

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

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

I. Adapter l'information à l'économie financière et à la finance.

A. Le droit à l'information menacé.

B. Au contraire, l'information doit s'adapter à des exigences nouvelles.

II. La crise impose la libération de la communication.

A. Les dangers du droit positif.

B. La menace accrue de la proposition Carayon.

Lorsque le paquebot *Le Titanic* était en train de sombrer, il semble que certains des passagers croyaient à un banal exercice de sauvetage, car le capitaine et les constructeurs leur avaient assuré qu'un tel navire était insubmersible. A lire l'actualité économique et sociale, certains salariés pourraient avoir l'impression que l'absence de communication dans leur entreprise ne les éloigne guère de la situation de ces malheureux voyageurs. La fermeture probable des Acieries d'Arcelor Mittal de Florange, annoncée à l'automne 2012, en est une belle illustration. Combien d'ouvriers sidérurgistes ont été trompés par les propos réconfortants de leurs dirigeants, pour ensuite découvrir que les hauts fourneaux cesseraient de fondre de l'acier ? La crise économique que nous traversons fait ressentir avec plus d'acuité encore les difficultés qu'il y a, pour les salariés, de pouvoir avoir accès à l'information sur la réalité « vraie » des difficultés de gestion et les projets de leur employeur. Nombre de dirigeants semblent manifester une crispation accrue à communiquer largement et honnêtement lorsque l'avenir d'une entreprise leur échappe.

Le Medef s'est fait partiellement le relais de cette résistance dans ses propositions de négociation pour « la sécurisation de l'emploi » de l'automne 2012. Ainsi, pour « renforcer l'information des salariés et de leurs représentants, en privilégiant le fond sur la forme et la qualité sur la quantité » sur les orientations stratégiques de l'entreprise, mais aussi en cas de licenciement collectif pour motif économique, le Medef a proposé de réduire l'accès à l'information du comité d'entreprise à « une base de données ou d'un document unique, mis à jour régulièrement, regroupant et rationalisant les données existantes », qui remplacerait « l'ensemble des informations données de façon récurrente aux IRP, sous forme de rapports ou autres. » (1). Par ailleurs, ce document pourrait être le seul document remis à l'expert comptable, sollicité par le comité d'entreprise, en particulier en cas de projet de licenciement collectif (2), pour rédiger un rapport destiné à évaluer les effets des opérations envisagées sur la situation des salariés de l'établissement (3).

(1) Cf. Article 11, *Information anticipée des IRP* du Projet d'accord national interprofessionnel sur la sécurisation de l'emploi, remis début décembre 2012 par le Medef aux organisations syndicales, parties prenantes de la négociation.

(2) L'appel à un expert-comptable est prévu par l'article L. 1233-30 du Code du travail. L'expert-comptable désigné a accès à tous les documents dont dispose le commissaire aux comptes pour accomplir sa mission (C. trav., art. L. 2325-37).

(3) Cass. Soc. 29 mai 1991, RJS 1991.436, n° 833.

Ce projet de réduire l'accès à l'information s'accompagne, par ailleurs, d'une volonté d'imposer un silence encore plus contraignant aux salariés privilégiés ayant eu accès à l'information. Déjà, les membres du comité d'entreprise sont tenus à la « discrétion » quand l'employeur a évoqué à leur attention des informations qu'il juge confidentielles (C. trav., L.2325-5). Mais, aujourd'hui, le patronat, relayé par une fraction de la représentation politique (4), essaie de promouvoir l'idée que le développement massif de l'espionnage économique à l'échelle planétaire justifierait l'instauration d'une nouvelle infraction pénale pour atteinte au « secret des affaires ». Cette incrimination permettrait d'étendre le voile du secret à toutes les informations jugées par l'employeur utiles à la préservation des intérêts de l'entreprise (5). Un salarié ordinaire pourrait se voir, ainsi, poursuivi pour avoir trop communiqué sur ses inquiétudes sur l'avenir de l'entreprise, révélant à cette occasion des informations frappées par l'employeur du sceau du secret des affaires.

Cette forte réticence des dirigeants à accepter la communication hors de leur contrôle, dans et hors de l'entreprise, n'est pas sans effets sur les relations employeurs-salariés, mais aussi sur l'avenir de l'entreprise. En effet, moins les salariés et leurs représentants seront efficacement informés, plus ils seront défiant à l'égard de la parole de l'employeur, dont ils ne pourront apprécier la crédibilité, faute d'informations et d'échanges. Et c'est ainsi que naîtront des conflits et que s'accroîtra la dérive de l'entreprise confrontée à une situation difficile. Il est donc essentiel de prendre le temps d'examiner avec attention et de discuter les deux propositions patronales visant, pour l'une, à instaurer un document unique sur la situation économique et sociale de l'entreprise (I) et, pour l'autre, à créer une infraction pénale de violation du secret des affaires (II).

I. Adapter l'information à l'économie financière

L'information économique, financière et sociale sur l'entreprise et son environnement détermine le bon fonctionnement du comité d'entreprise dans ses attributions économiques. En effet, cette institution est une instance centrale de communication entre les salariés et les dirigeants de l'entreprise. Sur la base de ces informations, il est prévu que, parfois, il donne son avis consultatif. Mais quelles sont la nature et l'ampleur de cette information ? Le moment, le périmètre et le contenu de l'information sur la situation de l'entreprise du comité d'entreprise sont définis par la loi et ajustés par la jurisprudence (A). La proposition du Medef pour la communication d'un document unique ou une « base de données », qui se substituerait à l'ensemble des documents prévues actuellement par le droit positif, pourrait constituer un important bouleversement, qui menacerait l'accomplissement de la mission du comité d'entreprise et l'information des salariés (B).

A. Le droit à l'information menacé

Il y a de multiples événements qui imposent l'information du comité d'entreprise. Les documents « sur les orientations stratégiques de l'entreprise » sont aussi divers. Ce sont ceux-ci qui devraient être remplacés par « le document unique » proposé par le Medef. Pour mesurer la pertinence de cette substitution, il faut opérer une comparaison entre les informations contenues par ceux visés par le droit positif et ceux décrits par la proposition. On pourra, ensuite, apprécier la nécessité éventuelle d'élargir le champ des informations nécessaires.

Il y a, tout d'abord, une première photographie de l'entreprise qui est proposée au comité nouvellement élu ; c'est la documentation évoquée par l'article L.2323-7 du Code du travail (6). Elle est particulièrement intéressante, car elle permet

(4) V. la proposition n° 284 de loi présentée au Sénat le 24 janvier 2012, visant à sanctionner la violation du secret des affaires. Ce projet est porté par un ancien député particulièrement actif sur le sujet, Bernard Carayon.

(5) Proposition d'adoption d'un nouvel article du Code pénal : l'article 325-1 évoque une divulgation non autorisée « de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci ».

(6) L. 2323-7 du Code du travail : « Un mois après chaque élection du comité d'entreprise, l'employeur lui communique une documentation économique et financière précisant : 1° La forme juridique de l'entreprise et son organisation ; 2° Les perspectives économiques de l'entreprise telles qu'elles peuvent être envisagées ; 3° Le cas échéant, la position de l'entreprise au sein du groupe ; 4° Compte tenu des informations dont dispose l'employeur, la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et la position de l'entreprise dans la branche d'activité à laquelle elle appartient. »

d'identifier les premiers actionnaires et la position de l'entreprise dans le groupe auquel elle appartient. Cette information générale fait l'objet d'une actualisation réalisée par trimestre ou semestre (C. trav., art. L.2323-46 et L.2323-50). A cela s'ajoute une information annuelle, sous la forme d'un rapport d'ensemble sur la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir (7) et le bilan social annuel (8).

Les informations comptables mises à la disposition du comité d'entreprise viennent compléter cette information générale. A ce sujet, les règles sont simples. Pour les entreprises qui ne revêtent pas la forme d'une société commerciale, ce sont tous les documents comptables qu'elles établissent qui devront être communiqués (C. trav., art. L.2323-9). Pour les sociétés commerciales, ce sont tous les documents comptables, ainsi que le rapport du commissaire aux comptes, qui seront communiqués aux assemblées générales des actionnaires ou des associés (C. trav., art. L.2323-8 à 2323-11).

Les propositions du Medef ne font pas précisément allusion à toute la documentation accessible à l'expert comptable, mandaté par le comité pour l'aider à mieux comprendre les documents produits et à les éclairer sur la situation de l'entreprise (9). Si ce procédé d'accès à l'information venait à être menacé par la proposition, la déperdition potentielle d'information serait particulièrement dommageable. En effet, l'espace d'investigation de cet expert se confond, en vertu de la loi (C. trav., art. L.2325-37), avec celui du commissaire aux comptes, qui est très vaste (10). A l'instar du commissaire aux

comptes, l'expert-comptable peut même étendre ses investigations au-delà du périmètre de l'entreprise, à l'échelle du groupe (11). La Cour de cassation a ainsi obligé une société, membre d'un groupe international, à fournir des informations et documents relatifs à des membres domiciliés à l'étranger (12). Lorsqu'on examine plus en détail la proposition de document unique et qu'on compare les informations prévues par le droit positif, l'écart est net. La menace sur l'information est sérieuse.

Précisant sa proposition de document unique, le Medef fournit une liste des informations qui pourraient figurer dans ce document unique : « - les investissements en fonds propres et endettement (investissement social, investissement matériel / immatériel),- rétributions (salariés et dirigeants) et activités sociales et culturelles, - rémunérations des financeurs, - flux financiers entre la société et l'entreprise, - sous-traitance (y compris l'intégration dans la filière) ». Ce document serait mis à jour régulièrement et serait mis à disposition de toutes les institutions représentatives du personnel et des organisations syndicales. Cette information remplacerait « l'ensemble des informations données de façon récurrente aux IRP, sous formes de rapports ou autre ». Elle sera consultable à tout moment.

L'habileté de cette proposition est qu'elle donne l'impression d'ouvrir en grand l'information sur l'entreprise. Une consultation ouverte à tous les représentants en permanence peut, *a priori*, séduire. L'inquiétude vient quand, ensuite, on compare le contenu proposé et sa méthode d'élaboration avec le droit positif relatif à l'information. D'abord, sur

(7) L. 2323-55 du Code du travail : « Au moins une fois par an, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, l'employeur remet au comité d'entreprise un rapport d'ensemble sur la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir. A cette occasion, l'employeur soumet un état faisant ressortir l'évolution de la rémunération moyenne horaire et mensuelle par sexe, par catégories telles qu'elles sont prévues à la convention de travail applicable et par établissements, ainsi que les rémunérations minimales et maximales horaires et mensuelles, au cours de l'exercice et par rapport à l'exercice précédent. Le contenu du rapport prévu au premier alinéa est déterminé par décret en Conseil d'État ».

(8) C. trav., art. L.2323-68.

(9) Cf. C. trav., art. L.2325-35 : « Le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert-comptable de son choix : 1° En vue de l'examen annuel des comptes prévu aux articles L.2323-8 et L.2323-9 ; 2° En vue de l'examen des documents mentionnés à l'article L.2323-10, dans la limite de deux fois par exercice ; 3° Dans les conditions prévues à l'article L.2323-20, relatif aux opérations de concentration ; 4° Dans les conditions prévues aux articles L.2323-78 et suivants, relatifs à l'exercice du droit d'alerte économique ; 5° Lorsque la procédure de consultation pour licenciement économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours, prévue à l'article L.1233-30, est mise en œuvre. »

(10) C. com., art. L.823-13, al.1 : « À toute époque de l'année, les commissaires aux comptes, ensemble ou séparément, opèrent toutes vérifications et tous contrôles qu'ils jugent opportuns et peuvent se faire communiquer sur place toutes les pièces qu'ils estiment utiles à l'exercice de leur mission et notamment tous contrats, livres, documents comptables et registres des procès-verbaux ».

(11) C. com., art. L.823-14 : « Les investigations prévues à l'article L.823-13 peuvent être faites tant auprès de la personne ou de l'entité dont les commissaires aux comptes sont chargés de certifier les comptes, que des personnes ou entités qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par elle au sens de l'article L.233-3. Elles peuvent également être faites, pour l'application du deuxième alinéa de l'article L.823-9, auprès de l'ensemble des personnes ou entités comprises dans la consolidation. Les commissaires aux comptes peuvent également recueillir toutes informations utiles à l'exercice de leur mission auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la personne ou de l'entité. Toutefois, ce droit d'information ne peut s'étendre à la communication des pièces, contrats et documents quelconques détenus par des tiers, à moins qu'ils n'y soient autorisés par une décision de justice. ».

(12) Affaire Benoist Girard : Cass. Soc. 27 novembre 2001, Bull. n° 367, Dr. Soc. 2002, 164, note G. Couturier sur pourvoi de CA Caen, 21 septembre 1999, Dr. Soc. 2000, 385, obs. Q. Urban.

le contenu, on peut relever que cette proposition vise à restituer une photographie instantanée de la situation de l'entreprise. Or, pour bien percevoir la dynamique d'une entreprise, il est déterminant de pouvoir avoir accès à des documents qui retracent une évolution – comme un rapport de gestion (C. trav., art. L.2323-25) ou bilan social (C. trav., art. L.2323-68) – ou qui esquissent des stratégies d'avenir (C. trav., art. L.2323-25). Par ailleurs, ce document risque de fortement épuiser la diversité des sources d'information. Quand, actuellement, le chef d'entreprise communique avec les représentants des salariés, ce sont non seulement des documents élaborés à leur attention qui leur sont communiqués, mais aussi des documents qui sont destinés à de multiples partenaires : administration fiscale, commissaires aux comptes, actionnaires ou associés (C. trav., art. L.2323-8, art. L.2323-9). Le fait d'avoir à croiser ces différents documents peut, certes, constituer un obstacle à la compréhension, mais doit aussi être vu comme une façon d'examiner plus en détails les rouages de l'entreprise et de sa dynamique selon des approches plurielles. En cas de difficulté, l'expert-comptable est là pour faciliter la compréhension des informations économiques et sociales. Par ailleurs, on peut douter de l'efficacité d'une documentation exclusivement à destination des représentants ; en effet, l'œuvre de simplification proposée par le Medef pourrait aussi s'accompagner d'un effet réducteur, qui appauvrirait les flux.

Il est, par ailleurs, étrange que les propositions du Medef n'aient pas été inscrites dans une justification plus réfléchie tenant compte de l'évolution des modes d'organisation des entreprises et de la crise que nous traversons.

B. Au contraire, l'information doit s'adapter à des exigences nouvelles

Depuis la seconde moitié du 20^{ème} siècle, l'entreprise s'est transformée (13). D'une structure pyramidale classique, on a assisté à l'apparition de multiples déclinaisons organisationnelles. Aujourd'hui, c'est la structure horizontale, souvent inscrite dans un réseau interne ou externe, qui se rencontre dans les entreprises innovantes. Cette évolution s'est accompagnée, aussi, d'une adaptation des formes juridiques destinées à servir les stratégies d'entreprise. L'apparition de la société par actions simplifiée (SAS) est probablement une illustration de cette nouvelle

plastique juridique. Il était devenu nécessaire de faire évoluer les modes de communication entre employeurs et représentants des salariés.

Pour permettre une information des salariés et de leurs représentants au plus près de la réalité économique et juridique de l'entreprise, le législateur a fait évoluer l'accès à l'information, parfois à l'intervention, des représentants des salariés dans les entreprises dotées de formes sociétales. D'abord, le comité d'entreprise a été associé par le législateur aux événements forts affectant l'organisation juridique et financières de l'entreprise : « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise, ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L.233-1 du Code de commerce...* » (C. trav., art. L.2323-19). L'article L.2323-21 du Code du travail complète le dispositif en cas de d'offre publique d'acquisition (OPA). La particularité de ce dernier dispositif est que le comité d'entreprise a la possibilité d'auditionner les auteurs de l'offre et de les priver de droit de vote, s'il décline l'invitation (C. trav., art. L.2323-21). Accompagnant cet élargissement de la fonction de consultation du comité d'entreprise, le législateur a voulu impliquer encore plus nettement les représentants du comité d'entreprise, en leur accordant une place et un rôle dans la dynamique sociétale.

Introduite par une loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, la présence des représentants des salariés dans les sociétés commerciales dotées de conseils et d'assemblées générales, prévue par l'article L.2323-62 du Code du travail, a été confortée par plusieurs prérogatives consistant en la communication des mêmes documents qu'aux membres du conseil d'administration ou de surveillance (C. trav., art. L.2323-63), mais aussi en la possibilité de prendre la parole et d'émettre des vœux (C. trav., art. L.2323-63). Ils peuvent même provoquer la tenue d'une AG et y participer (C. trav., art. L.2323-67).

La question posée maintenant est de savoir si ces différents procédés sont satisfaisants, eu égard aux plus récentes évolutions de la situation économique. Deux phénomènes peuvent inciter à considérer que ce dispositif est insuffisant. D'une part, la place dominante qu'occupe la finance dans la gestion de

(13) Comparer les actes du colloque du Syndicat des Avocats de France de 1980, consacré à *L'entreprise éclatée*, not. les interventions de M. Jeantin et A. Lyon-Caen (Dr. Ouv. mars

1981, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>), et la rencontre sur ce même thème, toujours organisée par le SAF en décembre 2012 (actes à paraître dans cette revue).

l'entreprise, d'autre part, la multiplication de montages juridiques de nature à opacifier la perception qu'on peut avoir de la dynamique des entreprises.

Le capitalisme financier qui a fait irruption à la fin du 20^{ème} siècle (14) a pour partie transformé l'entreprise en une véritable « marchandise », qui se négocie sur les marchés au gré des opportunités de plus values qui s'offrent aux investisseurs. Les salariés assistent, bien souvent, impuissants à ce négoce, n'ayant guère l'occasion de peser dans les décisions qui seront prises : l'avenir de l'entreprise se mesure aux marges de profits qui sont susceptibles d'être dégagées et qui feront monter les prix offerts aux investisseurs (15). Les opérations de LBO (*Leverage buy out*), consistant à prendre le contrôle d'une entreprise en ayant recours à un endettement massif, qui sera remboursé par les bénéfices dégagés par la société cible, en est une parfaite illustration. La mise en place du dispositif échappe totalement aux salariés, qui ne sont informés de l'opération que lorsque la société véhicule va procéder à un achat massif de parts de capital. Il en sera de même au débouclage du LBO. L'opacité résulte du fait que la modification de la situation de l'entreprise résulte d'un seul montage financier extérieur à l'entreprise, qui est souvent élaboré par une poignée de dirigeants, les plus hauts placés, en partenariat avec des investisseurs et des banquiers. En effet, un montage LBO n'affecte pas, en principe, l'organisation économique et sociale de l'entreprise, qui aura été jugée suffisamment performante pour dégager les marges nécessaires au remboursement de l'emprunt contracté par le holding. Mais il arrive, parfois, que cette première évaluation des capacités financières se trouve démentie par une conjoncture ultérieure dégradée. En période de crise, il n'est pas rare qu'un LBO échoue et conduise à la faillite de l'entreprise, accompagnée souvent d'un dépeçage préalable. Ce seront alors les salariés qui feront les frais d'un montage financier hasardeux.

Face à de tels risques, deux observations importantes sont de nature à amener à mieux réfléchir sur l'amélioration de l'information des salariés. La première porte sur la nécessité, pour les représentants des salariés, d'avoir accès à l'information financière utile qui va conditionner la gestion de l'entreprise « marchandise ». La deuxième concerne l'importance qu'il y a, pour les représentants des salariés, à prendre connaissance très en amont de l'opération « financière » qui est en germe. En effet, l'entreprise

« marchandise », parce qu'elle est plus malléable et plus « liquide », connaît des transformations qui affectent d'abord sa dimension financière, pour ensuite atteindre l'économique et le social. La particularité de l'espace financier est le fait que la dimension monétaire permet des opérations plus rapides. En conséquence, il faut donc, non seulement, améliorer la précocité de la communication, quand elle relève encore de la finance, mais aussi accroître sa vitesse de circulation pour permettre aux salariés et aux représentants de disposer d'une information efficace pour réagir.

Ces deux exigences montrent à quel point il faut accroître la place et le rôle des représentants des salariés dans l'entreprise car, pour avoir accès à de telles informations, il est nécessaire que les salariés se situent au cœur de la gouvernance de la structure sociétale. Et il ne s'agit pas là d'accroître la représentation des salariés dans les AG, mais à l'échelon de la direction elle-même de la société. Car c'est, en effet, à ce niveau que l'information financière parvient d'abord et là que se prennent les orientations financières (augmentation de capital, émission de valeurs mobilières, négociations financières). Il faut que les représentants des salariés accèdent à l'information financière, en qualité de partenaires directs des PDG et membres du directoire, et non simplement à l'échelon des conseils de surveillance, des conseils d'administration ou des assemblées générales. Cette nécessité est d'autant plus forte que la grave crise économique et financière que nous traversons a obscurci un peu plus la lisibilité des informations économiques et financières. Une entreprise, aujourd'hui en apparence bien portante, peut se révéler en péril demain. Là encore, l'accélération de l'évolution des conjonctures, couplée à la financiarisation des entreprises, produit des effets dévastateurs sur la qualité et l'utilisation possible de l'information. En raison de ces phénomènes, les salariés se trouvent, trop souvent, relégués à des interventions éventuelles tardives et souvent limitées à des déplorations sans impact sur le cours des événements. En conséquence, à l'opposé de ce que propose le Medef, il est urgent d'encourager un accès à une information élargie pour les représentants des salariés, en leur accordant une place dans les plus hautes instances dirigeantes de la société. Encore faut-il qu'ils puissent communiquer librement l'information recueillie. Or, le Medef propose, là aussi, de réduire la voilure !

(14) M. Aglietta et A. Reberlioux, *Les dérives du capitalisme financier*, Albin Michel, 2004.

(15) V. Ch. Hannoun, *L'émergence de l'« entreprise marchandise »*, RDT janvier 2010, p. 21.

II. La crise impose la libération de la communication

La loi et la jurisprudence reconnaissent la possibilité pour l'employeur d'obliger les représentants des salariés à garder le silence dans certaines circonstances : lorsqu'il leur est confié un secret de fabrication, lorsque leur contrat de travail contient une clause de confidentialité, ou lorsque l'employeur a communiqué au comité d'entreprise des informations qu'il a qualifiées de confidentielles. Ces dispositifs juridiques ont probablement été jugés insuffisants par une fraction du patronat, qui milite depuis longtemps pour l'instauration d'une infraction pénale pour atteinte au secret des affaires. Cette infraction pénale est plutôt présentée comme un instrument potentiel de lutte contre un espionnage industriel venu de l'extérieur, plutôt que comme une façon de contrôler la communication des salariés et de leurs représentants détenteurs d'informations importantes pour l'entreprise. Il n'empêche que le champ de l'infraction, tel qu'il est décrit dans la proposition de loi, peut largement couvrir le comportement de salariés. L'ensemble des dispositions contenues dans le droit positif pour lutter contre la diffusion ou l'utilisation d'informations privilégiées au préjudice de l'entreprise constituent autant de restrictions à la liberté de communication, plus généralement d'expression du salarié ; cette dernière proposition ne fait qu'accroître le menace. Certes, l'intérêt de l'entreprise sera là brandi pour justifier ces atteintes. Il faut débattre de ce conflit d'intérêts autour de l'information dans l'entreprise. L'intérêt de l'entreprise ne saurait se révéler une légitimation facile d'une censure incompatible avec le droit de communication des représentants des salariés et des salariés eux-mêmes.

A. Les dangers du droit positif

L'espionnage industriel existe, et peut porter préjudice à l'entreprise (16). C'est une réalité, et elle est à l'origine de mesures législatives, générales ou spécifiques, prises pour imposer le silence aux salariés détenteurs d'informations, qui pourraient se révéler

précieuses pour la concurrence. La difficulté vient du fait que le dispositif répressif est assez incertain, mais menaçant par certains aspects. Cette menace est, toutefois, relative selon les textes applicables et la jurisprudence.

Beaucoup d'incriminations pénales de l'utilisation d'informations privilégiées par un salarié au préjudice de l'entreprise sont possibles, mais se révèlent, à l'examen, d'une efficacité réduite. Il y a, d'une part, les infractions générales et, d'autre part, les infractions plus spécifiques relatives à la diffusion de « secrets d'entreprise ».

Les infractions générales

Peut-on reprocher à un salarié d'avoir volé des informations à son employeur, ou d'avoir abusé de sa confiance et engagé à son encontre des poursuites pénales (17) ? C'est difficile, car rares sont les décisions qui admettent le vol d'un bien immatériel comme de l'information (18). C'est le cas, aussi, de l'abus de confiance. La jurisprudence manifeste, là encore, une réticence à poursuivre (19). Exceptionnellement, un salarié a été condamné pour avoir abusé de la confiance de son employeur en détournant une information qui lui avait été donnée dans le cadre de l'exercice de ses fonctions (20). Par ailleurs, un salarié médecin, avocat, expert-comptable peut aussi se voir reprocher, comme le professionnel libéral, d'avoir enfreint le secret professionnel auquel il est tenu et être poursuivi devant le tribunal correctionnel en application de l'article L. 226-13 du Code pénal. Il convient là de faire observer qu'il s'agit plutôt d'une infraction relative à la déontologie professionnelle et/ou à la protection de la vie privée du client/patient. Elle ne peut concerner qu'une petite fraction du salariat, et pour une information réduite. L'atteinte à la liberté d'information des salariés apparaît, là encore, faiblement menacée. C'est aussi le cas concernant des infractions en apparence plus spécifiques au monde de l'entreprise et des relations employeurs/salariés.

(16) *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, rapport au Premier ministre de Bernard Carayon, La documentation française, 2003.

(17) Pour le vol, cf. art. 311-1 du Code pénal et, pour l'abus de confiance, cf. art. 314-1 du Code pénal.

(18) Pour qu'il puisse être réprimé, le vol d'informations suppose d'avoir subtilisé un support sur lequel se trouvent consignées ces informations : v. par ex. le vol de disquettes appartenant à l'employeur par des salariés Cass. Crim. 12 janvier 1989, n° 87-82265.

(19) Cass. Crim. 3 avril 1995, n° 93-81.569 ; Cass. Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.237, D. 2004, 317, obs. B. de Lamy.

(20) Cass. Crim. 16 novembre 2011, n° 10-87.866, AJ pénal 2012, 163, obs. J. Lasserre-Capdeville ; Cass. Crim. 22 septembre 2004, n° 04-80285, D. 2005, p. 411, note B. de Lamy.

Les infractions spécifiques

Introduite par une loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, la violation du secret de fabrication (21) est une infraction qui vise à imposer le silence à « un directeur ou un salarié » sur un procédé technique industriel, ayant pour particularité d'être secret. Les articles L.2325-5 et L.2143-32 du Code du travail complètent le dispositif en étendant l'obligation au silence (22) sur les procédés de fabrication aux membres du comité d'entreprise et aux délégués syndicaux. Cette infraction ne donne pas lieu à beaucoup de condamnations, car son champ d'application est très étroit. D'abord, l'incrimination se limite au monde de l'entreprise industrielle, puisqu'il s'agit de protéger des procédés industriels. Or, nous sommes entrés aujourd'hui dans une économie dominée par la prestation de services. Ensuite, le salarié qui conserverait le secret de fabrication pour son propre bénéfice ne pourrait être poursuivi, car c'est la divulgation qui est punissable. Il existe, toutefois, dans une jurisprudence isolée, quelques hypothèses éparses de condamnations sur des incriminations similaires, pour divulgation de procédés de colorisation (23) ou de fraisage de métaux légers (24). Nous retrouvons cette déshérence jurisprudentielle à propos de l'espionnage économique au profit d'une puissance étrangère (25). Il faut démontrer que le salarié s'est livré à une activité d'espionnage pour le compte d'une puissance ou entreprise étrangère et, de surcroît, de nature « à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ». Sauf à voir s'instaurer un régime totalitaire en France, il est peu probable qu'une telle infraction puisse brider les libertés du salarié, même militant.

Autrement plus menaçantes pour les salariés peuvent se révéler les clauses de confidentialités insérées dans un contrat de travail, ou encore l'obligation de discrétion imposée aux représentants des salariés au comité d'entreprise (26).

La clause de confidentialité a pour objet de restreindre la faculté, pour un salarié, de divulguer des informations, jugées confidentielles par

l'employeur. *A priori*, le champ d'application est largement défini et l'employeur pourrait imposer un silence assez large. Mais, comme il s'agit là d'une atteinte à la liberté d'expression, la jurisprudence limite d'abord la restriction conventionnelle à la condition qu'elle soit justifiée par l'intérêt de l'entreprise (27). Le juge va donc se livrer à un examen de légitimité de la contrainte imposée au salarié. Mais cet examen devra se faire aussi à la lumière de l'article L.1121-1, qui n'autorise les atteintes aux libertés individuelles que si elles sont « justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ». Compte tenu de ces exigences, il faut se rendre à l'évidence : la clause de confidentialité ne pourra atteindre que le noyau restreint des secrets de l'entreprise qui, s'ils sont révélés à la concurrence, pourront menacer son avenir : un savoir-faire particulier, un répertoire de clients exclusifs, des recettes originales, des projets de développement particulièrement innovants, tous soigneusement cachés aux tiers... Au-delà, ce serait porter atteinte à la liberté d'information et surtout de communication du salarié. Cette limitation se retrouve aussi à propos de l'obligation légale de discrétion qui incombe aux représentants au comité d'entreprise (28).

Si on peut comprendre que l'employeur puisse craindre de dévoiler des informations qui pourraient parvenir à la concurrence, et qu'il est donc légitime d'imposer une discrétion des représentants du personnel, il apparaît très vite que la formulation de la règle n'est pas sans difficultés. La jurisprudence a su, pour partie, les réduire, en indiquant que la désignation des informations considérées comme sensibles ne devait pas dépendre de l'arbitraire de l'employeur, mais qu'il fallait que l'information soit objectivement confidentielle. Certes, des dispositions complémentaires ont désigné certaines informations comme intrinsèquement confidentielle, comme, par exemple, les informations diffusées dans le cadre d'une procédure d'alerte (C. trav., art. L.2323-82). Pour les autres informations, l'objectivité résulte, selon la jurisprudence, du fait que l'information n'a pas été diffusée antérieurement (29). Dans un arrêt

(21) C. trav., art. L.1227-1 : « Le fait, pour un directeur ou un salarié, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros. La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal. »

(22) Le texte de ces articles instaure l'obligation de respecter « le secret professionnel sur les procédés de fabrication ».

(23) T. com. Seine, 28 juin 1873, Ann. prop. ind.1874, p. 181.

(24) Bordeaux, 7 juin 1983, JCP G 1983 II 200087.

(25) C. pén., art. 411-6.

(26) C. trav., art. L.1221-1.

(27) TA Marseille, 15 décembre 1987, Rec. Tables, p. 938.

(28) C. trav., L.2325-5 : « ...Les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur. ».

(29) CE 6 mars 1991, req. n° 86-805.

récent (30), une troisième condition, suggérée par la doctrine (31), semble apparaître. Il faudrait que la diffusion de l'information puisse constituer une menace pour les intérêts de l'entreprise. Reste, bien sûr, à déterminer ce qu'il faut entendre *in concreto* par la formule. Doit-on considérer qu'il serait contraire aux intérêts de l'entreprise de diffuser une information relative à un projet de restructuration ou un projet de licenciement ? Par cette interrogation, on perçoit nettement la difficulté qu'il peut y avoir à cerner ce que peut représenter la diffusion d'une information de nature à porter atteinte aux intérêts de l'entreprise.

Mais, à supposer que l'on ait réussi à qualifier l'information de confidentielle, que faut-il entendre par obligation de discrétion ? Certains ont voulu distinguer entre l'obligation absolue de se taire, relevant du secret, et l'obligation de discrétion qui permettrait de diffuser l'information au cercle restreint des salariés concernés (32). Il faut bien avouer que cette distinction ne convainc pas, tant il est difficile d'avoir le contrôle sur les risques de diffusion par les premiers destinataires de l'information. Ainsi, par exemple, comment un membre du comité d'entreprise peut-il avoir autorité sur les salariés qu'il représente pour leur imposer le silence sur une nouvelle technique originale de gestion qui pourrait intéresser la concurrence ? En réalité, pour rendre conciliables la protection des intérêts de l'entreprise et le droit à l'information, les représentants des salariés devraient pouvoir débattre et décider avec l'employeur de restreindre la diffusion de certaines informations « sensibles ». Cela permettrait de donner une légitimité plus forte au silence imposé (32 bis). Là encore, il faut avoir l'audace de faire confiance aux salariés. Nous en sommes loin avec la proposition de loi *Carayon* sur le secret des affaires.

(30) Cass. Soc. 6 mars 2012, n° 10-24.367, Dr. Ouvr., octobre 2012, p. 649, note C. Ménard.

(31) J. Savatier, L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise, Dr. Soc. 1985.111 ; M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^e éd., pp. 373 et s.

(32) Cf. J. Savatier, cité plus haut.

(32 bis) *Contra* C. Ménard préc. qui privilégie le lien entre les élus et la collectivité de travail.

(33) NDLR. A propos de la proposition *Carayon* et de ses suites, v. également la lettre conjointe SAF-SM publiée ci-après p. 112.

(33 bis) P. Berlioz, Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ?, RTD Com. 2012, p. 263 ; A. Cousin, Vers une protection accrue

B. La menace accrue de la proposition *Carayon* (33)

Sans établir de lien direct, l'article 10 du projet de protocole, proposé à la négociation par le Medef à l'automne 2012, se fait l'écho d'une proposition de loi, véritable serpent de mer, sur « le secret des affaires », adopté en première lecture par le Sénat le 24 janvier 2012. Les deux textes témoignent de la même préoccupation : éviter que l'information sensible ne soit diffusée et puisse porter préjudice à l'entreprise.

La particularité de la proposition *Carayon* est de se préoccuper, surtout, de la menace externe : la concurrence, qui pourraient être tentée de pratiquer une intelligence économique trop intrusive. Mais comme la menace est largement diffuse, le projet de création d'une infraction pénale est entaché de multiples imprécisions, génératrices de sérieuses incertitudes, souvent critiquées (33 bis). Certes, elles se sont taries au fil des ébauches, mais il en subsiste de sérieuses, dont certaines menacent l'information et la communication des salariés et de leurs représentants.

Les insuffisances générales de la proposition *Carayon*

Mais pourquoi donc s'obstiner à vouloir créer une infraction pour violation de secret des affaires ? Voilà ce que semblent dire, presque à l'unisson, les commentateurs. L'avocat général Mathon (34) recense pas moins de cinq faiblesses dans la définition, dont une majeure : il ne saurait être question de laisser à une personne privée le soin de définir l'un des éléments constitutifs d'une infraction pénale, en l'espèce la classification par le seul chef d'entreprise d'une information. Un auteur (35) soutient que cette dernière critique mérite d'être tempérée par le fait que subsiste un contrôle judiciaire sur le périmètre

du secret des affaires, D. 2002, p. 1808 ; Cl. Mathon, La nécessaire protection du secret des affaires, *revue du Grasco*, 2012, n° 1, p. 13 ; J.-M. Garinot, Secret des affaires : une avancée en perspectives ? Dr. et part. février 2012, p. 24 ; F. Herpe, Protection du secret des affaires : la proposition de loi du 23 janvier 2012 sur la violation du secret des affaires est-elle un progrès ?, JCP G 2012, act.173 ; M. Malaurie-Vignal, Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique, D. 2012, p. 1415 ; D. Rebut, Le secret des affaires, JCP G 2012, suppl. au n° 47, p. 18.

(34) Cl. Mathon, La nécessaire protection du secret des affaires, *Rev. du Grasco*, 2012, n° 1, pp. 13 et s.

(35) J. Lasserre-Capdeville, La proposition de loi *Carayon*, la reconnaissance légale du secret des affaires, 2013, à paraître.

du secret, puisque, selon la proposition, seule la communication d'informations dont la divulgation serait de nature « à compromettre gravement les intérêts de l'entreprise concernée en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielles » pourrait donner lieu à des poursuites. Mais le paradoxe de cette définition est d'être, en apparence, à la fois restrictive (une nuisance « grave aux intérêts de l'entreprise » est exigée pour la constitution de l'infraction), mais, en même temps, très vague, puisqu'au fond, personne ne sait exactement ce qu'est « un secret des affaires ». Un juge correctionnel pourrait être bien embarrassé à tracer la frontière entre l'espace du secret et son extérieur. C'est, d'ailleurs, cette incertitude, ajoutée aux faiblesses relevées par l'avocat général Mathon, qui conduirait probablement le Conseil constitutionnel à censurer le texte d'incrimination dans sa rédaction du 24 janvier 2012, si la loi venait à être adoptée. Mais, à ces insuffisances générales, qui relèvent plutôt du regard d'un pénaliste sur le projet, vont s'ajouter des critiques spécifiques, jusque là très peu soulevées, et qui relèvent du droit à l'information et à la communication des salariés.

Les menaces spécifiques sur le droit à l'information et de communication des salariés

D'abord, la proposition de loi contient un paradoxe. Le but de la règle débattue est d'éviter que des secrets ne s'échappent de l'entreprise pour profiter à la concurrence. Il est donc instauré une loi du silence, interdisant la divulgation. Mais, dans l'alinéa 2 de l'article 325-1 du Code pénal soumis à proposition, il est indiqué que le personnel de l'entreprise doit être informé. Faut-il comprendre que l'objet du secret doit être communiqué au salarié, ou simplement les mesures de protection du secret ? S'il s'agit du secret lui-même, la procédure de protection instaurée introduit un effet surprenant. Dans un souci de protection, le cercle

des initiés couvrira la totalité de l'entreprise. Cela laisse songeur ! Comment, dans une entreprise comptant plusieurs centaines, voire plusieurs milliers de salariés, instaurer un tel dispositif ? Sauf, bien sûr, à instaurer une surveillance policière particulièrement vigilante. On sent là poindre un des dangers majeurs de cette proposition. Mais il y a plus.

Un retour sur l'exemple des opérations de LBO, évoqué plus haut, permet d'identifier d'autres effets pervers. Imaginons un instant, comme c'est souvent le cas, qu'un ou plusieurs dirigeants d'une société cible, non cotée sur un marché boursier, aient été approchés pour se voir proposer d'être partenaires dans une telle opération (36). Pour éviter toute fuite et sécuriser le projet, les dirigeants auraient apposé sur les documents comptables et financiers décrivant l'opération la mention « secret » et informé le personnel de cette mesure de protection, conformément à l'alinéa 2 de l'article 325-1 du projet de loi (37).

Que se passerait-il, alors, si des syndicalistes ou des membres du comité d'entreprise, invoquant leur liberté d'expression, venaient à diffuser des informations financières marquées du sceau du secret des affaires, et même à les utiliser pour critiquer le projet dans la presse ? Ne sommes-nous pas en présence de « documents... de nature commerciale,... financière,... stratégique », tels qu'ils sont évoqués dans le projet d'article 325-1, qui auraient été divulgués en violation d'une interdiction ? N'y aurait-il pas un préjudice grave subi par l'entreprise résultant de la diffusion de cette information (38) ? Serions-nous, alors, en présence d'une infraction pénale pour violation de « secret des affaires » ? En répondant par la positive à ces interrogations, il faudrait, alors, conclure que les représentants du personnel se seraient rendus coupables d'une infraction pénale de violation de « secret des affaires », passible d'une peine de prison de trois ans et d'une amende de 375 000 euros. Or, on le sait, les opérations de LBO peuvent se révéler très prédatrices pour les sociétés cibles (39). Dans

(36) Souvent, ce partenariat impliquant une participation financière des dirigeants à l'opération leur permet de s'assurer des plus-values plus que confortables lors du débouclage de l'opération.

(37) En l'état du droit positif, à ce stade de « pré-négociation », ces dirigeants ne sont pas tenus d'informer les membres du comité d'entreprise des offres qui leur sont faites. La loi se contente de prévoir une consultation dans une hypothèse particulière qui est l'offre publique d'acquisition (C. trav., art. L.2323-21 ; C. mon.et fin., art. L.621-8). L'offre publique d'acquisition est une opération boursière qui vise à prendre le contrôle d'une société cotée en bourse

ou de renforcer une participation dans une société déjà contrôlée. Il peut s'agir d'une offre d'achat, d'échange, d'une offre mixte ou alternative (cf. documentation AMF, Les offres publiques d'acquisition : OPA, OPE, etc., octobre 2012).

(38) On pourrait, en effet, estimer que l'opération était essentielle pour assurer l'avenir de l'entreprise, et donc pour la préservation de ses intérêts fondamentaux et qu'en conséquence, la divulgation de ces documents a causé un grave préjudice à l'entreprise.

(39) Voir nos développements plus haut.

de telles circonstances, il est donc primordial, pour les salariés et leurs représentants, de pouvoir en débattre, même publiquement. Ce serait donc de ce débat public dont seraient privés les salariés. Il y aurait là une atteinte très sérieuse à leur liberté d'expression. La Chambre sociale de la Cour de cassation ne s'était pas trompée sur les risques que représentait le « secret » des affaires sur la liberté d'expression des salariés, en jugeant attentatoire à cette liberté un Code de conduite des affaires (*Code of Business Conduct*), qui voulait instaurer une loi du silence sur toute information à usage interne à l'entreprise « *qui n'a pas à être diffusée largement et qui est protégée, ou non, en vertu du droit de la propriété industrielle ou du secret industriel applicable* » (40). Dans le fil de cette jurisprudence, on peut raisonnablement considérer que les juges répressifs hésiteraient avant de condamner des syndicalistes pour violation du secret des affaires à l'occasion de prises de position publiques révélant des informations « secrètes » sur une opération financière en préparation. En cas contraire, la Cour européenne des droits de l'Homme serait probablement là pour leur rappeler les termes de l'article 10 de la CESDH relatif à la liberté d'expression.

En conclusion,

l'adoption du projet de sanction de divulgation d'« un secret des affaires » constituerait une menace pour le droit à l'information et à la communication des salariés et de leurs représentants, mais elle le serait d'autant plus qu'il pourrait se conjuguer avec la proposition du Medef de rassembler tous les supports d'information économique, sociale et financière à destination des représentants du personnel dans un seul et même document. On peut douter, cependant, de la réalité de cette menace, tant cette infraction bouleverserait le droit des salariés et de leurs représentants dans l'entreprise.

Mais pourquoi donc, alors, les porteurs de ce projet persistent-ils depuis si longtemps (41), alors que de nombreux juristes en ont souligné les défauts ?

Pour répondre à cette interrogation, il faut peut-être glisser d'une analyse strictement juridique pour formuler quelques observations sociopolitiques sur

l'évolution des relations dans l'entreprise depuis le début du 20^{ème} siècle.

Avec les profonds bouleversements organisationnels, économiques, sociaux et financiers qu'a connus l'entreprise, les salariés se sont souvent retrouvés confrontés à une information fournie en vertu de la loi, qui ne leur permettait pas d'avoir prise sur des événements à dimension complexe – restructurations dans le cadre de stratégie de groupes, opérations d'externalisation, opérations financières à plusieurs strates. De nombreux procès ont été engagés par les représentants des salariés pour obliger les employeurs à communiquer plus et à dialoguer, en particulier avec les comités d'entreprise. La résistance opposée alors par le patronat à ces demandes témoigne d'une réelle volonté d'agir seul dans des espaces privilégiés, comme les montages financiers impliquant de nombreux partenaires extérieurs à l'entreprise. Le projet de document unique destiné aux représentants du personnel et le projet *Carayon* pourraient, alors, s'analyser comme une tentative de sanctuarisation de l'essentiel : l'information financière détenue par la direction des entreprises.

Au cours des négociations sur les propositions du Medef, les représentants du patronat ont formulé l'offre d'accorder une place plus grande aux salariés dans les conseils d'administration. *A priori*, cet élargissement de la représentation salariale pourrait être un progrès important. Mais, à bien y réfléchir, on le considérera comme nettement insuffisant. Dans une économie dominée par la finance, où tout devient liquide, même l'entreprise, les stratégies qui vont avoir un impact sur l'avenir des salariés se jouent trop vite et trop en amont pour être contrôlées par les conseils d'administration. Lorsque le projet sera présenté au conseil d'administration, il aura déjà été arrêté par la direction du groupe, en concertation avec les investisseurs et les banquiers. Pour améliorer le droit à la communication et, plus généralement, à l'expression des salariés, il faudra donc faire pièces aux projets du Medef, mais aussi imaginer un nouveau dispositif d'accès à l'information, adapté à l'économie de notre temps.

Quentin Urban,
le 5 janvier 2013

(40) Cass. Soc. 8 décembre 2009, n° 08-17.191, D. 2010. AJ 96, obs. L. Perrin, D. 2010, p. 676 obs. O. Leclerc, Dr. Ouv. 2010, p. 244, note J. Porta.

(41) Le projet d'infraction pour violation du secret des affaires avait déjà été évoqué par un premier rapport remis au Premier ministre (Bernard Carayon, *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, Documentation française, 2003) et ensuite présenté à plusieurs reprises en débat au Parlement.