

L'information-consultation sur les « orientations stratégiques de l'entreprise », un progrès en trompe-l'œil

par *Quentin URBAN*,
Maître de conférences, Université de Strasbourg

PLAN

I. Une information utile, mais un progrès relatif

A. La stratégie de l'entreprise,
un instrument utile de
gestion

B. Un progrès très relatif
de l'information

II. La consultation, une fausse innovation à l'efficacité entravée

A. Une consultation nouvelle ?
Pas tant que cela

B. Une consultation entravée

A priori, la création par la loi de sécurisation de l'emploi (1) d'une consultation du comité d'entreprise sur « les orientations stratégiques » de l'entreprise, adossée à l'information fournie par une base de données économiques, sociales et financières régulièrement actualisée et ouverte aux membres du comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, ainsi qu'aux membres du comité central d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et conditions de travail et aux délégués syndicaux (2) correspond à l'attente de beaucoup d'acteurs de l'entreprise et en particulier des salariés. Une telle information permettrait aux salariés et à leurs représentants de mieux connaître ce que leur réserve l'avenir de l'entreprise et d'éviter, en particulier, d'être surpris par des annonces brutales de restructuration de l'entreprise, voire de l'ouverture d'une procédure collective. Par ailleurs, une expertise des projets stratégiques présentés constituerait un outil précieux pour améliorer la compréhension des informations communiquées. La possibilité pour le comité d'entreprise d'émettre un avis, auquel « l'organe d'administration ou de surveillance » (3) aurait l'obligation d'y répondre, ouvrirait un dialogue qui permettrait, peut-être, d'influer sur la stratégie envisagée. Cette consultation serait, au final, une avancée en direction d'une sorte de cogestion à l'allemande où, par le jeu d'une solidarité bâtie dans la concertation autour d'un projet, l'entreprise serait plus soudée et plus forte pour affronter les turbulences de la crise. Le discours a de quoi séduire.

Pourtant, une frange importante du syndicalisme (CGT, FO,...) critique ce dispositif qui est en passe de s'inscrire dans le Code du travail. Ce n'est pas à proprement parler une attaque frontale consistant à remettre en cause le principe d'une information consultation sur la stratégie de l'entreprise, mais une critique sur les conditions de sa mise en œuvre. Les reproches sont dirigés contre le contenu de la base de données unique et ses règles d'actualisation, le moment de la consultation, les conditions de recours à l'expert-comptable par le comité d'entreprise, les possibilités de saisine du juge pour obliger la direction à fournir des documents et informations complémentaires, la prise en charge financière des frais d'expertise. Les débats à l'Assemblée nationale, puis au Sénat, ont témoigné d'affrontements parfois vifs qui ont opposé la majorité des députés du Parti Socialiste à une minorité de ce parti, au groupe « Gauche Démocrate et Républicaine », et aux écologistes. La difficulté pour apprécier la pertinence des arguments échangés dans ce débat réside dans la nécessité de se projeter dans l'avenir. En effet, il faut pouvoir répondre à l'efficacité réelle du dispositif conçu par les partenaires sociaux et confirmé par le législateur.

(1) Adoptée par un vote définitif de l'Assemblée Nationale le 14 mai 2013

(2) C. trav., nouvel article L. 2323-7-2.

(3) C. trav., nouvel article L. 2323-7-1.

Cela suppose, d'abord, de s'interroger sur le contenu de la notion de « *stratégie d'entreprise* » dans une période de crise : utilité, techniques d'élaboration, fiabilité de la « *stratégie d'entreprise* » sont des aspects que maîtrisent mal les juristes et qui imposent de rechercher des réponses auprès des économistes, spécialistes de la gestion des entreprises. Poursuivant l'analyse, il

faudra s'interroger sur l'efficacité des instruments mis à disposition du comité d'entreprise pour mieux comprendre la stratégie présentée par les dirigeants de l'entreprise. Enfin, si le législateur a voulu instaurer un dialogue entre employeur et comité d'entreprise autour de la stratégie de l'entreprise, on réfléchira sur le sens et sur l'efficacité d'un tel échange.

I. Une information utile, mais un progrès relatif

A. La stratégie de l'entreprise, un instrument utile de gestion

En temps de crise économique, être en mesure de définir une stratégie pour l'entreprise est un atout essentiel, car si l'exercice est difficile, c'est un instrument très efficace qui peut permettre de surmonter les obstacles d'une conjoncture défavorable.

L'élaboration d'une stratégie est difficile, car elle « *consiste à se fixer des objectifs en fonction de la configuration de l'environnement et des ressources disponibles dans l'organisation, puis à allouer ces ressources afin d'obtenir un avantage concurrentiel durable et défendable* » (4). Une des clefs de la construction d'une stratégie est donc la détermination d'un avantage concurrentiel durable et défendable. Or, l'avantage concurrentiel durable et défendable repose d'abord sur une analyse la plus fine possible de l'environnement économique et social de l'entreprise, qui n'est pas aisée à mener. En effet, la notion d'« *environnement économique* » renvoie à de multiples aspects : cela peut être l'évolution des besoins du consommateur, les mutations sociologiques, mais aussi, plus pratiquement, une appréciation sous l'angle de la concurrence de la situation du secteur d'activité. Or, pour évaluer l'état de la concurrence entre entreprises, il faut tenir compte de multiples facteurs : le taux de croissance de l'activité, le nombre et la taille des concurrents, les coûts fixes et les coûts de stockage, l'existence éventuelle de paliers de croissance imposés par l'activité, la similitude des produits commercialisés par les concurrents.

À partir de l'analyse de cet environnement, il faut ensuite passer à une phase plus créative, consistant à construire l'avantage concurrentiel, colonne vertébrale de la stratégie : choisir un avantage fondé sur les coûts et les volumes ou, au contraire, fonder l'avantage sur la différenciation. Une fois définis les fondamentaux de l'avantage, il restera ensuite à réunir les instruments

destinés à y parvenir. Ils peuvent consister en une amélioration du fonctionnement de l'organisation de l'entreprise ou en une utilisation plus efficace des ressources et des compétences internes. La construction de l'avantage concurrentiel peut aussi utiliser comme levier une croissance externe ou encore l'internationalisation. La croissance externe peut prendre la forme d'opérations de fusions-acquisitions d'autres entreprises ou celle de la prise de contrôle d'autres sociétés pour former un groupe.

Au final, on s'aperçoit que, si la stratégie de l'entreprise n'est pas limitée à l'amélioration des performances internes et à la réduction des coûts, ce sont tous les aspects technologiques, humains et financiers qui doivent être embrassés dans un vaste tableau synoptique. Mais la définition d'une stratégie ne peut rester qu'à l'état d'esquisse si elle n'est pas à même de projeter l'activité de l'entreprise dans l'avenir avec un minimum de réalisme. C'est bien là que réside la difficulté majeure, aujourd'hui. Les fluctuations des marchés, les incertitudes monétaires, les interactions entre les économies nationales à l'échelle européenne, voire même mondiale, sont autant de facteurs qui sapent les projections réalisées. Et, bien souvent, les auteurs de stratégies sont obligés d'insérer dans leurs projets d'importantes variables d'ajustement qui sont censées tenir compte des aléas futurs, et qui, bien sûr, fragilisent sa crédibilité.

Pourtant, la définition stratégie d'une entreprise est un outil précieux à plus d'un titre. D'abord, parce qu'il permet indirectement d'avoir accès à de multiples informations sur la situation interne de l'entreprise au moment où la stratégie est élaborée. Mais, au-delà de l'entreprise, c'est l'information sur son environnement qui deviendra accessible : sa position à l'égard des concurrents, les relations fournisseurs, clients, consommateurs, etc. Mieux connaître la stratégie de l'entreprise, c'est aussi apprécier, d'une certaine façon, la confiance dans l'avenir des dirigeants de l'entreprise.

(4) F. Leroy, *Les stratégies de l'entreprise*, Dunod 2012, p. 5.

S'ils considèrent que leur entreprise est performante et dispose de potentialités qui lui permettront de gagner des parts de marché, alors « *les orientations stratégiques* » de l'entreprise définies par l'organe « *chargé de l'administration ou de la surveillance* » (précise le nouvel article L. 2323-7-1 du Code du travail) seront audacieuses. Leurs projections dans le futur seront portées par l'optimisme de leurs analyses. On mesure par là la richesse potentielle que peut représenter une information complète et loyale sur la stratégie de l'entreprise. Et cela est d'autant plus vrai que le chef d'entreprise doit aussi communiquer « *sur les conséquences de la stratégie sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages* » (5). Cet effort prospectif ne porte pas seulement sur les projets stratégiques, mais aussi sur leur impact réel futur. L'ambition est ainsi doublement marquée, et il faut saluer l'intention du législateur d'offrir une information la plus complète possible. Mais une question vient ensuite, très logiquement : est-ce que le dispositif légal est suffisant pour en permettre une représentation crédible et loyale à la fois de la réalité de la situation de l'entreprise et des projections futures ? Quelles en sont ses forces et ses faiblesses ?

B. Un progrès très relatif de l'information

Il faut bien l'admettre, les « *orientations stratégiques de l'entreprise* », selon la formulation du nouvel article L. 2323-7-1 du Code du travail, se prêtent mal à une définition précise. Néanmoins, le législateur a voulu leur donner un contenu substantiel en fournissant une liste de données qui devront être consignées dans « *une base de données* » (6). Pour mieux saisir le sens de ces informations et disposer d'un aperçu clair et complet « *des orientations stratégiques* », le comité d'entreprise pourra faire appel à un expert-comptable. Est-ce que ce dispositif est à même de satisfaire les objectifs poursuivis ? Nous examinerons successivement la base de données et l'expertise comptable afin d'apprécier la qualité de l'information proposée.

1. Une information foisonnante, mais pas forcément adéquate

On remarquera d'emblée qu'avant même cette loi, la communication sur la stratégie de l'entreprise auprès du comité d'entreprise était déjà abondante, parfois sans être qualifiée comme telle dans le Code du travail. Ainsi, on relèvera que l'information annuelle sur la situation générale économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir (7), la communication pour avis d'un plan de formation (8), la remise d'un rapport sur la situation économique de l'entreprise contenant en particulier un plan d'action futur pour assurer l'égalité hommes/femmes (9), une information trimestrielle sur l'évolution générale des commandes et de la situation financière, des programmes de production (10), informations communiquées à l'occasion de l'exercice par le comité du droit d'alerte économique (11), l'information-consultation sur l'évolution de l'emploi et des qualifications, les prévisions annuelles et pluriannuelles et les actions en faveur de certaines catégories de salariés (12), l'information-consultation sur la stratégie de l'entreprise instaurée dans l'entreprise en application d'un accord triennal sur la GPEC (13) sont, parmi d'autres, autant d'occasions pour le comité d'entreprise d'être informé fréquemment et sous des angles variés des choix futurs de gestion de la direction de l'entreprise. Certes, l'approche n'est pas si globale et si fortement prospective que celle instaurée par le nouvel article L. 2323-7-1 du Code du travail (14), mais, grâce à cet ensemble d'informations délivrées, le comité avait déjà de solides instruments pour appréhender la stratégie de l'entreprise. Pour éviter de faire doublon, le législateur a prévu, à l'article L. 2323-7-3 du Code du travail, que les informations contenues dans les rapports fournis de manière récurrente au comité d'entreprise seraient incorporées dans la base de données unique et que cette mise à disposition dispenserait l'employeur de remettre les rapports et informations au comité d'entreprise. Ces informations rassemblées viendront compléter les huit catégories d'information prévues l'article L. 2323-7-2 du Code du travail et destinées à informer le comité d'entreprise sur la situation de l'entreprise, mais aussi à l'éclairer sur « *les orientations stratégiques de l'entreprise* » (15).

(5) C. trav., art. L. 2323-7-1.

(6) C. trav., art. L. 2323-7-2.

(7) C. trav., art. L. 2323-55.

(8) C. trav., art. L. 2323-34 et s.

(9) C. trav., art. L. 2323-47.

(10) C. trav., art. L. 2323-50 et ss.

(11) C. trav., art. L. 2323-78.

(12) C. trav., art. L. 2323-56.

(13) C. trav., art. L. 2242-15.

(14) Grâce la base unique de données, cette information porte sur des perspectives de trois ans au moins (C. trav., art. L. 2323-7-2).

(15) « 1° Investissements : investissement social (emploi, évolution et répartition des contrats précaires, des stages et des emplois à temps partiel, formation professionnelle et conditions de

travail), investissement matériel et immatériel, et, pour les entreprises mentionnées au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, les informations en matière environnementale présentées en application du cinquième alinéa du même article ; 2° Fonds propres et endettement ; 3° Ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants ; 4° Activités sociales et culturelles ; 5° Rémunération des financeurs ; 6° Flux financiers à destination de l'entreprise, notamment aides publiques et crédits d'impôts ; 7° Sous-traitance ; 8° Le cas échéant, transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe ». Le nouvel article L. 2323-7-2 du Code du travail précise encore que « ces informations portent sur les deux années précédentes et l'année en cours et intègrent des perspectives sur les trois années suivantes ». Enfin ce même article prévoit que ces informations peuvent être enrichies par d'autres prévues par des accords de branche, d'entreprise ou de groupe en fonction de l'organisation et du domaine d'activité de l'entreprise.

Seules « *les consultations du comité d'entreprise pour des événements ponctuels continuent de faire l'objet de l'envoi de ces rapports et informations* » (16). On assiste ainsi à un grand ménage simplificateur qui soulève une importante question. Dans un souci d'efficacité et de synthèse, ne va-t-on pas perdre une partie de la richesse des diverses informations antérieurement communiquées au gré du calendrier des informations obligatoires ? Concernant cette fidélité, le législateur s'en remet à des décrets en Conseil d'État qui détermineront « *les limites et les conditions* ». Aujourd'hui, les décrets n'ayant pas été pris, c'est encore un sujet d'incertitude et, peut-être, d'inquiétude légitime.

Mais, malgré la création de base de données dont la richesse s'annonce importante, il subsiste d'autres interrogations sur la pertinence et l'efficacité de l'information légale sur « les orientations stratégiques de l'entreprise ».

En préalable, une observation terminologique : pourquoi avoir préféré à « stratégie de l'entreprise » l'expression « orientations stratégiques » ? N'aurait-il pas été plus clair d'évoquer « la stratégie de l'entreprise », comme c'est le cas dans le texte sur la négociation triennale de la GPEC (17) ? On pourrait interpréter ce choix comme une possibilité pour les dirigeants de garder le flou dans la présentation. Il suffirait alors d'esquisser une stratégie devant le comité d'entreprise, sans forcément en fournir les détails. Ce serait, bien sûr, regrettable.

Ensuite, on constatera que la communication est concentrée autour de l'activité de l'entreprise. Or, un très grand nombre d'entreprises appartiennent à des groupes de sociétés (18) et, bien souvent, dans un groupe, ce qui va déterminer la stratégie de l'entreprise, c'est en réalité la stratégie de groupe. Si le groupe est structuré autour d'une activité, les entreprises vont s'agréger pour former un collectif dynamique et imprimer la ou les entreprises dominantes. Si le groupe comprend plusieurs secteurs, la stratégie sera structurée par une sorte de puzzle des activités de chacun des membres, coordonnée par une ou plusieurs entreprises-tête. Dans tous les cas, il y aura superposition de stratégies : des stratégies de grande ampleur structurantes à l'échelle du groupe, des « stratégies » à ambition plus limitée à l'échelle des entreprises.

Si l'entreprise concernée est dominante et imprime sa stratégie au groupe, la nature et la qualité de l'information permettra probablement aux représentants des salariés de celle-ci d'être correctement informés. Si l'entreprise est une filiale et se contente d'appliquer des directives venues de la hiérarchie du groupe, et ne dispose que d'une très faible autonomie de gestion, on peut s'interroger sur l'efficacité du dispositif conçu par la loi. A quoi sert, en effet, de prendre connaissance d'un projet qui est largement tributaire des ressources financières, des partenariats, des débouchés inscrits dans une stratégie de groupe, dont la communication ne s'impose légalement pas ? La stratégie apparente dévoilée par la base de données et la communication légale masquerait ainsi la véritable stratégie dont dépendrait réellement l'avenir de l'entreprise. Les représentants seraient alors confrontés à une représentation en trompe-l'œil, les privant d'un accès à la stratégie réelle (19). Il semble là que le législateur ait fait preuve d'une relative myopie résultant d'une absence de prise en compte de la réalité des modes d'organisation des entreprises en France.

Poursuivant l'analyse critique de l'information légale sur la stratégie de l'entreprise, il convient d'évoquer un angle d'observation qui peut faire naître de fortes incertitudes et interrogations : celui de la loyauté et de la crédibilité des projets. Autant la moisson des informations économiques, financières et sociales concernant l'état de l'entreprise au jour de l'information-consultation peut faire l'objet d'une vérification matérielle, en particulier par l'expert-comptable qui assiste le comité d'entreprise, autant « *les orientations stratégiques* » communiquées au comité relèvent d'un autre registre, plus discursif. En effet, nous l'avons vu, la stratégie d'une entreprise s'élabore en tenant compte de multiples facteurs, dont l'ordonnancement relève, le plus souvent, de la subjectivité de l'employeur. Supprimer une ligne de production, introduire un nouveau produit ou une nouvelle marque, s'étendre à l'international ou rejoindre un groupe sont autant d'initiatives qui ne sont pas le résultat de la mise en œuvre d'équations scientifiques. Les sciences de gestion, particulièrement lorsqu'elles s'appliquent à la stratégie de l'entreprise, n'ont de sciences que le nom. En réalité, ces projections sur l'avenir de l'entreprise doivent plutôt s'analyser comme autant de paris, et donc être appréciées en cette qualité. Il est probable qu'à ce stade de l'examen de la base de données, des ombres et incertitudes subsistent, qui empêcheront

(16) C. trav., art. L. 2323-7-3.

(17) C. trav., art. L. 2242-15.

(18) Images économiques des entreprises et des groupes au 1^{er} janvier 2008 », Insee Résultats n° 46, Économie, avril 2010.

(19) La base de données, telle qu'elle est décrite par l'article L. 2323-7-1 du Code du travail, est, certes, consacrée aux transferts commerciaux et financiers intragroupe, mais c'est bien insuffisant pour décrire l'état de dépendance de la stratégie de l'entreprise à l'égard de celle du groupe.

le comité de percevoir clairement les orientations stratégiques. Le législateur a anticipé sur ces difficultés en prévoyant une saisine possible du juge des référés et le recours éventuel à un expert-comptable. Mais les conditions de ces recours suscitent de sérieuses inquiétudes sur leur efficacité.

2. Des incertitudes sur les recours

Informé et consulté le comité d'entreprise, certes, mais éviter de freiner l'action des dirigeants de l'entreprise semblent avoir été les objectifs, sous certains aspects contradictoires, du législateur. Ainsi, même si, en apparence, de nouvelles sources d'information semblent s'ouvrir aux représentants du personnel, l'accès à l'information complémentaire sur saisine du juge ou à des éclaircissements fournis par les explications de l'expert-comptable a été en enfermé dans des conditions restrictives, voire dissuasives.

Une saisine du juge des référés dans des délais légaux intenable.

Le délai légal de saisine du président du Tribunal de grande instance en la forme des référés pour obliger la direction de l'entreprise à fournir de plus amples informations laisse perplexe. Il faut faire vite, très vite. Dans le délai imparti par la loi ou l'accord collectif pour l'information et la consultation du comité d'entreprise (15 jours minimum imposés par la loi, à défaut d'accord (20)), le juge doit être saisi et doit rendre sa décision dans les huit jours. Et la loi de préciser que cette saisine « *n'a pas pour effet de prolonger le délai* », sauf décision exprès du juge (21) ! On a peine à imaginer comment une telle procédure peut s'inscrire dans le délai légal minimum. En l'absence d'accord collectif, cela signifie que le juge devrait être saisi dans les 6 premiers jours pour que l'ordonnance rendue puisse être signifiée utilement auprès de l'employeur. On en conclut que le comité d'entreprise doit fortement insister auprès du juge, non seulement pour fixer audience au plus vite, mais aussi pour assortir sa décision d'un report du délai légal.

Dans les conditions actuelles de fonctionnement de l'institution judiciaire, l'encadrement légal de cette action ne peut être respecté. Il faut être réaliste et conséquent, les conditions d'exercice de cette action sont dissuasives. Et il faut aller jusqu'au bout de l'analyse et conclure que cette offre de recours a l'allure d'une mesure d'affichage, destinée à rassurer les représentants du personnel sur la fiabilité de

l'information, en raison de la menace qui pèse sur l'employeur. Les conditions de recours à l'expert semblent être aussi du même registre.

Un recours à l'expert-comptable très corseté.

La formule ouvrant la possibilité d'un recours à un expert-comptable est très ramassée, puisqu'il est simplement indiqué que « *le comité peut se faire assister d'un expert-comptable de son choix en vue de l'examen des orientations stratégiques de l'entreprise* », en précisant que cette expertise ne se substitue pas à celles déjà prévues par la loi. Comme cela est déjà prévu par la loi concernant les autres expertises, cette mission ne se limite pas à l'analyse des documents et informations déjà fournis par les dirigeants de l'entreprise (22). L'expert peut « *demander à l'employeur toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission* » (23). On peut imaginer que les magistrats reconnaîtront à cet expert la possibilité d'avoir accès à tous les documents communiqués au commissaire aux comptes. On songera aussi, en particulier, à la jurisprudence qui permet à l'expert-comptable d'obtenir communication des informations sur la situation du groupe. On pourra alors utilement faire référence à la décision de la Cour de cassation, qui a imposé à la direction d'une filiale française d'un groupe international la communication d'informations détenues par des sociétés étrangères (24). Cet adossement jurisprudentiel pourrait permettre de pallier les carences de la base de données instituée par la loi nouvelle sur les situations de groupe.

On peut, toutefois, craindre que l'étroitesse du délai accordé à l'expert ne lui permette pas de pouvoir disposer de ces informations pour remplir son rapport. Même si la loi utilise une formule régulatrice, « *le rapport doit remis être dans un délai raisonnable* », là encore le législateur s'en remet à la négociation, puisque c'est, en principe, un accord collectif qui fixe le délai dans lequel l'expert désigné par le comité d'entreprise peut demander à l'employeur toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission et le délai de réponse de l'employeur à cette demande. Soyons réalistes, sauf dans les grandes entreprises à forte représentation du personnel et activité syndicale, c'est la volonté de l'employeur qui risque de modeler des délais brefs, voire trop brefs. Ces délais pourraient être considérés comme des entraves mineures si elles ne se conjuguait avec une inflexion des règles de financement de

(20) C. trav., nouvel art. L. 2323-3.

(21) C. trav., nouvel art. L. 2323-4.

(22) C. trav. L. 2325-36, L. 2325-37 et L. 2325-38.

(23) C. trav., nouvel art. L. 2325-42-1.

(24) Cass. Soc. 27 nov. 2001, n° 99-21.903 et Cass. Soc. 5 mars 2008, n° 07-12.754.

cette expertise. En effet, le comité d'entreprise devra réfléchir à deux fois avant de solliciter un expert, car il lui faudra contribuer pour 20 % au paiement de ses honoraires. Cette modification des règles habituelles applicables à l'expertise comptable (25), qui impose une prise en charge intégrale des frais d'expertises (avec un arbitrage éventuel du président du TGI), peut paraître, elle aussi, bénigne. En réalité, cela peut avoir un effet dissuasif sérieux pour les comités

faiblement dotés financièrement. Une fraction des partis de gauche s'est élevée contre cette répartition lors des débats parlementaires. On trouve trace d'une sorte de compromis, puisque le texte élaboré par la commission paritaire a limité cette prise en charge au tiers du budget du comité d'entreprise (26). Il s'agirait là d'insuffisances mineures si elles ne s'accompagnaient aussi d'entraves au processus de consultation qui suit l'information du comité d'entreprise.

II. La consultation, une fausse innovation à l'efficacité entravée

A. Une consultation nouvelle ? Pas tant que cela

L'étude d'impact et le rapport de la commission aux affaires sociales de l'Assemblée nationale ont présenté cette étape de consultation comme une innovation majeure de l'implication des salariés pour la définition d'une stratégie de l'entreprise. Selon les auteurs de ces documents, avant cette loi, les dirigeants d'entreprise pouvaient présenter leurs projets d'avenir le plus tard possible, lorsque la décision était pratiquement prise (27). Affirmer cela n'est pas vraiment conforme au droit positif. Dans de multiples hypothèses de communication d'informations, au moins partielles, sur la stratégie de l'entreprise que nous avons évoquées plus haut, se trouve associée une obligation de recueillir l'avis du comité d'entreprise. Et, dans de telles hypothèses, il est interdit à l'employeur de consulter après la prise de décision. Ce principe d'antériorité de la consultation avant toute décision de l'employeur est d'ailleurs expressément énoncé par l'article L. 2323-2 du Code du travail. Ce principe est repris par d'autres textes plus spécifiques à certaines consultations (28). Ce serait commettre un délit d'entrave que d'inverser cette chronologie (29). Sous cet angle, il n'y a donc rien de neuf sous le soleil.

Pour donner plus de force innovante à cette consultation, le Gouvernement a introduit l'obligation de formaliser et d'approfondir le dialogue en prévoyant que le comité, non seulement, émette un avis, mais propose des orientations alternatives qui seront transmises à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance, qui devra alors formuler une réponse argumentée. On peut, là encore, s'interroger sur l'importance de l'innovation. Il est, en effet, de jurisprudence constante que la consultation implique un échange de vues aux questions pertinentes et une libre discussion (30). La seule véritable nouveauté réside dans l'implication dans le dialogue de l'organe d'administration ou de surveillance, puisqu'il est invité à donner « une réponse argumentée », communiquée au comité d'entreprise qui, lui, « peut y répondre » (31). On s'interrogera sur l'imprécision de la formule « organe d'administration ou de surveillance ». Elle s'expliquera par les différentes formes de structure des sociétés, en particulier des sociétés par actions simplifiées (SAS). On peut, toutefois, redouter que l'interlocuteur ne soit pas forcément l'organe décideur de la stratégie, en particulier lorsque la société est intégrée dans un groupe. Cela aurait, bien sûr, un impact certain sur la qualité et les enjeux de l'échange imposé par la loi.

(25) C. trav., art. L. 2325-40.

(26) C. trav., nouvel art. L. 2323-7-1.

(27) « L'avis des IRP est trop souvent considéré comme un passage obligé, une obligation formelle retardée au maximum, sans réelle prise sur le processus même de décision. C'est le cas, notamment, lorsque l'avenir d'un site est en cause ». V. Étude d'impact présentée à l'Assemblée nationale le 5 mars 2013, p. 81, et v aussi : « si, à travers ces informations et consultations (prévues par le Code du travail), le comité d'entreprise se trouve conduit à débattre de la stratégie de l'entreprise, celle-ci ne donne pas lieu, en soi, à un avis du comité, qui lui permette, en particulier, de formuler des propositions alternatives », Rapport de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi de sécurisation de l'emploi présenté le 27 mars 2013, v. tome I, p.133 et ss.

(28) Ce principe d'antériorité de la consultation est confirmé expressément par d'autres articles du Code du travail : art. L.2323-13, consultation avant l'introduction de nouvelles technologies, art. L. 2323-32 sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi.

(29) C. trav., art. L. 2328-1 ; pour une illustration jurisprudentielle, v. Cass. Crim. 19 nov. 2002, n° 02-80105, défaut de consultation préalablement à la création d'une unité de maintenance capable de faire face à tout moment à la demande.

(30) Cass. Crim. 4 juin 2002, n° 01-83062. Malgré les questions posées par les membres du comité d'entreprise, la direction de l'entreprise avait refusé de communiquer les conditions matérielles et financières (prix de la transaction) d'une cession d'une partie de l'activité de l'entreprise.

(31) C. trav., art. L. 2323-7-2.

Par ailleurs, la loi n'indique pas si le dialogue avec la direction de l'entreprise lors des réunions du comité d'entreprise, imposé dans les autres situations de consultation, sera maintenu. S'il y avait substitution, il y aurait une régression certaine. À un dialogue impliquant la présence physique des interlocuteurs au cours de réunion du comité d'entreprise se trouverait substitué un échange de messages à distance, certes argumentés, mais on observera que la direction de l'entreprise a déjà l'obligation de donner des réponses motivées aux questions posées par les membres du comité dans le cadre d'une procédure de consultation (32). On doutera, alors, d'un éventuel progrès dans la consultation, et cela d'autant plus que des règles inscrites dans la loi nouvelle risquent d'avoir de sérieux effets contreproductifs sur son déroulement.

B. Une consultation entravée

La volonté du législateur d'instaurer une consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise est, *a priori*, certaine. Pourtant, la frilosité des dispositions accompagnant le déroulement de cette consultation interroge sur l'amplitude qu'il a voulu donner à cette consultation : d'abord en imposant « une obligation de discrétion » à tous les représentants du personnel et, ensuite, en encadrant restrictivement le calendrier de cette consultation.

1. Une obligation de discrétion confuse et d'une légitimité fuyante

Cette obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur, qui incombe aux membres du comité d'entreprise, n'est pas une nouveauté, car elle est inscrite, depuis longtemps, dans le Code du travail (33). Le nouvel article L. 2323-7-2 du Code du travail l'étend à la base de données et l'impose non seulement aux membres du comité d'entreprise, mais aussi aux membres du comité central d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, et, le cas échéant, aux délégués du personnel.

Cette obligation de discrétion souffre de réelles

difficultés de définition, malgré les deux critères donnés par la loi (34). Ce trouble juridique peut devenir un instrument de contrôle subjectif à la disposition de l'employeur pour désigner les informations confidentielles soumises à l'obligation de discrétion, et donc à la diffusion. Cette restriction de la diffusion de l'information jugée confidentielle peut constituer une réelle entrave au processus de consultation. En effet, la qualité de la consultation dépend aussi de l'aptitude des représentants du personnel à traduire les aspirations, les inquiétudes, les suggestions de leurs mandants, les salariés. Or, il peut arriver que, légitimement, les membres du comité d'entreprise aient besoin de communiquer aux salariés des informations contenues dans la base de données et jugées confidentielles par l'employeur pour leur permettre de se forger une opinion dont ils se feront l'écho au cours du processus de consultation. Si les représentants du personnel transgressaient l'interdit posé par la direction, ils pourraient être alors sanctionnés pour violation de l'obligation de confidentialité. Curieusement, il n'existe quasiment pas de jurisprudence (35) relative aux sanctions infligées aux représentants du personnel pour manquement à l'obligation de confidentialité qui pourrait nous renseigner sur les risques réels que fait naître, pour les représentants du personnel, cette disposition restrictive de la liberté d'information. Ce vide pourrait s'expliquer par la difficulté qu'il y a, lorsqu'une information confidentielle a été dévoilée au public, à identifier avec certitude l'auteur de la fuite. Cette difficulté se trouverait accentuée, présentement, par la diversité et le nombre des représentants du personnel qui auront accès à cette base de données.

Mais si, accompagnant le mouvement d'opinion patronal militant pour la création d'« un secret des affaires » (36), se développait une réelle répression de la violation de l'obligation de discrétion, et donc une incitation plus forte à garder le silence sur des données qualifiées de confidentielles, on pourrait craindre une sorte d'enfermement des membres du comité un cercle d'initiés, qui effriterait leur liens avec la base, et donc leur représentativité. Cela aurait, bien évidemment, une incidence directe sur la qualité de la

(32) « Dans l'exercice de ses attributions consultatives, définies aux articles L. 2323-6 à L. 2323-60, le comité d'entreprise émet des avis et des vœux. L'employeur rend compte, en la motivant, de la suite donnée à ces avis et vœux » (C. trav., art. L. 2323-3).

(33) C. trav., art. L. 2325-5, al. 2.

(34) J. Savatier, L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise, Dr. soc. 1985, 111.

(35) Toutefois, pour une illustration récente, v. Cass. soc. 6 mars 2012 Dr. Ouv. oct. 2012, p.649.

(36) V. Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale, rapport au Premier ministre de Bernard Carayon, La Documentation française, 2003 ; voir aussi : proposition de loi n° 284 présentée au Sénat le 24 janv. 2012, visant à sanctionner la violation du secret des affaires. Ce projet est porté par un ancien député, particulièrement actif sur le sujet, Bernard Carayon. Sur cette question, on se reportera à nos obs. au Dr. Ouv. fév. 2013 « Contre le syndrome du Titanic - Défendre le droit à l'information et à la communication des salariés et de leurs représentants en temps de crise », ainsi que, dans le même numéro, aux réflexions du Syndicat des Avocats de France (SAF) et du Syndicat de la Magistrature (SM).

consultation. Cette qualité pourrait être aussi menacée par le rythme trop soutenu de la consultation. C'est une crainte légitime qui peut naître à l'examen des règles de l'article L. 2323-3 du Code du travail dessinant le calendrier de la consultation.

2. Un calendrier frustratoire imposé

À l'évidence, les milieux patronaux ont dû s'agacer d'une longueur jugée trop excessive de certaines consultations du comité d'entreprise, entravant, selon eux, la mise en œuvre de décisions de gestion. Les négociations qui ont abouti à l'ANI du 11 janvier 2013 leur ont permis d'imposer un calendrier flexible dans sa conception, mais contraignant dans ses effets. La réforme est d'envergure, car ce calendrier s'appliquera non seulement à la consultation sur les « *orientations stratégiques* », mais à toutes les consultations prévues par les articles L. 2323-6 à L. 2323-60, ainsi qu'aux articles L. 2281-12, L. 2323-72 et L. 3121-11 du Code du travail. Deux mesures nouvelles vont affecter en profondeur le déroulement de la consultation.

D'abord, les délais. Certes, comme de la fumée projetée pour masquer la contrainte véritable, il est annoncé que le comité d'entreprise dispose d'« *un délai d'examen suffisant* » pour l'exercice ses attributions consultatives (37). La formule est généreuse. Mais il faut ensuite déchanter à la lecture des conditions de fixation du calendrier de consultation. En effet, une large place est laissée à l'accord d'entreprise, mais négocié dans des conditions dérogatoires. Seuls les délégués élus du comité d'entreprise ou du comité central d'entreprise seront admis à s'entendre avec la direction sur ce calendrier. Les syndicats représentatifs dans l'entreprise et les représentants au comité d'entreprise en sont exclus. Aucune raison n'a été avancée pour justifier cette mise à l'écart, qui surprend. On y lira un signe de défiance à l'égard de syndicats qui, par leur esprit revendicatif, perturberaient l'ordonnement prévu par la direction et plus facilement imposé à des membres élus du comité. À défaut d'accord avec les élus du comité, ce sera un décret en Conseil d'État. Et le cadre légal, par le passé essentiel, se trouve réduit au subsidiaire du subsidiaire, pour la définition d'un délai qui, là encore, surprend. Quinze jours minimum ! Quinze jours pour recevoir les informations, poser des questions, demander des compléments d'information et émettre un avis qui devra recevoir une réponse argumentée de l'organe d'administration ou de surveillance. Et si le comité tarde à donner son avis, là

encore l'exigence calendaire est assortie d'une sanction redoutable : le comité d'entreprise sera présumé avoir été consulté et rendu un avis négatif (38). *Exit* le débat et les échanges, ils seront sacrifiés à l'autel du temps passé trop vite. La dimension surréaliste de l'exigence calendaire était sans doute trop forte, et c'est probablement pour cette raison qu'il a été admis que, si des informations tardaient à être fournies, le juge des référés pourra retarder l'échéance.

Mais c'est avec beaucoup de méfiance que le nouveau droit admet cette intervention judiciaire. C'est là la seconde mesure marquante de cette réforme. Comme s'il fallait se méfier de cet éventuel recours, un nouveau verrou juridique est placé. La saisine du juge n'a pas pour effet de prolonger le délai prévu pour la consultation (sauf décision expresse) et celui-ci n'a que huit jours pour statuer (39). On retrouve ici toute la méfiance à l'égard du juge qui a animé la réforme législative « *pour la sécurisation de l'emploi* », et qui a, en particulier, abouti à supprimer quasiment tout contrôle judiciaire sur les licenciements collectifs pour motif économique (40).

Au final, ces mesures restrictives qui tricotent le régime juridique de ce « nouveau » thème d'information-consultation sont si importantes qu'on en vient à se poser une question cruciale : à quoi bon avoir annoncé une innovation majeure dans le partenariat comité d'entreprise/direction si l'on a repris d'une main ce que l'on avait donné de l'autre ? Les conditions de déroulement de la consultation sont tellement étriquées qu'on en vient à s'interroger sur l'importance de l'effet d'affichage dans l'inspiration du patronat, des syndicats signataires et du gouvernement. Ou ne s'agirait-il pas plutôt d'un faux cadeau destiné à faire passer des atteintes autrement plus graves au droit du travail et à la protection des intérêts des salariés, contenues dans d'autres dispositions de la loi sur la sécurisation de l'emploi ? Hormis la création d'une base de données régulièrement renouvelée, il n'y aurait rien de nouveau dans le droit efficace, mais plutôt une sorte de droit discursif destiné à refaire des habits neufs, mais mal taillés, à un sujet déjà existant. Cela fait, certes, du travail pour le tailleur, mais il n'est pas sûr que cela profite aux salariés et à leurs représentants.

Quentin Urban

(37) C. trav., nouvel al. 2 de l'art. L. 2323-3.

(38) C. trav., nouvel art. L. 2323-3, al. 4.

(39) C. trav., art. L. 2323-4.

(40) Pour une analyse de cette mise à l'écart du juge judiciaire à l'occasion des licenciements collectifs pour motifs économiques, v. A. Fabre, *Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation*, RDT mars 2013, p. 184.