

MEMENTO : REGLEMENT GENERAL SUR LA PROTECTION DES DONNEES (RGPD UE)

Conséquences pour les services de l'emploi en Suisse

Le 25 mai 2018, des règles plus strictes en matière de protection des données entreront en vigueur dans l'Union européenne. Le règlement général sur la protection des données (ci-après dénommé "RGPD") sera directement applicable dans les 28 Etats membres ainsi que dans les Etats parties à l'accord EEE (Norvège, Islande, Liechtenstein). Ainsi les règles régissant le traitement des données personnelles seront unifiées. Les entreprises devront respecter de nombreuses nouvelles obligations, qui pourront toutefois être remplies avec des efforts raisonnables.

Conformément au principe du lieu où se tient le marché (critère du ciblage), le RGPD a également une portée extraterritoriale et il est aussi applicable aux entreprises hors de l'UE si celles-ci proposent des biens ou des prestations de services dans l'UE ou opèrent un suivi du comportement de personnes au sein de l'UE. Le RGPD a donc des impacts significatifs sur la Suisse et a entre autres entraîné une révision totale de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD), dans laquelle certains points du RGPD seront repris ; la LPD révisée entrera vraisemblablement en vigueur au 1er janvier 2020.

Aujourd'hui, le RGPD ne donne pas encore de réponse à toutes les questions relatives à l'application. Ce n'est que la jurisprudence qui clarifiera l'interprétation concrète des dispositions. swissstaffing va suivre de près ces développements et informera ses membres à ce sujet. L'application du RGPD doit donc être appréciée au cas par cas et peut aussi se modifier à l'avenir. Le présent aide-mémoire sert donc uniquement à titre d'information sur la situation juridique actuelle et ne représente nullement un conseil juridique dans un cas particulier. L'aide-mémoire a été élaboré avec des représentants de la branche et des experts en protection des données.

1. Applicabilité du RGPD aux services de l'emploi suisses

Les services de l'emploi en Suisse doivent en une première étape examiner si, sur la base de leurs activités commerciales, ils sont assujettis au RGPD. Pour ce faire, il faut procéder séparément à l'appréciation de cette question pour toute unité juridiquement autonome et pour tout traitement de données. Si une entreprise a une succursale dans l'UE, tous les traitements de données entrepris par celle-ci sont en tout cas soumis au RGPD. Quant à savoir si le RGPD trouve également application aux traitements de données de services de l'emploi en Suisse, ceci dépend de divers facteurs.

Le tableau qui suit présente des activités commerciales typiques de services de l'emploi et détermine si le RGPD est plutôt applicable ou non, lorsque les critères suivants sont remplis, séparément ou cumulativement:

| RGPD plutôt non applicable | RGPD plutôt applicable |
|---|---|
| <input type="checkbox"/> Des citoyens de l'UE domiciliés en Suisse ne sont placés ou loués qu'à des entreprises en Suisse. | <input type="checkbox"/> Le service de l'emploi a une société-fille, une succursale, une filiale ou une section d'établissement active dans l'UE. |
| <input type="checkbox"/> L'entreprise ne recrute pas de façon ciblée des candidats dans l'UE. | <input type="checkbox"/> L'entreprise recrute de façon ciblée des candidats domiciliés dans l'UE. |
| <input type="checkbox"/> L'activité commerciale porte uniquement sur des candidats et/ou entreprises en Suisse. | <input type="checkbox"/> L'activité commerciale porte également sur des candidats et/ou entreprises au sein de l'UE. |
| <input type="checkbox"/> Le site Internet ne vise que le marché suisse. | <input type="checkbox"/> Le site Internet vise aussi des candidats et/ou des entreprises dans l'UE. |
| <input type="checkbox"/> Pas de site Internet avec traqueurs et plug-ins qui collectent les données concernant les visiteurs du site Web (suivi du comportement). | <input type="checkbox"/> L'utilisation d'un site Internet avec traqueurs et plug-ins qui collectent les données concernant les visiteurs du site Web (suivi du comportement), lorsque le site Internet vise les pays de l'UE. |

Il est à relever qu'en cas d'applicabilité du RGPD à une entreprise suisse, cette application est limitée aux traitements de données en rapport avec l'activité commerciale concernée. Ainsi, par exemple, pour une campagne de recrutement ciblée sur des candidats dans l'UE via une plate-forme Internet, le RGPD est uniquement applicable aux activités de récolte et de traitement de données en rapport avec cette activité concrète d'embauche. Par contre, le RGPD n'est pas applicable aux autres activités commerciales de l'entreprise ayant lieu en Suisse (comme la location subséquente de ces frontaliers recrutés dans l'UE à des entreprises locataires en Suisse). Cependant, les obligations formelles de l'entreprise, par exemple celle de désigner un représentant des responsables du traitement, doivent être observées en cas d'application du RGPD à des opérations commerciales déterminées.

Le critère de "l'offre de services dans l'UE" sera rempli s'il y a un entretien ou un recrutement ciblés de personnes dans l'UE, en cas de mesures de marketing sur les marchés UE ou encore, simplement par l'intermédiaire d'un site Internet visant les marchés UE. L'orientation marché est jugée à l'appui de critères tels que le domaine de pays, la langue, des contenus spécifiques au pays en question, des moyens de contact avec indicatif de pays ou dans le pays, personne de contact avec un lien culturel. L'utilisation d'un site Internet avec traqueurs et plug-ins qui collectent les données concernant les visiteurs du site Web est considérée comme un suivi du comportement et entraîne un assujettissement au RGPD lorsque le site Internet vise les pays de l'UE.

Si les activités commerciales de l'entreprise ne sont pas orientées vers les marchés UE, l'engagement et la location ou le placement d'un candidat provenant de l'UE en soi n'a pas encore pour effet un assujettissement au RGPD. Par conséquent, tout rapport avec l'étranger n'implique pas une applicabilité, mais uniquement l'intention (manifeste) d'offrir des services dans l'UE. La réception de dossiers provenant de l'UE et leur traitement n'impliquent pas automatiquement, en l'état actuel des connaissances, une soumission au RGPD. Si cela se passe toutefois à grande échelle, cela peut être un indice pour une orientation vers l'UE, ce qui conduit à une application du RGPD. Il conviendra de suivre l'évolution du droit sur ce point.

En principe, il y a ainsi lieu de tirer au clair la question de l'applicabilité du RGPD dans des affaires transfrontalières. Selon l'expérience, des entreprises dans la zone UE exigent souvent, de manière explicite aussi, le respect des dispositions du RGPD.

2. Traitement de données à caractère personnel dans le contexte du personnel en Suisse

Le motif justificatif pour le traitement de données personnelles est réglé pour l'employeur dans l'article 328b du Code des obligations et, s'agissant du placement et de la location de services, dans la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) et dans l'ordonnance y relative (OSE):

- Le placeur ou le bailleur de services n'est habilité à saisir des données à caractère personnel que dans la mesure où et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement [art. 7, al. 3 et art. 18, al. 3 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)]. Cette limitation résulte de surcroît du principe de proportionnalité selon art. 4, al. 3 de la loi sur la protection des données (LPD) ainsi que de la disposition de l'art. 328b CO, qui stipule que 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.

- Si le placeur ou l'employeur demande des avis ou références sur des candidats, des demandeurs d'emploi, postulants ou travailleurs, ceci nécessite l'assentiment de la personne concernée [art. 47, al. 1, let. b et art. 19, al. 1, let. b de l'ordonnance sur le service de l'emploi (OSE)].
- La collecte d'autres données ou l'enregistrement et l'utilisation ultérieure des données de candidature, après la fin de la procédure d'engagement, nécessitent une autorisation du candidat en raison de la finalité du traitement des données.
- La postulation d'un candidat pour un emploi représente un assentiment concluant au traitement de ses données personnelles pour l'examen de la candidature ainsi que pour leur transmission à l'employeur concerné. Au terme de la procédure de candidature, les données y afférentes doivent en principe être effacées chez le placeur. Seules les bases du contrat peuvent encore être conservées pour la facturation, la loi prévoyant à cet effet un délai de conservation de 10 ans. La conservation de plus longue durée et, par conséquent, une renonciation à l'effacement du dossier personnel ou à la transmission de celui-ci à d'autres employeurs potentiels exigent le consentement de la personne concernée.
- Dans certains cas, il peut s'avérer nécessaire à l'exécution de l'activité de placement de saisir des données sensibles. Le traitement de ce genre de données est en principe interdit et exige le consentement explicite de la personne concernée; il n'est d'ailleurs admis qu'à condition qu'il soit effectivement nécessaire à la procédure de candidature. Si des données sensibles sont communiquées par le candidat avec les documents de sa postulation, celles-ci peuvent être traitées dans le contexte de la candidature, mais ne peuvent être saisies ni enregistrées à d'autres fins.

3. Quelles nouveautés en matière de protection des données apporte le RGPD?

En principe, tout traitement de données à caractère personnel nécessite dorénavant un motif justificatif et n'est pas autorisé sans cela. *Ce qui est nouveau, c'est que la personne concernée n'a plus à apporter la preuve d'un traitement illicite de données personnelles, car il revient désormais à l'entreprise de prouver que le traitement de telles données est conforme au droit.* Ce renversement du fardeau de la preuve exige des entreprises une obligation de documentation nettement plus étendue.

3.1 Le RGPD consolide les droits de la personne concernée

Les exigences figurent dans le RGPD.

3.1.1 Exigence en matière de consentement au traitement des données (art. 13 - 15 RGPD)

Le consentement au traitement des données n'est valablement possible qu'à condition que la personne concernée ait été informée correctement au sujet du but et de l'utilisation des données. Le consentement ne saurait consister en une confirmation opérée par un clic, et non plus par le silence de l'intéressé. Pour le traitement de catégories spéciales de données personnelles, il faut en outre un consentement explicite. L'entreprise doit pouvoir prouver l'existence du consentement.

3.1.2 Droits de contrôle de la personne concernée (art. 16 - 19 RGPD)

La personne concernée a droit à la rectification et à l'effacement des données personnelles la concernant ou peut en interdire le traitement. De plus, il existe (comme jusqu'à présent) un droit d'information complet sur les

données à caractère personnel enregistrées par l'entreprise. Cette information doit être normalement donnée par écrit, sous forme de copie de toutes les données existantes et enregistrées (art. 16 - 19 RGPD).

La personne concernée possède un droit de recours auprès de l'autorité de contrôle compétente en matière de protection des données et le responsable du traitement doit l'informer au sujet de ce droit de recours. Ce droit serait certainement conféré à la personne concernée dans le pays de résidence, mais en Suisse, ce droit de recours ne sera probablement mis en œuvre qu'au moment de la révision de la LPD.

3.1.3 Transmission des données à l'étranger (art. 44 ss RGPD)

La transmission des données à l'étranger est autorisée dans les pays connaissant une protection des données équivalente. Ceci englobe la Suisse et tous les pays de l'UE également. La liste complète des pays dotés d'une protection des données équivalente est publiée sur le site Internet du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT). S'agissant de la transmission dans des pays dépourvus d'une protection des données équivalente, il faut des mesures supplémentaires permettant de garantir la protection des données. Ceci peut être conclu dans une convention standard selon le modèle des autorités en charge de la protection des données (EU Model Clauses : https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/model-contracts-transfer-personal-data-third-countries_en) ou, en ce qui concerne les USA, par exemple au moyen de l'adhésion au Privacy Shield (<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/transmission-des-donnees-aux-etats-unis.html>). Le PFPDT doit être informé de la conclusion de tels accords.

3.1.4 Divulcation de données à des tiers (art. 24 ss RGPD)

La divulgation de données à un tiers, dont fait notamment partie la divulgation entre entreprises d'un groupe juridiquement autonomes, exige un consentement de la personne concernée. Celle-ci doit être informée sur le destinataire et le but de la transmission des données. La transmission de données de candidature à un employeur potentiel ou à l'entreprise locataire a sa base légale dans la LSE et ne nécessite pas de consentement supplémentaire.

La transmission dans le cadre d'un outsourcing est admissible sans consentement, dans la mesure où l'outsourcer n'utilise les données que pour le mandant, et non pas pour de propres buts commerciaux.

3.2 Obligations formelles supplémentaires de l'entreprise

L'entreprise concernée doit de surcroît observer des obligations formelles en rapport avec le traitement de données à caractère personnel:

- L'entreprise est tenue, sur la base de son obligation de rendre des comptes (accountability), de prouver son respect des règles de droit de la protection des données, en particulier le consentement donné par la personne concernée.
- Une entreprise de plus de 250 collaborateurs doit tenir un registre des activités de traitement de données personnelles (art. 30 RGPD). Sont également comptabilisés les travailleurs temporaires de l'entreprise de location de services.

- Les entreprises doivent désigner un représentant des responsables du traitement dans l'UE (art. 27 RGPD).
- L'entreprise a obligation de mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir pour les données personnelles un niveau de sécurité adapté au risque (art. 32 RGPD).
- En cas de violation de données à caractère personnel (vol des données, ou leur manipulation, etc.), l'entreprise doit en informer l'autorité de contrôle dans le délai de 72 heures et, éventuellement, la personne concernée aussi.
- Lors de l'introduction de nouvelles applications pour le traitement de données personnelles, il y a lieu de procéder à une évaluation du risque ainsi qu'à une éventuelle évaluation d'impact pour la protection des données. Une telle évaluation est à effectuer au préalable si des procédures de traitement impliquent vraisemblablement un risque élevé pour les droits et libertés de personnes physiques. Ceci est par exemple prescrit en cas de vastes traitements de données sensibles selon art. 9 RGPD, mais ceci devrait certainement s'appliquer aussi lors de processus automatisés au sens de l'art. 22 RGPD.
- Le recours à des sous-traitants pour le traitement des données (outsourcing) exige un accord. L'entreprise est responsable du choix et de la surveillance du sous-traitant, deux actions qui doivent être opérées avec grand soin.

3.3 Sanctions

Afin que les entreprises s'en tiennent aux nouvelles prescriptions régissant la protection des données, le RGPD prévoit quantité de dispositions pénales sanctionnant des contraventions au règlement, avec une amende maximale de 4% du chiffre d'affaires global de l'entreprise ou de 20 millions d'euros, suivant lequel de ces deux montants est le plus élevé. Les entreprises encourent d'autres risques en cas de contraventions, ainsi des actions en responsabilité ou des mises en demeure aux frais de l'entreprise et émanant de concurrents ou d'organisations de consommateurs.

4. Mesures à prendre par les services de l'emploi suisses

Les entreprises assujetties au RGPD doivent prendre les mesures suivantes:

- 4.1 *Site Internet conforme au RGPD*: impressum exhaustif avec indications complètes des adresses de contact ainsi qu'une déclaration intégrale de protection des données informant sur le type et la forme des données collectées (cookies, traqueurs, plug-ins médias sociaux, newsletter, téléchargement de publicité) ainsi que sur les droits des personnes concernées (droit d'information, de correction, d'effacement) ou la transmission des données.
- 4.2 *Consentement* du candidat au traitement des données par le service de l'emploi (cf. Exemple 1 en annexe) et consentement spécifique pour la conservation ultérieure des données relatives à la candidature, ou pour la transmission à d'autres employeurs et tiers potentiels. Un consentement est également nécessaire à la transmission des données à l'interne, à d'autres sociétés du groupe.

| |
|---|
| L'information concernant le consentement doit contenir les éléments suivants: |
| <ul style="list-style-type: none">– Données de contact du préposé à la protection des données (si disponible, sans quoi bureau d'information)– Base(s) légale(s) du traitement de données à caractère personnel– Si vous justifiez le traitement par vos intérêts légitimes ou des intérêts légitimes d'un tiers: les intérêts légitimes– Si vous transmettez des données dans des Etats tiers: les garanties appropriées que vous avez engagées pour la protection des données (clauses standard de protection des données) |

- Durée de l'enregistrement; dans la mesure où ce n'est pas possible, les critères de fixation de cette durée
- Existence - pour la personne concernée - des droits à l'information, à la rectification, à l'effacement, à la limitation du traitement, d'opposition pour des raisons tenant à sa situation particulière, ainsi qu'à la portabilité des données
- Pour autant que le traitement se fonde sur un consentement: le droit en tout temps de révoquer le consentement
- Droit de recours auprès de l'autorité de contrôle
- Il doit être indiqué si la mise à disposition des données est prescrite par la loi ou par contrat ou si elle est nécessaire à la conclusion d'un contrat
- Si applicable: la prise d'une décision automatisée, y compris le profiling ainsi que - dans ce cas - informations sur la logique impliquée et la portée des effets visés par le traitement pour la personne concernée
- Pour autant que les données ne seront pas collectées auprès de la personne concernée: de quelle source proviennent les données à caractère personnel et, le cas échéant, si elles proviennent de sources accessibles au public

- 4.3 *Consentement dans le contrat de location de services ou de placement resp. dans les conditions générales d'affaires du service de l'emploi (cf. Exemple 2 en annexe) pour le traitement de données personnelles des personnes de contact des entreprises locataires ou des employeurs (partenaire contractuel).*
- 4.4 *Transmission de données conforme à la protection des données ou éventuellement garantie contractuelle supplémentaire avec le Standard Data Transfer Agreements (EU Model Clause) ou avec un consentement de la personne concernée.*
- 4.5 *Désignation d'un représentant du service de l'emploi dans l'UE, selon art. 27 RGPD. Celui-ci sert uniquement d'adresse de notification. Examiner de surcroît si un délégué à la protection des données est nécessaire conformément à l'art. 37 RGPD.*
- 4.6 *Observation des obligations formelles du RGPD: registres des activités de traitement, obligation de notifier les violations de la protection des données, accord avec les personnes procédant au traitement, documentation des consentements, processus de renseignement et d'information.*
- 4.7 *Consentement correct et possibilité de se désabonner de l'envoi de newsletters électroniques à des candidats ou à des sociétés employeuses.*

De plus amples informations sur le RGPD se trouvent sur le site internet du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), qui comprend de nombreux liens vers des outils pratiques : <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/documentation/bases-legales/Datenschutz%20-%20International/DSGVO.html>

Le service juridique de swissstaffing se tient à disposition pour toute question au 044 / 388 95 75 ou par e-mail : legal@swissstaffing.ch.

Dübendorf, le 9 mai 2018

EXEMPLE 1 : MODÈLE D'UNE CLAUSE DE CONSENTEMENT

(Ce modèle est non exhaustif, donné à titre d'exemple et doit être adapté à chaque cas particulier)

Nous traitons les documents de candidature dans la plus stricte confidentialité et ne les utilisons qu'aux fins convenues.

- Placement de personnel: les données ne sont traitées que dans la mesure et aussi longtemps que cela s'avère nécessaire au placement. Les données peuvent être transmises à de possibles employeurs.
- Location de services: les données sont traitées jusqu'à la fin des rapports de travail et les profils peuvent être transmis à de potentielles entreprises locataires.

Sans votre consentement, le dossier (électronique) de candidature sera effacé/détruit au terme du contrat de travail pour autant qu'il ne soit pas soumis à une obligation légale de conservation.

Je consens explicitement par la présente au traitement, enregistrement ou transmission suivants de mes données personnelles:

- Je consens à ce que le [placeur] enregistre, traite ou transmette mes données personnelles que je lui ai communiquées en lien avec ma candidature, au sein des sociétés du [placeur], dans le pays et à l'étranger, aux fins de la location de services et/ou du placement de personnel.
- Je consens à ce que mes données personnelles que j'ai communiquées dans le cadre de ma candidature soient enregistrées, traitées et communiquées - pendant la procédure de placement et après la fin de la procédure concrète de placement - à des tiers, dans le pays et à l'étranger, aux fins de la location de services et/ou du placement de personnel. Par ces tiers, il faut notamment entendre des sociétés, prestataires liés au [placeur], qui mettent à disposition et exploitent des applications IT utilisées, ainsi que d'autres entreprises participant aux processus nécessaires à la fourniture des prestations contractuelles du [placeur] (par ex. prestataire de paiement). Dans cette mesure, je consens à ce que mes données soient transmises dans des pays où il n'existe pas de niveau approprié de protection des données. Pour autant que, en lien avec ma candidature, j'aie transmis des "catégories particulières de données à caractère personnel" selon art. 9 du Règlement général de l'UE sur la protection des données (par ex. une photographie laissant apparaître l'origine ethnique, des informations sur mon état d'handicapé grave, etc.), mon consentement porte aussi sur ces données.
- Je consens à ce que le [placeur] fasse parvenir une newsletter à l'adresse e-mail que je lui ai donnée. Cette newsletter contient en particulier des informations sur des offres d'emploi qui pourraient avoir un intérêt pour moi.

Les consentements sont indépendants les uns des autres et sont donnés volontairement. Je peux révoquer en tout temps mes consentements sans indication de motifs et j'ai le droit d'exiger à tout moment l'effacement de mes données. Je peux me désabonner de toute newsletter en cliquant sur le lien figurant à la fin de celle-ci. Je prends acte du fait qu'en cas de révocation de mes consentements au traitement de mes données à caractère personnel (à l'exception du consentement à recevoir des newsletters par e-mail), les prestations proposées par le [placeur] ne pourront plus être fournies et que cette révocation met fin aux relations contractuelles sous-jacentes.

EXEMPLE 2 : MODÈLE DE CLAUSE DE CONSENTEMENT DANS LES CGA

(Ce modèle est non exhaustif, donné à titre d'exemple et doit être adapté à chaque cas particulier)

Protection des données

Les parties s'engagent à respecter en tout temps les prescriptions applicables de la loi sur la protection des données. Dans le cadre du contrat en question, le service de l'emploi est autorisé à collecter, traiter les données des collaborateurs, directeurs et autres employés du client, de les utiliser et les divulguer à toutes les fins en rapport avec l'exécution du contrat. A cet effet, le service de l'emploi est également autorisé en particulier à transmettre - pour autant qu'éventuellement nécessaire à l'exécution du contrat - des données à l'étranger pour des fins susmentionnées. De plus, le service de l'emploi est explicitement habilité à traiter les données des clients sous toute forme et à les divulguer à d'éventuelles sociétés du groupe ou à des tiers à l'étranger. Le consentement englobe également l'utilisation des données à des fins de marketing. Le client déclare expressément que ce consentement existe et que le service de l'emploi peut exiger en tout temps du client ces déclarations de consentement.