

Droit à la preuve vs secret des correspondances pour les membres du CSE, et conditions d'application de leur obligation de discrétion



Jonathan Cadot
Avocat associé
Cabinet Lepany &
Associés

Un arrêt du 27 novembre 2019 apporte d'importantes précisions sur le respect du secret des correspondances par les représentants du personnel et sur les conditions d'application de leur obligation de discrétion.

Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-19.237 D



Bouba Camara
Avocat
Cabinet Lepany &
Associés

« En contentieux prud'homal, la preuve est libre » (Cass. soc, 27 mars 2001, n°98-44.666 ; Rapport annuel 2012, La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation).

Les parties peuvent ainsi produire devant le juge tous les éléments de preuve qu'elles estiment nécessaires au succès de leurs prétentions : attestations, constat d'huissier, rapport d'enquête, fiches de paie ...

Elles peuvent également « à l'époque du tout numérique » prouver leurs allégations en produisant des courriels électroniques (Cass. soc, 22 mars 2011, n°09-43.307 ; Cass. soc., 21 juin 2011, n° 10-16.091 ; Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 11-25.884).

Cette liberté de la preuve s'est accompagnée par la consécration jurisprudentielle d'un droit à la preuve (Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2012, n° 11-14.177 ; Cass. soc, 9 nov. 2016, n° 15-10.203).

Cependant, il convient de préciser que ce droit à la preuve n'est pas absolu et connaît des limites, dont en particulier celle édictée à l'article 9 du code de procédure civile : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

Cette règle implique, d'une part, que la preuve ne doit pas être obtenue en violation des droits d'autrui et, d'autre part, que « seuls les modes de preuve obtenus dans des conditions licites ou loyales sont recevables ».

Cette limite apportée au droit à la preuve soulève la problématique de l'accès au juge puisque le salarié ne pourrait pas faire entendre sa cause par le juge dès lors qu'il a recueilli de manière illicite ou déloyale des éléments de preuve.

Face à une telle situation, le rôle du juge est prépondérant puisqu'il devra s'atteler à concilier deux intérêts opposés : d'une part, le droit à la preuve, corolaire du droit à un

juge et, d'autre part, la préservation des droits fondamentaux d'autrui (droit au respect de la vie privée, droit de propriété, droit au secret des correspondances).

C'est à cette opération que devaient se livrer les juges dans l'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 2019. En l'espèce, une salariée, déléguée syndicale et membre de la DUP faisait l'objet d'un avertissement notifié le 7 mai 2013 en raison d'un manquement à son obligation de confidentialité.

L'employeur lui reprochait d'avoir diffusé un audit, document confidentiel, remis par l'entreprise et auquel elle avait accès dans le cadre de sa mission de représentant du personnel.

Reprochant à son employeur des faits de harcèlement moral et de discrimination syndicale, elle a saisi le conseil de prud'hommes d'une demande dommages-intérêts à ce titre ainsi que l'annulation de l'avertissement.

Dans le cadre de la procédure, la salariée a communiqué six courriels de tiers qui étaient écartés des débats par les juges du fond.

Ces derniers relevaient que la salariée n'en était pas ni la rédactrice, ni la destinataire et qu'ensuite elle ne rapportait pas la preuve d'une remise volontaire des mails en cause.

Dans son pourvoi en cassation, la salariée faisait valoir pour l'essentiel que la violation du secret des correspondances devait être admise dès lors qu'elle est proportionnée au but recherché (l'exercice de ses droits en justice).

La Cour de cassation devait ainsi répondre à la question de savoir si le droit à la preuve pouvait déroger au principe du secret des correspondances.

Elle répondait par la négative en rejetant le pourvoi aux motifs que : « *Mais attendu qu'est irrecevable la preuve résultant de la production en justice de documents obtenus par un procédé déloyal ; Et attendu qu'ayant constaté que la salariée produisait en justice des courriels électroniques échangés entre des personnes tierces, lesquels ne lui avaient pas été remis volontairement et alors que la salariée ne faisait pas valoir qu'elle en avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions de représentation, la cour d'appel en a exactement déduit que ces documents, couverts par le secret des correspondances, devaient être écartés des débats* ».

Si l'inviolabilité du secret des correspondances est ainsi réaffirmée, il n'en demeure pas moins qu'un tempérament est toutefois possible. L'arrêt donne par ailleurs l'occasion de faire le point sur l'étendue de l'obligation de discrétion à laquelle sont soumis les membres du CSE (C. trav., art. L. 2315-3).

Réaffirmation du principe de l'inviolabilité du secret des correspondances

Pour faire prévaloir le secret des correspondances sur le droit de la preuve, la Cour de cassation a relevé que : « *la salariée produisait en justice des courriels électroniques échangés entre personnes tierces, lesquels ne lui avaient pas été remis volontairement* ».

En faisant référence « aux courriels échangés entre personnes tierces », elle ne fait que rappeler la définition même de la correspondance privée qui est entendue comme « *tout message exclusivement destiné à une ou plusieurs personnes physiques ou morales, déterminées et individualisées* » (www.cnil.fr, *Secret des correspondances : un consentement renforcé des utilisateurs de services de communication électronique*, 31 mars 2017).

Or, les correspondances privées font l'objet d'une protection tant au niveau national qu'international (Article 9 du Code civil ; article 226-1 du Code pénal ; article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme).

Pour révéler le contenu d'une correspondance privée et le communiquer dans le cadre d'une instance prud'homale, le salarié doit au préalable établir que celle-ci lui a été volontairement transmise par son émetteur ou son destinataire.

À défaut, le salarié ne pourrait pas, à des fins probatoires, communiquer une correspondance privée puisque rien ne permet de s'assurer que l'émetteur ou le destinataire des courriels litigieux accepterait que le contenu de ces derniers soit révélé.

Cette solution qui donne ainsi toute son effectivité au secret des correspondances n'est pas nouvelle (Cass. soc., 26 janv. 2016, n° 14-15.360, *secret opposé à l'employeur*) et fait écho à l'arrêt du 23 octobre 2019 qui a écarté comme preuve, en raison de leur caractère illicite, les messages échangés par des salariés via une messagerie personnelle, instantanée ou non et couverts par le secret des correspondances (Cass. soc., 23 oct. 2019, n° 17-28.448, voir *Les Cahiers Lamy du CSE*, n° 200, févr. 2020, p. 24).

Pendant, la solution nous paraît critiquable en ce sens qu'aucun contrôle de proportionnalité n'a été exercé (Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203) alors que l'atteinte au secret des correspondances avait pour but de mettre en évidence de graves manquements de l'employeur, dont notamment des actes de discrimination syndicale et de harcèlement moral, même si les faits de l'espèce n'ont pas permis de savoir si les courriels déclarés irrecevables étaient en rapport direct avec les faits de discrimination et de harcèlement moral.

Par ailleurs, il est certain que la solution de l'arrêt commenté ne serait pas identique si la salariée avait choisi la voie de la procédure pénale.

En effet, il est admis en matière pénale que les preuves obtenues de manière illicite ou déloyale sont recevables dès lors que : « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale » (Cass. crim. 27 janv. 2010, n° 09-83.395).

Toutefois, les parties doivent être mises à même d'en discuter en application du principe du contradictoire.

Sur le plan pratique, pour éviter l'écueil de l'irrecevabilité des pièces, nous ne saurions que conseiller aux salariés, agissant en matière de discrimination, de solliciter la condamnation de l'employeur, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, à verser aux débats les documents de nature à confirmer les présomptions de discrimination.

Ni le secret des affaires, ni la vie personnelle des salariés de l'entreprise concernés par les documents communiqués (contrats de travail, avenants, bulletins de paie) ne sauraient être efficacement opposés par l'employeur (Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.526).

Les fonctions de représentation du salarié, tempérament au secret des correspondances

Si la Cour de cassation rappelle le principe de l'inviolabilité du secret des correspondances, elle a toutefois laissé entrevoir une dérogation en mentionnant que : « et alors que la salariée ne faisait pas valoir qu'elle en avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions de représentation, la cour en a exactement déduit que ces documents couverts par le secret des correspondances devaient être écartés des débats ».

A contrario, cela signifie que dans l'arrêt commenté la liberté de la preuve et le droit à la preuve auraient prévalu sur le secret des correspondances si la salariée avait eu accès aux courriels litigieux mais uniquement dans l'exercice de ses fonctions de représentation.

Aucun doute n'est d'ailleurs permis puisque dans l'arrêt du 9 novembre 2016, la Cour de cassation a censuré la cour d'appel aux motifs « qu'elle avait constaté qu'un délégué du personnel avait recueilli les documents litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical » (Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203).

Ainsi, **des correspondances privées non remises volontairement au salarié qui étaient a priori irrecevables en raison de leur caractère déloyal, le deviendraient si elles étaient obtenues dans le cadre des fonctions représentatives du salarié**, lesquelles ont permis l'accès à ces courriels protégés par le secret.

Cependant, dans l'arrêt commenté, la salariée membre de la DUP et déléguée syndicale, ne faisait pas valoir qu'elle avait eu connaissance des courriels en cause « dans l'exercice de ses fonctions de représentation ». Si tel avait été le cas, les mails litigieux auraient pu être pris en compte par le juge. Cela suppose toutefois que le salarié devra être en mesure d'établir qu'il a obtenu les pièces en question dans le cadre de l'exercice de son mandat, ce qui ne sera pas toujours aisé.

L'étendue de l'obligation de discrétion du représentant du personnel

Pour écarter toute violation par la salariée de son obligation de discrétion, la Cour de cassation a considéré : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses constatations que le document en cause consistait en un audit réalisé par un cabinet comptable à la suite d'une demande de déclenchement du droit d'alerte formée par le comité d'entreprise le 27 septembre 2012 et refusée par la direction, ce dont il résultait que, s'agissant d'un document qui ne s'inscrivait ni dans les informations comptables visées à l'article L. 2323-10 du code du travail, ni dans les informations données dans le cadre de la procédure d'alerte visée à l'article L. 2323-82 du même code en l'absence de toute procédure d'alerte, il lui appartenait, **pour vérifier si la salariée était tenue à une obligation de discrétion, de rechercher si ce document avait un caractère confidentiel et si ce caractère avait été donné comme tel par le chef d'entreprise ou son représentant**, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ».

Cet arrêt donne l'occasion de rappeler l'obligation de discrétion qui s'impose au représentant du personnel, selon que l'information est soit présumée confidentielle par l'effet de la loi, soit qu'elle est par nature confidentielle et présentée comme telle par l'employeur. Cette affaire a été rendue à propos d'un CE mais elle est applicable au CSE.

D'une part, l'ancien article L. 2323-82 du Code du travail applicable au CE (devenu l'article L. 2312-67 pour le CSE) prévoit une présomption de confidentialité de l'information : « Les informations concernant l'entreprise communiquées en application de la présente sous-section ont par nature un caractère confidentiel. Toute personne pouvant y accéder est tenue à leur égard à une obligation de discrétion ». De telles dispositions auraient dû en principe recevoir application dans l'arrêt commenté puisque le droit d'alerte économique de la DUP avait été mis en œuvre le 27 septembre 2012.

Toutefois, même si un audit comptable a bien donné lieu à la rédaction d'un rapport, il l'a été en dehors de la procédure d'alerte économique puisque l'employeur avait rejeté la demande du comité d'entreprise en estimant que

les conditions d'exercice du droit d'alerte n'étaient pas remplies. Par son refus, l'employeur se privait ainsi de la possibilité de se prévaloir de la nature confidentielle des informations contenues dans le rapport d'audit. Il est dès lors logique qu'il ne puisse pas opposer au représentant du personnel une violation de son obligation de discrétion, laquelle est inexistante en l'absence d'information confidentielle. **La Cour confirme ainsi que la présomption de confidentialité est strictement limitée aux informations communiquées par l'employeur dans le cadre de la procédure d'alerte** de l'ancien article L. 2323-82 du Code du travail pour le CE (devenu l'article L. 2312-67 pour le CSE).

D'autre part, à défaut donc de confidentialité présumée, le représentant du personnel est soumis à une obligation de discrétion en présence d'une information de nature confidentielle et présentée comme telle par l'employeur en application soit de l'ancien article L. 2323-10 du Code du travail applicable au CE (devenu l'article L. 2312-67 pour le CSE) soit de l'ancien article L. 2325-5 du même Code concernant le CE (devenu l'article L. 2315-3 pour le CSE).

Selon le premier de ces textes : « *Les informations communiquées au comité d'entreprise, en application du présent article, sont réputées confidentielles au sens de l'article L. 2325-5* ». Toutefois, de telles dispositions ne pouvaient en l'espèce justifier l'existence d'une obligation de discrétion dès lors que l'ancien article L. 2323-10 fait référence, par renvoi à l'article L. 232-2 du Code de commerce, à une liste très précise de documents comptables suivants : l'actif réalisable et disponible, les valeurs d'exploitation exclues, le passif exigible, le compte de résultat prévisionnel, le tableau de financement, le bilan annuel et le plan de financement prévisionnel. Or, ni le budget de l'association ni un projet de d'absorption ne figurent dans l'énumération ci-dessus. Le rapport d'audit qui mentionnait ces deux éléments n'avait donc rien de confidentiel.

Par conséquent, il ne restait plus que l'ancien article L. 2325-5 du Code du travail applicable au CE (l'article L. 2315-3 pour le CSE) pour caractériser une violation de

l'obligation de discrétion : « *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* ». Ainsi, le représentant du personnel ne peut faire l'objet de sanction disciplinaire pour violation de l'obligation de discrétion que si en présence d'une information de nature confidentielle, l'employeur a expressément présenté cette information comme confidentielle (Cass. soc, 12 juill. 2006, n° 04-47.558 ; Cass. soc. 6 mars 2012, n°10-24.367).

En pratique, le représentant du personnel pourra pour sa défense invoquer :

- soit l'absence de nature confidentielle de l'information ;
- soit en présence d'une information par nature confidentielle, démontrer que l'employeur ne s'est pas prévalu de la confidentialité lors de la transmission de l'information en communiquant par exemple le procès-verbal de la réunion CSE ou les documents transmis, lesquels ne comportent aucune mention du caractère confidentiel.

Or, dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation a censuré les juges d'appel ayant retenu que « *la salariée ne pouvait ignorer que le document était confidentiel* » **alors même que l'employeur n'a jamais présenté le rapport d'audit comptable comme confidentiel, et qu'il ne comportait aucune mention faisant référence à son caractère confidentiel.**

Notre point de vue : cette solution doit être saluée dans le sens où elle prive l'employeur de la possibilité d'invoquer une violation de l'obligation de discrétion dès lors qu'il n'a pas lui-même respecté en amont les exigences de l'ancien article L. 2325-5 du Code du travail (devenu L. 2315-3 pour le CSE). Peu importe que l'information soit diffusée à l'extérieur de l'entreprise – « *la salariée a reconnu avoir évoqué des points émanant du rapport lors d'une réunion syndicale* » – et que cette diffusion ait pu générer un conflit entre les deux associations.