

PROUVER LE FAIT QUI FAIT LE DROIT

Colloque en hommage à Tiennot Grumbach

Révéler les faits sur le terrain : le rôle des IRP

par Pierre BOUAZIZ et Alexandra SOUMEIRE, Avocats au Barreau de Paris

PLAN

I. Sur le pouvoir d'enquête des délégués du personnel et du représentant du personnel au CHSCT dans le cadre du droit d'alerte

A. Sur l'enquête dans le cadre du droit d'alerte par les délégués du personnel

B. Sur l'enquête dans le cadre du droit d'alerte par un représentant du personnel du CHSCT

II. L'accès à l'information et les expertises

A. Les informations portables

B. L'information quérable : les experts

III. Les procès-verbaux et les documents remis par l'employeur aux IRP

A. Rôle des procès-verbaux

B. Contenu des procès-verbaux documents et obligation de discrétion

En matière de relations de travail, on peut établir une distinction entre les actions en justice :

- celles exercées par les institutions représentatives du personnel elles-mêmes ;
- action de substitution : droit d'alerte du délégué du personnel devant le Conseil de prud'hommes ; cette action peut concerner un salarié individuellement ou une atteinte plus collective ;
- action pour défendre les prérogatives des institutions représentatives elles-mêmes (CE, CHSCT, etc.) ;
- action des syndicats en défense des intérêts collectifs de la profession.
- celles exercées personnellement par les salariés.

Dans l'un comme l'autre cas, les IRP peuvent fournir des éléments de preuve déterminants à l'aide de trois outils principaux : l'enquête, les expertises et les procès-verbaux et documents transmis aux IRP dans le cadre des informations et consultations.

I. Sur le pouvoir d'enquête des délégués du personnel et du représentant du personnel au CHSCT dans le cadre du droit d'alerte

A. Sur l'enquête dans le cadre du droit d'alerte par les délégués du personnel

A titre préliminaire, il doit être rappelé que les délégués ont pour mission de veiller au respect des droits des personnes et des libertés individuelles dans l'entreprise (1). Ainsi, l'article L. 2313-2 du Code du travail prévoit que « si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur ». Sont notamment visés

les comportements prohibés par la loi tels que la discrimination (art. L. 1132-1), le harcèlement moral du salarié (art. L. 1152-1) ou encore le harcèlement sexuel (art. L. 1153-1).

Le droit d'alerte du délégué du personnel en matière de preuve a une double utilité : il permet de récolter des preuves (1.) mais également de s'opposer à ce que l'employeur recueille des preuves de manière illicite (2.).

1. La recherche de preuves dans le cadre du droit d'alerte

Les délégués du personnel peuvent constater eux-mêmes une atteinte aux droits des personnes ou être

(1) La mission des délégués du personnel, RPDS déc. 2010.

saisis par un ou des salariés victimes ou simplement témoins d'une telle atteinte (art. L. 2313-2). Ils doivent alors saisir immédiatement l'employeur et ce dernier « *procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation* » (art. L. 2313-2).

Le droit d'alerte, par cette possibilité de mise en œuvre d'une enquête, peut donc être un outil fort intéressant pour recueillir préalablement à l'exercice d'une action en justice les preuves qui sont si difficiles à obtenir notamment par ordonnance du juge au cours de l'instance (notamment en matière de discrimination, harcèlement moral ou sexuel, mais aussi pour toute autre atteinte à la santé physique ou mentale, ou aux libertés individuelles).

Plusieurs questions sont susceptibles de se poser en matière d'enquête (dont la liste présente n'est pas exhaustive) : le juge peut-il ordonner à l'employeur d'ouvrir une enquête ? le cas échéant le délégué du personnel doit-il apporter un début de preuve sur l'existence d'une atteinte ? les entretiens au cours de l'enquête sont-ils contradictoires ? le délégué du personnel doit-il nommer les personnes à l'origine du déclenchement de l'enquête ?

a. En cas de divergence sur la réalité de l'atteinte portée aux droits des personnes, peut-on demander au juge d'ordonner une enquête pour obtenir les preuves nécessaires ?

Les dispositions de l'article L. 2313-2 permettent au salarié ou au délégué du personnel (si le salarié concerné ne s'y oppose pas) « *en cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte* » de saisir le bureau de jugement du Conseil de Prud'hommes qui statuera alors selon la forme des référés. Aux termes de l'article L. 2313-2 alinéa 2, « *le juge peut ordonner toute mesure propre à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du trésor* ».

Les dispositions légales permettent directement de demander au juge de faire cesser les atteintes mais sans les éléments obtenus lors de l'enquête, le délégué du personnel aura du mal à établir des preuves de l'atteinte aux droits des personnes. Or, la Cour de cassation autorise également le juge des référés à ordonner à l'employeur de réaliser l'enquête en prescrivant des mesures d'instruction (2).

b. Le DP doit-il apporter des preuves de l'existence d'une atteinte aux droits des personnes pour demander au juge de déclencher une enquête dans le cadre du droit d'alerte ?

L'enquête doit permettre de recueillir des preuves de la réalité de l'existence d'une atteinte aux droits de la personne. Alors paradoxalement le délégué du personnel est-il obligé d'apporter des preuves de la réalité de cette atteinte lorsque l'employeur en conteste l'existence ? Ou suffit-il au délégué du personnel par exemple de déclarer que certains salariés se sont plaints de harcèlement ou de discrimination ? En résumé la preuve de la réalité de la divergence sur l'existence d'une atteinte est-elle suffisante pour obtenir une condamnation de l'employeur à diligenter une enquête ?

La Cour de cassation penche pour cette hypothèse en jugeant que « *Les dispositions de l'article L 422-1-1 du Code du travail [aujourd'hui L. 2313-2] permettant au salarié ou au délégué du personnel de saisir, sans recourir au préalable de conciliation, le bureau de jugement du conseil de prud'hommes statuant selon les formes du référé, sont applicables, à défaut de solution trouvée avec l'employeur, lorsque existent des divergences sur la réalité de l'atteinte aux droits des personnes dénoncée par le délégué ou lorsque l'employeur saisi d'une telle atteinte ne diligente pas d'enquête* » (3).

Cette décision peut sembler être une simple reprise des dispositions légales mais dans la mesure où la Cour de Cassation permet au juge d'ordonner une enquête, la combinaison des termes de l'article L.2313-2 selon lequel le juge peut être saisi en cas de « divergence sur la réalité cette atteinte » et la jurisprudence doit conduire à penser que le délégué du personnel doit juste prouver l'existence d'une divergence sur la réalité de cette atteinte aux droits des personnes.

Si tel n'était pas le cas, la preuve du délégué du personnel sur l'existence d'une atteinte devrait nécessairement être allégée comme en matière de discrimination « *...présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte...* » (art. L 1134-1, al. 1 et 2). L'exemple peut également être pris de la preuve en matière d'heures supplémentaires où le salarié doit étayer sa demande notamment par la production

(2) Cass. Soc 17 juin 2009, *Sté Sanofi chimie c/ Guzzi*, n°08-40274, Bull. n°153, Dr. Ouv. 2010 p.91 n. A. Brousse.

(3) Cass. soc. 28 mars 2006, *Sté CSF c/ Gruppo*, n°04-41.016, Bull. n°126, Dr. Ouv. 2006 p.489 n. P. Moussy.

d'un décompte établi par lui-même mais l'employeur doit justifier des horaires effectués (4).

Le droit d'alerte sera alors d'une grande utilité pour obtenir des preuves tels que les bulletins de salaire pour établir une discrimination en matière de salaire, les avenants relatifs aux différentes promotions pour une catégorie donnée afin d'établir une discrimination syndicale dans la carrière etc. S'agissant du harcèlement, il permettra d'obtenir des témoignages. La question du caractère contradictoire du recueil des témoignages reste alors fondamentale.

c. La présence des délégués du personnel ayant déclenché le droit d'alerte est-elle obligatoire lors des entretiens diligentés dans le cadre de l'enquête ?

Les dispositions légales ne prévoient pas comme en matière disciplinaire la présence d'une personne de l'entreprise chaque fois qu'une personne est interrogée dans le cadre d'un entretien préalable pour une sanction autre qu'un avertissement (art. L. 1332-2). Néanmoins, aux termes de l'article L.2313-2 du Code du Travail, l'employeur « *procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation* » (art. L. 2313-2). En conséquence, si le délégué exige d'être présent, cette disposition doit lui permettre de soutenir cette exigence.

En matière de harcèlement, cette enquête est parfois délicate car très souvent, tant que les salariés ne sont pas décidés à exercer une action en justice, ils peuvent être très réticents à la divulgation de leur nom auprès de la direction, même s'ils se sont confiés au délégué du personnel. Le délégué du personnel se trouve alors dans une situation délicate car il va demander d'effectuer une enquête sur le comportement de certains managers ou collègues sans citer les personnes qui s'en sont plaintes.

d. L'exercice d'un droit d'alerte est-il forcément nominatif ?

Les salariés n'ont pas forcément envie que leurs noms soient divulgués et pourraient en vouloir aux délégués du personnel qui perdraient leur légitimité en dévoilant leur identité. Or, même si l'enquête dans ce cas est plus difficile, de même que la mise en œuvre de mesures spécifiques, son déclenchement sera une preuve importante lorsque les salariés souhaiteront défendre leur cas.

Aux termes de la loi, aucune condition de forme n'est prévue quant à la mise en œuvre de l'alerte par le délégué du personnel. Il n'y a pas lieu, notamment, ni pour le délégué du personnel ni pour l'employeur, d'établir un quelconque écrit pour déclencher le droit d'alerte du délégué du personnel, contrairement à celui exercé par le représentant du personnel au CHSCT, même si cet écrit doit être la plupart du temps conseillé.

Il est donc tout à fait envisageable que le délégué du personnel déclenche une alerte en invoquant des faits dont il aurait lui-même connaissance ou été témoin. En effet, la rédaction de l'article L. 2313-2 qui précise que « *le délégué du personnel constate notamment par l'intermédiaire d'un salarié...* », démontre qu'il peut aussi constater des faits lui-même et qu'aucune disposition n'exige la divulgation de noms. La jurisprudence semble également aller en ce sens. Par exemple à la suite d'une alerte lancée par un délégué du personnel en ces termes « *le chef de service actuel fait subir aux membres de son service une pression qui relève plus du harcèlement que de la recherche de l'efficacité. Cela nuit gravement au bon fonctionnement de ce service* », aucune contestation n'a été soulevée par les juges. Il est vrai cependant que l'absence de caractère nominatif n'avait pas été soulevée par l'employeur (5). Néanmoins, en l'absence de dispositions législatives spécifiques sur les modalités de déclenchement du droit d'alerte, la divulgation du nom des personnes atteintes individuellement ne paraît pas être un préalable obligatoire.

Enfin, si l'employeur s'oppose au droit d'alerte du délégué du personnel, estimant que les conditions d'exercice ne sont pas réunies, il semble qu'il devrait en tout état de cause, recueillir ses explications, avant de donner une réponse négative à la demande d'enquête. En effet, l'absence totale de réaction de l'employeur pourrait constituer un délit d'entrave : « *Le fait de porter ou de tenter de porter atteinte à la libre désignation des délégués du personnel ou à l'exercice régulier de leurs fonctions est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.* » aux termes de l'article L2316-1.

Dans le cas, où l'employeur opposerait une fin de non-recevoir, la demande préalable écrite du délégué du personnel démontrera l'inertie de l'employeur alors même qu'une atteinte lui aurait été signalée. Cet écrit, bien que non obligatoire, pourra être utile dans le cadre d'un contentieux ultérieur.

(4) Cass. soc. 24 nov. 2010 n°09-40.928, Bull. n°266 : RJS 2/11 n°142 ; Cass. soc. 13 février 2002, n°643 F-D, SARL Transports frigorifiques du Nord c/ Duneuf-Jardin, n°00-40.836 ; sur ce sujet v. *supra* obs. H. Gosselin.

(5) Cass. Soc. 13 décembre 2011 n°10-20.503.

2. Le droit d'alerte comme un moyen d'empêcher l'employeur de recueillir des preuves illicites

La Cour de cassation a jugé que l'article L. 2313-2 « confère le pouvoir d'agir à l'effet de réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles. » (6). Dans cette espèce, la direction avait mis en place, à l'insu du personnel, un dispositif d'enregistrement vidéo. En l'espèce, les délégués du personnel avaient pu faire retirer les éléments de preuve dont l'employeur se serait servi pour justifier des licenciements. Les salariés peuvent également eux-mêmes demander ce retrait lorsqu'ils intentent une action individuelle. Néanmoins, ces éléments bien que retirés auront été discutés devant le juge qui statue sur le licenciement et pourront l'influencer. Dans l'hypothèse où les éléments de preuve ont été retirés préalablement à l'action individuelle des salariés, l'employeur ne peut plus s'en prévaloir.

Le Conseil de prud'hommes de Grenoble a récemment conforté cette position aux termes d'une décision du 20 septembre 2013 aux termes de laquelle « *Aucun texte n'autorise l'utilisation par l'employeur d'un test salivaire. Ce dernier peut toutefois recourir à un tel test, pour détecter l'usage de produits stupéfiants, à condition que cette possibilité figure au règlement intérieur, que le salarié ait été informé de ce dépistage et que celui-ci s'adresse aux salariés pour lesquels l'usage de la drogue présente un risque pour leur propre sécurité ou la sécurité d'autres salariés* » (7). En l'espèce, un travailleur de nuit se fait surprendre en train de fumer une substance pouvant être du cannabis et son employeur lui impose un test salivaire qui s'avère positif. Les délégués du personnel ont exercé un droit d'alerte au motif d'une atteinte portée à la dignité et à la santé mentale du salarié. Avec l'accord du salarié, les délégués du personnel ont saisi le Conseil de Prud'hommes sur la base du droit d'alerte afin de faire retirer ces preuves.

S'agissant d'une atteinte à la santé mentale ou physique, la question peut également se poser de l'exercice du droit d'alerte par le représentant du personnel au CHSCT.

(6) Cass. soc. 10 décembre 1997 n°95-42.661, Bull. n°434, *Aubin c/ Société Euromarché-Carrefour* : RJS 1/98 n°62, Dr. Ouv. 1998 p.224 n. F. Saramito.

(7) CPH Grenoble, 20 septembre 2013, n°13/01736, X. c/ SAS *STMicroelectronics Crolles 2*.

(8) P. Ménétrier, *Le CHSCT*, numéro spécial, RPDS sept.-oct. 2012, p330.

B. Sur l'enquête dans le cadre du droit d'alerte par un représentant du personnel du CHSCT (8)

Aux termes de l'article L. 4131-2, « *Le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur selon la procédure prévue au premier alinéa de l'article L. 4132-2* ». La notion de danger grave et imminent concerne plus particulièrement les risques d'accidents, puisque l'accident est dû à une action soudaine entraînant une lésion au corps humain. Si le droit d'alerte est évident lorsque les salariés sont exposés à des dangers physiques pouvant survenir soudainement, il n'est pas limité à cette hypothèse et peut concerner des risques d'exposition à des nuisances qui produiront des effets à plus long terme ou qui sont de nature à porter atteinte à la santé mentale (9). Ainsi, cette procédure trouve à s'appliquer en matière de harcèlement moral. Le Conseil économique et social considère ainsi que la procédure d'alerte du CHSCT est tout à fait adéquate en matière de harcèlement moral (10). Le nombre malheureux de suicides sur les lieux de travail ne peut que légitimer l'exercice de ce droit d'alerte du représentant du personnel du CHSCT en cas notamment de harcèlement moral.

Il convient de rappeler que la loi n'a pas prévu de décision collective mais a conféré un droit individuel propre à chacun des membres du CHSCT pour déclencher ce droit d'alerte. Il s'agit d'un avantage procédural car cela signifie que même si un syndicat n'a pas la majorité au CHSCT, tout membre du CHSCT peut déclencher une enquête. Ce n'est qu'à défaut d'accord de l'employeur que la majorité sera exigée au CHSCT. Or, si l'alerte a déjà été déclenchée par un représentant du personnel, les autres membres du CHSCT auront du mal à s'y opposer.

À l'instar du droit d'alerte des délégués du personnel, l'employeur ou son représentant est tenu de procéder sur le champ à une enquête avec le membre du CHSCT qui lui a signalé le danger et de prendre les dispositions nécessaires pour y remédier (art. L. 4132-2). L'enquête doit être effectuée en étroite collaboration avec le membre du CHSCT.

(9) on se reportera à P. Adam, « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », Dr. Ouv. juin 1998 p.313, disp. sur <https://sites.google.com/site/droitouvrier> ; v. également du même auteur le fasc. *Harcèlement moral*, Rép. Dalloz Droit du travail.

(10) Avis du Conseil économique et social sur le harcèlement moral au travail, rendu les 10 et 11 avril 2001.

L'exercice du droit d'alerte est un droit auquel l'employeur ne peut s'opposer. En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le CHSCT est réuni d'urgence et au plus tard dans les 24 heures. L'employeur est également tenu d'informer immédiatement l'inspecteur du travail qui peut assister à la réunion du CHSCT (art. L. 4132-3). Ainsi, il est conseillé au représentant du personnel d'alerter l'Inspection du Travail de la situation avant d'exercer son droit d'alerte afin que l'administration soit suffisamment informée pour soutenir éventuellement en cas de blocage sa demande.

A défaut d'accord entre l'employeur et la majorité du CHSCT sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution, l'inspecteur du travail est saisi immédiatement par l'employeur ou son représentant et peut soit mettre en œuvre la procédure de mise en demeure (art. L. 4721-1) soit saisir le juge des référés (art. L. 4132-4).

Les inspecteurs et les contrôleurs du travail peuvent aussi, sans mise en demeure dresser immédiatement procès-verbal lorsque les faits constatés présentent un

danger grave ou imminent pour l'intégrité physique des travailleurs (art. L. 4721-5).

Il convient de rappeler que la mise en œuvre de ce droit d'alerte suppose le respect d'un certain formalisme. Le membre du CHSCT doit obligatoirement consigner dans un registre spécial ouvert par l'employeur l'avis de danger grave et imminent relatant les postes de travail concernés par la cause du danger constaté, la nature et la cause de ce danger et le nom des travailleurs exposés (art. D. 4132-1 ; art. D. 4132-2). En conséquence, dans le cadre de la procédure lancée par un membre du CHSCT, les salariés seront obligatoirement formellement identifiés. Toutefois, ce registre spécial n'est à la disposition que des membres du CHSCT et de l'employeur. Lorsque les salariés refusent que leur nom soit cité, il est donc conseillé de privilégier la procédure d'alerte du délégué du personnel comme cela a été indiqué précédemment.

Ainsi, les droits d'alerte des délégués du personnel et du CHSCT sont des outils d'une incontestable utilité pour recueillir des preuves dans une affaire que ce soit au niveau individuel ou collectif.

II. L'accès à l'information et les expertises

A. Les informations portables

Le Code du travail prévoit de nombreuses informations que l'employeur doit remettre au comité (11) ou aux délégués du personnel. Certaines d'entre elles doivent donner lieu à une consultation des instances. La documentation ainsi communiquée et l'analyse qui en est faite par les instances peuvent être très utiles dans les litiges ultérieurs. Sans être exhaustif, certains documents méritent une attention particulière.

1. Les documents d'information à usage « général »

Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le bilan social (art. L.2323-68 et s.) récapitule les principales données chiffrées. Il comporte 7 rubriques : Emploi, Rémunérations, Santé et sécurité au travail, Conditions de travail, Formation, Relations professionnelles, Autres charges sociales. Chacune de ces catégories comprend des rubriques précises que doit renseigner l'employeur et porte sur l'année en cours et les 2 années précédentes. Le comité d'entreprise

doit émettre un avis sur le bilan social qui doit être communiqué au moins 15 jours avant la réunion. En cas de manquement de l'employeur à l'obligation d'établir et présenter le bilan social ou s'il s'avère que le document établi est incomplet, le comité peut saisir le tribunal de grande instance pour enjoindre à l'employeur de respecter ses obligations (12).

Comment utiliser ce document à titre de preuve ? Une analyse minutieuse et rétrospective par le comité de ce document permet de faire ressortir des éléments intéressants :

- sur le travail précaire : situation et évolution du nombre de salariés en CDD et intérim ;
- sur le *turn over* : situation et évolution du nombre de licenciement – nombre de démissions
- sur les aspects santé et sécurité dans l'entreprise : journées d'absence pour maladie et répartition des absences selon leur durée ; fréquence des accidents du travail et maladie professionnelle et caractéristiques de ceux-ci ; activité de la médecine du travail (nombre d'examen, de déclarations d'inaptitude, de reclassement).

(11) M. Cohen, L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 10^{ème} ed., 2013, LGDJ.

(12) C. Parès, « La production forcée par voie judiciaire des informations dues au comité d'entreprise », *Dr. Ouv.* 2010 p.170.

À la suite de cette analyse, il est utile que le comité dresse une liste de questions pour obtenir des explications de la direction sur les chiffres et leur évolution au cours des dernières années (par exemple sur l'augmentation significative du nombre de démission, sur l'augmentation des accidents du travail, sur l'augmentation de l'absentéisme pour cause médicale etc.).

Les salariés peuvent ensuite : demander communication du bilan social, éventuellement modifié suite à l'avis du CE (L.2323-72) et/ou utiliser les PV des réunions du comité d'entreprise qui comprendront les questions des élus et les réponses de la direction.

Pour les entreprises de moins de 300 salariés, des informations similaires sont communiquées dans un rapport annuel sur la situation économique de l'entreprise (L.2323-47 & R.2323-8 et s.). Ce rapport contient en particulier des informations utiles sur :

- l'activité et situation financière de l'entreprise : notamment situation de la sous-traitance
- l'évolution de l'emploi, des qualifications et de la formation : notamment les données sur l'emploi précaire et le temps partiel (effectifs des salariés en CDD, intérim, temps partiel – motifs de recours aux CDD, intérim, temps partiel) ;
- la situation comparée des hommes et des femmes.

Ainsi les informations sur l'emploi précaire (13) permettent de connaître le niveau des recours et constituent un moyen efficace permettant d'user du droit de saisir l'inspection du travail en cas de recours anormal (article L.2323-17). La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 18 mai 2005 face à employeur qui refusait de fournir au comité d'entreprise les noms des salariés au titre de l'information communiquée en application de l'article L.2323-51 (information trimestrielle), a ordonné la production de ces informations et qu'elles soient nominatives en relevant qu'à défaut, l'information « n'est pas suffisamment précise pour permettre au CE de contrôler l'utilisation qui est faite du recours à des contrats de travail à durée non indéterminée » et que « notamment, il n'est pas possible de savoir si un même salarié a bénéficié de plusieurs contrats successifs de travail à durée déterminée, temporaire ou relevant du statut des intermittents du spectacle » (14).

(13) pour les entreprises d'au moins 300 salariés (information trimestrielle (article L.2323-51) ; bilan social annuel (L.2323-68 et s.) ; pour les entreprises de moins de 300

2. Les documents d'information utiles dans des cas « spécifiques »

a. Les documents utiles en matière de santé au travail

Certains documents peuvent s'avérer très utiles dans les litiges spécifiques concernant la santé des salariés (en particulier les litiges de fautes inexcusables ou de risques psychosociaux).

Le rapport annuel d'activité du médecin du travail (article D.4624-45) est obligatoirement établi par le médecin du travail dans les entreprises qui comptent au moins 300 salariés et, dans les entreprises de moins de 300 salariés si le comité d'entreprise en fait la demande. Parmi les informations contenues dans ce rapport, les éléments relatifs au nombre de visites médicales, au nombre de salariés déclarés inaptes et au motif des inaptitudes prononcées.

Le document unique d'évaluation des risques (article R.4121-1 et suivants) comporter un inventaire des risques identifiés dans chaque unité de travail. Le CHSCT a un rôle à jouer dans l'élaboration de ce document. Par ailleurs, l'article R.4121-2 oblige l'employeur à tenir ce document à la disposition des salariés mais également des délégués du personnel. Rien ne semble s'opposer à ce que les membres du comité d'entreprise puissent également le consulter.

Ce document peut permettre de démontrer notamment que l'employeur avait connaissance d'un risque particulier (physique ou psycho-sociaux) et, le cas échéant, qu'il n'a pas envisagé et/ou mis en place de plan d'action pour y remédier ou bien encore lorsque les mesures de préventions qui y sont inscrites s'avèrent insuffisantes.

Le bilan annuel sur les heures supplémentaires (article 1^{er} X de la loi du 21 août 2007 - non codifié) : « Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sont informés par l'employeur des volumes et de l'utilisation des heures supplémentaires et complémentaires effectuées par les salariés de l'entreprise ou de l'établissement. Un bilan annuel est transmis à cet effet. ». Même si la loi ne précise pas quel doit être le contenu précis de ce bilan annuel, la référence au « volume » et à « l'utilisation » devrait inclure non seulement le nombre global d'heures supplémentaires dans l'entreprise ou l'établissement et le motif de recours à celles-ci (surcroît d'activité, remplacement de salariés absents, motifs conjoncturels ou structurels etc.).

salariés : rapport annuel sur la situation économique de l'entreprise (L.2323-47 & R.2323-8 et s).

(14) RG n°05/02050 & 05/02130, Société RFO.

Ces éléments peuvent s'avérer utiles pour démontrer une charge de travail trop importante, par exemple en établissant une situation de sous-effectif chronique.

b. Les documents utiles en matière d'obligation de reclassement

Le registre du personnel (articles L.1221-13 et s.) contient des informations chronologie sur l'entrée et la sortie du personnel de l'entreprise (nom, prénom, date d'entrée, date de sortie, emploi, qualification...). Il doit être tenu à la disposition des délégués du personnel. Il peut être utilisé notamment en ce qui concerne les obligations de reclassement de l'employeur pour identifier si, au moment d'un licenciement pour inaptitude ou pour motif économique, des postes étaient disponibles dans l'entreprise et devaient être proposés au salarié (15).

B. L'information quérable : les experts

Dans de nombreuses hypothèses, le CE comme le CHSCT peuvent avoir recours à des experts dont le coût est, la plupart du temps, pris en charge par l'employeur. Le rapport de l'expert est présenté aux représentants du personnel en réunion, donc en présence de l'employeur et un débat s'instaure. Le rapport de l'expert ainsi que les débats qui ont lieu au sein du comité constituent des éléments de preuve qui peuvent s'avérer particulièrement importants dans le cadre de litiges individuels ultérieurs. On en prendra deux exemples.

1. La désignation d'un expert-comptable (16)

Les hypothèses de désignation d'un expert-comptable chargé d'assister le comité dans son analyse de la situation de l'entreprise se sont multipliées. La désignation d'un expert à l'occasion d'un projet de « grand » licenciement collectif pour motif économique est plus que nécessaire. L'analyse technique précise de l'expert permet d'aller au-delà de l'apparence des chiffres présentés par l'employeur et de tenir compte de la situation dans le groupe et dans son environnement économique.

Le rapport de l'expert et l'analyse qui en est faite par les élus permettront par la suite, dans les litiges individuels, la contestation d'un licenciement

économique : remise en cause de la réalité des difficultés économiques ou de la nécessité de sauvegarder la compétitivité que ce soit au niveau de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe, absence de mesures de reclassement etc.

Dans cette perspective, il est utile que les élus :

- examinent avec minutie les conclusions du rapport de l'expert,
- posent toutes questions nécessaires à l'employeur révélées par l'expertise au cours des réunions,
- et récapitulent dans leur avis, annexée au procès-verbal de la réunion : les conclusions de l'expert, les questions posées à l'employeur et les réponses ou absences de réponse de ce dernier aux questions et préconisations soulevées par le rapport.

Les procès-verbaux des réunions seront autant de documents utiles pour les salariés contestant leur licenciement devant le Conseil de prud'hommes. Lorsqu'il désigne un expert, le comité doit travailler en symbiose avec lui et l'avocat du comité.

Si la direction refuse de donner les éléments demandés par l'expert, celui-ci doit en informer le comité qui décidera de ce qu'il y a lieu de faire : soit ne rien faire et dans ce cas le rapport ne sera pas complet, donc il présentera peu d'intérêt, soit saisir le juge (17). Le comité d'entreprise a tout intérêt à appeler à la procédure l'expert qu'il a désigné afin de rééquilibrer le débat sur l'utilité des documents dans le cadre de l'expertise. En ce qui concerne plus spécifiquement les licenciements collectifs pour motif économique, la loi de sécurisation de l'emploi a modifié en profondeur les règles procédurales (18).

2. Les expertises CHSCT

En cas de projet important ou de risque grave, le CHSCT peut désigner un expert (19). Le comité d'entreprise, qui a des attributions très générales, peut utilement s'appuyer sur le CHSCT sur les sujets ressortant de sa compétence (hygiène, sécurité, conditions de travail) :

- il peut, conformément à l'article L.2323-28 « *confier au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail le soin de procéder à des études portant sur des matières de la compétence de ce dernier.* » ;

(15) v. *infra* p.233 CA Chambéry 19 déc. 2013 obs. D. Boulmier ordonnant, concernant l'état des recherches de reclassement d'un salarié inapte, la communication du registre du personnel.

(16) M. Cohen, L. Milet, prec. p.623.

(17) A. Ottan, « Les principales difficultés rencontrées dans l'accès aux informations sollicitées par les experts des

comités d'entreprise et l'intervention du juge », Dr. Ouv. 2010 p.176.

(18) *Le licenciement économique après la loi de « sécurisation » de l'emploi*, numéro spécial, RPDS sept.-oct. 2013.

(19) P. Ménétrier, *Le CHSCT*, numéro spécial, RPDS sept.-oct. 2012, p.333 s.

- le CHSCT peut alors, si les conditions sont remplies, désigner un expert.

Lorsqu'il s'agit d'un « projet important », le CHSCT doit être consulté avant le comité d'entreprise. Dans ce cas les travaux menés par le CHSCT : PV des réunions, délibérations, rapport de l'expert etc., seront transmis au CE qui pourra ainsi intégrer cette analyse pour se forger une opinion et émettre un avis.

Plus généralement, les documents émanant du CHSCT pourront être utilisés dans des litiges,

notamment ceux qui ont trait à la santé et la sécurité, surtout pour les expertises pour risque grave.

Le CHSCT présente la particularité d'avoir comme membre de droit l'inspecteur du travail, le médecin du travail et le représentant de la CARSAT (ou de la CRAMIF). Leurs interventions au cours des débats peuvent s'avérer tout particulièrement importantes en cas de litige ultérieur notamment dans le cadre de la production des procès-verbaux des réunions devant le juge civil (Conseil de prud'hommes ou TASS) ou le juge pénal.

III. Les procès-verbaux et les documents remis par l'employeur aux IRP

A. Rôle des procès-verbaux

1. Une multiplicité de domaines couverts

La nécessité d'être particulièrement vigilant dans la rédaction (puis dans l'adoption) des procès-verbaux des réunions ne peut se comprendre qu'à la lecture de la jurisprudence (20). Les procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise font foi jusqu'à preuve du contraire de la réalité des discussions intervenues en réunion et des décisions prises par l'instance : « *la cour d'appel, après avoir relevé que l'engagement de l'employeur de proroger l'application de l'article 332 de la convention collective résultait du procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise du 24 juin 1991, a estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la preuve contraire de cet engagement n'était pas rapportée* » (21).

De même les PV attestent des engagements, pris en réunion, par l'employeur de :

- verser une prime de 13^e mois à une catégorie de salariés (22) ;
- reprendre et embaucher dans la continuité du contrat de travail tous les salariés licenciés pour motif économique (23) ;
- procéder à un certain mode de calcul pour l'indemnité de départ en retraite (24).

Mais on peut élargir leur champ d'utilisation à d'autres domaines et en particulier en matière de santé et sécurité des salariés : il est fréquent, en matière de harcèlement moral ou sexuel, que les salariés victimes ne prennent pas l'initiative de dénoncer les faits par

peur de mesures de rétorsion. L'intervention des élus lors des réunions du comité d'entreprise, du CHSCT ou des délégués du personnel auprès de la direction s'avère alors très utile pour mettre en exergue l'éventuelle inertie de l'employeur et caractériser ainsi le manquement à l'obligation de sécurité de résultat. Les documents écrits (PV des réunions du comité d'entreprise, du CHSCT – demandes écrites des délégués du personnel et réponses écrites de la direction) constituent autant d'éléments de preuve utiles au salarié.

Il en va de même des litiges individuels portant sur les licenciements pour motif économique. Les procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise au cours desquelles l'expert-comptable du comité présente son rapport et où les élus interrogent la direction sur les aspects économiques des licenciements envisagés sont essentiels.

L'on comprend mieux ainsi l'utilité d'être particulièrement vigilant sur la rédaction des procès-verbaux des réunions et de leurs modalités d'affichage et/ou de diffusion.

2. La réalisation du PV

La rédaction du PV des réunions incombe au seul Secrétaire (art. R 2325-3). L'employeur commet le délit d'entrave au fonctionnement régulier du CE s'il rédige et signe seul le compte rendu de deux réunions puis procède lui-même à l'affichage de ce document ; cette entrave a été retenue alors même que l'employeur soutenait qu'il avait été contraint de le faire (« *à la suite*

(20) M. Cohen, L. Milet, prec. p. 388.

(21) Cass. soc. 1^{er} avril 1997, n°95-41159, Bull. n°133.

(22) Cass. soc. 14 juin 1984, pourvoi n°82-14385, Bull. n°251.

(23) Cass. soc. 20 octobre 2004, pourvoi n°02-42645.

(24) Cass. soc. 14 juin 2006, pourvoi n°04-42862.

d'un grave incendie survenu dans les lieux le 17 juin 1983 l'urgence l'avait contraint à agir comme il l'avait fait, élément de force majeure susceptible de remettre en cause l'élément intentionnel de l'infraction » (25)).

Dans certaines entreprises, le comité fait appel à une entreprise de sténotypie, parfois payée par l'entreprise. Cela présente un de nombreux avantages :

- le Secrétaire peut se concentrer entièrement sur les sujets en débat et non sur la prise de note en vue de la rédaction du PV,

- le document remis est une transcription intégrale des débats et les enregistrements sont conservés : cela limite les litiges sur ce qui a été dit notamment par la direction.

Même si c'est l'entreprise qui paye, la société de sténotypie ne doit remettre la version papier et l'enregistrement qu'au secrétaire, et non à la direction, puisque l'établissement des PV est une prérogative qui incombe exclusivement au secrétaire du comité. La sténotypie des réunions doit, de plus, être transmise aux membres de l'instance (*« Qu'il en est de même de la remise des transcriptions de la sténotypie des réunions du CE qui doit leur permettre, même si la rédaction des procès-verbaux est du ressort du secrétaire du CE, d'exercer leur contrôle » (26)).*

A défaut, il est également possible d'enregistrer les débats. Le recours à un appareil d'enregistrement peut résulter soit d'un usage, soit d'une décision majoritaire du comité, personne ne pouvant s'y opposer (27) ; l'enregistrement ne doit pas être clandestin, il doit se faire au su et au vu de tous. La direction a le droit de demander un double de l'enregistrement ou faire son propre enregistrement (28).

Le Secrétaire tire de la loi (L.2325-21) le droit d'afficher ou de diffuser le procès verbal. Le règlement intérieur peut préciser les modalités d'affichage ou de diffusion mais il ne peut pas lui retirer ce droit.

Ces quelques exemples permettent de prendre la mesure de l'importance de la rédaction des procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise et de leur large diffusion auprès du personnel.

3. Le déroulement des réunions

Il est important de dresser en amont la liste des questions à poser à la direction : le but est de garder

la main sur le déroulement des réunions et de faire parler la direction. Les questions posées doivent être précises et ne pas permettre à la direction de répondre à côté en faisant semblant de ne pas avoir compris la question.

Pour le comité d'entreprise ou le CHSCT, en fonction des sujets à l'ordre du jour, l'intervention d'un spécialiste ou d'un technicien peut s'avérer nécessaire et il est alors utile de demander à la direction de le convoquer :

- *l'expert-comptable du comité* : la tenue d'une réunion préparatoire avec l'expert-comptable mandaté par le comité permet de discuter du rapport déposé avant sa restitution en réunion plénière et d'anticiper les questions qui devraient être posées à la direction.

- *la participation du médecin du travail* sur les questions touchant à la santé des salariés : l'intervention circonstanciée du médecin du travail, notamment en matière de risques psychosociaux faisant par exemple état d'une augmentation des consultations liées à des troubles psychologiques, peut s'avérer extrêmement utile vis-à-vis du juge.

- *la participation de l'inspecteur du travail*. La présence de l'inspecteur du travail aux réunions lui permet, non seulement d'exprimer sa position, qui sera retranscrite au procès-verbal, mais également, le cas échéant, d'user de ses prérogatives.

4. Les délibérations et les avis du comité

Les délibérations du comité font partie intégrante des procès-verbaux des réunions et doivent y être annexées. Un avis ce n'est (presque) jamais la simple et unique mention « favorable » ou « défavorable », ou encore « pour » ou « contre ».

Il est indispensable que la position du comité soit rédigée de façon précise pour pouvoir être utilisées par la suite. Cela suppose, lorsque le comité rend un avis sur une question qui lui est soumise, que la délibération soit fortement et précisément motivée. L'avis du comité c'est l'analyse en fait et en droit du comité sur le projet qui lui est présenté par la direction. Parce que l'avis du comité ne lie pas l'employeur, il est indispensable qu'il explicite de façon précise, détaillée et motivée sa position. Si la direction insiste pour avoir une réponse : favorable/ défavorable, le comité peut lui répondre : *« ce n'est peut être pas votre question, mais c'est ma réponse »* : le Comité doit rester maître de son expression.

(25) Cass. crim. 25 févr. 1986, no 84-96.003, Bull. n° 78.

(26) CA Paris 11 mars 2013, RG n°12/13306, *Comité d'entreprise Bio Springer*, page 5.

(27) CA Paris 12 juillet 1978, *Thomson* ; CA Paris 22 nov. 1989, *SA Cim*.

(28) Cass. crim. 4 février 1986, n°84-92809.

Le comité est un organe collectif dont l'avis ne peut résulter que d'une décision prise à l'issue d'une délibération collective, l'expression d'opinions individuelles de ses membres dans le cadre d'un tour de table ne pouvant constituer l'expression de l'avis de l'instance (29).

5. Les initiatives du comité en cas de refus de l'employeur de le convoquer

Il arrive que la direction refuse de convoquer une réunion du comité d'entreprise sur un sujet de sa compétence. Dans une telle situation le comité peut demander la convocation d'une réunion extraordinaire sur le fondement de l'article L.2325-14.

En pratique, il convient alors :

- de présenter une demande écrite signée par la majorité des membres du comité d'entreprise. La question du calcul de la majorité n'a pas été tranchée par la Cour de cassation et il peut s'agir de la majorité des titulaires (qui ont le droit de vote) ou d'une majorité plus large comprenant les titulaires, suppléants et représentants syndicaux ;
- de préciser les questions qui justifient la tenue de la réunion.

Si l'employeur, qui n'a pas à se faire juge de l'opportunité de la réunion, maintient son refus, il est possible de saisir le juge en référé pour faire cesser le trouble manifestement illicite. Il est également possible, sur le fondement de l'article L.2325-14, de solliciter l'inspecteur du travail qui convoquera et présidera la réunion demandée.

B. Contenu des procès-verbaux documents et obligation de discrétion

L'instauration de la base de données économique et sociale (art. L. 2323-7-2) et de la consultation du Comité sur les orientations stratégiques (L. 2323-7-1) par la loi du 14 juin 2013 (30) ont renforcé l'intérêt des employeurs envers une obligation de discrétion qu'ils sollicitaient déjà à l'excès ces derniers temps (31).

La question cruciale reste donc de savoir si les membres du Comité d'entreprise pourront transmettre aux salariés des copies des informations retenues dans la base de données ou s'ils peuvent relater certains de ces éléments ou des informations dans le cadre des procès-verbaux. Ces éléments permettent de constituer des preuves dans les actions individuelles (contestation d'un licenciement économique ou personnel mais qui serait en fait lié à une suppression d'emploi par exemple) ou dans le cadre des actions collectives des institutions représentatives du personnel.

Les employeurs vont mener une véritable bataille contre la divulgation des données qu'ils considèrent comme stratégiques dans la base de données.

Si l'article L. 2323-7-2 ne prévoit un accès à la base de données que des institutions représentatives du personnel et non des salariés, il est bien précisé que l'obligation de discrétion sur ces informations repose sur les deux conditions posées par ailleurs par la loi et la jurisprudence : « *sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations contenues dans la base de données revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur.* » (article L. 2325-5 alinéa 2).

À cet égard, l'article L. 2325-5 pose une double condition quant à l'effectivité de l'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise :

- une première de forme, l'information doit être expressément déclarée par l'employeur comme confidentielle au moment de sa transmission aux représentants du personnel concernés et au plus tard lors de la séance du comité d'entreprise (la situation la plus courante est celle de la présence d'une mention confidentielle sur les documents mais ce peut être une déclaration orale en début de séance du comité par exemple).
- et une seconde condition de fond, le caractère intrinsèquement et objectivement confidentiel de ladite information, lequel suppose notamment que les faits qui font l'objet de l'information ne soient pas déjà connus du public ou du personnel de l'entreprise.

(29) Cass. soc. 10 janvier 2012, n°10-23206, Bull. n°7, Dr. Ouv. 2012 p.715 n. T. Durand et A. Mazières ; add. Soc. 4 juillet 2012, n°11-19.678, Bull. n°215, *ibid.*

(30) v. le débat entre C. Baumgarten et Y. Cormillot sur la dite de sécurisation de l'emploi et les prérogatives du Comité d'entreprise, Dr. Ouv. déc. 2013, n°785, p.739 ; Q. Urban, « L'information-consultation sur les orientations stratégiques, un progrès en trompe-l'oeil », Dr. Ouv. juin 2013, n°779, p.381 ; E. Richard, « La loi Sécurisation de l'emploi instaure-t-elle de nouveaux droits collectifs ? », Dr. Ouv. août 2013, n°781, p.530.

(31) Q. Urban « 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 » Dr. Ouv. 2013 p.102 ; plus généralement v. les réflexions communes SAF-SM « Secret des affaires : Pour une concertation large sur un projet de réforme sensible et controversé » reproduites au Dr. Ouv. 2013 p.112.

Par ailleurs certaines informations sont réputées confidentielles par la loi (32).

Pour les autres informations, la confidentialité ne peut pas être déclarée par l'employeur de façon générale en visant, par exemple, indistinctement l'ensemble des informations communiquées à l'occasion d'une consultation relative à la procédure de licenciement économique. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 11 mars 2013 à l'encontre de Sanofi a jugé qu'« Il appartient à l'employeur d'établir en quoi les informations transmises aux membres du comité d'entreprise revêtent un caractère confidentiel. La société ayant placé sous le sceau de la confidentialité l'ensemble des documents transmis au comité d'entreprise sans étayer d'aucune façon sa décision, il y a lieu d'ordonner la reprise à l'origine de la procédure d'information-consultation » (33). Cet arrêt *Sanofi* est d'autant plus intéressant qu'il a permis de contester la confidentialité non seulement sur le Plan de sauvegarde de l'emploi mais également du document dit « Livre II » relatif au projet de réorganisation comprenant les données économiques propres à l'entreprise (34).

C'est donc à l'employeur qu'est laissé le soin de désigner, parmi les informations qu'il communique, celles qui selon lui présentent un caractère confidentiel. Cependant, il doit s'agir d'informations dont la divulgation est objectivement de nature confidentielle. À cet égard, le risque doit être apprécié strictement et en cas de contestation, il appartient à l'employeur de « justifier de l'existence d'éléments objectifs rendant nécessaire de retenir à l'égard des salariés de l'entreprise la diffusion de l'information » (35).

La Cour ne précise pas quels sont les éléments objectifs qui pourraient justifier objectivement cette interdiction de diffusion. Or ceux-ci doivent être appréciés très strictement car elle aboutit à empêcher les membres du comité d'entreprise d'informer leurs propres mandants !

Pour revenir à la base de données, l'employeur devra préciser les éléments qui sont par nature confidentiels,

ceux-ci n'étant pas de manière générale soumis à l'obligation de discrétion compte tenu de la reprise des critères généraux dans l'article L. 2323-7-2.

Néanmoins, la divulgation d'informations confidentielles justifie, selon la Cour de cassation, une sanction disciplinaire : « *Caractérise un manquement à l'obligation de discrétion préjudiciable aux intérêts de l'entreprise la cour d'appel qui constate, d'une part, que le salarié, en sa qualité de membre du comité d'entreprise et dans le cadre des réunions de ce comité, a eu connaissance par l'employeur d'informations expressément présentées comme confidentielles, sous la forme d'une note portant un tampon rouge indiquant sa confidentialité et interdisant sa diffusion externe et, d'autre part, qu'il est établi qu'en sa qualité de délégué syndical, ce même salarié a divulgué ces informations à la presse, de plus en les déformant.* » (36). On en arrive ainsi à voir des demandes de licenciement de représentants du personnel au motif d'avoir averti les salariés d'un projet nominatif de licenciements économiques (37) ! Fallait-il qu'ils se taisent ?!

Ainsi, les représentants du personnel, pour éviter tout risque de sanction disciplinaire, peuvent avoir intérêt à demander en justice au préalable la levée de la confidentialité lorsqu'ils veulent divulguer aux salariés soit directement des documents (ex. : document relatif à une réorganisation ou éléments de la base de données portant la mention confidentielle) soit des procès-verbaux avec des informations présentées comme confidentielles par l'employeur.

Il nous reste à attendre les décisions de jurisprudence sur la nature confidentielle ou non de chacun des éléments de la base de données.

Pierre Bouaziz et Alexandra Soumeire

(32) certaines informations comptables livrées au comité (situation de l'actif réalisable et disponible, situation du passif exigible, compte de résultat prévisionnel, plan de financement prévisionnel, rapports sur ces éléments : C. com., art. L. 232-2 ; C. com., art. L. 232-3 ; C. com., art. L. 232-4 auxquels renvoie l'article L. 2323-10 du Code du travail) ; informations données dans le cadre de la procédure d'alerte (art. L. 2323-82).

(33) CA Paris 11 mars 2013 n° 12/20238, ch. 6-1, *CCE Sanofi Aventis Recherche c/ Sanofi Aventis*, Dr. Ouv. 2013 p.699 n. A. Mazières.

(34) dans le même sens TGI Lyon, Ord. réf., 9 juillet 2012, n° 12/01153, *Comité d'entreprise de la Sté Adia c/ Sté Adia*, Dr. Ouv. 2013 p.22 n. A. Mazières et C. Ménard.

(35) CA Versailles, 31 mars 2010, no 09/09954, Dr. Ouv. 2010 p.427 n. K. Hamoudi

(36) Cass. soc. 6 mars 2012, n° 10-24.367, *Letoublon c/ Sté Astra Zeneca*, Dr. Ouv. 2012 p.649 n. C. Ménard.

(37) Insp. trav. (UT09-sect.15), 7 mai 2012, Dr. Ouv. 2013 p.701 n. A. Mazières.