

Objet : 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. (4921terSBE)

*Saisine : Ministre des Communications et des Médias
(25 mai 2018)*

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

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).

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).

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 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).

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.

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) 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 réhibitoires 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 œuvre 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 œuvre 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 manœuvre 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 ».

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.

SBE/DJI

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.* »