

**N° 7184<sup>21</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2017-2018

**PROJET DE LOI**

**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 du Code du travail et de la loi modifiée 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 du 2 août 2002 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel**

\* \* \*

**AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE**

En date du 5 mars 2018, Monsieur le Ministre des Communications et des Médias a sollicité de la Cour Supérieure de Justice (la Cour) un avis sur les 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 des données, portant modification de la loi du 25 mars 2015 fixant le régime et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État 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 (le règlement (UE) 2016/679).

Le premier amendement concerne l'ajout dans l'intitulé de la loi d'une référence au Code du travail « portant modification du Code du travail », aux fins de prendre en compte les modifications apportées à l'article L.261-1 du Code du travail, ajout qui est pertinent au regard de la modification apportée par l'article 71 du projet de loi n°7184 au Code du travail.

Par les deuxième et troisième amendements, les auteurs des amendements entendent insérer un nouveau titre Ier, intitulé « Dispositions générales » et un nouveau chapitre premier pour déterminer expressément le champ d'application de la loi « *ratione materie* » et « *ratione personae* » par l'insertion d'un nouvel article 1<sup>er</sup> et par la transformation de l'article 55 du projet de loi (*Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux responsables du traitement et aux sous-traitants établis sur le territoire luxembourgeois*) en article 2 sous le titre I chapitre 1.

Le quatrième amendement proposé concerne le contenu du nouvel article 1<sup>er</sup> du projet de loi relatif au champ d'application « *ratione materie* » pour tout traitement de données à caractère personnel par les organismes du secteur public. Il étend le champ d'application du règlement (UE) 2016/679 et de la nouvelle loi à tous les traitements qui ne sont pas couverts par ledit règlement et la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale.

Selon les auteurs de l'amendement, il y aurait lieu de remédier à une situation de vide juridique et d'éviter de créer un troisième régime de protection des données à caractère personnel qui ne prêterait qu'à confusion tant pour les personnes concernées que pour les responsables de traitement et sous-traitants, eu égard au fait que l'article 2, paragraphe 2, lettre a, du règlement (UE) 2016/679 exclut du

champ d'application dudit règlement les activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit de l'Union et eu égard au fait que le champ d'application de la nouvelle loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale serait également limité.

Conformément aux traités de l'Union européenne, le règlement (UE) 2016/679 exclut de son champ d'application des questions de protection des libertés et droits fondamentaux ou de libre flux des données à caractère personnel concernant des activités, telles que les activités relatives à la sécurité nationale. De même, le règlement exclut de son champ d'application le traitement des données à caractère personnel par les États membres dans le contexte de leurs activités ayant trait à la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union (point 16 des considérants du règlement (UE) 2016/679).

Or, abstraction faite de ce qu'il paraît étonnant d'étendre, par une loi nationale, le champ d'application d'une disposition européenne, il faut observer qu'à l'instar des traitements visés par la directive 2016/680 et le projet de loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale, les activités relevant de la sécurité nationale et de la sécurité commune de l'Union ou de la politique étrangère nécessitent des règles respectant la nature spécifique de ces activités d'autorité publique et de prérogatives de puissance publique. Dans ce domaine, les règles régissant la protection des données personnelles doivent allier les droits des personnes quant à leurs données personnelles aux impératifs de protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces.

Eu égard au caractère spécifique de la sécurité nationale et européenne ou de la politique étrangère, ni le règlement (UE) 2016/679 ni la loi portant création de la Commission nationale pour la protection des données ne semblent partant pouvoir constituer des dispositions adéquates pour régler les questions de protection des données à caractère personnel dans ce domaine spécifique.

La Cour relève encore que les auteurs de l'amendement ne donnent aucun exemple d'activités pour lesquelles il existerait un vide juridique.

Le septième amendement inclut des précisions quant à la comptabilité à tenir par la Commission Nationale pour la Protection des données (CNPd) et n'appelle pas d'observation de la part de la Cour.

Le neuvième amendement concerne les astreintes que la CNPD peut infliger au responsable du traitement ou au sous-traitant en fixant un maximum de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent, sur base notamment des renseignements fournis par l'administration de l'Enregistrement et des Domaines, et les douzième et treizième amendements prévoient la prescription de l'astreinte par trois ans en déterminant également un point de départ spécifique en rapport avec l'action de la CNPD, les auteurs des amendements relevant que la référence aux articles 2059 à 2066 du Code civil ne suffit pas.

Les précisions apportées par les amendements répondent à une exigence de sécurité juridique et n'appellent pas d'autres observations de la part de la Cour.

Le dixième amendement ajoute une sanction consistant dans la possibilité de la condamnation à publier les décisions de la CNPD dans les journaux nationaux, sanction qui était déjà prévue dans la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et qui, d'après les auteurs de la loi, s'est avérée utile et persuasive.

L'article 84 du règlement (UE) 2016/679, disposant que les États membres peuvent déterminer le régime des autres sanctions applicables en cas de violations du règlement, la Cour ne voit pas d'objection à cet amendement.

Le quatorzième amendement propose un nouveau chapitre 3 portant instauration d'un Commissariat du Gouvernement à la protection des banques de données de l'Etat, placé sous l'autorité du ministère d'Etat, et les amendements 15 à 27 déterminent les missions, le fonctionnement et le personnel dudit Commissariat.

Les amendements en question visent à créer, au niveau du ministère d'Etat, une structure spécialisée centrale ayant vocation à mettre à disposition de tous les départements de l'Etat une expertise juridique et pratique solide dans cette matière sensible et complexe au vu des progrès rapides des technologies numériques et électroniques, de l'ampleur des données personnelles à gérer et d'une plus grande prise de conscience du citoyen en matière de protection des données personnelles.

La création du Commissariat vise également à éviter de devoir recruter, pour répondre à l'obligation de désigner un délégué à la protection des données, un spécialiste en matière de protection des données

à caractère personnel dans chaque autorité ou organisme public ou, à tout le moins, dans la plupart des autorités ou organismes publics.

Selon les auteurs des amendements, la création d'un Commissariat du Gouvernement à la protection des banques de données de l'Etat répond au souci d'assurer une démarche homogène et effective dans la gestion de la conformité des départements ministériels et administrations publiques avec le nouveau régime de la protection des données à caractère personnel et ses exigences de mise en oeuvre proactive, le Commissariat étant appelé à jouer le rôle de délégué à la protection des données par défaut, ainsi qu'un rôle d'appui et de coordination à travers toute l'administration étatique, en étroite liaison avec les interlocuteurs internes au sein des départements ministériels et administrations publiques et leurs dirigeants qui maîtrisent les besoins et choix de fonctionnement et la configuration des applications-métier.

Si la création d'un Commissariat du Gouvernement à la protection des banques de données de l'Etat peut être bénéfique pour une harmonisation et une application uniforme des règles en matière de protection des données à caractère personnel dans le secteur public, il faudra veiller à ne pas instaurer une structure trop lourde et éloignée des responsables des traitements et des personnes concernées.

Le 28e amendement concerne la modification de l'article 261-1 du Code du travail afin de le rendre conforme au règlement (UE) 2016/679 et de renforcer les droits des salariés en matière de mise en oeuvre des traitements de données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés sur le lieu de travail.

La modification de l'article 261-1 du Code du travail vise ainsi surtout à renforcer le dialogue social dans le cadre de l'introduction ou de l'application d'installations techniques ayant pour objet de contrôler le comportement et les performances des salariés sur leur lieu de travail et de mieux protéger les salariés contre d'éventuels abus. Pour le cas où un employeur entend mettre en oeuvre un traitement des données à caractère personnel soumis à codécision, l'amendement prévoit la possibilité, pour les parties impliquées, de soumettre, en cas de désaccord, une demande d'avis préalable relative à la conformité de ce projet à la Commission nationale pour la protection des données. Si, à la fin de la procédure, le cas échéant, après avoir soumis le litige à l'Office national de conciliation, aucun accord n'est trouvé, le projet de traitement à des fins de surveillance ne pourra pas être mis en oeuvre.

A côté du droit individuel à l'information dont dispose de toute façon chaque salarié en vertu des articles 13 et 14 du règlement (UE) 2016/679, l'actuel paragraphe 2 prévoit en plus un droit collectif à l'information des salariés. Cette information a comme corollaire le droit accordé à la délégation du personnel ou aux salariés, dans les entreprises qui ne sont pas assujetties à l'obligation d'installer une délégation, de demander un avis de conformité préalable à la CNPD. Le fait de demander un avis préalable tient en suspens toute exécution de la mesure envisagée.

Si la modification de l'article 261-1 du Code du travail ne suscite pas d'observations de la part de la Cour en ce qu'elle renforce les droits des salariés en la matière, elle ne répond pas à la question de la valeur de la preuve dans le cadre des litiges entre employeurs et salariés obtenue au moyen des instruments de surveillance mis en place.

Tous les amendements non spécifiquement commentés dans le présent avis concernent des agencements ou des précisions d'ordre rédactionnel ou numérique, qui tiennent notamment compte des propositions d'amendements et sont pertinents à cet égard.

