

L'acte d'informer : champs et sanctions

par *Isabelle TARAUD*, Avocate au Barreau de Versailles

PLAN

I. Illustration des champs et sanctions de l'acte d'informer en droit collectif du travail

A. Illustrations données à l'occasion du non-respect des prérogatives des instances représentatives du personnel

B. Les illustrations nées du contentieux relatif aux élections professionnelles

II. Illustrations issues du droit du licenciement pour motif économique

A. La nullité du plan de sauvegarde de l'emploi imprécis

B. D'autres dimensions de l'acte d'informer, soulignant les enjeux de l'exigence de bonne foi

En bien des matières, le droit s'est construit en donnant une place toute particulière à l'obligation d'informer, de sorte que cette obligation prend les dimensions d'un acte : l'acte d'informer. Un acte qui exige que celui qui doit en être l'auteur soit en mesure de démontrer qu'il s'en est acquitté, et ce, de bonne foi et complètement. L'acte d'informer suppose ainsi le plus souvent un écrit, attestation de la réalisation de l'acte : c'est l'*instrumentum*.

L'acte d'informer invite le juge à réfléchir aux sanctions adaptées en cas de manquement. Des sanctions qui doivent être à la hauteur des enjeux de la protection des droits de ceux qui étaient destinataires de l'information. Ce qui a été, par exemple, l'une des bases essentielles de la construction du droit de la consommation, est aussi très présent en droit social.

Les lignes qui vont suivre s'intéressent donc aux illustrations que donne la jurisprudence sociale, invitant à la réflexion au travers des sanctions imaginées par les juges, solutions judiciaires éclairantes pour la construction juridique de nos réflexions autour du champ et du contenu de l'acte d'informer.

Au regard des autres interventions de notre colloque, des précisions s'imposent pour mieux circonscrire notre sujet d'étude. Il s'agit de se concentrer sur les manquements à une obligation patronale d'informer spontanément les salariés ou les instances représentatives du personnel – dans cette partie nous pourrions puiser des exemples tant en droit collectif qu'en droit individuel du travail.

Le juge constate la carence et y apporte la sanction qu'il juge appropriée. Ce qui suppose que l'opportunité n'est pas laissée à l'employeur de corriger en informant *a posteriori*. L'information devait être spontanée, en temps utile. Elle ne l'a pas été. La sanction s'impose.

La démarche est donc à distinguer deux situations :

1) La recherche de l'information qui n'a pas été spontanément donnée est l'objet de l'action judiciaire. Le juge ordonne la production forcée des pièces qui auraient dû être spontanément données sur le terrain ; l'information est destinée à revenir sur le terrain pour y être exploitée... Le premier objet de la décision judiciaire recherchée est donc de constater la carence de l'information et ordonner que cette carence soit réparée, le cas échéant sous astreinte, et en suspendant des mesures ou en ordonnant des remises en état, ce qui constitue des sanctions accessoires mais de grande importance. Ce type de contentieux sera examiné par Céline Parès (1) et Alain Ottan (2), présentant spécifiquement les quêtes judiciaires fréquentes qu'ont à mener les comités d'entreprise et leurs experts dans cette perspective.

2) L'information est due non pas sur le terrain mais dans le cadre judiciaire ; elle est nécessaire à la solution du litige et est en possession de l'employeur.

(1) Ci-après p. 170.

(2) Ci-après p. 176.

Le juge peut alors :

- soit estimer que c'est à l'employeur d'apporter spontanément les éléments d'information en sa seule possession, sur le terrain de la charge de la preuve et de l'obligation de justification : le défaut de production des éléments par l'employeur conduit à une solution du litige qui lui sera défavorable tel un couperet ;

- soit ordonner la communication des éléments, notamment au travers des mesures d'instruction permettant la production forcée des pièces, laquelle s'intègre ici dans le processus de décision judiciaire... et si l'employeur n'y donne pas suite, il succombe...

Ces situations seront analysées et présentées par Marie-Françoise Lebon-Blanchard (3) et Savine Bernard (4).

Les hypothèses et solutions contentieuses qui vont être examinées dans les lignes qui suivent sont donc à dissocier de ces différents scénarii de litiges, car dans les circonstances qui nous intéressent, la carence dans l'information est un vice insurmontable *a posteriori* et qui peut entraîner des sanctions judiciaires lourdes allant jusqu'à la nullité.

Il existe des exemples désormais relativement anciens – mais il convient de signaler des développements nouveaux et une jurisprudence dynamique sur ces sujets tant au niveau de la Cour de cassation que des juges du fond. La bonne foi, la loyauté sont au cœur des raisonnements tenus. La fraude n'est sans doute pas loin également. Et l'ensemble confirme qu'informer est alors un acte, et non une formalité. C'est une obligation *substantielle* au sens littéral. Si cette substance manque, la carence vicie le processus ou cadre juridique dans lequel s'insérait l'obligation d'informer : nous sommes ici une fois de plus renvoyés à la notion de processus et de processuel.

Pour mieux illustrer ces propos, nous choisirons des exemples glanés dans le contentieux collectif du travail à l'égard du fonctionnement et des prérogatives des instances représentatives du personnel (I), mais également dans le cadre du contentieux du licenciement pour motif économique dans lequel les décisions de justice foisonnent désormais (II).

I. Illustration des champs et sanctions de l'acte d'informer en droit collectif du travail

A. Illustrations données à l'occasion du non-respect des prérogatives des instances représentatives du personnel

Le premier exemple par nature est bien entendu le délit d'entrave. Le juge pénal, ou le juge civil au fond, peut constater que l'information due aux instances représentatives du personnel, et notamment aux instances élues, n'a pas été donnée, et que la droit à la consultation préalable n'a pas été respecté.

Les faits sont « consommés » ; le juge intervient après coup pour constater l'infraction et réparer le préjudice. Les sanctions sont pénales et/ou civiles, selon le choix de la victime de saisir le juge pénal ou le juge civil. L'action pénale est souvent un parcours semé d'embûches qu'il serait trop long ici de résumer, mais qui doivent être signalées pour expliquer que certains contentieux soient portés devant le juge civil, plus souvent confronté sans doute au droit collectif du travail et à ses enjeux.

La sanction pénale reste difficile à obtenir... mais elle a une vertu essentielle lorsqu'elle est prononcée, rappelant que le droit à une représentation des salariés est constitutionnellement reconnu, qu'il faut donc en assurer

l'effectivité et que la sanction pénale est le moyen juridique de souligner l'importance des prérogatives accordées aux instances représentatives du personnel afin de persuader les entreprises de s'y conformer...

On pourra notamment se référer à l'affaire *Sietam Industries* dans son volet pénal où la Cour de cassation a approuvé les juges du fond :

« Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise, la Cour d'appel retient qu'il lui appartenait de remettre en temps utile au comité le rapport d'audit qu'il avait personnellement demandé et dont il pouvait ainsi librement disposer ; que les juges ajoutent que la remise de ce rapport aurait permis au comité de recueillir des informations précises sur les conséquences sociales du changement d'actionariat ; qu'ils relèvent, notamment, que ce document présentait comme acquise, en se fondant sur des informations fournies par la direction, la fermeture prochaine de l'une des usines de la société, seule demeurant incertaine la date de cette mesure ; que les juges énoncent que l'absence de communication du rapport a déterminé le report de la délibération du comité d'entreprise au-delà de la date de la cession » (5).

(3) Ci-après p. 187.

(4) Ci-après p. 195.

(5) Crim. 18 nov. 1997, pourvoi n° 96-80.002, Dr. Ouv. 1998 p. 423.

Quant à la sanction civile, le montant des dommages et intérêts reste difficile à évaluer... Il serait pour autant trop simple de le limiter à un euro symbolique, perdant tout effet dissuasif et minimisant l'impact des fautes judiciairement constatées.

Parfois les circonstances permettent d'élever les enjeux financiers lorsque, par exemple, un comité d'entreprise a dû recourir sur son budget propre à l'éclairage d'un expert pour l'aider à comprendre un dossier d'information incomplet et erroné, le juge enjoignant à l'entreprise d'indemniser le CE en tenant compte des frais qu'il a été ainsi contraint d'engager (6).

Quoi qu'il en soit, menée devant le juge pénal ou devant le juge civil, l'action diligentée au fond *a posteriori* en constat et indemnisation de l'entrave a aussi pour objectif très politique de permettre aux représentants du personnel d'être confortés dans les positions qu'ils ont eu sur le terrain et de faire valoir un rapport de force pour l'avenir... (valeur indéniable de précédent (7)).

B. Les illustrations nées du contentieux relatif aux élections professionnelles

Un arrêt majeur récemment rendu par de la Cour de cassation vient ici à point nommé nourrir nos réflexions sur l'acte d'informer et ses sanctions : « *L'employeur est tenu, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats participant à la négociation les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité de la liste électorale ; le Tribunal d'instance, qui a constaté que l'employeur n'avait pas fourni aux organisations syndicales appelées à la négociation l'ensemble des informations utiles à la détermination de l'effectif et des listes électorales a décidé à bon droit l'annulation du document du 30 avril 2008 par lequel l'employeur avait fixé unilatéralement les modalités de l'élection et enjoint aux parties de négocier un protocole d'accord préélectoral* » (8).

S'en évince la nullité des élections car, dans le cadre de la négociation du protocole préélectoral (qui n'a pas abouti à un accord et a conduit l'entreprise à appliquer des mesures unilatérales et la CGT à assigner), l'employeur qui n'a pas communiqué aux syndicats les documents nécessaires à la détermination des effectifs et du corps électoral, a manqué à son obligation d'informer – spontanément et loyalement.

Une décision du Tribunal d'instance de Versailles, définitive, du 30 juin 2009, a, dans la même veine de raisonnement, décidé de la nullité de la disposition du protocole électoral fixant les effectifs alors que l'entreprise Thalès ne justifiait pas des éléments de calculs précis et conformes à la loi du 20 août 2008 et se contentait d'une référence aux seuls éléments transmis par les sociétés extérieures mettant à disposition du personnel en s'exonérant de toute recherche propre et active pour informer les partenaires sociaux (9). Une fois encore le juge choisit la sanction de la nullité et prononce l'annulation des élections intervenues selon ce protocole irrégulier.

L'acte d'informer voit ici son importance soulignée avec la plus grande force au travers de la sanction de la nullité du processus électoral. Ces décisions permettent sans doute d'ouvrir un peu plus encore les perspectives. Par exemple, en matière d'unité économique et sociale, si l'employeur ne donne pas toutes les informations sur les sociétés et que cela fausse le périmètre de l'UES dans l'accord signé, quel est le sort de cet accord ? N'est-il pas nul ?

Et en dehors du domaine de la négociation préélectorale, en matière de négociation obligatoire, ne faut-il pas soutenir la nullité de l'accord ou du procès-verbal de désaccord lorsque les négociations sont intervenues sans que l'employeur donne toutes les informations que la loi prévoit dans le cadre de la négociation et qui sont nécessaires à des échanges loyaux et complets ?

II. Illustrations issues du droit du licenciement pour motif économique

Rappelons encore une fois que dans notre exposé, nous n'examinerons pas le contentieux de la justification de la cause économique. Mais l'acte d'informer – le salarié et non le juge – est très présent dans le droit du licenciement pour motif économique.

A. La nullité du plan de sauvegarde de l'emploi imprécis

C'est encore la sanction civile la plus forte, celle de la nullité, qui s'illustre en la matière. L'obligation d'information est ici en lien direct avec l'obligation de reclassement, dont on sait la force et l'importance, que les juges rappellent sans cesse.

(6) CA de Paris, Pôle 6 Ch. 2, 10 décembre 2009, *CE SCE contre France Télécom*.

(7) Démarche que nous distinguons ici, rappelons-le, des actions en référé dans lesquelles le comité ne demande pas nécessairement d'ordonner la production de l'information mais demande simplement de constater les carences et d'imposer un « feu rouge » à l'entreprise ou un retour en arrière par des mesures de remise en état sous astreinte. Ce type de

contentieux, qui repose sur la notion de trouble manifestement illicite et mobilise aussi souvent l'urgence, n'est pas l'objet de cette partie, même si une ordonnance de référé constatant un trouble peut servir de base idéale à des poursuites ultérieures, pénales ou civiles, sur le fond.

(8) Soc. 13 mai 2009, pourvoi n° 08-60.530, Dr. Ouv. 2009 p. 527 n. Ph. Masson.

(9) RG 1-09-000523.

L'imprécision du plan social, devenu plan de sauvegarde de l'emploi, et notamment du plan de reclassement, peut être sanctionnée par sa nullité – solution déjà ancienne depuis l'affaire *Samaritaine* et confirmée souvent depuis. L'employeur doit indiquer au CE les catégories professionnelles concernées, qui servent notamment de base à l'établissement de l'ordre des licenciements et permettent d'évaluer si les solutions de reclassement identifiées sont pertinentes. Si l'employeur ne satisfait pas à son obligation d'information, le plan social est nul et la procédure de consultation du CE comme la procédure de licenciement sont nulles et de nul effet... (10).

L'acte d'informer doit ici se réaliser via *l'instrumentum* qu'est le plan écrit soumis au CE – et qui, rappelons-le, doit être suffisamment consistant dès l'origine. L'insuffisance de précision des mesures équivaut à une absence de mesures. Ce qui n'a pas été écrit dans le PSE n'existe pas... L'information est donc le support incontournable des autres actes et obligations.

On se reportera ici à l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 11 octobre 2006 : « *Si la pertinence d'un plan social s'apprécie en fonction des moyens dont dispose l'entreprise, il doit comporter des mesures précises et concrètes susceptibles d'assurer le reclassement des salariés à l'intérieur du groupe auquel la société appartient et, à défaut de postes disponibles, de faciliter les départs à l'extérieur du groupe ; que la Cour d'appel, qui a constaté que le plan ne contenait aucune indication précise sur le nombre, la nature et la localisation des emplois existants dans le groupe et se bornait à prévoir des conventions de conversion ou ASFNE et à instaurer une cellule de reclassement dont la mission était l'évaluation des compétences, l'information et l'aide des salariés dans leurs démarches auprès des organismes sociaux, a pu décider que le plan ne répondait pas aux exigences de la loi* » (11).

Ou encore à l'arrêt du 28 mars 2000 : « *En application des dispositions combinées des articles L. 321-4-1 et L. 321-4 du Code du travail, le plan social que l'employeur doit établir et mettre en œuvre doit comporter, dès l'origine, des mesures précises et concrètes pour éviter des licenciements et en limiter le nombre, en particulier par des actions de reclassement, peu important que les départs volontaires soient privilégiés par l'employeur, et qu'il doit être accompagné de l'indication des catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement collectif de manière à déterminer si les postes offerts sont de nature à permettre un reclassement efficace ; qu'ayant relevé, d'une part, que les mesures contenues dans le plan social et relatives à la conclusion de conventions de préretraite progressive, à la prise de congés de longue durée et à l'incitation à des départs volontaires hors de*

l'entreprise ne constituaient pas des mesures propres à assurer le reclassement des salariés, d'autre part, que la société n'avait donné à ses salariés aucune indication précise quant aux emplois dont la suppression était envisagée et que les dispositions du plan social relatives aux reclassements à l'intérieur de l'entreprise ou dans les sociétés du groupe Schneider ne comportaient aucune information précise sur les emplois disponibles à ce titre, la Cour d'appel a pu décider que le plan social ne répondait pas aux exigences légales et qu'il était nul » (12).

Cette jurisprudence s'étend aux "très à la mode" plans de départs volontaires et le juge des référés du Tribunal de grande instance de Toulouse, dans une ordonnance du 17 septembre 2009 (13), a sanctionné un plan qui ne prévoyait pas de dispositif donnant aux salariés suffisamment d'informations pour se positionner sur les offres de reclassement interne dans le cadre d'un PDV/PSE, les salariés n'ayant donc pas les éléments pour prendre une décision totalement éclairée avant de se porter volontaires...

L'information est due au CE mais bien sûr aussi aux salariés. L'acte d'informer est essentiel à la validité du plan et se réalise dans le contenu de son support écrit...

L'exigence de précision peut aussi impacter les critères d'ordre de licenciement : elle pourra conduire à les considérer comme ne répondant pas aux exigences légales et devant être repris, si la difficulté est invoquée par le CE consulté ou un syndicat, ou sanctionnés par une indemnisation, si la difficulté est soulevée *a posteriori* par le salarié.

B. D'autres dimensions de l'acte d'informer, soulignant les enjeux de l'exigence de bonne foi

L'obligation d'informer peut aussi être sanctionnée dans le cadre de la mise en œuvre du plan. Ce qui a conduit les employeurs à imaginer de se défendre en critiquant des décisions leur imposant, selon eux, une obligation de conseil qu'ils n'auraient pas. Thèse que la Chambre sociale réfute dans un arrêt du 6 juin 2007 : « *L'employeur qui, dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi qu'il a établi, propose aux salariés des mesures de reclassement dans une autre entreprise, doit les informer loyalement des risques que peuvent présenter les emplois proposés ;*

Et attendu qu'ayant relevé que la société Giat et sa filiale, la société Sofred, qui savaient que le redressement de la situation très obérée de la société Y... était conditionné par un apport personnel, sans cesse différé, promis par M. Y... pour en couvrir le déficit, avaient néanmoins encouragé M. X... dans son projet de reclassement externe auprès de

(10) Soc. 13 février 1997, n°95-16.648, *Samaritaine*, Dr. Ouv. 1997 p. 94 n. P. Moussy.

(11) Pourvoi n° 04-47.950.

(12) Pourvoi n° 98-40.228, Dr. Ouv. 2000 p. 245.

(13) N° 09/01381.

la société Y... sans lui communiquer ces informations dont il n'a pas été prétendu qu'il les connaissait, ce qui avait conduit l'intéressé à conclure un contrat de travail avec un employeur qui devait déposer son bilan sept jours plus tard, la Cour d'appel en a exactement déduit que la société Giat, qui avait failli à son obligation de mettre en oeuvre de bonne foi le plan de sauvegarde de l'emploi, devait réparer le préjudice qui en était résulté pour M. X... lequel avait ainsi perdu une chance d'effectuer un autre choix ; que le moyen n'est pas fondé » (14).

L'entreprise doit donc indemniser le salarié. L'acte d'informer ne peut s'entendre que comme une obligation exécutée complètement et loyalement – sans que cela suppose de glisser vers une obligation de conseil que les employeurs pourraient nier car n'existant pas dans le Code du travail...

Sans doute faut-il se souvenir de ce raisonnement dans bien d'autres hypothèses, notamment lorsque l'employeur propose au salarié une modification de son contrat de travail sans lui donner les informations nécessaires pour qu'il soit éclairé dans sa décision...

Notons aussi l'importance du temps et du support qui conditionnent la pertinence de la manière dont l'employeur entend s'acquitter de l'acte d'informer.

Ainsi le fait pour l'employeur de lever les clauses de non-concurrence dans le PSE ne vaut pas information des salariés et ne leur est donc pas opposable ensuite, ce que précise fermement la Chambre sociale dans un arrêt du 21 octobre 2009 (15). Ici il y a une obligation contractuelle d'informer individuellement les salariés qui n'est pas satisfaite dans ce seul mode « collectif » et inapproprié d'information. L'employeur, en se bornant à affirmer que les salariés ont nécessairement eu connaissance du contenu du plan et donc de cette mesure, ne rapporte pas la charge de la preuve qui lui incombe d'une bonne information personnelle des salariés, seule à pouvoir le délivrer de son obligation de payer l'indemnité de non-concurrence...

*
* *

Nous pourrions poursuivre encore longtemps sur le chemin de la collecte des multiples illustrations du champ de l'acte d'informer et de ses sanctions dans les rapports de travail. Il importe par exemple de garder en mémoire que les preuves recueillies contre un salarié ne sont pas recevables si le salarié ou les représentants élus du personnel n'ont pas été préalablement informés de l'existence du mode de contrôle de l'activité des salariés dont elles sont issues. L'irrecevabilité des preuves et ses conséquences sont une autre illustration de l'étendue du champ des sanctions possibles.

En matière d'accident du travail, l'employeur qui n'a pas informé le salarié des risques professionnels ou des

mesures de prévention succombe sur le terrain de la faute inexcusable...

Le défaut ou l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement conduit à considérer le licenciement sans cause réelle et sérieuse car le salarié n'a pas été correctement informé du motif de la rupture de son contrat (laquelle n'est pas nulle, mais justifie ici une indemnisation).

L'acte d'informer est au cœur de la sanction et de l'indemnisation du préjudice subi par les salariés dans bien des cas... L'acte d'informer peut être lié à la sphère contractuelle et à l'existence de liens engageant les deux parties dans le cadre des exigences du synallagmatisme : le renouvellement d'une période d'essai ou la levée d'une clause de non-concurrence sont des décisions inopposables au salarié qui n'en a pas été informé dans les formes et délais requis...

Au gré des situations, le Code du travail et la jurisprudence ont choisi des sanctions variées et parfois difficiles à concilier pour venir constater le manquement à l'obligation d'information due et en tirer les conséquences. La relation de travail à temps partiel qui ne répond pas aux exigences légales du contrat de travail écrit est présumée à temps complet... tandis que le contrat de travail à durée déterminée qui ne contient pas les clauses obligatoires (objet notamment) est irrémédiablement requalifié en contrat de travail à durée indéterminée... Pour ces derniers exemples, il nous semble qu'il ne serait toutefois pas pertinent de les intégrer dans le champ de l'acte d'informer tel qu'il a été l'objet de notre examen, et que l'obligation d'information se mélange ici avec une exigence de formalisation écrite qui la consacre au-delà des exigences de bonne foi et de loyauté.

S'agissant de l'acte d'informer, les champs sont encore nombreux à explorer... dans un domaine vaste et dont l'espace est encore difficile à « organiser » en terme de théorie juridique des champs et sanctions... mais l'acte d'informer offre encore tant de ressources aux bénéficiaires floués, car c'est avant tout à des fins de protection, d'ordre public absolu ou relatif, qu'il répond...

Qu'il nous soit permis ici de suggérer une illustration future possible, en matière de rupture conventionnelle : si un employeur choisit ce mode de rupture pour régler des situations d'ordre économique – modification de contrats de travail refusée ou suppression de poste – sans avoir respecté l'information due au comité d'entreprise préalablement à toute mesure d'ordre économique impactant l'emploi au sens de l'article L. 2323-6 du Code du travail, ce manquement à l'acte d'informer ne constitue-t-il pas une fraude (outrage) viciant de nullité les actes subséquents que sont les ruptures conventionnelles ?

Isabelle Taraud

(14) Pourvoi n° 06-41.001.

(15) Pourvoi n° 08-40.828, ci-après n. P. Darves-Bornoz.