

Droit du CSE en pratique

Quelle confidentialité pour les membres du CSE ?



Jonathan Cadot
Lepany & Associés

La question de la confidentialité de l'information est de plus en plus au cœur des débats des CSE. En effet, entretenant une culture du secret, certains employeurs ont tendance à avoir une vision extensive de la confidentialité, motif pris qu'elle serait indispensable à la préservation des intérêts légitimes de l'entreprise.

C'est ainsi qu'en pratique, il arrive que des CSE reçoivent, dans le cadre d'une procédure de consultation, une note d'information mentionnant à chaque page le caractère confidentiel des informations transmises.

S'agissant des membres du CSE, ils ne voient pas cette confidentialité d'un bon œil en ce qu'elle entrave leurs missions. En effet, elle peut les priver de la possibilité d'échanger et interroger les salariés pour connaître leurs attentes et leurs besoins afin de pouvoir porter au mieux leur voix.

De même, la confidentialité de certaines informations peut rendre difficiles les éventuels échanges des élus avec leur organisation syndicale, ces derniers pouvant les aider à l'occasion de projets importants et complexes.

Dans ces conditions, la question de la confidentialité des informations communiquées devient une source de forts enjeux stratégiques.

En la matière, il faut se référer à l'article L. 2315-3 du Code du travail qui prévoit que « Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication. Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revê-

tant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur »

Les informations figurant dans la BDESE peuvent également présenter un caractère confidentiel sous réserve d'être par nature confidentielles, présentées comme telles par l'employeur et qu'il soit précisé la durée du caractère confidentiel de ces informations (C.trav., art. R. 2312-13).

Ainsi, les membres du CSE sont astreints à une obligation de secret professionnel et une obligation de discrétion. Faut-il encore que les informations revêtent un caractère confidentiel et qu'elles soient présentées comme telles par l'employeur.

Qui est soumis au secret professionnel et à l'obligation de discrétion ?

Les membres élus et désignés du CSE

Peu important l'effectif de l'entreprise, l'ensemble des membres élus du CSE sont soumis au secret professionnel et à l'obligation de discrétion.

Cela vaut tant pour les élus titulaires que pour les élus suppléants qui, s'ils ne siègent pas automatiquement aux réunions, sont amenés à remplacer les élus titulaires et reçoivent, comme tous les élus, l'ordre du jour des réunions et les informations correspondantes.

Il en est de même pour les représentants syndicaux désignés par les organisations syndicales représentatives pour assister aux réunions de CSE.

Les informations contenues dans la BDESE sont également concernées, quels que soient les représentants du personnel y ayant accès (C. trav., art. L. 2312-36 et R. 2312-12).

Les membres des commissions

Les membres des commissions du CSE sont également soumis aux obligations de secret professionnel et de discrétion dès lors que leurs membres sont désignés par les membres du CSE (pour la commission des marchés : C. trav., art. L.2315-44-3 ; pour la commission économique : C. trav., art. L. 2315-47).

Par ailleurs, si l'employeur adjoint aux commissions des experts et des techniciens, en dehors des membres du CSE, ils seront soumis aux mêmes règles relatives au secret professionnel et à l'obligation de discrétion (C. trav., art. L. 2315-45).

Il est à noter que les deux cadres non-membres du CSE qui assistent à la réunion de la commission économique du CSE à l'occasion d'une procédure d'alerte dans le cadre de l'article L. 2312-63 du Code du travail son également soumis à l'obligation de discrétion (C. trav., art. L. 2312-67)

Les experts du CSE

L'ensemble des experts désignés par le CSE sont également soumis en application de l'article L. 2315-84 aux mêmes obligations de secret et de discrétion que les membres du CSE.

Il importe peu que l'expert soit ou non désigné dans le cadre d'une expertise prévue par la loi. Cela vaut donc tant pour les experts-comptables, que pour les experts habilités en matière de santé, sécurité et conditions de travail ainsi que pour les experts libres que pourrait désigner le CSE.

Malgré tout, certains experts peuvent rencontrer des difficultés pour accéder à certaines informations pour des questions de confidentialité.

Or, au-delà de l'article L. 2315-84 du Code du travail, il est bon de rappeler que l'expert-comptable est une profession réglementée soumise à différentes obligations, notamment, en matière de secret professionnel.

À ce titre, il n'apparaît pas possible de subordonner la communication de certaines informations de l'expert-comptable à la signature d'un accord de confidentialité.

S'agissant de l'expert habilité santé sécurité conditions de travail (SSCT) qui a à connaître des expertises en matière de projets importants ayant un impact sur les conditions de travail des salariés et en matière de risque grave, il est également tenu à des obligations dont dépend sa certification.

En effet, il a l'obligation de respecter la confidentialité en ne diffusant son rapport, ou les informations qui s'y rattachent, qu'aux membres du CSE et d'observer le secret professionnel dans l'exercice de ses missions (A. 7 août 2020, NOR: MTRT1937526A, relatif aux modalités d'exercice de l'expert habilité auprès du comité social et économique).

L'avocat du CSE

Bon nombre de CSE font appel à un avocat pour les accompagner. Parfois, certains peuvent se poser la question de savoir s'ils ont le droit de lui communiquer certains

documents, notamment lorsqu'ils sont présentés comme confidentiels.

En la matière, il est bon de rappeler que l'avocat est soumis au secret professionnel, ce qui permet donc au CSE de lui transmettre tout document sans qu'il ne soit possible de lui opposer une quelconque confidentialité.

Les prestataires techniques du CSE

Les prestataires techniques du CSE sont également soumis à une obligation de discrétion.

C'est en ce sens que « lorsqu'il est fait appel à une personne extérieure pour sténographier les séances du comité, celle-ci est tenue à la même obligation de discrétion que les membres du comité social et économique » (C. trav., art. D. 231-27).

Remarque : la décision de recourir à l'enregistrement ou à la sténographie des débats peut émaner, soit de l'employeur, soit de la délégation du personnel au comité. Si la décision est prise par les membres du comité, l'employeur ne peut pas s'y opposer sauf toutefois lorsque les délibérations portent sur des informations revêtant un caractère confidentiel et qu'il a présentées comme telles (C. trav., art. D. 2315-27).

Au-delà de cette obligation, il sera opportun que le CSE s'assure que le contrat conclu avec la société de sténotypie contient bien une clause relative à son obligation de discrétion.

Quelle est l'étendue de l'obligation de secret professionnel et de discrétion ?

Que recouvre le secret professionnel ?

Le secret professionnel apparaît strictement cantonné à toutes les questions relatives aux procédés de fabrication.

Force est de constater qu'il n'y a pas de jurisprudence sur le sujet concernant les comités d'entreprise ou les CSE.

Toutefois, il a pu être considéré que constituaient des procédés de fabrication ceux qui présentaient une certaine originalité et un intérêt pratique et commercial pour celui les exploitant, en lui permettant une amélioration de la production et une diminution du prix de revient, et qui étaient restés inconnus de ses concurrents (Cass. crim., 20 juin 1973, n° 72-92.270).

Il est important de garder à l'esprit que l'obligation de secret professionnel s'applique automatiquement sans que l'employeur n'ait à la rappeler aux élus. Sa violation peut faire l'objet de poursuites pénales pour délit de révélation d'une information à caractère secret (C. pén., art 226-13).

Quelle est l'étendue de l'obligation de discrétion ?

L'obligation de discrétion couvre les informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur (C. trav., art. L. 2315-3).

Ainsi, il faut qu'à la fois :

- l'information soit présentée comme confidentielle par l'employeur ;
- l'information ait un caractère par nature confidentielle.

L'information doit être présentée comme confidentielle par l'employeur

L'obligation de discrétion n'a vocation à s'appliquer que si l'employeur présente l'information en cause comme confidentielle de manière expresse, préalablement ou concomitamment à la communication de l'information.

L'employeur ne pourra donc pas exiger des élus qu'ils s'engagent, préalablement à la communication d'une information, à en conserver le secret (Cass. crim., 4 nov. 1982, n° 82-90.715).

De même, une déclaration de confidentialité postérieure à l'information ne lie pas les représentants du personnel (Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-47.558).

En l'absence de précisions sur le sujet, l'information communiquée peut être librement diffusée par les membres du CSE.

La preuve incombe à l'employeur. C'est à lui de prouver qu'il a bien indiqué au CSE que les informations sont pour lui confidentielles. Cela suppose, notamment, qu'il informe les élus absents lors de la réunion de CSE que les informations transmises sont couvertes par la confidentialité.

La simple mention « confidentiel » apposée par l'expert-comptable désigné par le CSE sur son rapport ne peut suffire à considérer que les informations contenues dans ledit rapport ont été présentées comme confidentielles par l'employeur (CA Riom, 5 nov. 2013, n° 11/03024).

Le plus souvent, il s'agira de se référer à la note d'information remise au CSE dans le cadre de la procédure d'information-consultation du CSE, et surtout au procès-verbal de la réunion du CSE en cause (Cass. soc. 12 juill. 2006, n° 04-47.558).

La Cour de cassation a pu considérer que l'employeur avait bien informé les membres du comité du caractère confidentiel sous la forme d'une note, portant un tampon rouge indiquant sa confidentialité et une mention rappelant ce caractère confidentiel et que cette note ne pouvait « faire, à ce titre, l'objet d'une diffusion extérieure » (Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367).

A contrario, la Cour d'appel de Besançon a jugé que ne peuvent être considérées comme confidentielles les informations présentées en comité d'entreprise dès lors que le PV de réunion ne mentionne pas que les informations étaient confidentielles, et ce, peu important les mentions générales sur les premières pages sur la confidentialité du contenu de la note d'information remise aux membres du comité (CA Besançon, 4 fév. 2020, n° 18/01761).

Cela doit inviter les employeurs à engager en réunion un débat sur la question de la confidentialité et donc à s'expliquer sur les raisons qui justifient de soumettre certaines informations à l'obligation de discrétion.

Enfin, il est pertinent pour le CSE de demander officiellement à l'employeur la durée de la confidentialité de l'information, comme cela est prévu en matière de BDESE.

L'information doit avoir un caractère par nature confidentielle

Il ne suffit pas que l'employeur ait fait valoir que l'information était couverte par l'obligation de discrétion, l'information doit avoir un caractère par nature confidentielle.

Certains employeurs ont parfois tendance à avoir une vision extensive de l'obligation de discrétion. Or, l'employeur ne peut pas invoquer l'obligation de discrétion pour l'intégralité des informations.

De même, le thème qui constitue l'objet même de la collection ne peut revêtir un caractère confidentiel de l'information.

Il est à noter que Certaines informations sont expressément considérées comme confidentielles en application d'une disposition légale.

C'est le cas :

- des documents de gestion prévisionnelle que certaines sociétés sont tenues d'établir et de mettre à la disposition du CSE dans la base de données économiques, sociales et environnementales (C. trav., art. L. 2312-25) : informations relatives à la situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible, compte de résultat prévisionnel, tableau de financement, bilan annuel et plan de financement prévisionnel, rapports établis sur la base de ces documents, notamment le rapport sur l'évolution de la société dans les sociétés anonymes (C. com., art. L. 232-2, L. 232-3 et L. 232-4) ;
- des informations communiquées au CSE dans le cadre d'un droit d'alerte économique (C. trav., art. L. 2312-67) ;
- des informations communiquées dans le cadre de la recherche d'un repreneur en cas de fermeture d'un établissement (C. trav., art. L. 1233-57-15).

En revanche, s'agissant des autres informations, le législateur s'est bien gardé de définir ce qu'il faut entendre par information à caractère confidentiel.

Il est toutefois à noter qu'à l'occasion des débats parlementaires, il avait indiqué que l'obligation de discrétion ne saurait jouer dans le domaine des licenciements pour motif économique collectif (JO déb. AN n° 56, 29 juin 1965, p. 2711 ; JO déb., n° 13 Sénat, 29 avril 1966, p. 420).

Pour justifier la mise en œuvre de l'obligation de discrétion, la Cour de cassation considère que l'information est par nature confidentielle au regard des intérêts légitimes de l'entreprise ce qu'il appartient à l'employeur d'établir (Cass. soc., 5 nov. 2014, n° 13-17.270 ; Cass. soc., 15 juin 2022, n° 21-10.366).

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par intérêts légitimes de l'entreprise.

L'information ne sera pas par nature confidentielle, si elle est déjà connue par le public par le fait de l'employeur.

Ce sera le cas si :

- l'employeur a lui-même déjà communiqué au personnel sur le projet et sur son contenu ;

- l'information figure dans le rapport public du conseil d'administration (JO AN CR 30 juin 1965, p. 2729).

S'agissant des informations économiques et financières, il pourra s'agir :

- d'informations de projets d'acquisition (CA Paris, 3 février 2004, n° 03/35335) ou de projets de prise de participation dans une entreprise ;
- d'informations relatives notamment à la situation financière de l'une des agences d'une banque située à l'étranger, aux stratégies envisagées dans le cadre du projet de création d'une succursale ainsi que les modalités de prise en charge des litiges en cours avec leurs estimations (Cass. soc., 15 juin 2022, n° 21-10.336).

Il s'agit généralement de données économiques et financières sensibles.

Sont également susceptibles d'être considérées comme confidentielles les informations qui relèvent de la vie privée d'un ou plusieurs salariés, notamment la rémunération des salariés.

À ce sujet, la Cour de cassation a déjà ordonné la communication des données portant sur les rémunérations des salariés au CSE en considérant qu'il n'y avait pas d'atteinte disproportionnée au droit au respect à la vie privée des salariés du fait de l'obligation de discrétion à laquelle les membres du CSE sont tenus (Cass. soc., 5 déc. 2018, n° 16-26.895).

La confidentialité peut également concerner, dans certaines conditions, les informations auxquelles le CSE a accès dans le cadre d'une enquête.

Toutefois, la Cour de cassation peut autoriser la diffusion de telles informations dès lors qu'elle est indispensable à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et que cette atteinte portée à la vie privée du salarié est proportionnée au but poursuivi (Cass. soc., 16 fév. 2022, n° 20-14.416).

En effet, l'employeur ne peut pas invoquer l'intérêt légitime de l'entreprise pour considérer confidentielles des informations lorsque la confidentialité invoquée empêche le CSE de remplir ses missions.

Quelles sanctions en cas du non-respect des obligations de secret professionnel et de discrétion ?

Le recours abusif à la confidentialité par l'employeur

En présence d'un employeur ayant un recours abusif à la confidentialité, il s'agit, pour les membres du CSE, de demander à l'employeur de justifier en quoi les informations sont confidentielles dès la remise de la note d'information ou lors de la première réunion dans le cadre de la procédure de consultation en cause.

En ce sens, l'Administration a considéré, il y a fort longtemps, s'agissant du comité d'entreprise, que « Le chef d'entreprise doit exposer aux membres du comité d'entreprise les raisons pour lesquelles il fait appel à cette obligation. Il lui est donc recommandé de ne pas recourir abusivement à cette obliga-

tion... » (Circ. TE no 67-35, 1^{er} sept. 1967, Bull. jur. UCANSS n° 44).

D'ailleurs, la Cour de cassation considère que c'est à l'employeur de justifier du caractère confidentiel des informations transmises au regard des intérêts légitimes de l'entreprise (Cass. soc., 5 nov. 2014 n° 13-17.270).

Si l'employeur se refuse d'expliquer en quoi les informations sont pour lui confidentielles ou si l'explication confirme le caractère abusif de sa démarche, le CSE est en droit de saisir le tribunal judiciaire. Une telle saisine doit être effectuée sans attendre la fin de la consultation.

Une procédure en référé est à privilégier en faisant valoir l'existence d'un trouble manifestement illicite au bon fonctionnement du CSE en raison du recours abusif à la confidentialité.

D'ailleurs, dans un litige où l'employeur a considéré que l'intégralité des documents était couverte par la confidentialité, la Cour de cassation a déjà jugé que la procédure d'information/consultation devait être reprise dès l'origine (Cass. soc., 5 nov. 2014, n° 13-17.270)

Une telle décision est à saluer dans la mesure où elle est particulièrement dissuasive et incite l'employeur à ne pas recourir de manière abusive à la confidentialité sauf à prendre le risque de retarder la mise en œuvre de son projet pour avoir à reprendre la procédure dès le début

La violation des obligations de secret professionnel et discrétion par le membre du CSE

Si le non-respect du secret professionnel est pénalement répréhensible (C. pén., art L. 226-13 et C. trav., art. L. 1227-1), il est à constater qu'en pratique, de telles poursuites à l'encontre d'un élu sont extrêmement rares.

Il en est de même des actions civiles tendant à condamner un élu à verser des dommages et intérêts en cas d'éventuelles violations de l'obligation de discrétion.

Le plus souvent, si un membre du CSE ne respecte pas son obligation de secret professionnel ou de discrétion, il est susceptible de faire l'objet d'une sanction disciplinaire dont la gravité peut varier en fonction des circonstances (Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-19.237 ; Cass. soc. 6 mars 2012, n° 10-24.367 ; Cass. soc., 25 mars 1981, n° 79-40.976) pouvant aller jusqu'au licenciement (Cass. soc., 11 oct. 1972, n° 71-40.509)

En revanche, si un représentant du personnel a été sanctionné pour avoir communiqué une information, que l'employeur a considérée abusivement comme confidentielle, il peut obtenir l'annulation de la sanction (CA Versailles, 27 févr. 2019, n° 16/04274 ; Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-19.237).

De même, l'administration est susceptible pour les mêmes raisons de refuser d'autoriser le licenciement d'un salarié protégé (CE, 6 mai 1991, n° 86805).