

Commentaire

Décision n° 2013-345 QPC du 27 septembre 2013

Syndicat national groupe Air France CFTC

(Communication syndicale par voie électronique dans l'entreprise)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 11 juillet 2013 par la Cour de cassation (chambre sociale, arrêt n° 1553 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par le Syndicat national groupe Air France CFTC et relative à l'article L. 2142-6 du code du travail.

Dans sa décision n° 2013-345 QPC du 27 septembre 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré cet article conforme à la Constitution.

I. – Contexte de la QPC

A.– Historique, portée et contexte des dispositions contestées

L'article L. 2142-6 du code du travail s'insère parmi les cinq articles du code du travail relatifs à l'affichage et à la diffusion des communications syndicales. Les quatre autres articles (L. 2142-3 à 5 et L. 2142-7) sont relatifs à l'affichage et à la diffusion de ces communications « sous forme papier ». L'article L. 2142-6 est relatif à leur mise à disposition et leur diffusion par voie électronique.

1. La liberté de communication syndicale « sous forme papier »

* Les règles actuelles de communication des syndicats dans l'entreprise résultent pour l'essentiel de l'article 5 de la loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, qui dispose : « *L'affichage des communications syndicales s'effectue librement sur des panneaux réservés à cet usage et distincts de ceux qui sont affectés aux communications des délégués du personnel et du comité d'entreprise. Un exemplaire de ces communications syndicales est transmis au chef d'entreprise simultanément à l'affichage.*

« *Les panneaux sont mis à la disposition de chaque section syndicale suivant des modalités fixées par accord avec le chef d'entreprise.*

« *Les publications et tracts de nature syndicale peuvent être librement diffusés aux travailleurs de l'entreprise, dans l'enceinte de celle-ci, aux heures d'entrée et de sortie du travail.*

« *Ces communications, publications et tracts doivent correspondre aux objectifs des organisations professionnelles tels qu'ils sont définis à l'article 1^{er} du titre I^{er} du livre III du code du travail.* »

Ainsi, la loi qui a reconnu et encadré l'activité des syndicats dans l'entreprise a institué un régime de liberté d'affichage et de distribution des tracts. Il s'agit de dispositions qui ne s'appliquaient, comme l'ensemble de la loi, qu'aux syndicats représentatifs.

Cet article est devenu l'article L. 412-7 du code du travail en 1973. À cette occasion, son premier alinéa a été scindé en deux.

La loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (loi « Auroux 2 ») a renuméroté cet article, devenu L. 412-8, et a donné une nouvelle rédaction de son cinquième alinéa pour renforcer la liberté des syndicats : « *Le contenu de ces affiches, publications et tracts est librement déterminé par l'organisation syndicale, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse* ». Cette loi a également introduit un sixième alinéa relatif au travail temporaire.

L'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail¹ a procédé à la répartition des différents alinéas de l'ancien article L. 412-8 dans de nouveaux articles du code du travail (L. 2142-3 à L. 2142-7) sans changer la rédaction des dispositions contestées.

* Le droit de la communication syndicale, qu'il s'agisse de l'affichage ou de la distribution de tracts, repose sur un régime de liberté encadrée dans l'espace pour l'affichage (les panneaux syndicaux) et dans le temps pour la distribution des tracts (les heures d'entrée et de sortie du travail).

L'employeur qui fait obstacle à l'exercice de cette liberté s'expose à des poursuites pour délit d'entrave. Il peut contester la nature non syndicale de l'information diffusée ou dénoncer son caractère injurieux ou diffamatoire au sens de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Le fait que les propos soient tenus dans le cadre de l'exercice du droit syndical n'exonère en effet pas du respect de la loi sur la liberté de la presse².

L'employeur ne peut toutefois utiliser ses pouvoirs de direction pour faire retirer des affiches dont il conteste le contenu. Il doit, pour cela, saisir la justice. La chambre criminelle a en effet approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que « *l'employeur ne dispose pas d'un droit de contrôle sur la teneur des communications affichées par les organismes syndicaux sur les panneaux réservés à cet usage par l'article L. 412-7 du Code du travail ; (...) s'il est vrai*

¹ Ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

² Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 17 mars 2011, n° 10-11784.

*que les communications syndicales doivent répondre aux objectifs des organisations professionnelles tels qu'ils sont définis à l'article L. 411-1 dudit code, il appartient au chef d'entreprise, qui conteste la finalité de ces communications, de saisir la justice, pour obtenir la suppression de l'affichage prétendument irrégulier »³. En matière de communication syndicale s'applique donc le principe général selon lequel il n'y a pas de contrôle *a priori* du contenu mais seulement une responsabilité *a posteriori* en cas d'abus de l'exercice de cette liberté.*

* La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a conduit à une modification importante du champ d'application des dispositions qui organisent l'exercice de la liberté de communication des syndicats.

Avant cette loi, les dispositions relatives à l'exercice de la liberté syndicale n'étaient applicables qu'aux syndicats représentatifs. Sous le nouveau régime de représentativité syndicale adopté en 2008, il est devenu nécessaire de distinguer les prérogatives réservées aux syndicats représentatifs (accès à la négociation collective) et les prérogatives attachées à l'exercice du droit syndical reconnues à tous les syndicats légalement constitués et ayant ouvert une section syndicale dans l'entreprise. Dès lors que la représentativité repose désormais sur l'élection, il est nécessaire que tous les syndicats, qu'ils soient ou non représentatifs, aient, en particulier en période électorale, accès aux mêmes moyens de communication à l'égard des salariés.

Par suite, dans un arrêt du 21 septembre 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé « *qu'en vertu des articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du code du travail, 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 »⁴.*

* Le droit européen de la liberté de communication syndicale

En matière de communication syndicale, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) veille au respect de la protection de la liberté d'expression dans des conditions qui ne sont guère différentes de celles applicables en

³ Cour de cassation, chambre criminelle, 11 mai 2004, n° 03-83682.

⁴ Cour de cassation, chambre sociale, 21 septembre 2011, n° 10-19017, 10-23247.

général. Ainsi, dans un arrêt de grande chambre *Palomo Sanchez et autres c. Espagne* du 12 septembre 2011, elle juge :

« 53. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (voir, parmi d'autres, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July, précité). De plus, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression (De Haes et Gijssels c. Belgique, 24 février 1997, § 48, Recueil 1997-I) ».

Elle admet ainsi que les excès de l'exercice de la liberté d'expression soient réprimés en jugeant, dans le cas d'espèce, que l'existence de revendications syndicales « ne saurait justifier l'utilisation de caricatures et d'expressions offensantes, même dans le cadre de la relation de travail (paragraphe 24 ci-dessus, point 154). De plus, ces dernières ne constituaient pas une réaction instantanée et irréfléchie dans le cadre d'un échange oral rapide et spontané, ce qui est le propre des excès verbaux. Il s'agissait au contraire d'assertions écrites, publiées en toute lucidité et affichées publiquement au sein de la société P. (comparer avec De Diego Nafria précité, § 41). » (§ 73)

2. – La communication des syndicats sous forme dématérialisée

Les dispositions contestées ont pour origine l'article 52 de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. Cet article avait pour objet de compléter le dispositif de l'article L. 412-8 du code du travail pour adapter le droit de la communication syndicale aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC). Il a complété l'article L. 412-8 du code du travail par un alinéa constitué de trois phrases qui sont devenues, lors de la recodification du code du travail en 2007, l'article L. 2142-6 du code du travail actuel.

À l'inverse du régime de liberté encadrée par la loi qui prévaut pour l'affichage et la diffusion de tracts, le régime institué en 2004 pour les TIC repose sur un régime d'autorisation par l'employeur. L'autorisation ne porte pas sur le contenu de l'information diffusée mais sur le principe même du recours aux TIC. Ainsi que l'a jugé la chambre sociale de la Cour de cassation le 25 janvier 2005 dans l'arrêt *Clear Channel France* (dans une espèce pourtant antérieure à la loi de

2004 mais dans laquelle cette loi a néanmoins été appliquée) : « *la diffusion de tracts et de publications syndicaux sur la messagerie électronique que l'entreprise met à la disposition des salariés n'est possible qu'à la condition, soit d'être autorisée par l'employeur, soit d'être organisée par voie d'accord d'entreprise* »⁵.

La création d'un panneau d'affichage virtuel ou d'un site intranet du syndicat et la diffusion de messages électroniques par le syndicat sont conditionnées à un accord d'entreprise qui peut donc ne pas être conclu. Il n'existe au demeurant pas d'obligation de négocier. Cette orientation restrictive traduit l'intention du législateur lors de l'adoption de la loi du 4 mai 2004 précitée. Des amendements tendant à reconnaître le principe de l'accès aux TIC pour la communication syndicale tout en imposant que ses modalités soient définies par la négociation avaient en effet été rejetés lors de la discussion parlementaire.

Ainsi, bien qu'elle ait été discutée et adoptée à la même période que la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dont l'article 1^{er} a proclamé : « *La communication au public par voie électronique est libre* », la loi du 4 mai 2004 a, s'agissant de la communication syndicale, retenu un principe inverse.

– S'agissant des messages électroniques (le « *push* »), les dispositions contestées portent sur la « diffusion de messages ». Dès lors que les destinataires de cette diffusion sont les adresses électroniques professionnelles des employés, le régime d'autorisation s'applique que les messages aient été adressés à partir d'une adresse de messagerie interne à l'entreprise ou à partir de messageries externes. Les tentatives de détournement de l'interdiction en adressant les messages depuis des adresses extérieures à l'entreprise sont donc tenues en échec par les dispositions contestées.

La chambre sociale a adopté toutefois une interprétation restrictive de la notion de diffusion en jugeant, le 10 janvier 2012, dans l'arrêt *Caisse régionale de crédit maritime mutuel de Bretagne Normandie*, que le fait que le message syndical soit arrivé dans les seules boîtes électroniques des responsables d'agence ne constituait pas une diffusion au sens de l'article L. 2142-6 du code du travail⁶. Il y a donc une différence entre la « *diffusion* », qui suppose un envoi suffisamment général, et la « *distribution* » à un nombre limité de destinataires, laquelle n'est pas interdite.

– S'agissant des sites syndicaux sur lesquels l'information syndicale peut être consultée ou téléchargée (le « *pull* »), il convient de distinguer les sites ouverts sur l'intranet de l'entreprise et les sites internet syndicaux qui n'utilisent pas le

⁵ Cour de cassation, chambre sociale, 25 janvier 2005, n° 02-30946.

⁶ Cour de cassation, chambre sociale, 10 janvier 2012, n° 10-18558.

réseau intranet de l'entreprise. Seuls les premiers sont soumis au régime d'autorisation prévu par les dispositions contestées.

Au contraire, un site syndical ouvert sur internet se trouve soumis au droit commun de la communication électronique, c'est-à-dire un régime de liberté avec la responsabilité de la législation sur la presse (diffamation et injure). La chambre criminelle de la Cour de cassation juge : « *le réseau internet constituant un moyen de communication audiovisuelle au sens de l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, la responsabilité pénale du propriétaire d'un site et de l'auteur des propos injurieux ou diffamatoires diffusés sur ce site peut être engagée dans les conditions prévues par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle dans sa rédaction issue de la loi du 13 décembre 1985, applicable au moment où les faits ont été commis* » et a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé « *que, s'il est certain que le langage syndical justifie la tolérance de certains excès à la mesure des tensions nées de conflits sociaux ou de la violence qui parfois sous-tend les relations du travail, il n'en reste pas moins qu'excèdent la mesure admissible dans un tel cadre et présentent un caractère injurieux des propos tels que "pôvre vieux", "givré", "plus barge que ça tu meurs", "dingue doublé d'un sadique..."* »⁷.

Sur internet, la liberté de communication dont disposent les syndicats doit également être conciliée avec le droit des employeurs de protéger certaines informations confidentielles. Dans l'arrêt *TNS Secodip* du 5 mars 2008, rendu au double visa du § 2 de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de l'article 1^{er} de la loi du 21 juin 2004, la chambre sociale a ainsi jugé : « *si un syndicat a le droit de communiquer librement des informations au public sur un site internet, cette liberté peut être limitée dans la mesure de ce qui est nécessaire pour éviter que la divulgation d'informations confidentielles porte atteinte aux droits des tiers* »⁸. Comme il a pu être commenté : « *Il n'y a donc, en matière de communication syndicale électronique externe à l'entreprise, aucune spécificité à l'égard des syndicats, au contraire de ce qui se passe... en cas de communication syndicale électronique interne* »⁹.

B. – Origine de la QPC

L'accord relatif à l'exercice du droit syndical au sein de la société Air France prévoit que les syndicats disposent d'un panneau d'affichage électronique sur le réseau intranet de la société (« *pull* »). Il interdit en revanche l'envoi de

⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, 10 mai 2005, n° 04-84705.

⁸ Cour de cassation, chambre sociale, 5 mars 2008, n° 06-18907

⁹ Y. Leroy, « La communication syndicale à l'heure d'internet », RJS 1/10

messages électroniques en masse vers les adresses professionnelles de groupes de salariés sur l'intranet de l'entreprise (« *push* »).

Le Syndicat national groupe Air France CFTC a procédé à de tels envois de messages électroniques de nature syndicale à l'attention du personnel naviguant d'Air France, soit près de 15 000 personnes. Air France a assigné en référé le syndicat pour délit d'entrave à un système informatique aux fins de lui faire interdiction de réitérer l'envoi de messages de nature syndicale. L'assignation est fondée sur l'article L. 2142-6 du code du travail mais se prévaut également de la violation d'autres législations, notamment la législation « informatique et libertés ».

À l'occasion de ce litige devant le juge des référés de Bobigny, le syndicat défendeur a posé une QPC relative à l'article L. 2142-6 du code du travail, qui a été transmise à la Cour de cassation le 15 avril 2013.

L'argumentation du requérant est tirée de l'atteinte conjointe au sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 sur la liberté syndicale et à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sur la liberté d'expression et de communication.

Dans son arrêt du 11 juillet 2013, la Cour de cassation a jugé que la question présente un caractère sérieux, « *la disposition subordonnant l'utilisation par les syndicats d'un moyen de communication actuel et devenu usuel à une autorisation ou à un accord de l'employeur étant de nature à affecter l'efficacité de leur action dans l'entreprise et la défense des intérêts des travailleurs* ».

II. – Examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Les normes constitutionnelles de référence

– Le sixième alinéa du Préambule de 1946 dispose : « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ». Le Conseil déduit de cette disposition un principe de liberté des travailleurs à adhérer au syndicat de leur choix¹⁰, un principe de participation des syndicats dans la négociation collective pour la mise en œuvre du huitième alinéa du Préambule de 1946¹¹ et un principe selon lequel la liberté syndicale

¹⁰ Décisions n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, cons. 83 et n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autre (Calcul des effectifs de l'entreprise)*, cons. 9.

¹¹ Décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres [Représentativité des syndicats]*, cons. 4 à 6.

nécessite que les délégués syndicaux bénéficient d'une nécessaire indépendance¹². Ces principes ne sont pas ici directement en cause.

S'agissant de la liberté d'action du syndicat, le Conseil contrôle et a, jusqu'à présent, toujours validé les modalités d'organisation de la représentativité des syndicats. Il admet en outre la constitutionnalité des dispositions qui réservent certaines prérogatives aux syndicats représentatifs pour la négociation collective¹³ et le déclenchement de la grève¹⁴.

Le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à se prononcer sur la liberté d'expression des syndicats dans l'entreprise.

– La liberté d'expression, reconnue par l'article 11 de la Déclaration de 1789, fait l'objet d'une protection constitutionnelle abondante et renforcée qui bénéficie du triple contrôle de proportionnalité que le Conseil constitutionnel réserve au contrôle des dispositions portant atteinte à cette liberté ou à la liberté individuelle. Le Conseil juge en effet que « *que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »¹⁵.

Le Conseil reconnaît l'importance des services de communication au public en ligne pour l'exercice de cette liberté. Ainsi, dans sa décision sur la loi dite HADOPI » du 10 juin 2009, il a jugé : « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* »¹⁶.

Il vient de confirmer cette orientation à propos de la diffusion de la propagande électorale aux Français établis hors de France : « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour l'exercice de la démocratie, le législateur pouvait, sans méconnaître*

¹² Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, cons. 20.

¹³ Décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 25 et 28.

¹⁴ Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 13, et 28.

¹⁵ Décision n° 2013-302 QPC du 12 avril 2013, *M. Laurent A. et autres (Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion)*.

¹⁶ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 12.

aucune exigence constitutionnelle, prévoir que l'information serait communiquée par voie électronique aux électeurs »¹⁷.

En matière de restriction de l'accès à internet, le Conseil constitutionnel a censuré, dans sa décision précitée du 10 juin 2009, un dispositif de coupure administrative de l'accès à internet de toute personne, notamment depuis son domicile, en cas d'usage de l'accès à internet non respectueux de la propriété intellectuelle¹⁸. Dans sa décision sur la loi LOPPSI du 10 mars 2011, il a en revanche contrôlé et, compte tenu des garanties encadrant ce dispositif, validé des dispositions qui confèrent à l'autorité administrative le pouvoir de restreindre, pour la protection des utilisateurs d'internet, l'accès à des services diffusant des images de pornographie infantile¹⁹.

– Dans son avis sur le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, l'avocat général référendaire avait soulevé la question de la norme de référence applicable pour contrôler les dispositions contestées. M. Weissmann a en effet proposé de considérer qu'au regard de l'article 11 de la Déclaration de 1789, la question n'était pas sérieuse dans la mesure où « *ce qui est en cause n'est pas le droit d'expression général garanti à chaque individu par l'article 11 de la Déclaration, mais l'exercice du droit d'expression collective par un syndicat sur le lieu de travail* ». Il a ainsi proposé de retenir comme seul grief l'atteinte à l'exercice de la liberté syndicale. Cette analyse est confortée par la distinction législative, dans le code du travail, entre les dispositions qui protègent les libertés individuelles du salarié (article L. 1121-1) et celles qui garantissent le droit à l'expression directe et collective des salariés sur le contenu, les conditions et l'organisation de leur travail (article L. 2281-1).

– Dans sa décision n° 2013-345 QPCC, le Conseil constitutionnel n'a pas exercé son contrôle au regard de l'article 11 de la Déclaration de 1789 mais au regard du sixième alinéa du Préambule de 1946 ainsi que de son huitième alinéa qui dispose : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». La référence au huitième alinéa est ici double. D'une part, le principe de participation est étroitement lié à la liberté syndicale comme une norme matérielle garantissant aux salariés le droit d'être entendus et représentés dans l'entreprise. D'autre part, le principe de participation constitue une norme constitutionnelle d'habilitation en vertu de laquelle le législateur peut confier aux partenaires sociaux « *le soin de préciser, notamment par la voie de la*

¹⁷ Décision n° 2013-673 DC du 18 juillet 2013, *Loi relative à la représentation des Français établis hors de France*, cons. 5.

¹⁸ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée, cons. 16.

¹⁹ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 5 à 8.

négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte »²⁰.

B. – Examen au cas d'espèce

* Le Conseil constitutionnel doit opérer un contrôle de la conciliation opérée par le législateur entre les exigences constitutionnelles que sont, d'une part, la liberté d'action des syndicats dont l'article L. 2142-6 ne constitue qu'une des modalités d'expression et, d'autre part, la liberté garantie par l'article 4 de la Déclaration de 1789 qui comprend notamment la liberté d'entreprendre.

Cette analyse peut notamment s'appuyer sur l'existence et la teneur des quatre autres articles du code du travail relatifs à l'affichage et à la diffusion des communications syndicales. Ces articles assurent la diffusion de l'information syndicale. Dans le même temps ils visent à ce que cet affichage et cette diffusion n'interfèrent pas avec le bon déroulement du travail. D'une part, la diffusion ne peut avoir lieu qu'aux heures d'entrée et de sortie. D'autre part, l'affichage s'effectue sur des panneaux dans des locaux d'accès commun qui, par définition, ne sont pas ceux dans lesquels chaque personne exerce son travail. Enfin, dans les entreprises de travail temporaire, les communications sont faites par voie postale, il en est donc pris connaissance à son domicile.

En outre, l'argument relatif à la nécessité de prendre en compte les impératifs de sécurité informatique et de législation informatique et liberté a été souligné par la CNIL. Dès mars 2001, dans son rapport sur « La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise », la CNIL avait estimé que l'accès par les organisations syndicales à l'intranet et à la messagerie électronique devait être autorisé et organisé par l'accord d'entreprise. Cette nécessité de prendre en compte les contraintes techniques du réseau intranet de l'entreprise est liée à la capacité à supporter des envois en masse et le volume de leurs pièces jointes, à assurer la confidentialité des échanges avec les organisations syndicales (qui soulève, s'agissant des sites syndicaux, la capacité de l'employeur, via le service informatique, à mesurer la fréquence et à identifier l'origine des consultations de tels sites), à la protection du droit des salariés à choisir s'ils souhaitent ou non recevoir les messages... Comme le souligne Jean-Emmanuel Ray : « *Comme la sécurité incendie, celle des systèmes d'information n'est pas négociable : le capital informationnel d'une entreprise est souvent aujourd'hui plus important que son capital social* »²¹.

²⁰ Décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, *Loi en faveur des petites et moyennes entreprises*, cons. 8.

²¹ J.-E. Ray, « CGT, CFDT, CNT, CE et TIC, rapports collectifs de travail et nouvelles technologie de l'information et de la communication », *Droit social*, n° 4, avril 2012, p. 362.

Pour opérer cette prise en compte des nécessités informatiques de l'entreprise, un équilibre est nécessaire. Dans ses observations, le Gouvernement insistait sur la singularité de chaque entreprise que seul un accord particulier peut prendre en compte : « *le fonctionnement des entreprises diffère selon leur taille ou leur activité et l'usage des nouvelles technologies n'apparaît pas uniforme* ». Dans ce sens M. Bouteloup indique : « *Chaque entreprise est singulière : l'outil informatique y est plus ou moins développé, plus ou moins central et plus ou moins vital. L'ouverture du réseau intranet au dialogue social n'est pas forcément souhaitable partout dans un premier temps. Et lorsque cette ouverture est envisageable, les conditions du développement de la communication syndicale par intranet doivent être déterminées suivant les spécificités de chaque entreprise* ».²² De même le professeur Ray souligne : « *En créant cet accord nécessairement donnant – donnant (accès contre encadrement conventionnel), le but du législateur était que cette négociation très tactique fixe dans le détail les conditions d'utilisation : périodicité, volume et nature des éventuelles pièces jointes, nombre de destinataires, constitution de listes de diffusion, interdiction des chaînes voire de toute interactivité sinon entre représentants du personnel* ».

Prenant en compte ces arguments, le Conseil constitutionnel a jugé que n'étaient contraires à la Constitution ni le renvoi à un accord collectif pour déterminer les modalités de la communication syndicale par voie électronique ni les exigences posées par la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 2142-6 et son second alinéa (compatibilité avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise, absence d'entrave à l'accomplissement du travail et préservation de la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message)(cons. 4 et 5).

S'agissant de l'hypothèse d'absence d'accord d'entreprise permettant 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, le Conseil a jugé, comme l'y invitaient tant le Secrétariat général du Gouvernement que la partie défenderesse, que les syndicats peuvent, outre l'application des dispositions du premier alinéa de l'article L. 2142-3 du code du travail (diffusion de tracts) et de son article L. 2142-4 (affichage sur les panneaux dans l'entreprise), librement diffuser des publications et tracts sur les réseaux de communication au public en ligne, que les salariés peuvent également librement y accéder sur ces réseaux et qu'ils peuvent s'inscrire sur des listes de diffusion afin de recevoir par voie électronique les publications et tracts syndicaux (cons. 6).

²² M. Bouteloup, « *Communication syndicale et intranet : un premier pas législatif* », Semaine social Lamy-2004, 1162

En conséquence, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en adoptant ces dispositions, le législateur n'a pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre, d'une part, la liberté de communication des syndicats et, d'autre part, la liberté tant de l'employeur que des salariés. Il en a conclu que les exigences tirées du sixième alinéa du Préambule de 1946 n'étaient pas méconnues. Constatant qu'aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit n'était méconnu, il a déclaré l'article L. 2142-6 du code du travail conforme à la Constitution.