

Protection des données et respect de la sphère privée lors de la procédure de recrutement et après la fin des rapports de travail

Prof. Karine Lempen

Séminaire organisé par le Préposé cantonal à la protection des données et à la
transparence, en collaboration avec l'OCIRT
21 septembre 2017, Genève



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT
Département de droit civil

Aperçu des sujets traités

- Rappel des principes à respecter dans le cadre du processus de recrutement.
- Questions autorisées lors d'un entretien d'embauche.
- Rapport médical d'aptitude et questionnaire de santé.
- Analyses génétiques.
- Tests de personnalité et questionnaires standardisés, "Hiring by Algorithm".
- "Sourcing".
- Utilisation des réseaux sociaux pour sélectionner les personnes candidates.
- Antécédents judiciaires.
- Accès au dossier de candidature, destruction, conservation.
- Après les rapports de travail: destruction, transmission du dossier.

Droit privé

Article 328b CO

- **«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».

- **Respect des principes généraux (proportionnalité, etc.): ATF 130 II 425, c. 3.3.**
- **Norme relativement impérative (art. 362 CO).**



Secteur public cantonal et communal

Article 35 LIPAD

- Al. 1: «Les institutions publiques ne peuvent traiter des données personnelles que si, et dans la mesure où, l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire».
- Al. 2: «Des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être traités que
 - si une **loi définit clairement la tâche considérée** et
 - si le traitement en question est **absolument indispensable** à l'accomplissement de cette tâche **ou** s'il est **nécessaire** et
 - intervient avec le **consentement explicite, libre et éclairé** de la personne concernée».



Quelles questions peuvent être posées lors d'un entretien d'embauche? (I)

- L'art. 328b CO «**interdit** à l'employeur, avant d'engager un candidat, de lui poser des questions qui n'ont **pas trait au poste de travail ou à l'activité à exercer** et qui **portent atteinte à sa sphère privée**» (TF, 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2).
- Pas de solution schématique, *cf.*:
 - type d'entreprise (*Tendenzbetrieb*);
 - nature de l'emploi;
 - niveau hiérarchique du poste.

Quelles questions peuvent être posées lors d'un entretien d'embauche? (II)

- **Quid de la licéité des questions** sur:
 - la situation familiale (comparer art. 3 LEg et 36 LTr ou LAFam);
 - la grossesse (comparer: art. 3 LEg et art. 35 ss LTr);
 - la santé (Tribunal supérieur du canton de Zurich, LA110040-OU, 8 avril 2013, VIH);
 - un handicap (cf. art. 6 LTr, art. 12 OHand).
- **Droit au mensonge** ⇔ question illicite.
- **Devoir de renseigner et de révéler:** ATF 132 II 161, c. 4.2.
 - Non admis en cas de simple *risque* lié à des problèmes psychiques:
 - TAF, A-5326/2015, du 24 août 2016, c. 6.3.2 - 6.3.4.



Traitement de données relatives à la santé

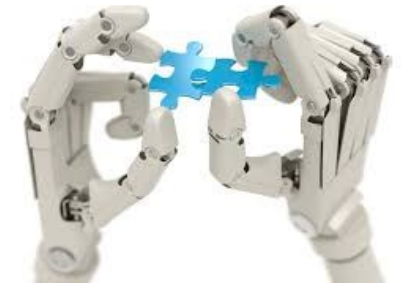
- **Rapport médical d'aptitude**
 - Prises de sang et d'urine:
 - Nécessité
 - Consentement
 - Secteur public: base légale formelle (art. 35, al. 2, LIPAD)
 - cf. recommandation du PPDT du 22 juin 2016 (agents de contrôle de stationnement)
- **Secret médical liant le ou la médecin-conseil**
 - TF, 6B_1199/2016 du 4 mai 2017 (violation du secret médical).
- **Questionnaires de santé destinés aux assurances**
 - Cour de justice du canton de Genève, arrêt CAPH/179/2014 du 20 novembre 2014 et arrêt CAPH/24/2012 du 2 février 2012 (atteinte à la personnalité).



Analyses génétiques

- Données génétiques = données sensibles (cf. art. 4, let. c., ch. 3, P-LPD).
- Interdiction de discriminer en raison du patrimoine génétique (art. 4 LAGH).
- Durant les rapports de travail et lors de l'engagement (section 4, LAGH).
 - Art. 21: Interdiction.
 - Art. 22: Exceptions autorisées pour les analyses génétiques présymptomatiques visant à prévenir les maladies professionnelles et les accidents.

Tests et questionnaires standardisés



- **Tests de personnalité – principes à respecter:**
 - nécessité pour déterminer l’aptitude à exercer l’emploi;
 - consentement de la personne testée;
 - fiabilité des résultats, objectivité;
 - respect de la sphère privée, interdiction de discriminer.
- **“Hiring by Algorithm”**
 - ⇔ respect des normes de droit du travail et de protection des données.

Devoir d'informer la personne concernée en cas de décision individuelle automatisée

Article 19 P-LPD du 15 septembre 2017

1 Le responsable du traitement informe la personne concernée de toute **décision** qui est **prise exclusivement sur la base d'un traitement de données personnelles automatisé, y compris le profilage**, et qui a des effets juridiques sur la personne concernée ou qui l'affecte de manière significative.

2 Si la personne concernée le demande, le responsable du traitement lui donne la **possibilité de faire valoir son point de vue**. La **personne concernée peut exiger que la décision soit revue par une personne physique**.

3 Les al. 1 et 2 **ne s'appliquent pas** dans les cas suivants:

a. la décision est **en relation directe avec la conclusion** ou l'exécution **d'un contrat** entre le responsable du traitement et la personne concernée et que la demande de cette dernière **est satisfaite, ou**

b. la **personne concernée a expressément consenti** à ce que la décision soit prise de manière automatisée.



Le « sourcing » lors du recrutement



- Identification des personnes susceptibles d'être recrutées AVANT la candidature
 - Applicabilité de l'article 328b CO?
 - Respect de la protection des données, notamment:
 - Article 4 LPD (Principes généraux)
 - Article 12 LPD (Atteintes à la personnalité)
 - Article 13 LPD (Motifs justificatifs)
 - « relation directe avec la conclusion d'un contrat »: art. 13 al. 2 let. a
 - Article 14 (Devoir d'informer)
 - Art. 14 al. 3: « Si les données ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, celle-ci doit être informée au plus tard lors de leur enregistrement ou, en l'absence d'un enregistrement, lors de la première communication à un tiers ».

Quid de l'utilisation des réseaux sociaux et de Google pour avoir des informations sur les personnes candidates?

- Principe: art. 328b CO (*lex specialis* par rapport à l'art. 12, al. 3, LPD)
- **Réseaux sociaux** – professionnels ou privés
- Recommandation CM/Rec(2015)5, du 1^{er} avril 2015
 - « les employeurs devraient s'abstenir d'exiger ou de demander à [...] un candidat à l'emploi d'avoir accès à des informations que celui-ci partage avec d'autres en ligne, notamment sur les réseaux sociaux » (ch. 5.3).
 - lorsque l'accès au compte « d'un candidat à l'emploi sur un réseau social est restreint, l'employeur n'a pas le droit de demander à y avoir accès », par exemple en priant la personne candidate « de lui communiquer ses identifiants de connexion » (exposé des motifs, ch. 46).
- **Moteurs de recherche:** « googlelisation » contraire à l'art. 328b CO.
 - Non-respect des principes généraux, en particulier:
 - Proportionnalité, finalité (art. 4 LPD)
 - Exactitude des données (art. 5 LPD)



Enquêtes sur les personnes candidates via des centres d'évaluation

- **Traitement des données par un tiers:** art. 10a LPD:

¹ Le traitement de données personnelles peut être confié à un tiers pour autant qu'une convention ou la loi le prévoient et que les conditions suivantes soient remplies:

- a. seuls les traitements que le mandant serait en droit d'effectuer lui-même sont effectués;
- b. aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret ne l'interdit.

² Le mandant doit en particulier s'assurer que le tiers garantit la sécurité des données.

- TAF, A-8028/2008 du 14 janvier 2009.

Traitement des données relatives aux antécédents judiciaires

- ATF 132 II 161 (procédure pénale pendante au moment de l'engagement).
- TF, 4C.431/2005 du 31 janvier 2006 (condamnation pénale sans effet sur l'aptitude).
- Cour de justice du canton de Genève, arrêt ATA/636/2016 du 26 juillet 2016 (refus d'embauche d'un candidat à l'école de police en raison de ses antécédents judiciaires).

Accès au dossier de candidature, conservation, destruction

- Droit d'accès: art. 8 ss LPD et art. 44 ss LIPAD.
- Restitution à la personne candidate des documents qui lui sont propres.
- Destruction des autres documents.
- Conservation ⇔ accord de la personne candidate.
 - Voir Rec CM (2015)5, chiffre 13.

Après les rapports de travail: quid du dossier personnel?

- Destruction.
- Transmission des données à un tiers.
- Certificat de travail – Art. 330a CO:
 - ¹ Le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite.
 - ² **A la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail.**