

TRAVAILLEURS FRONTALIERS EN SUISSE : LE RGPD S'APPLIQUE-T-IL AUX ENTREPRISES SUISSES EMPLOYANT DES TRAVAILLEURS FRONTALIERS ?

1. Pourquoi la question est-elle pertinente pour les RH?

Les entreprises suisses emploient souvent des travailleurs domiciliés en France, en Allemagne, en Italie ou en Autriche. Elles traitent donc des données liées au recrutement, au contrat, au salaire, aux absences, aux assurances sociales, aux évaluations, aux données de santé, aux outils IT ou aux badges.

La Loi fédérale sur la protection des données (LPD) suisse s'applique à ces traitements lorsqu'ils sont effectués par une entreprise suisse. La question est de savoir si le Règlement général sur la protection des données (RGPD) s'ajoute à la LPD du seul fait que le travailleur vit dans l'UE.

L'enjeu est pratique pour les RH. Si le RGPD s'applique, l'entreprise doit gérer des obligations additionnelles : information conforme au RGPD, analyse des bases juridiques, documentation, gestion des droits, éventuel représentant dans l'UE, risque de plainte devant une autorité européenne et exposition au régime de sanctions du RGPD. L'article 83 RGPD prévoit des amendes administratives pouvant atteindre, selon les cas, 10 millions d'euros ou 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial, voire 20 millions d'euros ou 4 %.

2. Quand le RGPD s'applique-t-il à une entreprise suisse ?

Le point de départ est l'article 3 RGPD.

L'article 3(1) RGPD vise les traitements effectués dans le cadre des activités d'un établissement situé dans l'UE. Si l'entreprise suisse n'a aucun établissement dans l'UE, ce critère n'est en principe pas rempli. Le lieu du traitement ou la nationalité de la personne concernée ne suffit pas.

Il faut alors examiner l'article 3(2) RGPD. Cette disposition vise certains traitements effectués par une entreprise non établie dans l'UE, mais seulement si deux conditions sont réunies : la personne concernée se trouve dans l'UE et le traitement est lié soit à une offre de biens ou de services à cette personne, soit au suivi de son comportement dans l'UE.

Le RGPD ne raisonne donc pas en termes de citoyenneté. Le critère n'est pas le passeport européen. Il n'est pas non plus, à lui seul, le domicile dans l'UE. Le critère décisif est la présence de la personne dans l'Union au moment de l'activité pertinente, combinée avec une offre de biens ou de services ou avec un suivi du comportement.

Le Comité européen de la protection des données (CEPD) donne un exemple utile pour les RH : une société à Monaco traite les données salariales de salariés résidant en France et en Italie. Selon le CEPD, ce traitement ne relève pas du RGPD au seul motif que les salariés résident dans l'UE. Il s'agit d'un traitement RH interne et non d'une offre de services aux salariés.

3. Conclusion intermédiaire : en principe, le RGPD ne s'applique pas

Pour une entreprise suisse sans établissement dans l'UE, les traitements RH ordinaires liés à un travailleur frontalier ne relèvent donc pas automatiquement du RGPD.

Les données de paie, d'absences, d'assurances sociales, d'évaluation ou d'administration du contrat restent en principe soumises à la LPD suisse. Elles ne deviennent pas des traitements RGPD simplement parce que le salarié réside de l'autre côté de la frontière.

Le recrutement actif dans l'UE doit être traité avec prudence. Il s'agit d'une zone grise. On pourrait se demander s'il constitue une offre de services à des candidats situés dans l'UE au sens de l'article 3(2)(a)

RGPD. Mais cette qualification paraît discutable : un emploi n'est pas naturellement un service offert au candidat et, dans ses Lignes directrices, le CEPD semble plutôt rattacher ces situations à des considérations RH. En effet, le recrutement vise en principe à conclure un contrat de travail avec le candidat, pas à fournir un service au candidat. Ce qui est certain c'est que le simple fait qu'un processus de recrutement soit accessible depuis l'UE sur le site web d'une entreprise suisse ne constitue pas un ciblage relevant du RGPD.

Deux risques doivent toutefois être relevés.

Premier risque : une présence stable dans l'UE

L'article 3(1) RGPD peut s'appliquer si l'entreprise dispose, en fait, d'un établissement dans l'UE. La notion suppose une activité réelle et effective exercée au moyen d'une installation stable. Un établissement effectif et stable suppose une présence dans l'UE permettant l'exercice réel, non purement formel, d'une activité avec un degré suffisant de permanence — même limitée, et quelle que soit sa forme juridique. Le traitement est effectué dans le cadre des activités de cet établissement lorsqu'il existe un lien fonctionnel, soit une connexion suffisamment étroite entre l'activité exercée dans l'UE et le traitement concerné, par exemple lorsque l'établissement UE promeut, vend, organise, soutient ou rend économiquement possible l'activité à laquelle le traitement se rattache.

Une filiale, une succursale ou un bureau local sont les cas évidents. Un seul employé frontalier en télétravail depuis son domicile ne devrait en principe pas suffire. En revanche, le risque augmente si la présence est organisée : plusieurs employés basés dans l'UE, équipe locale, adresse professionnelle, moyens matériels, activité commerciale menée depuis l'UE ou représentation durable auprès de clients, candidats ou partenaires européens. Si un établissement existe, le RGPD peut s'appliquer aux traitements effectués dans le cadre de ses activités, indépendamment de l'article 3(2).

Deuxième risque : le monitoring d'une personne située dans l'UE.

L'article 3(2)(b) RGPD peut s'appliquer si l'entreprise suit le comportement d'un candidat ou d'un employé situé dans l'UE. Il faut plus qu'un traitement administratif. Le CEPD vise notamment le tracking en ligne, la géolocalisation, le profilage, la surveillance comportementale ou les outils permettant d'analyser ou de prédire des comportements. En pratique, le risque peut apparaître avec des outils de recrutement qui tracent les candidats, du scoring automatisé, des tests comportementaux, des analytics avancés, ou, après l'engagement, avec des logs détaillés, outils de productivité, contrôle des temps de connexion, géolocalisation ou monitoring de performance d'un employé travaillant depuis l'UE.

Ceci dit, même dans ces hypothèses, l'application du RGPD restera limitée aux traitements concernés. Elle ne transforme pas toute la relation de travail en relation soumise au RGPD. Pour les traitements RH ordinaires après l'engagement, la LPD suisse reste en principe le cadre principal.

4. Conclusion finale : pourquoi les RH doivent s'y intéresser

Les RH ne doivent donc pas partir du principe que tout travailleur frontalier peut invoquer le RGPD contre son employeur suisse, ni exclure ce risque par principe. L'enjeu est d'identifier les situations susceptibles de déclencher le RGPD.

L'enjeu est concret. Si le RGPD s'applique, le travailleur frontalier peut invoquer les droits prévus par le RGPD et déposer une plainte auprès d'une autorité européenne, notamment dans l'État de sa résidence habituelle ou de son lieu de travail, conformément à l'article 77 RGPD. L'entreprise peut aussi être exposée aux sanctions de l'article 83 RGPD et, dans certains cas, à l'obligation de désigner un représentant dans l'UE.

Pour les RH, l'utilité pratique est de qualifier correctement ces situations, les documenter et appliquer le bon cadre juridique dès le départ.