

A V I S

de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics

sur

le projet de loi portant modification

- de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel;
- des articles 5 paragraphe (1) lettre a); 9 paragraphe (1) lettre a) et 12 de la loi du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et
- de l'article 23 paragraphe (2) points 1. et 2. de la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias

Par dépêche du 29 mars 2006, Monsieur le Ministre des Communications a demandé l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics sur le projet de loi spécifié à l'intitulé.

Aux termes de l'exposé des motifs qui l'accompagne, le projet sous avis a pour but, tel que annoncé par le gouvernement dans son programme de coalition du 4 août 2004 et confirmé dans ses grandes lignes par une motion parlementaire adoptée en date du 28 avril 2005, "*de clarifier et de simplifier les procédures de façon à éliminer certains obstacles purement administratifs sans plus-value pour la protection de la vie privée et les libertés individuelles*" et de "*mettre de même à profit l'expérience acquise dans la mise en oeuvre de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ainsi que des besoins et exigences constatés en la pratique*".¹

Toujours d'après l'exposé des motifs, le projet repose sur deux axes:

- "- la simplification substantielle des formalités obligatoires qui se traduit par un allègement du régime d'autorisation préalable et une simplification essentielle du régime de notification des traitements sans remettre en cause la protection de la personne concernée;*
- la clarification de certaines dispositions de la loi (du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, ci-après 'la loi de 2002') en vue d'une transposition plus fidèle et complète de la*

¹ Doc. parl. n° 5554/00, p. 12.

directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données" (ci-après "la directive de 1995").

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics ne peut évidemment qu'approuver cette démarche, et elle ne peut en conséquence que marquer son accord de principe quant au fond et quant aux objectifs déclarés du projet de loi, sous réserve des observations qui suivent.

* * *

REMARQUE LIMINAIRE

Ce qui frappe à la première lecture du projet, c'est le constat que la loi de 2002 sera profondément modifiée, et ce comme suite à la jeune expérience acquise ainsi qu'aux besoins et exigences constatés en la pratique depuis son entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2002.

La Chambre a compté que la révision projetée ne touche pas moins que 33 des 42 articles contenus dans la loi de 2002, les articles 43 à 45 de la loi de 2002 ne constituant que des dispositions finales.

On peut donc raisonnablement parler d'une véritable refonte de la loi de 2002, ce qui est d'ailleurs corroboré par les nombreux réagencements d'articles auxquels entendent procéder les auteurs du texte.

La Chambre est dès lors d'avis que, quelle que soit la mouture finale du texte adopté par la Chambre des Députés, et dans un souci d'une meilleure lisibilité de la loi de 2002, il se recommanderait de publier un texte coordonné au Mémorial A. Ceci est d'autant plus vrai que la protection des données constitue une matière d'une très haute technicité et complexité pour le commun des mortels, qui serait inutilement alourdie par une lecture indigeste d'une loi remaniée de fond en comble.

* * *

OBSERVATIONS PONCTUELLES

Ceci dit, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics voudrait commenter plus en détail certains aspects ponctuels du projet avant de procéder à un bref examen des articles. Cette approche lui paraît indiquée dans la mesure où certains points restent à clarifier voire méritent d'être différemment abordés.

Le but du projet

L'intention du gouvernement est claire: alléger les formalités administratives actuelles sans pour autant abaisser le niveau de protection de la vie privée des personnes concernées, tel qu'assuré par la loi-cadre de 2002.

Si la Chambre peut se déclarer d'accord avec les auteurs que les assouplissements et simplifications prévus au projet sous avis vont indéniablement contribuer à faciliter l'application de la loi de 2002 et, de surcroît, à désengorger la Commission nationale pour la protection des données (ci-après "*la Commission nationale*"), elle n'en est pas aussi convaincue que le deuxième objectif recherché, tendant à maintenir la protection efficace des citoyens en ce qui concerne leurs droits et libertés fondamentaux, instaurée par la loi de 2002, soit atteint par le présent projet (la Chambre va y revenir plus en détail par après).

En effet, au regard de la multitude des lois votées (ou en voie d'élaboration) ces dernières années² ayant principalement pour objet de renforcer les moyens de lutte contre la criminalité, et s'inscrivant dans un contexte européen et international marqué par la volonté de lutter contre la criminalité transfrontalière et le terrorisme international, la Chambre aimerait rappeler que, face aux attentes grandissantes de sécurité, certes légitimes au 21^{ème} siècle en raison des événements gravissimes survenus depuis 2001 qui n'ont pu laisser per-

² voir notamment comme exemples récents le vote du projet de loi n° 5356 relatif aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle, ainsi que le projet de loi n° 5563 (déposé le 5 avril 2006) relatif à l'accès des magistrats et officiers de police judiciaire à certains traitements de données à caractère personnel des personnes morales de droit public et portant modification du code d'instruction criminelle et de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police.

sonne indifférent, un tel renforcement du dispositif légal ne peut se faire qu'en tenant compte des libertés et droits fondamentaux des citoyens par l'introduction de mécanismes de sauvegarde et de contrôle appropriés. Il s'agit avant tout d'éviter que, dans des circonstances bien déterminées, ces libertés et droits fondamentaux ne soient sacrifiés pour des motifs sécuritaires apparents qui, par la suite, s'avèreront en définitive non justifiés.

C'est probablement aussi dans cette optique que la Commission nationale a fait remarquer dans son rapport d'activité 2003, daté du 24 août 2004, que "*la sensibilité accrue des populations et des décideurs aux besoins de sécurité intérieure et extérieure ainsi que le ralentissement de la croissance économique (...) font parfois passer les soucis de protection de la vie privée au second rang*".³

L'application à la fonction publique

Bien que la Chambre se soit interrogée à l'époque si le projet de loi relatif à la future loi de 2002 était applicable à la fonction publique, cette hésitation semble entre-temps avoir trouvé une réponse claire des juridictions administratives dans le contexte de la surveillance opérée sur base de l'article 11 de la loi de 2002.

Par décision du 9 mai 2005, le tribunal administratif a en effet retenu que "*le champ d'application de la loi de 2002 se veut large, englobant tant le secteur public que le secteur privé*"⁴, en sorte que l'article 11 s'applique tant aux salariés du secteur privé qu'aux fonctionnaires et employés du secteur public.

Or, les questions liées à l'applicabilité de la loi de 2002 à la fonction publique, et non seulement celles relatives à la surveillance sur le lieu de travail, que la Chambre avait soulevées à l'époque, restent d'actualité.

³ rapport d'activité 2003 de la Commission nationale pour la protection des données (p. 9/24) ;

http://www.cnpd.lu/fr/objets/publications/rapports/rapport_activite_2003.pdf

⁴ <http://www.ja.etat.lu/18680.doc>; TA, 9 mai 2005, n° 18680 du rôle.

Les exemptions spécifiques de notification prévues pour le secteur public

Si la Chambre accueille favorablement les exemptions de notification introduites dans le projet sous avis en général, et celles visant le secteur public en particulier, il n'en reste pas moins que l'application concrète des dispositions prévues au nouveau paragraphe 3 de l'article 12 de la loi de 2002 sous les lettres (i) et (j) sont une énigme.

Ainsi, il ne sera pas toujours facile aux responsables des traitements (ministère ou administration ou service?) de déterminer si les traitements de données à caractère personnel qu'ils effectuent sont "*soumis à des réglementations particulières adoptées par ou en vertu de la loi et réglementant l'accès aux données traitées ainsi que leur utilisation et leur obtention*".

Force est d'ailleurs de constater que le projet sous avis n'explique aucunement ce qu'il faut entendre par cette exemption, le commentaire des articles se bornant à indiquer que "*le paragraphe (3) s'inspire de l'expérience de l'autorité de contrôle belge en la matière en reprenant les principales catégories de traitements telles qu'énumérées à l'arrêté royal belge du 13 février 2001 portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel*".

Si la Chambre peut dès lors se rallier à l'opinion exprimée par la Commission nationale que "*les formalités administratives n'ont de sens que si elles facilitent l'application des dispositions de la loi*"⁵, l'inverse est également vrai: des exemptions de notification ayant pour vocation de tempérer la lourdeur administrative, telle que mise en avant par le groupe patronal du Comité national pour la simplification administrative en faveur des entreprises, n'ont de sens que si elles facilitent effectivement et efficacement les tâches assignées aux responsables des traitements au titre de la loi de 2002.

Pour illustrer ces propos, on peut (re)prendre à titre d'exemple la problématique que la Chambre avait déjà abordée dans son avis du 22 mai 2001 relatif à la future loi de 2002 aux termes duquel:

⁵ Doc. parl. n° 5554/00, p. 30.

"Ainsi, selon les informations dont dispose la Chambre, même les registres de la population gérés par les administrations communales par exemple le seraient sans base légale formelle, à moins que les dispositions y relatives de la loi électorale ne soient considérées comme suffisantes. Même si base légale il y avait, des incertitudes subsistent: le mariage civil par exemple étant célébré publiquement, ce fait autorise-t-il voire oblige-t-il le fonctionnaire communal à informer M. X, sur simple requête téléphonique de celui-ci, si Mme Y est mariée et à qui?"⁶

Eu égard à cette nouvelle exemption de notification prévue au nouveau paragraphe 3, lettre (j), de l'article 12 de la loi de 2002, l'administration communale peut-elle valablement se fonder sur la loi électorale comme réglementation particulière la dispensant du devoir de notification instauré par l'article 12?

Compte tenu du fait que la loi de 2002 est truffée de sanctions pénales conséquentes que risque d'encourir le responsable du traitement n'ayant pas notifié ses traitements de données ou ayant fourni des informations incomplètes ou inexacts, un choix judicieux de sa part s'impose davantage.

En d'autres termes, la Chambre aimerait attirer l'attention des auteurs du projet aux risques inhérents aux exemptions de notification projetées: les exemptions peuvent s'avérer en pratique être à double tranchant pour les responsables des traitements, alors que dans certaines hypothèses, ces derniers croiront erronément mettre en œuvre des traitements exemptés de notification.

Comme, au vœu du législateur, l'obligation de notification constitue le principe et la dispense de notification l'exception (cf. article 12 paragraphe 1 de la loi de 2002), il est primordial pour des raisons de sécurité juridique que les acteurs privés et publics, qui traitent des données à caractère personnel, sachent précisément dans quels cas de figure les exemptions jouent, à plus forte raison, lorsque la loi édicte des sévères sanctions pénales en cas de méconnaissance des formalités préalables à la mise en œuvre des traitements.

⁶ Doc. parl. n° 4735/01, p. 2.

La commission nationale pour la protection des données

Quant à la composition numérique de la Commission nationale, limitée à trois membres effectifs et trois membres suppléants, la Chambre avait critiqué à l'époque le gouvernement dans son avis du 22 mai 2001 dans les termes suivants:

*"Au regard de l'importance capitale et, surtout, du nombre et du volume des tâches que lui confie l'article 34, l'on reste stupéfait devant l'optimisme à la base de ce choix. A moins que l'intention cachée n'ait été de rendre inopérante la Commission dès son institution - ce dont la Chambre doute - les effectifs prévus sont tout simplement insuffisants, pour ne pas dire ridicules."*⁷

Aujourd'hui, soit moins de quatre ans après le vote de la loi de 2002, il suffit de se référer à l'exposé des motifs du projet sous revue pour se rendre compte que les craintes de la Chambre étaient justifiées.⁸

Ce constat négatif s'impose davantage à la lecture de l'avis de la Commission nationale rendu dans le cadre du projet sous avis⁹ ainsi que du rapport d'activité 2003 publié par la Commission nationale en date du 24 août 2004.

Selon ce dernier rapport d'activité à disposition du public, la Commission nationale n'avait enregistré en 2004 que 2.500 déclarants (responsables ayant accompli des formalités), ce qui l'a amené à conclure à l'époque que:

"On peut donc observer en se basant sur une extrapolation du nombre d'entreprises et d'associations du Grand-Duché que moins de 10% des acteurs concernés ont procédé aux formalités imposées par la loi au cours de la période se situant entre le 1.1.2003 et le 31.03.2004 et le nombre total de notifications et demandes d'autorisations soumises à la CNPD ne devrait guère

⁷ Doc. parl. n° 4735/01, p. 4.

⁸ Cette approche répond au souci de la simplification administrative et permet d'atténuer l'effet d'engorgement qui résulte du nombre élevé de dossiers à traiter par la Commission nationale pour la protection des données. (Doc. parl. n°5554/00, p.13).

⁹ « *Tenant compte de tous ces éléments et de l'expérience acquise à ce jour par notre Commission nationale, qui n'arrive malheureusement pas à évacuer dans des délais raisonnables les nombreux dossiers de demandes d'autorisation dont elle est saisie....* » (Doc. parl. n°5554/00, p. 36).

être supérieur à 5-7% des traitements effectifs qui devraient y donner lieu."¹⁰

En l'absence d'informations statistiques plus récentes, la Chambre ignore comment les chiffres ont évolué depuis ce rapport, en particulier si le nombre des déclarants a entre-temps sensiblement augmenté. De plus, le registre public mis en ligne, qui permet de vérifier si telle ou telle entité a déclaré les traitements qu'elle opère auprès de la Commission nationale, ne renseigne pas le nombre total de déclarants qui ont procédé aux formalités requises par la loi de 2002 (à moins de se donner la peine de les additionner page par page affichée).¹¹

L'on peut donc raisonnablement se poser la question de savoir quelle aurait été la situation actuelle à laquelle la Commission nationale aurait dû faire face, si tous les responsables des traitements avaient effectivement procédé aux formalités administratives exigées par la loi dès son entrée en vigueur.

Au vu des considérations qui précèdent, et tout en saluant la tentative gouvernementale consistant à décharger la Commission nationale par le biais d'une simplification accrue des formalités administratives existantes, la Chambre estime que pareil allègement ne sera guère suffisant pour garantir un meilleur fonctionnement de cette jeune autorité de contrôle à l'avenir.

Il paraît dès lors indiqué de réfléchir sur un éventuel renforcement de la Commission nationale - si ce n'est que pour une période temporaire - afin d'absorber les retards accumulés au niveau de la gestion des dossiers administratifs non encore examinés voire validés par la Commission nationale, en attendant que les mesures préconisées par le projet sous revue deviennent pleinement opérationnelles.

¹⁰ rapport d'activité 2003 de la Commission nationale pour la protection des données (p. 9/24).

¹¹ <http://www.cnpd.lu/fr/registre/index.html>

L'autorisation provisoire, réputée définitivement acquise en cas de silence gardé par la commission nationale

La présente critique de la Chambre se situe dans la même ligne que celle exposée sous le point précédent en rapport avec l'effectif restreint de la Commission nationale.

Elle concerne les dispositions du nouveau paragraphe (6) de l'article 14 du projet sous avis qui, au vœu du gouvernement, a pour objectif primaire "*de rendre la procédure d'autorisation plus efficace tout en permettant à la Commission nationale de réorienter ses moyens d'action vers des activités jugées prioritaires*".¹²

Le nouveau paragraphe (6) de l'article 14 impose à la Commission nationale un délai de réponse de trois mois qui court à partir de la réception de la demande d'autorisation. Si la Commission nationale ne réagit pas dans ce délai de trois mois, une "*autorisation provisoire*" est de plein droit délivrée au demandeur. Toutefois, lorsque la complexité d'une demande l'exige, la Commission nationale peut se livrer à un examen plus détaillé du dossier en demandant des précisions complémentaires dans un délai supplémentaire de 9 mois. En cas de silence gardé par la Commission nationale au-delà de la durée maximale de 12 mois l'autorisation est réputée acquise.

La Chambre reste perplexe par rapport à un tel mécanisme d'autorisation.

Non seulement que ce système d'autorisation est dérogoratoire à l'article 4 paragraphe (1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif¹³, mais aussi, semble-t-il, est-il nouveau comparé au droit administratif général connu au Luxembourg.

Même à supposer qu'il existe des exceptions légales du même genre dans des procédures administratives spécifiques, toujours est-il que la Chambre ne saurait aucunement cautionner le point de vue du gouvernement qui permet, en dernière instance, de conférer de façon implicite des autorisations administratives en cas d'inertie de la

¹² Doc. parl. n° 5554/00, p. 24.

¹³ comme le relèvent à juste titre les auteurs du projet (doc. parl. 5554/00, p. 24).

Commission nationale gardant le silence au-delà d'une période de 12 mois à compter de sa saisine.

La position adoptée par les auteurs peut, sous certaines conditions, aboutir à des situations extrêmes où des autorisations sont automatiquement accordées du simple fait de l'écoulement d'un délai de 12 mois, et ceci indépendamment du fait de savoir si la Commission nationale avait matériellement le temps ou les capacités nécessaires pour répondre aux demandes dont elle se trouve saisie.

Mais, ce qui est encore plus grave, c'est le fait que cette autorisation implicite peut être obtenue pour n'importe quel type d'autorisation introduit auprès de la Commission nationale!

A la lecture du projet sous avis, la Chambre constate en effet qu'il n'opère aucun distinguo entre les différents cas de figure soumis à autorisation préalable, ce système d'autorisation implicite étant censé s'appliquer indistinctement à tout type de traitement de données à caractère personnel (sujet à autorisation en vertu de l'article 14 paragraphe 1^{er} de la loi de 2002). Un responsable du traitement peut donc obtenir une autorisation implicite tant en matière de surveillance des salariés sur le lieu de travail qu'en matière de traitements de données biométriques voire génétiques.

Or, parmi les différents traitements de données soumis à autorisation, tels qu'énumérés à l'article 14 de la loi de 2002, il y en a certains qui, à l'évidence, sont susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et des libertés des personnes concernées, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités.

Même si l'on peut faire confiance aux membres de la Commission nationale en ce qui concerne le choix des dossiers épineux et délicats à examiner pour lesquels elle demandera certainement en temps utile des précisions supplémentaires - si ce n'est que pour éviter que la présomption d'autorisation définitive liée à l'écoulement des 12 mois ne se retourne contre elle-même et avant tout contre les personnes concernées visées par ces demandes d'autorisation - il n'en demeure pas moins que pareille indifférenciation n'est pas admissible pour la Chambre.

Certes la loi de 2002 poursuit, conformément à la directive 95/46/CE précitée, l'objectif ambitieux de concilier la libre circulation des données à caractère personnel avec la protection de la vie privée des personnes dont les données sont traitées. La Chambre est cependant d'avis qu'en proposant un tel régime d'autorisation implicite, les droits et libertés fondamentaux des personnes concernées ne sont plus protégés de façon appropriée.

Tout en pouvant se déclarer d'accord avec l'optique du gouvernement qu'il faut minimiser dans la mesure du possible les cas d'ouverture sujets à autorisation, en soumettant dorénavant certains types de traitements de données qui n'affectent pas sensiblement le niveau de protection assuré par la loi de 2002 à un régime de notification (cf. article 7 nouveau), la Chambre émet les plus grandes réserves quant à l'opportunité de permettre - comme l'envisage le projet sous avis - que les traitements restants, qui de prime abord sont soumis à autorisation préalable de la Commission nationale, peuvent par la voie d'une autorisation implicite échapper à l'examen préalable de l'autorité de contrôle.

En tout état de cause, il est permis de se demander si le modèle de l'autorisation implicite est compatible avec les exigences de la directive 95/46/CE précitée, plus particulièrement avec l'article 20 paragraphe 1^{er}, aux termes duquel:

"Article 20 Contrôles préalables

1. Les Etats membres précisent les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées et veillent à ce que ces traitements soient examinés avant leur mise en œuvre".

Finalement, tout en affirmant son opposition de principe, et même en admettant que le système de l'autorisation implicite soit conforme à la directive de 1995, la Chambre ne voit aucune raison pour ne pas introduire un système identique ou semblable au niveau des traitements qui, en dépit de l'extension des cas d'exemption annoncés par le projet sous avis, continueront à être soumis au régime de la notification. Dans la mesure où des autorisations implicites sont concevables, il devrait en aller de même pour des notifications implicites, qui par essence visent des catégories de traitement de données moins

susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées.

Le chargé de la protection des données

La Chambre avait soulevé à l'époque la question du statut du chargé de la protection des données pour le secteur public en faisant valoir qu'une distinction avec le secteur privé s'imposerait¹⁴.

En dépit de son interrogation, aucune réponse n'a été fournie par le législateur, alors que le choix opéré par le législateur en 2002 se limitait à interdire au responsable du traitement de désigner comme chargé de la protection des données un salarié ou tout au moins une personne soumise à un lien de subordination vis-à-vis du responsable du traitement, cette incompatibilité ayant été jugée nécessaire pour garantir l'indépendance du chargé de la protection des données à l'égard de celui qu'il est amené à surveiller.

Dans la mesure où le projet sous avis entend assouplir son statut, en permettant à l'avenir également à un salarié du responsable du traitement d'assurer la mission du chargé de la protection des données, ce régime plus libéral soulève un certain nombre d'insécurités et de questions pour le secteur public.

Un fonctionnaire ou employé public pourra-t-il désormais postuler comme chargé de la protection des données? Dans l'affirmative, est-ce qu'une rémunération accessoire lui est due au titre de cette mission particulière lui confiée?

Si la volonté du législateur vise à rendre le statut du chargé plus attractif en étendant ses possibilités de désignation, il ne devrait exister aucune raison objective pour refuser pareille possibilité aux fonctionnaires et employés publics en service.

Bien au contraire, qui est mieux placé pour connaître les rouages du ministère, de l'administration ou du service, c'est-à-dire les traitements de données qui y sont effectués et les flux et catégories de données qui sont communiqués à des tiers, que les fonctionnaires et employés publics eux-mêmes?

¹⁴ Doc. parl. n° 4735/01, p. 3.

Accorder au secteur public la faculté de désigner un chargé de la protection des données parmi ses propres fonctionnaires ou employés contribuera indéniablement à atteindre un des buts recherchés par le projet sous avis consistant à diminuer la bureaucratie, à renforcer une meilleure diffusion de la culture de la protection de la vie privée et à développer l'autorégulation dans divers secteurs d'activité.

La surveillance en général et la surveillance sur le lieu de travail en particulier

Avant de commenter plus en détail le sujet controversé de la surveillance, il est intéressant de reproduire les chiffres avancés par la Commission nationale dans son avis du 5 décembre 2005 dans le cadre du régime des traitements à des fins de surveillance:

"Sur 1.100 demandes introduites entre le 1^{er} janvier 2003 et 31 juin 2005 (sic) plus de 800 (72%) portent sur des traitements à des fins de surveillance dont une très forte proportion est destinée à s'exercer au moins partiellement à l'égard des salariés (dans des proportions à peu près équivalentes sous forme de vidéosurveillance (182), surveillance de l'usage de la messagerie électronique, de l'ordinateur et d'Internet (139), surveillance des horaires de travail (131), contrôle d'accès des bâtiments (122) et surveillance des conversations téléphoniques (y compris enregistrement) (120))"¹⁵

Il se dégage indubitablement de ces chiffres que le législateur a bien fait en 2002 de mettre en place un cadre légal assez restrictif pour la mise en œuvre des traitements à des fins de surveillance. Cette conclusion est d'autant plus vraie lorsqu'on se rappelle le contexte dans lequel l'article 11 de la loi de 2002 a été élaboré à l'époque. La commission du travail et de l'emploi de la Chambre des Députés était en effet convaincue de la nécessité de légiférer en la matière *"avec la finalité d'instituer une protection efficace du salarié lui conférant toutes les garanties nécessaires pour faire respecter ses droits dans ce domaine"*, la volonté du législateur ayant été d'éviter des abus et un certain flou juridique préjudiciable pour tous.¹⁶

¹⁵ Doc. parl. n° 5554/00, p. 37.

¹⁶ Doc. parl. n° 4735/13, p. 19.

Aucun changement significatif au niveau des conditions de légitimité

A part la modification textuelle ayant pour objet de remplacer les termes "*de l'entreprise*" par ceux "*de l'employeur ou d'un tiers*", la Chambre se félicite que le gouvernement n'a pas suivi les arguments des organisations représentatives des employeurs qui - suivant l'avis de la Commission nationale du 5 décembre 2005 renvoyant à ce sujet au papier de réflexion du groupe patronal au sein du CNSAE du 12 juillet 2005 relatif à la réforme et simplification de certaines dispositions de la loi de 2002 - "*ont tendance à qualifier les choix opérés par le législateur dans le libellé des articles 10 et 11 comme trop restrictifs et comme ne tenant pas assez compte de l'évolution des techniques et pratiques professionnelles et notamment de la nécessité pour l'employeur qui assure la responsabilité économique de l'exploitation de l'entreprise et de sa pérennité (y compris les incidences sociales) et auquel revient dès lors le pouvoir de direction dans celle-ci, d'avoir les moyens de combattre la fraude, l'usage illégitime des équipements informatiques et d'Internet, de détecter les actes contraires à la loi ou aux bonnes moeurs qui sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'employeur ou de lui causer un préjudice économique ou financier.*"¹⁷

Dans le même ordre d'idées, la Chambre constate avec satisfaction que la condition de légitimité supplémentaire qu'il était prévu de rajouter à l'article 11 de la loi du 2 août 2002 "*pour assurer la prévention, la recherche et la détection d'actes susceptibles d'engager la responsabilité de l'employeur*" n'a pas été reprise dans le projet de loi sous avis.¹⁸

La Chambre se rallie, par conséquent, à la volonté du gouvernement de ne pas trahir l'esprit du législateur de 2002, en ne rouvrant pas les débats controversés suscités à l'époque sur le catalogue restrictif des cas d'ouverture légitimant une surveillance sur le lieu de travail énumérés à l'article 11 de la loi de 2002.

Tout au plus peut-elle se déclarer d'accord, dans l'intérêt de la clarté desdites dispositions légales, à remédier à certaines incohérences y

¹⁷ Doc. parl. n° 5554/00, p. 35.

¹⁸ Doc. parl. n° 5181/00, p. 9.

rencontrées, telles que décrites par la Commission nationale dans son avis du 5 décembre 2005.

La nouvelle définition de la surveillance

A l'instar de la version finale retenue au sein du Conseil de l'Europe de la définition de la surveillance, le projet sous avis entend reformuler à l'article 2 lettre p), dans le même esprit, c'est-à-dire de façon plus restrictive, la notion de surveillance comme étant "*toute activité qui, opérée au moyen d'instruments techniques, consiste en l'observation, la collecte et/ou l'enregistrement de manière non occasionnelle des données à caractère personnel d'une ou de plusieurs personnes, relatives à des comportements, des mouvements, des communications ou à l'utilisation d'appareils électroniques et informatisés*".

Il serait intéressant de savoir si les termes "*de manière non occasionnelle*" n'ont pas donné lieu à des critiques voire d'objections de la part de certains experts au niveau du Conseil de l'Europe, alors qu'aux yeux de la Chambre, ces termes enferment des risques non négligeables pour la vie privée des personnes faisant l'objet de la surveillance, outre le fait qu'ils ne sont pas aussi faciles à manier dans la pratique que cela puisse paraître.

La Chambre ne saurait en effet partager la thèse défendue par le gouvernement qu'en procédant à pareille reformulation, la définition de la surveillance ne contiendrait plus les ambiguïtés voire incohérences du texte initial dont le législateur s'était inspiré en 2002.

Pour que le régime protecteur instauré par les articles 10 et 11 de la loi de 2002 en faveur des salariés et des tiers s'applique, la Chambre concède que la redéfinition envisagée souligne davantage que la surveillance opérée par le responsable du traitement présuppose un élément intentionnel dans son chef.

Cependant, suivant le projet sous avis, dans la mesure où le salarié a été observé de façon occasionnelle, en sorte que la surveillance de celui-ci est l'œuvre du hasard, une prétendue "*pure coïncidence*", il ne s'agit plus d'une surveillance au sens de la définition donnée. Comprenez qui pourra!

De deux choses l'une: ou bien toute observation d'images ou d'enregistrement de sons constitue une surveillance au sens de la loi de 2002, peu importe que le traitement de données à caractère personnel y relatif ait été effectué de manière occasionnelle ou non; ou bien cette collecte d'informations nominatives ne revêt pas les caractéristiques d'une activité de surveillance régie par la loi de 2002, ce qui implique dans ce dernier cas, en partant du postulat qu'une collecte d'informations occasionnelle au moyen d'un instrument technique (p. ex. caméra, badge, téléphone, GPS etc.) n'a pas pour finalité de surveiller les salariés et/ou les clients d'un établissement quelconque, qu'il faut aller au bout de cette logique en interdisant, par voie de conséquence, l'exploitation desdites données personnelles.

Or, le projet sous avis est muet quant au sort à réserver aux données ainsi récoltées. En effet, un employeur pourrait arguer que, nonobstant le fait qu'il n'avait pas l'intention de surveiller par ces moyens techniques ses salariés, il entend quand même utiliser les données collectées pour licencier son employé ou prononcer une sanction disciplinaire moins grave.

Une autre question se pose encore dans ce contexte: si la collecte de données opérée de manière occasionnelle n'est pas réputée constituer une surveillance soumise à autorisation préalable en vertu des articles 10, 11 et 14 de la loi de 2002, s'agit-il en revanche d'un traitement de données sujet à notification?

Au regard de la définition très large de la notion de "*traitement*" figurant dans la loi de 2002, les auteurs du projet peuvent difficilement affirmer qu'une telle collecte d'images ou de paroles n'est pas un traitement de données tout court.

Dans la même logique, outre les autres principes directeurs inscrits à l'article 4 paragraphe 1 de la loi de 2002 auxquels doit répondre tout traitement de données pour être licite, il faut se demander quelle serait en l'occurrence la finalité poursuivie par le responsable du traitement pour des informations qu'il affirme avoir obtenues de façon involontaire ou comme produit accessoire au traitement principal.

Il en suit que la définition projetée suscitera en pratique des problèmes d'application et d'interprétation, sans parler des risques d'abus qui peuvent en découler.

Afin d'écartier tout moyen de trouver, par la voie de subterfuges plus ou moins ingénieux, de nouvelles possibilités d'abus au détriment des salariés¹⁹, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics exige donc de supprimer ces termes.

EXAMEN DES ARTICLES

Article 10

La Chambre approuve l'ajout du nouveau cas d'ouverture (sous la nouvelle lettre d) qui permettra par exemple de surveiller les malades se trouvant dans un état comateux, pour lesquels le responsable du traitement est dans l'impossibilité matérielle de recueillir leur consentement.

Article 11

La Chambre ne s'oppose pas à la proposition de préciser au paragraphe (1), lettre b), que la surveillance des salariés ou agents publics opérée par l'employeur sur le lieu de travail est étendue aux biens appartenant à des tiers (visiteurs, clients ou travailleurs), alors qu'elle considère que le principe de proportionnalité n'en souffre point.

Elle salue également l'ajout du nouveau paragraphe (3), dont le libellé est identique à celui de l'article 10 paragraphe (3). Cet ajout a pour mérite de clarifier sous quelles conditions une communication des données pourra être effectuée par le responsable du traitement à certains destinataires bien déterminés.

Le projet sous avis est cependant muet sur une autre problématique apparentée intimement liée à la communication des données collectées par le responsable du traitement aux autorités policières ou judiciaires, cette observation valant d'ailleurs aussi pour l'article 10.

¹⁹ Doc. parl. n° 4735/07, p. 3.

Se pose en effet la question de savoir si le responsable du traitement peut valablement communiquer aux autorités publiques les données collectées pour d'autres finalités que celles pour lesquelles il a demandé et obtenu une autorisation de la part de la Commission nationale. En d'autres termes, est-ce que ce responsable du traitement ne commet pas un détournement de finalité, pénalement réprimé par l'article 4 paragraphe 3 de la loi de 2002, s'il fournit des informations aux autorités policières ou judiciaires pour des finalités incompatibles avec celles pour lesquelles il a reçu une autorisation administrative dans le cadre des traitements à fins de surveillance qu'il opère, en sorte que se pose corrélativement en aval la question de la légalité ou de la licéité des modes de preuve?

Article 12

La Chambre salue l'intention du gouvernement de vouloir régler le sort des données relatives aux "*log fichiers*" sous le nouveau paragraphe 3 lettre k). Elle doit néanmoins rendre les auteurs du projet attentifs au fait que la frontière entre simple "*logging*" informatique et "*surveillance au sens des articles 10 et 11*" de la loi de 2002 sera difficile à tracer en pratique.

En dépit de la distinction envisagée, le projet sous avis garde sous silence quelles finalités peuvent effectivement être poursuivies par le responsable du traitement au titre de la lettre k). A supposer que le gouvernement ait voulu entendre par la "*gestion des systèmes et réseaux informatiques et de communications électroniques*" une simple maintenance technique de l'outil informatique, le responsable du traitement ne devrait pas pouvoir réutiliser ces données à caractère personnel dans un but de surveillance des utilisateurs, à moins d'avoir obtenu au préalable une autorisation afférente de la Commission nationale et d'en avoir informé les personnes concernées.

Qu'est-ce qui se passe par exemple dans le cas où l'informaticien reçoit, à l'occasion d'une inspection technique banale, la confirmation qu'un utilisateur a téléchargé de l'internet des images à caractère pornographique pour les avoir stockées sur le réseau de l'entreprise? Peut-il en informer son employeur, alors qu'il y a accédé dans une finalité de maintenance? Dans le même ordre d'idées, l'employeur

peut-il faire état des informations ainsi captées dans le cadre d'une procédure de licenciement?

A la limite, le salarié en question, confronté à ces faits par son employeur, ne pourrait-il pas faire valoir que l'on se meut davantage dans le cas d'ouverture visé à l'article 11 paragraphe (1) lettre (c) de la loi de 2002, permettant une surveillance pour le "*contrôle du processus de production portant uniquement sur les machines*"?

Article 29

En ce qui concerne l'alinéa 1^{er} de l'article 29, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics rend attentif à une erreur de référence. En effet, la prestation de serment visée figure à l'article 34, paragraphe (2), alinéa 3 (et non pas alinéa 2).

Selon le commentaire des articles, l'insertion de deux alinéas nouveaux entre les alinéas 5 et 6 ainsi que la modification de l'alinéa 8 nouveau à l'article 34 de la loi de 2002 ont pour but "*de débloquer la situation des agents issus du secteur public, pour lesquels l'acceptation du mandat de président ou de membre effectif de la Commission nationale a jusqu'ici engendré un blocage de leur rémunération pendant toute la durée de ce mandat*".

Il est évident que la Chambre ne peut que se féliciter des amendements proposés pour remédier à cet état des choses.

Article 30

La Chambre approuve l'introduction des carrières supérieures de l'attaché de direction et de l'ingénieur et de la carrière moyenne de l'ingénieur-technicien à l'article 36, paragraphe (1), de la loi de 2002, en vue d'étendre le cadre du personnel de la Commission nationale.

Outre les allégements et simplifications annoncés dans le projet sous avis au niveau des formalités administratives, cette mesure contribuera incontestablement à améliorer le fonctionnement de la Commission nationale.

La Chambre est convaincue qu'un bon fonctionnement de l'autorité de contrôle chargée de veiller à l'application de la loi de 2002 constitue une prémisses indispensable afin de renforcer la crédibilité et l'efficacité du cadre légal.

Article 32

Aux termes de l'article 40, paragraphe 4 nouveau, "le chargé de la protection des données ne peut faire l'objet de représailles de la part de l'employeur du fait de l'exercice de ses missions, sauf violation de ses obligations légales ou conventionnelles."

Ni l'exposé des motifs, ni le commentaire des articles du projet sous revue ne soufflent mot de ce qu'il faut entendre par les termes "*sauf violation de ses obligations légales ou conventionnelles*".

Etant donné que ce paragraphe tend à conférer une protection effective au chargé de la protection des données lorsque celui-ci est salarié, la Chambre estime que, dans un souci de sécurité juridique, une précision des cas d'exception ou de restriction à cette protection se recommanderait.

La Chambre se demande quelle est la philosophie générale qui se cache derrière ces exceptions. En particulier, il convient de préciser sur un plan disciplinaire si ces exceptions légales auront pour conséquence de fusionner les missions de chargé de la protection des données avec les tâches prévues au contrat de travail, ou, inversement, si une stricte séparation des deux sortes d'activités est souhaitée sous cet angle de vue.

A titre d'exemple, sur pied de cette disposition légale, un employeur pourrait songer à prononcer une sanction disciplinaire contre son salarié-chargé en se fondant sur une inexécution sinon mauvaise exécution de ses missions comme chargé de la protection des données.

En d'autres mots, est-ce que les obligations légales qui reviennent au chargé de la protection des données dans l'exercice de ses missions de surveillance à l'égard du responsable du traitement se mélangent avec les obligations conventionnelles qui lui incombent en exécution

de son contrat de travail vis-à-vis de son employeur, permettant ainsi à ce dernier de s'en servir à l'appui d'une procédure disciplinaire?

Si la Chambre reconnaît le bien-fondé de la possibilité de sanctionner le chargé de la protection des données en cas de violation de ses missions légales, il lui semble peu approprié de conférer cette faculté à l'employeur du chargé-salarié, à moins que la seule sanction ne réside dans la révocation du salarié comme chargé, telle que cela figure d'ores et déjà dans la loi. Aux yeux de la Chambre, la sanction de l'employeur ne saurait en aucun cas avoir une incidence sur la relation de travail le liant au salarié.

Un autre point non résolu par ce paragraphe se présente lorsque l'employeur procède au licenciement au mépris de cette interdiction légale. Ni la loi de 2002 ni le projet sous avis ne règlent ce cas de figure. Le licenciement opéré est-il nul ou abusif? Si l'on transpose ce scénario au secteur public, est-ce que l'agent public dispose d'un recours administratif ou contentieux contre une telle sanction disciplinaire illégale comportant, au pire des cas, sa révocation comme fonctionnaire?

Il y a donc lieu de noter que la problématique pré-décrite sera probablement encore plus difficile à transposer au secteur public, se traduisant le cas échéant par une adaptation du cadre légal statutaire.

* * *

Compte tenu de toutes les observations et propositions qui précèdent, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics demande qu'une réflexion approfondie sur les conséquences du projet sous avis soit menée par tous les acteurs concernés, ceci dans le souci de sauvegarder au mieux la vie privée des personnes concernées, en entourant de garanties appropriées les intérêts légitimes des responsables des traitements liés à une libre circulation des données.

Ainsi délibéré en séance plénière le 18 juillet 2006.

Le Directeur,

G. MULLER

Le Président,

E. HAAG