

# Wilhelm Gilliéron

## AVOCATS



Auteur: Sandra Gerber | Le : 24 novembre 2019

## Protection des données de l'employé - la phase de recrutement

Avec l'entrée en vigueur du Règlement Européen général sur la protection des données (RGPD) du 27 avril 2016 et le projet de modification de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992, la protection des données est un sujet d'actualité. En matière de droit du travail, l'employeur est amené à traiter de nombreuses données concernant ses employés et ce dans toutes les phases de la relation de travail. L'employeur se doit donc d'être attentif à la protection des données et aux futures modifications et se doit de former le personnel qui traite des données des autres employés.

Le siège de la matière en droit du travail est l'article 328b du Code des Obligations (CO) qui renvoie expressément à la LPD.

Selon cet article, « *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* ».

La révision de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD) est actuellement en cours. Le projet vise à renforcer les dispositions légales sur la protection des données en tenant compte des nouvelles technologies et réformes du conseil de l'Europe et UE. L'entrée en vigueur est prévue en principe en 2021.

L'article 328b CO sera cependant maintenu et ne sera en principe pas modifié.

Le principe général posé par l'article 328b CO est 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.

Ce principe s'applique aussi bien dans les rapports précontractuels, soit avant la conclusion du contrat de travail, que durant les rapports de travail, mais également à la fin des rapports de travail.

S'agissant de la période précédant la conclusion du contrat, les auteurs suisses sont en effet d'avis que l'article 328b CO, et donc la protection que cet article confère, s'applique et ce même si un contrat de travail n'est pas encore conclu.

### ■ Curriculum vitae

Ni l'article 328b CO ni la LPD n'obligent à requérir des candidats qu'ils adressent un curriculum vitae ou CV anonyme dans un but de protection des données.

Un tel CV anonyme est cependant parfois utilisé par les candidats. Cela consiste à supprimer du dossier de candidature le nom, le

prénom, l'adresse, la nationalité, l'âge, le genre, la situation familiale et la photographie du candidat.

Il est possible que cette pratique du CV anonyme soit amenée à se répandre, mais il s'agit pour l'instant d'une pratique assez peu courante en Suisse.

#### ■ Dossier de candidature

Le dossier de candidature comporte des renseignements utiles sur les qualifications professionnelles du candidat (CV, copie de diplômes, certificat, attestation diverses, mentions de référence, etc.).

Le dossier de candidature ne peut être consulté que par les personnes autorisées, c'est-à-dire en principe le service du personnel ou le supérieur hiérarchique.

L'employeur qui reçoit des dossiers de candidature doit donc être conscient que n'importe quel collaborateur de l'entreprise ne doit pas avoir accès au dossier de candidature, par exemple lors de l'ouverture du courrier.

Si le candidat n'est finalement pas engagé, son dossier de candidature et les documents soumis doivent lui être restitués et les copies détruites.

Ce n'est que si le candidat y consent que le dossier et les documents peuvent être conservés. Ils ne peuvent cependant être conservés que pendant une période déterminée à l'avance. Une telle conservation peut par exemple être utile si l'employeur souhaite conserver le dossier pour un autre poste qui pourrait se libérer.

L'employeur n'a pas besoin de restituer au candidat les documents qui lui appartiennent : lettres de candidatures, questionnaire du personnel, tests graphologiques etc. Ces documents doivent cependant être détruits.

#### ■ Offre d'emploi et agence de recrutement

Il est fréquent que les employeurs qui recrutent du personnel aient recours aux services d'agences de placement.

Les agences publient alors des offres ou des demandes d'emploi sous leur propre nom et en indiquant leur adresse exacte. En Suisse, les agences de placement sont soumises à la Loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE).

Selon les auteurs suisses, les agences, ou tout autre tiers externe, sont tenus d'observer, au même titre que l'employeur, l'article 328b CO et bien évidemment la LPD.

Si l'employeur ne retourne pas le dossier de candidature, l'éditeur du journal ou l'entreprise qui a publié l'annonce doit communiquer au candidat l'identité de l'employeur afin qu'il puisse le cas échéant faire valoir son droit d'accès.

#### ■ Entretien d'embauche

L'entretien d'embauche et le droit de l'employé de refuser de répondre à certaines questions, voire de mentir, ont fait couler beaucoup d'encre.

Lors de l'entretien d'embauche, que l'entretien soit effectué par l'employeur ou par une agence de recrutement, seules des questions en relation avec l'aptitude à satisfaire aux exigences du poste peuvent être posées. Ainsi, les questions qui portent atteintes à la sphère privée et qui sont sans lien avec les rapports de travail sont illicites.

Ainsi, les questions concernant la formation, le parcours et les perspectives professionnelles sont autorisées. Les questions sur le revenu, un endettement, des maladies existantes, ou une grossesse en cours ne sont admises que si des raisons particulières l'exigent au vu du poste à pourvoir.

A titre d'exemple, si le poste à pourvoir est un poste de caissier, l'employeur est autorisé à demander au candidat s'il a été condamné pour abus de confiance. Il ne peut cependant pas demander systématiquement les antécédents judiciaires aux candidats.

Ainsi, le fait de demander un extrait des poursuites ou un extrait du casier judiciaire est autorisé si le poste est un emploi de confiance (par exemple banque, assurances, sociétés financières, fiduciaires, etc.)

Les questions en relation avec une grossesse sont discriminatoires sauf s'il existe un risque objectif pour la santé de la mère ou de l'enfant ou que la grossesse empêche l'exécution du travail (par exemple poste de mannequin ou danseuse ou écuyère de cirque etc.).

Le droit de mentir est reconnu à la candidate si l'employeur pose la question sans raison valable.

La candidate, qui ne mentionne pas sa grossesse, peut cependant être de mauvaise foi. Ce pourra être le cas si elle ne mentionne pas sa grossesse alors qu'elle est engagée pour une période déterminée afin de faire face à une situation particulière (par exemple remplacement d'un employé) et qu'elle sait d'emblée qu'elle ne pourra pas occuper le poste pour tout ou une partie de la durée prévue.

Les questions d'ordre politique, confessionnel, syndical, etc. sont en principe illicites sauf pour les entreprises dont le but n'est pas essentiellement lucratif, mais qui exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel.

#### ■ **Prise de référence**

L'employeur ne peut prendre des renseignements auprès des précédents employeurs du candidat qu'avec le consentement du candidat.

Le consentement du candidat peut être express, mais peut également ressortir du dossier de candidature si le nom et les coordonnées de personnes de référence y figurent.

#### ■ **Test de recrutement**

Les tests de recrutement sont autorisés s'ils sont effectués avec le consentement du candidat et s'ils fournissent des résultats objectifs, fiables et valables.

Le candidat doit en outre comprendre ce que la méthode de sélection vise à établir et le lien avec la formation ou l'activité considérée. Le candidat doit avoir accès au résultat du test.

Si un test graphologique est effectué, cela doit être mentionné dans l'offre d'emploi afin que le candidat puisse s'y opposer. La lettre manuscrite de candidature ne doit donc pas être utilisée pour le test.

Les analyses graphologiques, les tests d'aptitude psychologiques, les appréciations faites par des centres d'évaluation (*assessment center*), les tests de personnalité ou les questionnaires biologiques ne sont autorisés que s'ils servent le but poursuivi et sont conduits et analysés par des professionnels.

Bien évidemment, aucune question ne doit porter sur la sphère intime, les convictions personnelles ou la santé du candidat par exemple.

#### ■ **Contrôle de sécurité (background check)**

Les contrôles de sécurité sont autorisés dans certains domaines, notamment si le candidat aura accès à des données sensibles. Ils sont donc autorisés si le poste est un emploi de confiance.

Le candidat doit être informé avant le début du contrôle afin de pouvoir s'y opposer.

Il doit également être informé de l'objectif de la collecte, de la durée de conservation et de la personne qui va effectuer cette tâche ce d'autant plus si c'est une personne externe qui est mandatée.

L'employeur doit cependant motiver pour chaque employé les raisons qui imposent le contrôle.

Les vérifications secrètes sont interdites.

\*\*\*\*

Comme mentionné ci-dessus et sans vouloir être alarmiste, le but de la présente contribution est d'attirer l'attention de l'employeur sur le fait qu'il doit être attentif à la protection des données et se doit de former le personnel qui traite des données des autres employés et ce même pendant la phase de recrutement [1].

Les autres phases de la relation de travail seront traitées dans un prochain article.

[1] Pour plus de détails, l'auteur soussignée renvoie notamment au Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail, Traitement par des personnes privées, PFPDT, octobre 2014, du Préposé fédéral à la protection et à la transparence ainsi qu'aux ouvrages suivants : Philippe Carruzzo, Le contrat de travail individuel, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, 2009, ad. 328b CO ; Karine Lempen, Questions spécifiques/Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement, in La protection des données dans les relations de travail, 2017, CERT ; Rémy Wyler, Boris Heinzer, Droit du travail, 4ème édition, 2019.

---

**Source :**

**<https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-du-travail/protection-des-donnees-de-lemploye-la-phase-de-recrutement/>**