



---

## L'entretien d'embauche sous l'angle de la protection des données

---

L'entretien d'embauche peut se définir comme le moment où le candidat à un poste et l'employeur (ou un intérimaire tel que le conseiller en recrutement) se réunissent. Il s'agit en fait d'une phase précontractuelle au contrat de travail soumise à un certain nombre de règles. Nous aborderons ici les droits et les devoirs des parties sous l'angle de la protection des données. Au préalable, il est important de rappeler que chaque situation particulière s'apprécie selon l'ensemble des circonstances qui l'entourent ; dès lors, une question identique posée à un candidat peut être licite ou illicite selon le cas de figure dans lequel on se trouve. Dans les lignes qui suivent, nous aborderons la problématique des questions que l'on peut poser à un candidat lors de l'entretien d'embauche.

### Les bases légales

En vertu de l'art. 328b du Code des obligations (CO), « l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD) sont applicables ». Cette disposition n'est en fait que la transposition dans le CO d'une règle spéciale de la loi fédérale sur la protection des données relative au droit du travail. Dans la systématique du CO, l'art. 328b CO s'inscrit dans les règles régissant la protection de la personnalité du travailleur de l'art. 328 CO dont il complète et précise la portée. Ainsi, lors de la collecte des données, l'employeur a une obligation générale de protéger et respecter la personnalité du travailleur ; il doit observer les principes généraux du droit, en particulier ceux de la bonne foi et de la proportionnalité. Le devoir général d'assistance, qui se traduit par le devoir de s'abstenir de tout ce qui pourrait porter atteinte aux intérêts légitimes de l'employé, conduit à restreindre l'employeur dans le traitement des données du travailleur. L'art. 328b CO étant de droit semi-impératif, il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur, quand bien même ce dernier y consentirait. La protection que confère l'art. 328b CO s'applique, du moins selon la doctrine majoritaire, aux relations précontractuelles, contractuelles et post-contractuelles sans limitation dans le temps. Nous allons nous intéresser ici uniquement à la première de ces trois étapes, c'est-à-dire à la relation qui se situe en amont de la signature d'un contrat de travail.

L'entretien d'embauche permet au candidat et à l'employeur potentiel de se rencontrer afin de se renseigner mutuellement. Nous nous bornerons à examiner les questions que l'employeur est autorisé à poser à un candidat dans le cadre d'un processus de recrutement. L'employeur veillera à ne poser que des questions qui sont en relation avec l'aptitude du travailleur à répondre aux qualifications requises pour le poste à pourvoir, le but de l'entretien étant de permettre à l'employeur de déterminer si le candidat satisfait aux exigences du poste compte tenu de la nature de son entreprise. Partant, et a contrario, toutes les questions qui ne portent pas sur l'aptitude du travailleur à remplir le cahier des charges proposé et qui ne sont pas nécessaires à l'exécution du contrat sont expressément prohibées par l'art. 328b CO.

En outre, les informations obtenues dans le respect de l'art. 328b CO sont licites et ne portent, en principe, pas atteinte à la personnalité du travailleur (ATF 130 II 425). Il s'agit d'une présomption légale qui peut être renversée en apportant la preuve du contraire.

## Survol de quelques questions délicates

De façon générale et pour autant que les questions posées entrent dans le cadre de l'art. 328b CO, le travailleur est tenu d'y répondre conformément à la vérité.

### Les antécédents pénaux

Sous l'angle de la protection des données, le fait de demander systématiquement à chaque candidat un extrait de son casier judiciaire ou de le questionner à ce sujet est disproportionné et illicite. Néanmoins, une exception est admissible lorsque, par exemple, l'employé occupe un poste-clé, qu'il est en contact avec des marchandises précieuses, qu'il manipule des sommes importantes ou qu'il en est responsable. Dans ce cas, la sécurité de l'entreprise peut prévaloir sur l'intérêt à la protection de la personnalité.

A titre d'exemple, mentionnons les sociétés actives dans le domaine de la sécurité, lesquelles justifient d'un intérêt à se renseigner sur les antécédents pénaux de l'ensemble de leurs employés.

Pour les antécédents pénaux mineurs, le travailleur n'est pas tenu de fournir spontanément des renseignements (JAR 1991 p. 101). Il peut même se taire (ou mentir) si on le questionne à ce sujet et que cela n'a aucune influence sur le poste à pourvoir. En revanche, la dissimulation d'antécédents pénaux au moyen d'un curriculum vitae et d'un certificat de travail mensongers lors de la candidature à un poste à responsabilité a justifié le renvoi immédiat du travailleur (JAR 1990 p. 122).

### La santé et les documents médicaux

Dans le cadre des rapports de travail, les seules questions admissibles sont celles qui concernent les qualifications du candidat ou les autres faits significatifs liés à l'accomplissement des tâches prévues par le contrat de travail. Les questions ayant trait à la santé sont donc permises si elles touchent à la capacité d'exercer l'emploi postulé. Les maladies guéries, de même que les opérations et les séjours hospitaliers antérieurs ne regardent en rien le nouvel employeur s'ils n'ont aucun rapport avec le poste à pourvoir. C'est au médecin qu'il incombe de déterminer si les maladies dont le candidat souffre ou a souffert, ou les traitements qu'il suit ou qu'il a suivis sont compatibles avec l'emploi postulé. Conformément à la doctrine dominante, le médecin n'est libéré du secret médical que dans la mesure où il a le droit de communiquer à l'employeur si le candidat, au vu de son état de santé, est apte ou non à exercer l'emploi postulé ; il n'est pas autorisé à communiquer d'autres données, comme le diagnostic ou l'historique de la maladie. L'avis du médecin quant à l'aptitude au travail, y compris les réserves éventuelles, est ensuite remis à l'employeur pour être joint au dossier personnel de l'employé. Le dossier médical, par contre, reste chez le médecin.

Par exemple, on peut envisager de faire passer un test HIV à un employé qui travaille dans le corps médical et qui, par sa fonction particulière, pourrait présenter un danger pour autrui.

De façon générale, l'employé n'est pas obligé de fournir spontanément des renseignements sur son état de santé (JAR 1983 p. 77) ou sur ses antécédents médicaux, en particulier si l'intéressé estime être guéri (JAR 1991 p. 100). Il a été jugé qu'un maçon n'était pas tenu d'indiquer spontanément qu'il ne pouvait pas travailler avec un compresseur en raison d'un problème de santé (RSJ 1991 p. 83). Par contre, le fait pour un employé d'une entreprise de montage d'échafaudages d'avoir pu être sujet au vertige, alors que son employeur l'avait interrogé sur ce point, a justifié son licenciement avec effet immédiat (RFJ 1994 p. 67). Dès lors, l'employeur doit être vigilant et songer à s'enquérir de l'aptitude du candidat à occuper le poste, en particulier si celui-ci requiert des capacités physiques importantes.

## **Les opinions, les activités politiques et les croyances religieuses**

Ces questions n'ont aucun lien avec les aptitudes du travailleur et ne doivent pas être posées. Par contre, s'agissant d'une place de travail proposée par une église, un parti politique ou toute autre « entreprise à tendance », il est admis que l'employeur puisse se renseigner sur la religion ou l'appartenance politique du candidat (JAR 1989 p. 158).

## **Les fréquentations et les préférences sexuelles**

Il n'est pas toléré de s'immiscer dans la vie privée des candidats : ces questions sont dès lors illicites. Cela étant, le Tribunal fédéral a jugé valable un licenciement donné à une collaboratrice qui fréquentait un employé d'une entreprise concurrente. La femme en question ayant accès à des données hautement confidentielles, il existait un risque pour l'employeur que les secrets d'affaires essentiels soient divulgués (ATF 4C.72/2002). Aussi, pour éviter d'emblée ce type de situation, on pourrait imaginer que l'employeur puisse demander au candidat s'il entretient une relation avec une personne d'une entreprise concurrente x, y ou z.

## **L'état civil**

Pour faire face aux obligations légales résultant de la loi sur le travail ou des assurances sociales, l'employeur peut se renseigner sur l'état civil du candidat.

## **La situation financière**

L'employeur peut-il interroger les postulants au sujet de leur situation financière (revenu actuel, sources de revenu, fortune, solvabilité) ? Tel n'est pas le cas à notre avis. En effet, ces renseignements n'ont aucune incidence sur les tâches que devront remplir les travailleurs au sein de l'entreprise. Par contre, l'employeur peut demander au candidat s'il exerce une ou plusieurs activités accessoires ou principales, car cela peut avoir une influence sur sa capacité de travail. Dans certaines situations, si le travailleur est appelé à occuper un poste clé, à gérer des comptes de clients, à être en contact avec la caisse ou le coffre par exemple, l'employeur peut le questionner sur sa solvabilité et lui demander une attestation de l'office des poursuites et faillites. Aucun intérêt légitime et digne de protection ne saurait justifier de poser systématiquement des questions sur la solvabilité des employés.

## **Les conséquences d'une violation de l'obligation de répondre à une question légitime de l'employeur**

Si le candidat a répondu de manière fautive à une question licite ou s'il a dissimulé des éléments importants qu'il était tenu de fournir, l'employeur peut annuler le contrat, le résilier ou même, dans certains cas, y mettre fin avec effet immédiat. Selon le TF, le fait de passer sous silence des éléments concernant les qualifications professionnelles au cours de la phase des négociations ne constitue pas un motif de résiliation immédiate, à tout le moins lorsque le travailleur n'a pas été interrogé sur ces points. En revanche, des propos non conformes à la vérité relatifs à des qualifications et à d'anciennes fonctions sont de nature à ébranler le rapport de confiance réciproque et un congé immédiat pour être donné si, compte tenu de toutes les circonstances, il ne peut plus être exigé de l'employeur qu'il attende l'échéance du délai du congé ordinaire (SARB 1999 p. 432). Par ailleurs, le travailleur doit informer l'employeur de manière spontanée sur toutes les circonstances susceptibles de compromettre ou d'altérer l'exécution du contrat. Par exemple, le chauffeur qui est sous le coup d'un retrait de permis ou la femme enceinte qui postule pour un travail de nuit dans une activité dangereuse ou pénible au sein de la loi sur le travail.

---

## Les conséquences de la violation de l'art. 328b CO par l'employeur

Il est communément admis qu'en cas de questions illicites, le candidat est en droit de ne pas répondre ou a le droit de répondre de manière inexacte, cela dans le but de se prémunir du préjudice qu'il pourrait subir. Or, si le candidat utilise son droit de ne pas répondre à la question, l'employeur déduira inévitablement la réponse et risquera de ne pas l'engager pour cette raison. Par exemple, si, à la question illicite posée à une femme de savoir si elle entend fonder une famille, celle-là rétorque qu'elle ne souhaite pas s'exprimer sur ce sujet, l'employeur partira du principe que cette personne désire bien fonder une famille. Le préjudice non négligeable sous-jacent est l'évincement pur et simple de cette candidature. Pour éviter ces situations, la postulante peut mentir et ce droit au mensonge trouve sa justification dans le recours à la légitime défense. La travailleuse, par le biais de cette question, subit une atteinte à sa personnalité qu'elle peut, à son tour, contrer par une atteinte aux intérêts de l'employeur qu'est l'usage du mensonge. Par ailleurs, toute violation par l'employeur de l'art. 328b CO est une atteinte à la personnalité de l'employé ou du candidat qui en est victime. Ces dernières auront droit d'obtenir le versement de dommages-intérêts en se fondant sur les art. 328b CO respectivement 28 ss. du Code civil et, le cas échéant, pourra prétendre au paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale sur la base de l'art. 49. al. 1 CO.