

Lettre Sociale Paris

Septembre 2018

Chers Clients,

Le rythme des réformes n'aura pas faibli durant l'été !

Après la réforme du droit du travail (voir les lettres sociales de décembre 2017 et mai 2018), ce sont les **réformes sur la protection des données personnelles et du contentieux de la sécurité sociale** qui ont été finalisées et que nous vous présentons dans cette lettre de rentrée.

Ont été également adoptées :

- le 31 juillet dernier, la loi **pour un état de confiance au service d'une société de confiance** (dite : « loi sur le droit à l'erreur ») qui met en place, au profit des usagers mais également des employeurs, un droit à régularisation face à l'administration.
- le 1^{er} août dernier, la loi « **Avenir professionnel** », qui modifie notamment en profondeur la formation professionnelle, l'apprentissage, l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, mais aussi l'assurance chômage.

Nous vous exposerons ces deux réformes dans une prochaine lettre.

Enfin, à noter qu'une réforme de l'épargne salariale et des seuils d'effectifs (« **loi PACTE** ») est en cours de discussion.

Nous vous proposons également de revenir sur quelques décisions de **jurisprudence** marquantes.

Bonne lecture et bonne rentrée !

TEXTES

Protection des données personnelles

- ✓ **Règlement 2016 /679 RGPD du 27 avril 2016**
- **Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles**
- **Décret n° 2018-687 du 1^{er} août 2018 pris pour l'application de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 20 juin 2018**

Cette loi vise à mettre en conformité la loi « informatique et liberté » du 6 janvier 1978 avec la réglementation Européenne, dite « paquet Européen de protection des données », composée :

- **du Règlement 2016 /679 RGPD** relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel entré en vigueur le 25 mai 2018 ;
- de la **Directive 2016/680** relative aux traitements mis en œuvre à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquête et de poursuite en la matière ou d'exécution de sanctions pénales qui est entrée en vigueur le 28 avril 2016.

Le RGPD, qui est directement applicable, et ses adaptations par la loi du 20 juin 2018 modifient la philosophie de la loi Informatique et liberté de 1978.

Des définitions adaptées

Données à caractère personnel « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (...); est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, **notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale** ».

Traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliqués à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, tels que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction.

Responsable de traitement personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, **détermine les finalités et les moyens du traitement**; lorsque les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, le responsable du traitement peut être désigné ou les critères spécifiques applicables à sa désignation peuvent être prévus par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre ».

▪ D'un régime de contrôle « a priori » à un régime de mise en conformité impliquant une responsabilisation des acteurs

➤ **Mise à la charge de l'entreprise de la responsabilité de la conformité** des systèmes de traitement des données à caractère personnel ou « accountability » en anglais.

C'est le principe de protection des données **dès la conception du traitement** (« privacy by design ») et de protection des données par défaut (« privacy by default »).

⇒ **En pratique : Utilisation d'un traitement RH « RGPD compatible » :**

Minimiser les données collectées	<p>L'outil utilisé doit permettre uniquement la saisie de données pertinentes et limitées en adéquation avec la finalité du traitement lequel doit être légitime et licite.</p> <p><i>Exemple : numéro de sécurité sociale demandé : à un candidat à l'embauche ⇒ prohibé pour régler les salaires, déclarer et régler les charges: ⇒ autorisé</i></p>
Garantir l'exactitude des données	<p>Mise en place de procédés permettant de tracer ou maîtriser les modifications effectuées sur les données</p>
Garantir l'intégrité et sécurité des données	<p>Mise en place d'une procédure de notification des violations.</p> <p>Prévoir des procédures pour :</p> <ul style="list-style-type: none"> - identifier une faille de sécurité - gérer la faille de sécurité <p>En cas de destruction, perte, altération, ou divulgation non autorisée accidentelle ou non, obligation d'informer :</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ La CNIL dans un délai de 72 heures (sauf s'il n'existe aucun risque pour les droits et libertés du salarié) ○ Les salariés dans les meilleurs délais
Gérer l'accès aux données	<p>Mise en place de procédures permettant de gérer les demandes d'accès, de rectification et de suppression émanant des salariés.</p>

Limitier la conservation des données	<p>Prévoir une durée de conservation des données pertinente au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées.</p> <p>Possibilité de prévoir une durée plus longue en mode archivage avec limitation des personnes habilitées à y accéder avec anonymisation ou « data fading » (effacement partiel des données)</p>
Répertorier les traitements	<p>Tenue d'un registre des traitements mis à la disposition de la CNIL.</p> <p>En principe le registre n'est obligatoire que pour les sociétés de plus de 250 salariés, mais la CNIL en recommande la tenue pour toutes les entreprises.</p>
Sanctions	<p>Sanction en cas de violation : amende administrative de 10 millions d'euros ou 2% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent (le montant le plus élevé étant retenu)</p>

Les sous-traitants qui traitent des données personnelles pour le compte de sociétés clientes sont soumis aux mêmes obligations.

➤ **Disparition des déclarations et autorisations préalables** en vue de l'utilisation d'un système de traitement des données auprès de la CNIL

Exceptions : la loi maintient dans certains cas une consultation préalable de la CNIL, notamment **en cas de risque élevé pour les droits et libertés (voir l'analyse d'impact ci-dessous)**.

Exemples : *donnés biométriques, génétiques, de santé, données utilisées pour les traitements utilisant le numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques.*

➤ **Réalisation d'une analyse d'impact relative à la protection des données des salariés (« AIPD »)**

Objectif : mesurer, a priori, le risque sur la vie privée des personnes concernées, de la mise en œuvre du traitement.

Cette étude d'impact remplace la plupart des formalités de déclaration ou d'autorisation.

Dans quelle situation? uniquement lorsque le traitement est susceptible d'engendrer « **un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques** » identifié selon neuf critères par le « G29 » (émanation des CNIL Européennes).

Sont notamment considérés comme traitements à risque nécessitant la mise en œuvre d'une étude d'impact :

- l'existence d'une **décision automatisée** à l'égard des salariés produisant des effets juridiques,
- une **évaluation ou une notation du salarié** concernant par exemple, son rendement au travail ou son état de santé,
- une **surveillance systématique** du salarié dans les locaux professionnels ou de son activité sur internet,
- la **collecte de données sensibles ou à caractère hautement personnel**,
- le traitement de **données relatives à des personnes vulnérables** etc....

Si le traitement envisagé réunit au moins deux critères, l'étude d'impact doit être réalisée.

Le décret du 1^{er} août 2018 précise que la CNIL devra établir la liste des types d'opérations de traitement nécessitant une étude d'impact et celles qui n'en nécessitent pas. Ces listes seront publiées au journal officiel.

Que faire lorsque l'AIPD révèle un risque élevé? avant la mise en œuvre du traitement, il appartient à l'employeur de saisir la CNIL qui, si elle constate que le traitement envisagé constitue une violation du RGPD, fournit un avis écrit dans un délai de huit semaines.

▪ Renforcement de l'information due à la cible (le salarié)

L'employeur doit communiquer à la cible du traitement les informations suivantes :

- l'existence du traitement et sa finalité
- la nature des informations collectées
- leur durée de conservation
- la possibilité de transfert des données hors Union Européenne
- son droit d'accès, de rectification, d'opposition et de suppression des données collectées et traitées
- son droit à la portabilité de ses données
- le droit de définir les règles d'utilisation de ses données après sa mort

▪ Désignation d'un délégué à la protection des données (« DPO »)

Le DPO est doté d'une capacité décisionnaire sur **l'existence du traitement** et de **contrôle des moyens mis en œuvre** pour le traitement ; à ce titre, il

a vocation à assister et conseiller les services RH. Il est également l'interlocuteur de la CNIL.

Il peut s'agir d'un salarié de l'entreprise ou d'un service externalisé.

La désignation d'un DPO est obligatoire :

- dans les entreprises de plus de 250 salariés,
- dans les entreprises qui entrent dans l'un des cas où la désignation d'un DPO est obligatoire quel que soit l'effectif.

Exemple : *Les activités de base du responsable de traitement consistent, du fait de leur nature, de leur portée et / ou de leur finalité, en un suivi **régulier et systématique à grande échelle** des personnes concernées ou encore, lorsqu'il s'agit de **données sensibles**.*

Pour les sociétés non soumises à l'obligation de désigner un DPO, la CNIL recommande de désigner une personne disposant de relais internes.

Sanction du défaut de désignation d'un DPO : amende administrative pouvant atteindre 10 millions d'euros ou 2% du chiffre d'affaires annuel mondial.

▪ Des pouvoirs de la CNIL redéfinis et élargis

➤ **Un rôle d'accompagnement des DPO**

Notamment par l'élaboration de :

- **Recommandations, référentiels, et lignes directrices** (non contraignantes)
- **Codes de conduite** qui permettent de définir les obligations incombant aux acteurs en prenant en compte la spécificité des différents secteurs.
- **Règlements types pour les données sensibles** (celles qui révèlent notamment l'origine raciale, ethnique, les options politiques ou religieuses etc...)
- **Certifications :** il s'agit pour la CNIL de certifier conformes au RGPD et à la loi des personnes, des organismes certificateurs, des systèmes de données, des procédures.

➤ **Un pouvoir de contrôle**

Les membres de la CNIL et les agents de ses services (qui peuvent être assistés par des experts) ont accès aux traitements de données à caractère personnel. Le secret ne peut leur être opposé sauf concernant les informations couvertes par le secret professionnel (ex : journaliste, avocat).

Les agents peuvent réaliser des contrôles **sur place dans tous locaux** servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel.

Les agents peuvent réaliser toute opération de contrôle **sous une identité d'emprunt** sous réserve de ne pas inciter à commettre l'infraction (en attente du décret d'application).

➤ **Un panel de sanctions élargi**

(i) **Des mesures correctrices** permettant un accompagnement avant toute sanction sous la forme :

- **d'un avertissement** à l'encontre des DPO ou sous-traitants
- **d'une mise en demeure** (qui peut être rendue publique) si le manquement constaté peut faire l'objet d'une mise en conformité

(ii) **Des sanctions** sous la forme notamment de :

- **Rappel à l'ordre ou injonction de mise en conformité** éventuellement sous astreinte
- **Limitation temporaire ou définitive du traitement** ou interdiction ou retrait de l'autorisation accordée.
- **Retrait d'une certification**
- **Suspension des flux de données** adressées à un destinataire situé dans un pays tiers.
- **Amende administrative** d'un montant maximum de **10 millions d'euros ou de 2% du chiffre d'affaires** annuel mondial d'une entreprise de l'exercice précédent, (pouvant être portée à **20 millions d'euros ou 4% du chiffre d'affaires** pour les infractions au règlement les plus graves ou en cas de non- respect des injonctions de la CNIL).

(iii) La formation restreinte de la CNIL peut être saisie **d'une procédure d'urgence** dont les modalités seront fixées par décret.

A noter : les décisions prises par la CNIL (en amont ou à titre de sanctions) sont adoptées à la majorité absolue de ses membres **en formation plénière**.

(iv) **Un pouvoir de coopération**

- La CNIL peut présenter des observations devant toute juridiction à l'occasion d'un litige.
- la CNIL met en œuvre des procédures de coopération et d'assistance mutuelle avec les autorités de contrôle des autres Etats de l'union afin d'y réaliser des opérations conjointes.

▪ **Introduction d'une action de groupe en cas de manquement**

Cette action peut être introduite par une association ou un syndicat pour :

- faire cesser le manquement du responsable de traitement,
- engager sa responsabilité et obtenir la réparation des préjudices matériels et moraux de la personne ayant causé le dommage.

A noter : l'article 32 de la loi du 20 juin 2018 autorise le gouvernement à réécrire, par voie d'ordonnance, l'ensemble de la « loi Informatique et Liberté » et ce, afin de rendre le dispositif cohérent et intelligible. Cette ordonnance sera prise dans les 6 mois de la promulgation de la loi commentée et sera ratifiée dans les 6 mois de son adoption.

Contentieux de la sécurité sociale

- ✓ **Loi n° 2016-1574 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle**
- ✓ **Ordonnance n°2018-358 du 16 mai 2018**
- ✓ **Décret n°2018-772 du 4 septembre 2018**

La loi de modernisation de la justice du 18 novembre 2016 dite loi Justice du XXIème siècle a réorganisé le contentieux de la sécurité sociale. L'ordonnance du 16 mai 2018 est venue en préciser les modalités.

Un décret en Conseil d'état est en attente, qui définira notamment la date d'entrée en vigueur des dispositions sur le contentieux de la sécurité sociale, **qui sera au plus tard le 1^{er} janvier 2019**.

Le point essentiel de cette réforme est **le transfert de l'ensemble du contentieux de la sécurité sociale vers le Tribunal de Grande Instance (TGI), entraînant la disparition des Tribunaux des Affaires de Sécurité Sociale (TASS)**.

JURISPRUDENCE

Elections professionnelles : application du principe de la représentation équilibrée homme-femme (*Cass. Soc 9 mai 2018 n°17-14088 PBRI et Cass. Soc 9 mai 2018 n° 17-60133 PB*)

Pour rappel, les articles L.2314-24-1 et L.2314-25 al. 4 (délégués du personnel) et L.2324-22-1 et L.2324-23 al.4 (comité d'entreprise) du Code du travail, devenus L.2314-30 (CSE), imposent que :

- (i) les listes de candidats présentées par les organisations syndicales soient composées d'un **nombre de femmes et d'hommes correspondant à la proportion** de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale ;
- (ii) chaque liste soit composée **alternativement d'un candidat de chaque sexe**.

Le non-respect de l'alternance est **sanctionné par l'annulation de l'élection des candidats** dont le positionnement sur la liste est irrégulier.

La Cour de Cassation précise (1^{ère} espèce) et tempère (2^{ème} espèce) les conséquences de ces articles :

- **1^{ère} espèce : la liste d'un syndicat ne saurait comporter qu'un nom alors même que plusieurs postes sont à pourvoir**

Faits de l'espèce : des élections de la délégation unique du personnel (DUP) sont organisées à la CPAM d'Indre. Le collège cadre y est composé de 77% de femmes et 23% d'hommes.

Deux postes sont à pourvoir mais le syndicat FO ne présente qu'un seul candidat, de sexe masculin.

Le Tribunal d'instance saisi rejette la demande d'annulation des élections formulée par l'employeur en faisant une application stricte et littérale de l'article L.2314-24-1 du Code du travail : les principes visés plus haut ne s'appliquent qu'en cas de candidature multiple.

La Cour de Cassation casse cette décision : dès lors que deux postes sont à pourvoir, l'organisation syndicale se doit de présenter une liste **comportant nécessairement un homme et une femme**.

Par cette décision, la Cour de Cassation revient sur la jurisprudence antérieure qui admettait la possibilité d'une candidature unique sur une liste alors même que plusieurs postes étaient à pourvoir.

A noter : comblant une carence des anciens articles, le nouvel article L 2314-30 du code du travail précise que lorsque l'application des règles de représentation équilibrée homme-femme conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe, les listes de candidats pourront comporter un candidat du sexe qui, à défaut ne serait pas représenté. Ce candidat ne peut être en première position sur la liste.

- **2^{ème} espèce : si le protocole d'accord préélectoral conclu à l'unanimité ne peut déroger aux principes d'une représentation équilibrée homme-femme, la conséquence d'une irrégularité n'est pas nécessairement l'annulation de l'élection du candidat mal élu**

Faits de l'espèce : dans le cadre de l'organisation d'élections au sein de la DUP d'une association, le protocole d'accord préélectoral, conclu à l'unanimité, prévoit un engagement non contraignant d'une représentation équilibrée homme-femme sur les listes de candidats.

Le syndicat FO conteste l'élection de deux membres titulaires et un suppléant élus sur la liste CFDT au motif que la règle de l'alternance n'a pas été respectée.

Le Tribunal d'instance fait droit à la demande d'annulation des élections formulée par le syndicat FO.

L'employeur forme un pourvoi contre cette décision. Il fait grief au jugement d'avoir déclaré la contestation portée par FO recevable alors que le protocole préélectoral avait été conclu à l'unanimité.

La Cour rejette le pourvoi et apporte les précisions suivantes:

- ✓ bien que conclu à l'unanimité, **le protocole d'accord préélectoral ne peut déroger aux dispositions d'ordre public absolu des articles L.2324-22 et L.2324-22-1** (anciens) du Code du travail.
- ✓ la violation de la règle de l'alternance justifie l'annulation de l'élection de l'élu mal positionné sur la liste.

Tempérament : l'annulation de l'élection du candidat mal positionné peut être évitée s'il est constaté que la liste respecte la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège et que tous les candidats de la liste ont été élus.

Dernière minute : Par une décision du 13 juillet 2018, le Conseil Constitutionnel apporte une nouvelle précision **en déclarant inconstitutionnels** les articles L.2314-7 et L.2324-10 du Code du travail, qui dispensaient l'employeur de l'obligation d'organiser des élections partielles à la suite de l'annulation de l'élection d'un candidat n'ayant pas respecté les règles relatives à la représentation équilibrée H/F.

Licenciement dans les groupes de sociétés : le directeur général d'une société mère peut licencier le salarié d'une filiale sans délégation écrite (Cass. Soc. 13 juin 2018)

Cet arrêt s'inscrit dans un mouvement tendant à élargir la catégorie des personnes assimilées à l'employeur, en principe seul habilité à prononcer un licenciement aux termes de l'article L.1232-6 du Code du travail.

En l'espèce, le directeur général d'Oxbow France (salarié et titulaire d'un mandat social), conteste le licenciement pour faute grave dont il a fait l'objet en soulevant l'absence de pouvoir du directeur général du groupe Lafuma (dont la société Oxbow est l'une des filiales), pour signer la lettre de licenciement en l'absence de délégation écrite.

Suivant la décision des juges du fond, la Cour de Cassation rejette le pourvoi du salarié et valide le licenciement prononcé par le directeur général du groupe, après avoir constaté que ce dernier « supervisait les activités de la filiale, **de sorte qu'il n'était pas une personne étrangère à la société Oxbow France** ».

La Cour de Cassation fait preuve d'un certain pragmatisme et valide le licenciement prononcé par une personne n'ayant pas la qualité d'employeur dès lors que :

- (i) **elle n'est pas une personne étrangère à l'entreprise** : ainsi a-t-il été jugé qu'un intérimaire chargé d'assister un DRH n'est pas une personne étrangère à l'entreprise. A contrario, un avocat ou un expert-comptable sont considérés comme étrangers et ne peuvent notifier un licenciement.
- (ii) **elle a le pouvoir pour le faire** : la délégation de pouvoir n'est pas nécessairement écrite et peut se déduire des fonctions du salarié.

En présence **d'un groupe de sociétés**, la Cour de Cassation retient ces deux principes et valide le licenciement signifié par :

- le DRH de la société mère,
- le directeur financier de la société mère détenant 100% des actions de la filiale,
- le directeur général de la société mère qui s'était contractuellement vu confier la gestion du personnel des filiales,
- la société mère à qui la filiale a confié la gestion du personnel avec mandat de procéder au licenciement de ses salariés.

Rappel : le défaut de qualité du signataire de la lettre de licenciement ne constitue pas une simple irrégularité de forme mais bien une irrégularité de fond rendant le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Plainte ordinale à l'initiative de l'employeur contre l'avis du médecin du travail (CE 18 juin 2018 n° 405453)

Par décision du 6 juin 2018, le Conseil d'Etat rejette le pourvoi formé par un médecin du travail contre l'avertissement qui lui avait été infligé par la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins **pour avoir lié « imprudemment » la pathologie d'un salarié à ses conditions de travail**.

Le Conseil d'Etat confirme que l'employeur a bien la possibilité de poursuivre un médecin devant les juridictions disciplinaires **dès lors qu'il est lésé de manière suffisamment directe et certaine par un certificat ou une attestation établie par un médecin du travail**.

En l'espèce, le médecin du travail avait établi un certificat de travail dans le cadre d'une consultation d'urgence pour un salarié en mission sur le site d'une centrale EDF, certificat médical que le salarié avait par la suite produit au Conseil de prud'hommes dans le cadre d'une action pour harcèlement moral.

Le certificat médical faisait état « d'un enchaînement délétère de pratiques maltraitantes » de la part de l'employeur, jugement, selon le Conseil d'Etat, de nature à léser ce dernier de manière suffisamment directe et certaine. Or, il apparaissait que le médecin du travail s'était appuyé « sur le bien-fondé d'un droit de retrait exercé plus de huit mois plus tôt par ce même salarié sur un site de la société Areva situé au Tricastin **qu'il ne connaissait pas** ».

Pour le Conseil d'Etat, si le médecin du travail reste libre d'établir un lien entre l'état de santé d'un salarié et ses conditions de travail, il lui incombe cependant de respecter une **obligation de prudence en rédigeant son certificat sur la base de « constats personnellement opérés par lui, tant sur la personne du salarié que sur son milieu de travail »**.

VIE DE L'EQUIPE

Nous sommes très heureux de vous annoncer que Madeleine Baldet a eu une petite fille, Laurène, née au début de l'été !

Comité de rédaction

Julie Caussade
Julie Ragueneau
Clarisse Lister

Julie Caussade
Associé



julie.caussade
@dentons.com

Katell Déniel-Allioux
Associé



katell.deniel-allioux
@dentons.com

Aurélié Fournier
Associé



aurelie.fournier
@dentons.com

Frédérique Meslay-Caloni
Associé



frederique.meslaycaloni
@dentons.com

Christine Sévère
Associé contentieux



christine.severe
@dentons.com

Jean-Louis Magnier
Senior Counsel



jean-louis.magnier
@dentons.com

Nathaly Blin
Of Counsel



nathaly.blin
@dentons.com

Béatrice Brugués-Reix
Of Counsel



beatrice.bruguesreix
@dentons.com

Julie Ragueneau
Of Counsel



julie.ragueneau
@dentons.com

Madeleine Baldet
Collaborateur



madeleine.baldet
@dentons.com

Marine Chabot
Collaborateur



marine.chabot
@dentons.com

Adrien Herbaut Dufour
Collaborateur



adrien.herbautdufour
@dentons.com

Clarisse Lister
Knowledge Management



clarisse.lister
@dentons.com

Cindy Souffrin
Collaborateur



cindy.souffrin
@dentons.com

François Troadec
Collaborateur



francois.troadec
@dentons.com

Karine Weydert
Collaborateur



karine.weydert
@dentons.com

Ashley Pacquetet
Juriste Junior



ashley.pacquetet
@dentons.com

Charlotte Mauran
Juriste



charlotte.mauran
@dentons.com

Myriam Haddou
Stagiaire

