

N° 7184²⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2017-2018

PROJET DE LOI

portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et 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, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des 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

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Deuxième avis complémentaire de la Chambre de Commerce (28.5.2018).....	1
2) Avis du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg (29.3.2018).....	4
3) Avis des Parquets de Luxembourg et de Diekirch	
– Dépêche du Procureur d'Etat à Luxembourg et du Procureur d'Etat à Diekirch à la Procureur Général d'Etat (23.4.2018).....	9

*

**DEUXIEME AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA
CHAMBRE DE COMMERCE**

(28.5.2018)

La Chambre de Commerce, qui a déjà eu l'occasion de commenter le projet de loi n° 7184 ainsi que les premiers amendements gouvernementaux du 8 mars 2018¹ (au nombre de 35), est saisie pour avis d'une nouvelle série d'amendements gouvernementaux déposés le 15 mai 2018 à la Chambre des Députés, qui visent spécifiquement les traitements de données personnelles dans le cadre de la surveillance des salariés sur le lieu de travail.

Le premier de ces deux amendements gouvernementaux du 15 mai 2018 tend à amender l'article 71 du projet de loi n°7184, modifiant le libellé de l'article L. 261-1 du Code du travail, qui avait été introduit par l'un des amendements gouvernementaux du 8 mars 2018 (spécialement l'amendement 28).

¹ Cf. l'avis initial de la Chambre de Commerce du 5 février 2018 sur le projet de loi n° 7184 et l'avis complémentaire du 30 mars 2018 sur les amendements gouvernementaux du 8 mars 2018 dans lesquels la Chambre de Commerce avancement un certain nombre d'arguments juridiques pour demander l'abrogation les articles L. 261-1 et L. 261-2 du Code du travail concernant le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés sur le lieu de travail.

La Chambre de Commerce observe par ailleurs que, le 17 mai 2018, la commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Médias, des Communications et de l'Espace de la Chambre des Députés a adopté une série d'amendements parlementaires.

Si aucun de ces amendements parlementaires ne porte sur l'article 71 du projet de loi n°7184 (respectivement sur l'article L. 261-1 du Code du travail), la Chambre de Commerce observe néanmoins que dans le texte coordonné du projet de loi joint auxdits amendements parlementaires, figure le libellé de l'article 71 tel qu'il avait été proposé par les premiers amendements gouvernementaux du 8 mars 2018 (spécialement par l'amendement 28).

La Chambre de Commerce regrette d'emblée qu'au Luxembourg, la question du nouveau régime qui sera applicable, suite à l'entrée en vigueur du RGPD, aux traitements de données personnelles dans le cadre de la surveillance des salariés sur le lieu de travail, ne soit toujours pas tranchée et déplore l'insécurité juridique qui en découle pour les nombreuses entreprises concernées par de tels traitements.

A titre principal, la Chambre de Commerce réitère le souhait exprimé dans son avis initial du 5 février 2018 (concernant le projet de loi n°7184) de voir abroger purement et simplement l'actuel article L. 261-1 du Code du travail (et corrélativement l'article L. 261-2), en précisant que l'avis complémentaire de la CNPD du 25 avril 2018 a mis en évidence **la non-conformité du libellé actuel de l'article L. 261-1 du Code du travail au RGPD, d'une part, et à la jurisprudence européenne, d'autre part.**

Subsidiairement, si le Gouvernement (et le législateur) persistent dans leur intention de maintenir et adapter l'article L. 261-1 du Code du travail, en se fondant sur l'article 88 du RGPD² qui permet aux Etats membres d'introduire des dispositions spécifiques en matière de traitement de données dans le cadre des relations de travail, la Chambre de Commerce estime nécessaire, **compte tenu de la succession de deux projets d'amendements gouvernementaux** (du 8 mars et du 15 mai 2018) portant sur l'article L. 261-1 du Code du travail, de prendre position comme suit :

1) Concernant le libellé de l'article L. 261-1 du Code du travail proposé par le biais de **l'amendement 28 du 8 mars 2018**³, la Chambre de Commerce renvoie tout d'abord à son avis complémentaire du 30 mars 2018 dans lequel elle a soulevé des arguments juridiques de nature à démontrer que ce projet de libellé n'est conforme ni à l'esprit, ni à la lettre du RGPD.

Elle donne encore à considérer que les mêmes conclusions ont été tirées par le Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, dans son avis du 30 mars 2018, et par la CNPD, dans son avis complémentaire précité du 25 avril 2018. Les deux institutions ont formulé un certain nombre de critiques juridiques en s'appuyant sur la nouvelle philosophie du RGPD (fin des contrôles ex-ante et responsabilisation des entreprises) et les nouvelles obligations mises à la charge des entreprises (obligations de documenter leur conformité, nouveaux pouvoirs de contrôle et de sanctions de la CNPD notamment) pour considérer que le RGPD offrait toutes les garanties adéquates en matière de traitement de données sur le lieu de travail. Par ailleurs, elles ont toutes les deux mis en exergue le risque que soit réintroduit le système d'autorisation préalable à travers la procédure d'avis préalable, tant la frontière entre les deux procédures est ténue. La CNPD a même conclu que la procédure d'avis préalable de la CNPD risquait de se trouver en conflit avec les articles 35 et 36 du RGPD (respectivement relatifs à l'analyse d'impact et à l'obligation de consulter préalablement de la CNPD en cas d'analyse d'impact révélant un risque élevé pour les personnes).

Il est ressort clairement que l'article 88 du RGPD qui autorise des mesures spécifiques dans le cadre des relations de travail ne permet pas d'adapter l'article L. 261-1 du Code du travail en contradiction aux principes essentiels du RGPD.

En conclusion, la Chambre de Commerce réitère son opposition au projet de libellé de l'article L. 261-1 du Code du travail tel qu'il ressort de l'amendement 28 du 8 mars 2018 ainsi que son souhait de le voir abroger purement et simplement (il en va corrélativement de même pour l'article L. 261-2).

² L'article 88 du RGPD est intitulé « Traitement de données dans le cadre des relations de travail ».

³ Pour rappel, parmi les amendements gouvernementaux du 8 mars 2018, l'amendement 28 du 8 mars 2018 insère un nouvel article 71, dans le projet de loi n°7184, ayant pour objet de modifier le libellé actuel de l'article L. 261-1 du Code du travail.

2) Concernant le libellé de l'article L. 261-1 du Code du travail proposé par le biais de l'**amendement gouvernemental 1 du 15 mai 2018** sous avis, la Chambre de Commerce relève qu'il s'agit d'une réécriture de la version du 8 mars 2018 et, de manière générale et qu'il a été tenu compte d'un certain nombre des critiques rédhitoires formulées tant par la Chambre de Commerce, dans son premier avis complémentaire du 30 mars 2018, que la CNPD, dans son avis complémentaire du 25 avril 2018.

La Chambre de Commerce regrette néanmoins que la possibilité pour la délégation du personnel (respectivement les salariés) de demander un avis préalable à la CNPD soit maintenue considérant que, **par principe, toute surveillance qui respecte les principes du RGPD doit être possible sans qu'aucun avis préalable de la CNPD n'ait à être demandé**, d'autant plus que l'amendement 1 du 15 mai 2018 exige de tout employeur qui mettrait en oeuvre une surveillance sur le lieu de travail de s'engager formellement à ne pas utiliser les données collectées pour une finalité autre que celle initialement prévue.

Si la possibilité de demander un avis préalable à la CNPD devait néanmoins être maintenue, la Chambre de Commerce insiste à tout le moins pour que **cette demande d'avis ne soit pas suspensive**, considérant qu'un tel effet suspensif fait planer un soupçon de non-conformité du traitement alors que celle-ci ne peut être décidée que par la CNPD (et non par la loi).

En effet, si l'amendement gouvernemental 1 du 15 mai 2018 sous avis limitait à un mois l'effet suspensif de la demande, il n'en resterait pas moins que l'employeur ne serait pas « autorisé » à effectuer le traitement envisagé pendant ce délai, au regard du droit du travail.

A cet égard, la Chambre de Commerce tient à souligner que le report de la mise en oeuvre d'un traitement (même d'un mois) n'est pas admissible dans la mesure où il mettrait les entreprises ayant l'obligation légale d'effectuer un tel traitement en vertu d'une autre législation (tel que l'enregistrement des communications téléphoniques et électroniques imposé par MIFID II) face à un dilemme inextricable.

En effet, quoi qu'elle fasse, l'entreprise contreviendrait à la loi :

- a) si elle se plie à l'article L.261-1 du Code du travail (qui, selon l'amendement 1 du 15 mai 2018, prévoit l'interdiction de procéder au traitement endéans le délai d'un mois en raison de l'effet suspensif de la demande d'avis préalable), l'entreprise contreviendra à la loi qui impose la mise en place de ce traitement sans délai,
- b) à l'inverse, si elle respecte les exigences légales spécifiques qui imposent la mise en place de ce traitement sans délai, l'entreprise contreviendra au droit du travail qui prévoit que la demande d'avis de la CNPD a un effet suspensif.

Dans tous les cas, l'entreprise s'exposera soit à des sanctions pénales, soit à des amendes administratives importantes.

La Chambre de Commerce est également d'avis que le même risque de contradiction existera avec l'article L. 211-29 du Code du travail qui impose à tout employeur de tenir un registre spécial ou un fichier de manière à renseigner depuis une loi du 14 mars 2017, le début, la fin et la durée du travail journalier de ses salariés⁴.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, la marge de manoeuvre laissée aux Etats membres par l'article 88 du RGPD de pouvoir adopter des dispositions spécifiques en matière de traitement de données sur le lieu de travail, ne peut en toute hypothèse pas aboutir à ce que l'entreprise soit empêchée – même temporairement – de remplir ses obligations légales ou soit contrainte de se mettre « hors la loi ».

⁴ Depuis une loi du 14 mars 2017, l'article L 211-29 du Code du travail est libellé comme suit : « *L'employeur est tenu d'inscrire sur un registre spécial ou sur un fichier le début, la fin et la durée du travail journalier ainsi que toutes les prolongations de la durée normale du travail, les heures prestées les dimanches, les jours fériés légaux ou la nuit ainsi que les rétributions payées de l'un ou de l'autre de ces chefs. Ce registre ou fichier est à présenter à toute demande de la part des agents de l'Inspection du travail et des mines.* »

Finalement, en dépit de son opposition de principe à maintenir et adapter l'article L. 261-1 du Code du travail et dans le seul but de permettre de régler la situation inextricable décrite ci-avant, la Chambre de Commerce insiste à tout le moins pour que, sous l'amendement 1 du 15 mai 2018, le paragraphe (4) soit complété comme suit :

« Cette demande a un effet suspensif pendant ce délai, sauf lorsque le traitement répond à une obligation légale ou réglementaire. »

Cette proposition de reformulation s'inscrit dans la même logique que le nouveau libellé du paragraphe (3), issu de l'amendement gouvernemental 1 sous avis, qui prévoit que les dispositions prévues respectivement aux articles L. 211-8, L.414-9 et L. 423-1 (imposant la codécision) s'appliquent, sauf lorsque le traitement répond à une obligation légale ou réglementaire, cette dérogation étant justifiée par le fait que le traitement imposé par la loi ne peut risquer de faire l'objet d'une opposition en codécision et de se trouver bloquer (cf. commentaire de l'amendement 1 sous avis).

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver les amendements gouvernementaux sous avis en l'état et demande, à titre principal, l'abrogation pure et simple des articles L. 261-1 et L. 261-2 du Code du travail. A défaut d'abroger lesdits articles L. 261-1 et L. 261-2 du Code du travail, la Chambre de Commerce demande la modification de l'amendement gouvernemental 1 du 15 mai 2018 conformément à sa remarque.

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE ET A LUXEMBOURG

(29.3.2018)

En mains le transmis du 8 mars 2018 par lequel le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg est sollicité dans son avis concernant le projet d'amendements gouvernementaux au projet de loi n° 7184.

Il convient de préciser dans un premier temps que l'avis du Tribunal d'Arrondissement n'avait pas été sollicité concernant le projet de loi de base et que le seul avis des juridictions luxembourgeoises qui a été publié est celui de la Cour Supérieure de Justice du 20 novembre 2017 (doc. parl. 7184/02).

Les amendements suivants appellent un commentaire de la part du Tribunal :

Amendement 4 – Généralisation du champ d'application pour le secteur public

Première observation

Cet amendement a pour objectif d'assurer que les activités qui ne sont pas couvertes par la Directive (régime général) ou le Règlement (régime pénal) sont malgré tout couvertes par le Règlement.

La formulation est délicate et confuse (« tout traitement non couvert par le Règlement est couvert par le Règlement »).

En d'autres termes, le législateur luxembourgeois décide d'étendre le champ d'application du droit de l'Union au-delà de son champ d'application. Il intègre ainsi à l'ordre juridique national une norme d'origine européenne. Si les implications constitutionnelles d'une telle démarche devront être analysées, il faut encore constater que le législateur luxembourgeois ne peut en aucun cas rendre applicables les dispositions du Règlement qui engagent les organes européens (Commission, comité européen de la protection des données, etc.) ou les autres Etats membres (p.ex. coopération avec des autorités chef de file étrangères). De même, la Cour de Justice de l'Union ne pourrait être saisie pour interpréter une disposition si dans le cas d'espèce, le Règlement ne s'applique pas directement, mais uniquement parce que le Luxembourg en a étendu le champ d'application.

Seconde observation

Le Règlement est en particulier inapplicable aux autorités de poursuite pénale (Art. 2 (2) pt. d). Ces autorités sont régies par la Directive 2016/680, qui est en cours de transposition. Selon l'état actuel du projet de loi n° 7168, l'article 18 précisera :

« Lorsque les données à caractère personnel sont relatives à des faits qui font l'objet d'une enquête préliminaire, d'une instruction préparatoire ou qui ont été renvoyés devant une juridiction de jugement, les droits visés aux articles 13, 14 et 16 sont exercés conformément aux dispositions du Code de procédure pénale ou à d'autres dispositions légales applicables ».

Or, quasiment toute l'activité pénale du Tribunal d'Arrondissement (juge d'instruction, chambre de conseil, juridictions du fond) tombent sous cette exception. Par conséquent, lors de ces procédures, les droits d'accès, d'opposition et de rectification seront exercés « conformément à d'autres dispositions légales applicables ».

Selon l'amendement commenté, il serait désormais clair que comme « autre disposition », le Règlement 2016/679 s'appliquerait.

Dès lors, pour l'exercice de ces droits fondamentaux dans le cadre des phases centrales de la procédure pénale, ce sera le régime général de la protection des données (Règlement) et non le régime spécifiquement conçu pour les poursuites pénales (Directive) qui trouverait application. Le Tribunal avait déjà souligné ce contresens et sa potentielle contrariété au droit européen dans son avis relatif au projet de loi (doc. parl. 7168/02).

Amendements 9 et 12 – sanctions administratives

Le Tribunal constate qu'en matière de protection des données, tout comme dans de nombreuses autres matières, le volet répressif n'est plus assuré par le droit pénal, mais par des mesures et sanctions de nature administrative. Si cette évolution soulève en soi de nombreuses interrogations, il faut cependant constater qu'en plus, pour chaque nouvelle sanction administrative, un régime procédural propre est mis en place. S'il est certes vrai que le législateur s'est inspiré dans ce cas précis du texte applicable en matière de concurrence déloyale, il ne s'agit pas moins de deux textes distincts, par exactement identiques, et qui pourrait évoluer différemment à l'avenir. Ce morcellement des régimes juridiques est préjudiciable à la cohérence du droit et à la sécurité juridique. Le droit pénal a pour mérite que s'il sanctionne des comportements dans les domaines les plus variés, le régime commun de la sanction (droit pénal général) et surtout celui de la procédure (code de procédure pénal) restent unifiés. Il faudra songer à élaborer un régime cohérent et de préférence unique de la sanction administrative.

Amendements 14 à 19 – délégués et commissaire du Gouvernement

Il faut saluer la décision de mettre en place un pôle de compétences au sein d'un service dédié auprès du Ministère d'Etat, pour garantir une application cohérente de la réglementation en matière de protection des données.

En vertu de la séparation des pouvoirs, les juridictions n'auront cependant pas accès à ces ressources et compétences.

La désignation d'un délégué à la protection des données est obligatoire pour le volet pénal. Pour les autres activités des tribunaux, tombant sous le régime du Règlement, les juridictions ne sont pas obligées de mettre en place des délégués. Le Parquet Général a toutefois pris la décision de nommer un délégué par juridiction.

Si les autorités ont vu la nécessité de mettre en place au niveau des Ministères et administrations un pôle de compétence avec des ressources humaines nouvelles et spécifiquement dédiées à la protection des données, elles ne peuvent nier que les Cours et Tribunaux ont également besoin d'un renfort en capacités humaines et techniques pour assurer le respect de la nouvelle réglementation. Rappelons que les juridictions traitent des données particulièrement sensibles en grand nombre. Le Tribunal reformule dès lors sa revendication, déjà détaillée dans le doc. parl. 7168/02, que les délégués devront disposer de moyens suffisants, soit par un poste central à créer au Parquet général (équivalent du commissariat à la protection des données), soit par une libération en tout ou partie des délégués à la protection des données, soit par une compensation sous forme de prime.

Amendement 28 – Surveillance sur le lieu de travail

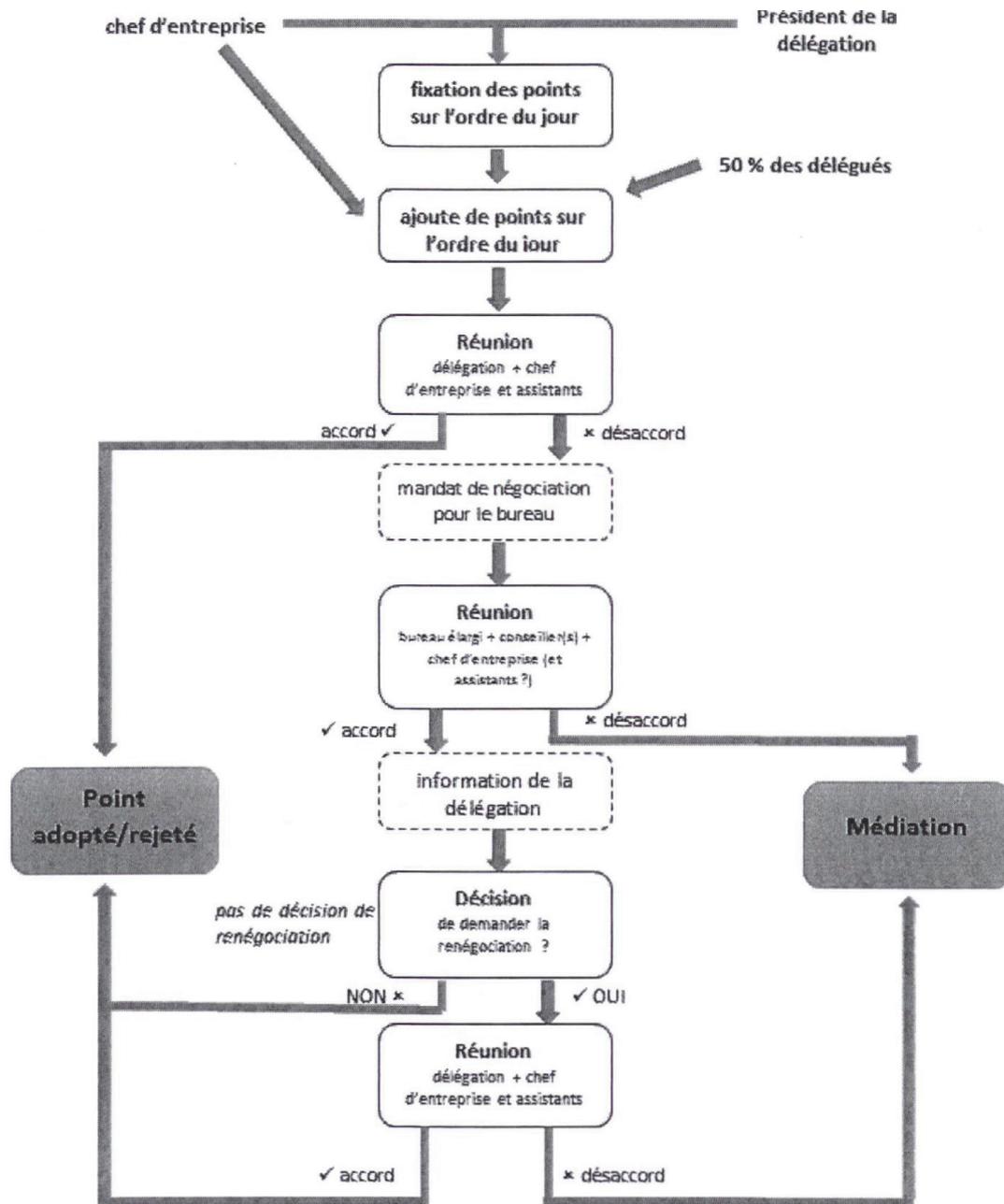
Même si le Tribunal d'Arrondissement n'est pas concerné directement par le droit du travail, qui est traité en première instance au niveau des justices de paix et en appel par la Cour Supérieure de Justice, il entend néanmoins formuler des observations quant à un texte qui paraît particulièrement problématique :

- a) Il faut constater tout d'abord que sous la nouvelle formulation, les cas d'ouverture de la surveillance ne sont plus limités à quelques cas particuliers. Ce n'est que la procédure de codécision qui doit s'appliquer dans les trois cas énumérés¹.
- b) La notion de « surveillance » n'est plus définie suite à l'abrogation de la loi de 2002. Il faudrait songer à introduire une notion clarifiant la finalité de la surveillance. Tout employeur est en effet obligé de traiter de nombreuses données, et de « surveiller » ses salariés, par exemple parce que selon la jurisprudence il est responsable pour veiller à ce que ses salariés respectent les limitations de la durée de travail et que, depuis une loi de 2017, il doit inscrire le début et la fin du travail journalier pour chaque salarié (L. 211-29).
- c) Le renvoi à l'article L. 211-8 (règlement d'horaire mobile) ne fait pas de sens. Il n'y a pas de raison pourquoi cet article ne s'appliquerait pas.
- d) Il y a lieu d'omettre la référence au « comité mixte » et donc également à l'article L. 423-1, sinon au moins d'inclure les mêmes dispositions transitoires et abrogatoires que celles qui sont prévues dans la loi du 23 juillet 2005 portant réforme du dialogue social. A défaut, le Code du travail manquera de cohérence.
- e) Le renvoi à l'article 414-9 est-il à interpréter en ce sens qu'il y a codécision dans tous les cas où uniquement si l'entreprise compte plus de 150 salariés ?
- f) Le texte qui prévoit qu'« en cas de désaccord », il peut être recouru à une demande d'avis préalable de la CNPD semble viser le cas d'un désaccord dans le cadre de la procédure de codécision. Il convient de rappeler que déjà à l'heure actuelle, les procédures de résolution d'un désaccord en matière de co-décision sont d'une complexité redoutable et se décomposent en une procédure impliquant différentes réunions (schéma en annexe 1) et une procédure de médiation (schéma en annexe 2), étant précisé qu'à ce jour, les médiateurs n'ont pas encore été nommés. Est-ce utile d'ajouter dans ce méandre procédural une autre possibilité de prendre un avis de la CNPD. A quel stade de ces procédures cet avis devrait-il intervenir ? Les délais sont-ils interrompus ?
- g) Il faut également s'interroger dans quelle mesure il est opportun que la CNPD intervienne dans les conflits entre partenaires sociaux. La valeur juridique de son « avis de conformité » mériterait aussi d'être clarifiée. En outre, les discussions entre partenaires sociaux ne portent pas seulement sur la légalité des mesures prises, mais surtout sur leur opportunité dans le cadre des relations sociales intérieures à l'entreprise. Ce n'est pas parce que la CNPD dit que le traitement ne se heurte pas au Règlement que la délégation du personnel devrait l'accepter.
- h) La notion de « législation sur le contrat de droit privé » est inhabituelle et peu claire
- i) La référence aux « personnes tombant sous l'empire d'un régime statutaire » est à omettre : tout d'abord, le Code du travail dans son ensemble ne vise que les personnes travaillant sous un régime contractuel. Enfin, l'article L. 261-1 ne vise que la surveillance des « salariés », ce qui exclut (outre les stagiaires, apprentis, personnes sous contrat d'insertion, etc.) toutes les personnes sous régime statutaire. L'article L. 261-1 ne leur étant pas applicable, il ne fait pas de sens d'y prévoir une consultation de leurs organes représentatifs.
- j) L'information de l'ITM préalable à la mise en place d'une surveillance sur le lieu de travail pose la question des compétences que cette administration aurait pour intervenir, et comment ces compétences se combinent avec celles de la CNPD.
- k) Il serait intéressant d'analyser en détail dans quelle mesure une surveillance sur le lieu de travail peut également qualifier de « profilage » au sens du Règlement 2016/679, et de veiller à la cohérence des textes. Le « profilage » est défini notamment comme « toute forme de traitement automatisé des données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, ... la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique » (Art. 4 point 4 du Règlement).

¹ Par ailleurs, la phrase « lorsque le traitement des données à caractère personnel est mis en oeuvre ... pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du salarié, **lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer le salaire exact** » ne donne plus de sens dans la version remaniée du texte. Elle signifie que si ce n'est pas le seul moyen pour déterminer le salaire exact, l'employeur peut mettre en oeuvre le traitement dans le respect du Règlement 2016/679, sans devoir obtenir l'accord de la délégation du personnel.

ANNEXE 1

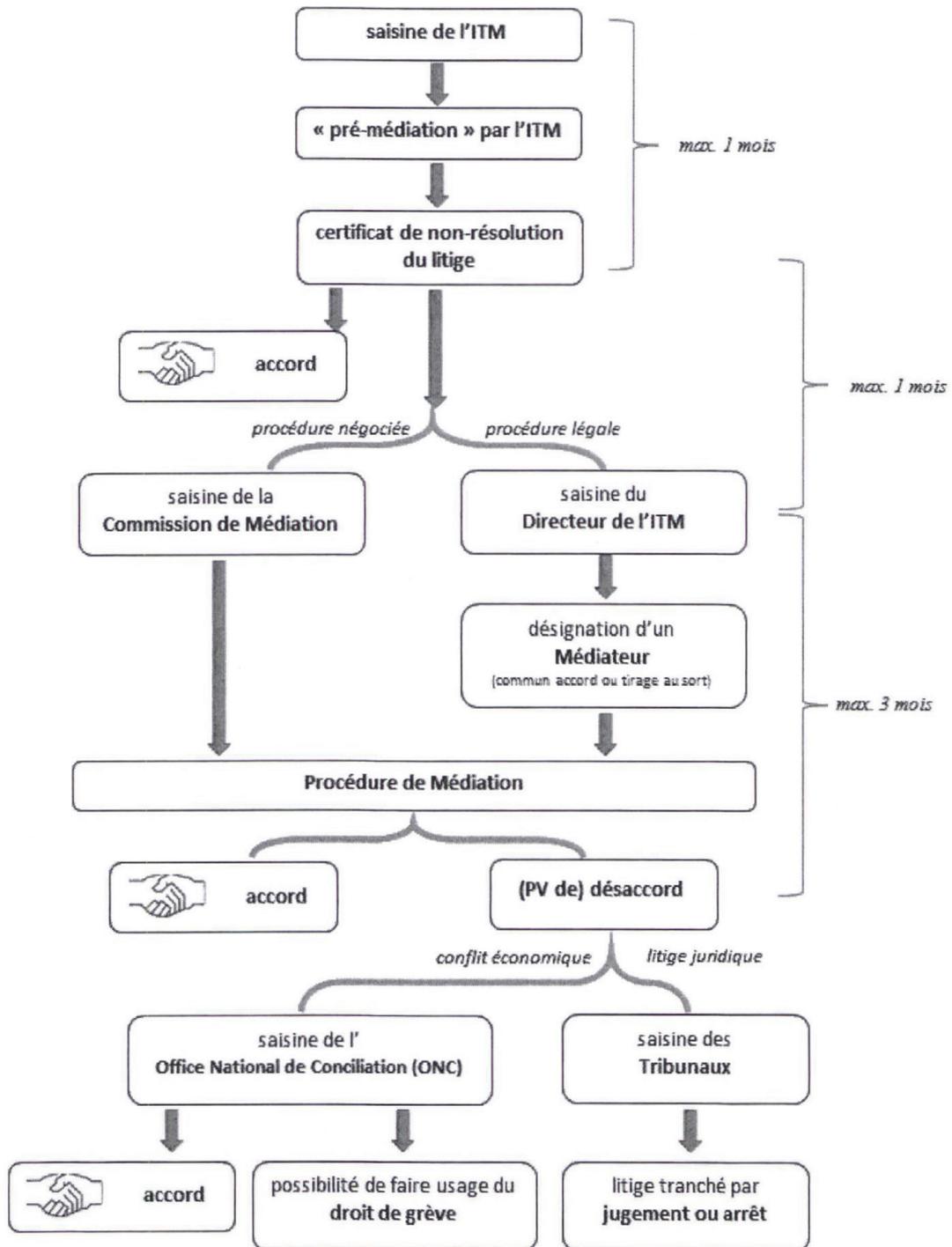
Procédure de co-décision



accord = commun accord d'adopter ou de rejeter le point
 désaccord = désaccord ou pas d'accord

ANNEXE 2

Procédure en cas de désaccord en matière de co-décision



*

AVIS DES PARQUETS DE LUXEMBOURG ET DE DIEKIRCH

**DEPECHE DU PROCUREUR D'ETAT A LUXEMBOURG
ET DU PROCUREUR D'ETAT A DIEKIRCH A LA PROCUREUR
GENERAL D'ETAT**

(23.04.2018)

Madame le Procureur Général d'Etat,

Faisant suite à votre transmis du 8 mars 2018 relatif aux amendements gouvernementaux proposés dans le cadre du projet de loi sous rubrique, les Procureurs d'Etat soussignés se permettent de vous informer que, au vu des observations déjà soulevées dans l'avis du Conseil d'Etat du 30 mars 2018, ils n'ont pas d'observations particulières supplémentaires à formuler.

Profond respect.

Jean-Paul FRISING
Procureur d'Etat à Luxembourg

Aloyse WEIRICH
Procureur d'Etat à Diekirch

