

La surveillance numérique des employés – Entre risques et opportunités

Samah Posse

Docteure en droit, Chargée d'enseignement, Université de Neuchâtel
Chargée d'enseignement et DPO, UniDistance Suisse



Vendredi 26 avril 2024 – Université de Neuchâtel

Plan

- I. Introduction**
- II. Intérêts en jeu**
- III. Cadre légal national**
- IV. Systèmes de surveillance ou de contrôle**
- V. Aspects choisis**
- VI. Conclusion**

I. INTRODUCTION

**Profonds
bouleversements
du monde du
travail**

*Sur le plan
sociétal*

Mesures prises lors de
la pandémie de
COVID-19

- Aspirations à un meilleur équilibre entre vie privée et vie professionnelle
- Télétravail – confusion des frontières entre sphères privées et professionnelles

Dématérialisation
des relations de travail

Départ à la retraite
des babyboomers

Arrivée progressive
sur le marché du travail d'une nouvelle génération de travailleurs



Outils numériques de plus en plus performants et sophistiqués



Technologies porteuses de nouvelles promesses



Recherche et sélection des meilleurs profils

Sur le plan technologique



Quantification du bien-être au travail, niveau de satisfaction ou fidélisation des employés



Présentation d'une meilleure cartographie des connaissances/compétences et perspectives d'évolution des employés



Meilleur contrôle des performances au travail

II. INTÉRÊTS EN JEU *Entre risques et opportunités*

Intérêts pluriels



Intérêts privés de l'employeur



Intérêts de l'employé à la protection de sa sphère privée



Intérêts publics

Protection légale de l'employé
Santé publique
Recherche scientifique, statistiques, planification, etc.

Aménagement d'un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu



Questions juridiques, éthiques et philosophiques complexes

Nouvelles technologies

Opportunités

Planification, gestion, exécution des tâches

Favorisation des modes de travail collaboratif

Modernisation et flexibilisation des rapports de travail, des services et des procédures

Amélioration de la sécurité

Optimisation des coûts et performance

Agilité, décloisonnement, simplification, traçabilité, rapidité des services, etc.

Nouvelles technologies

Risques

- Démultiplication et performance des dispositifs
 - Quantité toujours croissante de données générées dans le contexte professionnel
- Nouveaux types de traitement systématique et potentiellement invasif
 - Surveillance tant dans l'espace que dans le temps
 - Risques de « *surcollecte* » des données
- Risques de traitement ultérieur incompatible
 - Possibilité d'analyse et de recouplement des données
- Souvent peu de visibilité de ces technologies
 - Manque de conscience des risques d'atteinte à la personnalité



III. CADRE LEGAL NATIONAL

1. Cadre légal général – *Droit du travail*

- Protection générale de la personnalité et de la santé du travailleur
 - Protection de la personnalité du travailleur (art. 328 et 328b CO)
 - Protection de la santé des travailleurs (art. 6 LTr)
 - Information et consultation des employés (art. 48 al. 1 LTr, art. 10 Loi sur la participation)
 - Surveillance des travailleurs (art. 26 OLT 3)

1.1 Protection générale de la personnalité du travailleur

- Obligation générale d'assistance à la charge de l'employeur vis-à-vis de son employé (art. 328 CO)
 - Norme cardinale du droit du travail
 - Protection large
 - Santé, intégrité physique et psychique, sphère privée, image, dignité, et certaines libertés personnelles
 - Réponse légale à l'asymétrie qui prévaut dans les relations employé – employeur
- En contrepartie devoir de diligence et de fidélité de l'employé (art. 321a CO)

1.2 Protection lors du traitement de données personnelles de l'employé (art. 328b CO)

- Art. 328b CO

« L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables. »

1.3 Protection lors du traitement de données personnelles de l'employé (art. 328b CO)

- Art. 328b CO s'inscrit dans la systématique de l'art. 328 CO
- Traitement autorisé dans 2 cas de figure
 - Evaluation de l'aptitude de l'employé à remplir son emploi
 - Données nécessaires à l'accomplissement du travail
- Présomption de licéité (TF, 4A_518/2020 du 25.08.2021)
 - « Lorsque le traitement de données n'entre pas dans le cadre de l'art. 328b CO, il est présumé illicite et doit pouvoir se fonder sur un autre motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD [art. 30 LPD] »
- Art. 328b CO détermine ainsi les finalités du traitement au sens de l'art. 6 al. 3 LPD
- Les principes fondamentaux de la protection des données demeurent applicables (!)

1.4 Protection de la santé des travailleurs (art. 6 LTr)

- Obligation légale de l'employeur
 - Prise de « *toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise* » (art. 6 al. 3 LTr)
- Protection de la santé de l'employé à comprendre au sens large
 - Intégrité psychique
 - Intégrité physique

Dispositifs de surveillance

Risques pour la santé

Selon des études récentes sur l'utilisation des technologies IA dans le cadre de la surveillance des employés

- Généralement mal-être des personnes soumises à ce type de technologie
 - Signes d'épuisement professionnel et émotionnel
 - Irritabilité, repli sur soi, démotivation
 - Baisse de productivité
- Le manque de transparence et de communication contribuerait à accentuer le mal-être des employés
- Fort taux de rotation

Voir par ex. GREENHOUSE, 'Constantly monitored': the pushback against AI surveillance at work — Academics decry algorithmic monitoring of workers and call for stronger standards, The Guardian

Cf. également ATF 130 II 425 et références citées ; SECO, Commentaire OLT 3, p. 326-1.

1.5 Information et consultation des employés

- Droit à l'information et à la consultation des employés (art. 48 LTr et 10 Loi sur la participation)
- En cas de nécessité de systèmes de surveillance ou de contrôle pour d'autres raisons
 - Mais potentiellement utilisables pour surveiller les travailleurs
 - Droit à l'information et à la consultation au sens des art. 5 et 6 OLT 3

1.6 Surveillance des travailleurs sur le lieu *ou durant les heures* de travail

- En Suisse pas ou du moins peu de règles spécifiques explicites
- Contrairement au droit européen (art. 88 RGPD)
- Base légale topique (art. 26 OLT 3)
 - Prévue dans une loi au sens matériel et non formel (!)
 - Extension de la protection de la personnalité des travailleurs consacrée à l'art. 328 CO au droit public du travail

2. Protection des données



2.1 Cadre légal fédéral

- Principe de la protection des données consacré à l'art. 13 al. 2 Cst. (« *Droit à l'autodétermination informationnelle* »)
 - Mis en œuvre par la LPD (loi transversale)
 - Concrétisation dans d'autres dispositions spécifiques
 - Ex, en matière de droit du travail => art. 328b CO et 26 OLT 3
- Dans les relations de travail, applicable (art. 2 LPD)
 - Employés des entités privées
 - Fonctionnaires de la Confédération
- But de la LPD (art. 1er LPD)
 - Protection de la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques dont les données personnelles sont traitées
- Art. 28 ss CC relatifs à la protection de la personnalité

2.2 Cadre légal cantonal

- Lois cantonales sur la protection des données
 - + ordonnances d'application
- Champ d'application
 - Fonctionnaires
 - Employeurs privés
 - Chargés de l'exécution d'une tâche publique
 - Cantonale ou communale
 - Dans le cadre de l'exécution de la tâche publique en question

*Données
personnelles
et relations
de travail*

- Interprétation au sens large
 - Notion de données personnelles (art. 5 let. a LPD)
 - Notion de traitement (art. 5 let. d LPD)
- Exemples de données
 - Données d'identification
 - Données relatives à l'évaluation des compétences
 - Recrutement
 - Suivi, évaluation et formation
 - Données concernant la gestion
 - Déclarations d'accident, de maladies professionnels, d'arrêts maladie ou de travail, de congés spéciaux
 - Données nécessaires à la mise à disposition de l'employé d'outils et matériels professionnels

Protection des données

Principes fondamentaux

Licéité (art. 6 al. 1 LPD)	Bonne foi (art. 6 al. 2 LPD)
Proportionnalité (art. 6 al. 2 LPD) • <i>Privacy by Design and by Default</i> (art. 7 LPD) •Art. 1 ss OPDo	Finalité et reconnaissabilité (art. 6 al. 3 LPD) •En droit du travail, art. 328b CO, 26 OLT 3 (<i>lex specialis</i>)
Sécurité des données (art. 8 LPD) • <i>Privacy by Design and by Default</i> (art. 7 LPD) •Art. 1 ss OPDo	Transparence (art. 6 al. 3, 6 et 7, 19 LPD) •Art. 48 LTr et 10 de la Loi sur la participation, 5 et 6 OLT 3
Portabilité (art. 28 et 29 LPD)	Autre élément important •Droit d'accès à ses données (art. 25 ss LPD et art. 16 à 19 OPDo)

IV. SYSTÈMES DE SURVEILLANCE OU DE CONTRÔLE DES TRAVAILLEURS

Systèmes de surveillance ou de contrôle

Notion

Systèmes de surveillance ou de contrôle

Régime juridique

Au sens de l'art. 26 OLT 3

- Tous **systèmes** techniques optiques, acoustiques, électroniques, etc.
- Permettant d'enregistrer des données sur le **comportement** des travailleurs
- Par des **moyens techniques**

(SECO, Commentaire OLT 3, p. 326-2)

Principe (art. 26 al. 1 OLT 3)

- Systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le **comportement** des travailleurs à leur poste de travail => **Illicités (!)**

Exception (art. 26 al. 2 OLT 3)

- Systèmes de surveillance ou de contrôle **généralement admis**
 - Systèmes nécessaires pour d'autres raisons
 - Pas atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs

Limites difficiles à définir en pratique

Systèmes de surveillance prohibés



Systèmes de surveillance généralement admis



- **Dispositifs de surveillance**
 - Servant uniquement ou essentiellement (« *ganz oder inerster Linie* ») à surveiller le comportement des travailleurs
 - « *Toute surveillance permettant de vérifier, en permanence (de façon ininterrompue) ou non (par des contrôles périodiques sur de brefs espaces de temps ou par des contrôles par échantillons), certaines activités des travailleurs de façon détaillée* »

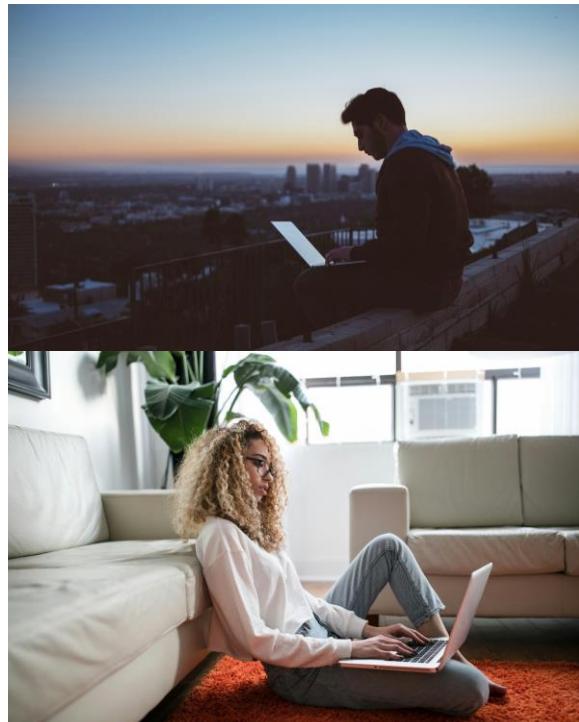
(SECO, Commentaire OL T 3, p. 326-2)

- **Quelques exemples**

- Existence d'un intérêt de l'employeur légitime et nettement prépondérant de l'employeur
- Proportionnalité de la surveillance
 - Besoins opérationnels de l'employeur
 - Respect de la sphère privée des travailleurs
- Consultation et implication des travailleurs dans l'installation et l'emploi des systèmes de surveillance ou de contrôle et concernant la durée de conservation des données
- Bonnes pratiques
 - Politiques et directives claires
 - Fonctionnalité, type et moment de la surveillance
 - Implication des employés dans la phase de planification
- **Quelques exemples**

V. ASPECTS CHOISIS

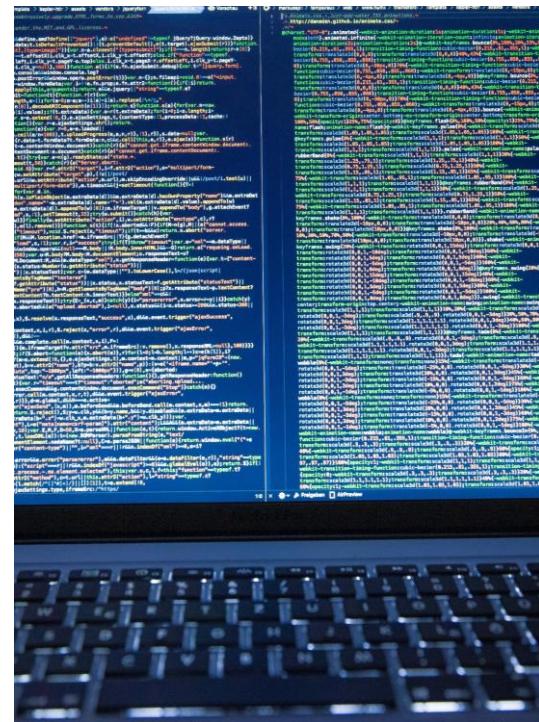
Télétravail
et
*« droit à la
déconnexion »*



BOYD



Contrôle de l'utilisation des TIC au travail



Technologies de surveillance appliquées aux véhicules



Suivi de
l'activité et des
performances
des salariés
(*Amazon
France
Logistique*)



VI. CONCLUSION

Le pouvoir de surveillance numérique de l'employeur

- Une thématique complexe
- Un domaine d'importance capitale, mais...
 - Une réponse lacunaire de la loi
 - Et un cadre juridique fragmenté
- Respect des principes fondamentaux de protection des données quelle que soit la technologie utilisée (!)

Pour l'employeur

- Rôle essentiel des directives, recommandations et commentaires d'autorités administratives (ex. PFPDT, Préposés cantonaux)

- Privilégier les bonnes pratiques
 - Elaborer des règlements internes (entreprises privées) ou des directives (collectivités publiques) concernant p.ex. l'utilisation des moyens informatiques, les communications privées, etc.

*La
technologie
doit être au
service de
l'humain
et
non l'inverse*

[...]l'informatique doit être au service de chaque citoyen [...] Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques » (art 1^{er} Loi française Informatique et libertés)

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés