

2027

# Données économiques : l'obligation de diffuser

**Laurent MARQUET DE VASELOT,**

avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats,  
professeur associé à l'université Panthéon-Assas  
(Paris II)

et

**Arnaud MARTINON,**

professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)



**L'obligation de diffuser les données relève surtout de la sphère du collectif. Si la bonne foi du contractant justifie parfois que le salarié soit tenu de fournir quelques données, la représentation du personnel et la négociation collective génèrent le plus grand flux d'obligations d'information : au nom de la loyauté et de la confiance dans le dialogue social, les informations intéressant l'entreprise (voire le groupe) se sont multipliées. Ici comme ailleurs, l'obligation de diffuser les données économiques révèle un jeu de la loi et du contrat.**

**1 - L'information est un bien.** – Que l'information présente une valeur économique ne fait aucun doute... L'affirmation caricature les premiers mots d'une directive européenne entièrement tournée vers la protection des données des entreprises : « *les entreprises comme les organismes de recherche non commerciaux investissent dans l'obtention, le développement et l'utilisation de savoir-faire et d'informations qui constituent la monnaie de l'économie de la connaissance et qui confèrent un avantage concurrentiel* »<sup>1</sup>. Dans le domaine du droit social, les données économiques et sociales sont d'ailleurs le plus souvent traitées sous l'angle de la protection, c'est-à-dire d'une obligation de retenir l'information (confidentialité)<sup>2</sup> et d'une autorisation de ne pas la diffuser : la diffusion de certaines informations sur les stratégies de l'entreprise dans un marché concurrentiel tendu, la propagation d'informations de nature à ternir l'image de l'entreprise (surtout lorsque les faits en question présentent une nature pénale), la révélation de faits relevant de l'intimité du salarié. Il y a là nombre de motifs justifiant de brider la diffusion de données intéressant soit l'entreprise, soit les salariés. La valeur économique et personnelle de l'information justifie parfois la mobilisation du contrat de travail : clause de confidentialité, clause de non-concurrence ou clause de non-sollicitation favorisent une culture du secret et autorisent (voire obligent) la rétention d'informations sensibles. En somme, et pour caricaturer, le premier réflexe du juriste est d'approcher l'information sous l'angle du secret, pour considérer que l'information mérite d'être circonscrite à « l'intimité » de l'entreprise et de la personne : dans des registres différents, l'une et l'autre sont

vulnérables ; la diffusion de l'information doit être strictement limitée et toute obligation de révélation, pour des motifs tirés du droit pénal par exemple, doit demeurer exceptionnelle.

**2 - L'information est un lien.** – Mais l'information est aussi une affaire de pouvoir. Celui qui détient l'information détient le pouvoir... Le proverbe donne un sens différent au traitement des données, notamment dans l'entreprise. L'exercice du pouvoir dans la relation de travail suscite le partage nécessaire (obligatoire) des données ; il crée une obligation de diffuser les informations. L'information contribue à la réalisation d'un lien de confiance entre les partenaires contractuels ou sociaux. Confiance des contractants : sans entrer dans le débat du solidarisme contractuel, on admettra que l'information est naturellement associée à la loyauté (et à la bonne foi) : « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* » (C. civ., art. 1112-1). À l'échelle du contrat collectif, un rapport rédigé par Jean-Denis Combrexelle en 2015 soulignait le rôle joué par l'information (notamment) dans la négociation loyale, désignant l'employeur comme son débiteur principal : « c'est à l'employeur de faire le premier pas pour créer les conditions favorables à cette confiance et à cette loyauté ; la qualité, la pertinence et la confidentialité des données qu'il fournit aux négociateurs sont déterminantes »<sup>3</sup>. La confiance innerve plus généralement le dialogue social.

**3 - De l'intérêt pour le droit à l'information.** – Il est intéressant de constater que les dernières réformes ont eu pour ambition d'asso-

1. Dir. (UE) 2016/943, 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, cons. 1.

2. V. B. Gauriau et A. Teissier, *L'interdiction de diffuser* : JCP S 2020, 2028.

3. J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi – Rapport au Premier ministre : France Stratégie, sept. 2015, p. 52* : JCP S 2015, act. 333, Entretien avec J.-D. Combrexelle.

cier davantage les représentants des salariés et, par ricochet, d'élargir le champ de l'obligation de diffusion des données économiques de l'entreprise. Quelques exemples l'illustrent significativement. La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi<sup>4</sup> met en place de nouveaux outils au profit des représentants du personnel légitimés par des préoccupations contemporaines, la transparence et l'anticipation : la base de données économiques et sociales comprend un lot d'informations intéressant l'entreprise ; les orientations stratégiques de l'entreprise constituent un nouvel objet d'information et de consultation. Dans le prolongement, la loi visant à reconquérir l'économie réelle (dite « Florange »<sup>5</sup> participe au développement d'un droit à l'information des représentants du personnel lorsque l'entreprise est tenue de rechercher un repreneur : l'employeur doit consulter le comité social et économique (CSE) tout au long de la procédure de recherche (C. trav., art. L. 1233-57-9) ; à cette occasion, si le comité souhaite participer à la recherche d'un repreneur, l'employeur lui donne accès, à sa demande, à toute une série d'informations intéressant directement un repreneur potentiel (C. trav., art. L. 1233-57-15).

**4 - L'obligation de diffuser l'information** traduit un lien entre deux séries de protagonistes : l'employeur d'une part, bien souvent débiteur lorsque les données présentent un caractère économique et social ; les salariés (exceptionnellement obligés de fournir des données personnelles) et leurs représentants, d'autre part. L'ensemble conduit à rechercher les sources de l'obligation de diffuser (1) et à analyser le rapport de l'obligation (2).

## 1. Les sources de l'obligation

**5 - Il n'y a pas lieu de s'étonner** que la loi occupe une place essentielle : dans le temple de l'ordre public, nombre d'obligations de diffuser trouvent leur source dans la loi. Mais le droit à l'information n'échappe pas non plus à la nouvelle ère du conventionnel : contrat de travail et convention collective contribuent à l'essor de l'obligation de diffuser.

### A. - La loi

**6 - L'obligation de diffuser s'analyse** comme s'exerçant, d'une part, à l'égard des représentants du personnel et, d'autre part, à l'égard des salariés.

#### 1° L'obligation de diffuser aux représentants du personnel

**7 - L'obligation de diffuser** prend une dimension particulière dans le droit des relations collectives en raison de la multitude des dispositions qui la régissent.

**8 - L'information initiale.** – Un mois après chaque élection du CSE, l'employeur est tenu de lui communiquer une documentation économique et financière précisant la forme juridique de l'entreprise et son organisation, ses perspectives économiques envisageables, le cas échéant sa position au sein du groupe compte tenu des informations dont il dispose, enfin la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et la position de l'entreprise dans sa branche d'activité (C. trav., art. L. 2312-57).

**9 - L'accès direct à l'information.** – Le CSE dispose d'un droit d'accès à certains documents : registre unique du personnel, documents de décompte de la durée du travail, registre des accidents du travail bénins, déclaration d'emploi de travailleurs à domicile, carnet de maintenance des équipements de travail, etc.

**10 - Les informations de la base de données économiques et sociales.** – L'employeur doit mettre à la disposition du CSE une base de

données économiques et sociales (BDES) rassemblant les informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes et faisant l'objet d'une actualisation devant elle-même donner lieu à information (C. trav., art. L. 2312-18). La base est, pour le moins, afférente aux thèmes suivants : l'investissement social et l'investissement matériel et immatériel, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise (cette rubrique devant comporter les indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions menées pour les supprimer), les fonds propres et l'endettement, l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants, les activités sociales et culturelles, la rémunération des financeurs, les flux financiers à destination de l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-21). Le contenu de la base diffère selon que l'entreprise emploie moins de 300 salariés ou au moins cet effectif. Il est plus complet dans ce dernier cas, puisqu'il comporte notamment des informations sur la représentation du personnel et intègre le bilan social (C. trav., art. R. 2312-9). La base est accessible en permanence aux membres de la délégation du personnel au CSE et aux délégués syndicaux. Ses informations portent sur l'année en cours, les 2 années précédentes et les 3 années suivantes (C. trav., art. L. 2312-36). Elles sont présentées sous forme de données chiffrées ou, à défaut, pour les années suivantes, sous forme de grandes tendances. L'employeur indique, pour ces années, les informations qui, eu égard à leur nature ou aux circonstances, ne peuvent pas faire l'objet de données chiffrées ou de grandes tendances, pour des raisons qu'il précise alors (C. trav., art. R. 2312-10).

**11 - Les informations récurrentes.** – Chaque trimestre, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, l'employeur met à la disposition du CSE, dans la BDES, des informations sur l'évolution générale des commandes et l'exécution des programmes de production, les éventuels retards de paiement de cotisations sociales, l'évolution des effectifs et de la qualification des salariés par sexe (C. trav., art. L. 2312-69), faisant apparaître, mois par mois : le nombre de salariés en CDI et en CDD et à temps partiel, de contrats de professionnalisation, de salariés temporaires ou appartenant à une entreprise extérieure. L'employeur communique également au CSE le nombre des journées de travail accomplies au cours de chacun des 3 derniers mois par les salariés en CDD et les salariés temporaires. Pour ces contrats, ainsi que pour les contrats à temps partiel et les contrats des salariés d'entreprises extérieures, il présente au comité les motifs l'ayant conduit à y recourir (C. trav., art. R. 2312-8). L'employeur doit également communiquer semestriellement au CSE la liste des demandes de période de mobilité volontaire sécurisée avec l'indication de la suite qui leur a été donnée (C. trav., art. L. 1222-16).

**12 - Les informations sur la situation économique et financière de l'entreprise.** – L'employeur met à la disposition du CSE, dans la BDES, nombre d'informations relatives à la situation économique : informations sur l'activité et sur la situation économique et financière de l'entreprise ainsi que sur ses perspectives pour l'année à venir, pour toutes les sociétés commerciales, documents obligatoirement transmis annuellement à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés, communications et copies transmises aux actionnaires et rapport des commissaires aux comptes, documents de gestion prévisionnelle des sociétés commerciales et des GIE tenus d'établir de tels documents, pour les entreprises ne revêtant pas la forme de société commerciale, documents comptables qu'elles établissent, informations relatives à la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-25). Les informations devant être mises à la disposition du CSE pour la consultation sur la situation économique et financière sont, pour les entreprises de moins de 300 salariés, celles prévues aux rubriques suivantes de la BDES : 1° B (investissement matériel et immatériel), 7° A (aides publiques), 7° F (résultats financiers), 8° (partenariats) et 9° (transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe,

4. L. n° 2013-504, 14 juin 2013.

5. L. n° 2014-384, 29 mars 2014.

pour les entreprises appartenant à un groupe) (*C. trav., art. R. 2312-8*). Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, il faut y ajouter celles prévues à la rubrique 1° C (informations environnementales) (*C. trav., art. R. 2312-9*).

**13 - Les informations sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi.** – L'employeur met à la disposition du CSE, dans la BDES, les informations relatives : à l'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation et des salaires, aux actions en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, au nombre et aux conditions d'accueil des stagiaires, à l'apprentissage et au recours aux CDD, aux contrats de mission conclus avec une entreprise de travail temporaire ou aux contrats conclus avec une entreprise de portage salarial, aux indicateurs chiffrés sur la situation comparée des femmes et des hommes au sein de l'entreprise ainsi qu'à l'accord ou, à défaut, au plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle, au plan de développement des compétences du personnel de l'entreprise, à la mise en œuvre des contrats de professionnalisation, de la promotion ou reconversion par alternance et du compte personnel de formation, à la durée du travail (heures supplémentaires accomplies dans la limite et au-delà du contingent annuel, à défaut de contingent conventionnel, modalités de son utilisation et de son éventuel dépassement, bilan du travail à temps partiel, nombre de demandes individuelles de dérogations à la durée hebdomadaire minimale, durée et aménagement du temps de travail, période de prise des congés, conditions d'application du temps partiel aménagé sur tout ou partie de l'année, recours aux conventions de forfait et modalités de suivi de la charge de travail des salariés concernés), aux mesures prises en vue de faciliter l'emploi des accidentés du travail, des invalides et des travailleurs handicapés, notamment celles relatives à l'obligation d'emploi, à l'affectation de la participation-construction et aux conditions de logement des travailleurs étrangers, aux modalités d'exercice du droit d'expression des salariés, aux contrats de mise à disposition conclus avec les entreprises de travail temporaire, aux contrats d'accompagnement dans l'emploi, aux contrats initiative-emploi et aux éléments ayant conduit l'entreprise à faire appel, au titre de l'année écoulée, et qui pourraient la conduire à faire appel pour l'année à venir, à des CDD, des contrats de mission avec une entreprise de travail temporaire ou des contrats avec une entreprise de portage salarial (*C. trav., art. L. 2312-26*).

Les informations devant être mises à la disposition du CSE pour la consultation sur la politique sociale sont, pour les entreprises de moins de 300 salariés, celles prévues aux rubriques suivantes de la BDES : 1° A (investissement social, dont, notamment les informations relatives à la formation professionnelle et aux conditions de travail : 1° A e et f), 2° (égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise) et 4° (rémunération des salariés et dirigeants dans l'ensemble de leurs éléments) (*C. trav., art. R. 2312-8*). Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, il faut y ajouter celles prévues à la rubrique 5° (représentation du personnel et activités sociales et culturelles) (*C. trav., art. R. 2312-9*).

**14 - Le bilan santé, sécurité et conditions de travail.** – La consultation sur la politique sociale de l'entreprise est aussi l'occasion de présenter au CSE : un rapport écrit faisant le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail et des actions menées au cours de l'année écoulée dans ces domaines (les questions du travail de nuit et de la pénibilité devant être traitées spécifiquement) et un programme de prévention détaillant les mesures à prendre au cours de l'année à venir en matière de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail. L'employeur doit énoncer s'il y a lieu, en annexe au rapport, les motifs d'inexécution des mesures qu'il avait prévues ou qui avaient été demandées par le CSE et qui n'auraient pas été prises au cours de l'année concernée (*C. trav., art. L. 2312-27*).

**15 - Le bilan social.** – Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, la consultation sur la politique sociale de l'entreprise porte aussi sur le bilan social de l'entreprise ainsi que, le cas échéant, sur le bilan social particulier à chaque établissement d'au moins 300 salariés. Le bilan récapitule les principales données chiffrées permettant d'apprécier la situation de l'entreprise, d'enregistrer les réalisations effectuées et de mesurer les changements intervenus au cours de l'année écoulée et des 2 années précédentes sur les thèmes suivants : emploi, rémunérations et charges accessoires, conditions de santé et de sécurité, autres conditions de travail, formation, relations professionnelles, nombre de salariés détachés et nombre de travailleurs détachés accueillis, conditions de vie des salariés et de leurs familles dans la mesure où ces conditions dépendent de l'entreprise (*C. trav., art. R. 2312-9*).

**16 - Les consultations et informations ponctuelles.** – Le CSE des entreprises d'au moins 50 salariés est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les thèmes suivants : mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, modification de son organisation économique ou juridique, conditions d'emploi et de travail, notamment la durée du travail et la formation professionnelle, introduction de nouvelles technologies, tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des accidentés du travail, des invalides de guerre, des invalides civils, des personnes atteintes de maladies chroniques évolutives et des travailleurs handicapés, notamment pour l'aménagement des postes de travail (*C. trav., art. L. 2312-8*). Le CSE doit être informé sur les traitements automatisés de gestion du personnel avant leur introduction dans l'entreprise, puis ultérieurement sur leur modification éventuelle (*C. trav., art. L. 2312-38*).

En outre, le CSE est informé et consulté dans les cas suivants : mise en œuvre de moyens de contrôle de l'activité des salariés (*C. trav., art. L. 2312-38*), restructuration et compression des effectifs, licenciement collectif pour motif économique, offre publique d'acquisition, procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires (*C. trav., art. L. 2312-37*), toute situation qui commande de diffuser l'information lui permettant d'être consulté.

**17 - L'information due au comité de groupe.** – Le comité de groupe reçoit des informations sur l'activité, la situation financière, l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions, dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent. Il reçoit en outre communication, s'ils existent, des comptes et du bilan consolidés ainsi que du rapport du commissaire aux comptes correspondant. Il est informé, dans ces domaines, des perspectives économiques du groupe pour l'année à venir (*C. trav., art. L. 2332-1*). Il est également informé des offres publiques d'acquisition dont la société dominante fait l'objet (*C. trav., art. L. 2332-2*) et reçoit communication des avis des CSE sur les orientations stratégiques de l'entreprise.

**18 - L'information via les assemblées générales, les conseils d'administration et les conseils de surveillance.** – Le CSE est obligatoirement représenté au sein des conseils d'administration ou de surveillance des sociétés et des assemblées générales d'actionnaires ou d'associés.

Ainsi la délégation du CSE au conseil d'administration ou de surveillance dispose d'un droit propre à l'information dont l'employeur est le débiteur. En effet, les représentants délégués par le CSE au conseil d'administration ou de surveillance ont droit aux mêmes documents que ceux adressés ou remis aux membres de ces instances à l'occasion de leurs réunions (*C. trav., art. L. 2312-73*). De même le CSE a indirectement des droits à l'information via la tenue des assemblées générales d'actionnaires ou d'associés car deux membres désignés par le CSE peuvent assister à ces assemblées.

**19 - L'information via les administrations.** – L'obligation de diffuser à l'égard du CSE peut être indirecte et émaner de l'Administration ou du juge. Il en est notamment ainsi en matière de procédure collective, de transaction pénale, d'amende administrative, de poursuites pénales de la personne morale, et de décision de rescrit sur la conformité du règlement intérieur.

De façon plus générale le CSE a également accès à l'information utile détenue par les administrations publiques et les organismes agissant pour leur compte, conformément aux dispositions légales relatives à l'accès aux documents administratifs.

## 2° L'obligation de diffuser aux salariés

**20 -** La communication de l'employeur à l'ensemble des salariés comprend une obligation d'information et d'affichage, et peut être distinguée de la communication de l'employeur à chaque salarié qui concerne notamment le traitement des données à caractère personnel.

**21 - L'obligation d'information.** – L'employeur est tenu à l'égard des salariés au respect de l'obligation de porter certaines informations à leur connaissance et ce, dans de multiples domaines : congés payés, convention et accord collectif du travail, durée du travail, égalité professionnelle et non-discrimination, élections professionnelles, épargne salariale, harcèlement, santé et sécurité, licenciement pour motif économique, rupture conventionnelle collective, règlement intérieur, représentants du personnel, syndicats de branche, etc.

**22 - L'obligation d'affichage.** – L'employeur est également tenu à une obligation de communication d'informations dans le cadre des dispositions spécifiques relatives à l'affichage obligatoire au sein de l'entreprise et de ses établissements. Les dispositions afférentes aux affichages sont principalement relatives aux thèmes suivants : durée du travail, détachement de salariés, égalité professionnelle et non-discrimination, inspection du travail, santé et sécurité, licenciement pour motif économique, rupture conventionnelle collective, lutte contre le travail illégal, représentants du personnel, et travail à domicile.

**23 - L'information relative au traitement des données à caractère personnel.** – Les données à caractère personnel sont protégées lorsqu'elles font l'objet d'un traitement en application du règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016 dit « règlement général sur la protection des données (RGPD) » et de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée. Leurs dispositions commandent la diffusion d'informations : chaque salarié doit être informé de l'identité et des coordonnées du responsable du traitement, des finalités poursuivies, de la base légale du dispositif, des catégories de données traitées et de leur durée de conservation, de ses différents droits (opposition, accès, rectification, effacement, limitation, portabilité) et des modalités selon lesquelles il peut les exercer, de la possibilité d'introduire une réclamation auprès de la CNIL et, éventuellement, des destinataires des données et des coordonnées du délégué à la protection des données.

## B. - Le contrat

**24 - Fonctions du contrat.** – Expression des volontés de l'employeur, du salarié ou de leurs représentants, le contrat est naturellement une source de l'obligation de diffuser les données économiques et personnelles. Un premier aperçu de la portée de l'obligation ressort de deux textes structurants du droit des contrats : la liberté inscrite à l'article 1102 du Code civil qui, notamment, offre la faculté de déterminer le contenu du contrat (dans les limites fixées par la loi) ; la loyauté, gravée deux rangs plus loin, qui impose une obligation de bonne foi à chaque étape du contrat, de sa négociation à son exécution. D'où l'on découvre deux fonctions essentielles du contrat dans le jeu que celui-ci mène avec l'obligation de diffuser : du contrat et de son obligation de loyauté, ressort la protection des parties ; le contrat

est aussi (et surtout) un instrument de création, les parties disposant du pouvoir de modifier les obligations d'information qui pèsent sur les contractants.

### 1° La protection des parties

**25 - Loyauté.** – De nature à éclairer les parties engagées (ou prêtes à s'engager) dans une relation contractuelle plus ou moins durable<sup>6</sup>, l'obligation de diffuser les informations naît d'une qualité contractuelle : la loyauté (à laquelle on assimilera l'obligation de bonne foi). De l'essence du contrat, la loyauté s'insinue autant dans le contrat de travail que dans la convention collective de travail.

**26 - Contrat de travail.** – Posée en règle générale<sup>7</sup>, ou associée à des événements particuliers (l'entretien d'embauche par exemple), la loyauté des parties au contrat de travail est une norme de comportement qui rejaillit sur l'obligation d'information... avec toutes les variations dont est coutumier le droit du travail à l'occasion de sa mise en œuvre.

**27 - Formation.** – Au stade de la formation, la bonne foi du salarié l'oblige à transmettre les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes (*C. trav.*, art. L. 1222-2) ; il s'agit là de la transcription des obligations qui pèsent sur n'importe quel contractant (*C. civ.*, art. 1112-1) et qui contribuent à la réalité et à l'intégrité du consentement du partenaire contractuel. Mais ici s'arrête le rapprochement avec le droit commun des contrats, car l'on sait que l'obligation de loyauté connaît quelques adaptations lorsque le salarié en est le débiteur : 1°) si la limite de l'ordre public est générale, sa conquête sur les terres du contrat de travail est considérable : la non-discrimination et, plus généralement, la vie privée sont autant de barrières qui interdisent à l'employeur de solliciter la transmission de données personnelles et, le cas échéant, de sanctionner le salarié résistant (*C. trav.*, art. L. 1132-1) ; 2°) quand bien même les informations présenteraient un lien direct avec l'aptitude (physique) du salarié à occuper son emploi, l'intérêt général justifie parfois l'existence d'un droit au mensonge (*C. trav.*, art. L. 1225-2) ; 3°) la sanction de la nullité du contrat, en raison de la délivrance d'informations de nature à constituer un vice du consentement, semble inadaptée au contrat de travail ; il n'est pas rare que le juge social s'affranchisse du droit commun des contrats pour écarter le jeu de la nullité, soit en retenant une conception stricte de l'erreur essentielle ou du dol (pour considérer que les informations étaient simplement « erronées », susceptibles d'interprétation<sup>8</sup>, ou que l'erreur de l'employeur était inexcusable<sup>9</sup>, soit en faisant glisser le contentieux de la formation du contrat vers celui de l'exécution (appelant, le cas échéant, le jeu des sanctions disciplinaires)<sup>10</sup>.

**28 - Application.** – C'est davantage au stade de l'exécution que l'obligation de diffuser les données est la plus visible. À l'avantage de l'employeur, la référence à la bonne foi est une arme précieuse à l'encontre de celui qui voudrait s'opposer à la diffusion des informations utiles à la vie de l'entreprise : le salarié ne peut se prévaloir de la suspension du contrat de travail pour refuser la communication des

6. Le contrat de travail et la convention collective constituent l'un et l'autre des contrats à exécution successive au sens de l'article 1111-1 du Code civil.

7. « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi » (*C. trav.*, art. L. 1222-1).

8. *Cass. soc.*, 16 févr. 1999 : *Bull. civ. V*, n° 74 ; *D.* 2000, p. 97, note T. Aubert-Montpeyssen ; *Dr. soc.* 1999, p. 396, obs. B. Gauriau. – V. aussi : *Cass. soc.*, 17 oct. 1995 : *JCP* 1996, I, 3923, obs. O. Rault. – G. Loiseau, *La neutralisation du dol du salarié* : *D.* 2006, p. 204.

9. *Cass. soc.*, 3 juill. 1990 : *D.* 1991, p. 507, obs. J. Mouly.

10. *Cass. soc.*, 30 mars 1999 : *Bull. civ. V*, n° 142 ; *RJS* 1999, n° 626. – V. aussi : *CA Grenoble*, 18 avr. 2007 : *JCP S* 2008, 1064, note F. Bizeur et J.-P. Tricoit : qui décide que commet une faute justifiant une rupture anticipée du CDD le sportif qui, au moment de son embauche, n'informe pas l'employeur qu'il fait l'objet d'une procédure disciplinaire de nature à entraîner une suspension du droit de participer à des compétitions.

informations nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise<sup>11</sup> ; il ne peut aussi taire des informations personnelles de nature à entraver l'exercice de son activité<sup>12</sup>, ou dissimuler celles susceptibles d'empêcher l'employeur de satisfaire son obligation de sécurité à l'égard des tiers<sup>13</sup>, voire du salarié : constitue une faute grave le comportement du salarié dépassant la durée maximale de travail autorisée qui, malgré plusieurs demandes, refuse de remettre les documents permettant de vérifier la durée totale du travail, mettant son employeur en situation d'infraction<sup>14</sup> ; l'inertie du salarié, en dépit des mises en demeure de l'employeur de transmettre les informations, constitue le point de départ du délai de prescription de deux mois<sup>15</sup>. Naturellement, l'obligation d'information, au titre de la loyauté du contractant, se retrouve en miroir du côté de l'employeur. Le juge assortit parfois les obligations de l'employeur de celle d'informer le salarié le plus complètement possible : tel est le cas, par exemple, lorsqu'une information sur les conditions de la mobilité du salarié doit accompagner une proposition de modification du contrat de travail pour motif économique<sup>16</sup>.

**29 - Convention collective.** – La loyauté à l'occasion de la négociation d'un accord collectif de travail mobilise aussi une obligation d'information. Pour cela, il n'est nul besoin de s'interroger sur la nature contractuelle ou réglementaire de l'accord collectif de travail, la traduction d'une authentique obligation de loyauté étant gravée dans le Code du travail<sup>17</sup>, associée à la négociation en général (*C. trav., art. L. 2262-4*) ou à celle spéciale<sup>18</sup>. Sujette à de multiples déclinaisons dans le champ de la négociation collective, la loyauté rejaillit sur l'obligation d'information<sup>19</sup>. Le juge en révèle parfois la saveur lorsque, à l'occasion d'élections professionnelles, il constate que l'employeur n'a pas mis à la disposition des organisations les éléments d'information indispensables à la négociation du protocole d'accord préélectoral<sup>20</sup>. Le législateur établit également le lien depuis que la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 s'efforce de « rétablir » une confiance entre les négociateurs. Les lois successives expriment une obligation d'information formulée sous l'égide de la loyauté. Indirectement, lorsque la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013<sup>21</sup>, à l'origine de la BDES, ouvrit l'accès à cette dernière aux délégués syndicaux ; au nom d'une loyauté à l'époque cachée, il s'agissait déjà de faciliter l'accès à l'information pour les titulaires de la négociation. Plus clairement, le couple loyauté-information émergera à la suite du rapport Combrexelle<sup>22</sup> : dans la branche, « l'engagement sérieux et loyal des négociations implique que la partie patronale ait communiqué aux organisations syndi-

cales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause » (*C. trav., art. L. 2241-3*) ; une formule comparable se retrouve au niveau de l'entreprise lorsqu'est envisagée la négociation portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes<sup>23</sup> ou sur le travail de nuit (*C. trav., art. L. 3122-21*). On relèvera que l'exigence de loyauté dans le champ des relations collectives prend une tournure particulière : à l'instar de toute relation contractuelle, la bonne foi oblige l'une des parties à informer loyalement son co-contractant ; mais à l'inverse d'une relation contractuelle « traditionnelle » bilatérale, il est fort probable que l'employeur sera face à une pluralité d'interlocuteurs lorsque viendra le temps de la négociation. Pour cette raison, l'obligation qui pèse sur l'employeur n'est pas seulement la diffusion d'une information complète et honnête ; celle-ci doit être la même pour toutes les organisations qui ont vocation à participer à la négociation ce qui, notamment, interdit de mener des négociations séparées<sup>24</sup>.

**30 - Accord de méthode.** – Si elle est de l'essence même du contrat, la loyauté peut aussi être un objet de négociation. Faut-il rappeler que la loi du 8 août 2016 a institué des accords de méthode relatifs à la négociation collective : la loyauté et la confiance inscrites comme leitmotiv trouvent traduction, notamment, dans l'invitation faite aux parties de préciser la nature des informations partagées entre les négociateurs (notamment en s'appuyant dans l'entreprise sur la BDES)<sup>25</sup> : « c'est bien la transparence et le partage des informations en lien avec l'objet de la négociation qui sont ainsi visés. La validité d'un accord est subordonnée à ce préalable d'égalité dans la connaissance des informations importantes, ce qui suppose que celui qui les détient veille à les communiquer »<sup>26</sup>. L'accord de méthode montre aussi le pouvoir des parties pour décider de la teneur et de l'ampleur de l'obligation d'information.

## 2° Le pouvoir des parties

**31 - Contractualisation du droit à l'information.** – Il ne fait plus de doute aujourd'hui que les parties dans l'entreprise ont le pouvoir de définir les informations susceptibles d'être diffusées. Deux sens sont envisageables. D'une part, le contrat peut circonscrire la diffusion des données économiques qui seraient de nature à entraver la vie ou la réputation de l'entreprise ; le secret et la confidentialité justifient le cas échéant une potentielle restriction, sous réserve que celle-ci ne heurte pas les droits fondamentaux (liberté d'expression, droit à la représentation...) <sup>27</sup>. D'autre part, l'accord peut élargir le champ des informations transmises aux représentants du personnel.

**32 - Le déploiement du contrat dans l'univers de la représentation du personnel** depuis quelques années favorise naturellement ce phénomène. L'évolution est d'ailleurs intéressante lorsqu'on observe sa dynamique. Les accords se sont d'abord inscrits dans des contextes de crise et ont porté sur des sujets fort délicats, et en premier lieu à l'occasion de projets conduisant à des licenciements collectifs pour motif économique : en 2003 et 2005<sup>28</sup>, les accords de méthode ont émergé (entérinant des pratiques d'entreprises et de groupes) pour aménager la procédure et prévoir, notamment, les modalités d'infor-

11. *Cass. soc.*, 18 mars 2003, n° 01-41.343 ; *Dr. soc.* 2003, p. 770, note J. Savatier.  
 12. V. par exemple concernant un conseiller commercial refusant de révéler à son employeur l'annulation de son permis de conduire, *CA Montpellier*, 22 avr. 2009, n° 08-08790 ; *JurisData* n° 2009-021990.  
 13. *Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> déc. 2011, n° 09-71.204 ; *JurisData* n° 2011-027273  
 14. *Cass. soc.*, 19 mai 2010, n° 09-40.923 ; *JurisData* n° 2010-006750 ; *JCP S* 2010, 1428, note A. Martinon.  
 15. *Cass. soc.*, 28 juin 2018, n° 16-21.811 ; *JurisData* n° 2018-010781  
 16. *Cass. soc.*, 30 janv. 2008, n° 06-42.000 ; *RJS* 2008, n° 369.  
 17. S. Nadal, *Négociation dans l'entreprise : la loyauté pour exigence*, in *Études en la mémoire de Ph. Neau-Leduc* : LGDJ, 2018, p. 729 et s.  
 18. *C. trav., art. L. 3122-21* : qui subordonne le travail de nuit à l'engagement préalable d'une négociation sérieuse et loyale.  
 19. G. François, *Intensité de l'exigence de loyauté et négociation d'entreprise avec les délégués syndicaux* : *BJT* 4/2020, p. 39 et s.  
 20. *Cass. soc.*, 9 oct. 2019, n° 19-10.780 ; *JurisData* n° 2019-017425 ; *JCP S* 2019, 1337, note B. Bossu ; *JCP E* 2020, 1181, obs. E. Jeansen ; *BJT* 11/2019, p. 32, obs. F. Bergeron-Canut.  
 21. F. Géa, *La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise – Bâtir une « culture de la confiance » ?* : *Dr. soc.* 2013, p. 717. – A. Martinon, *L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou partage des responsabilités ?* : *JCP S* 2013, 1263.  
 22. J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi – Rapport au Premier ministre* : France Stratégie, sept. 2015, p. 52.

23. *C. trav., art. L. 2242-6* : l'employeur devant également leur avoir communiqué des « informations nécessaires pour permettre [aux organisations syndicales] de négocier en toute connaissance de cause... ».  
 24. *Cass. soc.*, 10 oct. 2007, n° 06-42.721 ; *JurisData* n° 2007-040743 ; *Bull. civ. V*, n° 156 ; *Dr. soc.* 2008, p. 182, chron. P.-H. Antonmattéi. – *Cass. soc.*, 8 mars 2017, n° 15-18.080 ; *JurisData* n° 2017-003898 ; *JCP S* 2017, 1183, note S. Béal et C. Terrenoire.  
 25. *C. trav., art. L. 2222-3-1 et L. 2222-3-2*. – L'ambition est transposable au niveau du groupe : *C. trav., art. L. 2232-33*.  
 26. L. Pécaut-Rivolier, *La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation* : *JCP S* 2016, 1300.  
 27. V. B. Gauriau et A. Teissier : *JCP S* 2020, 2028.  
 28. L. n° 2005-32, 18 janv. 2005.

mation du comité d'entreprise<sup>29</sup>. L'entreprise de contractualisation des procédures d'information et de consultation des représentants du personnel s'est prolongée en 2013. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 puis la loi de sécurisation de l'emploi ont œuvré dans deux directions. Celle des licenciements pour motif économique, pour amplifier le mouvement initié par les accords de méthode et autoriser les partenaires sociaux à établir la liste des documents à produire (*C. trav., art. L. 1233-24-2*). Mais la loi du 14 juin 2013 est surtout remarquable en ce qu'elle a ouvert la voie de la contractualisation dans le domaine plus général de la représentation du personnel, indépendamment des situations de crise. En germe dès l'apparition de la représentation européenne<sup>30</sup>, l'ère conventionnelle a gagné le droit de la représentation nationale : la loi de sécurisation de l'emploi ne se contente pas de créer la base de données économiques et sociales ; elle délègue aux partenaires sociaux le soin d'adapter les contours par accord de branche ou d'entreprise dans le but d'adapter le contenu des informations en fonction de l'organisation ou du domaine d'activité de l'entreprise. Était ainsi ouverte la voie contractuelle, qui n'a cessé d'être alimentée au gré des lois qui ont suivi. La loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi<sup>31</sup> permet par accord d'entreprise de définir la liste et le contenu des principales informations récurrentes (*C. trav., art. L. 2323-7, ancien*). Le projet éphémère de 2016 de refondation de la partie législative du Code du travail aurait permis d'asseoir la représentation du personnel sur le tout conventionnel<sup>32</sup>. Finalement, le changement d'univers (du CE au CSE) retiendra une voie intermédiaire<sup>33</sup> : insérée par l'ordre public et les dispositions supplétives, la négociation collective soutient principalement le contenu de la base de données économiques et sociales ; en abandonnant à l'accord collectif la faculté de définir notamment le contenu de la BDES, l'article L. 2312-21 consacre le contrat comme socle du droit à l'information, sous la réserve que le contenu permette d'assurer un exercice utile de leurs prérogatives par les représentants du personnel (*C. trav., art. L. 2312-21, al. 6*).

**33 - Droit à l'information contractualisé.** – Si l'ambition était belle, les premiers résultats sont plutôt décevants. Sans prétendre à une analyse exhaustive, nombre d'accords relatifs à la BDES montrent assez peu d'audace dans la nature des informations transmises aux représentants du personnel. On laissera de côté les jolies envolées, qui relèvent de la responsabilité sociale (et donc d'un droit mou), trouvant essentiellement leur place dans les préambules des accords et faisant référence à une amélioration du dialogue social ou des relations sociales<sup>34</sup>. Plus précis, certains accords trouvent leur

légitimité dans la volonté d'adapter le contenu et le circuit de l'information : à la nature de l'entité (l'entreprise commerciale ne peut être traitée de la même manière que l'association lorsqu'il s'agit, par exemple, de livrer des informations relatives à la stratégie de l'entreprise, à sa situation économique ou ses flux financiers<sup>35</sup> ; à sa configuration (la présentation des informations diffère selon que l'entreprise est un établissement unique, à établissements multiples, ou relève d'une unité économique et sociale<sup>36</sup> ; à la nature de l'activité (celle industrielle appelant, sur certains sujets, des informations différentes de celle commerciale ou associative). Certes, on pourrait trouver ici ou là des accords qui ajoutent quelques rubriques à celles prescrites par la loi : une compilation des accords collectifs de l'entreprise<sup>37</sup> ou de la branche ; un recueil des procès-verbaux des réunions du CSE ; la liste des membres composant le CSE et ses commissions<sup>38</sup>. En réalité, plus que le contenu de l'information, l'attention est davantage portée sur la présentation (une réorganisation des chapitres ou un changement de nomination), le champ temporel (nombre d'accords réduisent les informations livrées à l'année précédente, à l'année en cours et aux « tendances » de celle à venir) ou le rappel de la loi pour identifier ceux autorisés à y accéder (assorti de leurs obligations). Le tout suscite un regret sur le rôle de l'accord : alors qu'on pouvait en attendre un objet de stratégie sociale (une forme d'innovation), le contrat collectif est davantage employé comme un passeport pour échapper à l'aridité et à l'exigence des dispositions supplétives. Il n'y a rien d'exaltant dans des accords *a minima* qui se contentent de rappeler les dispositions de la loi, de lister les chapitres obligatoires inscrits à l'article L. 2312-21, ou de souligner les obligations de discrétion et de confidentialité des représentants du personnel. Ce n'est pas de l'attention que l'on pouvait légitimement attendre du contrat collectif, mais de l'imagination ; l'accord est (dans nombre de cas) une échappatoire aux dispositions supplétives.

29. *C. trav., art. L. 320-3, ancien*. – *C. trav., art. L. 1233-21*. – P.-H. Antonmattéi, *Négociation des restructurations après la loi du 18 janvier 2005* : *Dr. soc.* 2006, p. 295 et s.

30. Faut-il rappeler que le droit du comité d'entreprise européen repose de prime abord sur le contrat : *Dir. 94/45/CE, 22 sept. 1994, art. 6* dont l'accord d'application (et *a fortiori* l'accord d'anticipation) avait déjà le pouvoir de définir les informations susceptibles d'être livrées aux représentants.

31. *L. n° 2015-994, 17 août 2015*.

32. *L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 1<sup>er</sup>, al. 2* : « Cette refondation attribue une place centrale à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétence et son champ d'action, dans le respect du domaine de la loi fixé par l'article 34 de la Constitution ». – Dans le domaine qui nous occupe, la Commission présidée par Robert Badinter proposait de borner les principes essentiels du droit du travail au droit pour les représentants du personnel « d'être informés et consultés sur les décisions intéressant la marche générale de l'entreprise et les conditions de travail » (*Rapp. au Premier ministre – Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail* : 1/2016, art. 47).

33. *Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017*. – *L. n° 2018-217, 29 mars 2018*. – S. Guedes da Costa et Ch. Michaud, *La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017* : *JCP S* 2018, 1170.

34. Pour un exemple : « Convaincues que la qualité du dialogue social nécessite une représentation élue du personnel proche des préoccupations et des

priorités des salariés de [l'entreprise], partageant les enjeux et les objectifs de l'entreprise et dotée des ressources adéquates pour un fonctionnement efficace, la Direction et la majorité des élus titulaires du CSE ont souhaité rassembler au sein de la BDES toutes les informations nécessaires à l'appréciation des situations et aux prises de décisions les plus adaptées ».

35. V. pour un exemple significatif : *Accord collectif d'entreprise relatif à l'organisation des consultations récurrentes du CSE et au fonctionnement de la BDES, UMG Mutualia, 23 mai 2019* : « Compte tenu du secteur d'activité et de la forme juridique de l'entreprise (union mutualiste de groupe), le mode de fonctionnement et de financement diffère de celui d'un grand nombre d'entreprises. L'UMG Mutualia ne commercialise pas de produits et/ou de services, elle assure une mission de coordination et d'assistance vis-à-vis des mutuelles adhérentes au Groupe Mutualia. L'UMG Mutualia ne génère pas de chiffre d'affaires. L'activité est financée principalement par le versement de cotisations des mutuelles adhérentes, et pour partie par des produits financiers. Aussi, la notion de chiffres d'affaires n'existe pas, elle sera remplacée par la notion de budget dans la BDES. De la même manière le thème concernant la rémunération des financeurs ne sera pas complété, en effet l'UMG Mutualia est une société de personnes régie par le code de la Mutualité qui inscrit son action dans le cadre de l'économie sociale et solidaire. Elle ne comporte ni actionnaire, ni dividende ». – V. aussi : *Accord collectif d'entreprise relatif à l'organisation des consultations récurrentes du CSE et au fonctionnement de la BDES, Association Territoires et Intégration de Nouvelle Aquitaine, 9 déc. 2019*.

36. V. pour un exemple : *Accord relatif au CSE, Groupe médical des dentellières, 8 août 2019*. – V. aussi : A. Lonlas, *Le regroupement des négociations et des consultations obligatoires : l'accord Groupama* : *JCP S* 2017, 1039.

37. Pour un exemple : *Accord périodicité et contenu des réunions du CSE et de la BDES, BDR Thermae France, 12 juill. 2019*.

38. V. par ex. : *Accord collectif relatif à l'architecture et au fonctionnement de la représentation du personnel au sein de l'UES OBS, au dialogue social et à la BDES, 26 juill. 2019*.

## 2. Le rapport de l'obligation

**34** - Le lien de l'obligation d'information suppose classiquement la mise en relation d'un créancier et d'un débiteur. Mais l'intrusion du collectif dans la relation juridique oblige à identifier, le cas échéant, une pluralité de créanciers et de débiteurs.

### A. - Les créanciers de l'obligation

**35** - L'obligation de diffuser procède de sources multiples mais son effectivité peut être concrétisée par l'intermédiation de l'expert ou du juge.

#### 1° L'expert

**36 - Diffusion de l'information et champ de l'expertise.** – Le CSE peut décider de recourir à un expert-comptable pour l'assister lors des trois consultations récurrentes (*C. trav., art. L. 2315-78 et s.*), et lors des consultations ponctuelles relatives aux opérations de concentration, à l'exercice du droit d'alerte économique, aux projets de licenciement pour motif économique d'au moins 10 salariés dans une entreprise d'au moins 50 salariés, aux offres publiques d'acquisition ou pour apporter toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer les négociations relatives à un plan de sauvegarde de l'emploi ou à un accord de performance collective (*C. trav., art. L. 2315-92*), ou enfin en vue de l'examen du rapport relatif à la réserve spéciale de participation. Le CSE peut en outre recourir à un expert habilité, ou agréé jusqu'au 31 décembre 2020, lorsqu'un risque grave, identifié et actuel, révélé ou non par un accident du travail ou une maladie professionnelle est constaté dans l'établissement, en cas d'introduction de nouvelles technologies ou de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle (*C. trav., art. L. 2315-94*). Le champ du droit à expertise est donc particulièrement étendu alors même que la mission de l'expert lorsqu'elle est précisée par la loi apparaît vaste. Ainsi la mission de l'expert-comptable saisi dans le cadre de la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise (*C. trav., art. L. 2315-89*).

**37 - Diffusion de l'information et pouvoirs d'investigation.** – Du champ de l'expertise et de l'étendue de la mission de l'expert procède une obligation de diffusion de l'information. En effet, pour opérer toute vérification ou tout contrôle entrant dans l'exercice de ses missions, l'expert a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes de l'entreprise. S'il est saisi dans le cadre d'une opération de concentration ou de recherche de repreneurs, il a spécifiquement accès aux documents de toutes les sociétés intéressées par l'opération, et dans le cadre d'une offre publique d'acquisition, aux documents nécessaires à l'élaboration de son rapport. Les pouvoirs d'investigation de l'expert conduisent à constater l'existence d'une obligation dérivée de diffusion de l'information dont la portée, sous le contrôle du juge, est particulièrement grande.

**38 - Pouvoirs d'investigation et contrôle judiciaire.** – Si l'employeur refuse de communiquer les documents demandés par l'expert, le comité peut saisir le président du tribunal judiciaire<sup>39</sup>. Or, la jurisprudence semble laisser à l'expert-comptable le soin d'apprécier seul la nature des documents utiles à sa mission. Ainsi, l'expert assistant le comité en vue de la consultation annuelle sur la situation économique et financière de l'entreprise peut accéder aux comptes des 2

années précédentes<sup>40</sup> à la comptabilité prévisionnelle de l'entreprise<sup>41</sup>, à la comptabilité analytique<sup>42</sup>, aux comptes de chacune des divisions de la société<sup>43</sup>. L'obligation de diffusion de l'information est d'autant plus vaste que l'expert-comptable peut étendre ses investigations aux autres sociétés du groupe<sup>44</sup>, y compris à celles situées à l'étranger<sup>45</sup>, et accéder aux comptes de la société mère<sup>46</sup>. La question tenant à l'obligation de diffusion de l'information est particulièrement pertinente en ce qui concerne la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise. Ainsi a-t-il été jugé que l'expert-comptable assistant le CSE lors de cette consultation peut, si la stratégie de l'entreprise s'y insère, accéder aux informations sur la stratégie du groupe<sup>47</sup>. De même, l'expert désigné dans le cadre du droit d'alerte a accès aux comptes des sociétés sœurs<sup>48</sup>. Dans le cadre d'une opération de concentration, l'expert a accès à tous les documents de toutes les sociétés intéressées par l'opération. En cas d'offre publique d'acquisition, il a accès aux documents lui permettant d'évaluer dans son rapport les éléments relatifs à la politique industrielle et financière de l'auteur de l'offre, à ses plans stratégiques pour la société cible et aux répercussions de la mise en œuvre de l'offre sur l'ensemble des intérêts, l'emploi, les sites d'activité et la localisation des centres de décision de la société cible.

C'est ainsi que l'obligation de diffusion de l'information *via* l'expert du CSE connaît peu de limites. Elles restent cependant dictées par la détermination du champ des détenteurs de l'information, posant ainsi la question de l'accès à l'information détenue par un tiers qui marque la limite de l'obligation de diffuser l'information. En effet, l'expert ne peut accéder aux pièces détenues par des tiers à l'entreprise que sur décision de justice<sup>49</sup>.

#### 2° Le comité social et économique

**39** - Le droit des procédures consultatives laisse au juge sa place pour déterminer la portée de l'obligation de diffuser l'information.

**40 - Diffusion de l'information et finalité consultative.** – Le droit à l'information du CSE procède de ses attributions générales : le comité social et économique a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions essentielles de l'entreprise, en particulier celles relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise et à l'organisation du travail. Pour lui permettre d'émettre ses avis et ses vœux, le CSE dispose d'informations précises et écrites transmises ou mises à disposition par l'employeur et de la réponse motivée de celui-ci à ses propres observations. Le droit à l'information s'inscrit dans une finalité exclusive : celle de permettre l'exercice de la prérogative consultative qui est un attribut propre de l'instance élue.

**41 - Diffusion de l'information et créancier de l'information.** – C'est le CSE seul qui est le créancier de l'obligation de communication des informations. Ainsi une organisation syndicale ne peut demander à son profit la communication d'informations qui, selon elle,

40. *Cass. soc.*, 13 mai 2014, n° 12-25.544 : *JurisData* n° 2014-009806.

41. *Cass. soc.*, 29 oct. 1987, n° 85-15.244.

42. *Cass. soc.*, 16 mai 1990, n° 87-17.555 : *JurisData* n° 1990-001375.

43. *Cass. soc.*, 16 mai 1990, n° 87-17.555, *préc.*

44. *Cass. soc.*, 8 nov. 1994, n° 92-11.443 : *JurisData* n° 1994-002145.

45. *Cass. soc.*, 27 nov. 2001 n° 99-21.903. – *Cass. soc.*, 5 mars 2008, n° 07-12.754 : *JurisData* n° 2008-043015.

46. *Cass. crim.*, 26 mars 1991, n° 89-85.909 : *JurisData* n° 1991-002310.

47. *CA Lyon*, 8 janv. 2016, n° 14/09041. – *CA Paris*, 15 juill. 2016, n° 15/24432.

48. *Cass. soc.*, 25 oct. 2017, n° 16-10.278 : *JurisData* n° 2017-024887.

49. *CA Versailles*, 17 oct. 1990, n° 90-6736.

39. *Cass. soc.*, 11 oct. 2017, n° 16-10.814 : *JurisData* n° 2017-019952.

auraient dû être transmises aux élus<sup>50</sup> ni imposer la communication d'informations que ceux-ci n'ont pas demandées<sup>51</sup>.

**42 - Diffusion de l'information et contrôle judiciaire.** – La transmission préalable de l'information est une condition de légalité du processus consultatif. Ainsi a-t-il été jugé que l'avis du comité d'entreprise ne peut pas résulter d'une simple appréciation formulée à la suite d'une communication faite en réunion par l'employeur sans transmission préalable d'informations écrites<sup>52</sup>. La diffusion préalable de l'information écrite est donc une condition de validité de la consultation. Si le CSE estime ne pas disposer d'éléments suffisants, il peut, avant l'expiration du délai de consultation<sup>53</sup>, saisir le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond pour qu'il ordonne à l'employeur de lui communiquer les éléments permettant l'exercice de la prérogative consultative.

L'information doit permettre au CSE d'apprécier la portée du projet et de donner un avis éclairé sur celui-ci<sup>54</sup>. Elle doit être utile et loyale au regard des implications du projet<sup>55</sup>, donc être suffisamment détaillée pour que le CSE puisse se prononcer en ayant une vision satisfaisante des objectifs poursuivis, des moyens pour y parvenir et des conséquences en termes d'emploi<sup>56</sup>. L'obligation d'information connaît ainsi peu de limites. S'il a été jugé qu'elle ne commande pas nécessairement la communication du projet lui-même, tel un projet d'acte ou de contrat dont la signature est envisagée<sup>57</sup>, elle ne peut en revanche, et à titre d'exemple, être entravée par un principe qui tiendrait au respect de la vie personnelle du salarié. En effet, celui-ci n'est pas en lui-même de nature à faire obstacle au droit à l'information du comité. Dès lors que les mesures demandées sont nécessaires et proportionnées, il peut par exemple obtenir des informations lui permettant d'avoir connaissance des niveaux de rémunération individuelle de certains salariés<sup>58</sup>. La communication de l'information est essentielle car, lorsque le juge l'ordonne, le délai de consultation ne court qu'à compter de cette communication<sup>59</sup>. Dans le cadre de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, ainsi en est-il de la communication utile dans la BDES, qui est le support de préparation de cette consultation<sup>60</sup>.

**43 - Diffusion de l'information et procédure de licenciement pour motif économique.** – Lorsqu'elle est saisie par un employeur d'une demande d'homologation d'un document unilatéral fixant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à l'Administration de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que la procédure d'information et de consultation du comité a été régulière. Elle ne peut légalement accorder l'homologation demandée que si le CSE a été mis à même d'émettre régulièrement un avis, d'une part sur l'opération projetée et ses modalités d'application et, d'autre part, sur le projet de licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi. Il appartient à ce titre à l'Administration de s'assurer que l'employeur a adressé au CSE, avec la convocation à sa

première réunion, ainsi que, le cas échéant, en réponse à des demandes exprimées par celui-ci, tous les éléments utiles pour qu'il formule ses deux avis en toute connaissance de cause<sup>61</sup>. L'obligation de diffuser l'information « utile » à la consultation est donc essentielle. Il en est de même en cas d'assistance du CSE par un expert-comptable. Lorsque l'assistance d'un expert-comptable a été demandée, l'Administration doit s'assurer que celui-ci a pu exercer sa mission dans des conditions permettant au CSE de formuler ses avis en toute connaissance de cause. Mais cette obligation de diffuser est ici tempérée : la circonstance que l'expert-comptable n'ait pas eu accès à l'intégralité des documents dont il a demandé la communication ne vicie pas la procédure d'information et de consultation du comité si les conditions dans lesquelles l'expert-comptable a accompli sa mission ont néanmoins permis à l'instance élue de disposer de tous les éléments utiles pour formuler ses avis en toute connaissance de cause<sup>62</sup>. Ainsi, la portée de l'obligation de diffuser s'apprécie à l'aune de la finalité consultative.

## B. - Le débiteur

**44 - Pluralité d'entreprises = pluralité de débiteurs.** – Dans un rapport d'obligation bilatéral, créancier et débiteur sont facilement identifiables. Le rapport au contrat de travail entre dans une configuration classique : le salarié, à supposer qu'il soit tenu de transmettre quelques données personnelles, est le débiteur de l'obligation de diffuser l'information : le médecin traitant du salarié, le propriétaire de son domicile ou, plus généralement, un créancier du salarié n'a pas à communiquer une quelconque information à l'employeur intéressant le salarié. Mais ici comme ailleurs, le collectif qui caractérise les relations de travail est de nature à modifier le schéma ; la présence de « faux » tiers – c'est-à-dire ni tout à fait partie à la relation de travail ni tout à fait extérieur – brouille l'image d'un rapport classique d'obligation. La situation est bien connue : l'entreprise entretient avec d'autres entités des rapports économiques et sociaux particuliers qui rejaillissent sur l'organisation et le fonctionnement de la représentation du personnel ; le droit à l'information est susceptible de varier selon que l'entreprise est « isolée » ou qu'elle appartient à un groupe d'entreprises ou à une unité économique et sociale. Plus les liens entre les entités seront distendus, plus il sera difficile d'identifier le débiteur de l'obligation de diffuser les informations de « l'entreprise ».

**45 - Unité économique et sociale.** – Le recours à la fiction dans le cadre de l'unité économique et sociale facilite l'opération d'identification : l'UES est l'entreprise. Dans cette perspective, il n'est pas possible d'invoquer l'écran de la personnalité juridique pour échapper aux obligations d'information qui pèsent sur l'ensemble des entités. Le principe est ancien : pour la mise en place de la représentation du personnel, l'UES est conçue comme une « seule entreprise »<sup>63</sup> pour l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à une même collectivité de travail<sup>64</sup> ; c'est la raison d'être de la création prétorienne. L'effet utile d'une telle formule suppose que l'ensemble des entités soient tenues de fournir les informations intéressant l'UES. Le principe prend d'ailleurs une allure spéciale depuis que le législateur a organisé la diffusion par le relais de la base de données économiques et sociales<sup>65</sup> : à la suite de la loi du 14 juin 2013, l'Administration prenait soin de lier le périmètre de

50. Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22.014 : *JurisData* n° 2012-020039 ; *JCP S* 2012, 1521, note G. Loiseau.

51. Cass. soc., 16 déc. 2014, n° 13-22.308 : *JurisData* n° 2014-031695.

52. Cass. crim., 27 mars 2012, n° 11-80.565 : *JurisData* n° 2012-005809 ; *JCP S* 2012, 1276, note Th. Passerone.

53. Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-19.003 : *JurisData* n° 2016-018971 ; *JCP S* 2016, 1342, note P. Morvan, 2<sup>e</sup> esp. – Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-16.082 : *JurisData* n° 2016-022693 ; *JCP S* 2016, act. 405.

54. Cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-13.307.

55. Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-14.629.

56. CA Paris, 31 juill. 2009, n° 09-14577.

57. En ce sens, Cass. crim., 6 avr. 1993, n° 92-80.864 : *JurisData* n° 1993-001355.

58. Cass. soc., 5 déc. 2018, n° 16-26.895 : *JurisData* n° 2018-022226.

59. Cass. soc., 30 janv. 2019, n° 17-23.025.

60. Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081 : *JCP S* 2018, 1177, note S. Guedes da Costa et Ch. Michaud.

61. CE, ass., 22 juill. 2015, n° 385816 : *JurisData* n° 2015-017643 ; *JCP S* 2015, 1346, note J. Martínez et J.-J. Giudicelli.

62. CE, 21 oct. 2015, n° 385683 : *JurisData* n° 2015-023401.

63. Cass. soc., 8 juin 1972, n° 71-12.860 : *Bull. civ. V*, n° 418. – Cass. soc., 19 déc. 1972, n° 72-60.088 : *Bull. civ. V*, n° 710.

64. Cass. soc., 16 déc. 2018, n° 07-43.875 : *JurisData* n° 2008-046307 ; *JCP S* 2009, 1140, note G. Blanc-Jouvan ; *Bull. civ. V*, n° 255 ; *Dr. soc.* 2009, p. 500, obs. J. Savatier.

65. V. supra.

représentation du personnel et le cadre de mise en place de la BDES : « l'article L. 2322-4 du Code du travail dispose que lorsqu'une UES, regroupant au moins 50 salariés, est reconnue par convention ou décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire. Il ressort de cet article que l'UES est assimilée à une entreprise à part entière s'agissant du droit de la représentation du personnel. L'UES doit avoir des instances de représentation du personnel qui lui sont appropriées et qui correspondent à son périmètre (loi du 28 octobre 1982). La base de données est donc mise en place au niveau de l'UES »<sup>66</sup>. La règle est logique ; sa mise en œuvre est un exercice fort délicat<sup>67</sup>, mais elle n'est pas impossible<sup>68</sup>.

**46 - Groupe.** – En revanche, le doute gagne l'observateur lorsque l'ensemble est composé d'une société dominante et de sociétés dominées ou contrôlées ; les liens sont-ils de nature à multiplier les débiteurs des obligations d'information qui pèsent normalement sur une entreprise ?

**47 - Consultation sur les orientations stratégiques.** – Le contentieux s'est surtout concentré autour de la nouvelle consultation imaginée par l'ANI du 11 janvier 2013 et créée par la loi de sécurisation de l'emploi : la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise. La question est relativement simple. Quel périmètre dessiner autour de l'entreprise : étroit, en considérant que seules les orientations de l'entreprise (au sens strict) donnent lieu à consultation et implique, de fait, la communication des seules informations relatives à l'entreprise ; ou large, si l'on estime que la compréhension de la stratégie d'une entreprise dépendant d'un groupe passe nécessairement par des informations détenues par la société mère ou d'autres filiales du groupe ? Le débat est sensible, car des arguments se partagent entre les deux thèses.

**48 - Informations du groupe ?** – Au profit de la première, on admettra que dans nombre d'entreprises, les stratégies ne se décident en aucune manière en leur sein ; plus la dépendance de la filiale à l'égard de la société mère est forte, plus les stratégies sont définies par celle-ci. Ce qui autorise un auteur à convoquer le réalisme : « on comprendrait mal que les décisions prises au niveau du groupe de sociétés et l'état de celui-ci n'apparaissent pas comme des leviers ou contraintes possibles, qui déterminent la stratégie de l'entreprise »<sup>69</sup>. La thèse suivant laquelle les informations doivent être limitées à l'entreprise peut au contraire s'appuyer sur les textes. Ceux relatifs à la BDES : dans sa finalité, la base « contribue à donner une vision claire et globale de la formation et de la répartition de la valeur créée par l'activité de l'entreprise » (C. trav., art. R. 2312-7) ; dans son périmètre car, en

l'absence d'accord, la base « est constituée au niveau de l'entreprise » (C. trav., art. R. 2312-11), à l'exception des hypothèses dans lesquelles un accord collectif a hissé la base à hauteur du groupe (C. trav., art. R. 2312-15) ; dans son objet enfin, les informations du groupe étant envisagées dans une rubrique spéciale<sup>70</sup>. À ces textes réservés à la base de données, il faut associer ceux consacrés à la consultation sur les orientations stratégiques, dont la base de données économiques et sociales fut conçue comme l'authentique support : la consultation porte sur les orientations stratégiques de l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-17) ; sauf accord la portant à l'échelle du groupe, elle est « conduite au niveau de l'entreprise » (C. trav., art. L. 2312-22).

**49** – Partant de ces hésitations, il semblerait que les juges du fond aient privilégié la première thèse. Indirectement, certains juges ont saisi le relais de l'expert-comptable<sup>71</sup> : « si le périmètre d'intervention de l'expertise comptable (...) est clairement celui de l'entreprise, la société d'expertise comptable (...), qui dispose des mêmes pouvoirs que le commissaire aux comptes selon les dispositions de l'article L. 2325-37 du Code du travail, ne saurait dans ces conditions se voir refuser les éléments d'orientation stratégique du groupe auquel appartient [l'entreprise], lesquels lui sont manifestement indispensables (...) pour comprendre les orientations stratégiques de cette dernière et répondre à la mission qui lui a été confiée par le comité d'entreprise »<sup>72</sup>. En ce sens, l'approche des juges du fond s'accorde parfaitement avec celle de la Cour de cassation amenée à se prononcer sur le pouvoir d'investigation d'un expert-comptable dans le cadre de la procédure d'alerte : seul juge de l'utilité des documents pour l'exercice de sa mission, l'expert-comptable peut légitimement solliciter les informations relatives à la stratégie de la société mère à l'égard de sa filiale compte tenu de la situation de dépendance de cette dernière<sup>73</sup>. Allant plus loin, d'autres juges ont reconnu le droit pour un comité de recevoir directement des informations relatives aux orientations stratégiques du groupe<sup>74</sup>.

**MOTS-CLÉS :** Informatique et libertés - RGPD - Données économiques - Obligation de diffusion - Comité social et économique - Base de données économiques et sociales

**TEXTES :** L. n° 2018-493, 20 juin 2018. – Règl. n° 2016/679, 27 avr. 2016 (RGPD)

**AUTRES PUBLICATIONS LEXISNEXIS :** Fiche pratique n° 4224 : Mettre en conformité une entreprise avec le RGPD, par Isabelle Gavanon et Guillaume Sanna

66. Circ. n° DGT 2014-1, 18 mars 2014 relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise, fiche 1, 2.2.

67. S. Guedes da Costa et C. Michaud, La base de données économiques et sociales : des objectifs à la pratique : JCP S 2014, 1133. – J. Daniel, L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité : JCP S 2015, 1165.

68. A. Lonlas, Le regroupement des négociations et des consultations obligatoires : l'accord Groupama : JCP S 2017, 1039.

69. P.-E. Berthier, note ss TGI Valence, réf. ord., 25 janv. 2016, n° 16/00036 : Cah. soc. 2016, n° 284, p. 197.

70. C. trav., art. R. 2312-9 : « 9° Pour les entreprises appartenant à un groupe, transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe : – A-Transferts de capitaux tels qu'ils figurent dans les comptes individuels des sociétés du groupe lorsqu'ils présentent une importance significative ; B-Cessions, fusions, et acquisitions réalisées ».

71. V. supra.

72. CA Lyon, 8 janv. 2016, n° 14/09041 : Cah. soc. 2016, n° 283, p. 147, note M. Caron ; Bull. Joly Sociétés 2016, n° 5, p. 268. – CA Paris, 15 juill. 2016, n° 15/24432 : Liaisons sociales quotidien 8 sept. 2016, n° 17155, p. 1.

73. Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-17.658 : JurisData : 2016-018964 ; JCP S 2016, 1395, note J.-B. Cottin.

74. TGI Valence, réf. ord., 25 janv. 2016, n° 16/00036 : Cah. soc. 2016, n° 284, p. 197, note P.-E. Berthier.