

MATHIAS MAUL-SARTORI

JUGE-PRÉSIDENT AU TRIBUNAL RÉGIONAL DU TRAVAIL DE BERLIN-BRANDEBOURG,
MEMBRE DU GROUPE D'ÉTUDE FRANCO-ALLEMAND SUR LE CONTENTIEUX
DU TRAVAIL (GEFACT)

LA PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL EN DROIT DU TRAVAIL ALLEMAND : ÉVOLUTIONS ET DIFFICULTÉS GÉNÉRÉES PAR LE RGPD

Le 25 mai 2018, le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) est devenu applicable partout dans l'Union européenne. Il établit les principes et les conditions encadrant la licéité d'un traitement de données à caractère personnel, et introduit des droits par lesquels les personnes concernées peuvent notamment obtenir des informations relatives au traitement de leurs données et y avoir accès. Parmi les sanctions, le RGPD prévoit un droit à réparation incluant la réparation d'un dommage moral.

Le RGPD a généré de nombreux effets sur le droit du travail allemand. Le législateur, le juge mais aussi les professionnels représentant les salariés et les employeurs dans les procédures devant les tribunaux de travail, ont réagi. Le présent article examine ces évolutions, en analysant les mesures et les décisions de justice au niveau national et européen, et en mettant en évidence l'importance du RGPD pour le droit du travail allemand. Nous nous intéresserons en premier lieu à la réaction du législateur allemand qui a adapté la législation nationale en la matière **(I)**. Puis, nous présenterons les difficultés pratiques soulevées par la mobilisation de certains des droits conférés par le RGPD devant les tribunaux du travail **(II)**. Enfin, les conséquences de la mise en œuvre du RGPD sur les procédures judiciaires seront examinées, notamment sur la manière dont les tribunaux du travail traiteront les moyens de preuve potentiellement entachés par des contraventions au droit protégeant les données à caractère personnel **(III)**.

I - LÉGIFÉRER DU DROIT DU TRAVAIL SPÉCIFIQUE AU TRAITEMENT DE DONNÉES

En 2017, le législateur allemand a adopté une loi visant à adapter le droit allemand relatif à la protection des données à caractère personnel à la mise en application du RGPD. Il a ainsi modifié la disposition centrale relative à la protection des données à caractère personnel dans la relation de travail. La disposition existante est devenue le paragraphe 26 alinéa 1 de la loi fédérale sur la protection des données (*Bundesdatenschutzgesetz* - « BDSG »). Elle consacre le principe selon lequel le traitement des données à caractère personnel des salariés est permis dès lors que cela est nécessaire à l'occasion de la création, de l'exécution ou de la résiliation ou de la poursuite d'une relation de travail ou dans l'exercice des droits et le respect des obligations liées à la représentation des intérêts des salariés, en vertu d'une loi ou d'une convention collective.

L'objectif du législateur allemand en adoptant cette disposition était de créer un climat de confiance et d'atténuer la crainte des praticiens d'avoir un droit de la protection des données totalement réinventé. Cependant le RGPD étant un règlement de l'Union, le législateur national est-il compétent pour légiférer dans ce domaine ? Certes, l'article 88 du RGPD autorise l'adoption de dispositions nationales plus spécifiques s'appliquant dans le cadre des relations de travail¹. Mais le paragraphe 26 de la BDSG susmentionnée est-il vraiment une règle plus spécifique au sens du texte européen ? Le paragraphe semble plutôt être la réitération de l'habilitation générale exprimé à l'article 6 alinéa 1 sous b du RGPD et permettant le traitement de données, à condition qu'il soit nécessaire à l'exécution d'un contrat. Or, le caractère obligatoire et directement applicable d'un règlement ne permet pas, en principe et sauf autorisation expresse, que les règles nationales transposent ou reproduisent son contenu². Les Etats membres sont tenus de s'abstenir de tout procédé par lequel la nature européenne d'une règle juridique serait dissimulée aux justiciables³.

Ces difficultés ont conduit à un renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice de l'Union, dont l'objet portait sur la reproduction du paragraphe 26 de la BDSG dans une loi régionale concernant la fonction publique⁴. Par son arrêt, la CJUE a donné une interprétation de l'article 88 du RGPD. La Cour a décidé qu'au-delà d'avoir un contenu normatif propre au domaine des relations de travail, de telles règles nationales doivent comprendre les mesures de protection appropriées et spécifiques visées au paragraphe 2 dudit article. Le juge de Luxembourg a précisé qu'il appartient aux juges nationaux d'apprécier si ces conditions sont respectées⁵.

Les conséquences de cet arrêt de la CJUE font débat⁶. Il semble clair que le paragraphe 26 alinéa 1 de la BDSG ne répond pas aux conditions de l'article 88 du RGPD ainsi interprété. La disposition ne comprend pas les mesures supplémentaires de protection nécessaires⁷. Bien sûr, ça ne veut pas dire qu'en Allemagne tout traitement de données effectué par un employeur serait nécessairement illicite. Il peut toujours être justifié par l'application de la disposition générale du RGPD permettant, comme déjà indiqué, le traitement nécessaire à l'exécution d'un contrat.

-
- 1 Dans les motifs du projet de loi, le législateur allemand s'est référé à cette habilitation, BT-Drs 18/11325, p. 96.
 - 2 AG Campos Sánchez-Bordona, 22 septembre 2022- C-34/21, *Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer*, pt 43.
 - 3 CJUE, 10 octobre 1973 - aff. 34/73, *Variola*, pt 11 ; CJUE, 31 janvier 1978 - aff. 94/77, *Fratelli Zerbone*, pt 26.
 - 4 Cf. § 23 de la Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetzes (HDSIG) du 3 mai 2018.
 - 5 CJUE, 30 mars 2023 - C-34/21, *Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer*, pts 74s, 80.
 - 6 A. Brandt, *Zu den Anforderungen an die spezifischeren nationalen Vorschriften beim Beschäftigtendatenschutz*, EuZW, n°10, 2023, p. 466 D. Klocke, *juris-PR Arbeitsrecht* 48/2023, Anm. 2 ; D. Meinecke, *Umgang mit Beschäftigungsdaten - Anforderungen an spezifische nationale Vorschriften*, NZA, n°8, 2023, p. 492 ; H. Schild, *Livestream-Unterricht an Schulen ohne Einwilligung der Lehrkräfte*, ZD, n°7, 2023, p. 394.
 - 7 BAG, 9 mai 2023 - 1 ABR 14/22, pt 64.

En plus, compte tenu du respect d'obligations légales tel que décrits à l'article 6 paragraphe 1 sous e du RGPD, il semble possible de considérer que le paragraphe 26 alinéa 1 BDSG continue à constituer le fondement légal spécifique exigé par l'article 6 paragraphe 3 du RGPD. Cette observation a été soulevée dans une affaire récente. Il s'agissait de déterminer la légalité d'une demande émanant d'un conseil d'établissement qui voulait avoir la liste nominale de tous les salariés handicapés recrutés par l'entreprise. La Cour fédérale du travail allemande a jugé que l'employeur devait satisfaire à cette démarche, estimant que les différentes obligations du conseil d'établissement d'agir dans l'intérêt des salariés handicapés nécessitaient les informations demandées. En dépit des insuffisances de la disposition contestée excluant sa qualification de disposition nationale plus spécifique au sens de l'article 88 du RGPD, le paragraphe 26 alinéa 1 de la BDSG pouvait servir de fondement légal au traitement de données par le conseil d'établissement dans la mesure où celle-ci vise l'accomplissement d'objectifs impartis par la loi au conseil d'établissement⁸.

II - LA MOBILISATION DES DROITS À L'ACCÈS AUX DONNÉES ET À LA RÉPARATION D'UN DOMMAGE

Le RGPD prévoit des droits de la personne sur le traitement des données à caractère personnel dont certains se sont révélés être aptes à déclencher des litiges. Il s'agit notamment du droit relatif à l'accès aux données et du droit à la réparation d'un dommage moral résultant d'une violation du RGPD. Ces litiges ont vite mis en relief des problèmes pratiques concernant par exemple la formulation de la demande ou la preuve d'un dommage moral.

A - L'ACTION JURIDIQUE RELATIVE À L'ACCÈS AUX DONNÉES ET LA FORMULATION DE LA DEMANDE

L'article 15 du RGPD confère le droit d'accès aux données traitées ainsi qu'à différentes informations relatives au traitement, comme par exemple sa finalité, les catégories de données ou leur durée de conservation. Le responsable du traitement est également tenu de fournir une copie des données faisant l'objet d'un traitement. En cas de conflit, le salarié peut tenter d'appliquer ces droits par une action juridique, ce qui soulève la question de savoir comment formuler la demande. Le droit procédural allemand exige que l'objet de la demande soit précis. Or, le salarié ne dispose pas toujours des informations nécessaires à cette fin. En outre, il existe des données exclues du droit à l'accès, notamment en raison de leur lien avec une autre personne qui bénéficie du même droit à la protection des données à caractère personnel.

Par deux arrêts récents, la Cour fédérale du travail allemande a fait une interprétation stricte de l'exigence de précision de la demande. Une demande visant les « données relatives au comportement et aux résultats du salarié, conservées en dehors du dossier personnel » a ainsi été déclarée irrecevable en

8 BAG, 9 mai 2023 - 1 ABR 14/22, pt 65.

raison de son imprécision⁹. Une autre visant la remise en copie de tout le courrier électronique, émis ou reçu à l'adresse professionnelle du salarié, soit mentionnant ce dernier nommément¹⁰, a également été déclarée irrecevable. Selon la Cour, la seule indication d'une catégorie d'e-mails ne suffit pas à délimiter l'objet d'une condamnation possible¹¹.

Dans ses motifs, la Cour fédérale fait expressément référence au principe d'effectivité reconnu par la jurisprudence de la CJUE. Ce principe exige que le droit procédural national applicable à l'action en justice ne doit pas rendre impossible en pratique, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés par la législation de l'Union¹². La Cour fédérale a considéré que ce principe était en l'espèce respecté. La Cour exprime une tendance à estimer recevable une demande qui se limiterait à reproduire le libellé de l'article 15 alinéa 1 du RGPD sans procéder à des concrétisations. En ce qui concerne le droit à une copie, elle renvoie le demandeur à faire valoir son droit à l'information et à demander ensuite une copie des données sur la base des indications procurées par l'employeur¹³.

B - LA RECHERCHE DU DOMMAGE MORAL À RÉPARER

L'article 82 du RGPD prévoit un droit à réparation. Toute personne ayant subi un dommage matériel ou moral du fait d'une violation du RGPD a le droit d'obtenir réparation du préjudice subi. Devant les tribunaux du travail allemands, l'article 82 du RGPD a servi de fondement à des demandes de dommages et intérêts vis-à-vis des employeurs, notamment en cas de non-respect du droit à l'accès aux données.

Avant l'entrée en vigueur du RGPD, la réparation d'un dommage moral en cas d'infraction aux droits à la protection des données était l'exception en droit du travail allemand. La BDSG ne comprenait pas de droit à la réparation d'un dommage moral¹⁴. Pour qu'une indemnisation soit actée en raison d'une infraction au « droit général de la personnalité »¹⁵, la Cour fédérale du travail exigeait que l'infraction soit grave et qu'elle ne puisse pas être compensée autrement que par le versement d'une somme d'argent¹⁶.

Ces conditions restrictives ne se retrouvent pas dans le RGPD. Au contraire, le considérant 146 du RGPD précise que la notion de dommage doit être interprétée au sens large en tenant pleinement compte des objectifs du RGPD. Ceci fait débat en droit du travail allemand, ce dont témoignent des décisions judiciaires divergentes

9 BAG, 16 décembre 2021 - 2 AZR 235/21.

10 BAG, 7 avril 2021 - 2 AZR 342/20, pt 16.

11 BAG, 7 avril 2021 - 2 AZR 342/20, pt 20.

12 CJUE, 6 octobre 2020 - C-511/18, *La Quadrature du Net*, pt 223.

13 BAG, 7 avril 2021 - 2 AZR 342/20, pt 26.

14 BGH, 29 février 2016 - VI ZR 530/15, pts 12ss.

15 Concept spécifique au droit allemand comprenant le droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel.

16 BAG, 19 février 2015 - 8 AZR 1007/13, pt 14.

exigeant¹⁷ ou non¹⁸ des explications ou des preuves relatives au dommage moral.

Entre-temps, la CJUE a rendu plusieurs arrêts. Elle a jugé que selon l'article 82 paragraphe 1 du RGPD, la simple violation des dispositions de ce règlement ne suffisait pas à conférer un droit à réparation. L'existence d'un « dommage » ou d'un « préjudice » « subi » est une des conditions du droit à réparation. Toutefois, la disposition européenne s'oppose à une règle ou une pratique nationale subordonnant la réparation d'un dommage moral à la condition que le préjudice subi ait atteint un certain degré de gravité¹⁹. Or, la crainte d'un usage potentiellement abusif de ses données à caractère personnel par des tiers est susceptible, à elle seule, de constituer un « dommage moral » au sens de cette disposition²⁰. Au final, la publication sur internet et la perte consécutive de contrôle sur les données à caractère personnel, même pendant un court laps de temps, peuvent causer aux personnes concernées un « dommage moral » ouvrant droit à réparation certes. Encore faut-il que la personne concernée démontre qu'elle a effectivement subi un tel dommage, aussi minime soit-il²¹.

On ne sait pas encore comment ces arrêts vont influencer la jurisprudence des tribunaux du travail en Allemagne. Si certains débats semblent clos, notamment l'exigence d'un « seuil de minima » caractérisant le dommage moral causé²², des questions subsistent. Comment expliquer et déterminer si la perte de contrôle sur les données, ou la crainte d'un usage potentiellement abusif, s'analysent en un dommage moral ? Entretemps, il y a de nouveau des questions préjudicielles posées à la CJUE. C'est la Cour fédérale allemande qui veut savoir, si la simple expérience de sentiments négatifs comme la colère, la mauvaise humeur, le mécontentement, des soucis ou la peur suffit pour caractériser un dommage moral²³.

III - LA PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX DU TRAVAIL ALLEMANDS ET LE RESPECT DU RGPD

Le champ d'application du RGPD s'étend aux institutions publiques, incluant les tribunaux. Dès lors, la production d'un document contenant des données à caractère personnel dans une procédure judiciaire constitue un traitement de données qui relève du champ d'application matériel du RGPD²⁴. Deux arrêts récents²⁵ concernant des licenciements disciplinaires ont donné à la Cour fédérale du travail allemande la possibilité d'indiquer comment elle entend intégrer ces explications de la CJUE dans

17 LAG Hamm, 2 décembre 2022 - 19 Sa 756/22, pt 150.

18 LAG Berlin-Brandenburg, 18 novembre 2021 - 10 Sa 443/21, pt 57 ; LAG Hamm, 14 décembre 2021 - 17 Sa 1185/20, pt 154.

19 CJUE, 4 mai 2023, C-300/21, *Österreichische Post*, pts 42 et 51.

20 CJUE, 14 décembre 2023, C-340/21, *Natsionalna agentsia za prihodit*, pt 86.

21 CJUE, 14 décembre 2023, C-456/22, *Gemeinde Ummendorf*, pt 22.

22 CJUE, 14 décembre 2023, C-456/22, *Gemeinde Ummendorf*, pt 23.

23 BGH, 26. septembre 2023 - VI ZR 97/22.

24 CJUE, 2 mars 2023, C-268/21, *Norra Stockholm Bygg*, pt 32.

25 BAG, 29 juin 2023 - 2 AZR 296/22 ; BAG, 24 août 2023 - 2 AZR 17/23.

sa jurisprudence relative aux moyens de preuve dont la légalité est controversée en raison de leur mode d'obtention.

A - L'INTERACTION ENTRE LE RGPD, LE DROIT PROCÉDURAL NATIONAL ET LES DROITS FONDAMENTAUX

En faisant référence à la jurisprudence précitée de la CJUE, la Cour fédérale du travail allemande en tire les conséquences et développe le cadre du contrôle intégrant aussi bien le droit de l'Union européenne que le droit national.

S'agissant de la procédure devant les tribunaux du travail allemands, le RGPD renvoie au droit procédural national, en l'espèce le Code de la procédure civile²⁶ comme fondement légale nécessaire du traitement de données. Les autres conditions posées à l'article 6 du RGPD semblent également être réunies. Le traitement de données peut être nécessaire à l'exercice des compétences juridictionnelles et, de ce fait, relever de l'exercice de l'autorité publique nationale²⁷. Dans le cas d'un traitement de données au sens de l'article 6 alinéa 4 du RGPD, qui dépasse les finalités justifiant la collecte des données, la protection des procédures judiciaires et l'exécution des demandes font partie des objectifs permettant un tel traitement²⁸.

Dans un cas donné, l'inadmissibilité d'un moyen de preuve ou l'exclusion de certains faits des débats peuvent être les conséquences d'une transgression des limites posées soit par le RGPD, soit par le droit procédural national, tous deux interprétés à la lumière des droits fondamentaux²⁹. Pourtant, vu l'importance du droit fondamental à un recours effectif au juge, protégé aussi bien par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que par la loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* - « GG »), une telle démarche ne peut être qu'une exception. Elle ne peut être justifiée que par plusieurs conditions. En ce qui concerne l'irrecevabilité en raison du mépris du droit de l'Union européenne, il doit s'agir d'une infraction relative au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, la réparation apportée par d'autres sanctions possibles - comme les dommages et intérêts ou amendes pécuniaires - se révèlent insuffisantes. En ce qui concerne l'irrecevabilité en raison du mépris des droits fondamentaux protégés par la loi fondamentale allemande, la Cour fédérale renvoie à sa jurisprudence, selon laquelle l'irrecevabilité suppose qu'elle soit exigée par de raisons de prévention générale, et qu'elle soit nécessaire à la garantie d'une protection desdits droits fondamentaux.

26 Zivilprozessordnung, ZPO, applicable selon le Code de la procédure du travail (ArbGG), notamment selon le § 46 al. 2 de la ArbGG.

27 Art. 6 § 1 sous e RGPD.

28 Art. 23 § 1 sous f et sous j RGPD.

29 Ce qui permet d'intégrer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme également actif dans le domaine, cf. p. ex : CEDH, 5 septembre 2017, req n°61496/08 *Barbulescu* ; CEDH, 17 octobre 2019, req n°1874/13 et 8567/13, *Lopez Ribalda* ; CEDH, 7 septembre 2021 req n°27516/14 *M.P. c. Portugal*.

B - LA VIDÉO-SURVEILLANCE ET LES COMMUNICATIONS PRIVÉES COMME MOYENS DE PREUVE

Les affaires illustrent le fait que, selon la Cour fédérale du travail allemande, l'inadmissibilité d'un moyen de preuve ou l'exclusion de certains faits est réellement l'exception.

En ce qui concerne la vidéo-surveillance, on distingue en droit allemand la vidéo-surveillance dite visible d'une part, et la vidéo-surveillance dite cachée, d'autre part. Pour la première, les personnes concernées sont préalablement informées de l'existence de vidéo-surveillance, alors que pour la seconde, la vidéo-surveillance est utilisée *via* des caméras cachées. L'affaire en question³⁰ concernait un système de vidéo-surveillance visible, qu'un salarié filmé critiquait pour plusieurs motifs, notamment la position des caméras ou l'implication de personnes ne commettant aucune infraction. La Cour fédérale ne s'est pas prononcée définitivement sur ces critiques. Mais, contrairement à la Cour d'appel, le juge fédéral souligne que les images ne peuvent pas être exclues des débats. Il précise que la vie intime ou même privée du salarié n'est pas concernée dans la mesure où les caméras sont installées à l'entrée de l'usine. L'examen des images peut donc soit prouver les faits reprochés au salarié, soit les réfuter. Dans l'hypothèse où les images seraient insignifiantes, l'employeur perdra le procès et sera – dans certaines circonstances aggravantes – responsable d'un dommage moral. Si, au contraire, les images s'avèrent pertinentes, le salarié sera considéré comme ayant commis intentionnellement une faute en ayant connaissance du fait qu'il était filmé. Dès lors, il devra accepter le fait que son comportement ait été prouvé par des vidéos dans une procédure judiciaire sur la légalité de son licenciement.

La seconde affaire porte sur des insultes formulées par le salarié dans une messagerie privée³¹. De nouveau, contrairement à la Cour d'appel, la Cour fédérale considère que la transcription des communications puisse être admise aux débats, son utilisation lors de la procédure judiciaire ne lésant pas le salarié dans son « droit général au respect de sa personnalité »³². D'une part, l'employeur n'avait pas obtenu la transcription en espionnant le salarié. D'autre part, les communications ne visaient pas la vie intime du salarié, mais seulement de manière limitée sa vie privée, puisque les propos insultants comprenant des incitations à la violence avaient été tenus dans une communication entre sept personnes. Dans ce contexte, et compte-tenu que la transcription était nécessaire pour permettre à l'employeur de défendre ses droits, la pondération des droits fondamentaux concernés rend évident la priorité au droit à un recours effectif au juge.

Conclusion

Certes les décisions judiciaires susmentionnées ne sont que des étapes du processus d'adaptation du droit du travail allemand et le sens des arrêts à venir peut encore évoluer. Pourtant, force est de constater que le RGPD s'est bien imposé dans

30 BAG, 29 juin 2023 - 2 AZR 296/22.

31 BAG, 24 août 2023 - 2 AZR 17/23.

32 Cf. note de bas page 15.

la communauté des acteurs du droit du travail allemand. L'application des nouvelles règles et la pondération entre la protection des données à caractère personnel d'un côté, et les exigences de la vie pratique d'un autre côté, sont encore inhabituelles, et parfois difficile. Toutefois, il est déjà bien établi que le développement de cet aspect du droit du travail sera pris en compte dans le cadre du RGPD et dans le respect de ses principes.