 6 juill. 1999, n° 97-21742.

(27) Cass. soc. 13 sept. 2005, n° 04-13882.

mesures envisagées à l'égard des salariés lorsque ces modifications comportent des conséquences pour ceux-ci » (28).

Une directive européenne du 11 mars 2002 s'exprime à cet égard dans le même sens que la loi française. Elle déclare en son article 4 :

« (...) 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) » (29).

A. – LA REMISE D'INFORMATIONS PRÉCISES

a) La remise de documents

La remise de documents, exigée par l'article L. 2323-4, est souvent rappelée par la jurisprudence. Jugé par exemple que commet le délit d'entrave l'employeur qui ne fournit pas au comité une documentation écrite et individualisée sur la durée du travail et le compte d'heures annualisées (30), ou qui s'abstient volontairement de transmettre au comité d'entreprise des documents dont la communication est obligatoire (31), comme par exemple des changements d'affectation de plus haute importance pour les personnes concernées (32).

Peu importe à cet égard que certaines pièces aient été fournies à une commission préparatoire (33).

En matière de licenciements économiques l'obligation est très détaillée dans la loi (cf. *infra* chap. 5).

Si l'information donnée est incomplète, la Cour de cassation considère que le comité n'a pas été valablement consulté (34) et il y a délit d'entrave. En outre, le

(28) Art. L. 2323-19 du Code du travail.

(29) 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 (JO n° L 080 du 23 mars 2002, p. 29).

(30) Cass. crim. 3 janv. 2006, n° 05-80443 (refus de communiquer au comité dans les délais requis des documents sur la formation) ; Cass. crim. 15 févr. 2005, n° 04-84301, *Dr. Ouv.* 2006.89 note de Senga (refus de communiquer au comité d'entreprise des informations écrites, pour chaque salarié concerné, sur les heures supplémentaires, le repos compensateur et le compteur d'heures d'annualisation).

(31) Cass. crim. 23 oct. 2007, n° 06-86458.

(32) Cass. crim. 6 mai 2008, n° 07-84416.

(33) Cass. crim. 3 janv. 2006, n° 05-80443.

(34) Cass. crim. 30 oct. 1990, n° 89-83161.

jugé des référés peut ordonner la remise de documents. Ainsi jugé notamment dans un cas de création de filiales liées par un contrat de franchise (35).

b) Le délai d'examen suffisant

Le délai d'examen suffisant est une obligation essentielle (36). Certains délais sont chiffrés par la loi, comme indiqué par ailleurs. Mais d'une manière générale le délai suffisant s'impose quel que soit l'objet de la consultation. Sa durée varie seulement selon la nature de l'examen auquel doit procéder le comité, sous le contrôle des tribunaux.

Le point de départ du délai d'examen est la remise des informations précises. Si le délai est insuffisant, le juge des référés peut décider qu'il y a trouble manifestement illicite et ordonner une mesure de remise en état, en fixant lui-même une nouvelle date de consultation. Ainsi jugé à propos d'un projet de changement d'actionnaires de la société *Sietam Industrie*, les informations précises n'ayant été fournies au comité qu'une semaine avant la date à laquelle il devait exprimer son avis (37). Comme indiqué par ailleurs (cf. pages 226 et 649) le comité d'entreprise peut confier une mission au CHSCT sur une question de sa compétence. L'employeur ne peut pas s'y opposer et doit attendre que le CHSCT ait rendu son étude avant de terminer la consultation du comité d'entreprise sur cette question (38).

À noter que la Cour de cassation s'en remet à l'appréciation des juges de première instance et d'appel sur le caractère suffisant ou non du délai donné par l'employeur au comité d'entreprise pour exprimer son avis (38).

Le texte permet aussi de reporter la suite de l'examen à une réunion ultérieure en cas de besoin. Par exemple, si un document important est remis à une réunion du comité central d'entreprise, le chef d'entreprise ne pourrait refuser de convoquer une seconde réunion pour permettre aux représentants du personnel d'étudier le document, de consulter des experts, de rédiger des observations pour la troisième étape de la consultation. La majorité du comité peut d'ailleurs demander une réunion extraordinaire (39). En pratique, dans les grandes entreprises, les membres du comité central se réunissent la veille ou quelques jours à l'avance en réunion préparatoire officieuse pour étudier les documents remis par la direction.

Toutefois, si les indications fournies sont « précises et écrites », l'employeur n'est pas tenu de fournir au comité le texte intégral de son projet (40).

B. – CONVOCATION – PREMIÈRES OBSERVATIONS ET PROPOSITIONS DU COMITÉ

Pour convoquer le comité, l'ordre du jour doit être élaboré en commun avec le secrétaire élu, même si la réunion en question résulte d'une obligation légale (cf. *supra* Titre 5). La convocation doit être envoyée assez tôt pour laisser aux

(35) TGI réf. Senlis, 9 janv. 1990, SNC Electrolux. Sur le « franchisage », cf. art. L. 330-3 du Code de commerce.

(36) Cass. crim. 6 juin 1990, n° 89-83277 (délit d'entrave pour information le 7 oct. 1982 sur la mission d'un département de l'entreprise décidée le 9 oct. 1982, le président n'ayant pas répondu aux questions posées, notamment sur le transfert des salariés).

(37) Cass. soc. 16 avr. 1996, n° 93-15417.

(38) TGI réf. Paris 12 mai 2009, France Telecom, n° 09/53777, et Cour d'appel de Paris, 13 mai 2009, 14^e ch. A, France Telecom, réseaux système information n° 08/23442.

(39) TGI réf. Nanterre, 15 juin 1979, Sté Claude, *Dr. Ouv.* 1979.381, note M. Bonnechère ; TGI réf. Troyes 8 sept. 1987, Coop. Champagne, *JCP éd G* n° 20.889, note B. Jaubert, notre réf. : J-62.

(40) Cass. crim. 6 avr. 1993, n° 92-80864. Cet arrêt prend soin d'énumérer les informations fournies afin de montrer qu'elles sont « précises et écrites » comme le veut la loi.

membres du comité un délai suffisant pour examiner les informations remises et envoyées par l'employeur.

Les premières observations du comité ne doivent pas être confondues avec l'expression de l'avis définitif du comité. Ces observations précèdent la réponse motivée de l'employeur tandis que l'avis définitif lui succède. Ces observations peuvent être verbales ou écrites. Il est préférable qu'elles soient écrites pour que le chef d'entreprise puisse y répondre de manière précise. Ainsi un membre du comité peut faire adopter par le comité une motion présentant les observations de celui-ci. Ou, plus simplement, il peut lire ses propres observations ou celles de plusieurs membres du comité et demander à l'employeur d'y répondre de façon motivée, soit au cours de la même séance, soit au cours d'une séance ultérieure. Observations et réponse figureront au procès-verbal des séances dressé par le secrétaire du comité.

Quel que soit l'ordre du jour de la séance et quels que soient les projets auxquels le comité est consulté, ce dernier peut toujours faire des propositions dans le cadre de ses premières observations (comme il peut en faire par la suite). Ces propositions sont généralement *alternatives en fait* puisqu'elles visent à modifier le projet de l'employeur. Sur les compressions d'effectifs, cf. *infra*. Sur les restructurations, cf. *infra* Titre 7.

C. - LES DIVERSES DÉCISIONS ET RÉPONSES MOTIVÉES DE L'EMPLOYEUR

« L'employeur rend compte, en la motivant, de la suite donnée à ces avis et vœux. »
(Art. L. 2323-3, al. 2, du Code du travail)

« L'employeur fait connaître lors de la réunion du comité d'entreprise suivant la communication du procès-verbal, sa décision motivée sur les propositions qui lui ont été soumises.

Les déclarations sont consignées dans le procès-verbal. »
(Art. L. 2325-20 du Code du travail)

Les deux articles ci-dessus cités montrent qu'un dialogue ne prend jamais fin après un avis ou un vœu du comité. L'employeur doit toujours apporter une réponse motivée, laquelle est inscrite ensuite au procès-verbal de la séance.

En règle générale, la réponse motivée de l'employeur est un document écrit distribué aux membres du comité. Mais cette réponse peut aussi être verbale, dès lors qu'elle est certaine et consignée au procès-verbal de la séance du comité (41).

Le chef d'entreprise doit répondre aux questions posées par les membres du comité. Dans l'affaire précitée de la condamnation d'un employeur qui avait signé une cession trois jours après la convocation du comité d'entreprise, la Chambre criminelle de la Cour de cassation relève, comme les juges du fond, que « la direction n'a pas répondu à plusieurs questions portant sur le prix, le lieu du transfert et sa date » (42).

D. - EXPRESSION DE L'AVIS OFFICIEL DU COMITÉ

Après la réponse de l'employeur à ses premières observations, le comité peut :

– soit formuler un avis, positif ou négatif, sur le projet soumis par l'employeur ;

(41) Cass. soc. 9 févr. 2000, n° 98-12143.

(42) Cass. crim. 4 juin 2002, n° 01-83062, précité.

– soit formuler un avis assorti de propositions ;

– soit se déclarer dans l'impossibilité de donner un avis immédiat en raison de l'insuffisance ou de l'imprécision des renseignements fournis par l'employeur sur son projet.

L'avis du comité ne peut être légalement exprimé que par les membres du comité d'entreprise et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent. Il en est ainsi même en cas d'usage contraire (43).

E. - REFUS D'ÉMETTRE UN AVIS

Les élus du personnel non satisfaits par l'objet ou l'imprécision de la consultation n'ont aucun intérêt à pratiquer la politique de la chaise vide. Ils doivent voter expressément leur refus d'avis et le motiver.

Dans une affaire où l'employeur avait soumis deux fois à trois semaines d'intervalle un projet sur l'ordre des licenciements, la Cour de cassation avait jugé en 1998 que l'employeur avait satisfait à son obligation de consultation, bien que les représentants du personnel se soient refusés à formuler un avis (44).

Mais les tribunaux jugent actuellement que si le comité d'entreprise exprime clairement par un vote qu'il est dans l'impossibilité d'émettre un avis, cela n'équivaut pas à l'avis sollicité, positif ou négatif (45), ou bien encore que le juge des référés ne peut pas transformer un défaut d'avis en avis négatif (46).

Cependant, pour éviter que l'employeur, passant outre au refus d'avis, mette en œuvre son projet ou pour prévoir le cas où il saisirait le TGI pour faire juger qu'il a bien consulté le comité, le secrétaire du comité a tout intérêt à inscrire très minutieusement au procès-verbal de la séance les raisons pour lesquelles le comité ne peut pas donner un avis éclairé (informations insuffisantes ; documents non remis ou remis tardivement ou remis partiellement, absence de réponse ou réponses imprécises de l'employeur aux questions des représentants du personnel ; etc.). Sur la rédaction du procès-verbal, cf. *supra* Titre 5.

Si le tribunal est saisi par le comité d'entreprise (ou d'établissement ou comité central d'entreprise), ou par une organisation syndicale, il peut :

– suspendre l'exécution du projet en attendant une meilleure information du comité (47) ;

– ou reporter la date de la consultation en raison de l'insuffisance des informations fournies (48) ;

– ou déclarer nulle et de nul effet la réunion du comité (49) ;

– ou ordonner une nouvelle consultation rectifiée.

§ 5. - Cas des entreprises à établissements multiples

Quel comité consulter en cas de pluralité de comités dans une entreprise ?

Le niveau de la consultation préalable dépend de l'objet de la consultation. Comme indiqué *supra* au Titre 3, la compétence consultative d'un comité d'établissements

(43) Cass. soc. 5 déc. 2006, n° 05-21641.

(44) Cass. soc. 18 fév. 1998, n° 95-42172.

(45) En ce sens TGI Paris, 23 avril 2002, CE de la banque CPR c/ S.A. Banque CPR, RJS n° 1248.

(46) TGI Grenoble réf. 27 avril 2009, Caterpillard, n° 09/00422.

(47) TGI Paris 17 janv. 2008, Nextiraone, Dr. Ouv. 2008.334 ; TGI Annecy 28 janv. 2008, Salomon SA, Dr. Ouv. 2008.335.

(48) Cass. soc. 16 avr. 1996, n° 93/15417 (ordonnance de report d'un mois de la réunion de consultation et de communication de divers documents sous astreinte)

sement est entière, dans la limite des pouvoirs du chef d'établissement. Mais, en fait, les comités d'établissement doivent très souvent être consultés non seulement **avant l'application** d'une décision centrale sur laquelle le comité central d'entreprise a été consulté en son temps, mais aussi **simultanément** à la consultation dudit comité central, dès lors que le projet du chef d'entreprise doit avoir des conséquences dans les établissements. La loi prévoit parfois elle-même cette simultanéité, en cas de licenciement collectif par exemple.

Lorsqu'un établissement de 50 salariés ou plus est dépourvu de comité d'établissement, le chef d'établissement doit justifier qu'il a été dans l'impossibilité de consulter le comité d'établissement, en produisant un **procès-verbal de carence** électoral régulier (50). Sinon, il commet le délit d'entrave. Et en ce cas tout licenciement économique est irrégulier (51).

Section 3

L'OBJET DES CONSULTATIONS PRÉALABLES ET LES CONSULTATIONS ANNUELLES

§ 1. - Nature des décisions requérant une consultation préalable

« Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle. »

(Art. L. 2323-6 du Code du travail)

Tous les actes du chef d'entreprise ou de ses préposés qui influent sur l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'entreprise sont soumis au contrôle du comité d'entreprise. De même, tous les actes d'un chef d'établissement ou de ses préposés qui influent sur l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'établissement sont soumis au contrôle du comité d'établissement.

Les mots « marche générale », quoique juxtaposés aux autres, recouvrent en fait les notions d'organisation et de gestion de l'entreprise. La consultation préalable du comité d'entreprise est la principale modalité du contrôle des actes de gestion de l'entreprise.

Certaines consultations, périodiques ou ponctuelles, sont **obligatoires**, ce qui signifie qu'elles doivent donner lieu à la sollicitation par l'employeur d'un avis formel du comité d'entreprise. Mais, comme indiqué plus haut, le contrôle du comité d'entreprise sur la marche générale de l'entreprise entraîne l'obligation de le consulter avant toute décision ayant une certaine importance, même lorsque la matière ne fait pas partie de celles qui font expressément l'objet d'une consultation obligatoire.

A. - LES ACTES QUI INFLUENT SUR LA MARCHÉ GÉNÉRALE DE L'ENTREPRISE

Souvent complétée par le législateur, la *liste légale* des cas de consultation obligatoire du comité est fort longue, sans être exhaustive pour autant. La jurisprudence l'enrichit régulièrement.

(50) Cass. soc. 7 déc. 1999, n° 97-43106. Cf. *supra*.

(51) Art. L. 1235-15 du Code du travail (cf. *supra*).

Le comité a un droit de regard sur **tous les actes qui influent** sur la marche générale de l'entreprise dans tous les domaines de l'organisation et de la gestion. Cela vise aussi bien la structuration interne de l'entreprise (création ou suppression de services, modification de l'organigramme, etc.) que la gestion du personnel (recrutement, conditions de travail, promotion, formation, etc.) ou la gestion industrielle, commerciale, financière ou patrimoniale, comme nous l'exposons par ailleurs. Le comité discute aussi des réformes de « détail » lorsqu'elles révèlent par elles-mêmes des choix plus généraux (1).

Les lois qui ont complété la liste des cas de consultation obligatoire se sont inspirées de la jurisprudence, de façon à priver l'employeur de toute échappatoire dans les hypothèses les plus fréquentes.

En cas de litige sur une mesure non expressément inscrite dans la loi mais relevant du contrôle du comité au titre de la marche générale de l'entreprise, c'est le **degré d'importance** de la mesure projetée ou décidée par la direction de l'entreprise et de ses incidences qui sert de critère de compétence.

B. - UNE IMPORTANCE JUGÉE CAS PAR CAS

L'adjectif « important » figure dans la loi à propos de certains cas de consultation précisés (2), ainsi que dans plusieurs arrêts (3). Mais ni la loi ni la jurisprudence n'ont donné ni ne peuvent donner une définition de l'importance nécessaire, car celle-ci *varie dans le temps et dans l'espace*. Une mesure sans importance dans une grande entreprise peut s'avérer au contraire très grave dans une petite ou moyenne entreprise. La même mesure qui n'a guère de conséquences dans une entreprise en expansion peut avoir de grosses répercussions si la même entreprise est en période de récession, etc.

Le degré d'importance doit être apprécié :

- soit selon la *nature* du projet, même si celui-ci ne concerne qu'un nombre restreint de salariés ;
- soit selon l'*ampleur* du projet, même si sa nature ne révèle pas dans l'immédiat une incidence sur les conditions de travail ou sur l'emploi ;
- soit éventuellement en raison à la fois de sa nature et de son ampleur.

Les tribunaux doivent donc juger de la situation de l'entreprise cas par cas, en retenant que la loi ne comporte aucune indication restrictive. Par exemple, en cas de restructuration, un juge doit rechercher si la mesure concernait un seul ou plusieurs salariés (4). Ou bien encore, si un comité d'entreprise se plaint de ne pas avoir été consulté avant un changement de direction de la société, il doit prouver que la décision critiquée a des conséquences sur l'emploi parce qu'elle avait, par exemple, pour but de mettre en place un projet de restructuration ou une nouvelle politique économique (5).

8.3 (1) Concl. Dondoux sous Cons. État 3 mars 1978 Soubourou, cité plus loin.

(2) « Modification des structures de production » (art. L. 2323-19) ; « Introduction de nouvelles technologies » (art. L. 2323-13) ; Mutations technologiques (art. L. 2323-14) ; « Projets économiques et financiers importants » (art. L. 2327-2).

(3) Notamment Cass. crim. 9 févr. 1988, n° 87-82061 ; Cass. crim. 14 févr. 1989, n° 87-91415 ; Cass. crim. 22 oct. 1991, n° 90-83627.

(4) Cass. crim. 21 juin 1988, n° 87-81362.