



CH-3003 Berne, SECO, PAEP/che

## **Aux responsables cantonaux de la LSE**

Référence: 330/08 protection personnalité

Spécialiste: che/gr

**Berne, le 14 juillet 2008**

### **Protection de la personnalité**

#### **Directive 2008/1 ; Précisions des directives et commentaires relatifs à la LSE**

Mesdames, Messieurs,

La protection des données est un thème d'actualité en raison de l'entrée en vigueur de la révision de la loi fédérale sur la protection des données<sup>1</sup> le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Nous souhaitons par conséquent vous rendre attentifs aux divers principes qui doivent être respectés par les entreprises de placement ainsi que par les entreprises de location de services, lors de l'élaboration des questionnaires de candidature.

Cette directive se fonde en particulier sur le « Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail <sup>2</sup> », édité par le Préposé fédéral à la protection des données et sur l'étude de Gabriel Aubert intitulée « La protection des données dans les rapports de travail <sup>3</sup> », ainsi que sur les divers ouvrages usuels suisses de droit du travail. Elle a en outre été soumise en consultation auprès du Préposé fédéral à la protection des données.

De manière générale, la protection des données est garantie par la loi fédérale sur la protection des données. Dans les relations de travail, elle est assurée par une norme spécifique, l'article 328b CO<sup>4</sup>. En outre, en matière de placement privé, la protection des données est

---

<sup>1</sup> Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données ; LPD, RS 235 1

<sup>2</sup> <http://www.edoeb.admin.ch>

<sup>3</sup> Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale. Zürich, 1999, p. 145-191

<sup>4</sup> Loi fédérale du 30 mars 1991 complétant le Code civil suisse (5<sup>ème</sup> livre: Code des obligations) CO, RS 220

garantie par l'article 7 alinéa 3 LSE<sup>5</sup>, lequel est concrétisé par l'article 19 OSE<sup>6</sup>. Enfin, la protection dans le domaine de la location de services est quant à elle régie par les articles 18 alinéa 3 LSE et 47 OSE.

#### ▪ **Principes généraux de la loi fédérale sur la protection des données**

Tout traitement de données personnelles constitue une atteinte à la personnalité. Il faut donc veiller à limiter le plus possible cette atteinte. Pour cette raison, la personne qui récolte les données n'a le droit de traiter que les données dont elle a absolument besoin et qui sont pertinentes pour l'accomplissement de ses tâches (principe de la **proportionnalité**, art. 4 al. 2 LPD). Les données personnelles ne peuvent être collectées que de manière **licite** (art. 4 al. 1 LPD). On considère que des données ont été collectées de façon illicite lorsqu'elles ont été obtenues par la force, par la ruse, par la menace ou par la tromperie. En outre, selon la LPD, les données personnelles doivent être traitées en conformité avec le principe de la **bonne foi** (art. 4 al. 2 LPD). Cela signifie que le traitement des données a été effectué de manière reconnaissable pour la personne concernée. Il y a non-respect de ce principe lorsqu'une personne n'a pas été informée – ou a été informée de façon erronée – du type et du but du traitement. Sont notamment considérées comme tromperies intentionnelles les collectes secrètes de données, les écoutes téléphoniques non autorisées, ou encore les collectes de données à l'insu de l'intéressé par la manipulation de programmes. Enfin les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances (art. 4 al. 3 LPD).

#### ▪ **Principes généraux de la protection des données dans les rapports de travail : 328b CO**

La protection des données dans les rapports de travail ainsi que lors du recrutement est garantie par l'article 328b CO, lequel prévoit 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. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables ».*

Le renvoi à la loi fédérale sur la protection des données permet une application des principes généraux de la protection des données, soit l'exactitude et la sécurité des données (art. 5 et 7 LPD) ainsi que le droit d'accès (art. 8 et 9 LPD). En revanche, les atteintes à la personnalité et les motifs justificatifs (art. 12 et 13 LPD) sont plus nuancés en ce qui concerne les données traitées en rapport avec les relations de travail. En effet, l'article 328b CO délimite plus étroitement que les articles 12 et 13 LPD les informations que l'employeur est autorisé à traiter. A noter encore qu'il ne peut en aucun cas être dérogé à l'article 328b CO au détriment de l'employé même si ce dernier y consent, cette disposition étant une norme relativement impérative au sens de l'article 362 CO.

De manière générale, en matière de droit du travail, le législateur a consacré le principe de l'illicéité du traitement des données. Toutefois, le traitement des données est licite dans deux hypothèses : d'une part, si les informations concernent les aptitudes du travailleur à remplir

<sup>5</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services; LSE, RS 823 11

<sup>6</sup> Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services; OSE RS 823 111

son emploi ; d'autre part, si elles sont nécessaires à l'exécution de son emploi. Ainsi, la loi présume licite le traitement d'informations nominatives qui se rapportent aux aptitudes de l'intéressé à remplir son emploi ou qui sont nécessaires à l'exécution de son emploi.

\* *L'aptitude*

Le mot aptitude s'interprète de façon large. Il regroupe les qualités de la personne en regard de l'emploi considéré, lesquelles peuvent aller jusqu'à inclure, selon les circonstances, le caractère du salarié, sa vision du monde ou ses ambitions.

\* *Les informations nécessaires à l'exécution*

Quant aux informations nécessaires à l'exécution du contrat de travail, elles comprennent avant tout celles dont l'employeur a besoin pour satisfaire à ses obligations légales ou conventionnelles (rapports avec la police des étrangers, avec l'inspection du travail, avec les institutions d'assurances sociales ou privées, etc.).

C'est ainsi la nature de l'emploi qui dictera l'étendue de la protection du travailleur. S'il s'agit d'une occupation manuelle ou technique qui ne requiert qu'un faible investissement personnel, les informations que l'employeur pourra traiter à son sujet resteront limitées. Elles concerneront au premier chef la formation et l'expérience professionnelle du travailleur. Si l'exécution des tâches manuelles ou techniques requiert une confiance particulière, le champ de la curiosité légitime de l'employeur sera plus vaste. S'il s'agit d'une occupation intellectuelle, d'une position exigeant des capacités d'initiative ou de commandement, l'employeur sera habilité à s'informer de façon encore plus étendue, en particulier sur les hobbies du travailleur, qui révéleront son goût à l'effort ou son ouverture à de nouveaux défis. Lorsque la bonne exécution du travail exige l'adhésion de l'intéressé aux buts idéaux visés par l'employeur, la sphère privée du salarié se rétrécira encore. Par exemple, un parti est habilité à s'informer sur les opinions politiques d'un candidat au poste de secrétaire permanent.

▪ **Placement privé**

Aux termes de l'article 7 alinéa 3 LSE, « *le placeur n'est habilité à traiter les informations concernant des demandeurs d'emploi et des places vacantes que dans la mesure où et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement. Il est tenu de garder le secret sur ces données* ».

Au vu de cette disposition, les placeurs peuvent requérir aux demandeurs d'emploi toutes les informations dont ils ont absolument besoin et qui sont pertinentes pour l'accomplissement de leur tâche de placement. Ainsi, dans la mesure où des informations quant à la santé, à une éventuelle grossesse, aux antécédents judiciaires ainsi qu'aux poursuites sont indispensables à la bonne exécution du mandat de placement confié par les demandeurs d'emplois aux agences de placement, ces dernières peuvent sans autre se renseigner sur ces points.

A noter que, les questions qui peuvent être posées par les agences de placement ne doivent pas être examinées au regard de l'article 328b CO. En effet, cet article concerne exclusivement le traitement des données du travailleur par l'employeur. Or, le placeur ne revêt pas la qualité d'employeur. Il est lié au demandeur d'emploi par un contrat de placement dont les prestations relèvent en général du contrat de courtage tel qu'il est régi par les articles 412ss CO. Cela étant, en vue d'éviter que des employeurs contournent les principes posés par l'article 328b CO, le placeur ne peut communiquer aux futurs employeurs que les données qui respectent les principes posés par l'article 328b CO.

## ▪ Location de services

L'article 18 alinéa 3 LSE prévoit que « *le bailleur de services n'est habilité à traiter les données concernant les travailleurs et à les communiquer à des entreprises locataires de services que dans la mesure où et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement. Hors de ce cadre, ces données ne peuvent être traitées ou communiquées qu'avec l'assentiment exprès du travailleur* ». A cela s'ajoute que, dans la mesure où le bailleur de services endosse également la qualité d'employeur, il sied également de se référer à l'article 328b CO et partant aux principes qui en découlent.

Deux cas de figure doivent être distingués. Tout d'abord, lorsqu'un demandeur d'emploi s'adresse à une agence intérimaire en vue d'être engagé pour un poste précis, l'article 328b CO s'applique sans aucun doute puisque les parties se trouvent dans une relation précontractuelle de travail. En revanche, lorsqu'un candidat mandate une agence de lui trouver un emploi quelconque, voire même, est prêt à accepter toute proposition indépendamment de sa formation ou de son expérience professionnelle, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 328b CO. Il convient de se référer aux principes applicables aux placeurs privés puisque, à ce stade, le candidat ne se trouve pas dans une relation précontractuelle de travail, mais est lié à l'agence par un contrat de courtage au sens de l'article 412 CO et que conformément à l'article 18 alinéa 3 LSE, le bailleur de services est habilité à traiter les données concernant les travailleurs dans la mesure où elles sont nécessaires au placement.

Les explications qui suivent concernent dès lors exclusivement les cas où un demandeur d'emploi s'adresse à une agence intérimaire en vue d'être engagé pour un poste précis.

### ❖ Questions sur la santé

En application de l'article 328b CO, l'état de santé du candidat à l'emploi ou du salarié fait partie des données qui méritent de rester confidentielles ; seule peut légitimement importer la capacité de l'intéressé d'exécuter son travail. Ainsi, l'employeur est habilité à exiger du salarié qu'il se soumette à un examen médical, afin de déterminer son aptitude à remplir l'emploi considéré. Toutefois, le médecin se prononcera uniquement sur l'aptitude à l'emploi ; il ne communiquera pas à l'employeur le motif d'une éventuelle inaptitude.

Cela étant, lorsque, en raison d'une maladie ou d'un accident, l'état de santé du candidat à l'emploi est tel que, dans un délai relativement bref, l'exécution du travail se révèle excessivement difficile, l'intéressé doit s'en ouvrir spontanément à l'employeur. En effet, selon les règles de la bonne foi, il doit être considéré que ce dernier n'est pas désireux d'engager une personne d'emblée incapable de travailler.

Au vu de ce qui précède, ainsi qu'en application des principes de proportionnalité, du respect de l'indication du but de la question et du caractère purement subjectif et non contraignant de la réponse du candidat à l'emploi, un questionnaire qui prévoit simplement un point intitulé « santé » n'est pas satisfaisant. Il serait souhaitable d'aborder cette question de la manière suivante : « à votre avis, votre état de santé vous permet-il d'accomplir pleinement les missions qui vous seront confiées ? »

#### ❖ Questions sur la grossesse

Le Préposé fédéral à la protection des données explique que « l'employeur ne doit collecter, dans le cadre d'une procédure de candidature ou de promotion aucune donnée qui se réfère à l'état civil, à la situation familiale ou à une éventuelle grossesse s'il ne possède pas de motifs objectivement justifiés. Il est licite de s'enquérir de la situation familiale ou des projets familiaux (par ex. projets de mariage, d'enfants, une grossesse en cours ou prochainement envisagée, etc.) uniquement lorsque cette information est objectivement nécessaire lors de l'engagement (par ex. lorsqu'il existe sur le lieu du travail un danger pour la santé de la femme enceinte ou pour l'enfant à naître, ou encore lorsqu'une femme enceinte ne serait pas à même d'accomplir la tâche requise, par exemple comme danseuse ou mannequin). La doctrine ajoute à cet égard que dans de telles hypothèses, la travailleuse doit, le plus souvent, annoncer spontanément son état, parce qu'il entrave d'emblée l'exécution du contrat.

Au vu de ce qui précède, les questions relatives à la grossesse peuvent apparaître sur les questionnaires de candidatures à la condition que la question apparaisse de la manière suivante : « pour le cas où le fait d'être enceinte ne permettrait pas d'accomplir pleinement les missions qui vous seront confiées, veuillez préciser si vous êtes enceinte ».

#### ❖ Questions sur les antécédents judiciaires / condamnations

Le Préposé fédéral à la protection des données considère qu'interroger systématiquement les candidats sur leurs antécédents judiciaires irait beaucoup trop loin. Toutefois, la doctrine relève que les employeurs souhaitent engager des personnes en lesquelles ils peuvent avoir une entière confiance. Les travailleurs quant à eux peuvent avoir un grand intérêt à ce que leurs employeurs ou futurs employeurs n'aient pas connaissance de leur passé pénal. Encore une fois, on est en présence d'intérêts contradictoires. Ainsi, les possibilités de disposer de telles informations dépendront des circonstances et de l'état des condamnations, si elles sont radiées ou si elles figurent toujours au casier judiciaire. Quoi qu'il en soit, dans tous les cas, l'extrait de casier judiciaire ne peut être requis qu'au cas où les informations contenues sont absolument nécessaires à la conclusion et à l'accomplissement du rapport de travail.

##### 1. Condamnations radiées du casier judiciaire

Le travailleur peut légitimement revendiquer un droit à l'oubli de toutes les condamnations qui ne figurent plus au casier judiciaire car lorsque l'infraction est ancienne, le bon comportement atteste que l'intéressé a tiré la leçon de sa condamnation. L'employeur ne peut dès lors l'interroger à ce propos.

##### 2. Condamnations figurant au casier judiciaire

Seules les infractions recensées au casier judiciaire qui se trouvent en relation avec l'aptitude à remplir l'emploi peuvent être requises par les employeurs. Cela étant, de nombreux auteurs considèrent que comme la connaissance du passé judiciaire récent représente souvent une condition de la confiance indispensable à la conclusion du contrat, il serait excessif d'empêcher l'employeur de solliciter la production d'un extrait du casier judiciaire. Le candidat n'a pas d'autre choix que d'assumer ce passé. Les questions formulées de la manière suivante : « avez-vous des antécédents judiciaires ? », « avez-vous déjà été condamné ? », « avez-vous déjà fait l'objet d'une condamnation ? », « si oui, êtes-vous disposé à fournir un extrait de casier ? » sont acceptables, si elles sont nécessaires à la conclusion et à l'accomplissement des rapports de travail et dans la me-

sure où le bailleur de services répond uniquement du bon choix du travailleur mis à disposition, que ces questions respectent les principes de proportionnalité et du respect de l'indication du but de la question.

❖ Questions sur les poursuites

Toute personne peut se renseigner auprès de l'Office des poursuites, sur les poursuites en cours contre une autre personne, à condition de démontrer un intérêt légitime soit un intérêt spécial et actuel (art. 8 LP<sup>7</sup>). Or, un tel intérêt est démontré lorsque l'intéressé demande des informations sur une personne avec laquelle il se trouve en pourparlers ou en relation contractuelle.

Cela étant, la recherche d'informations par l'employeur n'est licite que si elle porte sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi. Tel sera le cas lorsque l'intéressé est au contact d'espèces ou de valeurs qu'il pourrait être tenté de s'approprier pour redresser sa situation. En revanche, dans de nombreux cas, la présence de poursuites n'affecte point l'aptitude du salarié à remplir son emploi. Ainsi, quand bien même, la législation sur les poursuites permet aux employeurs d'obtenir les informations souhaitées, et que partant, on ne peut pas empêcher strictement les employeurs de se renseigner auprès des Offices de poursuites, les questionnaires d'embauche doivent, quant à eux, respecter l'article 328b CO et partant ne devraient aborder ce point que si la question a un intérêt au vu de la fonction à exercer.

Nous vous remercions de votre précieuse collaboration et vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre considération distinguée.

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO



Peter Gasser, Avocat

Chef Libre circulation des personnes et Relations du travail

- directive disponible en allemand
- est diffusée sur le TCNet et sur [www.espace-emploi.ch](http://www.espace-emploi.ch)

---

<sup>7</sup> Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281 1 LP