

Stéphanie Fuld / Stéphanie Chuffart-Finsterwald

Nexus droit du travail et protection des données : quelques développements récents

De la conduite d'enquêtes internes à l'utilisation de contrôles d'accès biométriques sur les lieux de travail en passant par la publication de photographies d'employés sur les réseaux sociaux, les impératifs de protection de la personnalité et des données des employés sont devenus centraux en droit du travail. Afin de concilier impératifs de protection des données et protection de la personnalité des employés avec les besoins concrets des sociétés quelques réflexions à l'attention du praticien et de l'employeur sont ici proposées.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit du travail ; Protection des données

Proposition de citation : Stéphanie Fuld / Stéphanie Chuffart-Finsterwald, Nexus droit du travail et protection des données : quelques développements récents , in : Jusletter 12 juin 2017

Table des matières

Introduction

1. Enquêtes internes : protection de la personnalité et des données du travailleur
 1. Licenciement et protection de la personnalité du travailleur : quelques généralités et évolutions jurisprudentielles récentes
 2. Les exigences imposées par le droit de la protection des données
 3. Recommandations pratiques
2. Le droit à l'image au travail
 1. Droit à l'image de l'employé
 2. Enjeux additionnels de protection des données
 3. Recommandations pratiques
3. Surveillance du travailleur et protection des données : quelques développements récents dans le domaine de la vidéosurveillance et de la biométrie
 1. Vidéosurveillance
 2. Biométrie
 3. Recommandations pratiques

Conclusions

Introduction

[Rz 1] Le nexus droit du travail et protection des données est un sujet d'actualité¹.

[Rz 2] De la conduite d'enquêtes internes à l'utilisation de contrôles d'accès biométriques sur les lieux de travail en passant par la publication de photographies d'employés sur les réseaux sociaux, les impératifs de protection de la personnalité et des données des employés sont devenus centraux en droit du travail. Face à une évolution constante des mœurs et des technologies, lois et jurisprudences peinent toutefois trop souvent à apporter une marche à suivre claire à l'attention des employeurs.

[Rz 3] L'objet de cette publication est d'offrir une réflexion à l'attention du praticien et de l'employeur, de présenter quelques développements jurisprudentiels récents et de proposer quelques recommandations pratiques, afin de concilier impératifs de protection de la personnalité et des données des employés avec les besoins concrets des employeurs.

[Rz 4] Notre analyse démontre en effet que si ces différentes prescriptions apparaissent parfois contradictoires, quelques astuces pratiques peuvent permettre aux employeurs de les concilier.

[Rz 5] Dans un premier temps, nous traitons de la protection de la personnalité et des données du travailleur dans le cadre d'enquêtes internes (Section 1), et présentons quelques généralités relatives à la protection de la personnalité du travailleur lors du licenciement, ainsi que certaines évolutions jurisprudentielles récentes (1.1), notions qui sont ensuite mises en perspective au regard des exigences imposées par le droit de la protection des données (1.2). La première partie de notre analyse est clôturée par quelques recommandations pratiques pouvant permettre à l'employeur de concilier les exigences de protection de la personnalité du travailleur d'une part et de protection des données d'autre part (1.3).

¹ Voir à ce titre le compte-rendu de l'excellent colloque organisé récemment par le Centre d'étude des relations de travail de l'Université de Neuchâtel : Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (eds.), *La protection des données dans les relations de travail*, Collection CERT, Schulthess (2017). Dans la mesure où le présent article était déjà finalisé au moment du colloque, les différentes références pertinentes n'ont pas pu y être intégrées, mais le lecteur est vivement encouragé à prendre connaissance de l'ouvrage.

[Rz 6] Nous nous penchons ensuite sur la question épineuse du droit à l'image au travail (Section 2). Après quelques réflexions introductives relatives au droit à l'image de l'employé (2.1), nous analysons les enjeux additionnels que l'utilisation de l'image des employés pose au regard du droit de la protection des données (2.2) et concluons cette seconde section de l'analyse avec quelques recommandations pratiques (2.3).

[Rz 7] En troisième et dernier lieu, nous proposons quelques observations sur la surveillance du travailleur (Section 3), présentant quelques développements jurisprudentiels récents en matière de protection des données dans le domaine de la vidéosurveillance (3.1) et de la biométrie (3.2). Comme précédemment, l'analyse se clôture par quelques recommandations pratiques à l'attention des employeurs (3.3).

1. Enquêtes internes : protection de la personnalité et des données du travailleur

[Rz 8] La protection de la personnalité des travailleurs est un domaine du droit qui s'est fortement développé ces vingt dernières années. Dans la mesure où les liens entre devoir de protection de l'employeur et résiliation abusive sont étroits, l'un des aspects de cette évolution est la protection du travailleur contre le licenciement abusif. Il est ainsi aujourd'hui admis que le droit fondamental de chaque partie au contrat de travail de mettre unilatéralement fin à la relation contractuelle est limité par les dispositions sur le congé abusif (articles 336ss du Code des Obligations (ci-après : CO ; RS 220).

[Rz 9] Si ces évolutions sont indiscutablement bienvenues, certaines obligations que la jurisprudence semble aujourd'hui faire peser sur l'employeur – notamment quant à la nécessité de procéder à des enquêtes internes permettant de justifier le congé et de documenter les procédures de licenciement – soulèvent des difficultés pratiques du point de vue de la protection des données personnelles des employés, autre composante fondamentale de la protection de la personnalité des travailleurs.

[Rz 10] Alors que le droit de la protection des données personnelles a également évolué de façon importante ces vingt-cinq dernières années, les impératifs de protection de la personnalité du travailleur et de protection des données personnelles se heurtent ainsi parfois aujourd'hui.

[Rz 11] Cette première section de notre article propose dès lors d'analyser la relation entre ces différentes obligations de l'employeur. En premier lieu, quelques généralités relatives à la protection de la personnalité du travailleur lors du licenciement et certaines évolutions jurisprudentielles récentes sont présentées (1.1). Ces notions sont ensuite mises en perspective au regard des exigences imposées par le droit de la protection des données (1.2). Nous proposons finalement quelques recommandations pratiques qui peuvent permettre à l'employeur de concilier les exigences de protection de la personnalité du travailleur d'une part et de protection des données d'autre part (1.3).

1. Licenciement et protection de la personnalité du travailleur : quelques généralités et évolutions jurisprudentielles récentes

[Rz 12] Aux termes de l'article 328 al. 1 CO, « [l']employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement

et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes ». L'alinéa second de la disposition précise que l'employeur « *prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui* ». Il sied de préciser qu'il ne peut en aucun cas être dérogé à l'article 328b CO au détriment de l'employé, cela même si ce dernier y consent².

[Rz 13] Par ailleurs, dans le cadre des mesures de prévention des risques psychosociaux, les Offices cantonaux de l'inspection et des relations du travail préconisent que l'employeur établisse des directives relatives à la protection de l'intégrité personnelle³.

[Rz 14] Ainsi qu'exposé par le Tribunal fédéral, la question de savoir si l'employeur a pris les mesures nécessaires avant et lors du licenciement relève du droit car elle s'attache à examiner si l'employeur s'est conformé aux devoirs qui lui sont imposés par l'article 328 CO⁴. La jurisprudence a dès lors fortement fait évoluer la notion de protection de la personnalité du travailleur pour en faire une composante centrale – et multifacette – des obligations de l'employeur.

[Rz 15] Le Tribunal fédéral a ainsi admis que le caractère abusif d'un licenciement peut, par exemple, résulter de la manière dont la partie qui résilie le contrat exerce son droit. Ainsi, même lorsqu'une partie résilie le contrat de manière justifiée, elle doit faire usage de son droit avec modération⁵.

[Rz 16] Par ailleurs, est abusif le congé donné pour des raisons inhérentes à la personnalité du travailleur (article 336 al. 1 let. a CO). Toutefois, la jurisprudence a reconnu que s'il est établi qu'en raison du caractère difficile d'un employé une situation conflictuelle nuit notablement au travail en commun dans l'entreprise, le congé donné n'est pas abusif, pour autant que l'employeur ait au préalable pris toutes les mesures que l'on peut attendre de lui pour désamorcer le conflit latent. Dans un tel cas, tant le caractère difficile de l'employé que la mise en œuvre de mesures spécifiques afin de désamorcer le conflit doivent être démontrés par l'employeur⁶, exigences qui imposent un lourd fardeau de la preuve à la charge de ce dernier et dont la jurisprudence a défini certains contours.

[Rz 17] Notre Haute Cour a notamment précisé ce qui peut être attendu de l'employeur, cela tant au niveau de la manière dont il exerce son droit de résiliation, que des mesures à entreprendre pour que le congé fondé sur l'attitude de l'employé ne soit pas considéré comme abusif.

[Rz 18] Par exemple, dans un arrêt de mai 2016⁷, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la légalité d'un licenciement ordinaire fondé sur des accusations de vol portées à l'encontre d'une employée sans que l'employeur n'ait au préalable pris toutes les mesures nécessaires pour vérifier la véracité des faits dénoncés.

² Article 362 CO.

³ Voir, e.g., https://www.ge.ch/sante-travail/publications/doc/rps_recommandations.pdf (visité en dernier le 9 avril 2017).

⁴ Id., consid. 2.1 et références citées.

⁵ ATF 132 115, consid. 2.2 = JdT 2006 I 152, p. 154.

⁶ Voir e.g. ATF 136 II 513, consid. 2.3 ; 131 III 535, consid. 4.1. Pour un commentaire de l'arrêt, voir e.g. CHRISTIAN BETTEX, Enquêtes internes, droits du dénoncé ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_694/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2016.

⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_694/2015 du 4 mai 2016.

[Rz 19] Le licenciement avait été prononcé à l'encontre d'une auxiliaire de santé auprès d'un établissement médico-social, accusée par un résident d'avoir volé CHF 9.– dans son porte-monnaie. Après avoir entendu le résident et l'aide-infirmière, sans que celle-ci soit toutefois préalablement prévenue de l'objet de l'entretien, l'employeur avait considéré que les accusations du résident étaient crédibles et avait résilié de manière ordinaire le contrat de travail de l'auxiliaire de santé employée depuis onze ans auprès de l'établissement. Sur plainte du résident, une enquête pénale avait également été ouverte puis classée par le Ministère public.

[Rz 20] Saisi d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la validité du congé et a, en premier lieu, rappelé qu'une résiliation ordinaire fondée sur un prétendu comportement contraire à l'honneur est abusive s'il apparaît (i) que l'accusation est infondée et (ii) que l'employeur l'a élevée sans s'appuyer sur aucun indice sérieux et sans avoir entrepris aucune vérification⁸. Rappelant sa jurisprudence, notre Haute Cour a en effet souligné que l'employeur viole alors gravement son devoir de protéger la personnalité du travailleur. Les juges fédéraux ont toutefois indiqué que la résiliation ordinaire n'est pas abusive du seul fait que l'accusation élevée contre le travailleur se révèle finalement infondée ou non-confirmée, l'abus supposant en effet que l'employeur ait de plus accusé le travailleur avec légèreté et sans justification raisonnable⁹.

[Rz 21] Selon le Tribunal fédéral, des soupçons non-confirmés de vol peuvent donc justifier une résiliation ordinaire, cela pour autant qu'ils reposent sur des indices sérieux et que l'employeur ait dûment accompli toutes les vérifications qui s'imposaient à lui. A ce titre, les juges fédéraux ont rappelé que lors de ces vérifications, l'employeur est censé accomplir ou faire accomplir une enquête complète comportant, pour le travailleur dénoncé, des garanties équivalentes à celles d'une instruction pénale, telles les possibilités de préparer sa défense, de se faire assister d'un conseil, ou encore de faire administrer des preuves, les démarches à accomplir par l'employeur dépendant des circonstances concrètes de chaque cas¹⁰.

[Rz 22] Dans le cas de l'auxiliaire de santé, le licenciement n'avait été fondé que sur la base du récit du résident et en dépit des dénégations de l'employée. Le directeur de l'établissement n'avait ainsi procédé à aucune autre vérification. Le Tribunal fédéral a estimé que les contrôles méticuleux par le résident du contenu de son porte-monnaie au franc près dénotaient pourtant qu'il n'était pas sûr de connaître précisément le montant en sa possession et qu'il était enclin à la méfiance¹¹. Il s'imposait dès lors de considérer avec prudence l'accusation qu'il élevait contre l'employée¹². Dans la mesure où le résident partageait sa chambre, il s'imposait par ailleurs d'interroger l'autre résident également¹³. Les juges fédéraux ont en outre relevé que les modalités de l'entretien du directeur avec l'employée étaient critiquables puisque celle-ci n'avait pas été préalablement avertie qu'elle était accusée d'un vol et qu'elle n'avait pas pu se faire assister avant et après l'entretien¹⁴.

[Rz 23] Le Tribunal fédéral a ainsi conclu que le licenciement d'une employée qui travaillait de longue date pour l'établissement en raison d'une grave accusation de vol, sur la base d'une seule

⁸ Id., consid. 2.2.

⁹ Id., consid. 2.3.

¹⁰ Id., consid. 2.4, citant notamment Christian Bettex, Carlos Jaïco Carranza et Sébastien Micotti.

¹¹ Id., consid. 4.1.

¹² Id., 1^{er} para.

¹³ Id., 2^{ème} para.

¹⁴ Id., 3^{ème} para.

dénonciation sujette à caution, sans avoir procédé à toutes les vérifications qui s'imposaient, et sans avoir mis l'employée en mesure de défendre efficacement sa position et son honneur constituait un licenciement abusif contraire aux articles 328 al. 1 et 336 al. 1 CO¹⁵.

[Rz 24] Force est donc de constater qu'en cas de licenciement fondé sur un prétendu comportement contraire à l'honneur, l'employeur ne peut donc (plus) se limiter à résilier le contrat sur la base de sa simple appréciation des faits. Il doit en effet s'efforcer de vérifier de manière exhaustive la véracité des faits allégués et permettre à l'employé de défendre efficacement sa position et son honneur.

[Rz 25] Dans un arrêt d'août 2016¹⁶, le Tribunal fédéral s'est par ailleurs prononcé sur la légalité d'un congé donné à une cadre supérieure en raison d'une attitude jugée inappropriée envers ses subordonnés et sa hiérarchie.

[Rz 26] Le licenciement faisait suite à une enquête interne de l'employeur, déclenchée par l'employée finalement licenciée. L'enquête avait été confiée au chef des ressources humaines de l'entreprise ainsi qu'à un avocat externe et avait duré plus de deux mois. Le Tribunal fédéral a jugé que l'employeur, en l'espèce une banque, avait « réagi avec sérieux aux griefs de l'employée en mandatant un avocat extérieur pour enquêter en compagnie du chef des ressources humaines »¹⁷. Le caractère non-abusif du congé a donc été confirmé par le Tribunal. Le type de mesures entreprises dans le cas d'espèce, i.e. enquête interne de deux mois et constitution d'un avocat externe, requiert toutefois des ressources – financières et humaines – qui ne sont pas à la portée de tout employeur.

[Rz 27] L'analyse des critères établis par les différentes jurisprudences pour que le congé fondé sur l'attitude de l'employé ne soit pas considéré comme abusif sort du cadre du présent article. Néanmoins, les standards directement ou indirectement établis quant aux modalités de la notification du congé et à la documentation de son fondement soulèvent des questions intéressantes d'un point de vue de la protection des données personnelles des employés, autre composante fondamentale de la protection de la personnalité des travailleurs. En outre, se pose la question de savoir ce qui doit advenir du contenu des enquêtes internes clôturées, en particulier si *in fine* le comportement fautif dénoncé s'avère inexistant.

[Rz 28] Il sied ainsi d'analyser quelles sont les exigences supplémentaires qui sont imposées par le droit de la protection des données.

2. Les exigences imposées par le droit de la protection des données

[Rz 29] L'article 13 de la Constitution fédérale (ci-après : Cst. féd. ; RS 101) fixe le principe selon lequel toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications, ainsi qu'à la protection contre l'emploi abusif des données qui la concernent.

[Rz 30] Le droit de la protection des données personnelles complète et concrétise la protection de la personnalité, déjà garantie par les articles 28ss du Code civil (ci-après : CC ; RS 210)¹⁸.

¹⁵ Id., consid. 4.2, 2^{ème} para.

¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2016 du 25 août 2016.

¹⁷ Id., consid. 2.2.

¹⁸ Voir, e.g., ATF 142 III 263, consid. 2.2.1 et références citées.

[Rz 31] En droit du travail, l'article 328b CO prescrit : « *L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables* ».

[Rz 32] Le traitement des données personnelles est régi en Suisse par la Loi fédérale sur la protection des données (ci-après : LPD ; RS 235.1) et son Ordonnance (ci-après : OLPD ; RS 235.11), réglementations qui ont pour objectif de protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (article 1 LPD) et s'appliquent aux traitements de données concernant les personnes physiques comme morales effectués tant par les personnes physiques que les organes fédéraux (article 2 LPD)¹⁹.

[Rz 33] La LPD définit les « données personnelles » comme toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (article 3 let. a LPD). On entend par « traitement » toute opération relative à des données personnelles, quels que soient les moyens et les procédés utilisés (article 3 let. e LPD). Le traitement de données personnelles par des personnes privées est ainsi autorisé, pour autant qu'il ne porte pas une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées (article 12 LPD). Il y a atteinte illicite à la personnalité lorsque des données personnelles sont traitées en violation des principes généraux de la LPD ou contre la volonté expresse de la personne concernée.

[Rz 34] De nombreux ouvrages présentent et analysent les principes du droit de la protection des données, il suffit ici de rappeler qu'en droit suisse, la protection des données personnelles s'articule autour de grands principes, en particulier ceux de licéité, proportionnalité, reconnaissabilité, bonne foi, finalité, exactitude et sécurité (articles 4, 5 et 7 LPD).

[Rz 35] Soulignons par ailleurs qu'en ce qui concerne la sécurité des données personnelles, l'article 7 LPD indique que « [l]es données personnelles doivent être protégées contre tout traitement non autorisé par des mesures organisationnelles et techniques appropriées ». L'article 8 al. 1 OLPD précise que le maître du fichier « assure la confidentialité, la disponibilité et l'intégrité des données afin de garantir de manière appropriée la protection des données ». L'alinéa second de la même disposition ajoute que « [l]es mesures techniques et organisationnelles sont appropriées. Elles tiennent compte en particulier des critères suivants : a. but du traitement de données ; b. nature et étendue du traitement de données ; c. évaluation des risques potentiels pour les personnes concernées ; d. développement technique ». Cette obligation, souvent négligée par les employeurs, est fondamentale.

[Rz 36] Le traitement de données personnelles est autorisé lorsqu'il est justifié, par exemple, par le consentement de la personne concernée, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (article 13 al. 1 LPD). L'article 13 al. 2 LPD énumère plusieurs autres cas dans lesquels l'intérêt prépondérant de la personne qui traite des données personnelles peut être invoqué, par exemple lorsque le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et que les données traitées concernent le cocontractant (let. a). Appliquées au secteur du travail, ces dispositions signifient que l'employeur a un intérêt prépondérant au traitement de données pertinentes pour le bon fonctionnement de l'entreprise, cela dans les limites de l'article 328b CO.

¹⁹ La LPD se trouve actuellement en révision. L'avant-projet de cette deuxième révision de la loi et les documents y relatifs sont disponibles sur le site internet de l'OFJ, <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html> (visité en dernier 9 avril 2017). Le traitement de données personnelles par les organes cantonaux est quant à lui régi par les lois cantonales applicables.

[Rz 37] Il incombe toutefois à l'employeur maître du fichier, c'est-à-dire à la personne physique ou morale qui décide du but et du contenu du fichier (article 3 let. i LPD), de veiller à ce que les dispositions relatives à la protection des données soient respectées.

[Rz 38] Cette règle s'applique également lorsque le traitement de données est confié à un tiers, par exemple à un enquêteur privé externe lors d'une enquête interne.

[Rz 39] Il sied à ce titre de rappeler que les atteintes illicites à la personnalité peuvent faire l'objet d'une action au sens des articles 28ss CC (article 15 al. 1 1^{ère} phr. LPD), dispositions aux termes desquelles le demandeur peut requérir du juge d'interdire une atteinte illicite imminente (ch. 1), de la faire cesser (ch. 2), ou d'en constater le caractère illicite (ch. 3).

[Rz 40] Par ailleurs, les employés ont le droit d'être renseignés sur le contenu de leur dossier personnel (article 8 al. 1 LPD). Afin de sauvegarder l'intérêt prépondérant de l'employeur, les employés ne peuvent toutefois pas consulter les dossiers qui concernent des procédures en cours (article 9 al. 4 LPD) ; on pensera à ce titre en particulier aux enquêtes internes.

[Rz 41] L'employeur est également tenu de vérifier l'exactitude des appréciations portées dans les certificats ou les évaluations du personnel et, au besoin, d'apporter les rectifications nécessaires. Selon les recommandations du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après : le « Préposé fédéral » ou « PFPDT »), les appréciations purement subjectives ne sont pas pertinentes pour l'évaluation de la personne concernée et n'ont ainsi pas leur place dans les dossiers du personnel ; les appréciations subjectives fondées sur des critères objectifs, dans la mesure où il est possible de les vérifier et si elles sont partagées par des tiers, peuvent être considérées comme correctes et peuvent dès lors apparaître dans les dossiers du personnel ; quant aux appréciations dont l'exactitude ne peut pas toujours être établie, elles peuvent se trouver dans les dossiers du personnel, mais la personne concernée peut en contester le bien-fondé et exiger qu'il soit fait état de leur caractère litigieux dans le dossier (article 15 al. 2 LPD)²⁰. Ces impératifs doivent également être gardés à l'esprit par les responsables des ressources humaines, notamment après clôture d'une enquête interne.

[Rz 42] En effet, selon le Préposé fédéral, ce dossier « *ne doit contenir que les données indispensables à l'exécution du contrat de travail* » et « [t]out dossier gris (dossier parallèle non officiel contenant des informations confidentielles auxquelles les personnes concernées n'ont pas accès) est proscrit »²¹.

[Rz 43] Le Préposé fédéral prescrit en outre que les dossiers du personnel doivent être triés régulièrement – tous les deux ans, en général – afin d'en retirer les documents inutiles, que les données contenues dans ces dossiers doivent être traitées uniquement par le service du personnel, et que ces dossiers ne doivent être accessibles qu'aux services fondés à les utiliser de par les fonctions qu'ils exercent²². Cette obligation aura une importance toute particulière en cas d'enquêtes internes classées : le contenu de celles-ci devrait être effacé du dossier personnel dans les meilleurs délais. L'employeur devrait également veiller à récupérer l'ensemble des notes et fiches établies par l'enquêteur externe, celui-ci ne devant pas, au terme de l'enquête, rester en possession des données personnelles traitées.

²⁰ Id., p. 13.

²¹ PFPDT, Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail – Traitement par des personnes privées, oct. 2014, p. 11. Il sied à ce titre de préciser qu'en 2013 le Tribunal fédéral a en partie fondé sa décision sur les recommandations du Préposé fédéral en matière de surveillance dans le secteur du travail, consacrant la valeur quasi-législative de ces textes.

²² Id., p. 12.

[Rz 44] La tenue d'enquêtes internes va également engendrer le traitement de quantité de données personnelles de nature particulièrement sensible. Traiter ces données dans les limites imposées par la loi peut s'avérer être un défi complexe pour l'employeur.

[Rz 45] Par ailleurs, la sous-traitance même des enquêtes internes – par exemple à des consultants externes – peut s'avérer en soi problématique. Pour rappel, l'employeur ne peut, en principe, communiquer aucun renseignement à des tiers sans le consentement de la personne concernée, à moins que la loi ne lui en fasse obligation (par exemple en ce qui concerne les données destinées aux assurances sociales)²³. La communication de données sensibles et de profils de la personnalité est par ailleurs proscrite en l'absence de motifs justificatifs (article 12 al. 2, let. c LPD).

[Rz 46] Alors que la jurisprudence semble rendre presque obligatoire la tenue d'enquêtes internes dans le cas de licenciements liés au comportement du travailleur (ou à tout le moins y donner une importance particulière), la conciliation des obligations – parfois contradictoires – à charge de l'employeur apparaît comme nécessaire. On peut en particulier se poser les questions de savoir si une obligation de récupérer les données s'impose au terme de l'enquête, comment garantir une information complète aux différentes personnes impliquées sans pour autant porter préjudice aux éventuels autres employés/témoins entendus dans le cadre de ladite enquête et s'il est possible de limiter l'accès des employés concernés au rapport établi par l'enquêteur en leur livrant le résultat sous forme d'un résumé.

[Rz 47] La prochaine section de notre article propose ainsi quelques recommandations pratiques pour la mise en œuvre d'enquêtes internes.

3. Recommandations pratiques

[Rz 48] A titre liminaire, il sied de rappeler que les personnes privées sont tenues de déclarer leurs fichiers si elles traitent régulièrement des données sensibles, des profils de la personnalité, ou si elles communiquent régulièrement des données personnelles à des tiers (article 11a al. 3 LPD). En ce qui concerne les dossiers du personnel, l'employeur n'est pas obligé de déclarer ces derniers, car il traite ces données personnelles en vertu d'une obligation légale. Le Préposé fédéral a toutefois précisé que cette exception ne s'applique pas à tous les fichiers appartenant aux employeurs et que les fichiers qui ne se fondent pas sur des obligations légales (p. ex. pour établir des profils de clients ou pour d'autres prestations) doivent être déclarés, conformément à l'article 11a LPD²⁴. Cette exigence doit donc être gardée à l'esprit.

[Rz 49] En ce qui concerne la conduite d'enquêtes internes, les recommandations suivantes peuvent par ailleurs être formulées :

- informer, dans la mesure du possible, l'employé de la décision de mener une enquête interne, de son processus et des informations collectées ;
- protocoler la raison de la mise en œuvre d'une enquête interne ;
- limiter autant que possible le nombre de personnes prenant part à l'enquête interne ;
- identifier dans la mesure du possible une seule personne en charge de consolider les informations recueillies ;
- définir précisément le rôle de chaque intervenant et le champ de l'investigation de l'enquête ;

²³ Id., p. 13.

²⁴ Id., p. 12.

- s'assurer que ces informations ne sont accessibles qu'à un nombre très limité de personnes ;
- protocoler et documenter la conduite de l'enquête interne ;
- pour chaque donnée ou catégorie de données versée au dossier appliquer le test suivant : l'information est-elle apte, nécessaire et non exagérée pour atteindre le but recherché en l'espèce ? ;
- protéger physiquement et techniquement le fichier contre tout accès indu ;
- vérifier régulièrement la teneur du fichier ;
- protéger les employés entendus à titre de témoins en anonymisant dans la mesure du possible leurs propos ;
- rappeler à chaque intervenant, témoin ou partie ses obligations de confidentialité ;
- évaluer la nécessité de faire signer à chacun une clause de confidentialité, éventuellement assortie d'une clause pénale ;
- soumettre l'éventuel enquêteur externe au respect tant de la LPD que des obligations relatives à la protection de la personnalité du travailleur ;
- transmettre le rapport d'investigation aux seules personnes concernées tout en rappelant l'importance de la confidentialité ;
- effacer les données si l'enquête interne est classée ;
- éviter l'existence de tout dossier « parallèle » au dossier officiel ;
- récupérer l'ensemble des données collectées par l'enquêteur externe.

[Rz 50] Lorsqu'une enquête interne est diligentée, il paraît nécessaire d'une façon générale de communiquer à l'ensemble des personnes auditionnées et concernées une déclaration de principe sur la tolérance zéro de l'employeur en matière d'atteintes à la personnalité. A notre sens, afin de protéger au mieux la personnalité de toutes les personnes impliquées, à savoir tant l'employé dénonçant que l'employé visé et les éventuelles personnes entendues dans le cadre de l'investigation, l'enquêteur – interne comme externe – devrait systématiquement requérir la signature d'un accord de confidentialité, assorti d'une clause pénale et d'un rappel, qu'en cas de violation, un licenciement avec effet immédiat pourrait se justifier. En effet, si l'enquête implique l'interrogatoire de plusieurs personnes au sein de l'entreprise, l'employeur se doit d'attirer expressément l'attention de ces dernières sur la confidentialité exigée et sur le risque d'atteinte à la personnalité qu'une divulgation pourrait engendrer, tout en se montrant responsable en prenant des mesures préventives sous forme d'accord de confidentialité.

[Rz 51] Il y a lieu dans tous les cas de peser les intérêts en présence, à savoir la protection de la sphère privée de l'employé d'un côté et les intérêts de l'employeur et de son personnel dans son ensemble de l'autre, et de garder à l'esprit que l'enquête interne n'a pas pour objectif de se substituer à la compétence des autorités éventuellement concernées.

2. Le droit à l'image au travail

[Rz 52] Concrétisation de l'article 10 al. 2 de la Cst. féd. (droit à la vie et liberté personnelle), les articles 28 ss CC établissent le système de la protection de la personne contre des atteintes de tiers.

[Rz 53] Le droit à l'image est un droit de la personnalité au sens de l'article 28 CC²⁵. Dans ce cadre, le droit de chacun à sa propre image se présente comme un droit d'autodétermination qui protège l'individu contre toute représentation illicite de son identité visuelle personnelle²⁶.

[Rz 54] Selon le Tribunal fédéral, personne en principe ne peut ainsi être représenté sans son consentement préalable ou postérieur, que ce soit par des dessins, des peintures, des photographies, des photos, des films ou par des procédés similaires²⁷.

[Rz 55] Un consentement à la représentation exclut toute violation des droits de la personnalité, pour autant toutefois qu'il soit valable, notamment en concernant un bien juridique dont le titulaire peut disposer²⁸. Exceptionnellement, le consentement peut être donné, respectivement accepté, oralement, mais il doit dans tous les cas être efficace, c'est-à-dire qu'il doit en particulier être exempt de vices du consentement et être suffisamment concret eu égard à l'image qui doit être publiée et au but de l'utilisation, cela afin qu'il ne puisse pas servir à d'autres fins que celles pour lesquelles il a été donné²⁹.

[Rz 56] Soutenant une doctrine minoritaire, les juges fédéraux ont jugé que si des intérêts économiques se trouvent au premier plan, le droit à sa propre image peut toutefois faire l'objet d'engagements contractuels irrévocables³⁰. En effet, le nom, la voix ou l'image ne feraient pas partie du noyau intangible de l'essence humaine.

[Rz 57] Il s'agira toutefois de s'assurer que le consentement n'est pas entaché d'erreur, en particulier qu'il est éclairé et suffisamment concret. Le consentement ne peut par ailleurs qu'être donné dans les limites de l'article 27 CC.

[Rz 58] A ce titre, le Tribunal fédéral a rappelé que s'agissant du noyau intangible de la personnalité – par exemple la liberté de mouvement, l'intégrité physique et psychique ou encore la sphère intime – les accords contractuels sont exclus³¹.

[Rz 59] Alors que les entreprises sont de plus en plus actives sur les réseaux sociaux, la question du droit à l'image des employés est particulièrement d'actualité. Cette seconde section de notre article se propose ainsi dans un premier temps de présenter quelques généralités relatives au droit à l'image de l'employé (2.1). Nous analyserons ensuite les enjeux additionnels que l'utilisation de l'image des employés pose au regard du droit de la protection des données (2.2). Nous clôturerons cette seconde section avec quelques recommandations pratiques (2.3).

1. Droit à l'image de l'employé

[Rz 60] PME ou multinationales, les employeurs publient aujourd'hui fréquemment des photographies de leurs employés, par exemple sur les comptes Facebook et Instagram de leurs entreprises. De nombreux sites internet d'entreprises proposent en outre la présentation de (certains de) leurs employés sous forme de profil avec photographie(s). Par ailleurs, les exploitants de sites

²⁵ ATF 136 III 401 = JdT 2011 II p. 508, consid. 5.2.1.

²⁶ ATF 138 II 346 = JdT 2013 I p. 71, consid. 8.2 et références citées.

²⁷ ATF 136 III 401 = JdT 2011 II p. 508, consid. 5.2.1.

²⁸ Id.

²⁹ Id.

³⁰ Id., consid. 5.2.2.

³¹ ATF 136 III 401 = JdT 2011 II p. 508, consid. 5.4.

internet de ventes en ligne quotidiennes utilisent souvent leurs employés comme mannequins, afin de présenter les vêtements et accessoires vendus. Les exemples d'utilisation de l'image d'employés sont ainsi nombreux.

[Rz 61] Il va de soi aujourd'hui que les employeurs doivent au préalable obtenir le consentement de leurs employés afin de pouvoir exploiter leur image. Dans le rapport de subordination qui caractérise le contrat de travail, l'on peut toutefois se demander dans quelle mesure le consentement de l'employé est véritablement libre. En outre, se pose la question de savoir pour quelle durée le consentement peut valablement être obtenu. L'employé peut-il par exemple consentir à l'utilisation de son image une fois pour toutes dans son contrat de travail? Au contraire, le consentement devrait-il être obtenu à chaque fois que l'image de l'employé est utilisée? La légalité de l'utilisation de l'image des employés doit par ailleurs être analysée au regard du droit de la protection des données.

[Rz 62] Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de souligner que le droit de chacun à sa propre image est un droit d'autodétermination qui protège contre toute représentation illicite de l'identité visuelle personnelle et que ce droit comprend en réalité deux droits distincts dans leur contenu : d'une part, un droit de défense dirigé contre tout enregistrement photographique et cinématographique réalisé dans un but de découverte et d'identification de la personne ; d'autre part, un droit à l'autodétermination de la personne relatif à la publication de sa propre image, en particulier son portrait³².

[Rz 63] Nous l'avons vu, le Tribunal fédéral a construit une jurisprudence pragmatique prenant en compte les évolutions techniques et sociales qui entourent la question du droit à l'image. Il a dès lors admis en principe les engagements contractuels prévoyant la cession du droit à sa propre image et la légalité des clauses contractuelles prévoyant une indemnité en cas de résiliation de tels engagements³³. Dans ce cas d'espèce, le consentement à la publication de photographies à caractère pornographique échappait ainsi à la protection du noyau intangible de la personnalité³⁴.

[Rz 64] Plus précisément, les juges fédéraux ont retenu qu'« [e]u égard à l'importance qu'a pris, au cours de ces dernières décennies, la commercialisation de l'image, du nom ou de la voix, il est irréaliste [...] de continuer à considérer que la cession consentie de droits sur sa propre image ne peut pas faire l'objet d'engagements contractuels révocables librement et en tout temps. [...] »³⁵.

[Rz 65] Ainsi qu'exposé *supra*, l'employeur est tenu, aux termes de l'article 328 CO, de protéger la personnalité du travailleur. Le Message du Conseil fédéral indique que le bien protégé dans le cadre de l'article 328 al. 1 CO est « toute la personne du travailleur » et que l'étendue de la protection a été conçue comme une notion flexible pouvant protéger « des biens nouveaux », selon la transformation des conditions de l'emploi et l'évolution constante de la technique³⁶. Aujourd'hui, le droit à l'image relève indiscutablement de l'article 328 CO³⁷. L'employeur est ainsi tenu de res-

³² ATF 138 II 346 = JdT 2013 I p. 71, consid. 8.2.

³³ ATF 136 III 401 = JdT 2011 II p. 508, consid. 5.2.3.

³⁴ Id., consid. 5.4.2.

³⁵ Id.

³⁶ FF 1967 II 249, p. 353.

³⁷ Voir e.g. JEAN-PHILIPPE DUNAND, « La protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 CO) : norme flexible et cardinale du droit suisse du travail », in *Facettes du droit de la personnalité – Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manai*, CG (2014), p. 49 et références citées.

pecter le droit à l'image de ses employés, cela en toutes circonstances. Les dispositions relatives à la protection des données viennent renforcer ce cadre législatif.

2. Enjeux additionnels de protection des données

[Rz 66] Au sujet de l'utilisation de l'image d'employés, le Préposé fédéral indique que « [c]omme une photographie permet dans certains cas de déterminer des caractéristiques telles que la religion, l'appartenance à une race ou des déficiences physiques de la personne représentée et que, de plus, une telle photographie n'est souvent d'aucune utilité pratique, il n'est permis de mettre des photos sur Intranet ou Internet qu'avec le consentement des personnes concernées. Cette règle vaut aussi pour les photos prises lors de manifestations telles qu'apéritifs ou excursions organisés par l'entreprise. Il est conseillé de se demander au préalable si la publication de photos d'employés est indispensable à l'accomplissement des tâches »³⁸. Selon le Préposé fédéral, le consentement doit ainsi être obtenu pour la publication de chaque photographie, même si uniquement sur l'Intranet de l'entreprise. L'utilisation de photographies d'employés doit en outre être réduite à ce qui apparaît comme strictement nécessaire. Ces recommandations font état d'une approche conservatrice, qui peut sembler quelque peu déconnectée de la réalité du monde des entreprises où les réseaux sociaux et la présence sur Internet sont devenus incontournables et où une réactivité quasi immédiate est de mise.

[Rz 67] Dans son arrêt *Google Street View*, le Tribunal fédéral a par ailleurs rappelé que dans le domaine de la protection des données, le droit à l'autodétermination en matière d'informations personnelles, consacré par l'article 13 al. 2 Cst. féd., garantit que l'individu demeure en principe maître des données le concernant, indépendamment du degré de sensibilité effectif des informations en cause³⁹. Ainsi, toute photographie, même lorsque l'employé se trouve peu reconnaissable, atteint potentiellement le droit à l'image de la personne concernée.

[Rz 68] Les entreprises doivent donc agir avec la plus grande prudence et exercer une certaine retenue lorsqu'elles font usage de l'image de leurs employés.

3. Recommandations pratiques

[Rz 69] Nous l'avons vu, lorsqu'un employeur souhaite utiliser l'image de ses employés, il doit obtenir son consentement éclairé et protéger au maximum sa personnalité. Ces exigences peuvent paraître difficiles à suivre et, à ce titre, les recommandations pratiques suivantes peuvent être formulées :

- contrôler les publications sur l'Intranet ;
- exercer une certaine retenue dans l'utilisation de photographies d'employés ;
- pour chaque utilisation, appliquer le test suivant : l'information est-elle apte, nécessaire et non exagérée pour atteindre le but recherché en l'espèce ? ;
- donner une information claire et précise sur l'utilisation des photographies ;
- effacer immédiatement toute publication de l'image d'un employé à l'encontre de laquelle l'employé concerné émet certaines réserves ;

³⁸ <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00975/00978/index.html?lang=fr> (visité en dernier 9 avril 2017).

³⁹ ATF 138 II 346 = JdT 2013 I p. 71, consid. 8.2.

- obtenir un consentement spécifique de la part des employés, idéalement pour chaque photographie, dans tous les cas pour chaque type d'utilisation ;
- ne pas exercer de pression sur les employés pour obtenir ce consentement ;
- renouveler le consentement à intervalles réguliers ;
- enlever immédiatement les profils en ligne des employés lorsque ceux-ci quittent l'entreprise ;
- permettre aux employés de valider toute photographie avant sa publication ;
- établir une directive sur l'utilisation des photographies prises lors d'événements ;
- dûment informer l'ensemble des collaborateurs des risques liés à la diffusion de photographies prises par appareils privés (e.g. téléphones portables) lors d'événements professionnels ou récréationnels organisés par l'employeur ;
- d'une manière générale, adopter une communication ouverte et transparente sur l'utilisation par l'entreprise de l'image de ses employés, de sorte à garantir un consentement éclairé et libre.

3. Surveillance du travailleur et protection des données : quelques développements récents dans le domaine de la vidéosurveillance et de la biométrie

[Rz 70] Un point de rencontre majeur entre le droit du travail et la protection des données est la surveillance des travailleurs.

[Rz 71] Aux termes de l'article 6 al. 1 de la loi sur le travail (ci-après : LTr ; RS 822.11), l'employeur est tenu, pour protéger la santé des travailleurs, « *de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs* ».

[Rz 72] Précisant cette obligation, le Conseil fédéral a adopté l'article 26 de l'Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (ci-après : OLT 3 ; RS 822.113), qui traite expressément de la surveillance des travailleurs et prévoit qu'« [i]l est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail » (al. 1) et que « [l]orsque des systèmes de surveillance ou de contrôle sont nécessaires pour d'autres raisons, ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs ». L'OLT3 prévoit ainsi une interdiction complète de la surveillance du comportement des travailleurs, tout en admettant qu'une surveillance puisse être licite si elle a lieu pour des raisons autres que la surveillance du comportement, telles la sécurité des personnes physiques et/ou des biens matériels.

[Rz 73] La jurisprudence a eu l'occasion de spécifier que l'admissibilité d'un système de surveillance sur le lieu de travail s'analyse au regard du but de la surveillance entreprise, et non pas de ses effets⁴⁰.

[Rz 74] En cas de violation des règles de la législation sur le travail (article 6 LTr en particulier), les offices cantonaux d'inspection du travail sont compétents pour procéder à des investigations⁴¹ et

⁴⁰ ATF 130 II 425.

⁴¹ Article 54 LTr.

rétablir l'ordre légal⁴². Un système de vidéosurveillance peut également constituer une infraction au sens des articles 179ss du Code pénal (CP) (infractions contre le domaine secret ou le domaine privé). Les conséquences en cas de violation des dispositions applicables peuvent ainsi être graves. [Rz 75] Cette troisième et dernière section de notre article se propose ainsi de présenter les obligations à charge de l'employeur en cas de surveillances vidéo (3.1) et biométrique (3.2). Elle propose finalement quelques recommandations pratiques pour la mise en place de telles mesures de surveillance par l'employeur (3.3).

1. Vidéosurveillance

[Rz 76] Ainsi qu'exposé *supra*, l'employeur ne peut utiliser des systèmes destinés à surveiller le seul comportement des employés à leur poste de travail en raison des risques que peuvent présenter ces systèmes pour la santé (article 26 OLT 3). L'utilisation de systèmes de contrôle et de surveillance est autorisée soit pour des raisons de sécurité, soit pour mesurer le rendement fourni (par exemple, pour déterminer le nombre de frappes par jour dans un système de saisie de textes). L'employeur ne peut toutefois les utiliser qu'après avoir informé les employés concernés et uniquement pendant un laps de temps bien défini⁴³.

[Rz 77] Si des systèmes de surveillance sont utilisés pour des raisons de sécurité, ils doivent respecter autant que possible la personnalité de l'employé, en évitant par exemple que des employés – en particulier leurs visages – ne se trouvent dans le champ de la caméra⁴⁴.

[Rz 78] Le Commentaire du Secrétariat d'Etat à l'économie concernant l'article 26 OLT3 indique que « *pour savoir si un système de surveillance répond au contenu de l'article 26 de l'OLT 3, il faut d'abord examiner si les trois conditions suivantes sont réunies : a) existence d'un intérêt nettement prépondérant autre que la surveillance du comportement des travailleurs (p. ex. sécurité du personnel, de l'entreprise ou optimisation de la production) ; b) proportionnalité entre l'intérêt de l'employeur à recourir à une surveillance et l'intérêt des travailleurs à ne pas être surveillés ; c) participation des travailleurs à la planification, l'installation et l'emploi des systèmes de surveillance ou de contrôle et concernant la durée de conservation des données ainsi recueillis* »⁴⁵. Il faut en outre que la législation sur la protection des données, ainsi que le Code pénal soient respectés⁴⁶.

[Rz 79] En application de ces principes, la jurisprudence a considéré comme admissibles les mesures de surveillance suivantes⁴⁷ :

- un système de surveillance vidéo installé à l'insu des collaborateurs dans un local de la caisse, dans la mesure où la surveillance avait pour objectif de résoudre des infractions de vol et que

⁴² Articles 51, 52–53 et 59 LTr.

⁴³ PFPDT, Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail – Traitement par des personnes privées, oct. 2014, p. 15.

⁴⁴ Id., p. 17.

⁴⁵ Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, ad. Art. 26. Disponible à l'adresse <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zur-argv-3.html> (visité en dernier 9 avril 2017).

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Voir e.g. Rémy Wyler, Boris Heinzer, *Droit du travail*, Stämpfli (2014), pp. 326–330 ; SYLVAIN MÉTILLE, « La surveillance électronique des employés », in Jean-Philippe Dunand, Pascal (éds.), *Internet au travail ; Schulthess* (2014), pp. 110–111.

les travailleurs ne se trouvaient dans ledit local que périodiquement et brièvement pour y déposer ou prélever des espèces⁴⁸ ;

- en raison de soupçons de vol, la mise en place à l'insu des travailleurs d'une surveillance vidéo d'une caisse, le Tribunal fédéral considérant qu'une telle mesure profite également aux travailleurs innocents qui peuvent ainsi être libérés du soupçon général pesant sur l'ensemble des collaborateurs concernés⁴⁹ ;
- la surveillance au moyen d'une caméra vidéo non reliée à une salle de contrôle qui, pour des motifs de sécurité, ne fait qu'enregistrer sur une bande, cela dans la mesure où ledit enregistrement est ensuite détruit, sans être utilisé, sous réserve d'exceptions définies à l'avance⁵⁰.

[Rz 80] En mars 2016, le Tribunal fédéral a rendu un nouvel arrêt relatif à la vidéosurveillance⁵¹. Cet arrêt concernait l'installation par un bailleur d'un système de vidéosurveillance par douze caméras des espaces intérieurs et extérieurs d'un ensemble d'immeubles et nous verrons que les principes dégagés doivent s'appliquer par analogie en droit du travail. Un locataire des immeubles avait demandé le retrait des caméras installées à l'intérieur, ainsi qu'à l'extérieur de l'immeuble qu'il occupe. Il avait partiellement été fait droit à sa requête et le Tribunal fédéral, sur recours du bailleur, s'est prononcé sur la légalité de l'installation de trois caméras litigieuses. Il a considéré que « [l]'enregistrement d'images par un dispositif de vidéosurveillance permettant d'identifier des personnes déterminées tombe incontestablement dans le champ d'application de la loi sur la protection des données »⁵². Dans le cadre de l'analyse des motifs justificatifs de l'article 13 al. 1 LPD (présenté *supra*), il a par ailleurs rappelé qu'« [o]utre l'intérêt de la personne qui traite les données, les intérêts des tiers, voire des personnes concernées elles-mêmes, peuvent justifier le traitement des données dans certaines circonstances. En principe, tout intérêt digne de protection, c'est-à-dire tout intérêt dont la valeur est généralement reconnue, peut être pris en considération »⁵³. Il sied ainsi de procéder à une mise en balance des intérêts en jeu. De façon intéressante, le Tribunal fédéral a indiqué que « [...] la protection de la sphère privée n'a pas la préséance sur la garantie légale de la propriété, et encore moins sur la protection de l'intégrité physique, de sorte qu'une vidéosurveillance dans tous les locaux accessibles aux habitants ne saurait être considérée comme étant systématiquement illicite si elle est effectuée sans l'accord de l'ensemble des intéressés »⁵⁴. A la lumière de ces principes, le Tribunal fédéral a confirmé la légalité de la pesée des intérêts effectuée par la dernière instance cantonale, qui avait retenu que grâce aux caméras maintenues, l'intérêt du bailleur et des locataires ayant consenti à la vidéosurveillance était suffisamment préservé sans les trois caméras qualifiées d'illicites⁵⁵. Le Tribunal fédéral a par ailleurs souligné que « [l]a limitation de l'accès aux images par des mesures techniques et organisationnelles (et notamment la durée de sauvegarde limitée à vingt-quatre heures [...]) ne justifie pas en soi une atteinte à la personnalité »⁵⁶. Cette précision

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_536/2009 du 12 novembre 2009 = SJ 2010 I 394 ; confirmé par arrêt 9C_785/2010 du 10 juin 2011, consid. 6.3 et 6.7.1.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_785/2010 du 10 juin 2011, consid. 6.7.3 ; confirmé par ATF 138 V 125, consid. 3.1 et 3.2.

⁵⁰ ATF 130 II 425, 445 consid. 6.2 (*obiter dictum*).

⁵¹ ATF 142 III 263 = SJ 2016 I p. 397.

⁵² Id., consid. 2.2.1.

⁵³ Id., citant ATF 138 II 346, consid. 10.3 et ses références.

⁵⁴ Id., consid. 2.2.2.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Id.

démontre que la mise en place de mesures techniques et organisationnelles ne peut pas à elle seule pallier la non-proportionnalité initiale d'un système de vidéosurveillance, à savoir sa mise en place, alors que la mesure n'est, au regard des circonstances, pas nécessaire.

[Rz 81] Ce récent arrêt du Tribunal fédéral précise donc de manière bienvenue la jurisprudence en matière de vidéosurveillance et il va de soi que les principes dégagés doivent s'appliquer par analogie à la vidéosurveillance sur les lieux de travail. En particulier, l'employeur dont la surveillance pourrait *a priori* contrevenir au principe de proportionnalité devrait, dans tous les cas mais en particulier en cas de doute, limiter l'étendue de la sauvegarde par la mise en œuvre de moyens techniques et limiter strictement la durée de conservation des images.

2. Biométrie

[Rz 82] Le contrôle des présences et des accès au poste de travail s'effectue aujourd'hui de plus en plus fréquemment à l'aide de logiciels. En principe, l'authentification seule peut suffire à accorder l'accès requis à une personne qui conserve alors son anonymat. Dans le cas du pointage des présences, l'identification des personnes est par contre nécessaire.

[Rz 83] L'authentification et l'identification peuvent notamment se faire grâce à la biométrie, et plus particulièrement par l'utilisation des empreintes digitales des employés.

[Rz 84] Sans association avec l'identité, les éléments biométriques ne représentent pas des données personnelles au sens de la LPD. Avec association de l'identité, les empreintes digitales deviennent au contraire des données sensibles, car elles peuvent notamment déterminer l'appartenance dite raciale d'une personne (Article 3 let. c ch. 2 LPD). En cas d'association avec l'identité des personnes, une base de données est alors constituée et celle-ci est soumise aux dispositions de la LPD et de l'OLPD.

[Rz 85] Les données biométriques ne peuvent ainsi être traitées que sur la base d'un motif justificatif ou, si le maître du fichier est un organe fédéral, si une base légale le prévoit. Faute de motif justificatif, un tel traitement constitue une atteinte illicite à la personnalité, la personne concernée perdant, par l'action abusive de l'employeur, le contrôle sur ses propres empreintes digitales. En effet, la mesure ne répond pas aux exigences de proportionnalité, qui sont, nous l'avons vu *supra*, centrales dans la loi.

[Rz 86] Le Préposé fédéral juge ainsi « *délicate l'utilisation dans le monde du travail de systèmes de reconnaissance fondés sur des caractéristiques biométriques, étant donné qu'elle entraîne une atteinte par l'employeur aux droits de la personnalité de ses employés* »⁵⁷.

[Rz 87] Par ailleurs, en raison du rapport de subordination qui caractérise la relation de travail, le consentement de l'employé ne suffit pas à justifier le traitement de données personnelles aussi sensibles que les données biométriques.

[Rz 88] Le traitement par l'employeur de données biométriques des employés doit dès lors se justifier. La loi, un intérêt public prépondérant ou un intérêt privé prépondérant de l'employeur peuvent apporter une telle justification (Article 13 ch. 1 LPD).

[Rz 89] Même si l'employeur peut justifier le traitement imposé, il doit en outre s'assurer que le système de reconnaissance qu'il entend utiliser est conforme aux normes de la protection des

⁵⁷ Recommandation disponible sur le site internet du PFPDT, <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00975/01213/index.html?la> (visité en dernier 9 avril 2017).

données. Le Préposé fédéral a publié un guide à cet égard, qui récapitule les règles à respecter lors du développement et de l'utilisation de systèmes de reconnaissance biométrique⁵⁸.

[Rz 90] En tous les cas, le traitement des données doit s'effectuer de manière transparente. Les employés doivent avoir la possibilité de vérifier l'utilisation de leurs données et de demander leur destruction.

[Rz 91] Quelle que soit la caractéristique biométrique utilisée (e.g. empreinte digitale, contour de la main ou reconnaissance du visage), l'employeur ne doit pas enregistrer les données biométriques de ses employés de manière centralisée, mais de manière décentralisée sur un support sécurisé que l'employé porte sur lui, par exemple sur une carte à puce. L'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour sécuriser les données biométriques, notamment en les chiffrant.

[Rz 92] Si le stockage centralisé des empreintes digitales peut être problématique au niveau de la protection des données, le stockage centralisé des seules minuties (associées à l'identité) l'est bien moins, à condition toutefois que les mesures de sécurité prévues par la LPD soient appliquées.

[Rz 93] Dans un arrêt du 4 août 2009, le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé sur la légalité d'un système d'accès biométrique dans un centre sportif⁵⁹. Le système utilisé par le centre sportif nécessitait de relever, en plus des données personnelles du client, ses empreintes digitales. Les données biométriques étaient enregistrées sous forme de gabarit biométrique (« *template* »), à savoir de réduction numérisée de la donnée biométrique brute dans une banque de données centrale gérée par le centre sportif. Dans la mesure où toutes les données étaient enregistrées de manière centralisée dans la base de données, il était possible, à partir d'un gabarit biométrique, d'identifier la personne concernée.

[Rz 94] De nombreuses réclamations avaient été envoyées au Préposé fédéral. Celui-ci avait alors soumis ce système d'accès biométrique à un contrôle dans le cadre de ses fonctions d'autorité de surveillance de la protection des données dans le secteur privé (article 29 LPD). Ce contrôle avait démontré que le traitement des données personnelles n'était pas conforme à la protection des données et le Préposé fédéral avait énoncé des recommandations à l'attention du centre sportif, en particulier celle de renoncer à l'enregistrement centralisé des empreintes digitales sous forme de *templates* et de stocker les données biométriques sur une carte à puce demeurant dans la sphère privée de l'utilisateur et sous contrôle de la personne concernée⁶⁰.

[Rz 95] Le centre sportif ayant refusé de mettre en œuvre ces recommandations, le Préposé fédéral avait requis, par voie d'action par-devant le Tribunal administratif fédéral (article 29 al. 4 LPD *cum* article 35 let. b LTAF), qu'il soit ordonné au centre sportif (i) de renoncer à l'enregistrement centralisé des empreintes digitales sous forme de gabarits biométriques et (ii) de sauvegarder ces données sur une carte à puce sécurisée demeurant dans la sphère d'influence et sous le contrôle de l'abonné. A l'appui de son action, le Préposé fédéral soutenait que le traitement de données susmentionné portait atteinte au droit à l'autodétermination en matière de données personnelles

⁵⁸ Guide relatif aux systèmes de reconnaissance biométrique (PFPDT, 2010) et son complément (PFPDT, 2013), disponibles sur le site du PFPD, <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00629/00637/index.html?lang=fr> (visité en dernier 9 avril 2017).

⁵⁹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3908/2008 du 4 août 2009, ATAF 2009/44, 620 = JdT 2010 I p. 396.

⁶⁰ PFPDT, Rapport final du 11 avril 2006, disponible à l'adresse : <https://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00526/00529/00549/00551/i> (visité en dernier le 16 janvier 2017).

et ne respectait pas le principe de proportionnalité, cela même si les abonnés avaient consenti au traitement.

[Rz 96] Dans son jugement, le Tribunal administratif fédéral a rappelé que tout traitement de données personnelles doit être conforme au principe de proportionnalité, tant en ce qui concerne son but que ses modalités⁶¹. Il a en outre souligné qu'il convient de renoncer à un type de traitement de données lorsqu'une autre mesure ou un autre type de traitement moins incisif permet d'obtenir le résultat escompté⁶². Ainsi, l'atteinte ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire d'un point de vue matériel, spatial, temporel ou personnel⁶³.

[Rz 97] En ce qui concerne le cas d'espèce, le Tribunal a considéré que la solution requise par le Préposé fédéral portait beaucoup moins atteinte au droit à l'autodétermination des personnes concernées, tout en atteignant le but recherché, à savoir le contrôle de l'accès au centre sportif. Ainsi, le Tribunal a jugé que l'enregistrement centralisé des empreintes digitales n'était en l'espèce pas nécessaire et violait par conséquent le principe de proportionnalité⁶⁴. Le Tribunal a par ailleurs écarté l'argument du centre sportif, qui alléguait avoir obtenu le consentement éclairé de ses abonnés. Les juges ont en effet considéré insuffisante l'information remise par le centre sportif sur le système utilisé. L'allégation du centre sportif selon laquelle le respect des recommandations du Préposé fédéral entraînerait des coûts élevés d'acquisition et des frais supplémentaires a également été écartée par le Tribunal.

[Rz 98] Les principes dégagés dans cet arrêt doivent s'appliquer par analogie en droit du travail et les entreprises qui souhaitent mettre en place des contrôles de présences et/ou d'accès aux postes de travail et bâtiments à l'aide de logiciels utilisant la biométrie doivent les garder à l'esprit afin de mettre sur pieds des systèmes aussi peu incisifs que possible au regard du résultat escompté. Il sied en particulier de renoncer à l'enregistrement centralisé des empreintes digitales.

3. Recommandations pratiques

[Rz 99] Au vu de ce qui précède, les recommandations pratiques suivantes peuvent être formulées⁶⁵ :

- informer de façon claire et transparente les employés sur le système mis en place ;
- en particulier, communiquer aux employés le but du traitement des données ;
- consulter les employés avant d'introduire toute mesure de surveillance ;
- appliquer strictement le test de la proportionnalité au mode de surveillance mis sur pieds ;
- protéger tous les accès aux données personnelles par mots de passe ;
- étendre la protection à tous les stades du traitement, y compris au stockage, à la comparaison et à la transmission des données personnelles ;

⁶¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3908/2008 du 4 août 2009, ATAF 2009/44, 620 = JdT 2010 I p. 396, consid. 3.1.

⁶² Id., consid. 3.3.

⁶³ Id.

⁶⁴ Id., consid. 3.9.

⁶⁵ En ce qui concerne le contrôle des présences à l'aide des empreintes digitales, voir au surplus les recommandations disponibles sur le site internet du PFPDT : <https://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/00361/00363/index.html?lang=fr> (visité en dernier 9 avril 2017).

- en ce qui concerne la vidéosurveillance, limiter l'étendue de la sauvegarde par la mise en œuvre de moyens techniques et limiter strictement la durée de conservation des images ;
- favoriser un système de prise d'empreinte, suivie de l'extraction des minuties, puis de la comparaison avec l'échantillon de référence présenté par l'employé ;
- donner à chaque employé un identifiant qui sera présenté lors de l'accès ou du timbrage (plutôt qu'un système de comparaison sur la base d'une collection centralisée de minuties de référence associées aux identités correspondantes) ;
- renoncer à l'enregistrement centralisé d'empreintes digitales ;
- en cas de traitement de minuties associées à l'identité, chiffrer les données traitées ;
- détruire immédiatement les données personnelles stockées à la fin des relations de travail.

[Rz 100] Les questions techniques liées à la vidéosurveillance et à la biométrie dépasseront souvent les compétences de l'employeur et il sied alors pour celui-ci de faire appel à des professionnels.

Conclusions

[Rz 101] De la conduite d'enquêtes internes à l'utilisation de contrôles d'accès biométriques sur les lieux de travail en passant par la publication de photographies d'employés sur les réseaux sociaux, notre analyse a démontré que les impératifs de protection de la personnalité et des données des employés sont devenus centraux en droit du travail. Une évolution constante des mœurs et des technologies complique encore cette équation où lois et jurisprudences peinent trop souvent à apporter une marche à suivre claire à l'attention des employeurs.

[Rz 102] Notre analyse a mis en exergue la complexité des enjeux pratiques et techniques auxquels l'employeur doit aujourd'hui faire face, cela tant sous l'angle des dispositions spécifiques à la protection des données, que sous l'angle de plus en plus contraignant du droit du travail. L'employeur est ainsi confronté à de multiples obligations, qui doivent toutes sagement cohabiter et qui vont obliger ce dernier à gérer son personnel, à l'instar d'un chef d'orchestre, tenant compte en permanence des différents enjeux, qui pour certains pourraient apparaître contradictoires.

[Rz 103] Notre analyse démontre toutefois que si ces prescriptions apparaissent parfois paradoxales, quelques pratiques peuvent permettre aux employeurs de les concilier. En particulier, il apparaît que c'est à travers une réflexion considérant en amont les enjeux de protection des données – la notion de « *privacy by design* » consacrée par l'avant-projet de révision de la LPD dans sa teneur actuelle – que les différents impératifs de protection de la personnalité et des données peuvent au mieux être conciliés.

STÉPHANIE FULD, associée au sein de l'étude BianchiSchwald Sàrl ; avocate, spécialiste FSA en droit du travail.

STÉPHANIE CHUFFART-FINSTERWALD, collaboratrice manager au sein de l'étude BianchiSchwald Sàrl ; avocate, Dr. iur., LL.M. Columbia Law School.