COBLENCE
& associés

Décembre 2018

ACTUALITÉ SOCIALE

Le régime de la preuve confronté au RGPD

La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental.

Pour autant, le droit à la protection des données à caractère personnel doit être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité.

Ainsi le règlement du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, précise que le droit à la protection des données personnelles n'est pas un droit absolu et que ce règlement « respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, en particulier le respect de la vie privée et familiale, du domicile, et des communications, la protection des données à caractère personnel, la liberté de penser, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'information, la liberté d'entreprise, le droit à un recours effectif et à accéder à un Tribunal impartial, la diversité culturelle, religieuse et linguistique. »

L'employeur étant responsable du traitement de données à caractère personnel, encourt des sanctions en cas de violation de la Directive, et notamment, toute personne ayant subi un dommage matériel ou moral du fait d'une violation du règlement, a le droit d'obtenir du responsable du traitement, réparation du préjudice subi.

Il en résulte que, dans de nombreuses circonstances, l'employeur va être confronté, à des droits fondamentaux divergents, qui vont le placer dans une situation délicate puisqu'il va devoir, à la fois protéger, par exemple la vie privée des salariés, tout en justifiant qu'il a respecté d'autres droits fondamentaux, tel que le principe de non-discrimination.

Un exemple de cette difficulté nous est donné par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 novembre 2018 (n°17-16.799) au visa de l'article 9 du Code Civil, confrontant le régime de la preuve au respect de la vie privée des salariés.

En l'espèce, l'employeur avait dans le cadre de l'organisation d'élections professionnelles, transmis aux organisations syndicales des bulletins de salaire de salariés, afin d'établir la nature de leurs fonctions et leur classification.

Les salariés estimant que la production de leurs bulletins de salaire sans que les données personnelles ne soient masquées, portait atteinte à leur vie privée, ont saisi le Conseil de prud'hommes afin qu'il soit enjoint à la société, sous astreinte, de cesser cette communication et qu'elle soit condamnée à des dommages et intérêts.

Catherine Davico-Hoarau
Associée / Partner

hoarau@coblence-avocats.com

Elisabeth Laherre
Associée / Partner

laherre@coblence-avocats.com

Ayant constaté que les bulletins de salaire mentionnaient des données personnelles telles que l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire, et l'existence d'arrêts de travail pour maladie pour certains, et que ces bulletins de salaire avaient été communiqués sans leur accord préalable, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'une atteinte à la vie privée constitutive d'un trouble manifestement illicite ouvrant droit à réparation, et leur a accordé le bénéfice de dommages et intérêts, évalués selon le préjudice subi.

Or la production des bulletins de salaire est souvent nécessaire, voire obligatoire, lorsqu'il s'agit de démontrer qu'un salarié n'a subi aucune discrimination. Il en est de même de la production de diplôme ou de toute autre pièce servant à comparer la situation d'un certain nombre de salariés entre eux.

Comment l'employeur va pouvoir assurer le respect de droits qui nécessairement sont divergents puisqu'ils opposent des droits fondamentaux dorénavant inconciliables ?

Pour pouvoir produire les pièces nécessaires, l'employeur devra, soit solliciter l'autorisation des salariés concernés (qui n'auront pas nécessairement envie que leurs diplômes, bulletins de salaire etc soient produits à des tiers) soit supprimer sur ces documents toutes les données personnelles permettant leur identification (adresse, date de naissance, ancienneté, nom, matricule, salaire) ce qui pourra rendre la pièce ainsi anonymisée totalement inopérante.

Dans le prolongement de cet arrêt du 7 Novembre 2018, se pose la question de la communication de ce type de pièces par l'employeur dans des contentieux en discrimination ou inégalité de traitement.

Comment également va-t-il pouvoir assurer sa défense s'il ne peut pas démontrer que les salariés du panel ne sont pas dans une situation identique ou s'il ne peut pas justifier par des critères objectifs des évolutions de carrière différentes ?

L'employeur qui a droit à un procès équitable (droit fondamental) aura le choix entre se faire condamner pour discrimination ou pour violation de la vie privée….

Après s'être vu opposer un refus des salariés concernés, l'employeur pourra demander au juge saisi d'un tel procès, d'être autorisé à produire ces pièces non anonymisées, le juge prenant alors la responsabilité de sa décision.

Mais se posera la question de la circulation incontrôlée des pièces ainsi communiquées dans le cadre d'un contentieux judicaire.

A n'en pas douter l'année 2019 sera riche de nouveaux contentieux sur cette question.

➢ **Décret n°2018-928 du 29 octobre 2018 relatif au contentieux de la Sécurité Sociale et de l'Aide Sociale (JO du 30 octobre 2018)**

A compter du 1er janvier 2019, les juridictions du contentieux général de la Sécurité Sociale, du contentieux de l'Incapacité et de l'Aide Sociale sont supprimées.

Ce contentieux relèvera, désormais, pour ce qui concerne l'ordre judiciaire, des Tribunaux de Grande Instance et de Cours d'Appel spécialement désignés, et pour ce l'ordre administratif, des Tribunaux Administratifs et Cours Administratives d'Appel.

Ce décret fixe les dispositions procédurales applicables aux contestations des décisions des organismes de Sécurité Sociale, des Maisons Départementales, des Personnes Handicapées et des Autorités Administratives.

➢ **Décret n°2018-921 du 26 octobre 2018 modifiant certaines dispositions du Code du Travail relatives au CSE**

Ce décret publié au Journal Officiel du 28 octobre 2018 est entré en vigueur le 29 octobre 2018.

- *Sur les règles de composition du Comité de Groupe*

L'article D.2332-2 ancien, prévoyait que lorsque moins de 15 entreprises du Groupe étaient dotées d'un Comité Social et Economique, le nombre de membres du Comité de Groupe ne pouvait être supérieur au double du nombre de ces entreprises.

Le Décret du 26 octobre 2018 apporte la précision que les entreprises dont s'agit sont des entreprises d'au moins 50 salariés.

- *Sur la Commission des Marchés*

L'article D.2315-29 prévoyait qu'en l'absence d'accord d'entreprise, une Commission des Marchés était créée au sein du Comité Social et Economique lorsque deux des trois critères fixés à ce même article étaient dépassés.

Le nouvel article D.2315-29 supprime la référence à l'absence d'accord et prévoit, en tout état de cause, une Commission des Marchés au sein du CSE qui dépasse au moins deux des trois critères les seuils fixés par cet article.

➢ **Décret n°2018-920 du 26 octobre 2018 relatif au CSE et au financement mutualisé des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales de salariés**

L'article R.2314-26 issu de ce décret prévoit qu'à défaut de stipulations contraires, les stipulations du protocole d'accord préélectoral relatives à l'exception à la limitation du nombre de mandats successifs mentionnés au 2ème alinéa de l'article L.2314-33 sont à durée indéterminée.

- **Loi n°2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude parue (JO du 24 octobre 2018)**

Les agents de contrôle de l'Inspection du Travail, les agents des organismes du Code de la Sécurité Sociale et ceux mentionnés dans le Code Rural et de la Pêche Maritime, disposent désormais d'un droit d'accès direct aux informations contenues dans les fichiers tenus en application des articles 1649 A et 1649 Ter du Code Général des Impôts, aux données relatives aux mutations à titre onéreux ou gratuit et aux actes relatifs aux sociétés ainsi qu'aux informations mentionnées à l'article L.107 B du présent Livre.

Il les rend ainsi destinataires des informations contenues dans le Répertoire National Commun de la Protection Sociale.

➢ **Exécution du contrat**

- **Le contrat à durée déterminée doit toujours être signé sous peine de sanction (Cass. soc. 14 nov. 2018, n°16-19.038)**

L'absence de signature du contrat à durée déterminée par l'employeur est une irrégularité qui doit être sanctionnée par la requalification du contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée de la même manière que l'absence de signature du contrat à durée déterminée par le seul salarié.

- **Les heures supplémentaires nécessitées par les tâches à accomplir doivent être rémunérées (Cass. soc. 14 nov. 2018, n°17-16.959; n°17-20.659)**

Le principe en matière d'heures supplémentaires est que seules les heures supplémentaires effectuées après accord de l'employeur sont rémunérées.

Ce principe est battu en brèche par l'arrêt du 14 novembre, la Cour ayant admis que le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires accomplies, soit avec l'accord au moins implicite de l'employeur soit s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui ont été confiées au salarié.

La Cour de Cassation en a jugé de même dans un autre arrêt rendu le même jour dans une espèce où l'employeur avait rappelé, à plusieurs reprises au salarié, qu'il devait respecter la durée de travail de 35 heures par semaine.

Nonobstant ces différents courriers, la Cour de Cassation a accordé au salarié le bénéfice des heures supplémentaires au motif que les heures de travail accomplies avaient été rendues nécessaires à la réalisation des tâches confiées au salarié.

- **Quel droit à la participation / intéressement en cas de congé de reclassement ? (Cass. soc. 20 septembre 2018, n°16-19.680; 7 novembre 2018, n°17-18.936)**

La Cour de Cassation a jugé qu'en application de l'article L.3342-1 du Code du Travail, tous les salariés d'une entreprise où a été conclu un accord d'intéressement ou de participation, doivent avoir la possibilité de bénéficier de la répartition des résultats de l'entreprise sans que puisse leur être opposé le fait qu'ils n'exécutent pas leur activité en France ou qu'ils n'y sont pas rémunérés.

En conséquence, les salariés détachés ou expatriés doivent bénéficier des accords d'intéressement et de participation à partir du moment où ils restent dans l'effectif de la société.

La Cour de Cassation a, également, jugé dans un arrêt du 7 novembre 2018 que les salariés en congé de reclassement doivent continuer à bénéficier de l'intéressement et de la participation aux résultats de l'entreprise suivant le même principe que l'arrêt précédent, celui de l'intégration à l'effectif de l'entreprise.

➢ **Egalité de traitement et nouveau barème conventionnel (Cass. soc. 14 nov. 2018, n° 17-14.937)**

En l'espèce des salariés appartenant à la même catégorie professionnelle et exerçant les mêmes fonctions, ne bénéficiaient pas des mêmes règles d'avancement à raison de la succession de plusieurs accords collectifs.

La Cour de Cassation a rappelé que le principe d'égalité de traitement ne faisait pas obstacle à ce que des salariés embauchés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un nouveau barème conventionnel,

soient appelés, dans l'avenir, à avoir une évolution de carrière plus rapide dès lors qu'ils ne bénéficient, à aucun moment, d'une classification ou d'une rémunération plus élevée que celle des salariés embauchés antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau barème et placés dans une situation identique ou similaire.

- **Retour sur la définition de l'UES (Cass. soc. 21 nov. 2018, n°16-27.690)**

La Cour de Cassation rappelle, ce qui n'est pas nouveau, qu'une Unité Economique et Sociale peut être reconnue au sein d'un Groupe.

L'originalité de cet arrêt est qu'alors qu'il a toujours été jugé qu'il ne peut y avoir d'Unité Economique et Sociale reconnue par convention ou par décision de justice qu'entre des personnes juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leur personnel, elle a, en l'espèce, reconnu l'Unité Economique et Sociale entre des sociétés juridiquement distinctes et la succursale Française d'une société de Droit Italien.

La Cour de Cassation reprenant les critères de reconnaissance de l'Unité Economique et Sociale a rappelé qu'il convenait de rechercher si les salariés employés par la succursale étaient ou non intégrés à la communauté de travail formée par les salariés l'UES et s'il existait une Unité Economique et Sociale entre la Succursale Française de la société Italienne en charge des infrastructures du Groupe et les autres sociétés.

➢ Rupture du contrat

- **Contrat de travail d'un livreur à vélo : 1ère requalification en CDI par la Cour de cassation (Cass. soc. 28 novembre 2018, n°17-20.079)**

Une société utilisait une plateforme Web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commandes de repas par le truchement de la plateforme, et des livreurs à vélos exerçant leur activité sous un statut d'indépendant.

Un des coursiers a sollicité la requalification de son statut d'auto-entrepreneur en un statut de salarié.

Après avoir analysé les documents contractuels de rétribution de la prestation, la Cour de Cassation a cassé l'arrêt rendu le 20 avril 2017 par la Cour d'Appel de Paris qui avait considéré que la liberté totale de travailler ou non des coursiers était exclusive d'une relation salariale.

La Cour de Cassation, quant à elle, a considéré que l'application qui était mise en place était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci assorti d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier, ce qui caractérisait le lien de subordination.

- **Nullité du licenciement et atteinte à une liberté fondamentale : quelles conséquences ? (Cass. soc. 21 nov. 2018, n°17-11.122)**

La référence à une action judiciaire engagée par un salarié dans la lettre de licenciement constitue une atteinte effective au droit d'agir en justice et donc à une liberté fondamentale constitutionnelle justifiant l'annulation de son licenciement.

La nullité du licenciement, dans cette hypothèse, a pour conséquence la réintégration du salarié et le paiement de ses salaires entre la date de son licenciement et la date effective de sa réintégration, sans déduction des revenus de remplacement.

- **Période transitoire en matière de CSE (TGI d'Evry, 15 octobre 2018)**

Par jugement du 15 octobre 2018, le Tribunal de Grande Instance d'Evry a admis dans une entreprise à établissements multiples la cohabitation, pendant la période transitoire prévue à l'article 9 de l'Ordonnance du 22 septembre 2017, modifié par la loi de ratification du 29 mars 2018, ,de CSE d'établissements et de comités d'établissement au motif que la synchronisation des dates d'élections pour le CSE dans les différents établissements n'est pas obligatoire.

Il en découle que les accords collectifs relatifs aux instances antérieures continuent de produire effet pour chaque comité d'établissement, délégué du personnel et CHSCT jusqu'à l'élection d'un CSE d'établissement alors même que ces accords collectifs cesseront de produire effet pour les CSE mis en place.

Enfin coexisteront au sein d'une même entreprise des règles de fonctionnement différentes, sans que cela ne constitue une rupture d'égalité entre les élus des CE et ceux des CSE dans la mesure où les établissements se trouvent dans une situation différente.

Le Tribunal a également jugé que si une Commission santé, sécurité, conditions de travail était créée dans un établissement de moins de 300 salariés alors qu'elle n'est légalement pas obligatoire, elle doit être composée d'au moins 3 représentants du personnel, cette disposition étant d'ordre public.

Découvrez notre nouvelle offre d'ateliers pratiques en inter (4 à 8 participants max.) :

- Recruter sans discriminer
- L'accompagnement du service RH dans la mise en œuvre du RGPD
- Mettre en place son CSE
- Harcèlement : le prévenir, le guérir
- Règlement intérieur : l'élaborer, le réviser

Pour plus d'informations ou recevoir notre catalogue, contacter vos interlocuteurs au sein du cabinet ou deleage@coblence-avocats.com

A noter ! Nos nouvelles adresses e-mails

Catherine Davico-Hoarau : hoarau@coblence-avocats.com
Chantal Giraud-van Gaver : van-gaver@coblence-avocats.com
Laurent Guardelli : guardelli@coblence-avocats.com
Elisabeth Laherre : laherre@coblence-avocats.com
Martine Riou : riou@coblence-avocats.com