



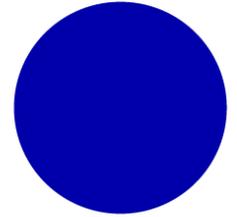
Nouvelle loi sur la protection des données et droit du travail

Aurélien Witzig

Professeur à l'Université
Juge à la Cour
Avocat au barreau

2024

ne
Neuchâtel



Cadre général : la protection de la personnalité

Vie privée

- Cst. 13
- CC 28 ss
- CO 328*b*
- LPD
 - 1^e loi 1992
 - 2^e loi 2020 (entrée en vigueur 01.09.23)

Référence UE : Règlement général sur la protection des données = RGPD



Principes issus du CO



Problématique : l'art. 328b CO doit-il être lu en propre ou en lien avec la LPD ?

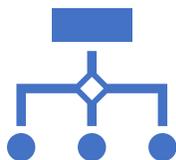


Réponse du TF (25 août 2021, 4A_518/2020, c. 4.2.4) :

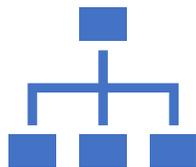


Un traitement de données conforme aux prescriptions de l'art. 328b CO est a priori licite, mais il doit encore respecter les principes généraux de la LPD.

Nouvelle LPD : application



Traitement de données : « *toute opération relative à des données personnelles, quels que soient les moyens et procédés utilisés, notamment la collecte, l'enregistrement, la conservation, l'utilisation, la modification, la communication, l'archivage, l'effacement ou la destruction de données* » (LPD 5 / d)



Donnée personnelle = « *toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable* » (LPD 5 / a)

Employeurs qui traitent des données = **responsables du traitement** (LPD 5 / j)



Effectivité

➔ actions civiles : LPD 32, CC 28, 28a et 28g à 28l

➔ arsenal pénal : LPD 60 ss

Nouvelle LPD : principes fondamentaux

Licéité du traitement (LPD 6 I)

Bonne foi du traitement (LPD 6 II)

Proportionnalité du traitement (LPD 6 II et IV)

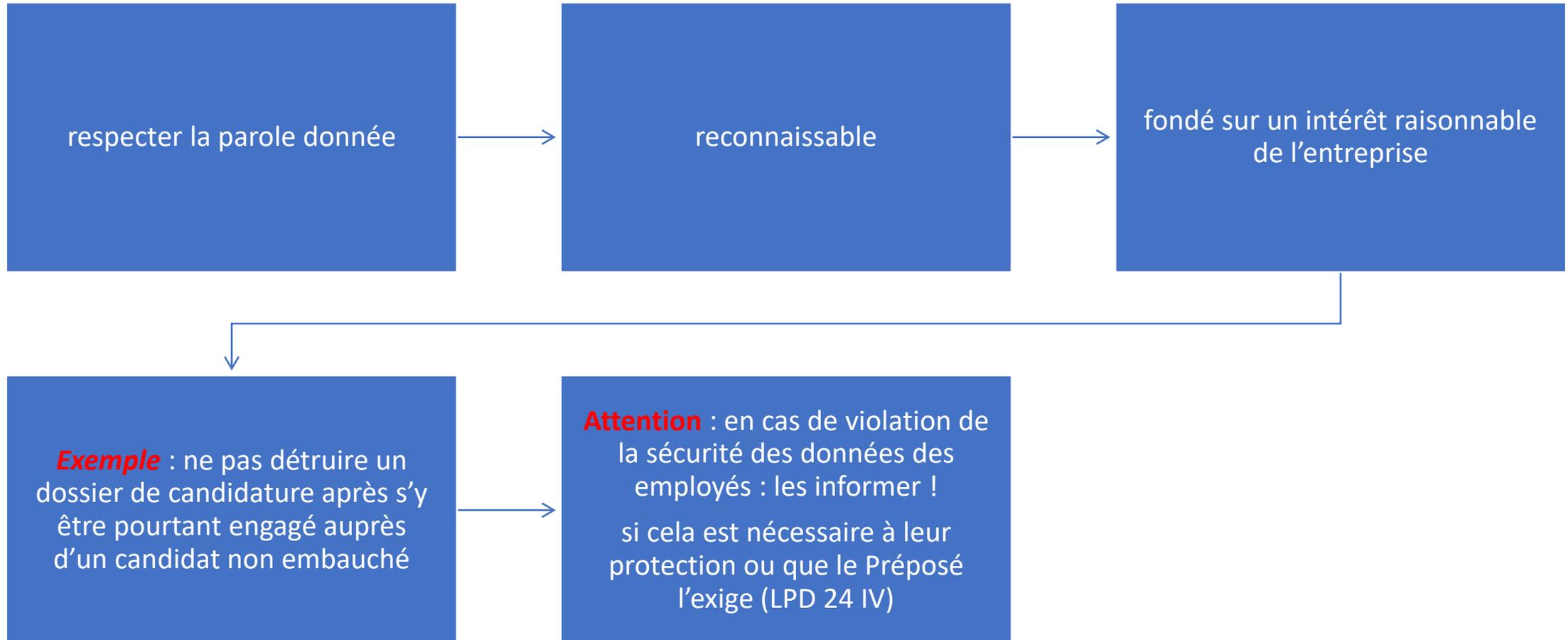
Finalité déterminée et reconnaissable du traitement (LPD 6 III)

Exactitude du traitement (LPD 6 V)

Sécurité du traitement (LPD 8)

Information du traitement (LPD 19)

Principe de bonne foi



Principe de proportionnalité



1. Aptitude du traitement de données par rapport au but visé



2. Subsidiarité par rapport à d'autres mesures respectant davantage la vie privée



3. Adéquation du traitement de données par rapport du but visé



Mise en balance des intérêts

→ employeur : traiter les données

→ travailleur : voir sa vie privée respectée

Mise en place



Temporalité : dès la conception du traitement et par défaut



Mesures (LPD 7) :

1. techniques (ex. anonymisation, protection des hébergements informatiques)



2. organisationnelles (ex. intervention d'un conseiller à la protection des données [LPD 10] ou réalisation d'une étude d'impact)

Sens matériel de la proportionnalité

Évaluer le choix de :

1. mode de traitement

→ p. ex. choisir entre un traitement manuel ou automatisé, un traitement centralisé ou décentralisé

2. étendue du traitement

→ p. ex. se contenter d'une simple collecte, ou décider d'une communication et/ou d'une conservation des données

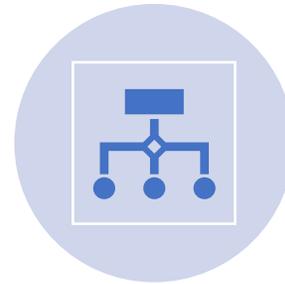
3. nature des données traitées

→ notamment la nécessité de traiter des données sensibles

Proportionnalité temporelle



Les données doivent être détruites ou anonymisées dès qu'elles ne sont plus nécessaires au regard des finalités du traitement (LPD 6 IV)



Les employés doivent connaître la durée de conservation des données personnelles ou, au moins, les critères pour fixer cette durée

Attention : le responsable du traitement doit tenir un registre de ses activités de traitement contenant, dans la mesure du possible, le délai de conservation des données personnelles ou les critères pour déterminer la durée de conservation (LPD 25 II / d).



Rappel : registres et pièces de LTr 46: 5 ans (OLT 1 73 II)



Responsabilité de l'employeur : conservation en fonction de la prescription.

Finalités du traitement

déterminées

immuables

Attention : régime
spécial pour la
transmission des
données

Exactitude des données (LPD 6 V)

sur le plan
qualitatif

- non seulement lorsque les données sont prises individuellement mais aussi dans leur ensemble

sur le plan
quantitatif

- les données ne doivent pas être incomplètes

Sécurité des données

« les responsables du traitement et les sous-traitants doivent assurer, par des mesures organisationnelles et techniques appropriées, une sécurité adéquate des données personnelles par rapport au risque encouru » (LPD 8 I)

l'employeur doit former les employés qui manient des données personnelles

mesures appropriées attendues (OPDo 3)





Information sur le traitement à donner par l'employeur

Porte sur la **collecte** des données et sur les **finalités** du traitement

Communiquer au moins :

- **l'identité** et les **coordonnées** du responsable du traitement (en l'occurrence l'employeur)
- la **finalité** du traitement
- le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont **transmises** (LPD 19 II)
- le cas échéant, l'Etat ou l'organisme international auxquels les données seraient transmises à **l'étranger** (LPD 19 IV)

Modalités du devoir d'information

Début : dès qu'un employeur collecte des données sur une personne candidate à un poste dans l'entreprise.

Fin : lorsque l'employé dispose déjà des informations,
Lorsque le traitement des données est prévu par la loi,
lorsque l'employeur est lié par une obligation de garder le secret, p.ex. le secret professionnel ou le secret des données personnelles en matière d'assurances sociales consacré notamment à l'art. 33 LPGA (LPD 20 I)

Forme : conseillé par écrit : règlement du personnel ou directive spéciale relative à la protection des données.

L'information doit être faite de manière **concise, transparente, compréhensible** et **facilement accessible** (art. 13 OPDo).

Les données sensibles

Champ d'application (exemples)

- biométrie
- photos sur le site internet de l'entreprise
- santé

Régime

- le consentement, lorsqu'il est requis les concernant, doit être exprès (LPD 6 VII / a)
- leur communication à des tiers constitue une atteinte à la personnalité (LPD 30 II / c)
- une analyse d'impact doit être menée avant le traitement à grande échelle de telles données (LPD 22)
- les principes de la loi doivent être appliqués plus strictement

Atteintes à
ces principes
(LPD 31 I)

Illicites

sauf si justifiées par

- consentement du travailleur
- intérêt prépondérant de l'employeur
- loi

Lien avec CO 328b

Si le traitement de données ne rentre pas dans le cadre de CO 328b, il **est présumé illicite**.

Est licite le traitement de données qui « *portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat* ».

Exemples concrets :

- identification du travailleur
- informations qui doivent être communiquées par l'employeur aux assurances, à l'administration fiscale (y compris statut familial) et aux autorités administratives (autorisation de séjour, autorisation de pratiquer)
- aptitudes à exercer l'emploi
- qualifications permettant de calculer le positionnement dans une grille salariale
- état de santé en relation avec les exigences du poste
- état de grossesse (pour appliquer la protection prévue par la loi, notamment LTr 35 à 35b)
- affiliation syndicale ? (avant si essentiel pour l'entreprise ; après pour déterminer si CCT s'applique)

Atteintes au principe : justifications possibles

- 1) Le consentement du travailleur (LPD 6 VI)
 - a. Information
 - b. Liberté de décision
 - c. Forme : données sensibles et profilage

Atteintes au principe : justifications possibles

2) L'intérêt prépondérant de l'employeur

a. Lien fonctionnel avec l'emploi (CO 328*b*, LPD 31 II / a)

b. Planification et statistique (LPD 31 II / e)

à condition que

1° anonymisation ou mesures pour empêcher l'identification des personnes

2° pour les données sensibles, communication à des tiers contrôlée

c. Autres intérêts dignes de protection : à pondérer en équité (CC 4)

Exemple : violation de la loi par le travailleur

Accès à la messagerie électronique



Le règlement autorise-t-il / interdit-il l'usage à des fins privées de la messagerie électronique ?



Le travailleur a-t-il identifié certains messages comme privés ?



Le travailleur est-il présent lors de l'examen des messages litigieux ?

Une personne neutre assiste à l'ouverture des messages litigieux.

TF, 25 août 2021, 4A_518/2020, c. 4.2.4 :

« en jetant en pâture jusque dans son recours des pans de la vie intime de l'employé pour défendre ses intérêts financiers, l'employeuse ne réussit qu'à démontrer son absence totale d'égard pour la personnalité de [ce dernier] »

Droit d'accès des salariés à leurs données (LPD 25)

Droit de savoir si des données sont traitées

Droit de recevoir les données traitées

Droit de connaître

- les finalités du traitement

- la durée de conservation

- les critères correspondant

- les destinataires auxquels les données sont communiquées

- l'origine des données

Délai : en principe 30 jours

Coût : en principe gratuitement (de toute façon CO 327a)

Le dossier personnel

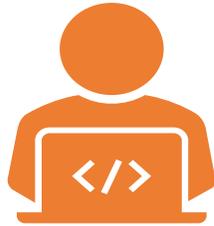
À
communiquer :

- données personnelles
- horaires de travail
- évaluations
- enquêtes internes éventuelles
- etc.

Pas
d'obligation de
communiquer :

- les notes internes purement personnelles, que l'employeur a prises pour se donner une idée du candidat à un emploi
- les notes internes établies au sujet d'un travailleur par un supérieur hiérarchique pour son usage exclusivement personnel (LPD 2 II / a)
- les échanges internes à l'employeur concernant l'employé, dès lors qu'elles se limitent à permettre la formation de la volonté et la prise de décisions, telles que celles concernant la promotion, la gestion des conflits ou la résiliation du contrat

Les décisions individuelles automatisées



Champ d'application

Décision prise uniquement au moyen d'une technologie (algorithme, IA)

Certain niveau de complexité (≠ ouverture avec badge)

Effets juridiques (conclusion ou fin du contrat) ou affecte de manière significative le destinataire (refus d'octroi d'un avantage)

Exemples : candidature, licenciement, analyse de la performance



Régime

Information (LPD 21 I)

Droit de faire valoir son **point de vue** (LPD 21 II)

Droit de faire **revoir** la décision par une personne physique (LPD 21 II)

- Sauf si consentement libre et éclairé
- Concrètement : démarche à indiquer

Droit de connaître la **logique** sur laquelle se base la décision (LPD 25 II / f)

Rappel : principe de **minimisation** des données

pour « nourrir » l'IA



Bibliographie

R. WYLER/B. HEINZER/A. WITZIG, *Droit du travail*, 5^e éd., 2024

D. RAEDLER/J.-PH. DUNAND, ad art. 328b in *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., 2022

PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, *Traitement des données par l'employeur* (18.04.23)

et *Accès à la messagerie* (11.05.23),

disponibles sur le site

<https://www.edoeb.admin.ch>