

DIGITALISATION DU TRAVAIL – DES SOURIS ET DES HOMMES

3. Mobiliser le numérique au service du collectif

La communication des syndicats et des représentants du personnel à l'ère du numérique

par Delphine BORGEL, avocate au Barreau de Paris

PLAN

I. L'accès à l'information et la communication des institutions représentatives du personnel

A. La négociation des accords sur la diffusion des informations syndicales par messagerie ou intranet

B. L'utilisation des nouvelles technologies par les représentants du personnel élus

II. La confidentialité des échanges à l'intérieur de l'entreprise et en externe

Mobiliser le numérique au service du collectif implique de se pencher sur différentes questions telles que l'utilisation des nouveaux moyens de communication, qui sont autant d'outils à conquérir par les représentants du personnel (ex. : intranet, mails, BDES, internet), l'accès aux informations, la surveillance, la confidentialité, la capacité à échanger avec les salariés dispersés sur le territoire.

Ces différentes problématiques seront abordées dans une première partie sur l'accès à l'information et la communication des institutions représentatives du personnel (IRP au sens large, comprenant syndicats et élus), puis dans une seconde partie sur la confidentialité des échanges.

I. L'accès à l'information et la communication des institutions représentatives du personnel

A. La négociation des accords sur la diffusion des informations syndicales par messagerie ou intranet

1. Cadre légal

Les moyens traditionnels de communication des sections syndicales dans l'entreprise sont le local et les panneaux d'affichage. L'affichage des communications syndicales est ainsi prévu dans le Code du travail « sur des panneaux réservés à cet usage, distincts de ceux affectés aux communications du comité social et économique » (1). Mais ce mode de communication est archaïque dans le monde du travail actuel, en raison du nombre important de salariés itinérants et des nouveaux modes d'organisation du travail. Les entreprises sont composées d'établissements répartis sur tout le territoire, voire à l'international.

L'accès des organisations syndicales aux nouveaux modes de communication a été introduit dans le Code du travail par la loi n°2004-391 du 4 mai 2004, qui prévoit un nouvel alinéa à l'ancien article L. 412-8 : « Un accord d'entreprise peut autoriser la mise à disposition des publications et tracts de

nature syndicale, soit sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, soit par diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise. [...] ».

Ce texte est devenu l'article L.2142-6 du Code du travail, qui prévoit aussi la négociation d'un accord collectif. C'est le seul article qui envisage l'accès des syndicats aux nouveaux moyens de communication : « Un accord d'entreprise peut définir les conditions et les modalités de diffusion des informations syndicales au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise. À défaut d'accord, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise [...] peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe. L'utilisation par les organisations syndicales des outils numériques mis à leur disposition doit satisfaire l'ensemble des conditions suivantes : 1° Être compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise ; 2° Ne pas avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise ; 3° Préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message ».

(1) Art. L. 2142-3, C. trav.

Selon la CNIL, l'article L. 2142-6 du Code du travail officialise la possibilité pour les organisations syndicales d'utiliser l'intranet et la messagerie électronique de leur employeur par voie d'accord d'entreprise. Certains principes et règles sont ainsi rappelés

par la CNIL dans une recommandation datant du 22 mars 2017, intitulée « *L'utilisation de l'intranet et de la messagerie électronique de l'entreprise par les organisations syndicales* ».

L'utilisation de l'intranet et de la messagerie électronique de l'entreprise par les organisations syndicales CNIL – 22 mars 2017

1° La nécessité d'une négociation préalable

L'accès par les organisations syndicales à l'intranet et à la messagerie électronique de l'entreprise ne peut être considéré comme légitime que si sa mise en œuvre résulte d'une négociation, désormais rendue obligatoire par la loi.

2° Le respect du principe de finalité

Si la diffusion d'informations syndicales par voie électronique peut ainsi être autorisée par accord d'entreprise, les adresses de messagerie électronique des salariés ne peuvent être utilisées dans le cadre de celui-ci par les organisations syndicales ou par l'employeur pour d'autres raisons que la mise à disposition de publications et tracts de nature syndicale.

3° Le respect des droits d'information et d'opposition préalable

Les salariés doivent être clairement et préalablement informés de cette utilisation afin de pouvoir manifester leur accord ou leur opposition à l'envoi de tout message syndical sur leur messagerie professionnelle.

L'accord conclu doit donc préciser les modalités selon lesquelles les employés peuvent s'opposer à recevoir des messages électroniques émanant d'organisations syndicales. En tout état de cause, ce droit ainsi que ses modalités d'exercice devraient être systématiquement rappelés dans tout message ultérieur afin que les salariés puissent, à tout moment, manifester leur volonté de s'opposer à la réception de messages syndicaux.

Il apparaît par ailleurs utile de prévoir que l'indication du caractère syndical du message soit systématiquement mentionnée en objet du message électronique adressé, de façon à informer clairement les employés quant à l'origine et à la nature du message.

4° Assurer la confidentialité des échanges avec les organisations syndicales

L'accord conclu devrait également rappeler l'obligation de confidentialité à laquelle employeurs et organisations syndicales sont tenus. En particulier, toute mesure de sécurité devrait être prise afin d'assurer la confidentialité des échanges électroniques éventuels des salariés avec les organisations syndicales.

Afin d'éviter toute possibilité d'utilisation détournée, l'employeur ne devrait pas pouvoir exercer de contrôle sur les listes de diffusion ainsi constituées. En effet, celles-ci sont susceptibles de révéler l'opinion favorable d'un salarié à l'égard d'une organisation, voire son appartenance à un syndicat déterminé, sur la base du choix opéré par ce salarié quant à son acceptation ou son refus de recevoir des messages à caractère syndical.

Enfin, le texte nouveau ne concerne pas l'accès par les instances représentatives du personnel (membres du comité d'entreprise, du CHSCT, de comités techniques paritaires, délégués du personnel) aux moyens informatiques de l'entreprise. Conformément à ses précédentes recommandations, la CNIL considère qu'un tel accès devrait être reconnu et organisé selon les mêmes modalités.

2. Toutes les organisations syndicales présentes dans l'entreprise bénéficient des accords relatifs à la communication syndicale

* Le principe constitutionnel d'égalité de traitement est applicable s'agissant des organisations syndicales

Les articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du Code du travail traitent des moyens accordés aux sections syndicales présentes dans l'entreprise. En vertu du principe d'égalité de traitement et depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise bénéficient des moyens accordés aux organisations syndicales reconnues représentatives en vue de la préparation des élections professionnelles.

Dans deux arrêts (2), la Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé, dans le même attendu, que « l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise sont liés à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale, laquelle n'est pas subordonnée à une condition de représentativité ; que, dès lors, les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif visant à faciliter la communication des organisations syndicales ne peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être limitées aux seuls syndicats représentatifs et doivent bénéficier à tous les syndicats qui ont constitué une section syndicale ». Un autre arrêt, rendu par la Cour de cassation le 23 mai 2012 (3), confirme que l'utilisation des nouveaux moyens de communication par les organisations syndicales n'est pas réservée aux seuls syndicats représentatifs, mais doit bénéficier à tous les syndicats présents dans l'entreprise.

De plus, il n'est pas nécessaire qu'un accord collectif soit conclu pour permettre aux syndicats d'utiliser la messagerie professionnelle pour diffuser des tracts syndicaux aux personnes qui, bien que salariées, représentent l'employeur auprès du personnel : cela ne constitue pas, dans ce cas, « une diffusion au sens de l'article L. 2142-6 du Code du travail » (4). Dans cette affaire, la Cour d'appel avait décidé qu'il fallait un accord d'entreprise. La Haute cour casse cette décision en considérant qu'un mail avec un tract envoyé aux responsables d'agences n'est pas encadré par l'article L. 2142-6 du Code du travail et l'existence d'un accord collectif.

* Autre principe applicable issu du droit civil : l'obligation de loyauté est un principe général de la

négociation collective que la Cour de cassation a retenu (5) avant sa consécration dans la loi

Le principe d'une négociation loyale figure dans le Code du travail depuis l'adoption de la loi relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 9 mai 2001 et se retrouve à l'article L. 3122-21, alinéa 2 du Code du travail s'agissant de la négociation du travail de nuit : « L'engagement de **négociations loyales et sérieuses** implique pour l'employeur d'avoir :

- convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions ;
- communiqué les informations nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause ;
- répondu aux éventuelles propositions des organisations syndicales ».

Depuis l'adoption de la primauté de l'accord d'entreprise dans le cadre des dernières réformes du droit de la négociation collective, le principe civiliste de loyauté des négociations est inscrit à l'article L. 2222-3-1 du Code du travail sur les accords de méthode : « Une convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir **dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties**. [...] Sauf si la convention ou l'accord en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus **dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties** ».

3. D'autres exemples de jurisprudence sur les accords collectifs d'accès à internet/intranet des organisations syndicales

Sur la base de la jurisprudence liée au principe d'égalité de traitement et de celle sur l'application du principe de loyauté, deux tribunaux de grande instance ont statué en référé. Leurs décisions méritent d'être citées.

* Ordonnance du TGI de Paris du 24 septembre 2013 (6)

Un accord collectif relatif aux modalités de communication des délégués syndicaux centraux en direction des instances représentatives de l'association via la messagerie électronique est conclu le 29 novembre 2012 au sein de l'Association des Paralysés de France (APF). Cet accord attribue des moyens de communication aux seules organisations syndicales représen-

(2) Cass. Soc. 11 janvier 2012, n° 11-14.292 ; Cass. Soc. 21 septembre 2011, n° 10-19.017.

(3) Cass. Soc. 23 mai 2012, n° 11-14.930.

(4) Cass. Soc., 10 janvier 2012, n° 10-18.558.

(5) Cass. Soc. 10 octobre 2007, n° 06-42.721.

(6) TGI Paris (référé) 24 septembre 2013, RG n° 13/54.982.

tatives. Il autorise les délégués syndicaux centraux des syndicats représentatifs à envoyer 6 mails par an aux comités d'établissement, aux délégués du personnel et délégués syndicaux, ainsi qu'aux directeurs des établissements répartis dans les départements français. Début 2013, le syndicat FO, qui a constitué une section syndicale mais qui est non représentatif au niveau central, écrit au directeur national de l'APF pour contester la validité de cet accord. N'ayant obtenu aucune réponse, il décide de demander le bénéfice de cet accord collectif par assignation devant le Tribunal de grande instance de Paris siégeant en référé. Il invoque le trouble manifestement illicite que cause l'accord collectif, en ce qu'il rompt l'égalité entre les organisations syndicales, au mépris des dispositions des articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du Code du travail. Les juges considèrent qu'en vertu de ces articles, l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise sont liés à la constitution par les organisations d'une section, laquelle n'est pas subordonnée à une condition de représentativité. Les juges décident que l'accord du 29 novembre 2012 fixant les moyens techniques de diffusion de l'information syndicale, notamment par l'intermédiaire de la messagerie interne, doit bénéficier au syndicat demandeur à l'instance.

* Ordonnance du TGI de Draguignan du 12 octobre 2016 (7)

Un accord relatif au droit syndical est conclu le 10 juillet 2015 au sein de la Caisse régionale de Crédit agricole mutuel Provence-Côte d'Azur. L'article 7 prévoit la transmission à la direction des ressources humaines des tracts syndicaux pour permettre la diffusion aux salariés dans l'intranet. Or, cette diffusion est refusée le 4 juillet 2016 par le responsable des relations sociales et juridiques de l'entreprise aux motifs qu'un tract contiendrait des informations incomplètes et inexacts. Le syndicat SUD PACA assigne la Caisse en référé afin de demander la condamnation de l'employeur à diffuser le tract sur l'espace social, tel que prévu par l'article 7 de l'accord, en raison du trouble manifestement illicite que constitue le refus de la direction. Le syndicat soutient que l'accord n'est pas appliqué de bonne foi. Les juges reviennent sur les dispositions précises de l'accord collectif et analysent l'opposition des parties sur le contenu du tract. Ils considèrent que l'opposition de la direction n'ayant pas été faite de bonne foi, l'illicéité du trouble allégué est caractérisée.

Cette ordonnance est confirmée en appel.

Il existe aussi une jurisprudence moins favorable aux syndicats dans des cas d'espèces différents. Il s'agit de sanctionner les représentants syndicaux qui ont envoyé un mail aux salariés en ne respectant pas les termes de l'accord collectif. Dans un arrêt du 22 janvier 2008, la Cour de cassation considère qu'un employeur peut subordonner l'utilisation du réseau intranet à « l'existence d'un lien entre le contenu » des messages et la « situation sociale existant dans l'entreprise » (8).

Dans un arrêt du 12 juillet 2017, la Cour de cassation valide la sanction d'un délégué syndical central car celui-ci avait envoyé un mail de réponse à un groupe de salariés qui lui posaient la même question. L'accord conclu n'autorisait que des réponses individuelles et non les envois groupés. La sanction prévue dans l'accord est 30 jours de fermeture de la messagerie du délégué syndical (9).

Ces exemples montrent que les écrits numériques sont susceptibles d'être plus surveillés que les tracts papier. Faut-il y voir un recul de la liberté d'expression des syndicats ?

Depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, à défaut d'accord, les syndicats présents dans l'entreprise peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe (10). Cette disposition tient compte de l'évolution des moyens technologiques et permet que les sites internet des syndicats soient accessibles aux salariés. Sauf que l'intranet fonctionne parfois difficilement...

Autre difficulté : s'agissant de l'affichage, l'employeur allait au tribunal pour demander le retrait d'un tract ou contester son contenu. Concernant les accords collectifs sur l'accès à intranet, c'est le syndicat qui doit aller en justice pour contester le retrait effectué par l'employeur. La jurisprudence sur l'affichage des communications syndicales établit précisément que l'employeur ne dispose pas d'un contrôle préalable. Il s'agit d'une entrave à l'exercice du droit syndical (11).

(7) TGI Draguignan (référé) 12 octobre 2016, RG n° 16/05.881.

(8) Cass. Soc. 22 janvier 2008, n° 06-40.514, Dr. Soc. 2008, p. 505, obs. P.-Y. Verkindt ; G. Borenfreund, « L'accord collectif, instrument de contrôle de l'information syndicale transmise par l'internet de l'entreprise », RDT 2008, p. 324.

(9) Cass. Soc. 12 juillet 2017, n° 15-27.742 ; F. Petit, « La fermeture provisoire de l'accès à une messagerie électronique en matière syndicale », Droit des Sociétés, déc. 2017, p. 1087.

(10) Art. L. 2142-6, C. trav., préc.

(11) Cass. Crim. 19 février 1979, n° 78-91.400.

B. L'utilisation des nouvelles technologies par les représentants du personnel élus

Les moyens traditionnels existent aussi pour les représentants élus au comité social et économique (CSE). L'article L.2315-15 du Code du travail prévoit ainsi toujours et seulement l'affichage des « *renseignements qu'ils ont pour rôle de porter à la connaissance du personnel sur des emplacements obligatoirement prévus et destinés aux communications syndicales, ainsi qu'aux portes d'entrée des lieux de travail* ».

Le « **local aménagé et le matériel nécessaire à l'exercice de ses fonctions** » sont aussi des moyens classiques du comité, qui doivent être mis à la disposition des représentants élus du personnel par l'employeur (12). Dans une réponse ministérielle datant du 9 janvier 1989 (13), le Gouvernement a apporté des précisions sur la notion de « *matériel nécessaire* », en indiquant que la nature et les caractéristiques du matériel devant être mis à la disposition du comité sont fonction de l'évolution technologique et de son adéquation aux besoins du comité. La Commission nationale de l'Informatique et des Libertés recommande que l'accès aux moyens informatiques de l'entreprise soit reconnu et organisé selon les mêmes modalités au bénéfice des institutions représentatives du personnel (14). Signalons également que la question des caméras à l'entrée du local ou des vitres qui empêchent la confidentialité des échanges se pose parfois dans les entreprises.

S'agissant de la **diffusion des procès-verbaux de réunion du CSE par mail**, le Code du travail prévoit que ces documents peuvent, une fois adoptés, être affichés ou diffusés dans l'entreprise par le secrétaire du comité, selon les modalités fixées dans le règlement intérieur (15).

Les **autres diffusions par mail des membres du comité d'entreprise** sont encadrées également dans le règlement intérieur ou dans des accords collectifs. Il existe aussi des chartes d'entreprise qui autorisent la vérification par l'employeur du contenu de l'information avant sa diffusion. Cela ne signifie pas pour autant que l'employeur puisse modifier les messages des élus.

Les **données concernant le personnel sont parfois transmises au comité quand il gère les activités**

sociales et culturelles de l'entreprise au bénéfice des salariés et de leurs familles. En application de l'article 32 de la loi « Informatique et libertés », telle que modifiée par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018, les salariés doivent être informés de la transmission de leurs données. L'affichage d'une note d'information ou la remise d'un document au salarié nouvellement embauché devraient constituer des mesures d'information suffisantes. Les données des salariés transmises au comité doivent être limitées à celles qui sont strictement nécessaires au comité pour exercer ses fonctions prévues par la loi. Les salariés ont le droit de s'opposer à cette transmission. Si l'un d'entre eux exprime une telle opposition auprès de l'employeur, les données ne doivent pas être transmises au comité ou, si les informations ont été transmises avant l'opposition, le comité doit en être informé et supprimer les données de ce salarié.

Dans le cadre des textes sur l'information-consultation obligatoire des représentants du personnel, les élus disposent d'informations dans la **base de données économiques et sociales (BDES)** prévue à l'article L.2312-18 du Code du travail. Cette base de données est renseignée par l'employeur en vue de remplir ses obligations de consultations et d'informations récurrentes :

- consultation annuelle sur les orientations stratégiques (16) ;
- consultation annuelle sur la situation économique et financière de l'entreprise (17) ;
- consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi (18).

La base de données économiques et sociales unique (BDES), mise à jour régulièrement, est issue de la loi du 14 juin 2013, conformément à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013. Sur les orientations stratégiques et le contenu des informations fournies par l'employeur, une ordonnance du 18 janvier 2017 du Tribunal de grande instance de Nanterre mérite d'être citée. Dans cette affaire, le comité central d'entreprise de la société Manpower demande au juge des référés de constater que la BDES ne contient pas les informations prospectives prévues par les textes, d'ordonner à la société de fournir les informations manquantes et de reporter le point de départ du délai de consultation au moment où la mise en conformité sera intervenue. Le juge examine tous les textes applicables, notamment l'article R. 2323-1-5 du Code du travail, devenu, depuis le décret 2017-1819 du 29 décembre

(12) Art. L. 2315-25, C. trav., désormais pour le CSE.

(13) N° 2207, JOANQ, 9 janvier 1989, p. 182.

(14) Rapport CNIL du 5 février 2002 sur la cyber-surveillance sur les lieux de travail.

(15) Art. L. 2315-34, C. trav., désormais pour le CSE.

(16) Art. L. 2312-24, C. trav.

(17) Art. L. 2312-25, C. trav.

(18) Art. L. 2312-26, C. trav.

2017, l'article R. 2312-10, pour le CSE qui dispose : « En l'absence d'accord prévu à l'article L. 2312-21, les informations figurant dans la base de données portent sur l'année en cours, sur les deux années précédentes et, telles qu'elles peuvent être envisagées, sur les trois années suivantes. Ces informations sont présentées sous forme de données chiffrées ou, à défaut, pour les années suivantes, sous forme de grandes tendances. L'employeur indique, pour ces années, les informations qui, eu égard à leur nature ou aux circonstances, ne peuvent pas faire l'objet de données chiffrées ou de grandes tendances, pour les raisons qu'il précise ».

Le juge de référé fait droit aux demandes du comité en constatant que le comité ne dispose pas d'un accès aux données prévisionnelles chiffrées ou sous forme de grandes tendances que l'entreprise doit mettre à sa disposition dans le cadre de la consultation annuelle sur les orientations stratégiques et, qu'en conséquence, faute d'information suffisante, le délai de consultation n'a pas commencé à courir. Il ordonne à la société, dans un délai de 8 jours à compter de la signification de l'ordonnance et sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard, d'établir et de mettre à disposition des membres du comité central d'entreprise et de leur expert une base de données économiques et sociales conforme aux dispositions légales. Il fixe au jour de cette mise à disposition le point de départ du délai de consultation de quatre mois dont dispose le comité pour rendre son avis sur les orientations stratégiques. La prorogation du délai est donc obtenue d'office tant que les informations ne sont pas fournies.

La Cour d'appel de Versailles s'est prononcée dans cette affaire le 27 juillet 2017, en confirmant l'ordonnance en ce qu'elle a ordonné sous astreinte à la société d'établir et de mettre à disposition des membres du comité central d'entreprise et de leur expert une BDES conforme aux exigences légales et réglementaires, comportant des données prévisionnelles pour chaque rubrique pour les années 2017, 2018 et 2019, « étant précisé que cette injonction ne saurait valoir au-delà de l'achèvement de la procédure de consultation »(19). La Cour précise que le comité a saisi les premiers juges préalablement à l'expiration du délai et que ces derniers se sont prononcés avant. En réalité, dans cette affaire, les membres du CCE ont voté une délibération quelques jours avant l'audience devant la Cour, assimilable à un avis négatif, pour ne pas faire perdurer plus la procédure de consultation après la remise du rapport de l'expert. Lors de l'audience de plaidoirie du 31 mai 2017, la Cour était informée de l'avis rendu par les élus. Elle a constaté que la consultation était

terminée. Elle a donc décidé de ne pas statuer sur la prolongation du délai de consultation.

Sur les délais de consultation des représentants élus et la saisine du juge des référés en l'absence d'informations précises et écrites, les dispositions légales prévoient qu'à l'expiration des délais, le comité est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif. Les textes issus de la loi du 14 juin 2013 prévoient aussi : « Le comité peut, s'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Le juge statue dans un délai de huit jours. Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis. Toutefois, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité, le juge peut décider la prolongation du délai prévu au deuxième alinéa ».

Au sujet de ces dispositions, le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans une QPC du 4 août 2017 (20). Malgré les demandes très précises de comités d'entreprise et de syndicats de reconnaître que les délais prévus aux articles L. 2323-3 et L. 2323-4 du Code du travail (repris aux articles L. 2312-15 et L. 2312-16 pour le CSE) portent atteinte au principe de participation des travailleurs, au droit à un recours juridictionnel effectif et au principe d'égalité devant la loi, le Conseil a décidé que ces dispositions sont conformes à la Constitution. Cette décision est fortement critiquable au regard de la réalité du fonctionnement des tribunaux, notamment le considérant 11 qui affirme : « L'éventualité, à l'occasion de certaines procédures, du non-respect des délais prévus par la loi pour des motifs tenant aux conditions de fonctionnement des juridictions ne saurait suffire à entacher celle-ci d'inconstitutionnalité. Dès lors, ne peut être accueilli le grief tiré de ce que, en violation du deuxième alinéa de l'article L. 2323-4 du Code du travail, le juge saisi par le comité d'entreprise statuerait souvent au-delà du délai de huit jours, à une date postérieure à l'échéance du délai laissé au comité d'entreprise pour se prononcer ».

Les données figurant dans les BDES peuvent être partielles, le juge peut condamner l'employeur à fournir des données exhaustives, mais, au final, l'avis est rendu sans avoir eu accès aux informations.

Au-delà de ces difficultés rencontrées par les représentants du personnel sur l'accès et la diffusion de l'information, il existe un sacro-saint principe de confidentialité des échanges.

(19) CA Versailles (référé) 27 juillet 2017, RG n°17/00.922.

(20) Décision 2017-652 QPC du 4 août 2017, Comité d'entreprise de l'unité économique et sociale Markem Imaje.

II. La confidentialité des échanges à l'intérieur de l'entreprise et en externe

Ce principe est abordé précédemment dans l'encadré reprenant la recommandation de la CNIL du 22 mars 2017 au sujet des accords collectifs sur les conditions et les modalités de diffusion des informations syndicales au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise.

Les échanges entre les représentants du personnel et les salariés sont confidentiels par nature, quel que soit le rôle de l'employeur dans la mise en place des moyens numériques.

Les principes applicables sont les suivants :

- le droit d'expression directe et collective des salariés, qui passe aussi par les outils numériques disponibles dans l'entreprise et s'exerce même en dehors de l'entreprise (21) ;
- la protection de la liberté d'expression individuelle des salariés, issue de l'article L.1121-1 du Code du travail, que l'employeur peut restreindre sous réserve que ce soit justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché (22) ;
- l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen, qui garantit à toute personne le droit à la liberté d'expression, celle-ci incluant la liberté d'opinion et la liberté de recevoir et de communiquer des informations ;
- les limites qui sont de deux ordres : le droit de la presse (23) et l'atteinte à la vie privée (24).

S'agissant de la liberté syndicale, et plus précisément du principe de libre exercice des fonctions représentatives, ils s'exercent aussi bien dans le cadre des communications téléphoniques que dans le cadre des échanges par mail. Dans un arrêt du 6 avril 2004, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que, pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache, les salariés investis d'un mandat électif ou syndical doivent pouvoir disposer d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants (25). Cette jurisprudence devrait être transposable aux échanges par mail. Mais l'exemple vu précédemment dans un

arrêt de 2017, au sujet d'une sanction de 30 jours de fermeture de la messagerie d'un délégué syndical qui a envoyé un mail groupé à des salariés en réponse à une question, montre qu'une telle transposition n'est pas encore atteinte. La sanction était prévue dans l'accord collectif.

Par le biais de ces accords ou de chartes d'entreprise, l'employeur a la possibilité de mettre en place un système de vérification préalable du message, de se réserver le droit d'effectuer ponctuellement des contrôles sur la fréquence et le volume des messages émis et reçus, de vérifier la taille des fichiers joints aux messages, afin de mesurer le risque de spamming du réseau de la société. Cela apparaît véritablement contraire aux principes énoncés ci-dessus. Quel que soit le support utilisé, l'employeur doit soumettre à l'avis des élus du CSE les moyens techniques mis en œuvre dans l'entreprise (26).

Pour terminer, au sujet d'internet, des forums de discussion et des réseaux sociaux, la confidentialité est évidemment de mise. Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 12 septembre 2018 estime que des propos litigieux diffusés sur le site Facebook, accessibles à un groupe fermé de 14 personnes, relèvent d'une conversation de nature privée. Ils ne sont pas constitutifs d'une faute grave du salarié, ni d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (27). Le Code du travail ne prévoit que l'organisation dans le local de réunions avec le personnel sur des problèmes d'actualité ou sur des sujets entrant dans les attributions du CSE (28). L'idée serait de transposer cette disposition aux forums de discussion sur internet, réservés aux salariés.

En réalité, les représentants du personnel font preuve d'imagination pour informer les salariés et exercer leurs fonctions dans de bonnes conditions, en ayant recours, dans un cadre informel, aux outils actuels tels que vidéos, blogs, groupe WhatsApp ou autres.

Delphine Borgel

(21) Art. L. 2281-1 et s., C. trav.

(22) V. Cass. Soc. 8 décembre 2009, n° 08-17.191 ; Cass. Soc. 23 mars 2011, n° 09-70.607.

(23) Loi du 29 juillet 1881, injure et diffamation.

(24) Art. 9, C. civ.

(25) Cass. Soc. 6 avril 2004, n° 02-40.498.

(26) Art. L. 2312-8, C. trav.

(27) Cass. Soc. 12 septembre 2018, n° 16-11.690.

(28) Art. L2315-26, C. trav.