

Le droit du travail en mouvement “*Sempere Aude*” (*Ose Savoir*)

L'absence de consultation sur la politique sociale n'empêche pas l'employeur de mettre en œuvre un accord signé sur le temps de travail

Si le CE/CSE n'est pas consulté au titre de la politique sociale sur les décisions de l'employeur portant sur l'aménagement du temps de travail ou la durée du travail, ce dernier peut être sanctionné notamment pour entrave au fonctionnement du comité. Mais cette absence de consultation des élus n'a pas pour effet de rendre inopposable à l'ensemble des salariés l'accord de modulation en cause.

La consultation du CE/CSE sur les accords collectifs et leurs conséquences pose question depuis la loi Rebsamen d'août 2015, qui a écarté expressément la consultation des élus sur les projets d'accords d'entreprise. S'il est certain qu'il n'est plus besoin de réunir le comité au stade du projet d'accord, la question se posait sur les mesures de mise en œuvre de cet accord. **Faut-il consulter au titre de la marche générale de l'entreprise? Ou seulement dans le cadre de la consultation annuelle (récurrente avec le CSE) sur la politique sociale de l'entreprise ? La Cour de cassation donne enfin sa réponse.**

Absence de consultation sur les "décisions de l'employeur" résultant d'un accord sur la durée du travail

Dans cette affaire, c'est un accord de modulation du temps de travail qui est en cause. Dans ce cadre, le programme global indicatif de modulation (prévu par l'accord d'entreprise et mis en place par l'employeur), n'avait pas fait l'objet d'une consultation du CE. Une salariée fait valoir que ce défaut de consultation rend l'accord inopposable à l'ensemble des salariés de la société soumis à ce dispositif.

La Cour de cassation n'est pas d'accord. Elle articule son raisonnement autour du défaut de consultation annuelle du CE sur la politique sociale :

- Le défaut de consultation annuelle du comité d'entreprise sur les décisions de l'employeur portant sur l'aménagement du temps de travail ou la durée du travail, exigée au titre des missions de cet organe concernant la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, n'a pas pour effet d'entraîner l'inopposabilité de l'accord de modulation à l'ensemble des salariés de la société ;
- ce défaut de consultation peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement du comité d'entreprise.

Ainsi, la Cour induit dans sa solution que les "décisions de l'employeur" résultant de la mise en œuvre de cet accord, dès lors qu'elles touchent les "missions" du CE relatives à la durée du travail doivent être intégrées à la consultation annuelle sur la politique sociale.

La question semble ainsi tranchée : ce sont les décisions de l'employeur, autrement dit les mesures de mise en œuvre des accords, qui lorsqu'elles touchent aux missions du comité, font l'objet d'une consultation dans le cadre de la consultation annuelle sur la politique sociale, et non dans le cadre de la marche générale de l'entreprise.

A défaut, ce n'est pas l'inopposabilité de l'accord qui est encourue, mais "les règles régissant le fonctionnement du comité". C'est donc au comité de se saisir de cette question et de demander des dommages et intérêts et/ou d'agir en délit d'entrave contre l'employeur.

Cette solution devrait s'appliquer au CSE.

L'exigence d'accès permanent à la BDES n'est pas sans limites

Une BDES accessible soit par informatique pendant les heures de travail à partir de l'adresse IP des agences, soit sur support papier par courrier ou fax sur demande est considérée par les juges comme "accessible en permanence", comme l'exige la loi.

Si aucun accord relatif au contenu, au fonctionnement et aux modalités de consultation et d'utilisation de la base de données économiques et sociales (BDES) n'a été conclu dans l'entreprise, il convient d'appliquer les dispositions supplétives du

code du travail. Ces dispositions supplétives-ci nous disent alors que la BDES est "accessible en permanence" aux membres du CSE et aux délégués syndicaux (article L. 2312-36) et qu'il revient à l'employeur de fixer les modalités d'accès, de consultation et d'utilisation de la base de manière à ce que ses utilisateurs puissent "exercer utilement leurs compétences respectives".

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par l'expression "accessible en permanence".

Un accès 7 jours sur 7, 24 heures sur 24 ? : Non.

Comme a eu l'occasion de le préciser le ministère du travail, pour des raisons pratiques liées à la fermeture nocturne et/ou hebdomadaire de l'entreprise, la base de données peut ne pas être accessible 24 h/24 lorsque la consulter nécessite un accès aux locaux de l'entreprise. Ce sera par exemple le cas lorsqu'elle est tenue à disposition sous forme papier ou accessible seulement par l'intranet de l'entreprise (circulaire DGT du 18 mars 2014).

En revanche, une BDES qui ne pourrait être consultée qu'aux ressources humaines ou à la comptabilité sur rendez-vous ne serait pas valable. Difficile d'admettre dans une telle situation, déjà rencontrée, que les membres du comité ont un accès permanent à la base de données.

Comme le précise aujourd'hui une récente jurisprudence, rejoignant ainsi la position du ministère du travail, la condition d'accès permanent doit être considérée comme satisfaite dès lors que la BDES est accessible "soit par informatique pendant les heures de travail à partir de l'adresse IP des agences, soit sur support papier par courrier ou fax sur demande".

RGPD : la gestion des ASC par les élus n'exige pas d'analyse d'impact

Une délibération de la Cnil (commission informatique et libertés) liste les traitements de données personnelles qui ne nécessitent pas de réaliser au préalable une analyse d'impact. Elle vise notamment les activités du CSE.

Côté entreprise, sont visés les traitements de données RH dans les PME, ceux qui gèrent les contrôles d'accès, le temps de travail ainsi que ceux qui mettent en place des éthylotests.

On connaît déjà les situations dans lesquelles les entreprises doivent obligatoirement réaliser une analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD). Il y a presque un an, le 6 novembre 2018, deux délibérations de la Commission nationale informatique et libertés (Cnil) listaient 14 traitements de données "à risques" nécessitant une analyse préalable.

Trois d'entre eux peuvent potentiellement concerner les services de ressources humaines : les traitements "établissant des profils de personnes physiques à des fins de gestion des ressources humaines", ceux "ayant pour finalité de surveiller de manière constante l'activité des employés concernés" ainsi que ceux "ayant pour finalité la gestion des alertes et des signalements en matière professionnelle".

Désormais, on sait également quelles situations ne nécessitent pas d'analyse d'impact. Le 22 octobre 2019, la Cnil a de nouveau adopté une délibération. **Cette fois, elle dresse la liste des traitements de données qui ne sont pas "susceptibles d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées" conformément au Règlement général relatif à la protection des données (RGPD).**

Les activités des représentants du personnel

En premier lieu, parmi les traitements non-concernés par l'obligation d'analyse d'impact, la Cnil vise la gestion des activités des comités d'entreprise et d'établissement (et partant du CSE). Cette catégorie couvre par exemple les traitements qui gèrent les programmes socio-culturels de l'entreprise ou la communication interne, ceux qui encadrent la formation des élus, qui gèrent les agendas et réunions ou bien simplement le fichier de gestion des membres. **De même,**

l'exercice du droit d'alerte réservé aux membres de la délégation du personnel au comité social et économique (article L. 2312-59 du code du travail) ne nécessite pas d'analyse d'impact, précise la Cnil.

Une souplesse réservée aux PME

S'agissant des entreprises, lorsque le traitement envisagé est réservé uniquement à des fins de ressources humaines, l'analyse d'impact n'est pas nécessaire.

La Cnil cite en exemple, dans un document proposé sur son site internet, la gestion de la paie, des formations, le suivi des entretiens annuels d'évaluation ou encore l'utilisation d'outils de communication (messagerie électronique, téléphonie, vidéoconférences...).

Mais attention, le texte vise uniquement la gestion du personnel des organismes qui emploient moins de 250 personnes. Dès lors que le traitement implique la gestion des données de plus de 250 salariés, l'analyse d'impact est donc requise.

La Cnil rappelle que le recours au profilage (détection et de gestion de "hauts potentiels", algorithme de recrutement, proposition d'actions de formation personnalisées basées sur un algorithme...) est exclu de cette liste, et nécessite bien une analyse préalable.

Exemption pour le contrôle du temps de travail

Les traitements ayant pour seule finalité la gestion des contrôles d'accès physiques et des horaires pour le calcul du temps de travail ne requièrent pas non plus d'analyse d'impact. Cela concerne en particulier les dispositifs d'accès aux locaux de travail par badge, ainsi que ceux qui permettent de contrôler le temps de travail effectué par les salariés.

Toutefois, les employeurs devront tout de même prévoir une analyse d'impact lorsque le traitement de données envisagé révèle "des données sensibles ou à caractère hautement personnel". Elle écarte également de cette catégorie les dispositifs intégrant la biométrie : accès aux locaux sur présentation des empreintes digitales, de l'iris, du gabarit de la main, etc.

De manière générale, la Cnil considère que tout traitement de données impliquant le traitement des données biométriques des personnes requerra une analyse d'impact. La Commission a d'ailleurs adopté en janvier 2019 une délibération qui encadre spécifiquement ce type de traitement considéré comme particulièrement risqué pour les droits et libertés individuelles.

La dégradation de l'état de santé du salarié ne suffit pas à caractériser le harcèlement moral

Le harcèlement moral se manifeste par des agissements malveillants répétés : remarques désobligeantes, intimidations, insultes... Ces agissements entraînent une forte dégradation des conditions de travail de la victime, et peuvent porter atteinte à ses droits et à sa dignité, altérer sa santé physique ou mentale, ou compromettre son avenir professionnel. **L'altération de la santé physique ou mentale du salarié n'est donc pas le seul élément à prendre en compte pour prouver l'existence d'un harcèlement moral, comme le rappelle la chambre sociale de la Cour de cassation.**

Les faits

La Cour d'appel retient que la dégradation de l'état de santé physique et psychologique de la salariée est incontestable et d'ailleurs non contestée par l'employeur, qu'il est également constant qu'après un entretien de la salariée avec sa gérante, la salariée a rencontré son médecin qui l'a immédiatement placée en arrêt de travail et l'a orientée vers la médecine du travail, que les différents médecins ayant rencontré la salariée ont tous constaté un état anxio-dépressif sévère empêchant sa reprise effective du travail au sein de la parfumerie, que les certificats médicaux établissent également un lien formel entre l'inaptitude de la salariée avec une situation de harcèlement moral subi dans son cadre professionnel.

La position de la Cour de Cassation

La Haute Cour casse et annule car selon elle la constatation d'une altération de l'état de santé du salarié n'est pas à elle seule de nature à laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral. Cass. soc. 9-10-2019 n° 18-14.069 F-D