

Tribunal fédéral – 8C\_387/2022

IV<sup>e</sup> Cour de droit public

Arrêt du 21 août 2023 (f)

### Résumé et analyse

Proposition de citation :

David Raedler, Les informations récoltées lors de l'entretien d'embauche : entre discrétion et indiscretion ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_387/2022, Newsletter DroitDuTravail.ch janvier 2024

Newsletter Janvier 2024

LPers, protection de la personnalité,  
licenciement abusif

Art. 10, 34b, 34c LPers ;  
328, 328b, 336 CO

**unine**  
Université de Neuchâtel  
Centre d'étude  
des relations de travail



## Les informations récoltées lors de l'entretien d'embauche : entre discrétion et indiscretion

David Raedler, docteur en droit, avocat

### I. Objet de l'arrêt

Droit du travail ; protection des données personnelles ; protection de la personnalité ; résiliation de rapports de travail de droit public ; licenciement abusif

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Suite à un premier entretien d'embauche auquel elle s'est rendue auprès des Chemins de fer fédéraux suisses (CFF), A a été convoquée à un examen d'aptitude médicale auprès d'une entité tierce, B AG. Il lui était dans ce cadre demandé d'amener avec elle le questionnaire médical « *Examen d'aptitude médicale pour l'admission aux activités déterminantes pour la sécurité dans le domaine ferroviaire* » dûment rempli, ainsi que copie de son éventuel dossier médical. Parmi les questions qui figuraient dans le questionnaire, l'une était intitulée comme suit : « *Souffrez-vous actuellement de troubles de la santé ?* ». Un document d'instruction joint au questionnaire médical précisait que « *Par troubles de la santé, on entend des maladies ou des restrictions qui surviennent de façon répétée et nécessitent un contrôle périodique par un spécialiste médical et/ou une prise de médicaments. Merci de mentionner également d'éventuels troubles de la santé même si vous ne subissez pas de douleurs au quotidien et que vous vous sentez apte à travailler* ». A a répondu par la négative à la question ainsi posée. Le médecin en charge de l'examen médical a pour sa part rempli un formulaire par lequel il déclarait A apte pour le degré d'exigence requis pour le poste en question ; un formulaire ensuite signé par A pour attester de la véracité des informations transmises.

Notamment sur cette base, A a été engagée au poste d'assistante clientèle CFF, d'abord par un contrat de durée déterminée commencé le 1<sup>er</sup> mars 2020, puis par un contrat de durée indéterminée. Ce dernier avait été envoyé à A par les CFF le 20 janvier 2021, pour une entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2021. La conclusion de ce contrat de durée indéterminée, faisait par ailleurs suite à la réussite, par A, de l'examen final d'assistante clientèle CFF.

En parallèle toutefois, et dès le début des rapports de travail, les CFF ont constaté que A boîtaït. Interpellée sur ce point lors d'un entretien informel, A a dans un premier temps indiqué – faussement – que cela était dû à un accident survenu après l'entretien d'embauche, avant de confirmer qu'il s'agissait d'un accident bien antérieur. Les CFF ont alors confié un mandat de clarification à B AG. A la demande de l'un des médecins de cette entité, le médecin traitante de A a confirmé que sa patiente souffrait d'une dystrophie myotonique de Steinert diagnostiquée en 2016 et qu'elle avait également subi une fracture de la cheville droite traitée de manière conservatrice en 2013. En précisant toutefois que, hormis une légère boiterie à la marche, il n'y avait aucune répercussion sur son activité professionnelle. Sur la base de ces informations, le médecin de B AG a lui-même confirmé en date du 28 janvier 2021 l'aptitude de A et une capacité de travail actuelle de 100 %. Il a ajouté qu'elle ne nécessitait aucun traitement, mais qu'un risque de morbidité et d'invalidité probablement élevé existait tout de même. Sur question des CFF, il a aussi confirmé par courriel que le questionnaire d'embauche n'avait pas été rempli de manière correcte.

Suite au rapport du médecin de B AG, A a été entendue par ses supérieurs hiérarchiques lors d'un entretien du 30 janvier 2021. Par lettre du 12 février suivant, les CFF l'ont informée qu'ils envisageaient de résilier les rapports de service de manière ordinaire, au motif de manquements dans son comportement. Après une prise de position écrite par A, les CFF ont résilié son contrat avec effet au 31 mai 2021.

Suite à cette décision, A a formé recours par-devant le Tribunal administratif fédéral, qui l'a rejeté. Elle a ensuite porté l'affaire par-devant le Tribunal fédéral.

## B. Le droit

Par-devant le Tribunal fédéral, le litige consistait à savoir si le licenciement de A reposait sur des motifs objectifs suffisants et s'il devait être qualifié d'abusif. L'intérêt de l'arrêt se trouve toutefois dans les points à examiner pour répondre à ces questions, soit ceux de savoir si A (i) aurait dû informer les CFF de ses problèmes de santé et (ii) si ceux-ci légitimaient le licenciement prononcé.

D'emblée, il est précisé que les CFF sont constitués sous forme de société anonyme de droit public conformément à l'art. 2 al. 1 de la Loi sur les Chemins de fer fédéraux (« **LCFF** » ; RS 742.31), de sorte que **les rapports de travail avec A sont régis principalement par les dispositions relatives aux rapports de service du personnel fédéral** (art. 15 al. 1 LCFF). Celles-ci englobent les dispositions de la Loi sur le personnel de la Confédération (« **LPers** » ; RS 172.220.1 ; cf. art. 2 al. 1 let. d LPers) et celles de la Convention collective de travail 2019 entre les CFF et diverses associations du personnel (« **CCT CFF 2019** »). Le Code des obligations (« **CO** » ; RS 220) est lui-même applicable à titre subsidiaire (art. 6 al. 2 et 3 LPers et art. 1 al. 3 CCT CFF 2019)<sup>1</sup>. En application de ces différentes règles, et spécifiquement pour ce qui est de la résiliation conforme à la LPers, les art. 10 al. 3 LPers et 173 al. 1 CCT CFF 2019 exigent que l'employeur dispose d'un motif objectivement suffisant pour résilier un contrat de durée indéterminée. A défaut, l'employé peut prétendre au paiement d'une indemnité (art. 34b LPers), l'annulation du licenciement (et donc la réintégration de l'employé) n'étant possible que dans certains cas spécifiques, notamment si la résiliation du contrat est qualifiée d'abusive au sens de l'art. 336 CO (art. 34c LPers).

---

<sup>1</sup> C. 1 de l'arrêt commenté.

Dans le cas d'espèce, la question de l'existence de motifs objectivement suffisants au sens de la LPers, ainsi que cas échéant du caractère abusif du licenciement, devait être appréhendée au regard des informations relatives à la santé de A. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) avait donné raison aux CFF, considérant que les « *déclarations mensongères* » tenues par A sur des « *éléments essentiels du contrat* » contrevenaient à son devoir de loyauté précontractuel et « *détruisaient définitivement* » tout rapport de confiance. Le fait que la situation médicale de A n'affectait pas sa capacité de travail n'était, pour le TAF, pas pertinent<sup>2</sup>. Un raisonnement qui a partiellement été remis en cause par le Tribunal fédéral.

Celui-ci rappelle d'abord que **l'entretien d'embauche qui précède l'engagement** permet aux parties d'obtenir les informations nécessaires à la future relation de travail. Il revient notamment au candidat de répondre aux questions posées par l'employeur (obligation de renseigner) et de lui fournir spontanément certaines informations (obligation de révéler)<sup>3</sup>. Des obligations qui ne sont toutefois pas illimitées. Ainsi, pour ce qui est de **l'obligation de renseigner**, la personne postulant est tenue de répondre conformément à la vérité aux questions si les informations demandées présentent un « *intérêt objectif direct pour la relation de travail spécifique* » au regard des circonstances du cas. S'agissant de **l'obligation de révéler**, la personne candidate doit spontanément communiquer tout ce qui la fait apparaître comme (absolument) inapte à occuper le poste en question, de même que ce qui exclut ou entrave considérablement la fourniture de la prestation de travail de manière conforme au contrat<sup>4</sup>.

Dès lors, alors que l'employeur peut avoir un intérêt légitime à obtenir des **informations touchant la sphère personnelle de la personne candidate**, cela suppose que les conditions ainsi posées soient réalisées. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral relève que les questions relatives à une maternité future, une infection HIV, des opinions politiques ou des orientations de choix de vie ne devraient « *en principe* » pas être admissibles. Elles ne le sont que si ces éléments personnels présentent une importance dans les rapports de travail. Tel serait par exemple pour le Tribunal fédéral l'existence d'une séropositivité pour du personnel soignant en contact direct avec des malades à plaies ouvertes en raison du risque d'infection, ou pour des entreprises à but idéal<sup>5</sup>.

Pour le surplus, le Tribunal fédéral rappelle également que les CFF sont des organes fédéraux au sens de l'art. 2 al. 1 let. b de la Loi fédérale sur la protection des données (« **LPD** » ; RS 235.1), de sorte que tous leurs **traitements de données personnelles doivent trouver une base légale selon l'art. 17 al. 1 LPD**. Une règle qui trouve sa mise en œuvre pour le personnel de la Confédération aux art. 27 ss LPers, dont l'art. 28 LPers couvre spécifiquement la question des données relatives à la santé<sup>6</sup>. En tant que ces informations sont des données sensibles au sens de l'art. 5 let. c LPD, elles font l'objet d'une protection accrue. En conséquence, lorsque le processus d'engagement implique un examen médical, le médecin ne peut communiquer que les conclusions sur l'aptitude ou l'inaptitude de la personne, à l'exclusion des raisons de

---

<sup>2</sup> C. 4.2 et 4.3 de l'arrêt commenté

<sup>3</sup> C. 5.2.1 de l'arrêt commenté.

<sup>4</sup> C. 5.2.2 de l'arrêt commenté.

<sup>5</sup> C. 5.2.3 de l'arrêt commenté.

<sup>6</sup> C. 5.2.3 de l'arrêt commenté.

celle-ci. Un constat qui vaut également pour les professions présentant des exigences de sécurité accrues (pilote d'avion, conducteur de locomotive, etc.)<sup>7</sup>.

La **retenue particulière applicable aux données sensibles** (dont les données de santé) s'applique à la fois à l'obligation de renseigner et à celle de révéler de l'employé. Celui-ci n'est en particulier pas tenu de fournir spontanément des renseignements sur son état de santé lorsque cela n'empêche pas ou n'entrave pas pour l'essentiel la future prestation de travail. Il n'a par exemple pas à évoquer des problèmes psychiques préexistants, des défauts génétiques ou encore des maladies ou handicaps qui ne limitent pas outre mesure l'exercice de l'activité professionnelle.<sup>8</sup>

Au regard de ces principes, alors que l'examen médical et les questions posées à A s'agissant de troubles de santé actuels étaient admissibles compte tenu des exigences de sécurité liées à la profession en question, la maladie chronique dont A souffrait n'avait aucun effet sur sa capacité de travail. En conséquence, A n'a pas violé des obligations légales ou contractuelles « *importantes* » en ne répondant pas correctement au questionnaire qui lui avait été remis<sup>9</sup>. Il en va de même pour le fait d'avoir, dans un premier temps, indiqué que sa boiterie était due à un accident survenu après l'entretien d'embauche<sup>10</sup>. Le Tribunal fédéral retient toutefois par la suite que le comportement de A « *n'est pas exempt de tout reproche* »<sup>11</sup>. Néanmoins, compte tenu de toutes les circonstances, la situation n'était pas de nature à rompre irrémédiablement le lien de confiance qui la liait aux CFF<sup>12</sup>. **La résiliation ordinaire des rapports de travail était donc intervenue en l'absence de motifs objectivement suffisants**, ouvrant un droit à une indemnité fondée sur l'art. 34b al. 1 let. a LPers et l'art. 183 al. 1 let. a et al. 2 CCT CFF 2019<sup>13</sup>.

En revanche, le Tribunal fédéral refuse de retenir le caractère abusif du licenciement au sens de l'art. 336 CO, relevant qu'un **licenciement n'est pas abusif lorsqu'il est donné en raison d'une maladie qui porte atteinte à la capacité de travail**, à moins que l'incapacité trouve sa cause dans une violation de ses obligations par l'employeur. S'y ajoute le fait que le comportement de A n'était « *pas exempt de tout reproche* »<sup>14</sup>.

En conclusion, le TF admet donc partiellement le recours de A à l'encontre du jugement de l'autorité inférieure et renvoie la procédure à celle-ci pour fixation de l'indemnité fondée sur l'art. 34b al. 1 let. a LPers et l'art. 183 al. 1 let. a et al. 2 CCT CFF 2019.

---

<sup>7</sup> C. 5.2.4 de l'arrêt commenté.

<sup>8</sup> C. 5.2.4 de l'arrêt commenté.

<sup>9</sup> C. 5.3.2 de l'arrêt commenté.

<sup>10</sup> C. 6.3 et 6.4 de l'arrêt commenté.

<sup>11</sup> C. 7.1 de l'arrêt commenté.

<sup>12</sup> C. 7.3 de l'arrêt commenté.

<sup>13</sup> C. 7.4 de l'arrêt commenté.

<sup>14</sup> C. 8.3 de l'arrêt commenté.

### III. Analyse

Dans l'ensemble, ce long arrêt destiné à publication apporte des précisions importantes s'agissant des questions qui peuvent être posées au stade de la candidature et, plus généralement, des informations qui peuvent ensuite être traitées par le futur employeur. Certains points demeurent toutefois imprécis, respectivement contradictoires. Trois questions s'imposent à l'analyse :

- quelles règles générales régissent la collecte et le traitement de données personnelles dans la phase précédant la conclusion du contrat ?
- quelles limites s'appliquent en conséquence ?
- quelles conséquences cela peut-il avoir, notamment sur la résiliation du contrat de travail ?

#### a) Les règles générales régissant la collecte et le traitement de données personnelles dans la phase précédant la conclusion du contrat

1) La phase précédant la conclusion du contrat de travail se caractérise par le fait que, précisément, les rapports de travail n'existent pas encore. En conséquence, il est nécessaire de **distinguer ici deux catégories de règles** : les dispositions spécifiques relatives aux rapports de travail (dont le CO et, pour les rapports de travail de droit public, les dispositions y relatives) et celles, générales, concernant les traitements de données personnelles.

2) Pour ce qui est premièrement des **dispositions spécifiques relatives aux rapports de travail**, les obligations de chacune des parties sous l'angle des informations à transmettre ou qui peuvent être demandées découlent d'une part de l'art. 321a CO (devoir de diligence et de fidélité de l'employé) et, d'autre part, des art. 328 (protection de la personnalité) et 328b CO (traitement de données personnelles). Il est retenu tant en doctrine qu'en jurisprudence que ces différentes dispositions ne sont pas exclusivement limitées à la période couverte par les rapports de travail, mais s'étendent dans une certaine mesure aux périodes antérieures et postérieures à ceux-ci. En particulier, précisément, lors des processus et entretiens d'embauche<sup>15</sup>. Bien que cette question ne soit pas abordée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt ici commenté, et que seul l'art. 328b CO y soit brièvement mentionné à titre de référence de comparaison<sup>16</sup>, les principes développés en reprennent bien l'essence.

3) L'unique question qui se pose donc, et demeure ouverte dans l'arrêt ici commenté, consiste à savoir si – strictement parlant – **les art. 321a, 328 et 328b CO sont applicables directement à la phase précontractuelle ou uniquement par analogie**. Si cette seconde possibilité venait à être retenue, il s'agirait alors d'un cas d'application de la *culpa in contrahendo*, dont le cadre serait inspiré des règles découlant des art. 321a et 328 CO. Pour ce qui est de l'art. 328b CO

---

<sup>15</sup> TF 2C\_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2 ; *pour l'art. 328 CO* : CHRISTIAN BETTEX, L'application temporelle de l'article 328 CO, in WYLER (édit.), Panorama II, pp. 57 ss, pp. 58 ss ; DUNAND/RAEDLER, N 11 ad art. 328 CO et N 60 ad art. 328b CO ; CR CO I-LEMPEN, N 2 ad art. 328 ; *contra* : Boris ETTER/JOHANNES SOKOLL, in Etter/Facincani/Sutter (édit.), Arbeitsvertrag, N 4 ad art. 328 CO, p. 285 ; *pour l'art. 328b CO* : CHRISTIAN BRUCHEZ/PATRICK MANGOLD/JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2019, N 11 ad art. 328b CO ; CHRISTIAN FLUECKIGER, La *googlelisation* des employés respecte-t-elle les principes de la protection des données ? in DUNAND/MAHON (édit.), Internet au travail, Genève – Zurich – Bâle 2014, pp. 73 ss, p. 78 ; CR CO I-LEMPEN, N 4 ad art. 328b ; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zurich 2012, N 4 ad art. 328b CO, pp. 580 s.

<sup>16</sup> Arrêt commenté, c. 5.2.3 et 5.2.4.

spécifiquement, sa « portée précontractuelle » ne trouverait pas le même fondement mais viendrait servir à interpréter les principes de la LPD, dont les principes de licéité (art. 6 al. 1 LPD), de proportionnalité (art. 6 al. 2 LPD) et de finalité (art. 6 al. 3 LPD). Une interprétation notamment pertinente, pour les personnes privées (au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LPD), sous l'angle du raisonnement à tenir conformément aux art. 30 et 31 LPD s'agissant de l'existence d'une violation de la personnalité liée au traitement : en tant que l'un ou plusieurs des principes précités ne seraient pas respectés, la licéité du traitement imposerait de se fonder sur un motif justificatif au sens de l'art. 31 LPD<sup>17</sup>. Ceci d'une façon exactement similaire à ce qui s'appliquerait lors des rapports de travail si le traitement dépassait le cadre de l'art. 328b CO<sup>18</sup>. Pour les organes fédéraux en revanche (au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LPD), et comme correctement relevé par le Tribunal fédéral, l'analyse de la licéité du traitement doit essentiellement reposer sur l'existence d'une base légale au sens de l'art. 34 LPD, qui se retrouve pour le personnel de la Confédération aux art. 27 ss LPers. Or, dans la mesure où l'art. 28 LPers prévoit spécialement un traitement de données médicales relatives aux personnes candidates à un poste, son application à la phase précontractuelle est explicitement donnée. Ce n'est ensuite que son interprétation qui intervient notamment en s'inspirant des principes de l'art. 328b CO, à l'image du développement effectué par le Tribunal fédéral dans l'arrêt ici commenté<sup>19</sup>.

4) Au final pour ce premier lot de règles, il convient à notre sens de retenir que **les art. 321a, 328 et 328b CO revêtent bien une certaine portée dépassant le strict cadre de l'existence du contrat de travail et s'appliquent également, dans une certaine mesure, à la phase de candidature**<sup>20</sup>. C'est donc en vertu des principes qui y sont exprimés, adaptés naturellement à la phase précontractuelle, qu'il convient d'interpréter les devoirs de chacune des parties durant cette période et d'appréhender la documentation ainsi que les informations qui peuvent être traitées par l'employeur.

5) Pour ce qui est deuxièmement des **règles générales en matière de protection des données personnelles**, elles s'appliquent à tous les traitements qui sont mis en œuvre par l'employeur ou futur employeur, que celui-ci soit une personne privée ou un organe fédéral. Cela inclut notamment les principes fondamentaux exprimés aux art. 6 et 8 LPD, dont justement les principes de licéité, de proportionnalité et de finalité déjà mentionnés au par. 3 *supra*. Lorsque l'employeur met en place un processus visant la récolte et le traitement de données au cours de la phase de recrutement, il doit également s'assurer que sa démarche respecte les exigences générales de l'obligation de protection des données dès la conception et par défaut (art. 7 LPD)<sup>21</sup>. A ce titre, les questions comprises dans un questionnaire qui serait préparé par l'employeur et remis au candidat doivent être rédigées d'une façon suffisamment précise et limitée pour éviter que des données dépassant le cadre de ce qui est admissible selon les art. 321a et 328 CO puissent être récoltées et traitées. Les éventuels compléments et

---

<sup>17</sup> Sur le raisonnement général à tenir en application des art. 30 et 31 LPD : JEAN-PHILIPPE DUNAND/DAVID RAEDLER, in Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2022, N 14 ss ad art. 328b CO.

<sup>18</sup> ATF 138 I 331, c. 8.4.4 ; TF 4A\_588/2018 du 27 juin 2019, c. 4 ; DUNAND/RAEDLER, N 4 ad art. 328b CO.

<sup>19</sup> C. 5.2.3 de l'arrêt commenté.

<sup>20</sup> Exprimant certaines réserves sur l'application de l'art. 321a avant le début de l'activité professionnelle, tout en soulignant l'obligation de la personne candidate d'éviter de porter atteinte à la relation de travail convenue : JEAN-PHILIPPE DUNAND/KARINE LEMPEN, in Dunand/Mahon (édit.), N 27 ad art. 321a CO.

<sup>21</sup> Sur la nature d'obligation : SÉBASTIEN FANTI/ALEXANDRE STAEGER, in Meier/Métille (édit.), Commentaire romand, Loi fédérale sur la protection des données, Bâle 2023, N 18 ad art. 7 (cité : CR LPD-NOM DE L'AUTEUR).



explications fournies par l'employeur doivent eux-mêmes poursuivre le même but. Deux caractéristiques qui n'apparaissent pas avoir été entièrement respectées par les CFF dans le cas d'espèce<sup>22</sup>. Ainsi, et autrement dit : en tant que l'employeur ne peut traiter que les données de santé qui sont directement liées à l'appréciation de l'aptitude de l'employé à fournir le travail en question, il doit s'assurer que les questions qu'il pose ne mènent pas à des problèmes d'interprétation quant à leur portée. Une exigence que l'on retrouve d'ailleurs non seulement dans les éventuels questionnaires de santé, mais également plus largement pour toutes les questions posées à l'employé ou les demandes d'information qui lui seraient faites<sup>23</sup>. Y compris par exemple par l'intermédiaire d'un logiciel basé sur l'intelligence artificielle, dont les *recruitment* ou *hiring games*<sup>24</sup>.

6) **En conclusion sur ce point**, l'identification des informations pouvant être récoltées par l'employeur au stade précontractuel doit se faire au regard à la fois des dispositions de droit du travail (art. 321a, 328 et 328b CO) et des règles plus générales découlant de la législation en matière de protection des données.

### **b) Les limites applicables à la collecte et au traitement des données personnelles au stade de la candidature**

7) L'arrêt ici commenté est utile par les compléments et détails qu'il apporte en lien avec les **informations qu'un employeur peut exiger de la part d'une personne candidate à un poste de travail durant la phase précontractuelle, compte tenu des règles identifiées au par. A supra**. Ces développements interpellent toutefois en partie quant à leur portée exacte.

8) De façon générale, il est admis – et confirmé ici par le Tribunal fédéral – que les deux parties (futur employeur et personne candidate) disposent d'un **intérêt à obtenir des informations sur l'autre**, dans la mesure où ces informations se rapportent aux rapports de travail. Des informations qui peuvent d'ailleurs être obtenues directement de la part de l'autre partie ou, potentiellement, de la part de tiers.

9) Spécifiquement concernant **l'obtention d'informations de la part de tiers**, le Tribunal fédéral ne précise pas quelles conditions doivent alors être respectées. Pourtant, cette possibilité de s'adresser à un tiers n'est pas illimitée : l'on doit en effet mettre en balance d'une part les intérêts de l'employeur à vérifier certaines informations ou obtenir des éléments complémentaires sur la personne déposant sa candidature et, d'autre part, l'intérêt de la personne candidate à préserver une certaine confidentialité autour de sa postulation. Cette confidentialité est notamment importante lorsque la postulation intervient en cours d'emploi. Dès lors, il convient de retenir que l'employeur ne saurait contacter d'emblée – sans autre information ni demande à la personne candidate – que les personnes qui seraient explicitement mentionnées comme référence dans le *curriculum vitae* ou les autres documents de postulation<sup>25</sup>. Si l'employeur souhaite, en plus, vérifier des informations

---

<sup>22</sup> C. 5.3.2 de l'arrêt commenté.

<sup>23</sup> Voir notamment WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in Widmer Lüchinger/Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Bâle 2020, N 67 ad art. 328b CO (cité : BSK OR I-NOM DE L'AUTEUR)

<sup>24</sup> Pour la référence aux algorithmes devant être limités aux questions admissibles : DUNAND/RAEDLER, N 55 ad art. 328b CO. Il convient par ailleurs de porter une attention particulière à l'obligation spécifique d'informer selon l'art. 21 LPD en cas de décision individuelle automatisée : cf. KURT PÄRLI, in Baeriswyl/Pärli/Blonski (édit.), Datenschutzgesetz, Berne 2023, N 34 et 35 ad art. 328b.

<sup>25</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 39 ad art. 328b CO.

figurant sur le *curriculum vitae* ou autrement contacter une personne qui n'est pas mentionnée comme référence, il devra en informer préalablement la personne candidate – laquelle pourra refuser un tel contact. A ce titre, il est important de retenir que l'employeur ne recherche pas ici le *consentement* de la personne candidate à la prise de contact, mais assure uniquement le respect du principe de transparence (art. 6 al. 3 LPD) ainsi que ses obligations d'information découlant de l'art. 19 LPD. En effet, le consentement n'est sur le principe pas nécessaire dans ce cas, en tout cas si la demande d'information auprès d'un tiers s'inscrit dans l'examen de l'aptitude de la personne candidate vu l'art. 328b CO<sup>26</sup>. Il ne serait d'ailleurs de toute manière pas valable, faute d'être « libre » (au sens de l'art. 6 al. 6 LPD) au stade de la candidature<sup>27</sup>. Si l'employeur souhaite passer outre un refus de la personne candidate et néanmoins contacter un tiers, il ne pourrait le faire qu'à la condition qu'il dispose d'un motif justificatif au sens de l'art. 31 LPD (pour les personnes privées), dans la mesure où cette situation emporte une violation de la personnalité de la personne concernée selon l'art. 30 al. 2 let. b LPD. Seul son intérêt prépondérant au sens de l'art. 31 al. 2 LPD serait alors envisageable. Or, à notre sens, un tel intérêt permettant de passer outre le refus de la personne candidate devra par principe être nié. Lorsque l'employeur est un organe fédéral, cette même possibilité de s'adresser à un tiers devra être évaluée à la fois sur la base du fondement légal applicable selon l'art. 34 LPD et, de façon plus générale, selon les principes fondamentaux des art. 6 et 8 LPD, dont ceux de proportionnalité et de finalité. Les limitations liées à la communication de données personnelles selon l'art. 36 LPD devraient aussi s'appliquer, dans la mesure où le contact avec le tiers implique la transmission à celui-ci de certaines informations liées à la personne candidate<sup>28</sup>. Dans l'ensemble avec un résultat similaire à celui mentionné pour les personnes privées. Pour ce qui est du tiers, il reste pour sa part libre de répondre ou non à l'employeur et devra s'assurer lui-même que sa démarche respecte les exigences des art. 328 et 328b CO ainsi que de la LPD. Il ne devrait notamment pouvoir sortir du cadre posé par le certificat de travail qu'à la condition d'en avoir informé la personne candidate préalablement et, dans ce cas, d'avoir obtenu son consentement au sens de l'art. 6 al. 6 LPD. Dans ce cas, le consentement est en effet nécessaire pour les personnes privées dans la mesure où la communication des informations au potentiel futur employeur n'intègre pas les deux hypothèses de l'art. 328b CO. Enfin, en ligne notamment avec les jurisprudences concernant la responsabilité d'un précédent employeur pour un certificat de travail faussement élogieux<sup>29</sup>, le tiers répondant à l'employeur devra le faire conformément à la vérité.

10) S'agissant du **contenu des informations demandées par l'employeur**, le Tribunal fédéral retient dans l'arrêt commenté que leur portée et étendue dépendent de l'existence d'un « *intérêt objectif direct pour la relation de travail spécifique* »<sup>30</sup>. Un critère qui doit s'apprécier selon toutes les circonstances du cas d'espèce, dont la durée prévue des rapports de travail, les tâches à accomplir, le type d'entreprise ou encore la position future de l'employé dans

---

<sup>26</sup> Notant que le consentement n'est pas nécessaire en-dehors de certains cas en droit suisse : JULIEN FRANCEY, in Benhamou/Cottier (édit.), Petit commentaire, Loi fédérale sur la protection des données, Bâle 2023, N 135 ad art. 6. Sur la portée de l'art. 328b CO en ce qui concerne l'examen de l'aptitude du travailleur : PÄRLI, N 25 ad art. 328b CO.

<sup>27</sup> FRANCEY, N 168 ad art. 6.

<sup>28</sup> Sur la portée de l'art. 36 LPD, cf. CR LPD-EPINEY, N 11 et 12 ad art. 36.

<sup>29</sup> ATF 129 III 177, c. 3.2 ; ATF 101 II 69

<sup>30</sup> Arrêt commenté, c. 5.2.2.



celle-ci<sup>31</sup>. Le caractère sensible des données personnelles ainsi récoltées sera également un élément à considérer dans l'appréciation (cf. N 11 et 12 *infra*). A l'inverse, des informations qui n'auraient pas de lien, ou n'en auraient que peu, avec l'emploi ou l'entreprise, ne devraient pas être posées<sup>32</sup>. Lorsqu'il s'agit d'apprécier non plus une obligation de renseigner, mais bien un **devoir de révéler de l'employé**, l'existence de l'intérêt objectif direct ne suffit pas à lui seul. Il faudra alors en plus que les faits apparaissent rendre la personne candidate « (*absolument*) *inapte à occuper le poste* » en question ou qu'ils l'entraveraient considérablement dans la fourniture de la prestation de travail<sup>33</sup>. Autrement dit : alors que l'existence de l'intérêt objectif direct suffit pour que l'employeur puisse poser des questions à la personne candidate, cette dernière ne doit proactivement révéler des faits qu'à la condition supplémentaire que ceux-ci entravent considérablement ou empêchent la prestation de travail<sup>34</sup>.

11) Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral apprécie spécifiquement la question des **données relatives à la santé**. Il y précise en particulier que l'employeur ne peut jamais avoir un intérêt légitime à recevoir le *détail* des informations de santé, seule la confirmation de l'aptitude ou non au travail concerné pouvant lui être communiquée<sup>35</sup>. Ce même critère de l'aptitude régit par ailleurs le devoir de révéler de l'employé : il n'aura à communiquer une atteinte à sa santé qu'à la condition que celle-ci affecte la capacité à occuper le poste de travail en question. L'on peut imaginer par exemple le cas d'un déménageur qui aurait de graves problèmes de dos ou celui d'une médecin-chirurgienne qui souffrirait d'une affection aux doigts l'empêchant d'opérer. Le Tribunal fédéral cite pour sa part l'hypothèse d'un membre du personnel soignant qui souffrirait d'une infection HIV, compte tenu du « risque d'infection »<sup>36</sup>. Cet exemple est toutefois à notre sens précisément mal choisi, dans la mesure où une personne infectée par le HIV et suivant un traitement antirétroviral supprimant la détection du virus dans le sang n'est plus contagieuse. Ainsi, l'exemple donné par le Tribunal fédéral devrait être complété en ce sens qu'une obligation de renseigner et de révéler n'existe que si la personne souffrant d'une infection HIV est encore contagieuse.

12) Compte tenu de la restriction appliquée aux données de santé, il sera nécessaire de se montrer tout aussi restrictif dans l'admission du traitement lors du processus d'embauche **d'autres données personnelles sensibles** au sens de l'art. 5 let. c LPD. L'employeur ne saurait les traiter qu'à la condition non seulement que cela réponde à un intérêt objectif direct pour la relation de travail, mais également à notre sens que ces données y soient impératives. Ceci est notamment central en ce qui concerne les données sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives (art. 5 let. c ch. 5 LPD) ou sur les mesures d'aide sociale (art. 5 let. c ch. 6 LPD) : dans les deux cas, une information y relative ou un document (par exemple un casier judiciaire) ne pourra être exigé qu'à cette stricte condition. Cette dernière sera réalisée par exemple pour les fonctions requérant légalement un extrait spécial du casier judiciaire

---

<sup>31</sup> Mentionnant la portée accrue de l'art. 321a CO en fonction du statut et de la rémunération : DUNAND/LEMPEN, N 20 ad art. 321a CO.

<sup>32</sup> DUNAND/RAEDLER, N 57 ad art. 328b CO.

<sup>33</sup> Arrêt commenté, c. 5.2.2, reprenant sur ce point plusieurs jurisprudences dont l'ATF 132 II 161, c. 4.2.

<sup>34</sup> Pour une restriction similaire exprimée en général sous l'angle de l'art. 321a CO : DUNAND/LEMPEN, N 12 ad art. 321a CO.

<sup>35</sup> C. 5.2.4 de l'arrêt commenté. Voir aussi BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 ad art. 320 CO ; DUNAND/RAEDLER, N 74 ad art. 328b CO.

<sup>36</sup> C. 5.2.3 de l'arrêt commenté.

(notamment selon les art. 67 ss du Code pénal suisse [« CP » ; RS 311.0]) ou celles qui présentent des caractéristiques spécifiques imposant un casier judiciaire totalement vierge ou en tout cas exempt d'un certain type d'infractions. En revanche, la seule existence d'un intérêt général à se protéger de la commission d'infractions par la personne engagée ne suffit pas.

13) Enfin, le Tribunal fédéral évoque également le cas particulier des **entreprises à but idéal (Tendenzbetrieb)**. Pour celles-ci, l'appréciation de l'existence d'un « *intérêt objectif direct pour la relation de travail spécifique* » sera plus facilement admise que pour une entreprise ordinaire, précisément car elle exerce une activité à caractère spirituel ou intellectuel qui implique, du côté des employés, un devoir de fidélité accru<sup>37</sup>. En conséquence, un cercle plus large d'informations personnelles – intégrant cas échéant des données sensibles – pourra être couvert lors de l'entretien d'embauche. L'on admettra par exemple une question relative à la religion pour une Eglise ou une question se rapportant à l'appartenance politique pour un parti politique<sup>38</sup>. Il est toutefois impératif dans ce cas que les informations personnelles en question soient elles-mêmes directement en lien avec l'activité à but idéal de l'entreprise concernée. Ainsi, il sera à notre sens exclu pour une Eglise de poser des questions sur une éventuelle infection HIV de la personne candidate ou son positionnement politique. Il en va de même à notre sens s'agissant de l'orientation affective et sexuelle de la personne, ceci indépendamment du courant religieux en question. De même, un parti politique ne saurait interpellé une personne candidate quant à sa religion ou lui demander de révéler sa fortune. Rappelons par ailleurs encore que la notion de *Tendenzbetrieb* doit être interprétée restrictivement et que, précisément, les CFF ne sont pas considérés comme tels<sup>39</sup>.

14) **En conclusion**, trois enseignements principaux peuvent être tirés de l'arrêt du Tribunal fédéral qui est ici commenté s'agissant de la portée des informations pouvant être traitées au stade de l'embauche. Premièrement, seules des informations présentant un « *intérêt objectif direct pour la relation de travail spécifique* » peuvent donner lieu à des questions de la part de l'employeur ou d'une demande en information. Deuxièmement, alors qu'une obligation de révéler des faits importants peut revenir à la personne candidate, ceci suppose non seulement l'intérêt objectif direct précité, mais également que ces faits entravent considérablement ou empêchent la prestation de travail. Troisièmement enfin, et naturellement, il conviendra de se montrer particulièrement restrictifs dès le moment où les informations concernées sont des données sensibles au sens de l'art. 5 let. c LPD, ceci tant pour l'obligation de renseigner que pour celle de révéler.

### c) Les conséquences en cas de non-respect des limites applicables

15) Lorsque la personne candidate est interpellée sur une question ou une information qui dépasse le cercle de ce qui est admissible selon les principes qui précèdent, elle peut naturellement refuser de répondre. Une possibilité qui entraînera toutefois souvent un refus d'embauche. Et alors que celui-ci peut, théoriquement, entraîner la responsabilité de l'employeur sur la base de l'art. 328 CO ainsi que des dispositions de la LPD, la conséquence demeure insatisfaisante pour la personne candidate. En conséquence, selon la doctrine citée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt ici commenté, la personne candidate pourra également

---

<sup>37</sup> ATF 130 III 699, c. 4.1; DUNAND/LEMPEN, N 12 ad art. 321a CO ; AURÉLIEN WITZIG, in Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, CO I, Bâle 2021, N 18 ad art. 321a (cité : CR CO I-NOM DE L'AUTEUR).

<sup>38</sup> DUNAND/RAEDLER, N 59 ad art. 328b CO.

<sup>39</sup> ATF 143 II 443, c. 7.4.

répondre de manière inexacte (« **droit au mensonge** »)<sup>40</sup>. Un droit qui implique que la personne concernée ne saurait être licenciée pour ce motif et que l'employeur ne pourra pas invoquer une erreur essentielle pour résoudre le contrat<sup>41</sup>. Précédemment à l'arrêt dont il est ici question, le Tribunal fédéral n'avait pas formellement consacré ce droit au mensonge dans sa jurisprudence<sup>42</sup>. Une situation qui reste en partie inchangée y compris avec l'arrêt commenté, dans la mesure où son considérant 5.2.5 ne fait que renvoyer à la doctrine s'y référant, sans formellement la valider. En outre, dans son raisonnement appliqué au cas d'espèce, le Tribunal fédéral se limite à constater que le comportement de A ne réalisait pas le degré de gravité nécessaire pour retenir l'existence de motifs objectivement suffisants au sens des art. 10 al. 3 LPers et 173 al. 1 CCT CFF 2019, sans pour autant admettre un réel droit au mensonge. D'ailleurs, il relève à deux reprises que le comportement de A n'était pas « *exempt de tout reproche* »<sup>43</sup>, menant donc à retenir une certaine faute de A pour ce qui se rapporte à son « mensonge ». Cela étant, nous considérons que le Tribunal fédéral valide bien – en tout cas sur le principe et dans les cas les plus graves – la possibilité pour la personne candidate de mentir lorsqu'une question déborde de ce qui est admissible selon les principes décrits au par. B *supra*.

16) Que l'employé ait ou non fait usage de son droit au mensonge, l'employeur ne saurait se fonder sur les informations auxquelles il n'avait pas droit pour licencier la personne ou, alternativement, résoudre le contrat pour erreur essentielle au sens des art. 23 ss CO. Dès lors, et par principe, si l'employeur licencie l'employé suite à la découverte des informations en question, le **licenciement devrait être qualifié d'abusif au sens de l'art. 336 CO**. Pourtant, cette conclusion n'est pas retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt qui est ici commenté : en effet, alors qu'il a bien retenu l'absence de motifs objectivement suffisants au sens des art. 10 al. 3 LPers et 173 al. 1 CCT CFF 2019, le Tribunal fédéral rejette en quelques lignes l'éventualité que la résiliation soit en même temps abusive. Une éventualité qui aurait entraîné un droit à la réintégration conformément à l'art. 34c al. 1 let. b LPers. Pour justifier l'absence de caractère abusif à la résiliation, le Tribunal fédéral relève que l'employeur est bien en droit de licencier un employé lorsqu'une « maladie porte atteinte à la capacité de travail », sauf à admettre que cette maladie trouve justement sa cause dans une violation des obligations de l'employeur<sup>44</sup>. Un constat qui étonne fortement dans le cas d'espèce, dans la mesure où – justement – la maladie de A n'entraînait aucune atteinte à sa capacité de travail, en tout cas actuelle. Et que, comme relevé par le Tribunal fédéral lui-même, les CFF auraient dû se contenter de la validation de cette capacité par le médecin tiers qu'ils avaient mandaté pour procéder à l'examen médical<sup>45</sup>. Ainsi, dans la mesure où les CFF n'auraient pas dû traiter l'information relative à l'état de santé de A et que son problème de santé n'impactait aucunement sa capacité de travail, le licenciement prononcé pour ce motif aurait bien dû être qualifié d'abusif. Le fait que ce problème de santé puissent, dans le futur, entraîner une invalidité – et donc une incapacité de travail – ne doit pas mener à tempérer ce constat. En effet, les CFF n'auraient pas dû avoir accès à cette information, compte tenu des importantes

---

<sup>40</sup> Notamment CR CO I-MEIER, N 5 ad art. 320 CO ; DUNAND/RAEDLER, N 61 ad art. 328b CO ; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, p. 413 ss.

<sup>41</sup> C. 5.2.5 de l'arrêt commenté.

<sup>42</sup> DUNAND/RAEDLER, N 61 ad art. 328b CO.

<sup>43</sup> C. 7.1 et 8.3 de l'arrêt commenté.

<sup>44</sup> C. 8.3 de l'arrêt commenté.

<sup>45</sup> C. 5.2.4 de l'arrêt commenté.

limites posées par le Tribunal fédéral pour ce qui relève du traitement de données médicales. Ils ne sauraient donc en bénéficier et ainsi justifier le licenciement au motif que l'employée serait, à l'avenir, incapable de travailler.

17) Pour le surplus, les informations récoltées qui ne respecteraient pas les limites exprimées aux par. A et B *supra* **doivent être supprimées**. La suppression doit être mise en œuvre spontanément par l'employeur, conformément aux principes généraux de la LPD, dont l'art. 6 LPD. S'il n'y procède pas, la personne candidate peut elle-même en demander la suppression conformément aux art. 32 (pour les personnes privées) et 41 LPD (pour les organes fédéraux). Enfin, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2023, la suppression des données personnelles peut également être imposée directement par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) conformément à l'art. 51 al. 1 LPD<sup>46</sup>. Cette hypothèse sera pertinente notamment si l'employeur refuse de procéder à la suppression pourtant demandée par la personne candidate et nécessaire aux termes de la LPD.

#### IV. Conclusion

18) En conclusion, l'arrêt qui est ici commenté a pour avantage de préciser un peu plus les règles et limites qui s'appliquent au traitement de données personnelles par l'employeur au stade précédant l'embauche. Destiné à publication, il doit être vu comme un arrêt de principe, notamment lorsqu'il conditionne la possibilité pour l'employeur de récolter des informations à l'existence d'un « *intérêt objectif direct pour la relation de travail spécifique* ». En l'absence de cette condition, l'employeur ne peut tout simplement pas traiter les informations et, *a fortiori*, s'attendre à ce que la personne candidate les révèle. A ce dernier sujet, cet arrêt est également intéressant en tant qu'il retient qu'une obligation de révéler n'intervient à charge de la personne candidate que pour les faits qui la font apparaître comme (absolument) inapte à occuper le poste en question ou excluent (ou entravent) considérablement la fourniture de la prestation de travail de manière conforme au contrat.

19) En revanche, cet arrêt reste insuffisamment précis sur trois aspects. D'abord, il ne confirme toujours pas formellement l'existence d'un véritable « droit au mensonge » de la personne candidate lorsqu'elle est confrontée à une question ou une demande incompatible avec les restrictions ainsi posées. Ensuite, alors qu'il pose des restrictions très importantes au traitement de données médicales au stade de l'embauche, il n'aborde pas le sujet plus large des autres données sensibles au sens de l'art. 5 let. c LPD. Pourtant, plusieurs autres informations (dont celles relatives à des procédures pénales ou administratives) sont fréquemment demandées en pratique au stade de l'embauche. A notre sens, une approche tout aussi restrictive doit l'emporter, quel que soit le type de données personnelles sensibles. Troisièmement enfin, cet arrêt semble se perdre lorsqu'il aborde le sujet du caractère abusif du licenciement, en le niant dans le cas d'espèce au motif que l'employeur peut licencier un employé en raison d'une maladie qui porte atteinte à sa capacité de travail. Une conclusion peu convaincante, dans la mesure où l'employée n'était précisément pas limitée dans sa capacité de travail et que cette information ne pouvait pas être traitée par l'employeur.

---

<sup>46</sup> A ce sujet, cf. notamment CR LPD-RAEDLER, N 34 ad art. 51.