



## Prises de sang et d'urine, examens médicaux concernant les agents de contrôle de stationnement de la Fondation des parkings

### Recommandation du 22 juin 2016

#### I. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence constate :

1. Le 18 septembre 2015, le Préposé cantonal a adressé un courriel à M. Jean-Yves Goumaz, directeur général de la Fondation des parkings (ci-après la fondation), pour lui faire part de la question suivante, soulevée par un membre de la Commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques (CCPDTA) :

*"La Fondation des parkings recruterait des contractuels en leur faisant passer préalablement des prises de sang. Pouvez-vous nous donner de plus amples informations sur le contexte de tels examens : l'information donnée aux personnes concernées (avant et après), la base légale, la conservation de ces données (durée, lieu du stockage, destruction) et l'entité qui procéderait à ces examens à votre demande ?"*

2. Le courriel étant resté sans réponse, le Préposé cantonal a relancé la fondation le 1<sup>er</sup> octobre 2015 en la remerciant par avance pour sa réponse.
3. Le jour-même, M. Jean-Yves Goumaz a répondu comme suit :

*"Prises de sang à l'occasion d'un processus de recrutement*

**Information donnée aux personnes**

*L'information est donnée aux candidats par l'OCE. A ce stade, les candidats ont le choix de ne pas poursuivre le processus de recrutement. Il leur est expliqué que l'employeur veut s'assurer que les candidats ont un niveau de santé correspondant aux contraintes physique et psychique du poste à pourvoir. Ils n'ont pas besoin d'être à jeun, malgré la prise de sang et d'urine qui leur est faite chez notre Médecin conseil.*

**Conservation des données**

*C'est le laboratoire d'analyses médicales X. qui gère les relevés et les données. Ce dernier ne peut transmettre des informations détaillées qu'aux Médecins*

*...*

**Entité qui procède à l'examen à notre demande**

*Le Médecin conseil de la FdP :*

*Dr. ...."*

4. Le 2 octobre 2015, le Préposé cantonal a remercié le directeur général et lui a demandé de préciser la base légale autorisant la prise de sang/d'urine. Il précisait en particulier dans son courriel : *"Pour rappel, selon l'art. 35 al. 2 LIPAD, des données sensibles (santé en l'occurrence) ne peuvent être traitées 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"*.

5. Le 8 octobre 2015, Mme Sylvaine Quaglia, juriste à la fondation, a écrit aux Préposés pour donner suite à la demande dans ce sens que lui avait faite le directeur général. Elle précise qu'elle a obtenu une partie des réponses auprès du médecin conseil de la fondation M. C.:

### **"Examens médicaux**

*Tout comme pour l'armée (voir page 8 du fascicule "Recrutement" 2015 – édité par le DDPS), la décision d'aptitude médicale comprend des tests médicaux de plusieurs sortes (examen corporel, IMC, ECG, analyse de sang, etc.).*

*Le Docteur C. m'a certifié que les examens médicaux décidés par lui, comprenant une prise de sang et d'urine, servent deux buts :*

- 1. vérifier que les candidats sont "aptés" ou "pas aptés" à faire ce travail; seules informations que la Fondation des parkings reçoit de sa part.*
- 2. vérifier si les candidats ont des pathologies ou des maladies à un stade précoce qui décelées à temps peuvent se soigner plus rapidement. En effet, il a pu déjà informer 2 candidats qu'ils devaient consulter leur médecin traitant car il y avait une infection éventuelle à soigner.*

*Le Dr C. ne recherche en aucun cas un éventuel VIH, ou une maladie transmissible, ou une grossesse, ou un problème d'alcoolémie ou de drogue, etc.*

### **Informations données aux candidats**

*L'information est donnée en amont. Puis ensuite par le médecin conseil avant les analyses. Les candidats sont donc avertis clairement.*

### **Conservation de ces données**

*Le laboratoire d'analyses médicales UNILABS qui gère les relevés et les données ne transmet les informations détaillées qu'au médecin-conseil. Les données ne sont donc conservées que par le médecin-conseil uniquement. La Fondation ne reçoit strictement rien.*

### **Base légale**

*L'article 21 de la Loi sur la fondation des parkings (LFPark – RSGE H 1 13) traite du personnel et mentionne à son alinéa 2 :*

*"2 Le conseil de fondation établit le statut du personnel et fixe les traitements, après consultation dudit personnel".*

*C'est l'article 13 du Statut du personnel de la Fondation des parkings (version 2008 en cours) qui prévoit les éléments ci-après :*

*"1. Les membres du personnel doivent jouir d'un état de santé leur permettant de remplir la fonction qui leur a été dévolue.*

*2. Afin de s'assurer que les employés, et les candidats à un poste au sein de la Fondation, sont dans un état de santé garantissant la bonne exécution du travail, le Directeur général peut en tout temps exiger, à la charge de la Fondation, qu'un employé ou candidat se soumette à une expertise médicale pratiquée par un médecin-conseil désigné par la Fondation.*

*3. Le médecin ainsi désigné devra, sous le sceau du secret médical et de la protection de la personnalité du candidat, donner au Directeur général des préavis suffisamment clairs et concrets pour l'aider à prendre des décisions adéquates, dans l'intérêt aussi bien de l'individu concerné que de la Fondation. En cas de non-engagement, l'expertise médicale ne sera pas conservée par la Fondation.*

*4. Le médecin désigné aura, en particulier, pour tâche de :*

- a) donner un préavis médical et déterminer l'aptitude au travail envisagé ainsi que les éventuelles contre-indications médicales lors de l'engagement;*

- b) *procéder à des expertises médicales pour les collaborateurs présentant des absences courtes mais répétitives ou de longue durée;*
  - c) *proposer les mesures adéquates en vue de favoriser la protection de la santé et la sécurité au travail."*
6. Le 16 octobre 2015, le Préposé cantonal s'est encore adressé à la suite de ce message à Monsieur Alexandre Prina, directeur de la planification, au DETA en lui demandant de se pencher sur la réponse apportée par Mme Quaglia. Il l'a relancé le 12 novembre 2015, en lui proposant d'organiser une entrevue avec la fondation.
  7. Le même jour, le directeur de la planification a précisé que son service était en train de finaliser une analyse juridique concernant ce dossier.
  8. Le 3 décembre 2015, M. Prina a fait part au Préposé cantonal des éléments suivants :

*"La question soulevée est celle de la base légale pour le traitement des données sensibles récoltées par la Fondation des parkings lors du processus de recrutement :*

- *Données personnelles sensibles:*

*L'art. 35 al. 2 de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD – A 2 08) prévoit que "les données personnelles sensibles ou les profils de 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."*

*Les données relatives à la santé sont des données sensibles (art. 4 let. b ch. 2 LIPAD). Leur traitement doit donc être prévu dans une loi au sens formel.*

*Or, dans le cas du processus de recrutement des collaborateurs par la Fondation des parkings, le traitement de ces données sensibles repose sur le Statut du personnel par la Fondation des parkings (art. 13) :*

#### *Article 13 Etat de santé*

*"1. Les membres du personnel doivent jouir d'un état de santé leur permettant de remplir la fonction qui leur a été dévolue.*

*2. Afin de s'assurer que les employés, et les candidats à un poste au sein de la Fondation, sont dans un état de santé garantissant la bonne exécution du travail, le Directeur général peut en tout temps exiger, à la charge de la Fondation, qu'un employé ou candidat se soumette à une expertise médicale pratiquée par un médecin-conseil désigné par la Fondation.*

*3. Le médecin ainsi désigné devra, sous le sceau du secret médical et de la protection de la personnalité du candidat, donner au Directeur général des préavis suffisamment clairs et concrets pour l'aider à prendre des décisions adéquates, dans l'intérêt aussi bien de l'individu concerné que de la Fondation. En cas de non-engagement, l'expertise médicale ne sera pas conservée par la Fondation.*

*4. Le médecin désigné aura, en particulier, pour tâche de :*

- d) *donner un préavis médical et déterminer l'aptitude au travail envisagé ainsi que les éventuelles contre-indications médicales lors de l'engagement;*
- e) *procéder à des expertises médicales pour les collaborateurs présentant des absences courtes mais répétitives ou de longue durée;*

f) *proposer les mesures adéquates en vue de favoriser la protection de la santé et la sécurité au travail.*"

*Ce statut ne peut en aucun cas être considéré comme une base légale suffisante pour justifier le traitement des données en question. En effet, il s'agit d'un statut du personnel interne à la Fondation qui de surcroît n'est pas annexé à la LFPark (seuls les Statuts le sont) et n'a dès lors pas été approuvé par le Grand Conseil.*

- *Caractère indispensable ou nécessaire du traitement :*

*S'agissant du caractère indispensable ou nécessaire du traitement, et considérant les compléments d'information reçus du Dr C., via M. Goumaz, nous sommes en mesure de confirmer que le traitement n'est ni indispensable ni nécessaire puisque le Dr C. indique que : "Il est vrai qu'ils ne sont pas indispensables dans leur activité, si ce n'est éventuellement pour l'admission de la caisse de pension qui pourrait demander un bilan de santé." Les conditions de l'art. 35 al. 2 LIPAD ne sont pas remplies.*

*A titre d'exemple, pour les fonctionnaires de police, il existe une base légale suffisante, à savoir l'art. 26A, al. 1 LPol qui stipule ce qui suit en ce qui concerne leur nomination :*

*"Les fonctionnaires de police sont nommés par le Conseil d'Etat pour un an à titre d'épreuve, après avoir subi un examen médical jugé satisfaisant. La période d'épreuve peut être prolongée pour une année au maximum."*

*(et également en ce qui concerne leur Caisse de pension : cf. art. 43 et 49 du règlement général de la Caisse de prévoyance des fonctionnaires de police et de la prison; RCPFP – B 5 33.01).*

*Par ailleurs, il en va de même pour la nomination des agents de la police municipale (cf. art. 1 let. c RAPM).*

*Dans tous les cas, il nous semble que l'adoption d'une base légale ne suffirait pas en l'occurrence, vu l'absence de nécessité des examens médicaux comme le confirme le Dr C..*

*Au vu de ce qui précède, nous vous saurions gré de bien vouloir statuer sur la légitimité de cette procédure et nous indiquer de quelle manière vous souhaitez que nous finalisions ce dossier avec la Fondation des parkings."*

9. Le 13 décembre 2015, le Préposé cantonal a remercié M. Prina en soulignant qu'il partageait son point de vue et que l'art. 13 du statut du personnel devrait être abrogé.
10. Le 3 décembre 2015, le Préposé cantonal a reçu le directeur général de la Fondation pour évoquer un autre projet de celle-ci et a abordé une nouvelle fois la question de l'abandon de cette pratique. Oralement, le directeur général a précisé qu'il allait faire le nécessaire.
11. Pour la bonne forme, les Préposés ont encore écrit formellement à la fondation, le 25 janvier 2016, pour rappeler l'historique des échanges intervenus sur la question, confirmer que les conditions de l'art. 35 al. 2 LIPAD ne sont pas remplies et demander, en application de l'art. 56 al. 5 LIPAD, *"de remédier à ce traitement de données personnelles non conforme à la LIPAD et de nous informer des mesures que vous prendrez"*. Copie de cette lettre était transmise pour information au directeur du DETA et au Président de la Commission consultative.
12. Le 16 mars 2016, le Préposé cantonal a téléphoné au directeur général pour savoir ce qu'il était de ce dossier. M. Goumaz a précisé que son traitement était en cours.

13. Le 29 avril 2016, le directeur du service du stationnement, M. Gaëtan Mascali et le directeur général de la fondation ont répondu à la lettre des Préposés en relevant notamment que :

- Les demandes également formulées à M. PRINA ne rencontrent pas toutes leur approbation
- Ils sont conscients qu'une base légale formelle est nécessaire
- Ils contestent le fait qu'un examen médical ne se justifierait pas pour l'engagement des collaborateurs de la Fondation des parkings et, en particulier, pour les agents du service du stationnement ou pour les employés du Département Exploitation (personnel du Service Technique ou du service du Tri-Monnaie).
- Dès lors, ils ne souhaitent pas supprimer l'art. 13 du Statut du personnel.
- Il ressort de plusieurs points d'interrogation dans la lettre qu'ils ne comprennent pas ce que signifie la notion de *"traitement"* de données personnelles.
- Ils précisent en outre : *"Nos médecins conseils, les docteurs C. et M., ont confirmé que ces examens supplémentaires d'urine et de sang sont des examens dits préventifs en cas de suspicions de maladie. Ils ne sont pas pratiqués automatiquement, car ils ne sont pas nécessaires pour déterminer l'aptitude des candidats à remplir le travail demandé."*

*Au surplus, l'examen d'urine est souvent pratiqué en cabinet et non pas en laboratoire, ce qui sous-entend que, médicalement, il ne peut être une aide très efficace pour déterminer un quelconque abus de stupéfiant par exemple".*

- Ils ajoutent que le secret médical est parfaitement respecté, la fondation ne recevant que les informations *"aptitude"* *"non aptitude provisoire"* *"aptitude à certaines conditions"* *"non aptitude"*.
- *"La prise de sang et la prise d'urine n'étant pas indispensables pour confirmer l'aptitude à remplir le travail demandé"*, ils acceptent que *"le contrôle médical complet"* ne se pratique plus à l'embauche.
- Ils sont toutefois convaincus qu'il est indispensable d'effectuer un *"contrôle médical"* à l'engagement de certains de leurs collaborateurs, à savoir les futurs agents du contrôle du stationnement et les futurs employés Service technique du Département Exploitation. Ils notent, en ce qui concerne les employés du Service du Tri-Monnaie du Département exploitation, qui travaillent de nuit, que ces derniers sont soumis à un contrôle médical, prévu par l'art. 17c de la loi fédérale sur le travail.
- A l'appui de leur argumentation, ils invoquent l'art. 5 la RPAC<sup>1</sup> en application duquel *"un membre du personnel peut en tout temps être soumis à un examen médical pratiqué sous la responsabilité du service de santé du personnel de l'Etat"* et soulignent que *d'autres dispositions légales concernant des institutions publiques genevoises posent le même principe (art. 23 LHG<sup>2</sup>; art. 22 LIMAD<sup>3</sup>; art. 43 LIPH<sup>4</sup>)*.

---

<sup>1</sup> Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 24 février 1999 (RPAC ; RSGe B 5 05.01).

<sup>2</sup> Loi sur l'Hospice général, du 17 mars 2006 (LHG ; RSGe J 4 07).

<sup>3</sup> Loi sur l'Institution de maintien, d'aide et de soins à domicile, du 18 mars 2011 (LIMAD ; RSGe K 1 07).

<sup>4</sup> Loi sur l'intégration des personnes handicapées, du 16 mai 2003 (LIPH ; RSGe K 1 36).

- Ils ont par ailleurs consulté le médecin du travail de l'OCIRT qui a précisé, s'agissant du personnel de l'Etat de Genève, que l'examen médical se pratique en deux temps : en premier lieu par un questionnaire individuel, puis dans les cas de doute un examen médical, comprenant le cas échéant des examens plus poussés.
  - Ils voient dès lors mal pourquoi, si les autres institutions publiques mentionnées – dont certains employés travaillent dans un bureau ou derrière un guichet - ont le droit de le faire, la fondation ne pourrait procéder de la sorte, ce d'autant plus que les agents du Service du Stationnement marchent plus de six heures – représentant de 6 à 15 km - par jour par tous les temps, que les employés du Service technique "arpentent" les parkings tous les jours et les employés du Tri Monnaie portent des charges lourdes en relevant tous les horodateurs de la Ville de Genève la nuit.
  - En définitive, ils souhaitent que deux types d'examens médicaux soient possibles :
    - Une simple visite médicale pour la plupart des employés de bureau ou de guichet
    - Un "réel" contrôle médical – sans examen d'urine ou sanguin systématique – pour les employés du Service de Stationnement, du Service Technique et du Tri-Monnaie.
  - Le directeur et le directeur général prient, dès lors, les Préposés de revenir sur leur "décision" et de demander à la Direction des transports de légitimer l'ajout d'une base légale formelle à la loi sur la fondation des parkings – par exemple à l'art. 21 qui traite du personnel - conformément aux exigences posées par les articles 35 et 36 LIPAD.
14. Le 26 mai 2016, les Préposés ont adressé un courriel au directeur général et au directeur pour les informer qu'ils s'apprêtaient à rédiger une lettre plus formelle. Ils y expliquent les notions de traitement de donnée personnelle et de donnée personnelle sensible, relèvent qu'ils ont porté la lettre de la fondation à la Commission consultative (CCPDTA) le 18 mai 2016, précisent qu'ils sont d'avis qu'il convient de mettre fin à la pratique tant que la loi sur la fondation des parkings n'aura pas été modifiée, qu'ils ne sont pas convaincus que de tels examens médicaux soient nécessaires, lesquels peuvent se révéler adéquats dans des cas limités, soit uniquement en cas de doutes avérés par rapport à un-e agent-e en exercice, qu'ils souhaitent une détermination du département de tutelle – raison pour laquelle une copie du message leur est transmise - avant qu'ils écrivent à la fondation en vue de lui demander de renoncer à ce traitement de donnée personnelle tant qu'une base légale n'est pas entrée en vigueur.
15. Le 9 juin 2016, la Préposée adjointe a contacté Mme Karine Salibian Kolly, Secrétaire générale adjointe et responsable LIPAD du DETA, pour lui faire part de la rédaction en cours de la présente recommandation, laquelle allait impliquer la prise d'une décision formelle, sujette à recours, par la fondation. Mme Salibian Kolly a confirmé les éléments déjà exprimés par M. Prina dans son courriel du 3 décembre 2015 et précisé qu'une réunion était agendée le 5 juillet 2016 au sein du département pour évoquer ce dossier, et que, dès lors, l'envoi préalable de la recommandation du Préposé cantonal serait une bonne chose.

## **II. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence observe en droit :**

16. La loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001 (LIPAD; RSGE A 2 08) a fait l'objet d'une révision importante en 2008 par laquelle la protection des données personnelles a été ajoutée au champ d'application matériel de la loi en sus de son volet relatif à la transparence.
17. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, date de l'entrée en vigueur de cette modification législative, un autre objectif figure désormais dans le texte légal à son article 1, al. 2 lettre b : « *protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant* ».
18. La LIPAD est applicable au secteur public cantonal et communal ainsi qu'aux institutions publiques cantonales, communales et intercommunales (art. 3 LIPAD). La fondation est régie par la loi sur la Fondation des parkings, du 17 mai 2001 (LFPark ; RSGe H 1 13).
19. Les principes régissant le traitement des données personnelles sont régis aux art. 35 à 49 LIPAD.
20. 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 (art. 35 al. 1 LIPAD).
21. Les institutions publiques veillent, lors de tout traitement de données personnelles, à ce que ces dernières soient pertinentes et nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales, exactes, mises à jour et complétées, autant que les circonstances permettent de l'exiger (art. 36 al. 1 LIPAD).
22. Le principe de proportionnalité commande que seules peuvent être collectées les données personnelles aptes et nécessaires à atteindre un but déterminé. Par ailleurs, le traitement ne doit pas durer plus longtemps que nécessaire (art. 41 al. 1 let. a LIPAD).
23. Par « *traitement* » de données personnelles, voici la définition qu'en donne la LIPAD à son art. 4 let. e : « *e) traitement, toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données* ».
24. Une définition des données personnelles sensibles figure à l'art. 4 let. b LIPAD. En font partie les données relatives à *"la santé, la sphère intime"* d'une personne (art. 4 let. b § 2).
25. Dans sa thèse, Flückiger donne les exemples suivants : *"- les données relatives à la santé recouvrent toutes informations médicales de la personne concernée, telles que les propos échangés dans le cadre d'une psychothérapie, les données médicales d'une employée ou les résultats d'une analyse de sang; - la sphère intime comprend les données qui ont une grande connotation affective et que la personne concernée entend ne porter à la connaissance que de ses proches. Cette notion va au-delà des données relatives à la vie sexuelle, mais par contre, elle ne va pas jusqu'à inclure la situation financière"*<sup>5</sup>.
26. Ce même auteur précise encore, s'agissant des mentions "apte" ou "inapte" : *"La connaissance d'une donnée aussi restreinte peut tout de même modifier de façon durable l'image de cette personne auprès des tiers, voire affecter sa réputation ou son*

---

<sup>5</sup> Christian Flückiger, Dopage, santé des sportifs professionnels et protection des données médicales, Centre d'études des relations du travail (CERT), Editions Schulthess, Bâle, 2008, page, 59, §193.

*crédit, contrairement à une déclaration d'aptitude. C'est pourquoi une déclaration d'inaptitude doit être considérée comme une donnée sensible. Quant à la déclaration d'aptitude, elle doit, par la force des choses, être considérée de la même manière. Si la personne concernée se soumet à un examen d'aptitude, il n'est possible de respecter le caractère sensible de la constatation d'une inaptitude que si le résultat du test, quel qu'il soit, reste confidentiel. Sinon, nous serions devant une situation aberrante où le résultat pourrait être communiqué si la personne est apte, alors qu'il ne pourrait pas l'être si elle est inapte. Or, l'information de l'inaptitude sera ainsi de toute évidence dévoilée*<sup>6</sup>.

27. Le fait de recueillir des données relatives à la santé de candidats à un poste d'agent de stationnement ou de membres du personnel en fonction constitue dès lors un « traitement » de données personnelles dites "sensibles" au sens de la LIPAD.
28. Dans un tel contexte, la loi prescrit à l'article 35, al. 2 LIPAD que de telles données : « ne peuvent être traitées 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 ».
29. Dès lors, s'agissant des examens médicaux, impliquant ou non des prises de sang et/ou d'urine, des membres du personnel ou des agents en cours de recrutement, il importe d'examiner :
- 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.
30. Dans son exposé des motifs à l'appui du projet de loi déposé par le Conseil d'Etat en date du 7 juin 2006, il est précisé à ce sujet : "Ainsi, l'exigence d'une base légale formelle définissant clairement l'activité étatique est au cœur même du projet, lequel s'efforce par ailleurs toujours sous l'angle du principe de légalité, de définir aussi précisément que possible les droits et obligations tant des personnes dont les données sont traitées que des institutions concernées"<sup>7</sup>.

Quant à la notion de base légale, l'exposé des motifs relève en outre que la disposition : « ... marque une gradation entre le caractère nécessaire d'un traitement (alinéa 1) et son caractère absolument indispensable (alinéa 2). .... Le but n'est pas d'imposer la définition légale, parmi toutes les tâches possibles, de celles rendant nécessaires a priori un traitement de données personnelles, mais bien de faire en sorte que les tâches elles-mêmes soient précisément définies dans une base légale formelle. Ce n'est en particulier pas parce que la loi instituerait un pouvoir de surveillance sur une entité déterminée, ce qui en soi répond à un intérêt public légitime, qu'un traitement donné serait pour autant autorisé. En revanche, et si la tâche est clairement définie par la loi, alors il appartient à chaque institution publique de déterminer si et dans quelle mesure ces tâches rendent nécessaire un traitement déterminé de données personnelles. ... L'article 5, alinéa 2 renforce ces exigences lorsque des données personnelles sensibles ou des profils de personnalité sont en jeu, puisque le traitement doit alors être absolument indispensable à l'accomplissement d'une tâche par ailleurs clairement définie par la loi, c'est-à-dire de manière explicite et non implicite. Le consentement de la personne concernée constitue en outre une alternative non à la définition claire dans la loi de la tâche considérée, mais bien à la seconde condition cumulative, à savoir le caractère absolument indispensable du trai-

<sup>6</sup> Op. cit., page 60, §§ 195 et 196.

<sup>7</sup> Projet de loi sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12) PL 9870, page 34.



tement. La notion d'« explicite » s'oppose à « implicite » ou encore « tacite », et ne signifie pas encore que ce consentement est nécessairement libre et éclairé. Toutefois, il convient de préciser que l'exigence de bonne foi de l'administration et des institutions publiques, combinée au respect du principe de légalité, et par ailleurs au principe de transparence, va de soi et qu'un consentement n'a de valeur que pour autant qu'il ait été précédé d'une information adéquate, et qu'il soit exempt de toute pression. Ainsi, les alinéas 1 et 2 sont clairement l'expression du principe général de proportionnalité ... »<sup>8</sup>.

31. Avant que n'entrent en vigueur la LIPAD et l'art. 13 al. 2 de la Constitution fédérale, la protection de la sphère privée et les données personnelles étaient déjà protégées en Suisse par la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH). Les garanties contenues dans ce texte sont directement applicables pour les institutions et les autorités judiciaires. Concrètement, cela signifie que les représentants de l'Etat, des communes, les fondations de droit public et les établissements publics autonomes – fonctionnaires, employés, enseignants, policiers, juges, etc. sont tenus de la respecter.
32. La Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence intéressant la protection des données personnelles en lien avec l'application de l'art. 8 al. 1 CEDH qui pose le principe du droit au respect de la vie privée et familiale et l'al. 2 qui prévoit les conditions dans lesquelles des restrictions peuvent être admises: l'existence d'une base légale et un but nécessaire dans une société démocratique.

**Art. 8 Droit au respect de la vie privée et familiale**

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

33. La Cour analyse toujours très attentivement le contenu du droit interne et son évolution. Quant à la notion de base légale, selon la jurisprudence de la Cour, les mots figurant à l'article 8 « prévue par la loi » impliquent que la mesure contestée trouve son fondement dans le droit interne, que celui-ci soit conforme à la convention, que la loi soit accessible et prévisible en ce sens que la personne concernée puisse en prévoir les conséquences pour elle pour adapter sa conduite en conséquence. Quant à l'ingérence dans la vie privée, elle doit découler d'un besoin social impérieux et être proportionnée au but légitime qui est poursuivi<sup>9</sup>.
34. Dans son « Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail Traitement par des personnes privées » d'octobre 2014, le Préposé fédéral donne quelques précisions sur ce qu'il convient d'entendre par examen médical d'aptitude :

**« 3.1.5 Rapport médical d'aptitude**

L'employeur n'a pas le droit de se renseigner lui-même sur la santé du candidat. Par contre, il peut exiger la production d'un rapport médical sur l'aptitude du candidat à exercer l'emploi en question.

Si le candidat est soumis à un examen médical, le médecin est lié par le secret médical. Il doit donc ne communiquer à l'employeur que celles de ses conclusions qui

<sup>8</sup> Op. cit., pages 48 et 49.

<sup>9</sup> Leander c. Suède, 26 mars 1987, § 58, série A no 116, et Messina c. Italie (no 2), no 25498/94, § 65, CEDH 2000-X.

*concernent l'aptitude du candidat à occuper le poste considéré; il ne doit communiquer aucun diagnostic. Cette règle vaut également lorsque l'examen médical est effectué par le médecin de l'entreprise".*

35. En vertu de l'art. 56 al. 5 LIPAD : *"S'il [le Préposé cantonal] constate la violation de prescriptions sur la protection des données, il recommande au responsable compétent d'y remédier à bref délai. Si la recommandation est rejetée ou n'est pas suivie, il peut porter l'affaire, pour prise de position, auprès des instances mentionnées à l'article 50, alinéa 2, puis recourir contre la prise de position de ladite instance, laquelle est assimilée à une décision au sens de l'article 4 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985".* A ce sujet, le PL 9870-A, page 43 relevait : *« Cette disposition rappelle que le préposé cantonal a qualité pour recourir en matière de protection des données. En vertu des dispositions de la LPA, ce droit de recours confère au préposé cantonal la qualité de partie à la procédure non contentieuse. En revanche, en matière de transparence, le préposé joue un simple rôle de médiateur, et il ne peut donc pas recourir contre la décision de l'institution requise ».*

### **III. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence considère :**

36. Le Préposé cantonal relève que la fondation est bien soumise au champ d'application de la LIPAD et aux principes fondamentaux de protection des données personnelles contenus dans la loi, dès qu'il s'agit d'une fondation cantonale de droit public (art. 1 al. 1 LFPark).
37. Le traitement des données personnelles de santé par le médecin conseil de la fondation est parfaitement en accord avec les règles déontologiques relatives au respect du secret médical en tant que les informations transmises à la fondation ne concernent que l'aptitude, l'inaptitude ou l'aptitude sous conditions d'agents dont le recrutement est en cours ou de membres du personnel de l'institution.
38. Cela dit, le fait, pour une institution publique soumise à la LIPAD, de faire procéder à de tels examens médicaux de nature variable – tests sanguins et d'urine, questionnaires de santé, voire examens médicaux plus approfondis – relève bien de la collecte et du traitement de données personnelles sensibles au sens de l'art. 35 al. 2 de la loi qui requiert une base légale expresse.
39. Or, la faculté de procéder à de tels examens est uniquement prévue par les Statuts du personnel de la fondation dont l'art. 13 al. 2 stipule que le directeur : *"peut en tout temps exiger, à la charge de la Fondation, qu'un employé ou candidat se soumette à une expertise médicale pratiquée par un médecin-conseil désigné par la Fondation".*
40. Force est de constater que des statuts ne revêtent pas la forme juridique requise, à savoir celle d'une loi qui *"définit clairement la tâche considérée".*
41. Outre l'exigence d'une base légale expresse, la loi commande par ailleurs que le traitement en question soit absolument indispensable à l'accomplissement de cette tâche ou, s'il n'est pas absolument indispensable, qu'il soit nécessaire et intervienne avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée.
42. Le Préposé cantonal considère que la démonstration de l'indispensabilité de tels examens qui devrait concerner l'ensemble du personnel administratif et technique n'a pas été faite, ce d'autant plus que le médecin conseil de la fondation reconnaît lui-même qu'ils ne le sont pas.
43. Le Préposé cantonal est toutefois conscient qu'il existe une pratique - variable mais néanmoins relativement fréquente - dans ce domaine qui pourrait donner à penser que ces examens semblent être considérés comme nécessaires par les directions des institutions.

44. Il n'en reste pas moins qu'alors le consentement des employés et candidats concernées doit être recueilli après que ceux-ci aient été informés de façon circonstanciée sur les objectifs poursuivis. Sur ce point, aucun élément reçus à ce jour ne permet de conclure que cette exigence de la loi est bien respectée.

### **RECOMMANDATION**

45. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande à la Fondation des parkings de renoncer à effectuer les examens médicaux préalables à l'embauche ou en cours d'emploi tant et aussi longtemps qu'une base légale expresse n'aura pas été adoptée.

46. Si la recommandation du Préposé cantonal n'est pas suivie, il portera l'affaire auprès de l'instance directrice supérieure de la fondation des parkings pour prise de position (art. 50 al. 2 let. g LIPAD).

47. La recommandation est notifiée par pli recommandé à Fondation des parkings, Monsieur Jean-Yves Goumaz, Directeur général, Carrefour de l'Etoile 1, Case postale 1775, 1211 Genève 26.

Pascale Byrne-Sutton  
Préposée adjointe

Stéphane Werly  
Préposé cantonal

Copie pour information à : M. Alexandre Prina, directeur, et Mme Karine Salibian Kolly, DETA

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique de bien vouloir le tenir informé de la suite donnée à la présente recommandation en lui faisant parvenir une copie de sa décision.