

Avis complémentaire de la Commission nationale pour la protection des données relatif aux amendements gouvernementaux au projet de loi n° 7184 portant création de la Commission nationale pour la protection des données et la mise en œuvre du règlement (UE) 2016/679 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, portant modification de la loi du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat et abrogeant la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Délibération n° 279 /2018 du 25 avril 2018

Conformément à l'article 32 paragraphe (3) lettre (e) de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après « la loi modifiée du 2 août 2002 »), la Commission nationale pour la protection des données (ci-après : « la CNPD » ou « Commission nationale ») a notamment pour mission d'aviser « *tous les projets ou propositions de loi portant création d'un traitement de même que sur toutes les mesures réglementaires ou administratives émises sur base de la présente loi* ».

Par dépêche du 8 mars 2018, la CNPD a été saisie d'une série d'amendements gouvernementaux au projet de loi n° 7184 relative à la création de la Commission nationale pour la protection des données et la mise en œuvre du règlement (UE) 2016/679 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, portant modification de la loi du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat et abrogeant la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après : « le projet de loi »).

En date du 28 décembre 2017, la CNPD a adopté un premier avis relatif au projet de loi n° 7184. Elle entend limiter ses observations dans le présent avis complémentaire à l'amendement n° 28 qui insère un nouvel article 71 dans le projet de loi. Ce nouvel article 71 a pour objet de remplacer l'article L. 261-1 du Code du travail par un nouveau texte.

La Commission nationale se pose plusieurs questions fondamentales quant au maintien de cette disposition ainsi qu'à sa conformité à la jurisprudence européenne et au règlement (UE) 2016/679 (ci-après « RGPD »).



Avis complémentaire de la Commission nationale pour la protection des données
relatif aux amendements gouvernementaux au projet de loi n° 7184 portant création de la
Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection
des données.

1. Le maintien de l'article L. 261-1 du Code du travail, l'application du RGPD et l'abrogation de la loi modifiée du 2 août 2002

Les traitements de données à des fins de surveillance sont actuellement réglés par l'article 10 et 11 de la loi modifiée du 2 août 2002 (ci-après « la loi »), l'article 11 renvoyant à l'article L. 261-1 du CT. Ce dernier vise les traitements à des fins de surveillance sur le lieu de travail opérés par un employeur c'est-à-dire où les personnes concernées par la surveillance sont des salariés ou assimilés, tandis que l'article 10 de la loi vise tous les traitements à des fins de surveillance qui n'ont aucun rapport avec une relation de travail, c'est-à-dire où les personnes concernées sont des tiers non-salariés.

Lorsqu'un employeur effectue un traitement de données à des fins de surveillance, les articles 10 de la loi et L. 261-1 du CT s'appliquent presque toujours cumulativement, alors que dans la très grande majorité de cas, les deux catégories de personnes (salariés et non salariés) sont concernées. (ex : vidéosurveillance dans un supermarché, banque ou administration : les personnes concernées sont toujours des salariés en même temps que des clients, visiteurs etc. ; surveillance des emails : sont concernées les salariés qui communiquent avec des clients, tiers etc....)

Le projet de loi entend cependant abroger l'actuel article 10 de la loi et maintenir sous une forme modifiée l'article L. 261-1 du CT. Il y a donc lieu de constater qu'en fonction des catégories de personnes concernées par un même traitement de données à des fins de surveillance deux régimes législatifs différents s'appliqueront, à savoir :

- les règles du RGPD à l'égard des personnes concernées non-salariées, le RGPD ne contenant cependant pas une disposition spécifique comparable à l'actuel article 10 de la loi ;
- les règles de l'article L. 261-1 du CT tel qu'il est proposé de le modifier à l'égard des salariés.

La CNPD s'interroge donc sur l'applicabilité de ces deux régimes en pratique. En effet, les moyens techniques par lesquels un système de surveillance est opéré ne pourront pas toujours faire une différence entre un salarié et une personne non salariée. Quel régime faudra-t-il appliquer p.ex. aux caméras vidéo dans une zone filmant à la fois des salariés et des personnes non salariées ? Ainsi, une entreprise qui voudraient p.ex. installer un système de vidéosurveillance pour des raisons de sécurité à l'égard de ses salariés et de ses clients, un traitement de données qui est a priori légitime, sous conditions que toutes les règles du RGPD soient respectées. Tel qu'il est proposé de modifier l'article L. 261-1 du CT, la délégation du personnel, dans ce cas de figure, pourrait empêcher la réalisation complète de l'installation – pourtant conforme au RGPD qui est un règlement qui prime sur la loi nationale - au motif que les caméras ne pourraient pas être configurées ou programmées de façon à ce qu'elles filment uniquement les clients mais pas les salariés.

Le maintien de l'article L. 261-1 du CT risque ainsi de poser des problèmes juridiques non négligeables dans la plupart des cas de traitements à des fins de surveillance opérés par des employeurs.



2. Non-conformité de l'article L. 261-1 du CT actuellement en vigueur à la jurisprudence européenne

La CNPD estime que l'actuel article L. 261-1 du CT n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) pour les raisons qui suivent.

L'article L. 261-1 du CT énumère limitativement les cas (au nombre de 5) sur base desquels un employeur peut légitimer un traitement de données à des fins de surveillance. Cette liste limitative déroge aux cas de licéité de l'article 7 de la directive 95/46/CE (transposé en droit national par l'actuel article 5 de la loi) et de l'article 6 du RGPD. Or, dans un arrêt du 24 novembre 2011, la CJUE a jugé que , les « *Etats membres ne sauraient ni ajouter de nouveaux principes relatifs à la légitimation des traitements de données à caractère personnel à l'article 7 de la directive 95/46/CE ni prévoir des exigences supplémentaires qui viendraient modifier la portée de l'un des six principes prévus à cet article* »¹. Notons que les cas énumérés à l'article 7 de la directive 95/46/CE sont identiques à ceux énumérés à l'article 6 paragraphe (1) du RGPD, de sorte que cet arrêt garde toute sa valeur par rapport à l'article 6 du RGPD.

Au regard de cette jurisprudence, la CNPD vient à la conclusion qu'en prévoyant cinq cas de légitimation spécifiques à l'article L. 261-1 du CT pour des traitements à des fins de surveillance, le législateur a ajouté des principes relatifs à la légitimation et a prévu des exigences supplémentaires qui modifient la portée de l'un des six principes prévus à l'article 6 du RGPD et plus particulièrement celui de l'article 6 paragraphe 1 lettre f) qui dispose que « *Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie : (.....) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel (.....)* », de sorte que l'actuel article L. 261-1 du CT n'est pas conforme à la jurisprudence européenne.

En prévoyant une liste limitative de finalités légitimes, le législateur a dès lors exclu qu'un employeur puisse mettre en œuvre un traitement de données à des fins de surveillance pour d'autres finalités et a ainsi prévu des exigences supplémentaires qui modifient la portée du principe ci-avant mentionné.

Le principe de l'article 6 paragraphe 1 lettre f) commande qu'on mette en balance les intérêts respectifs du responsable du traitement de données et de la personne concernée avant de procéder à un traitement de données. Lorsqu'après cet exercice de mise en balance, il s'avère que les droits et libertés des personnes concernées prévalent, le traitement de données seraient à considérer comme disproportionné et ainsi illégal. Or, comme c'est une question d'équilibre, le responsable du traitement peut ajuster et adopter des mesures pour atténuer les risques pour les droits et libertés des personnes concernées.

L'actuel article L. 261-1 du CT enlève donc à l'employeur la possibilité de légitimer un traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail sur base de l'article 5 paragraphe (1) lettre d) de la loi (transposant l'article 7 lettre f) de la directive 95/46/CE), respectivement de l'article 6 paragraphe 1 lettre f) du RGPD à partir du 25 mai 2018, alors que seules les cinq cas de figure de l'article L. 261-1 du CT peuvent légitimer un tel traitement de données.

¹ Arrêt ASNEF du 24 novembre 2011, C-468/10 et C-469-10



En conclusion, le droit du travail luxembourgeois, en ce qu'il modifie la portée de l'un des principes de l'article 6 du RGPD et qu'il interdit en quelque sorte à l'employeur de recourir à cette condition de licéité d'une norme pourtant supérieure, n'est ni conforme à la jurisprudence européenne, ni au RGPD, de sorte que l'article L. 261-1 du CT ne peut pas être maintenu dans sa version actuellement en vigueur.

3. Conformité de la proposition de modification de l'article L. 261-1 du CT (article 71 du projet de loi) à la jurisprudence européenne et au RGPD ?

La CNPD accueille donc favorablement que les auteurs du projet de loi, tel qu'amendé, proposent à l'article 71 du texte coordonné du projet de loi de modifier l'actuel article L. 261-1 du CT pour le rendre conforme à la jurisprudence européenne. Elle salue en particulier que cet article ne limite plus les cas sur lesquels un employeur peut se baser pour légitimer un traitement de données à des fins de surveillance et que les dispositions de l'article 6 du RGPD s'appliqueront à ce type de traitement de données.

Ceci dit, il y a encore lieu d'examiner si les autres dispositions de l'article 71 du projet de loi amendé sont conformes au RGPD.

Une des nouveautés prévues par la législation européenne est l'introduction à l'article 5 paragraphe 2 du RGPD du principe de responsabilisation (« accountability ») à l'égard du responsable de traitement. Ceci constitue un changement de paradigme dans la mesure où le législateur a décidé de passer d'un système de contrôle a priori vers un système de contrôle a posteriori par les autorités de contrôles européennes. Ceci signifie que les responsables de traitement n'ont plus besoin de déclarer préalablement à la CNPD leurs traitements de données (système des notifications/autorisation préalable), mais qu'ils doivent mettre en place, en termes de gouvernance interne, toute une série de mesures obligatoires, qui en outre doivent être documentées, pour démontrer leur conformité à la réglementation et que la CNPD est amenée à contrôler.

Parmi ces mesures que le responsable du traitement doit mettre en place, figurent notamment :

- la tenue d'un registre des activités contenant les détails relatifs à tous les traitements de données (remplaçant le système des notification/autorisation) ;
- la désignation, le cas échéant, d'un délégué à la protection des données ;
- la mise en œuvre de mesures de sécurité techniques et organisationnelles ;
- la réalisation d'analyses d'impact relative à la protection des données (AIPD/DPIA), lorsqu'un type de traitement, en particulier par le recours à de nouvelles technologies, et compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement, est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, ceci en l'occurrence dans la plus grande majorité des cas de traitements de données à des fins de surveillance ;
- etc.



L'esprit du RGPD et le système de contrôle de l'application du RGPD tel que conçu et voulu par le législateur européen peut se résumer comme suit : les responsables de traitement doivent évaluer et documenter en interne la mise en place de toute une série de mesures obligatoires pour être en mesure de démontrer leur conformité ; la CNPD, de sa propre initiative, sur base de réclamations qu'elle reçoit ou sur base de la procédure de coopération européenne, effectue des contrôles et sanctionne en cas de violation des dispositions du RGPD.

Or, la CNPD est à se demander comment l'article L. 261-1 du CT modifié par le projet de loi s'articule avec le système mis en place par le RGPD et s'il est compatible avec le texte européen.

En effet, si les auteurs du projet de texte entendent d'un côté abroger le système des autorisations préalables pour les traitements à des fins de surveillance, ils réintroduisent de l'autre côté une procédure d'avis préalable.

Il est vrai que l'article 88 du RGPD permet aux États membres de « *prévoir, par la loi ou au moyen de conventions collectives, des règles plus spécifiques pour assurer la protection des droits et libertés en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel des employés dans le cadre des relations de travail, aux fins, notamment, du recrutement, de l'exécution du contrat de travail, y compris le respect des obligations fixées par la loi ou par des conventions collectives, de la gestion, de la planification et de l'organisation du travail, de l'égalité et de la diversité sur le lieu de travail, de la santé et de la sécurité au travail, de la protection des biens appartenant à l'employeur ou au client, aux fins de l'exercice et de la jouissance des droits et des avantages liés à l'emploi, individuellement ou collectivement, ainsi qu'aux fins de la résiliation de la relation de travail.*

Ces règles comprennent des mesures appropriées et spécifiques pour protéger la dignité humaine, les intérêts légitimes et les droits fondamentaux des personnes concernées, en accordant une attention particulière à la transparence du traitement, au transfert de données à caractère personnel au sein d'un groupe d'entreprises, ou d'un groupe d'entreprises engagées dans une activité économique conjointe et aux systèmes de contrôle sur le lieu de travail ».

La CNPD se demande cependant dans quelle mesure l'article L. 261-1 du CT en projet est censé réellement préciser des règles spécifiques au sens de l'article 88 précité, alors que la procédure d'avis préalable risque de se trouver en conflit avec, voire de tenir en échec les articles 35 et 36 du RGPD.

Quel régime faudra-t-il appliquer à un traitement de données qui est soumis à une analyse d'impact (art 35 RGPD) et suivant laquelle une consultation de la CNPD s'avère nécessaire en vertu de l'article 36 du RGPD ? Par ailleurs, le RGPD accorde à l'autorité de contrôle un délai de 8 semaines (susceptible d'être prolongé de 6 semaines), pour répondre au responsable du traitement de données par un avis écrit dans le cadre de la procédure de consultation préalable (art. 36.2 RGPD). Le texte de l'article L. 261-1 du CT en projet n'accorde à la CNPD qu'un délai d'un mois.

Comme le soulève aussi le Conseil d'Etat dans son avis du 30 mars 2018, quelle est la valeur juridique de l'avis visé à l'article L. 261-1 du CT ? « *Le Conseil d'État s'interroge sur le choix d'investir de cette mission la CNPD. Techniquement, la CNPD ne rend qu'un avis. Cet avis la lie pourtant et le Conseil d'État voit mal comment elle pourra, à la suite d'une réclamation*



ultérieure de la part d'un membre du personnel, adopter une décision contraire à la position prise lors de l'avis. Investir la CNPD d'une compétence d'avis préalable, qui équivaut en réalité à une autorisation, et d'un pouvoir décisionnel ultérieur quant à la légalité du traitement, même s'il est de nature à protéger les droits des intéressés, conduit à une certaine confusion des rôles dans le chef de l'autorité de contrôle appelée à intervenir avant la mise en place du traitement et à le contrôler par après. Dans ce cadre, le Conseil d'État s'interroge encore sur la nature de l'acte adopté par la CNPD. Le terme « prononcer » utilisé dans le texte signifie, aux yeux du Conseil d'État, que l'autorité de contrôle adopte une décision contraignante. En toute logique, un recours devrait être ouvert devant le tribunal administratif en application de l'article 59 du projet de loi sous examen. »

Toutes ces questions ouvertes ne sont pas précisées par les règles du texte en projet comme l'exige pourtant l'article 88 du RGPD et sont donc sources d'une insécurité juridique importante.

Pour les raisons qui précèdent, la CNPD recommande aux auteurs du projet de loi d'abroger l'article L. 261-1 du CT. En effet, la CNPD considère que le RGPD constitue un référentiel solide et cohérent qui prévoit un nombre important et suffisant de garanties pour protéger les personnes concernées, dont notamment les salariés, et ceci en l'occurrence par rapport à un traitement à des fins de surveillance sur le lieu de travail. Sans vouloir les énumérer en détail, citons le droit de toute personne (que ce soit un salarié individuel ou une délégation du personnel) d'introduire une réclamation auprès de la CNPD en vertu de l'article 77 du RGPD ou encore l'article 35 du RGPD qui prévoit que pour les traitements qui sont susceptibles d'engendrer un risque pour les personnes concernées, en l'occurrence les salariés, une analyse d'impact relative à la protection des données devra être réalisée – et que sur base de l'article 35.9 l'entreprise devra, le cas échéant, demander l'avis des personnes concernées ou de leurs représentants dans cette démarche. Enfin, le RGPD confère également suffisamment de moyens et de pouvoirs à la CNPD pour sanctionner efficacement et de manière dissuasive les responsables de traitement qui effectuent des traitements de données en violation de la législation.

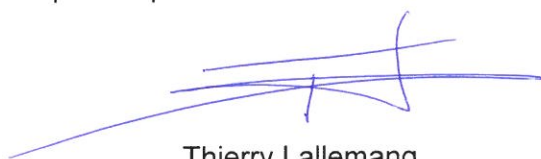
Si le législateur entend maintenir l'article L.261-1 du CT tel que proposé à l'article 71 du projet de loi, la CNPD estime nécessaire de l'adapter et de le préciser, au regard des observations formulées dans le présent avis, afin de le rendre conforme tant aux exigences de la jurisprudence de la CJUE que du RGPD.

Ainsi décidé à Esch-sur-Alzette en date du 25 avril 2018.

La Commission nationale pour la protection des données



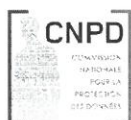
Tine A. Larsen
Présidente



Thierry Lallemand
Membre effectif



Christophe Buschmann
Membre effectif



Avis complémentaire de la Commission nationale pour la protection des données
relatif aux amendements gouvernementaux au projet de loi n° 7184 portant création de la
Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection
des données.