



CHAMBRE DES SALAIRES
LUXEMBOURG

6 avril 2018

AVIS II/12/2018

relatif au projet d'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 du 2 août 2002 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

..... AVIS

Par lettre du 5 mars 2018, Monsieur Xavier Bettel, ministre des Communications et des Médias, a soumis à l'avis de la Chambre des salariés (CSL) le projet d'amendements gouvernementaux au projet de loi sous rubrique.

1. Les amendements ont pour objet de modifier le projet initial sur un certain nombre de points.
2. L'amendement no 28 concerne l'article L.261-1 du Code du travail relatif à la surveillance des salariés sur le lieu de travail et appelle les commentaires suivants.

L'intention des auteurs de l'amendement est conforme aux règles européennes

3. La CSL constate que les auteurs de l'amendement se basent à juste titre sur l'article 88 du règlement européen no 2016/679 pour prévoir, comme ils l'indiquent, des « règles plus spécifiques pour assurer la protection des droits et libertés en ce qui concerne le traitement de données à caractère personnel des employés dans le cadre des relations de travail » et cela plus particulièrement en matière de surveillance sur le lieu de travail.

Le commentaire de l'amendement précise encore que celui-ci vise 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. »

4. L'article 88 en question prévoit en effet, qu'il appartient aux Etats membres de prendre des mesures spécifiques pour protéger les salariés contre des abus sur leur lieu de travail, notamment en matière de surveillance sur le lieu de travail.

Soumettre une personne physique à une surveillance systématique est en effet fortement attentatoire à sa liberté et à sa vie privée, raison pour laquelle le législateur européen demande aux Etats membres de prendre des règles spécifiques pour protéger les salariés contre des abus en matière de surveillance.

5. L'intention des auteurs de l'amendement semble ainsi être en parfaite harmonie avec le règlement européen.

Mais le texte proposé assure moins de protection aux salariés

6. Or, si l'intention des auteurs des amendements semble conforme au texte européen, malheureusement le texte de loi proposé signifie « moins de protection » pour les salariés comparé au texte de loi actuel.

7. Le texte de loi actuel prévoit en effet 5 cas d'ouverture qui sont limitativement formulés à l'article L.261-1 du Code du travail. Par conséquent l'employeur doit pouvoir invoquer de manière légitime et justifiée un de ces 5 besoins afin de pouvoir mettre valablement en œuvre un dispositif de surveillance sur le lieu de travail.

Article L.261-1- CT :

(1) Le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance sur le lieu de travail peut être mis en œuvre, conformément à l'article 14 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, par l'employeur s'il en est le responsable.

Un tel traitement n'est possible que s'il est nécessaire :

1. pour les besoins de sécurité et de santé des salariés, ou
2. pour les besoins de protection des biens de l'entreprise, ou
3. pour le contrôle du processus de production portant uniquement sur les machines, ou
4. pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du salarié, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer le salaire exact, ou

5. dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile conformément au présent code.

Dans les cas visés aux points 1, 4 et 5, le comité mixte d'entreprise, le cas échéant institué, a un pouvoir de décision tel que défini à l'article L.423-1, points 1 et 2.

(Loi du 23 juillet 2015 – Au plus tard lors des élections sociales de 2018)

« Dans les entreprises occupant au moins cent cinquante salariés la délégation du personnel a un pouvoir de codécision dans les cas visés aux points 1, 4 et 5 conformément à l'article L.414-9, points 1 et 2. »

Le consentement de la personne concernée ne rend pas légitime le traitement mis en œuvre par l'employeur.

L'article L.261-1 CT combiné dans sa version actuelle avec les règles générales du règlement européen (qui sur ce point ne sont d'ailleurs pas modifiées par rapport à la directive 95/46), fait que les cas d'ouverture pour légitimer une surveillance sur le lieu de travail sont, à ce jour, nettement restreints comparés aux cas d'ouverture tels qu'ils sont posés par le régime général en matière de protection des données (voir l'article 6 du règlement européen 2016/679 sur la licéité du traitement).

En effet, selon le régime général, c'est notamment :

- le consentement de la personne concernée qui peut légitimer un traitement de ses données personnelles, ou alors
- le fait que l'utilisation de ses données personnelles soit nécessaire à l'exécution d'un contrat que la personne concernée a signé, ou encore
- le fait que le responsable de traitement soit soumis à une obligation légale rendant nécessaire le traitement des données personnelles de la personne concernée, ou encore
- l'intérêt légitime du responsable de traitement qui rend le traitement des données personnelles de la personne concernée légitime.

A ce jour, ces cas d'ouverture ne sont pas relevant en matière de surveillance des salariés sur le lieu de travail, étant donné que l'article L.261-1 fixe un régime dérogatoire en prévoyant les cas d'ouverture propres à cette situation, lesquels, soulignons-le, n'ont jamais pour but de surveiller le salarié, voire le comportement du salarié lui-même, mais servent toujours à une autre fin telle :

- assurer la santé et sécurité des salariés,
- surveiller les biens de l'employeur,
- surveiller le bon fonctionnement des machines de l'employeur ou
- gérer le temps de travail des salariés.

Seul le cas d'ouverture « *contrôle temporaire de production ou des prestations du salarié, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer le salaire exact (article L.261-1(4) du Code du travail)* » permet une surveillance temporaire, donc limitée dans le temps, des prestations du salarié mais dans la seule finalité de déterminer son salaire exact.

8. Au vu de la nouvelle formulation proposée par l'amendement de l'article L.261-1 du Code du travail, ces 5 cas d'ouverture spécifiques vont disparaître et l'employeur se basera dorénavant sur le régime général de l'article 6 du règlement européen pour légitimer la mise en place d'un dispositif de surveillance.

Notons que le consentement du salarié ne permettra, comme à ce jour, pas à son employeur de légitimer une surveillance (l'article L.261-1 n'est pas modifié sur ce point).

En admettant que le projet de loi soit voté dans sa version amendée, l'employeur se basera donc à l'avenir très probablement dans la majorité des cas sur son « *intérêt légitime* » pour vouloir justifier une surveillance de ses salariés.

8.1. Or cette notion est à l'évidence extrêmement vaste et ne fournit aucune garantie aux salariés, contrairement à la situation actuelle.

Il est en effet plus facile d'apprécier si la surveillance est nécessaire pour les besoins de sécurité et de santé des salariés ou pour assurer la protection des biens de l'entreprise, que de devoir apprécier si l'employeur a un quelconque intérêt légitime à faire valoir, notion qui peut couvrir tout et n'importe quoi

et qui est dépourvue de toute sécurité juridique pour les personnes qu'il s'agit néanmoins ici de protéger, à savoir les salariés.

Ainsi dorénavant, il sera imaginable qu'un employeur soit tenté de vouloir légitimer le fait de devoir surveiller ses salariés par vidéosurveillance afin de s'assurer qu'ils travaillent suffisamment pendant leur temps de travail, temps de travail qu'il doit rémunérer en tant qu'employeur.

Cet exemple est certes un cas assez extrême et en cas de contestation, probablement la Commission nationale pour la protection des données (CNPD) dirait que cet « intérêt légitime » invoqué par l'employeur ne peut pas prévaloir sur la nécessité de protéger les droits et libertés fondamentales des salariés concernés (càd droit au respect de leur vie privée/intimité avec droit à l'image et droit à la liberté de mouvement, aussi pendant leur temps de travail).

N'empêche que c'est la porte ouverte aux abus, notamment là où les salariés ne sauront pas réagir et se plaindre.

8.2. D'un autre côté, la notion de l'intérêt légitime étant si vaste, la CNPD risquera aussi d'être submergée de plaintes de salariés mécontents, désireux de faire valoir leurs droits et de faire vérifier si par exemple la caméra installée par leur employeur sur le lieu de travail ou le dispositif GPS dans leur voiture de service, est légitime ou ne l'est pas.

Le dialogue social n'est pas renforcé

9. Les auteurs de l'amendement essayent en outre de faire croire que le dialogue social serait renforcé par le nouveau dispositif. Or il n'en est rien.

10. En matière d'horaire mobile, c'est la loi du 23 décembre 2016 qui a déjà introduit une codécision généralisée (càd dans toutes les entreprises, peu importe leur taille) au bénéfice de la délégation du personnel en ce qui concerne l'horaire mobile.

En effet, depuis cette loi l'article L. 211-8 CT prévoit qu' « *Un règlement sur le fonctionnement d'un horaire mobile peut se substituer au système du plan d'organisation du travail au sens des dispositions du présent article.*

La décision relative à l'institution d'un horaire mobile ainsi que sa périodicité, son contenu et ses modalités y compris les modifications est prise dans le cadre d'une convention collective de travail, d'un accord subordonné, d'un accord en matière de dialogue social interprofessionnel ou d'un commun accord entre l'entreprise et la délégation du personnel ou, à défaut, les salariés concernés. »

11. Quant à l'article L.414-9 du Code du travail, lequel stipule que « *Dans les entreprises occupant pendant les douze mois précédant le premier jour du mois de l'affichage annonçant les élections au moins 150 salariés et sans préjudice de l'application d'autres dispositions légales ou conventionnelles, doivent être prises d'un commun accord entre l'employeur et la délégation du personnel les décisions portant sur :*

1. *l'introduction ou l'application d'installations techniques ayant pour objet de contrôler le comportement et les performances du salarié à son poste de travail; ... »*, cet article¹

(combiné à l'actuel article L.261-1 CT) permet à ce jour au comité mixte, et après les prochaines élections sociales à la délégation du personnel de l'entreprise, et cela exclusivement dans les entreprises de 150 salariés et plus, de pouvoir bloquer l'introduction d'un dispositif de surveillance dans 3 des 5 cas d'ouverture que la loi prévoit.

Dorénavant, avec la version amendée de l'article L.261-1- CT, le comité mixte/la délégation du personnel d'une entreprise de 150 et plus de salariés, aura le même droit dans les mêmes 3 cas (càd. mise en place d'un dispositif de surveillance pour les besoins de sécurité et de santé des salariés, ou pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du salarié dans le seul but de déterminer sa juste rémunération, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer le salaire exact, ou dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile).

¹ Et suite aux prochaines élections, l'article L.423-1 CT

Donc rien de changé du côté des droits des représentants des salariés.

Par contre du côté de l'employeur, il y aura des cas d'ouverture en quelque sorte illimités du fait notamment de la notion vaste de l'intérêt légitime que l'employeur pourra du moins tenter de faire valoir.

Le dialogue social n'est donc pas renforcé, mais déséquilibré et par conséquent diminué.

Il faut renforcer le droit à l'information et introduire le droit à la consultation pour les représentants des salariés

12. La CSL est d'avis que l'article L.261-1 (2) du Code du travail devrait être modifié pour prévoir que l'employeur doit non seulement informer les représentants des salariés, voire les salariés au préalable, mais qu'il doit aussi les informer et consulter au préalable.

La loi devrait aussi préciser que l'information préalable doit porter sur les modalités concrètes de la surveillance envisagée, avec notamment une description du dispositif envisagé, son fonctionnement exact, une analyse d'impact quant à l'atteinte des droits et libertés fondamentales des salariés, la finalité du dispositif, la base légale invoquée par l'employeur, les catégories de salariés concernés, les données personnelles concernées, la durée de conservation des données, le/les destinataires des données.

13. A ce titre rappelons que le règlement européen prévoit à son article 35 que lorsqu'un responsable de traitement veut mettre en place une surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public, il doit effectuer au préalable une analyse d'impact afin de déterminer le degré d'atteinte aux droits et libertés fondamentales des personnes concernées et en cas de risque élevé, il doit alors consulter la Commission nationale de surveillance pour obtenir son avis avant de prendre une quelconque décision.

La CSL est d'avis que les salariés ne peuvent pas être moins protégés sur leur lieu de travail que lorsqu'ils se déplacent en tant que citoyens dans un lieu public. L'analyse d'impact devrait donc en tout état de cause être obligatoire en matière de surveillance sur le lieu de travail.

Un seul pas en avant dans le texte proposé : la possibilité pour la délégation du personnel et à défaut pour les salariés, de demander l'avis préalable de la CNPD pour toute surveillance sur le lieu de travail envisagée par l'employeur

14. Seul point positif dans le texte amendé proposé : Le nouveau paragraphe 3 proposé qui permet à la délégation du personnel et à défaut, aux salariés concernés, de demander l'avis préalable de la CNPD face à tout projet de surveillance sur le lieu de travail avec effet suspensif et avec la conséquence que la CNPD devra prendre position dans un délai d'un mois.

Dans la mesure où il est fort probable qu'un employeur n'ira pas à l'encontre de l'avis de la CNPD au risque de se faire sanctionner par après, un tel mécanisme devrait aider à limiter les abus.

Pour conclure

15. La CSL ne marque ainsi pas son accord à l'amendement no 28, sauf en ce qui concerne le nouveau paragraphe 3 proposé pour l'article L.261-1 du Code du travail permettant à la délégation du personnel, sinon aux salariés concernés, de saisir la CNPD pour obtenir son avis préalable à la mise en place d'un dispositif de surveillance.

Mais la CSL insiste pour que les 5 cas d'ouverture actuels pour la mise en place d'un dispositif de surveillance sur le lieu de travail de l'article L.261-1 du Code du travail soient maintenus.

16. Les autres amendements n'appellent pas de commentaires de la CSL.

Luxembourg, le 6 avril 2018

Pour la Chambre des salariés,

A blue ink signature consisting of several overlapping loops and lines, appearing somewhat abstract.

Norbert TREMUTH
Directeur

A blue ink signature in a cursive style, clearly legible as 'Reding Jc'.

Jean-Claude REDING
Président

L'avis a été adopté à l'unanimité.