

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Vincent Carron | Valérie Défago Gaudin  
Camille Dubois | Jean-Philippe Dunand  
Anne-Sylvie Dupont | Sébastien Fanti  
Christian Flueckiger | Karine Lempen  
Marie Major | Estelle Mathis-Zwygart  
Jean Christophe Schwaab | Camille Stauffer  
Audrey Voutat | Jean-Philippe Walter  
Catherine Weniger | Aurélien Witzig

# La protection des données dans les relations de travail



La protection des données dans les relations de travail

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Vincent Carron | Valérie Défago Gaudin  
Camille Dubois | Jean-Philippe Dunand  
Anne-Sylvie Dupont | Sébastien Fanti  
Christian Flueckiger | Karine Lempen  
Marie Major | Estelle Mathis-Zwygart  
Jean Christophe Schwaab | Camille Stauffer  
Audrey Voutat | Jean-Philippe Walter  
Catherine Weniger | Aurélien Witzig

# La protection des données dans les relations de travail



Schulthess § 2017  
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: JEAN-PHILIPPE DUNAND, PASCAL MAHON (éds), *La protection des données dans les relations de travail*, Collection CERT, Genève/Zurich 2017, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8646-2

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2017

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

# Table des matières

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| Table des abréviations..... | XI |
|-----------------------------|----|

## Première partie – Principes généraux

|  |          |
|--|----------|
| <b>Principes généraux de la protection des données et communications transfrontières dans le cadre des relations de travail.....</b> | <b>1</b> |
|--|----------|

*Christian Flueckiger*

Docteur en droit, Préposé cantonal (NE/JU) à la protection des données et à la transparence

|                                  |           |
|----------------------------------|-----------|
| <b>Actions et procédure.....</b> | <b>25</b> |
|----------------------------------|-----------|

*Aurélien Witzig*

Docteur en droit, avocat, chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Protection des données personnelles : contexte international et avant-projet de réforme du Conseil fédéral.....</b> | <b>47</b> |
|--|-----------|

*Camille Dubois*

Avocate, juriste à l'Office fédéral de la justice

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Accès aux documents officiels contenant des données personnelles et droit à la protection des données.....</b> | <b>77</b> |
|---|-----------|

*Jean-Philippe Walter*

Docteur en droit, Préposé fédéral suppléant à la protection des données et à la transparence

## Deuxième partie – Questions spécifiques

|   |            |
|---|------------|
| <b>Protection des données des employés dans le cadre de transferts d'entreprises et de fusions.....</b> | <b>111</b> |
|---|------------|

*Vincent Carron*

Avocat, spécialiste FSA en droit du travail, LLM New York University

*Catherine Weniger*

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

|   |            |
|---|------------|
| <b>La confidentialité du salaire en droit privé du travail et dans la fonction publique</b> .....   | <b>141</b> |
| <i>Valérie Défago Gaudin</i>  |            |
| Avocate, docteure en droit, professeure à l'Université de Neuchâtel                                 |            |
| <i>Jean-Philippe Dunand</i>   |            |
| Avocat, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel                                    |            |
| <i>Audrey Voutat</i>  |            |
| MLaw, avocate, assistante-doctorante à la Faculté de droit de Neuchâtel                             |            |
| <b>La protection des données confiées aux assureurs</b> .....                                       | <b>195</b> |
| <i>Anne-Sylvie Dupont</i>   |            |
| Docteure en droit, avocate, professeure aux Universités de Neuchâtel et de Genève                   |            |
| <b>Protection des données informatiques</b> .....   | <b>229</b> |
| <i>Sébastien Fanti</i>  |            |
| Avocat, Préposé cantonal valaisan à la protection des données et à la transparence                  |            |
| <b>Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement</b> .....           | <b>269</b> |
| <i>Karine Lempen</i>  |            |
| Docteure en droit, professeure à l'Université de Genève   |            |
| <b>Le droit d'accès de l'employé à son dossier personnel</b> .....                                  | <b>287</b> |
| <i>Marie Major</i>  |            |
| Avocate, greffière-juriste auprès du Tribunal des prud'hommes du canton de Genève                   |            |
| <b>La surveillance des travailleurs sous l'angle des articles 328b CO et 26 OLT 3</b> .....         | <b>309</b> |
| <i>Estelle Mathis-Zwygart</i>   |            |
| Docteure en droit, avocate, greffière-rédactrice au Tribunal régional du Littoral et Val-de-Travers |            |
| <b>La licéité de l'évaluation et du « forced ranking » en droit suisse du travail</b> .....         | <b>325</b> |
| <i>Jean Christophe Schwaab</i>  |            |
| Juriste, Conseiller national  |            |

**La communication de données à un organe paritaire dans le  
cadre d'un contrôle CCT.....343**

*Camille Stauffer*

Secrétaire juridique auprès de la Commission paritaire genevoise du Gros œuvre

## La confidentialité du salaire en droit privé du travail et dans la fonction publique

| Sommaire  | Page |
|---|------|
| I. Introduction   | 143  |
| II. Le salaire, la rétribution  | 145  |
| A. En droit privé du travail  | 145  |
| B. En droit de la fonction publique   | 145  |
| III. À quelles conditions, l'employeur peut-il communiquer le salaire à des tiers ?                           | 147  |
| A. En droit privé du travail  | 147  |
| 1. La communication du salaire à un tiers constitue une atteinte potentielle à la personnalité du travailleur | 147  |
| a) Protection de la personnalité (art. 328 CO)  | 148  |
| b) Protection des données (art. 328b CO et LPD)   | 149  |
| 2. Motifs justificatifs   | 152  |
| a) Système général  | 152  |
| b) Base légale  | 153  |
| aa) Données nécessaires à l'exécution du contrat de travail   | 153  |
| bb) Externalisation   | 154  |
| cc) Calcul de la participation aux bénéfices  | 155  |
| dd) Sociétés cotées en bourse   | 155  |
| c) Intérêt prépondérant privé ou public   | 157  |
| aa) Participation aux bénéfices   | 158  |
| bb) Bonus   | 158  |
| cc) Egalité salariale selon la LEg  | 159  |
| d) Consentement   | 161  |
| 3. Respect des principes généraux   | 162  |
| a) Limitation de l'accès aux données salariales   | 162  |
| b) Protection des données salariales contre le vol  | 163  |
| c) Communication des données salariales à une société commerciale   | 163  |
| 4. Réserve en faveur des lois sur la transparence   | 164  |
| B. En droit de la fonction publique   | 164  |
| 1. Protection de la personnalité de l'agent public  | 164  |
| 2. Protection des données et transparence   | 167  |
| a) Fonction publique fédérale (art. 27ss LPers, LPD et LTrans)  | 167  |
| aa) Champ d'application de la LPD   | 167  |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| bb) | Exigence d'une base légale. Extension de la notion de données sensibles ?                     | 168 |
| cc) | La communication de données personnelles  | 169 |
| dd) | Le principe de transparence   | 169 |
| ee) | Le salaire des employés de la Confédération   | 171 |
| ff) | Les activités accessoires des employés de la Confédération                                    | 172 |
| b)  | Fonction publique cantonale (CPDT-JUNE)   | 173 |
| IV. | À quelles conditions un travailleur peut-il communiquer son salaire à un tiers ?              | 174 |
| A.  | En droit privé du travail   | 175 |
| 1.  | Intérêts en présence  | 175 |
| a)  | Liberté de l'employé  | 175 |
| b)  | Protection de l'employeur   | 176 |
| c)  | Devoir de diligence et de fidélité  | 176 |
| d)  | Protection des secrets d'affaires   | 176 |
| 2.  | Pesée des intérêts  | 178 |
| a)  | Communication du salaire à des collègues de travail   | 178 |
| b)  | Critique de la politique salariale de l'entreprise  | 179 |
| c)  | Communication du salaire à un concurrent  | 180 |
| 3.  | Clause de confidentialité   | 180 |
| B.  | En droit de la fonction publique  | 182 |
| 1.  | Le devoir de fidélité   | 182 |
| 2.  | La communication du salaire à des tiers   | 183 |
| 3.  | La critique de la politique salariale de l'État   | 184 |
| V.  | Quelle est la valeur d'une clause de confidentialité contenue dans une convention de départ ? | 185 |
| A.  | En droit privé du travail   | 186 |
| 1.  | Accord de résiliation   | 186 |
| a)  | Accord librement consenti   | 186 |
| b)  | Accord contenant des concessions réciproques  | 186 |
| c)  | Accord invalide   | 187 |
| 2.  | Clause de confidentialité   | 187 |
| B.  | En droit de la fonction publique  | 188 |
| 1.  | Les conventions de départ en droit de la fonction publique                                    | 188 |
| 2.  | Le principe de transparence   | 189 |
| VI. | Conclusion  | 189 |
|     | Bibliographie   | 192 |

## I. Introduction

Selon la définition du *Petit Robert*, sont confidentielles les informations qui doivent rester secrètes ou qui ne s'adressent qu'à un petit nombre de personnes<sup>1</sup>. Nous chercherons à déterminer dans notre contribution dans quelle mesure le salaire constitue une information confidentielle.

Comptant parmi les quatre éléments caractéristiques du contrat de travail, le salaire constitue la prestation principale que l'employeur fournit au travailleur en contrepartie du travail fourni (cf. art. 319 al. 1 CO)<sup>2</sup>. En droit de la fonction publique, les notions de traitement ou de rétribution sont utilisées dans les statuts traditionnels pour désigner la contreprestation du travail fourni par l'agent public ; désormais, la notion de salaire apparaît dans les statuts modernisés, comme dans la Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000<sup>3</sup>.

La présente contribution est consacrée au caractère confidentiel du salaire, respectivement de la rétribution de l'agent public. Il s'agit plus particulièrement de déterminer dans quelle mesure le montant du salaire d'un travailleur peut être communiqué, par l'employeur ou le travailleur lui-même, à des tiers. Comme le relève le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, il est difficile en la matière « d'appliquer des formules à l'emporte-pièce », car deux intérêts contradictoires qui caractérisent notre société s'opposent : la transparence et la protection de la personnalité<sup>4</sup>.

Suivant les cas, le travailleur préférera la confidentialité ou la transparence ; il en va de même de l'employeur. S'agissant du travailleur, on postule généralement que la protection de sa personnalité impose une certaine confidentialité du salaire. Dans le même temps cependant, des auteurs ont souligné que « dans leur préoccupation légitime d'améliorer leurs conditions salariales », les travailleurs « ont un intérêt réel à connaître la rémunération de leurs collègues » ; le droit de tout travailleur « de rendre public le montant exact de sa rémunération » fait ainsi partie des droits de sa personnalité<sup>5</sup>. On voit donc qu'il conviendra de traiter la question de manière nuancée.

---

<sup>1</sup> Le Petit Robert – Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris 2016, p. 505.

<sup>2</sup> DUNAND, N 23 *ad* art. 319 CO, p. 7.

<sup>3</sup> LPers, RS 172.220.1. Pour faciliter la distinction entre le régime de droit privé et de la fonction publique, nous nous référerons le plus souvent à la notion de traitement dans celui-ci.

<sup>4</sup> Cf. la notice du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence sur la sphère privée des employés, p. 2, consultable sur le site du préposé à l'adresse : [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch) > Secteur du travail > Sphère privée (site consulté le 8 janvier 2017).

<sup>5</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 12 *ad* art. 328 CO, p. 147.

À cette pondération s'ajoute, s'agissant de la rétribution des agents de la fonction publique, le fait que les rémunérations sont prévues par la loi, donc par définition accessibles à tous, et que l'obligation de transparence est imposée par les lois *ad hoc*. La difficulté de l'analyse réside alors non seulement dans la pondération matérielle des divers intérêts opposés, mais également, et avant tout, dans la détermination des champs d'application des trois corps de règles régissant le statut des agents, la protection des données et la transparence, qui ne se recoupent pas nécessairement. En outre, la législation en matière de transparence est dans certaines circonstances susceptible de s'appliquer également à des entités privées pour leurs rapports de droit privé du travail avec leurs employés.

Le thème de la confidentialité du salaire relève autant du droit que d'autres disciplines comme l'économie, la psychologie, la sociologie ou l'anthropologie. Nous nous concentrerons ici sur les aspects juridiques. Notre objectif sera de répondre aux trois questions suivantes, après avoir défini les contours des notions de salaire et de rétribution (**chapitre II**) :

- L'employeur peut-il communiquer le salaire à des tiers (**chapitre III**) ?
- Le travailleur peut-il communiquer son salaire à des tiers (**chapitre IV**) ?
- Une convention de départ peut-elle comporter une clause de confidentialité qui interdit toute communication du salaire à des tiers (**chapitre V**) ?

Les questions soulevées sont pertinentes autant en droit privé du travail que dans le droit de la fonction publique. Notre contribution aura donc un aspect pluridisciplinaire qui permettra de souligner les convergences et les divergences entre ces deux régimes. Pour ce qui est du droit de la fonction publique, nous nous référerons au droit du personnel de la Confédération, qui a opté pour la voie contractuelle pour la relation avec ses agents, ainsi qu'au droit cantonal neuchâtelois, qui consacre un statut dit traditionnel de la fonction publique. Nous ne traiterons en revanche pas des conséquences d'une communication illicite par l'employeur ou le travailleur puisque les sanctions et procédures sont présentées dans un article détaillé du présent ouvrage<sup>6</sup>. Enfin, nous ne tiendrons pas compte de l'avant-projet de révision totale de la loi sur la protection des données qui fait également l'objet d'une contribution volumineuse dans l'ouvrage<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Cf. la contribution de WITZIG, pp. 25 ss.

<sup>7</sup> Cf. la contribution de DUBOIS, pp. 47 ss.

## II. Le salaire, la rétribution

### A. En droit privé du travail

Au sens large, le salaire désigne l'ensemble des contre-prestations que doit l'employeur en échange des prestations de services du travailleur. Il comprend le salaire fixe, ainsi que de nombreuses autres formes de rémunération qui peuvent être dues dans un cas d'espèce, tels que le 13<sup>e</sup> salaire, le salaire en nature (cf. par exemple art. 322 al. 2 CO), la participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO), la provision (art. 322b CO), la gratification (art. 322d CO) ou autre bonus, le salaire à la pièce ou à la tâche (art. 326 CO) et le salaire afférent aux vacances (art. 329d al. 1 CO). Il comprend également divers suppléments spécifiques, comme la rémunération des heures supplémentaires (art. 321c CO), du travail supplémentaire (art. 13 LTr), du travail de nuit (art. 17b LTr) ou du travail le dimanche (art. 19 LTr), de même que certaines indemnités, telles que l'indemnité à raison de longs rapports de travail (art. 339b CO) ou les indemnités de départ.

En droit suisse, le salaire dû au travailleur est régi, en règle générale, par le principe de la liberté contractuelle<sup>8</sup>. En effet, l'art. 322 al. 1 CO prévoit que l'employeur paie au travailleur le salaire convenu. Les parties fixent donc librement le montant du salaire. Le principe de la liberté contractuelle rencontre toutefois de nombreuses limites qui résultent soit de l'art. 322 al. 1 CO, soit d'autres dispositions légales<sup>9</sup>. En effet, les conventions collectives de travail (art. 356 ss CO), les contrats types de travail (art. 359 ss CO), l'interdiction de discriminer les travailleurs à raison du sexe (art. 8 al. 3 Cst. et art. 3 LEg), ou encore les règles applicables en matière de location de services (art. 20 LSE), de détachement de travailleurs (art. 2 LDét) et de police des étrangers (art. 22 LExt) peuvent imposer des salaires déterminés dans leurs champs d'application respectifs. Enfin, l'art. 322 al. 1 CO précise qu'à défaut de salaire convenu ou fixé par un contrat type de travail ou par une convention collective de travail, l'employeur doit payer au travailleur le salaire « usuel ».

### B. En droit de la fonction publique

En droit de la fonction publique, la relation entre la collectivité publique et son agent est régie par le principe de la légalité (art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la

---

<sup>8</sup> CARRUZZO, N 4 *ad* art. 322 CO, p. 112 ; DANTHE, N 12 *ad* art. 322 CO, p. 139.

<sup>9</sup> Sur les restrictions de la liberté contractuelle en matière de fixation du salaire, cf. CARRUZZO, pp. 113 ss ; DANTHE, pp. 139 s.

Confédération suisse du 18 avril 1999<sup>10</sup>). La rétribution versée à l'agent public en contrepartie de son travail n'est donc pas fixée librement, mais découle de la loi.

Pour le personnel fédéral, le salaire dépend de la fonction, de l'expérience et de la prestation (art. 15 al. 1 LPers). Lors de l'engagement, l'employé est affecté à une classe de salaire de 1 à 38 en fonction de sa formation, de son expérience professionnelle et extra-professionnelle, ainsi que du marché de l'emploi (art. 36 et 37 al. 1 de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001<sup>11</sup>). Le salaire évolue ensuite en fonction de l'évaluation personnelle de l'employé sur la base des objectifs convenus en matière de prestations, de comportement et de compétences (art. 15 al. 3 OPers). Selon l'échelon d'évaluation, qui va de 1 (insuffisant) à 4 (très bien) (art. 17 OPers), l'augmentation varie de 0,5% à 3% jusqu'à ce que le montant maximal de la classe de salaire soit atteint ; une prestation insuffisante peut donner lieu à une réduction de salaire jusqu'à 2% (art. 39 OPers). Des suppléments au salaire peuvent être versés, comme notamment l'indemnité de résidence (art. 43 OPers), la compensation du renchérissement (art. 44 OPers), des indemnités pour le travail du dimanche et de nuit ou le service de permanence (art. 45 OPers), la prime de fonction en contrepartie de tâches exigeantes (art. 46 OPers), l'allocation spéciale pour compenser des risques ou des conditions pénibles de travail (art. 48 OPers), une prime de prestations pour des prestations supérieures à la moyenne et des engagements particuliers (art. 49 OPers) ou une allocation liée au marché de l'emploi pour attirer ou fidéliser un personnel aux compétences reconnues (art. 50 OPers). À noter également qu'il existe un salaire minimal (art. 15 al. 2 LPers et 7 de l'Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération du 20 décembre 2000<sup>12</sup>).

Pour le personnel de l'administration cantonale neuchâteloise, le traitement est fixé lors de l'engagement de l'agent public en fonction de sa formation et de son expérience (art. 53 al. 2 de la Loi sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995<sup>13</sup>). Il évolue ensuite année après année, au rythme d'un échelon sur les 38 que compte chacune des 16 classes de traitement de la fonction publique (art. 6, 7 et 19 du Règlement concernant les traitements de la fonction publique du 9 mars 2005<sup>14</sup>, étant précisé que les montants minimaux et maximaux des traitements figurent en annexe de la LSt). Le traitement des fonctionnaires comprend le traitement de base, l'allocation de renchérissement et diverses allocations éventuelles (art. 52 LSt), notamment une allocation complémentaire pour l'entretien d'enfants (art. 58 LSt), une prime de fidélité (art. 59 LSt), une rétribution

---

<sup>10</sup> Cst., RS 101.

<sup>11</sup> OPers, RS 172.220.111.3. Le salaire maximal est de CHF 60'764.- pour la classe 1 et de CHF 370'568.- pour la classe 38.

<sup>12</sup> Ordonnance-cadre LPers, RS 172.220.11. Celui-ci est de CHF 38'000.-.

<sup>13</sup> LSt, RSN 152.510.

<sup>14</sup> RTFP, RSN 152.511.10.

spéciale pour services de nature exceptionnelle (art. 61 LSt), une indemnité pour remplacement (art. 38 RTFP), une indemnité pour travaux spéciaux (art. 38 RTFP), une prime de fidélité (art. 20 du Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique du 9 mars 2005<sup>15</sup>) ou une indemnisation pour le service de piquet (art. 40a RTFP et Arrêté réglant les modalités de validation et de rémunération du service de piquet dans l'administration cantonale du 28 juin 2010<sup>16</sup>).

### **III. À quelles conditions, l'employeur peut-il communiquer le salaire à des tiers ?**

Pour diverses raisons, l'employeur doit nécessairement traiter, conserver et diffuser le montant du salaire de ses employés à des tiers. Il s'agit ici de préciser à quelles conditions. Déterminer les textes applicables est très important pour aborder la question : la protection de la personnalité repose sur des sources différentes en droit privé et en droit de la fonction publique ; de plus, la législation fédérale en matière de protection des données s'applique à la relation de travail de droit privé et à la fonction publique fédérale, mais non à la fonction publique cantonale ; de plus la même législation sur la protection des données prévoit des règles différentes selon que l'entité qui traite les données est une entité privée ou une entité publique ; enfin, les règles sur la transparence, qui s'appliquent en principe à l'administration, peuvent aussi selon les cas s'appliquer aux employeurs privés.

#### **A. En droit privé du travail**

Le salaire d'un travailleur constitue un élément de sa personnalité dont la confidentialité est protégée par la loi (1.). L'employeur n'est en droit de collecter, de conserver ou de diffuser ce renseignement personnel que s'il peut se prévaloir d'un motif justificatif (2.) et, qu'en outre, le traitement respecte certains principes généraux du droit, tels que la bonne foi et la proportionnalité (3.).

##### **1. La communication du salaire à un tiers constitue une atteinte potentielle à la personnalité du travailleur**

La personnalité englobe l'ensemble des biens qui appartiennent à toute personne physique ou morale du seul fait de son existence<sup>17</sup>. Les articles 28 ss CC constituent une protection générale contre les atteintes à la personnalité provenant de tiers. Dans les relations de

---

<sup>15</sup> RSt, RSN 152.511.

<sup>16</sup> RSN 152.511.102.

<sup>17</sup> JEANDIN, N 14 *ad* art. 28 CC, p. 248.

travail soumises au code des obligations, ils sont complétés par des dispositions spécifiques qui visent à protéger la personnalité des travailleurs, soit en général (a), soit plus précisément dans le cadre du traitement des données les concernant (b).

### a) Protection de la personnalité (art. 328 CO)

Selon l'art. 328 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (cf. art. 55 al. 2 CC)<sup>18</sup>. Par ailleurs, l'employeur répond également des actes de ses auxiliaires (cf. art. 55 et 101 CO)<sup>19</sup>. L'article 328 CO intègre et concrétise, dans le contrat de travail, les principes généraux de protection de la personnalité qui sont énoncés aux articles 27 ss CC<sup>20</sup>. L'article 328 CO constitue une norme semi-impérative, soit une disposition à laquelle il ne peut être dérogé, par accord, contrat type de travail ou convention collective de travail, au détriment du travailleur (cf. art. 362 CO).

La protection de la personnalité du travailleur constitue l'un des principes cardinaux du droit du travail dont l'importance ne cesse de croître<sup>21</sup>. Elle revêt une importance particulière dans les rapports de travail en raison du rapport de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur<sup>22</sup>. Elle constitue d'ailleurs le pendant du devoir de fidélité du travailleur énoncé à l'article 321a CO<sup>23</sup>. Pour rappel, la personnalité du travailleur comprend « tous les biens personnels du travailleur qui sont inséparables de son être physique et moral et de sa qualité de membre de la société »<sup>24</sup>. Les valeurs protégées sont notamment l'intégrité physique, la santé physique et psychique, l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles, ainsi que la sphère privée<sup>25</sup>.

Dans le contexte de ce chapitre, le salaire nous paraît avoir plus particulièrement des liens avec la considération sociale et la sphère privée du travailleur. La considération sociale comprend l'honneur personnel et professionnel, la réputation économique, ainsi que la considération dans et à l'extérieur de l'entreprise<sup>26</sup>. Quant à la sphère privée, on peut en préciser la notion en tenant compte de la « théorie des sphères », selon laquelle il convient

---

<sup>18</sup> ATF 128 III 76, c. 1b ; TF 4A\_544/2008 du 10 février 2009, c. 2.3.

<sup>19</sup> ATF 137 III 303, c. 2.2.2 ; ATF 125 III 70, c. 3a.

<sup>20</sup> DUNAND, N 1 *ad* art. 328, p. 270.

<sup>21</sup> Cf. DUNAND, *Protection*, pp. 47 ss.

<sup>22</sup> TF 2C\_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2.

<sup>23</sup> ATF 132 III 257, c. 5.1, *in* : JdT 2007 I 274, SJ 2007 I 173.

<sup>24</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations du 25 août 1967, *in* : FF 1967 II 249 (353).

<sup>25</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 *ad* art. 328 CO, p. 141.

<sup>26</sup> ATF 131 III 535, c. 4.3.

de distinguer sphère intime ou secrète, sphère privée et sphère publique ou commune<sup>27</sup>. La sphère intime comprend les faits et gestes qui, de par leur nature, sont soustraits à la connaissance d'autrui, à l'exception des personnes auxquelles ils ont été destinés ou spécialement confiés<sup>28</sup>. La sphère privée se compose quant à elle, d'événements ou d'informations qui ne concernent pas la vie intime, mais que chacun décide de ne partager qu'avec un nombre restreint de personnes auxquelles il est attaché par des liens relativement étroits<sup>29</sup>. Enfin, la sphère publique comprend tous les faits et gestes qui sont accessibles à la connaissance de tous et qui peuvent être divulgués sans autorisation<sup>30</sup>. Selon la jurisprudence et la doctrine, seules les sphères intime et privée, qui forment la vie privée, sont protégées par les droits de la personnalité<sup>31</sup>.

Le montant du salaire d'un travailleur ne constitue pas un simple nombre dépourvu de toute composante personnelle, mais est, au contraire, un révélateur de nombreux aspects de sa personnalité. Il reflète notamment sa formation, son expérience professionnelle, ainsi que ses prédispositions (positives ou négatives) en matière de négociation (salariale). Le salaire du travailleur relève évidemment de la considération sociale de ce dernier. Selon les usages pratiqués dans notre pays, dans lequel règne une certaine discrétion en la matière, le salaire nous paraît également relever de sa sphère privée.

En conclusion, le salaire constitue un élément de la personnalité des employés dont la confidentialité est protégée par l'article 328 CO.

## **b) Protection des données (art. 328b CO et LPD)**

La Loi sur la protection des données du 19 juin 1992<sup>32</sup> régit le traitement des données effectué par, notamment, des personnes privées (art. 2 al. 1 let. a LPD)<sup>33</sup>.

La législation sur la protection des données ne protège évidemment pas les données, mais « la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données » (cf. art. 1 LPD). Alors que la loi sur la protection des données concrétise la protection générale de la personnalité, le législateur a souhaité adopter une disposition spécifique pour régler la protection des données dans les relations de travail, à savoir l'article 328b CO. Il faut dire que l'employeur collecte et traite de nombreuses données

---

<sup>27</sup> Cf. AUBERSON, pp. 173 ss.

<sup>28</sup> JEANDIN, N 40 *ad* art. 28 CC, p. 254.

<sup>29</sup> JEANDIN, N 41 *ad* art. 28 CC, pp. 254 s.

<sup>30</sup> JEANDIN, N 42 *ad* art. 28 CC, p. 255.

<sup>31</sup> ATF 118 IV 41, *in* ; JdT 1994 IV 79 ; AUBERSON, p. 173 ; JEANDIN, N 43 *ad* art. 28 CC, p. 255.

<sup>32</sup> LPD, RS 235.1.

<sup>33</sup> Elle s'applique également aux organes fédéraux, voir *infra*, pp. 167 ss.

personnelles de ses employés, de toute nature et pendant une longue durée<sup>34</sup>. Les employés sont donc exposés à des atteintes importantes à leur personnalité.

Selon l'art. 328b 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 sont applicables ». L'art. 328b CO complète et précise la protection de la personnalité des travailleurs prévue à l'art. 328 CO en désignant le type de données personnelles que l'employeur peut traiter et en renvoyant à la LPD. Tout comme l'article 328 CO, l'article 328b CO est une norme semi-impérative (cf. art. 362 CO).

La LPD définit autant la notion de « donnée » que celle de « traitement ». Sont considérées comme données personnelles toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD). Il s'agit, dans les relations de travail, de tous renseignements, indications ou notes concernant la personne du travailleur, et qui portent tant sur sa vie privée que sur sa vie professionnelle, que le support soit manuel ou informatique, et que les données aient été recueillies par l'employeur lui-même ou par un tiers auquel il a confié cette tâche<sup>35</sup>.

Pour que l'on soit en présence d'une donnée personnelle dont le traitement est susceptible de porter atteinte à la personnalité du travailleur, il faut que l'information se rapporte à une personne (un travailleur) identifiée ou identifiable (cf. art. 3 let a LPD). Une personne est identifiée lorsqu'il ressort directement des informations détenues qu'il s'agit d'une personne déterminée et d'elle seule<sup>36</sup>, par exemple lorsque le salaire est clairement mis en relation avec les nom et prénom d'un travailleur de l'entreprise. Par ailleurs, une personne est identifiable lorsque, par corrélation indirecte d'informations tirées des circonstances ou du contexte, il est possible de l'identifier<sup>37</sup>, par exemple au moyen de son numéro AVS ou parce que le salaire est mis en relation avec un poste déterminé, telle que « directrice du service RH ». En revanche, une liste générale des salaires sans indication des noms ou fonctions des employés concernés ne constituera généralement par une donnée personnelle au sens de la LPD et de la protection de la personnalité des employés. Il en va de même de toute autre donnée anonymisée<sup>38</sup>.

La LPD distingue des données personnelles ordinaires, les données sensibles, soit des informations confidentielles qu'il convient de traiter avec une discrétion accrue. La LPD

---

<sup>34</sup> MEIER, N 2020.

<sup>35</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUNNER, N 2 *ad* art. 328b CO, p. 154.

<sup>36</sup> MEIER, N 431.

<sup>37</sup> MEIER, N 432.

<sup>38</sup> MEIER, N 436 ; ROSENTHAL, N 33 *ad* art. 328b CO, p. 733.

en donne une liste exhaustive dans laquelle ne figure pas le salaire des employés (cf. art. 3 let. c LPD). Il en résulte que le salaire d'un travailleur constitue une donnée personnelle ordinaire au sens de l'art. 3 let. a LPD<sup>39</sup>.

La plupart des entreprises détiennent des fichiers concernant leurs employés (dossiers personnels « papier », fichiers électroniques), c'est-à-dire un ensemble de données organisé de telle manière que les données peuvent être recherchées par personne concernée (art. 3 let. g LPD). L'employeur en est généralement le « maître », soit la personne qui décide du but et du contenu du fichier (art. 3 let. i LPD).

La LPD donne un sens très large à la notion de « traitement » : il s'agit de toute opération relative à des données personnelles quels que soient les moyens et procédés utilisés : collecte, conservation, utilisation, modification, communication, archivage ou destructions de données (cf. art. 3 let. c LPD). Le législateur a choisi une liste exemplative et volontairement large, dans le but de couvrir toute opération portant sur des données personnelles<sup>40</sup>. En outre, il a souhaité donner une définition spécifique à la notion de « communication » estimant qu'il s'agissait de la phase la plus dangereuse du traitement des données puisque ces dernières quittent la sphère de maîtrise de celui qui les a collectées<sup>41</sup>. Selon l'article 3 lettre f LPD, la « communication » est définie comme le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant.

Les règles relatives au traitement des données personnelles par les entités privées sont celles de la section 3 de la loi (art. 12 à 15 LPD). Selon l'art. 12 al. 1 LPD, quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées. L'alinéa 2 de l'article 12 LPD dresse une liste exemplative de ce qui est constitutif d'une atteinte à la personnalité. Personne n'est en droit notamment de traiter des données personnelles en violation des principes généraux de la protection des données définis aux articles 4, 5 al. 1 et 7 al. 1 LPD (let. a) ou contre la volonté expresse de la personne concernée, sans motifs justificatifs (let. b).

En conclusion, les données salariales portant sur un travailleur identifié ou identifiable sont des données personnelles au sens de la législation sur la protection des données dont le traitement par l'employeur constitue en principe une atteinte à la personnalité du travailleur.

---

<sup>39</sup> CRAMER, p. 1472 ; MEIER, N 475.

<sup>40</sup> MEIER, N 521.

<sup>41</sup> MEIER, N 535.

## 2. Motifs justificatifs

Nous avons vu que tout traitement (collecte, conservation, communication) d'un salaire par l'employeur constitue une source potentielle d'atteinte illicite à la personnalité du travailleur concerné. Selon les articles 28 al. 2 CC et 13 al. 1 LPD, qui sont similaires, une atteinte à la personnalité est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

Après avoir exposé le système (a), nous traiterons des trois catégories de motifs justificatifs admises, à savoir une base légale (b), un intérêt prépondérant privé ou public (c) et le consentement du travailleur (d).

### a) Système général

La question de déterminer à quelles conditions un employeur est autorisé à traiter des données personnelles de ses employés fait débat. Il faut dire que la portée de l'art. 328b CO, qui est une disposition semi-impérative (cf. art. 362 CO), est controversée<sup>42</sup>. Selon certains auteurs, cette disposition légale aurait essentiellement pour fonction de concrétiser en droit du travail les principes de proportionnalité (cf. art. 4 al. 2 LPD) et de finalité (cf. art. 4 al. 3 LPD) inscrits dans la loi sur la protection des données<sup>43</sup>. Selon d'autres auteurs, l'article 328b CO aurait, au contraire, une importance matérielle considérable : il poserait comme principe que tout traitement de données par l'employeur est en principe illicite, sauf s'il est couvert par les deux catégories de motifs justificatifs prévus dans la disposition elle-même (données portant sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou nécessaires à l'exécution du contrat de travail)<sup>44</sup>.

De notre point de vue, il résulte du système général de protection de la personnalité des individus (cf. art. 28 al. 2 CC et art. 13 al. 1 LPD), ainsi que de la pratique, que l'employeur doit pouvoir se prévaloir des motifs justificatifs usuels, à savoir, une base légale, un intérêt prépondérant privé ou public ou le consentement du travailleur<sup>45</sup>. Par voie de conséquence, l'art. 328b CO ne constitue pas une norme d'interdiction et les deux motifs justificatifs qu'elle prévoit ne sauraient être considérés comme exhaustifs. Il convient finalement de s'en tenir à l'avis du Tribunal fédéral, selon lequel les données personnelles couvertes par l'art. 328b CO « bénéficient de la présomption légale qu'elles ne portent pas atteinte à la personnalité du travailleur »<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Pour un résumé de la controverse, cf. CRAMER, pp. 1472-1473 et ROSENTHAL, pp. 723 ss.

<sup>43</sup> Cf., par exemple, MEIER, pp. 650 ss.

<sup>44</sup> Cf., par exemple, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 328b CO, pp. 579-580.

<sup>45</sup> PORTMANN/RUDOLPH, N 25-28 *ad* art. 328b CO, pp. 1964-1965.

<sup>46</sup> ATF 130 II 425, c. 3.3.

## b) Base légale

La loi peut ordonner un traitement de données, le permettre ou le présupposer<sup>47</sup>. Lorsque la loi sert de motif justificatif, cela signifie que le législateur a procédé lui-même, à titre préalable, à une pesée des intérêts entre ceux de l'auteur de l'atteinte et ceux du lésé<sup>48</sup>. Il existe plusieurs dispositions légales qui autorisent, voire obligent, l'employeur à collecter, conserver ou communiquer à des tiers, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise, des données relatives aux salaires de ses employés. Nous en donnerons quelques exemples.

### aa) *Données nécessaires à l'exécution du contrat de travail*

Selon l'article 328b CO, l'employeur peut notamment traiter les données de ses employés qui « sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail ». Il s'agit de toutes les données qui sont objectivement et matériellement nécessaires à l'exécution du contrat de travail<sup>49</sup>. L'article 328b CO constitue la principale base légale autorisant l'employeur à traiter des données salariales de ses employés.

En effet, pour remplir correctement ses obligations légales ou conventionnelles, l'employeur va nécessairement collecter, conserver et communiquer des informations relatives aux salaires de ses employés, ne serait-ce que pour calculer le montant du salaire brut, opérer les déductions fiscales, verser le salaire sur le compte bancaire de l'employé, établir les fiches de salaires ou encore les attestations annuelles de salaire. En application des dispositions légales applicables, l'employeur doit également communiquer les informations salariales pertinentes à diverses instances ou autorités, comme les institutions d'assurances sociales ou privées, les autorités fiscales, pénales et de poursuites, les inspections cantonales du travail ou encore les commissions tripartites et paritaires compétentes<sup>50</sup>.

Deux décisions peuvent être citées dans ce contexte. Ainsi, selon le Préposé fédéral à la protection des données, si les données relatives aux salaires des travailleurs d'une entreprise déployant son activité en Suisse et ayant des relations avec l'étranger peuvent être communiquées aux autorités fiscales d'un autre pays conformément au droit applicable, alors l'article 328b CO ne s'oppose pas à une telle communication<sup>51</sup>. Par

---

<sup>47</sup> MEIER, N 1601.

<sup>48</sup> MEIER, N 1600.

<sup>49</sup> MEIER, N 2046.

<sup>50</sup> CRAMER, pp. 1477-1478 ; PORTMANN/RUDOLPH, N 9 *ad* art. 328b CO, p. 1962 ; ROSENTHAL, N 41 *ad* art. 328b CO, pp. 737 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 *ad* art. 328b CO, pp. 582-583. Sur la communication des données salariales aux commissions paritaires, cf. la contribution de STAUFFER dans le présent ouvrage, pp. 343 ss.

<sup>51</sup> Préposé fédéral à la protection des données, décision du 7 mars 1995, *in* : JAAC 59.31.

ailleurs, dans un arrêt récent destiné à la publication aux ATF, le Tribunal fédéral a précisé que les employeurs étaient obligés de communiquer aux commissions tripartites instituées pour lutter contre le dumping salarial (cf. art. 360a et 360b CO) divers documents relatifs aux conditions salariales et aux conditions de travail de leurs employés (contrat de travail, décomptes de salaires et de temps de travail)<sup>52</sup>.

Certains traitements ne sont, en revanche, pas couverts par l'article 328b CO et constituent donc, à défaut d'autres motifs justificatifs, une atteinte illicite à la personnalité du travailleur ou du postulant. Ainsi, lorsqu'il est mentionné en référence dans un dossier de postulation, l'employeur (actuel ou ancien) n'a pas à communiquer le montant du salaire du postulant au nouvel employeur potentiel<sup>53</sup>. De même, un employeur n'est en principe pas en droit de demander au postulant le montant de son (ancien) salaire lors de l'entretien d'embauche<sup>54</sup>. Quant à la communication des salaires à un acquéreur potentiel de la société dans le cadre d'une *due diligence*, elle ne paraît pas couverte par l'article 328b CO, mais par d'autres motifs justificatifs<sup>55</sup>.

#### *bb) Externalisation*

La délégation de traitement (*outsourcing*) est autorisée, mais soumise à des conditions spécifiques. Le cas se présente lorsque l'employeur externalise la gestion des salaires, voire de l'ensemble des ressources humaines. Selon la LPD, l'externalisation d'un traitement de données est admise aux conditions cumulatives suivantes : la délégation se fonde sur une convention entre l'employeur et le mandataire ; celui-ci ne procède qu'à des traitements que l'employeur lui-même serait en droit de faire (en l'occurrence, selon l'art. 328b CO) ; aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret n'interdit le traitement ; les principes généraux de la protection des données sont respectés (cf. art. 10a LPD)<sup>56</sup>. La communication de données personnelles à l'étranger est soumise à des conditions particulières (cf. art. 6 LPD)<sup>57</sup>. Elle est en principe interdite, sauf garanties spécifiques, lorsque la législation du pays concerné n'assure pas une protection adéquate en matière de protection des données<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> TF 2C\_625/2016 du 12 décembre 2016, c. 3.

<sup>53</sup> AUBERT, Protection, p. 154 ; CRAMER, pp. 1478-1479 ; MEIER, N 2085.

<sup>54</sup> AUBERT, Protection, p. 154 ; CRAMER, p. 1479 ; MEIER, N 2090 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 *ad* art. 328b CO, p. 595. D'un avis contraire : REHBINDER/STÖCKLI, N 36 *ad* art. 320 CO, p. 96.

<sup>55</sup> Sur cette question, cf. dans le présent ouvrage la contribution détaillée de CARRON/WENIGER, pp. 111 ss.

<sup>56</sup> Sur ces questions, cf. MEIER, pp. 420 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10b *ad* art. 328b CO, pp. 604-605.

<sup>57</sup> Cf. MEIER, pp. 436 ss.

<sup>58</sup> Sur ces questions, cf. la contribution de FLÜCKIGER dans le présent ouvrage, pp. 15 ss.

Dans le cas d'un groupe de sociétés, la société mère ne peut déléguer le traitement à une succursale ou à une autre société du même groupe (ou vice-versa) que si les conditions de l'art. 10a LPD sont remplies<sup>59</sup>. Par ailleurs, si la société mère a son siège en Suisse et qu'elle délègue le traitement de ses données à une filiale à l'étranger, les règles relatives à la communication transfrontalière de données personnelles devront être observées (cf. art. 6 al. 1 et al. 2 let. g LPD)<sup>60</sup>.

*cc) Calcul de la participation aux bénéfices*

Le contrat de travail peut prévoir que l'employé a droit à une participation à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou qu'il participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation<sup>61</sup>. La part due à l'employé est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminée conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus (art. 322a al. 1 CO).

Dans une telle situation, la loi impose à l'employeur à fournir les renseignements nécessaires au travailleur ou à un expert désigné en commun par les parties ou par le juge ; il fait également obligation à l'employeur d'autoriser le travailleur à consulter les livres de comptabilité dans la mesure nécessaire (art. 322a al. 2 CO). En outre, lorsqu'une participation aux bénéfices est convenue, l'art. 322 al. 3 CO oblige l'employeur à remettre une copie du compte de pertes et profits de l'exercice annuel au travailleur qui le demande.

Le Tribunal fédéral a jugé que la consultation de la comptabilité, garantie par l'art. 322a CO, impliquait la divulgation à l'employé concerné du revenu des autres travailleurs au service de l'employeur<sup>62</sup>. Ce traitement de données n'est pas nécessaire à l'exécution des contrats de travail des autres travailleurs. Il n'est donc pas couvert par l'article 328b CO et constitue un motif justificatif légal supplémentaire.

*dd) Sociétés cotées en bourse*

Il est aujourd'hui admis que la transparence constitue l'un des piliers du droit des sociétés, car elle permet la recherche d'un certain équilibre entre les intérêts des actionnaires, de la société, des travailleurs et des tiers<sup>63</sup>. Le droit suisse tend à consacrer une certaine transparence des indemnités versées aux dirigeants des sociétés.

C'est ainsi que les premières prescriptions sur la transparence des indemnités du conseil d'administration et de la direction générale des sociétés cotées sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (cf. art. 663<sup>bis</sup> CO). Ces règles ont été complétées suite à l'acceptation de

---

<sup>59</sup> DUNAND, N 22 *ad* art. 328b CO, p. 324.

<sup>60</sup> MEIER, N 1270 et 1391 ss.

<sup>61</sup> DANTHE, N 1 *ad* art. 322a CO, p. 147.

<sup>62</sup> TF 4A\_195/2010 du 8 juin 2010, c. 2.2.

<sup>63</sup> URBEN, pp. 262-263.

l'initiative « contre les rémunérations abusives » qui a institué un nouvel article 95 al. 3 dans la Constitution fédérale. Afin de réaliser provisoirement le mandat constitutionnel, le Conseil fédéral a adopté une ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées en bourse (ORAb), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014. L'ordonnance s'applique aux sociétés anonymes au sens des articles 620 à 762 du CO dont les actions sont cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger (art. 1 al. 1 ORAb). Les règles de l'ORAb abrogent « de fait » certaines dispositions du droit de la société anonyme, durant la durée de la validité de l'ordonnance<sup>64</sup>.

L'article 13 al. 1 ORAb prescrit que le conseil d'administration doit établir annuellement un rapport de rémunération écrit dans lequel doivent notamment être indiquées toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif (cf. art. 14 ORAb). L'organe de révision vérifie si le rapport est conforme aux prescriptions légales et à celles de l'ORAb (art. 17 ORAb). Enfin, dans le but d'accroître le contrôle des actionnaires sur les rémunérations allouées aux dirigeants de la société, l'assemblée générale doit voter annuellement, de manière contraignante et séparée pour le conseil d'administration, la direction et le conseil consultatif, les montants globaux qui leur sont accordés (art. 18 al. 1 et 3 ORAb)<sup>65</sup>.

Ces prescriptions qui obligent l'employeur à rendre publique la rémunération des dirigeants sont évidemment (absolument) impératives et priment les dispositions contraires du CO (art. 1 al. 2 ORAb)<sup>66</sup>. Elles constituent un motif justificatif légal de l'atteinte à la personnalité des personnes concernées<sup>67</sup>.

Notons encore que lors de sa séance du 23 novembre 2016, le Conseil fédéral a transmis au Parlement un projet de révision du droit de la société anonyme qui prévoit d'intégrer dans le code des obligations les dispositions de l'ORAb. Le projet vise aussi à compléter le droit actuel sur certains points dans le but de renforcer la sécurité du droit et les droits des actionnaires et de mettre en œuvre certains aspects de l'initiative populaire sur les rémunérations abusives. Seront ainsi interdites les primes d'embauche ne compensant pas un désavantage financier établi et les indemnités découlant d'une interdiction de faire concurrence qui n'est pas justifiée par l'usage commercial. Le montant de ces indemnités sera aussi limité. Si les actionnaires votent de manière prospective sur les rémunérations

---

<sup>64</sup> URBen, p. 10.

<sup>65</sup> WYLER/HEINZER, p. 145.

<sup>66</sup> L'article 28 ORAb prévoit cependant une règle transitoire : « Les contrats de travail existant au moment de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance doivent être adaptés dans un délai de deux ans à partir de cette date. Passé ce délai, la présente ordonnance est applicable à tous les contrats de travail ».

<sup>67</sup> CRAMER, p. 1473.

variables des cadres supérieurs, ils devront après coup aussi voter à titre consultatif sur le rapport de rémunération. Enfin, la procédure pour intenter une action en restitution de rémunérations injustifiées sera simplifiée<sup>68</sup>.

### c) Intérêt prépondérant privé ou public

L'employeur est autorisé à communiquer le salaire d'un employé à un tiers lorsqu'il peut invoquer l'existence d'un intérêt prépondérant privé ou public propre à justifier une telle communication (art. 28 al. 2 CC et 13 al. 1 LPD). Un intérêt prépondérant privé existe lorsque le sacrifice qui est imposé à la victime est jugé inférieur à l'avantage que peut en retirer une autre personne, physique ou morale<sup>69</sup>. Quant à l'intérêt public, il existe lorsqu'il profite à une pluralité d'autres personnes ou à la collectivité<sup>70</sup>. Dans les relations entre privés, l'intérêt public vient en général en soutien d'un intérêt privé prépondérant<sup>71</sup>. En cas de contestation, le juge devra procéder à une pondération des intérêts en présence, à savoir l'intérêt de la victime à ne pas subir d'atteinte à sa personnalité et celui dont se prévaut l'auteur pour y porter atteinte<sup>72</sup>. Le législateur a dressé une liste non exhaustive d'intérêts prépondérants de l'auteur du traitement qui doivent entrer en considération dans l'examen du juge (art. 13 al. 2 LPD)<sup>73</sup>. La pesée des intérêts se fera toutefois au regard de l'ensemble des circonstances (art. 4 CC)<sup>74</sup>. L'atteinte ne sera considérée comme justifiée que si le juge parvient à la conclusion que l'intérêt invoqué par l'auteur est prépondérant par rapport à celui de la victime<sup>75</sup>.

En matière de communication des données salariales, les cas les plus intéressants surviennent lorsqu'un employé demande à son employeur de lui transmettre le montant du salaire de certains collègues en vue de faire valoir des prétentions ou dans le cadre d'une procédure en justice. L'employeur a tendance à s'opposer à une telle demande en arguant de l'intérêt des employés concernés à la protection de leur personnalité, ainsi que de son propre intérêt au respect des obligations qui lui incombent en ce domaine (cf. art. 328 et 328b CO). Nous disposons en la matière de deux jurisprudences du Tribunal fédéral qui concernent, d'une part, la participation aux bénéfices, et d'autre part, le droit au bonus. Les règles posées dans ces arrêts nous paraissent pouvoir être étendues à d'autres

---

<sup>68</sup> Communiqué du Conseil fédéral du 23 novembre 2016 intitulé : « Modernisation du droit de la société anonyme », lu sur le site de l'Office fédéral de la justice : [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Actualité > News > 2016 (site consulté le 8 janvier 2017).

<sup>69</sup> JEANDIN, N 79 *ad* art. 28 CC, p. 263.

<sup>70</sup> JEANDIN, N 80 *ad* art. 28 CC, p. 263.

<sup>71</sup> MEIER, N 1614.

<sup>72</sup> JEANDIN, N 78 *ad* art. 28 CC, p. 263.

<sup>73</sup> MEIER, N 1631.

<sup>74</sup> MEIER, N 1628.

<sup>75</sup> JEANDIN, N 78 *ad* art. 28 CC, p. 263.

prétentions, notamment celles qui se fondent sur le principe de l'égalité salariale entre les sexes.

*aa) Participation aux bénéfices*

Dans le cadre d'une procédure relative à un médecin spécialiste FMH en radiologie qui réclamait une participation aux bénéfices (art. 322a CO), un juge cantonal a ordonné à l'employeur de produire les comptes de pertes et profits, les bilans et le décompte des participations au bénéfice accordées aux divers salariés durant une période de 7 ans (de 2001 à 2008), avec les dates de chaque paiement desdites indemnités. L'employeur a interjeté un recours en matière civile auprès de Tribunal fédéral dans lequel il sollicitait l'annulation de l'ordonnance du juge. L'employeur invoquait l'intérêt des autres salariés à ce que leur salaire reste confidentiel, ainsi que son propre intérêt à prévenir le risque que la connaissance des revenus des collaborateurs facilite un éventuel débauchage par des tiers<sup>76</sup>.

Effectuant implicitement une pesée des intérêts en présence, le Tribunal fédéral a rejeté les arguments de l'employeur. S'agissant du risque de débauchage, notre Haute Cour l'a jugé « assez théorique dès lors qu'on ne voit pas ce qui empêcherait des collaborateurs abordés par des employeurs potentiels de divulguer eux-mêmes leur revenu »<sup>77</sup>. Quant à l'obligation de l'employeur de protéger et respecter la personnalité de ses employés, elle ne fait pas obstacle, selon le Tribunal fédéral, à la divulgation des revenus de ces derniers. En effet, dans le cadre d'une procédure judiciaire entre employeur et travailleur dans laquelle le revenu des autres travailleurs au service de l'employeur est pertinent pour le jugement à rendre, l'employeur ne peut refuser de fournir ces données<sup>78</sup>. L'intérêt privé du médecin a donc été considéré comme prépondérant.

Il résulte de ce qui précède que si les données contenues dans la comptabilité sont nécessaires à la résolution de la cause, l'employeur ne peut s'opposer à leur production. Il pourra toutefois réclamer que certaines parties des pièces comptables, sans lien avec le litige ou devant demeurer confidentielles, soient caviardées<sup>79</sup>.

*bb) Bonus*

Suite à une demande en justice d'un employé qui réclamait la condamnation de son employeur à lui verser des montants importants au titre de bonus, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a enjoint l'employeur de produire les certificats de

---

<sup>76</sup> TF 4A\_195/2010 du 8 juin 2010, c. 2.

<sup>77</sup> TF 4A\_195/2010 du 8 juin 2010, c. 2.3.

<sup>78</sup> TF 4A\_195/2010 du 8 juin 2010, c. 2.2.

<sup>79</sup> DIETSCHY, N 637, pp. 302-303.

salaire et/ou les lettres ou documents attestant le montant du bonus et sa méthode de calcul s'agissant de cinq collaborateurs de l'entreprise. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice genevoise a rejeté le recours formé par l'employeur contre cette décision. Ce dernier a interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral. L'employeur a fondé son refus de communiquer les documents litigieux sur l'article 163 CPC et invoqué la sphère privée de ses employés dont il entendait protéger les droits de la personnalité<sup>80</sup>.

On rappellera que, en vertu de l'article 163 al. 1 CPC, une partie peut refuser de collaborer lorsque l'administration des preuves pourrait exposer un de ses proches au sens de l'art. 165 à une poursuite pénale ou engager sa responsabilité civile (lettre a) ou lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 du Code pénal ; les réviseurs sont exceptés ; l'art. 166 al. 1 let. b *in fine* est applicable par analogie (lettre b). Quant à l'art. 163 al. 2 CPC, il prévoit que les dépositaires d'autres secrets protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

L'arrêt rendu par le Tribunal fédéral dans cette affaire de bonus est intéressant en ce qu'il confirme et complète les principes dégagés dans l'arrêt que nous venons d'évoquer sur la participation aux bénéfices. Quatre éléments sont à relever. Premièrement, dès lors que la loi sur la protection des données ne s'applique pas aux procédures civiles pendantes (cf. art. 2 al. 2 let. c LPD), la question de la communication de données relève de l'art. 163 CPC. Les « règles spéciales de la procédure assurent déjà suffisamment la protection de la personnalité et il s'agit d'éviter un conflit de normes »<sup>81</sup>. Deuxièmement, le raisonnement tenu dans l'arrêt sur la participation aux bénéfices « s'applique mutatis mutandis dans la présente affaire, où la question des bonus touchés par d'autres collaborateurs importe pour l'issue du litige »<sup>82</sup>. Troisièmement, il n'est pas nécessaire de déterminer si les documents litigieux sont « protégés par la loi » au sens de l'art. 163 al. 2 CPC, car même si tel devait être le cas, il faudrait de toute manière admettre un intérêt prépondérant de l'employé à la manifestation de la vérité<sup>83</sup>. Quatrièmement, enfin, dans un procès en paiement d'un bonus, les juges n'ont pas besoin d'éclaircir au préalable la question du droit au bonus avant d'ordonner la production des titres pertinents<sup>84</sup>.

### cc) *Egalité salariale selon la LEg*

La loi sur l'égalité prohibe les discriminations salariales qui surviennent lorsque des différences de salaire reposent sur des circonstances qui découlent de l'appartenance à un

---

<sup>80</sup> TF 4A\_63/2016 du 10 octobre 2016. Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, cf. WITZIG.

<sup>81</sup> TF 4A\_63/2016 du 10 octobre 2016, c. 5.2.2.

<sup>82</sup> TF 4A\_63/2016 du 10 octobre 2016, c. 5.4.

<sup>83</sup> TF 4A\_63/2016 du 10 octobre 2016, c. 5.4.

<sup>84</sup> TF 4A\_63/2016 du 10 octobre 2016, c. 5.4.

sexe ne sont pas matériellement justifiées par le travail lui-même<sup>85</sup>. L'employée qui subit une discrimination salariale à raison du sexe peut réclamer à son employeur le salaire dû (cf. art. 3 et 5 al. 1 let. d LEg), soit la différence entre le salaire effectivement perçu et le salaire exempt de discrimination<sup>86</sup>. L'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable (art. 6 LEg).

Il va de soi que les jurisprudences précitées relatives à la participation aux bénéfices et au bonus s'appliquent aux prétentions salariales fondées sur la loi sur l'égalité. Il en résulte selon nous qu'une employée est en droit de demander à son employeur de lui communiquer le montant des salaires versés à des collègues masculins qui fournissent un travail comparable ou de valeur égale. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'intérêt de l'employée à la communication de ces informations devrait être considéré comme prépondérant.

Si l'on se base sur l'arrêt du Tribunal fédéral en matière de bonus, l'employée est en droit de solliciter ces informations sans qu'elle ait besoin de prouver, et ni même de rendre vraisemblable, qu'elle a effectivement droit au paiement de la différence salariale. On précisera ici que l'application de l'art. 6 LEg (allègement du fardeau de la preuve) doit intervenir à l'issue de la procédure lorsque tous les moyens de preuve ont été administrés. C'est en effet à ce moment-là que le juge devra déterminer, sur la base des faits établis, s'il considère qu'une discrimination a été rendue vraisemblable et, si tel est le cas, s'il existe des éléments objectifs non discriminatoires permettant de justifier la différence de traitement<sup>87</sup>. D'ailleurs, dans ce cadre l'employeur peut lui-même se prévaloir d'un intérêt privé prépondérant à révéler spontanément le salaire de certains de ses employés, afin de convaincre le juge que la demanderesse n'a pas été victime d'une discrimination salariale<sup>88</sup>.

On peut enfin se demander si la communication par l'employeur à une employée des salaires de collègues de travail masculins ne repose pas également sur l'intérêt public, garanti à l'article 8 alinéa 3 de la Constitution fédérale, de l'égalité salariale entre les sexes ? En tous les cas, on relèvera que le Conseil fédéral souhaite une plus grande transparence en la matière. C'est ainsi qu'en date du 26 octobre 2016, il a chargé le Département fédéral de justice et police de préparer un projet de loi d'ici l'été 2017 dans lequel il devra être prévu que les entreprises qui emploient au moins cinquante personnes auront l'obligation d'analyser tous les quatre ans les salaires qu'elles versent ; il est aussi

---

<sup>85</sup> GIRARDIN, N 22 *ad* art.3 LEg, p. 78.

<sup>86</sup> GIRARDIN, N 11 *ad* art. 3 LEg, p. 74.

<sup>87</sup> BRUCHEZ, p. 181 ; WYLER, N 10 *ad* art. 6 LEg, pp. 152-153.

<sup>88</sup> CRAMER, pp. 1481-1482.

prévu qu'un organe de contrôle externe vérifie le bon déroulement de l'analyse et rend compte du résultat de son examen à la direction de l'entreprise<sup>89</sup>.

#### **d) Consentement**

Le consentement de la victime peut constituer un motif justificatif de l'atteinte à la personnalité (art. 28 al. 2 CC et 13 al. 1 LPD). Le consentement constitue une manifestation de volonté, un acte juridique unilatéral, qui n'est soumis à aucune forme particulière<sup>90</sup>. La personne qui a donné le consentement à une atteinte a le droit de le révoquer en tout temps, ce à quoi elle ne peut renoncer à l'avance<sup>91</sup>.

L'ordre juridique contient des règles qui limitent la possibilité de la victime de consentir à une atteinte. Ainsi, l'article 27 alinéa 2 CC prévoit que nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs (protection contre les engagements excessifs). Par ailleurs, lorsque son consentement est requis pour le traitement de données personnelles la concernant, la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée ; c'est le principe du consentement libre et éclairé (art. 4 al. 5 LPD)<sup>92</sup>.

Dans le cadre des relations de travail, il convient d'apprécier strictement la portée du consentement du travailleur en raison du lien de subordination entre l'employeur et l'employé qui peut engendrer une dépendance psychologique et économique<sup>93</sup>. Plus l'acte auquel le travailleur consent est éloigné du cadre de l'article 328b CO et plus on se montrera réticent à admettre la validité du consentement<sup>94</sup>.

Par ailleurs, il faut rappeler que les articles 328 et 328b CO constituent des dispositions relativement impératives, c'est-à-dire auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 CO). Il en résulte, selon nous, qu'un travailleur ne peut consentir à un traitement de données allant au-delà du cadre de l'art. 328b CO, que dans les limites de l'article 341 CO, selon lequel le travailleur ne peut renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Pour que le consentement du

---

<sup>89</sup> Communiqué du Conseil fédéral du 26 octobre 2016 intitulé: « Une avancée vers l'égalité salariale : le Conseil fédéral veut un message d'ici à l'été 2017 », lu sur le site de l'Office fédéral de la justice : [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Actualité > News > 2016 (site consulté le 8 janvier 2017).

<sup>90</sup> JEANDIN, N 73 *ad* art. 28 CC, p. 262.

<sup>91</sup> JEANDIN, N 75 *ad* art. 28 CC, p. 262.

<sup>92</sup> MEIER, pp. 316 ss.

<sup>93</sup> Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois du 7 juillet 2016, cause PT13.05374, c. 5.2.2. Voir également WYLER/HEINZER, p. 310.

<sup>94</sup> MEIER, N 2057.

travailleur soit valable, il faut donc qu'il porte sur une atteinte qui puisse être considérée comme étant dans son propre intérêt<sup>95</sup>. Un tel intérêt existera, par exemple, lorsque l'employé demande à son employeur de communiquer directement à un bailleur ou un prêteur potentiel des indications sur son salaire mensuel ou annuel (remise d'une attestation de salaire)<sup>96</sup>.

### 3. Respect des principes généraux

L'existence d'un motif justificatif ne suffit pas à rendre licite un traitement des données par l'employeur<sup>97</sup>. Encore faut-il que le traitement soit conforme aux principes généraux résultant des articles 4, 5 al. 1 et 7 al. 1 LPD<sup>98</sup>. Comme nous l'avons vu, la violation de ces principes fait présumer une atteinte à la personnalité du travailleur (cf. art. 12 al. 2 let. a LPD)<sup>99</sup>. Le Tribunal fédéral a lui-même souligné que le procédé utilisé devait respecter la personnalité des travailleurs et observer les principes généraux du droit, en particulier ceux de la bonne foi et de la proportionnalité<sup>100</sup>.

Dans l'ordre, la LPD énumère les principes suivants : licéité (art. 4 al. 1 LPD) ; bonne foi (art. 4 al. 2 LPD) ; proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD) ; finalité (art. 4 al. 4 LPD) ; reconnaissabilité (art. 4 al. 4 LPD) ; exactitude (art. 5 al. 1 LPD) et sécurité (art. 7 al. 1 LPD)<sup>101</sup>.

Nous évoquerons ici trois questions en lien avec la protection de la confidentialité du salaire : la limitation de l'accès aux données salariales (a), la protection des données salariales contre le vol (b) et la communication des données salariales à une société commerciale (c).

#### a) Limitation de l'accès aux données salariales

Tout traitement des données doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD). Principe fondamental du droit public, consacré à l'article 36 alinéa 3 de la Constitution fédérale, le principe se compose de trois volets : la règle d'aptitude ou d'adéquation, la règle de nécessité et la règle de proportionnalité au sens étroit. Dans notre contexte, on en déduira que l'employeur ne peut collecter et traiter que les données qui

---

<sup>95</sup> DUNAND, N 32 *ad* art. 328b CO, p. 327 ; PORTMANN/RUDOLPH, N 26 *ad* art. 328b CO, pp. 1964-1965.

<sup>96</sup> CARRUZZO, N 17 *ad* art. 328b CO, p. 334 ; CRAMER, p. 1480.

<sup>97</sup> DUNAND, N 34 *ad* art. 328b CO, p. 328.

<sup>98</sup> MEIER, N 2055 ; PORTMANN/RUDOLPH, N 23 *ad* art. 328b CO, p. 1964.

<sup>99</sup> ATF 136 II 508, c. 5, *in* : JdT 2011 II 446.

<sup>100</sup> ATF 130 II 425, c. 3.3.

<sup>101</sup> Pour une présentation de ces principes, cf. dans le présent ouvrage la contribution de FLÜCKIGER, pp. 10 ss.

sont aptes et objectivement nécessaires pour atteindre le but poursuivi, pour autant que le traitement demeure dans un rapport raisonnable entre le résultat recherché et le moyen utilisé, tout en préservant le plus possible le droit des personnes concernées<sup>102</sup>.

Afin de limiter l'atteinte à la personnalité des employés, l'employeur doit s'assurer que le moins grand nombre possible de personnes aient accès aux données salariales dans l'entreprise. Un tel accès devrait être limité aux personnes devant nécessairement manipuler ces données pour le calcul et le versement du salaire, ainsi qu'aux supérieurs hiérarchiques dans la ligne verticale directe<sup>103</sup>. En aucun cas, les collaborateurs ne doivent avoir accès aux données personnelles de leurs collègues.

### **b) Protection des données salariales contre le vol**

Selon l'art. 7 al. 1 LPD, les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement non autorisé par des mesures organisationnelles et techniques appropriées (principe de sécurité)<sup>104</sup>. Les mesures à prendre sont détaillées aux articles 8 et 9 OLPD. Les composantes de la sécurité comprennent trois aspects : la confidentialité (seuls des personnes légitimées ou des logiciels légitimés peuvent avoir accès aux données salariales) ; la disponibilité (l'information désirée doit être disponible en un lieu voulu, dans une forme voulue et à un moment voulu) ; l'intégrité (le contenu de l'information est protégé contre des manipulations humaines ou logicielles malveillantes)<sup>105</sup>. Ainsi, qu'ils figurent dans des dossiers ou registres « papier » ou électronique, l'employeur doit s'assurer que seules les personnes autorisées puissent avoir accès aux données salariales des employés et prendre les mesures adéquates pour que ces données ne puissent être volées.

### **c) Communication des données salariales à une société commerciale**

Selon le principe de la finalité, les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par la loi ou qui ressort des circonstances (art. 4 al. 3 LPD). Il va de soi que l'employeur ne saurait communiquer le montant du salaire de ses employés à des sociétés commerciales pour permettre à celles-ci d'identifier leur capacité financière<sup>106</sup>. Une telle pratique serait autant dépourvue de tout

---

<sup>102</sup> MEIER, N 666.

<sup>103</sup> Sur la limitation d'accès aux données personnelles des travailleurs, cf. MONTAVON, p. 81 ; WYLER/HEINZER, p. 342.

<sup>104</sup> Sur cette question, cf. la contribution de FANTI dans le présent ouvrage, pp. 235 ss.

<sup>105</sup> MEIER, N 786.

<sup>106</sup> MONTAVON, p. 81.

motif justificatif, qu'elle contreviendrait aux principes de la finalité du traitement et, plus généralement, de la bonne foi.

#### **4. Réserve en faveur des lois sur la transparence**

Enfin, il ne faut pas omettre de vérifier si la communication des données ne pourrait pas être ordonnée en vertu de la Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004<sup>107</sup>, respectivement de la Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel du 9 mai 2012<sup>108</sup>. En effet, ces textes, bien que destinés avant tout à favoriser la transparence de l'administration, sont également susceptibles de s'appliquer à des entités privées.

Tel est le cas, en droit fédéral, des entités privées appelées à rendre des décisions (art. 2 al. 1 LTrans), mais uniquement pour les documents qui sont en relation directe avec la décision à prendre<sup>109</sup>; ne sont en revanche pas visées les entités à qui des tâches administratives sont confiées au cas par cas<sup>110</sup>. En droit cantonal, le cercle des entités visées est plus large puisqu'il s'agit de celles qui accomplissent des tâches d'intérêt public (art. 2 let d CPDT-JUNE) ou dans lesquelles les collectivités publiques détiennent une participation majoritaire dans celles-ci (art. 2 let. e CPDT-JUNE).

Une entité privée qui se trouve d'une manière ou d'une autre en relation avec une collectivité publique, qu'elle soit chargée de l'exécution d'une tâche publique ou subventionnée par des deniers publics, doit donc s'assurer de son assujettissement ou non à la LTrans ou à l'équivalent de cette loi au niveau cantonal<sup>111</sup>.

## **B. En droit de la fonction publique**

### **1. Protection de la personnalité de l'agent public**

Tout comme l'employeur privé, l'employeur public a le devoir de protéger la personnalité des agents à son service<sup>112</sup>. En effet, la protection de la sphère privée est garantie explicitement par l'art. 13 Cst. et, s'agissant de la communication de données concernant

---

<sup>107</sup> LTrans, RS 152.3.

<sup>108</sup> CPDT-JUNE, RSN 150.30.

<sup>109</sup> ATAF 2015/43, c. 7.

<sup>110</sup> ATAF 2015/43, c. 6.5.

<sup>111</sup> Pour la mise en œuvre des dispositions sur la transparence, voir la contribution de WALTER dans le présent ouvrage, p. 75, ainsi qu'*infra* B. 2. a) iv.).

<sup>112</sup> ATF 137 I 58, c. 4.2.3.

l'agent public, les notions de sphère privée et de protection de la personnalité concordent<sup>113</sup>.

Dans le régime de la LPers, cette obligation a sa source à l'art. 4 al. 2 let. g LPers. De manière constante, les contours de cette obligation sont décrits au regard des devoirs découlant de l'art. 328 CO<sup>114</sup>, conformément au renvoi de l'art. 6 al. 2 LPers.

En revanche, la LSt ne prévoit pas de disposition protégeant expressément la personnalité des fonctionnaires et employés du canton. Dans un tel cas de figure, en l'absence de disposition expresse, les art. 28ss CC et 328 CO devraient à notre sens trouver application à titre subsidiaire et par analogie, à titre de droit cantonal supplétif<sup>115</sup>.

Par conséquent, tout comme dans le régime de travail de droit privé (voir *supra* A. 1. a), la rétribution des agents de la fonction publique constitue un élément de la personnalité des employés dont la confidentialité est protégée.

Il est vrai que la rétribution des agents publics peut dans une certaine mesure être déterminable : par le jeu de la fonction occupée et de l'échelle des traitements, le traitement maximal, voire minimal en droit cantonal, des agents publics se déduit de la loi ; il en va de même, en droit cantonal, des augmentations annuelles par échelon. Mais à l'intérieur de cette fourchette, les éléments qui permettent de fixer le salaire initial ainsi que, au plan fédéral, son évolution, relèvent à notre sens également de la sphère privée. En effet, le salaire respectivement le traitement sont fixés initialement en fonction de critères propres à l'agent public. De même, la progression salariale, en droit fédéral, dépend de l'évaluation personnelle de l'employé. Aussi, le fait que le salaire soit fixé de manière générale dans la loi ne signifie pas encore que le salaire de chaque agent public soit connu.

En outre, certaines rémunérations, en sus d'être déterminables, sont déclarées publiques de par la loi. Dans ce cas, c'est le législateur qui a, en amont, considéré que la publicité des rémunérations devait l'emporter sur la protection de la sphère privée.

Ainsi, l'art. 6a al. 4 et 5 LPers prévoit une publicité étendue voire totale pour le salaire des cadres du plus haut niveau hiérarchique des Chemins de fer fédéraux et d'autres entreprises et établissements de la Confédération,<sup>116</sup> mais aussi pour les entreprises sises en Suisse

---

<sup>113</sup> ATAF 2013/50, c. 9.2.

<sup>114</sup> TAF A-566/2015 du 24 août 2016, c. 4.2.2.3 ; TAF A-5276/2015 du 29 juin 2016, c. 4.3.1.3 ; TAF A-612/2015 du 4 mars 2016, c. 3.2 ; HELBLING, N. 44 *ad* art. 4 LPers.

<sup>115</sup> TF 2A.770/2006 du 26 avril 2007, c. 3.2. Eg. TF 1C\_394/2008 du 5 décembre 2008, c. 3.2. Plus nuancé, CDP.2016.191 (Cour de droit public du Tribunal cantonal, Neuchâtel, 24 octobre 2016), qui laisse la question ouverte tout en niant une quelconque atteinte à la personnalité de l'agent public.

<sup>116</sup> Notamment l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, Swissmedic, la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident, l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire, l'Autorité fédérale de

dont le capital et les voix sont détenus à titre majoritaire, directement ou indirectement, par la Confédération<sup>117</sup> : d'une part, le montant total des salaires ainsi que les autres conditions contractuelles avec ces personnes sont publics ; d'autre part, le salaire du président de la direction est mentionné individuellement. Cette publicité a été l'accessoire des mesures prises par la Confédération pour répondre à l'envolée du montant des rémunérations des cadres qui avait choqué l'opinion publique au début des années 2000 ; désormais, ces rémunérations sont fixées en tenant compte de l'ensemble des conditions politiques, économiques et sociales. La publicité qui s'y rapporte permet de restaurer la confiance dans les mesures prises<sup>118</sup>.

De plus, selon l'art. 15 al. 6 LPers, le montant des salaires maximaux (prestations annexes comprises) à verser aux cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale ainsi que les autres conditions contractuelles convenues avec ces personnes sont publics. Cette disposition est le pendant de l'art. 6a LPers pour les cadres de l'administration centrale, mais la correspondance entre ces deux dispositions n'est pas totale<sup>119</sup>. Par « cadres de plus haut niveau », on entend, selon la doctrine, les personnes dont la classe de salaire est de 34 à 38<sup>120</sup>. Ce qui est public, ce n'est pas le salaire effectivement versé à chaque cadre, mais la rémunération maximale à laquelle il peut prétendre conformément à la loi ou aux dispositions d'exécution de celle-ci. De la sorte, il n'est pas possible de déterminer, par le biais du salaire effectivement versé, la qualité du travail de la personne en cause. Le législateur a ainsi souhaité éviter une atteinte trop importante à la personnalité de ces employés<sup>121</sup>.

Le Conseil fédéral transmet chaque année son Rapport sur le salaire des cadres à l'attention de la Délégation des finances des chambres fédérales et celui-ci est publié sur le site de l'Office fédéral du personnel<sup>122</sup>.

---

surveillance des marchés financiers, l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision, Pro Helvetia, La Poste Suisse et les entreprises qu'elle contrôle : art. 1 de l'Ordonnance sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération du 19 décembre 2003 (Ordonnance sur le salaire des cadres, RS 172.220.12).

<sup>117</sup> Notamment RUAG Holding SA, Hôtel Bellevue-Palace Immobilien AG, SIFEM, Swiss Investment Fund for Emerging Markets, Postfinance SA, SKYGUIDE, la SSR.

<sup>118</sup> Rapport sur le salaire des cadres, pp. 6973-6974.

<sup>119</sup> MALLA, N 152 *ad* art. 15 LPers.

<sup>120</sup> MALLA, N 152 *ad* art. 15 LPers.

<sup>121</sup> MALLA, N 162 *ad* art. 15 LPers.

<sup>122</sup> [www.epa.admin.ch](http://www.epa.admin.ch), sous la rubrique Documentation>Faits et chiffres>Rapports.

## 2. Protection des données et transparence

Pour ce qui est de la protection des données dans le droit de la fonction publique, il convient de distinguer la fonction publique fédérale de la fonction publique cantonale ou communale. En effet, la LPD s'applique aux seuls organes fédéraux (art. 2 al. 1 let. b. LPD), de sorte que c'est dans les textes de rang cantonal sur la protection des données que celle-ci s'exprime pour la fonction publique cantonale et communale. De même, les législations sur la transparence sont fédérale, respectivement cantonales.

### a) Fonction publique fédérale (art. 27ss LPers, LPD et LTrans)

#### aa) *Champ d'application de la LPD*

Les organes fédéraux à qui la LPD s'applique sont l'autorité ou le service fédéral ainsi que la personne en tant qu'elle est chargée d'une tâche de la Confédération (art. 3 let. h. LPD). Il s'agit avant tout de toutes les entités qui composent l'administration fédérale centrale et décentralisée au sens de l'article 2 de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997<sup>123</sup> ainsi que les entités décentralisées au sens propre du terme<sup>124</sup>. Mais à notre sens, cela concerne également les entités du pouvoir législatif ou judiciaire en leur qualité d'employeur au sens de la LPers, à savoir les Services du Parlement (art. 2 al. 1 let. b LPers), le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal fédéral des brevets (art. 2 al. 1 let. f LPers), le Tribunal fédéral (art. 2 al. 1 let. g LPers), le secrétariat de l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération (art. 2 al. 1 let. h LPers) et le Ministère public de la Confédération (art. 2 al. 1 let. i LPers).

Pour ces autorités fédérales, les règles relatives au traitement des données personnelles figurent dans la section 4 de la loi, soit aux art. 16 à 25bis LPD. Le principe général est que le traitement de données personnelles ne peut intervenir que s'il existe une base légale (au sens matériel<sup>125</sup>) et, en présence de données sensibles ou de profils de la personnalité, s'il existe une base légale formelle (art. 17 LPD) (**bb**). La communication de données personnelles ne peut intervenir que moyennant base légale ou sur la base de motifs justificatifs, sous réserve de motifs de refus (cc). Enfin, la communication peut intervenir à la suite d'une demande fondée sur la LTrans (**dd**). Nous examinerons ensuite les critères retenus par la jurisprudence pour la transmission d'informations financières relatives aux employés de la Confédération (**ee**) et évoquerons la question des rémunérations accessoires des agents publics (**ff**).

---

<sup>123</sup> LOGA, RS 172.020. MAURER-LAMBROU/KUNZ, N 13 *ad* art. 2 LPD.

<sup>124</sup> RUDIN, N 44-45 *ad* art. 3 LPD.

<sup>125</sup> MUND, N 5 *ad* art. 17 LPD.

*bb) Exigence d'une base légale. Extension de la notion de données sensibles ?*

En droit de la fonction publique fédérale, les art. 27 et suivants LPers, l'art. 9 OPers ainsi que l'Ordonnance concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération du 26 octobre 2011<sup>126</sup> sont les bases légales pertinentes.

L'art. 27 LPers est la base légale générale permettant le traitement des données personnelles des employés de la Confédération ; elle prend la forme d'une clause de délégation en faveur du Conseil fédéral. La réglementation d'exécution porte, notamment, sur les conditions du traitement des données sensibles et des profils de la personnalité dans la mesure où ce traitement est nécessaire au développement du personnel et où la personne y a donné son consentement écrit (art. 27 al. 2 let. b LPers) ; les profils de personnalité visés par cette disposition sont les assessments et tests de la personnalité<sup>127</sup> utilisés lors du recrutement, mais aussi, à notre sens, les évaluations du personnel en vue de l'évolution du salaire. La réglementation d'exécution concerne également le délai de conservation des données, l'organisation des systèmes informatiques de traitement des données et la sécurité des données (art. 27 al. 2 let. c LPers).

L'art. 27a LPers est la base légale permettant à la Confédération d'exploiter un système d'information concernant le personnel. Ce système, nommé BV PLUS (art. 8 OPDC), a pour but de permettre la gestion centrale et l'exploitation des données personnelles relatives aux employés de l'administration et en particulier de traiter les données relatives au salaire et de réaliser des évaluations, des simulations de budget et des planifications des frais de personnel (art. 27a al. 1 let. a et b LPers). L'alinéa 2 de l'art. 27a LPers énumère un certain nombre de données sensibles pouvant figurer dans le système d'information du personnel ; parmi celles-ci figurent les échelons d'évaluation fondés sur les évaluations personnelles (art. 27a al. 3 let. e LPers) ainsi que la saisie du salaire (art. 27a al. 3 let. h LPers). BV PLUS est sous la responsabilité de l'Office fédéral du personnel tandis que les unités administratives sont responsables du traitement des données (art. 15 al. 1 et 2 OPDC).

Par le jeu de ces dispositions et du principe *lex posterior derogat priori*, le salaire en droit de la fonction publique fédérale semble érigé en donnée sensible, étendant ainsi, potentiellement, le champ d'application de l'art. 3 let. c LPD. Tel n'est toutefois pas l'opinion du Tribunal administratif fédéral, qui considère que les données de nature financière ou organisationnelle entourant la relation de travail ne sont pas des données

---

<sup>126</sup> OPDC, RS 172.220.111.4.

<sup>127</sup> Message LPers, p. 1446.

sensibles requérant une protection accrue<sup>128</sup> et que l'art. 27a al. 1 let. h LPers n'a aucune pertinence dans l'analyse de l'art. 3 let. c LPD<sup>129</sup>.

cc) *La communication de données personnelles*

La communication des données personnelles peut intervenir dans deux cas de figure. D'une part, une base légale l'exige ou le permet. En droit du personnel fédéral, les art. 7 et 11 OPDC régissent la communication des données à des tiers, fondée sur le consentement de la personne, respectivement le transfert des données non sensibles contenues dans BV PLUS à d'autres systèmes d'information.

D'autre part, la communication peut intervenir si l'une des quatre conditions alternatives suivantes est réalisée : le destinataire a absolument besoin de ces données pour accomplir sa tâche légale, la personne y a consenti, elle a rendu ses données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas formellement opposée à la communication ou le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes (art. 19 al. 1 LPD).

Néanmoins, les organes fédéraux sont en droit de communiquer, sur demande, le nom, le prénom, l'adresse et la date de naissance d'une personne même si les conditions susmentionnées ne sont pas réalisées (art. 19 al. 2 LPD).

Enfin, la communication peut être refusée, restreinte ou assortie de charges si un intérêt public ou privé important l'exige, s'il existe une obligation légale de garder le secret ou si une disposition particulière relevant de la protection des données l'exige (art. 19 al. 4 LPD).

À ces conditions et pesée des intérêts s'ajoutent encore les exigences en matière de transparence de l'administration.

dd) *Le principe de transparence*

La contribution de M. WALTER dans le présent ouvrage étudie en détail la relation entre le principe de transparence et la protection des données<sup>130</sup>.

On retient en substance que la LTrans fonde le droit général de toute personne de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. Le processus décisionnel de l'administration est rendu plus transparent dans le

---

<sup>128</sup> TAF A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 5.4.

<sup>129</sup> TAF A-6738/2014 du 23 septembre 2015.

<sup>130</sup> Cf. pp. 77 ss.

but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques de même que la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration<sup>131</sup>. Le principe de transparence contribue à la réalisation de la liberté d'information (art. 16 Cst.), au devoir de renseigner de la Confédération (art. 180 al. 2 Cst.) ainsi que, de manière indirecte, à la liberté des médias (art. 17 Cst.)<sup>132</sup>.

La LTrans s'applique à l'ensemble de l'administration fédérale, définie selon l'art. 2 LOGA. Il s'agit de l'ensemble de l'administration subordonnée au Conseil fédéral, soit les départements et les offices ainsi que la Chancellerie fédérale. Le Conseil fédéral, en tant qu'autorité politique indépendante de l'administration, dont les délibérations ont lieu à huis clos, ne s'y trouve point soumis<sup>133</sup>. Mais la LTrans s'applique également aux organismes de droit privé chargés de rendre des décisions, de sorte que les intérêts publics poursuivis par cette loi sont également susceptibles d'entrer dans la pesée des intérêts alors même que la relation de travail relève du droit privé (voir *supra* A. 4.).

La loi prévoit le principe de l'accès aux documents (art. 6 LTrans) et les exceptions à celui-ci (art. 7 et 8 LTrans) et c'est à l'autorité, si elle décide de refuser l'accès à des documents officiels, de supporter le fardeau de la preuve destinée à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels<sup>134</sup>.

L'art. 9 LTrans est la disposition prévoyant la coordination entre les deux régimes de la transparence, présumée, et de la protection des données, en principe garantie. Si, lors de l'adoption de la LTrans, le législateur considérait que le droit à la protection des données personnelles devait par principe primer sur la transparence<sup>135</sup>, on retient aujourd'hui qu'il n'y a pas de préséance de l'une sur l'autre<sup>136</sup>.

L'art. 9 LTrans prévoit une procédure par étapes. Tout d'abord, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes (art. 9 al. 1 LTrans). S'ils ne peuvent pas l'être, l'art. 19 LPD est applicable. L'anonymisation est notamment impossible si la demande d'accès porte expressément sur une personne déterminée nommée dans la requête ou parce que le caviardage nécessiterait un travail disproportionné<sup>137</sup>.

---

<sup>131</sup> ATF 136 II 399, c. 2.1 ; ATF 133 II 209, c. 2.3.1.

<sup>132</sup> ATF 142 II 113, c. 3.1.

<sup>133</sup> ATAF 2014/24, c. 3.1.

<sup>134</sup> ATAF 2014/24, c. 3.1.

<sup>135</sup> Message LTrans, p. 1857.

<sup>136</sup> Dans ce sens, TAF A-4571/2015 du 10 août 2016, c. 7.2.2. Voir aussi la contribution de WALTER dans le présent ouvrage.

<sup>137</sup> Message LTrans p. 1858.

Selon l'art. 19 al.1bis LPD, les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles en vertu de la LTrans si les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et si la communication répond à un intérêt public prépondérant<sup>138</sup>. Ainsi, l'art. 9 al. 2 LTrans en relation avec l'art. 19 al. 1bis LPD, commande de déterminer au cas par cas, après évaluation minutieuse des intérêts en présence, le type de données pouvant être publiées. Mais la divulgation de données personnelles à l'issue d'une pondération des intérêts ne signifie pas que ces données tombent automatiquement dans le domaine public ; cela veut seulement dire que dans les circonstances de l'espèce, un intérêt public à la transparence a prévalu<sup>139</sup>.

Le principe de la transparence vient donc accentuer la pression sur la protection des données. Pour les salaires et d'autres éléments de rétribution des agents de la Confédération, cela s'exprime comme suit.

*ee) Le salaire des employés de la Confédération*

Bien que globalement déterminable en fonction des classes de salaire fixées par la loi, le salaire réel des employés de la Confédération est une donnée personnelle protégée par la loi. Il ne s'agit pas d'une donnée sensible, car, selon les termes du Tribunal administratif fédéral, elle est de nature purement financière et organisationnelle, de sorte qu'elle ne nécessite pas une protection accrue<sup>140</sup>.

La pesée des intérêts est guidée par les éléments suivants :

Tout d'abord, on doit admettre qu'en raison de leur qualité d'agent public, les employés de l'État ne bénéficient pas de la même protection à leur droit à l'autodétermination informationnelle que les privés<sup>141</sup>.

De plus, les personnes occupant des positions élevées au sein de la hiérarchie administrative doivent davantage s'accommoder de la publication de leurs données personnelles que les employés exerçant des fonctions subalternes<sup>142</sup>.

En outre, en référence à l'art. 6 al. 2 OTrans, un intérêt public à la transparence est jugé prépondérant, par exemple, lorsque le droit d'accès à un document répond à un besoin particulier d'information de la part du public suite notamment à des événements

---

<sup>138</sup> TAF A-3649/2014, c. 8.3.3.

<sup>139</sup> TAF A-3649/2014, c. 8.3.4.

<sup>140</sup> Voir *supra* bb.

<sup>141</sup> TAF A- 6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.1.3.1, et les références.

<sup>142</sup> TAF A- 6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.1.3.1; TAF A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 4.4.

importants, en particulier des événements de nature politique ; il en va de même s'il s'agit de documents en rapport avec l'octroi d'avantages économiques importants<sup>143</sup>.

Enfin, constitue également un intérêt public important celui de pouvoir s'assurer que les dispositions légales en matière de rémunération sont correctement appliquées<sup>144</sup>.

Il découle de l'application de ces critères que le salaire des employés de la Confédération, dans ces circonstances, ne bénéficie pas d'une protection aussi intense que les salaires des employés du secteur privé.

Enfin, comme déjà relevé le salaire maximal possible des cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration ainsi que le salaire effectif des présidents des directions des établissements et entreprises de la Confédération, sont déclarés publics de par la loi<sup>145</sup>.

*ff) Les activités accessoires des employés de la Confédération<sup>146</sup>*

La problématique des activités accessoires se pose différemment : ce n'est pas l'usage des deniers publics que l'on vérifie, mais un élément de rémunération réalisé auprès d'un autre employeur, qui peut ne pas être une collectivité publique. Toutefois, en raison du fait que l'agent public a l'obligation de communiquer ses activités accessoires et cas échéant une obligation de rétrocéder le revenu qui s'y rapporte, l'information relative à cette rémunération est susceptible de se retrouver entre les mains de la Confédération. La question se pose alors de savoir à quelles règles la communication de ce salaire doit obéir.

Les employés de la Confédération ne peuvent exercer pour un tiers une activité rémunérée que dans la mesure où ils ne violent pas leur devoir de fidélité (art. 20 al. 2 LPers). L'OPers prévoit un régime d'annonce, respectivement d'autorisation pour ces activités, selon qu'elles sont source de surcharge ou de conflit d'intérêts (art. 91 OPers ; é.g. art. 23 LPers). L'art. 92 al. 1 OPers prévoit une obligation de remettre le revenu à la Confédération lorsque l'activité procède du contrat de travail avec la Confédération si la somme du revenu pour cette activité et le salaire excèdent 110% du montant maximal de la classe de salaire.

Les principes applicables à la communication des activités accessoires sont identiques à ceux guidant la pesée des intérêts pour la communication du salaire versé par la

---

<sup>143</sup> TAF A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 4.2.

<sup>144</sup> TAF A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 5.5.

<sup>145</sup> Voir *supra* 1.

<sup>146</sup> Sur la problématique de la transparence en matière d'activités accessoires, voir FLÜCKIGER et HÄNNI.

Confédération<sup>147</sup>. En particulier, il n'est pas fait de distinction quant au fait que la rémunération ne provient pas de deniers publics<sup>148</sup>.

Le Tribunal administratif fédéral a ainsi admis, au nom de l'intérêt public à pouvoir vérifier que les règles en matière d'activités accessoires sont correctement appliquées, que les noms des cadres poursuivant des activités accessoires soient communiqués, ainsi que l'activité annexe exercée. En revanche, l'anonymat a été préservé pour les employés subalternes<sup>149</sup>.

## **b) Fonction publique cantonale (CPDT-JUNE)**

Le droit cantonal de la fonction publique ne contient pas de disposition relative à la protection des données des employés et fonctionnaires cantonaux. Le siège de la matière se trouve dans la CPDT-JUNE, qui vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données personnelles, d'une part, et qui a pour but, notamment, de veiller à la transparence des activités et des autorités, d'autre part (art. 1 al. 2 et 3 CPDT-JUNE). Contrairement au droit fédéral, la réglementation relative à la protection des données et à la transparence figure dans un même texte, ce qui permet d'éviter des conflits liés au champ d'application de la matière et assure, probablement, une meilleure coordination matérielle lorsqu'une demande d'accès fondée sur le principe de transparence est de nature à porter atteinte à la sphère privée d'une personne.

La CPDT-JUNE s'applique aux autorités législatives, exécutives, administratives et judiciaires cantonales et aux organes qui en dépendent, aux communes et aux organes qui en dépendent, aux collectivités et établissements de droit public cantonaux et communaux, aux personnes de droit privé qui accomplissent des tâches d'intérêt public ou déléguées par une entité soumise à la loi et aux entités dans lesquelles une ou plusieurs entités soumises à la loi disposent ensemble d'une participation majoritaire, dans la mesure où elles accomplissent des tâches d'intérêt public (art. 2 CPDT-JUNE). Comme déjà relevé<sup>150</sup>, le champ d'application de la CPDT-JUNE est plus large que celui de la LTrans, qui est limité, s'agissant des entités privées, à celles habilitées à rendre des décisions.

Pour ce qui est de la protection des données, la CPDT-JUNE se calque sur les définitions du droit fédéral<sup>151</sup> de même qu'elle en reprend, en substance, les conditions du traitement :

---

<sup>147</sup> Voir *supra* ee).

<sup>148</sup> TAF A\_6738/2014 du 23 septembre 2015.

<sup>149</sup> TAF A\_6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.2.

<sup>150</sup> Voir *supra* A. 4.

<sup>151</sup> Rapport LCPD, p. 11. Le canton de Neuchâtel s'était doté d'une loi sur la protection des données et d'une loi sur la transparence avant d'adopter la CPDT-JUNE ; celle-ci reprend les dispositions matérielles figurant dans celles-là : Rapport CDPT-JUNE, p. 30.

légalité, proportionnalité, bonne foi et finalité, exactitude et sécurité (art. 16 à 20 CPDT-JUNE). S'agissant de la communication des données à des tiers, elle ne peut intervenir que s'il existe une base légale, si la personne y a consenti en l'espèce ou a rendu ses données accessibles et ne s'est pas opposée à la communication, si elle s'y oppose dans le but d'empêcher le destinataire de faire valoir des prétentions juridiques ou si les données sont contenues dans un document demandé au titre de la transparence et que la communication est justifiée par un intérêt public prépondérant (art. 25 al. 1 CPDT-JUNE), conditions également analogues à ce qui prévaut en droit fédéral<sup>152</sup>. La communication des données est en outre refusée ou restreinte lorsqu'un intérêt public ou prépondérant l'exige (art. 26 al. 1 let. a CPDT-JUNE).

Pour ce qui est des demandes foncées sur le principe de transparence, la CPDT-JUNE prévoit qu'un intérêt privé prépondérant s'opposant à la transmission est reconnu lorsque le document officiel contient des données personnelles et que sa communication n'est pas autorisée par les règles applicables en matière de protection des données, à moins que la communication ne soit justifiée par un intérêt public prépondérant (art. 72 al. 3 let. a CPDT-JUNE).

Aussi, en droit cantonal, protection des données et transparence sont placées à pied d'égalité et l'arbitrage intervient à la lumière d'un intérêt public prépondérant, cette notion ayant une portée identique à l'art. 25 et à l'art. 72 CDPT-JUNE<sup>153</sup>. Les situations dans lesquelles un intérêt public peut être prépondérant sont énumérées à l'art. 72 al. 2 CPDT-JUNE. Parmi ceux-ci figure l'intérêt public à ne pas affaiblir la position de négociation d'une autorité (art. 72 al. 2 let. d CPDT-JUNE), point qui sera abordé *infra* V.B.2.

La jurisprudence cantonale est peu fournie, mais il en ressort qu'elle se calque dans une très grande mesure sur les critères et solutions retenus en droit fédéral<sup>154</sup>. Ce qui a été dit plus haut s'agissant de la communication du salaire et des activités accessoires des agents publics devrait donc valoir dans la même mesure pour la fonction publique cantonale.

#### **IV. À quelles conditions un travailleur peut-il communiquer son salaire à un tiers ?**

Nous avons vu dans le chapitre précédent que le salaire constitue un élément de la personnalité de l'employé que celui-ci peut en principe légitimement considérer comme une donnée confidentielle, sauf si l'employeur se prévaut d'un motif justificatif pour le

---

<sup>152</sup> Rapport CPDT-JUNE, p. 33.

<sup>153</sup> Rapport LCPD, p. 26.

<sup>154</sup> CDP.2014.23 du 28 janvier 2016.

communiquer à un tiers. Il est toutefois possible de traiter la question de la confidentialité du salaire sous un angle diamétralement différent. En effet, l'employeur peut avoir intérêt à ce que le montant des salaires versés reste confidentiel ne serait-ce que pour éviter des revendications salariales ou le débauchage de ses employés. À l'inverse, l'employé peut souhaiter communiquer le montant de son salaire à des tiers, à l'intérieur ou l'extérieur de l'entreprise. Il s'agit dans ce chapitre de déterminer à quelles conditions une telle communication s'avère licite. À notre avis, il n'existe pas de solution schématique, car il convient de procéder dans chaque cas d'espèce à une pesée des intérêts. Les intérêts entrant en jeu ne sont pas les mêmes qu'il s'agisse du droit privé du travail ou du droit de la fonction publique, car toute limitation du droit de l'agent public de s'exprimer est examinée sous l'angle de la violation de ses droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression. Cela impose une plus grande retenue à l'employeur.

## **A. En droit privé du travail**

Après avoir rappelé les intérêts en présence (1.), nous déterminerons comment doit s'effectuer la pesée des intérêts dans quelques cas d'application (2.). Nous examinerons également la portée d'une clause de confidentialité (3.).

### **1. Intérêts en présence**

Pour déterminer à quelles conditions, un employé a le droit de communiquer le montant de son salaire à un tiers, il faut tenir compte des intérêts en présence, potentiellement contradictoires, de l'employé (a) et de l'employeur (b).

#### **a) Liberté de l'employé**

Le droit pour chaque employé de communiquer son salaire à un tiers peut être déduit des règles sur la protection de la personnalité (art. 328 CO) qui lui confère une certaine liberté en la matière, d'un double point de vue. Tout d'abord, l'employeur doit tolérer, dans certaines limites, l'exercice des libertés individuelles dans l'entreprise<sup>155</sup>. Chaque employé dispose ainsi d'un certain droit à la liberté d'expression qui lui permet de s'exprimer même publiquement sur la vie de l'entreprise et de formuler, de bonne foi, des critiques et des propositions<sup>156</sup>.

Par ailleurs, l'employé peut en principe librement fixer les éléments entrant dans sa sphère privée. Il est ainsi libre de partager les événements de sa vie à un cercle de personnes

---

<sup>155</sup> DUNAND, N 16 *ad* art. 328 CO, p. 275.

<sup>156</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 10 *ad* art. 328 CO, p. 146.

déterminées ou de les divulguer publiquement, délimitant ainsi concrètement ce qui relève de sa sphère intime, privée et publique.

## **b) Protection de l'employeur**

L'employeur peut également se prévaloir des droits de la personnalité, même lorsqu'il est une entité ayant la personnalité morale. En effet, les articles 28 ss CC protègent la personnalité sociale d'une personne morale, qui comprend le droit à l'honneur, la sphère privée et la personnalité économique<sup>157</sup>. Mais la règle de protection la plus pertinente dans notre contexte réside dans l'article 321a al. 1 CO, selon lequel le travailleur doit exécuter avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Nous distinguerons le principe général et la protection du secret d'affaires.

### *aa) Devoir de diligence et de fidélité*

L'obligation de fidélité consiste à mettre toutes ses forces au service de son employeur et à renoncer à tout ce qui pourrait lui nuire : elle comporte ainsi un aspect positif et un aspect négatif<sup>158</sup>. Positivement, le travailleur doit se consacrer entièrement à l'exécution de sa tâche et avertir l'employeur d'éventuels dommages imminents, des perturbations dans l'exécution du travail et d'autres irrégularités ou abus<sup>159</sup>. Négativement, le travailleur doit s'abstenir de tout comportement susceptible de léser son employeur dans ses intérêts légitimes et éviter, en particulier, tout ce qui pourrait lui causer un dommage économique<sup>160</sup>.

L'étendue et la mesure de l'obligation de diligence et de fidélité doivent être analysées en fonction de la position du travailleur dans l'entreprise. En raison du crédit particulier et de la responsabilité que lui confère sa fonction dans l'entreprise, le comportement d'un cadre sera apprécié avec une rigueur accrue<sup>161</sup>. Étant en principe liée aux rapports de travail, l'obligation de fidélité ne s'étend généralement pas à la vie privée et sociale du travailleur<sup>162</sup>.

### *bb) Protection des secrets d'affaires*

Selon l'art. 321a al. 4 CO, qui précise la notion du devoir de diligence et de fidélité, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que

---

<sup>157</sup> JEANDIN, N 20 *ad* art. 28 CC, p. 249.

<sup>158</sup> DUNAND, N 12 *ad* art. 321a CO, p. 56.

<sup>159</sup> TF 4A\_297/2016 du 17 novembre 2016, c. 4.3.1.

<sup>160</sup> TF 4A\_297/2016 du 17 novembre 2016, c. 4.2.

<sup>161</sup> ATF 127 III 86, c. 2c.

<sup>162</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 *ad* art. 321a CO, p. 56.

les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur. Pendant la durée du contrat, cette obligation est absolue, alors qu'elle ne perdure après la fin des rapports contractuels que dans les limites de la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur<sup>163</sup>.

Constitue un secret, au sens de cette disposition, toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique et qui n'est pas facilement accessible, dont un commerçant ou un fabricant a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'il n'entend pas divulguer<sup>164</sup>. Il faut et suffit que le travailleur ait pris connaissance de ces faits alors qu'il était au service de son employeur, peu importe la manière<sup>165</sup>. Les secrets de fabrication comprennent les procédés de production et de fabrication à caractère technique, ainsi que les plans de construction<sup>166</sup>. Quant aux secrets d'affaires, ils comprennent la pratique et l'organisation commerciale et financière de l'entreprise (notamment : liste de clients, calculs des prix, marges de bénéfice, marketing)<sup>167</sup>. Ils peuvent aussi consister en des données personnelles concernant l'employeur ou des collègues de travail<sup>168</sup>. Pour être qualifiées de secrets de fabrication ou d'affaires, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières qui sont spécifiques : il ne peut s'agir de connaissances pouvant être acquises dans toutes les entreprises de la même branche<sup>169</sup>.

D'une manière générale, le devoir de discrétion de l'employé ne s'étend pas aux conditions de travail dans l'entreprise<sup>170</sup>, ni au salaire versé<sup>171</sup>. Le salaire de chaque travailleur ne constitue en effet pas une connaissance acquise à l'occasion du rapport de travail, mais un élément essentiel du contrat de travail qui a fait l'objet d'une clause contractuelle. Une autre question est de déterminer quel est le statut d'informations globales concernant la structure et le montant des salaires dans une entreprise. Il nous semble que des données précises sur la masse salariale d'une entreprise sont susceptibles de constituer un secret d'affaires puisqu'elles permettent d'en déterminer l'un des éléments principaux de l'organisation commerciale et financière. Il en va de même d'une liste de salariés de l'entreprise avec indication de leurs salaires. Dans une affaire concernant la branche des taxis, le Tribunal fédéral a cependant considéré que l'employeur n'était pas parvenu à

---

<sup>163</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, N 2816.

<sup>164</sup> Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 27 avril 2007, c. Ilc, *in* : JAR 2008, p. 497.

<sup>165</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 *ad* art. 321a CO, p. 194 ; SUBILIA/DUC, N 24 *ad* art. 321a CO, p. 125.

<sup>166</sup> SUBILIA/DUC, N 25 *ad* art. 321a CO, p. 126.

<sup>167</sup> SUBILIA/DUC, N 25 *ad* art. 321a CO, p. 126.

<sup>168</sup> REHBINDER/STÖCKLI, N 13 *ad* art. 321a CO, pp. 137-138.

<sup>169</sup> ATF 138 III 67, c. 2.3.2.

<sup>170</sup> Arrêt du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 1<sup>er</sup> février 2013, c. 5, *in* : JAR 2014, p. 493.

<sup>171</sup> CRAMER, p. 1482.

démontrer, dans les circonstances du cas d'espèce, en quoi la connaissance des salaires versés dans l'entreprise pouvait constituer un secret d'affaires<sup>172</sup>.

## 2. Pesée des intérêts

Il peut sembler qu'il existe une contradiction irréconciliable entre la liberté dont peut se prévaloir l'employé et le devoir de fidélité auquel il est soumis. Cette contradiction n'est toutefois qu'apparente, car autant les droits de la personnalité que le devoir de fidélité sont limités. En effet, dans l'exercice de ses droits de la personnalité, l'employé doit tenir compte des intérêts légitimes de son employeur qui sont notamment fondés sur les exigences du travail à effectuer<sup>173</sup>. Par ailleurs, le devoir de fidélité est lui-même limité par les droits de la personnalité de l'employé<sup>174</sup>. Pour trouver une solution harmonieuse, il y a donc lieu d'effectuer dans chaque cas d'espèce une pesée des intérêts en présence entre l'intérêt de l'employé à la communication et celui de l'employeur au maintien d'une certaine confidentialité.

Nous traiterons ici de trois cas d'application, à savoir la communication du salaire à des collègues de travail **(a)**, la critique de la politique salariale de l'entreprise **(b)** et la communication du salaire à des concurrents de l'employeur **(c)**.

### a) Communication du salaire à des collègues de travail

Le devoir de diligence et de fidélité n'impose pas à l'employé une obligation générale de s'abstenir de communiquer son salaire à autrui, et en particulier à ses collègues de travail<sup>175</sup>. Au contraire, le droit de rendre public le montant de sa rémunération fait, en principe, partie des droits de la personnalité des travailleurs<sup>176</sup>.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'un employé a parfaitement le droit de parler à des collègues moins bien rémunérés que lui de son propre salaire et de les encourager à demander des augmentations à l'employeur. Son licenciement immédiat pour cette raison s'avère donc injustifié. Et notre Haute Cour de préciser que chaque travailleur peut de toute manière solliciter en tout temps une amélioration de ses conditions de travail, que l'employeur acceptera ou non, dans le cadre de négociations et du jeu de l'offre et la demande<sup>177</sup>. L'intérêt de l'employé à la communication est donc prépondérant.

---

<sup>172</sup> TF 4A\_283/2010 du 11 août 2010, c. 2.7.

<sup>173</sup> DUNAND, N 12 *ad art.* 328 CO, p. 274 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 *ad art.* 321a CO, pp. 177-178.

<sup>174</sup> PORTMANN/RUDOLPH, N 17 *ad art.* 321a CO, p. 1843 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 2809.

<sup>175</sup> CRAMER, p. 1482 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 *ad art.* 321a CO, p. 195.

<sup>176</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 12 *ad art.* 328 CO, p. 147.

<sup>177</sup> TF du 14 décembre 1994, *in* : JAR 1995 214. Voir aussi TF 4A\_283/2010 du 11 août 2010, c. 2.

On peut toutefois imaginer d'autres situations dans lesquelles la communication de salaires à des collègues sera constitutive d'une violation du devoir de fidélité. Tel sera le cas, par exemple, lorsqu'un cadre informe ses subordonnés du montant du salaire de certains employés de l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de son travail. En effet, en communiquant les salaires dans un tel contexte, le cadre violera son devoir de fidélité dans la mesure notamment où la diffusion de ces informations représentera une atteinte potentielle à la personnalité des employés concernés, dont l'employeur devra répondre (art. 55 CC ; art. 55 et 101 CO)<sup>178</sup>. L'intérêt de l'employeur à la non-communication pourra s'avérer prépondérant. Notons toutefois que le Tribunal d'appel du canton du Tessin a considéré que, dans les circonstances du cas d'espèce, le licenciement immédiat d'un cadre qui avait communiqué à une subordonnée le montant des salaires perçus par d'autres collaborateurs était injustifié<sup>179</sup>.

## **b) Critique de la politique salariale de l'entreprise**

Un employé peut-il critiquer librement la politique salariale de l'entreprise ? Selon le Tribunal fédéral, un employé a la possibilité de formuler certaines critiques envers son employeur, même publiquement, car il exerce sa liberté d'opinion, pour autant qu'il le fasse de manière objective, sans tomber dans la polémique<sup>180</sup>. Le devoir de fidélité du travailleur et les rapports de confiance qui sont à la base du contrat de travail peuvent cependant tempérer le droit de critiquer et même justifier, dans certaines circonstances, le licenciement du travailleur<sup>181</sup>. Ainsi, un cadre n'a pas à communiquer à ses subordonnés des informations relatives à des dissensions importantes qui l'opposent à la direction de l'entreprise<sup>182</sup>. Il faut donc peser les intérêts en présence dans chaque cas d'espèce. On peut considérer qu'un employé qui critiquerait publiquement et sans raison objective le système de rémunération existant dans l'entreprise violerait son devoir de fidélité<sup>183</sup>. En effet, dans un tel cas le travailleur ne pourrait se prévaloir d'aucun intérêt digne de protection.

En revanche, une critique publique de la politique salariale de l'entreprise pourra notamment s'opérer de manière licite dans le cas où l'employeur viole de manière répétée ses obligations légales et conventionnelles en la matière. Ce droit d'expression sera nécessaire à l'activité syndicale<sup>184</sup>.

---

<sup>178</sup> CRAMER, p. 1482.

<sup>179</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> février 2013, c. 5, *in* : JAR 2014, p. 493.

<sup>180</sup> TF 4C.91/2002 du 23 novembre 2001, c. 3a.

<sup>181</sup> TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, c. 4.2.

<sup>182</sup> TF 4C.400/2004 du 14 février 2005, c. 3.

<sup>183</sup> CRAMER, p. 1482.

<sup>184</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 12 *ad* art. 328 CO, p. 147.

### c) **Communication du salaire à un concurrent**

Le salaire de chaque travailleur ne constitue pas un secret d'affaires ni une information dont la divulgation impliquerait une violation du devoir de fidélité. Un travailleur est donc en principe libre de communiquer son propre salaire à l'extérieur de l'entreprise. Il a notamment la possibilité d'indiquer le montant de son salaire à un concurrent de son propre employeur, notamment dans le cadre de négociations précontractuelles en vue de la conclusion d'un contrat de travail. D'une manière générale, on reconnaît au travailleur le droit, déduit de son intérêt légitime au libre épanouissement de sa personnalité, de préparer une activité future, pour autant qu'il respecte les règles de la bonne foi et qu'il ne contrevienne pas à une éventuelle clause d'interdiction de concurrence<sup>185</sup>. Il n'est en principe pas tenu d'en informer son employeur<sup>186</sup>. Dans un arrêt déjà cité ci-dessus, le Tribunal fédéral a d'ailleurs indiqué que l'on ne voit pas ce qui empêcherait des collaborateurs abordés par des employeurs potentiels de divulguer leurs propres revenus<sup>187</sup>. Leurs intérêts à la communication sont prépondérants.

D'autres situations impliqueront en revanche une violation du devoir de fidélité. L'employé doit s'abstenir de diffuser à des tiers des documents internes<sup>188</sup> ou de confier à des tiers des faits que l'employeur a qualifiés de secrets ou dont le caractère confidentiel ressort des circonstances<sup>189</sup>. Par ailleurs, des secrets appréhendés de manière irrégulière doivent dans tous les cas s'en voir interdire l'exploitation<sup>190</sup>. Une liste comportant les salaires des employés de l'entreprise nous paraît remplir ces conditions. Nous considérons que la structure des salaires et la masse salariale d'une entreprise constituent des secrets d'affaires qu'un employé ne saurait communiquer à un concurrent de l'employeur sans violer gravement son devoir de fidélité.

### **3. Clause de confidentialité**

Selon l'article 321d alinéa 1 CO, l'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs et leur donner des instructions particulières. Ces directives, qui tendent à préciser le devoir de diligence et de fidélité du travailleur, portent sur les besoins de l'entreprise (objet du travail, temps, lieu et organisation), sur la manière d'accomplir la prestation et sur le comportement des travailleurs<sup>191</sup>. Elles trouvent leur limite dans le respect des règles de la bonne foi

---

<sup>185</sup> ATF 138 III 67, c. 2.3.5 ; ATF 117 II 72, c. 4a-b, *in* : JdT 1992 I 569.

<sup>186</sup> TF du 13 septembre 1994, c. 2a, *in* : JAR 1995, p. 203.

<sup>187</sup> TF 4A\_195/2010 du 8 juin 2010, c. 2.3. Dans le même sens, TF 4A\_283/2010 du 11 août 2010, c. 2.

<sup>188</sup> AUBERT, Commentaire, N 7 *ad* art. 321a CO, p. 1977.

<sup>189</sup> AUBERT, Commentaire, N 7 *ad* art. 321a CO, p. 1977 ; WYLER/HEINZER, p. 82.

<sup>190</sup> SCHLOSSER, p. 75.

<sup>191</sup> PORTMANN/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 321d CO, p. 1856.

(cf. art. 321d al. 2 CO) et des droits de la personnalité des travailleurs<sup>192</sup>. Nous ne pensons pas que l'employeur puisse imposer par voie de directives un devoir de discrétion relatif au salaire. Un tel procédé serait autant étranger à la nature du droit de donner des directives que contraire aux droits de la personnalité des travailleurs concernés.

Une autre question est de savoir si les parties au contrat de travail peuvent valablement convenir d'une clause de confidentialité prohibant, sous peine de sanction, toute communication du montant du salaire à des tiers. La question est controversée. On rappellera qu'un accord de confidentialité ou de discrétion a pour objet de définir les conditions dans lesquelles une information sera gardée secrète<sup>193</sup>. En pratique une telle clause peut être convenue au moment de la conclusion du contrat de travail ou ultérieurement. Elle sera souvent assortie d'une clause pénale prévoyant le paiement d'une peine conventionnelle en cas de non-respect (cf. art. 163 CO).

Selon des auteurs, les « clauses contractuelles ou réglementaires indiquant que le salaire est confidentiel, de même que les injonctions orales qui recommandent de ne pas révéler le montant du salaire individuel sont illicites et nulles. Elles constituent une limitation des droits de la personnalité des travailleurs qui n'est justifiée par aucun intérêt prépondérant de l'employeur (art. 28 al. 2 CC). En effet, elles n'ont pour finalité que d'empêcher les travailleurs d'effectuer des comparaisons et de formuler des revendications »<sup>194</sup>.

Selon un autre auteur, au contraire, de telles clauses de confidentialité sont en principe parfaitement valables : « Mitunter finden sich in Arbeitsverträgen Bestimmungen, die den Arbeitnehmer verpflichten, "über die Höhe der Vergütung absolutes Stillschweigen" zu bewahren. Solche Geheimhaltungsabreden zu Lasten des Arbeitnehmers sind grundsätzlich zulässig. Sie stellen keine Persönlichkeitsverletzung dar, da sie den Arbeitnehmer in keiner Form übermässig binden oder seine Würde tangieren »<sup>195</sup>.

L'article 321a CO est de droit dispositif. L'obligation de diligence et de fidélité peut ainsi être étendue ou limitée par une convention entre les parties<sup>196</sup>. Lorsqu'elles la définissent de manière plus stricte que ne le prévoit cette disposition légale, l'accord dérogatoire doit cependant respecter les limites de la liberté contractuelle, notamment de l'article 27 alinéa 2 CC<sup>197</sup>. Plus généralement, l'obligation de fidélité trouve ses limites dans les intérêts légitimes du travailleur, protégés par l'article 328 CO, qui comprennent le droit au

---

<sup>192</sup> TF 2C\_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2.

<sup>193</sup> Cf. DESSEMONTET, p. 28.

<sup>194</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 12 *ad* art. 328 CO, p. 147.

<sup>195</sup> CRAMER, p. 1482.

<sup>196</sup> ATF 117 II 72, c. 4a, *in* : JdT 1992 I 569.

<sup>197</sup> TF 4A\_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.4.1.

libre épanouissement de sa personnalité et le droit à la sauvegarde de ses intérêts financiers<sup>198</sup>.

Quant à l'article 328 CO, étant de nature relativement impérative, les parties ne peuvent lui déroger qu'en faveur du travailleur (art. 362 CO). La difficulté en l'espèce résulte du fait que, comme nous l'avons vu, l'art. 328 CO protège autant la confidentialité du salaire que sa libre communication par le travailleur. Ainsi, si une clause de confidentialité est généralement dans l'intérêt de l'employeur, on ne peut exclure qu'elle soit aussi convenue, du moins partiellement, dans l'intérêt du travailleur, par exemple lorsqu'il ne souhaite pas que le montant de son salaire qui vient d'être majoré soit divulgué à ses collègues. Selon ce qui précède, une clause de confidentialité nous paraît pouvoir être valable dans les limites des règles générales (art. 27 al. 2 CC ; art. 328 et 341 CO).

La portée de ce type de clause de confidentialité sera toutefois doublement limitée dans le cadre d'une procédure judiciaire. Tout d'abord, il va de soi qu'elle ne saurait priver l'employé d'agir en justice pour faire valoir ses propres prétentions salariales. Ensuite, elle ne sera généralement pas opposable au collègue de travail qui fait lui-même valoir de telles prétentions, et qui, comme nous l'avons vu, pourra généralement solliciter avec succès la production par l'employeur des données salariales du travailleur concerné.

## **B. En droit de la fonction publique**

L'agent public, comme tout citoyen, dispose du droit à l'autodétermination informationnelle (art. 13 al. 2 Cst.) ainsi que du droit à la libre expression (art. 16 Cst.)<sup>199</sup>, qui doivent lui permettre de s'exprimer librement et de communiquer à des tiers ou au public des informations qui le concernent. Toutefois, en raison du rapport de droit spécial qui le lie à l'État, des restrictions particulières à ces libertés sont tolérées, fondées sur son devoir général de fidélité à l'égard de l'État, qui est son employeur (1.). Mais à notre sens cela n'est pas propre à l'empêcher de communiquer le montant de son salaire à des tiers (2.) ou selon les circonstances de critiquer la politique salariale de l'État (3.).

### **1. Le devoir de fidélité**

En droit fédéral, le devoir général de diligence et de fidélité des employés de la Confédération est réglé à l'art. 20 al. 1 LPers. En vertu de cette disposition, l'employé est tenu d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération et de son employeur.

---

<sup>198</sup> TF 4C.442/1996 du 30 avril 1997, c. 3b, *in* : sic ! 1997, p. 382.

<sup>199</sup> ATF 141 I 201, c. 4.1.

Le devoir de fidélité et de sauvegarde des intérêts se rapporte en première ligne à l'obligation principale de l'employé, à savoir aux prestations de travail qu'il doit fournir. Ainsi, l'employé a l'obligation d'accomplir son travail fidèlement et consciencieusement, mais également d'éviter et d'annoncer les risques ou de veiller sur les affaires confiées. L'étendue du devoir de fidélité qui lui incombe s'inspire de l'art. 321a CO. Mais à la différence de l'art. 321a al. 1 CO, le devoir de fidélité issu de la LPers contient une « double obligation de loyauté » dans la mesure où l'employé soumis à la LPers ne se doit pas uniquement de sauvegarder les intérêts publics et d'être loyal envers son employeur (devoir de confiance particulier), mais également – en tant que citoyen – envers l'État (devoir de confiance général). Le devoir de fidélité vise à assurer le fonctionnement de l'administration publique, de façon à ce que la confiance des administrés placée dans l'État ne soit pas décrédibilisée. L'étendue du devoir de fidélité dépend fortement de la place de l'employé dans le service ; si l'employé est un cadre, ledit devoir sera plus élevé que s'il s'agit d'un subordonné<sup>200</sup>.

Du devoir de fidélité découle le secret de fonction (art. 22 LPers). Le secret de fonction couvre tous les faits et informations que l'agent apprend dans l'exercice de ses fonctions. Ces faits doivent être secrets en ce sens qu'ils ne sont connus que d'un cercle restreint de personnes et que le maître du secret veut les garder confidentiels, pour autant qu'il y ait un intérêt<sup>201</sup>.

En droit cantonal, le devoir de fidélité et le secret de fonction sont consacrés aux art. 15 et 20 LSt. Leur portée est identique à celle valant en droit fédéral.

## **2. La communication du salaire à des tiers**

La communication de son salaire par l'agent public relève du droit à l'autodétermination informationnelle et de la liberté d'expression, tous deux garantis par la Constitution. Une interdiction de communiquer son salaire par l'agent public constituerait à notre sens une atteinte grave à ses droits fondamentaux. En effet, dans le même sens, le Tribunal fédéral a considéré que l'interdiction faite au destinataire d'une décision constitue une atteinte grave à son droit à l'autodétermination en matière d'informations et à sa liberté d'expression<sup>202</sup>.

Pour qu'une telle restriction soit admissible, la collectivité publique doit disposer d'une base légale<sup>203</sup>. Or, il n'existe pas en droit fédéral ou cantonal de la fonction publique de norme posant ce type de restriction à l'agent public. À notre sens, le devoir général de

---

<sup>200</sup> TAF A-5420/2015 du 11 décembre 2015, c. 3.3.2.

<sup>201</sup> ATF 141 IV 65, c. 4.

<sup>202</sup> ATF 141 I 201, c. 4.

<sup>203</sup> *Ibid.* Compte tenu du rapport de droit spécial liant l'agent public à l'Etat, une base légale matérielle pourrait être admise.

fidélité ne suffit pas à lui seul à consacrer une telle interdiction puisqu'on voit mal dans quelle mesure la communication de son salaire par un agent public puisse être de nature à entraver le bon fonctionnement de l'administration et à décrédibiliser la confiance des citoyens en l'État.

En outre, le montant du salaire d'un agent public n'est pas une information qui relève du secret de fonction à notre avis. Il ne s'agit à notre sens pas d'une information que l'agent public a apprise dans le cadre de son travail, mais d'une information inhérente à sa qualité d'employé. Au demeurant, s'agissant de son propre salaire, il doit être considéré comme le maître du secret s'y rapportant.

Enfin, la législation en matière de protection des données a pour objet de protéger la sphère privée des particuliers, non de les limiter dans la communication des données qui les concernent ; les art. 12 al. 3, 19 al. 1 let. c LPD et 25 al. 1 let. b CPDT-JUNE autorisent en effet la communication des données que la personne a rendues accessibles.

Aussi, faute de base légale interdisant à l'agent public de communiquer le montant de son salaire, celui-ci conserve la possibilité de faire connaître à des tiers le montant de sa rémunération.

### **3. La critique de la politique salariale de l'État**

Critiquer la politique salariale de l'État relève également de la liberté d'expression. Comme déjà indiqué, il est admis que la liberté d'expression des agents publics puisse être restreinte par le devoir de fidélité qui leur incombe, lequel s'étend aussi au comportement en dehors du service<sup>204</sup>.

De manière générale, la critique de l'activité de l'État n'est pas exclue, mais l'employé public, en raison de sa position, doit s'imposer une certaine retenue dans la manière dont il la formule. Il lui revient d'épuiser d'abord les voies internes pour contester la situation qu'il critique et il ne peut s'adresser au public que s'il n'y a pas d'autres moyens efficaces<sup>205</sup>. Si l'employé de l'État dispose d'une relative liberté pour aborder publiquement des sujets de société, il doit observer un devoir de réserve (et de discrétion) lorsqu'il s'exprime dans le domaine de ses activités ou sur les affaires de son service, ce d'autant plus lorsque les propos tenus visent des personnes identifiables<sup>206</sup>. Lorsqu'il s'agit d'apprécier dans une situation concrète dans quelle mesure les propos tenus s'inscrivent dans le cadre de la liberté d'opinion et d'expression, il y a lieu de retenir différents critères: le rang hiérarchique de la personne qui diffuse le message ; la nature et le contenu du

---

<sup>204</sup> ATF 136 I 332, c. 3.2.

<sup>205</sup> ATF 136 I 332, c. 3.2.2.

<sup>206</sup> TAF A-6723/2013 du 28 janvier 2015, c. 8.1.4.

message ; le lieu et le moment de diffusion du message, dans ou hors du service ; les destinataires du message, selon qu'il est diffusé dans un cadre professionnel ou privé ; et la manière dont le message a été formulé et transmis<sup>207</sup>.

S'agissant de la critique de la politique salariale de l'État par les agents publics, celle-ci est admise très largement dans la mesure où elle relève de la prise de position par rapport à des mesures d'économie ayant une portée générale et relevant du budget voté par le détenteur du pouvoir législatif. Selon les cas, cette critique peut s'exprimer en allant jusqu'à la grève<sup>208</sup>, accompagnée de manifestations sur la voie publique. Les agents disposant d'une position hiérarchique élevée doivent à notre sens faire preuve de retenue compte tenu du devoir de fidélité accru qui est le leur, laquelle doit s'exercer notamment vis-à-vis des personnes qui leur sont subordonnées ; mais cela ne signifie pas encore qu'ils ne puissent pas user d'autres moyens, notamment judiciaires, pour exprimer leur mécontentement<sup>209</sup>.

## **V. Quelle est la valeur d'une clause de confidentialité contenue dans une convention de départ ?**

Dans le cadre d'un accord de résiliation ou convention de départ, les parties définissent les modalités de la fin des rapports de travail, en particulier la date de la fin du contrat, ainsi que les conditions financières. Elles y intègrent souvent des indemnités de départ qui peuvent prendre diverses formes<sup>210</sup>, ainsi qu'une clause de confidentialité selon laquelle elles s'engagent, peine conventionnelle à l'appui, à ne pas révéler le contenu de la transaction. La question de la valeur juridique d'une telle clause nous semble pertinente dans le cadre de notre contribution puisque les indemnités prévues peuvent être de nature salariale. Au demeurant, la thématique des conventions de départ a fait l'objet de décisions de justice s'agissant de départs d'agents publics ou d'employés d'entités privées soumises à la législation sur la transparence.

---

<sup>207</sup> TAF A-6723/2013 du 28 janvier 2015, c. 8.1.5 ; MATTHEY, p. 364.

<sup>208</sup> SJ 1995 p. 681.

<sup>209</sup> Voir le recours formé par l'Union des cadres de l'administration cantonale genevoise contre une loi modifiant leur traitement : ACST/13/2015 du 30 juillet 2015 (Chambre constitutionnelle de la Cour de justice, Genève).

<sup>210</sup> Sur les indemnités de départ en droit du travail, cf. URBEN, pp. 160 ss.

## **A. En droit privé du travail**

Après un rappel des modalités d'un accord de résiliation (1.), nous traiterons plus spécifiquement des effets d'une clause de confidentialité (2.).

### **1. Accord de résiliation**

L'accord de résiliation permet aux parties de mettre fin à un contrat de travail de durée déterminée ou indéterminée sans respecter la date d'échéance normalement prévue (pour un contrat de durée déterminée) ou le délai de congé applicable (pour un contrat de durée indéterminée). Il est en effet admis que les parties peuvent rompre en tout temps le contrat de travail pour autant qu'elles ne cherchent pas à détourner ainsi une disposition impérative de la loi (art. 361 et 362 CO)<sup>211</sup>. Selon la jurisprudence, la validité d'un accord de résiliation est soumise au respect de deux conditions cumulatives. Il faut, d'une part, que l'accord ait été librement consenti (a), et d'autre part qu'il contienne des concessions réciproques d'importance comparable (b). Lorsqu'il constate que ces conditions ne sont pas réalisées, le juge applique les dispositions du régime légal ordinaire (c).

#### **a) Accord librement consenti**

L'accord de résiliation n'est soumis à aucune exigence de forme<sup>212</sup>. La jurisprudence précise toutefois qu'un accord par actes concluants ne saurait être admis qu'avec retenue. Il est ainsi nécessaire que la volonté commune des parties de se départir du contrat soit établie sans équivoque<sup>213</sup>. Lorsque l'accord de résiliation a été préparé par l'employeur ou un tiers mandaté par lui, un temps de réflexion suffisant doit être octroyé au travailleur<sup>214</sup>. Par ailleurs, il ne faut pas que l'employé se soit trouvé dans une position de faiblesse, par exemple en raison de fortes pressions liées à une restructuration ou un état de santé dégradé<sup>215</sup>.

#### **b) Accord contenant des concessions réciproques**

Dans le cadre d'un accord de résiliation, l'employé consent à d'importantes concessions puisqu'il renonce en principe à la protection contre les congés, en particulier aux règles sur le congé abusif (art. 336 CO) ou sur la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO). Il verra également ses droits envers l'assurance-chômage péjorés (cf. art 30 al. 1 let. a

---

<sup>211</sup> BONARD, N 14 *ad* art. 335 CO, p. 582 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 *ad* art. 335 CO, p. 906.

<sup>212</sup> TF 4A\_474/2008 du 13 février 2009, c. 3.1.

<sup>213</sup> TF 4A\_563/2011 du 20 janvier 2012, c. 4.1.

<sup>214</sup> Cf. BONARD, N 14 *ad* art. 335 CO, p. 582 et références citées.

<sup>215</sup> TF 4A\_376/2010 du 30 septembre 2010, c. 3. Voir aussi WYLER/HEINZER, p. 528.

LACI). L'employeur doit consentir à des concessions d'importance comparable<sup>216</sup>. Entrent notamment en considération, la libération de l'obligation de travailler et le droit simultané de reprendre un nouvel emploi sans imputation sur le salaire, le paiement du salaire pour un temps plus long que le délai de résiliation contractuel ou légal, le paiement d'une indemnité de départ ou encore l'octroi d'une aide à la reconversion<sup>217</sup>.

L'étendue des concessions doit être appréciée au moment de la conclusion de l'accord, selon les chances de faire valoir avec succès les prétentions auxquelles il est renoncé<sup>218</sup>. Selon la jurisprudence, il convient toutefois de réserver les événements imprévisibles pouvant survenir jusqu'à la fin du délai de congé, et imputables à aucune des parties, tels que la survenance d'une période de protection en raison d'une incapacité de travail<sup>219</sup>.

### **c) Accord invalide**

L'accord qui ne correspond pas à un accord librement consenti ou qui ne comporte pas de véritables concessions réciproques ne lie pas les parties<sup>220</sup>. Selon la jurisprudence, il convient alors de faire abstraction de cet accord invalide qui ne produit aucun effet et d'appliquer les dispositions relevant du régime légal ou conventionnel ordinaire<sup>221</sup>.

Relevons toutefois qu'en principe, la réalisation des conditions de la libre formation de la volonté du travailleur et de la réciprocité suffisante des concessions devrait être présumée, lorsque le travailleur a été assisté par un avocat ou un autre mandataire professionnellement qualifié au moment de la négociation<sup>222</sup>. En effet, dans une telle circonstance, l'employé est censé avoir été renseigné sur l'étendue de ses droits et les conséquences de la conclusion d'un tel accord<sup>223</sup>.

## **2. Clause de confidentialité**

Les clauses de confidentialité qui complètent assez souvent les accords de résiliation ou les conventions de départ relèvent de la liberté contractuelle et doivent donc être en principe respectées. L'employé peut donc parfaitement s'engager à ne pas révéler à des tiers le contenu de l'accord, sous réserve évidemment du respect des règles impératives de

---

<sup>216</sup> TF 4A\_563/2011 du 19 janvier 2012, c. 4.1.

<sup>217</sup> BONARD, N 15 *ad* art. 335 CO, p. 583.

<sup>218</sup> WYLER/HEINZER, p. 528.

<sup>219</sup> TF 4A\_376/2010 du 30 septembre 2010, c. 3 ; TF 4C.27/2002 du 19 avril 2002, c. 2.

<sup>220</sup> BONARD, N 16 *ad* art. 335 CO, p. 583.

<sup>221</sup> TF 4A\_495/2007 du 12 janvier 2009, c. 4.3.1.2.

<sup>222</sup> WYLER/HEINZER, p. 530.

<sup>223</sup> BOHNET/DIETSCHY, N 21 *ad* art. 341 CO, p. 874.

l'ordre juridique (obligations fiscales, obligations des dirigeants des sociétés cotées en bourse, etc.).

L'employé ne saurait toutefois se lier par une convention qui le priverait de la protection des dispositions impératives (art. 341 CO) ou qui constituerait un engagement excessif (art. 27 al. 2 CC). En cas de contestation de la validité ou du contenu de l'accord, l'employé a toujours la possibilité de soumettre la convention à un juge. Celui-ci pourra notamment s'assurer que l'employé n'a pas renoncé sans compensation suffisante à des droits résultant de dispositions impératives, faute de quoi l'art. 341 al 1 CO serait vidé de sa substance<sup>224</sup>. Autrement dit, une clause de confidentialité n'interdit pas à l'employé d'actionner son employeur en justice pour faire valoir des créances protégées par des dispositions impératives.

## **B. En droit de la fonction publique**

Il sort du champ de la présente contribution d'étudier l'admissibilité de conventions de départ entre une collectivité publique et l'un de ses agents, respectivement de leur contenu. Quelques éléments seront néanmoins précisés (1.) puisqu'il n'est pas rare que cet instrument soit utilisé en pratique. Nous examinerons ensuite la convention de départ à l'épreuve du principe de transparence (2.).

### **1. Les conventions de départ en droit de la fonction publique**

En cas de litige entre une collectivité publique et un de ses agents, la fin de la relation de travail peut être imposée par la collectivité, qui prononce un licenciement ou la révocation de l'agent par la voie de la décision. Le départ peut toutefois aussi être convenu d'entente entre les parties, permettant selon les cas d'éviter une procédure pouvant être longue et coûteuse.

La voie contractuelle est prévue dans le régime de la LPers pour mettre fin aux rapports de travail (art. 13 et 34 al. 1 et LPers). Il s'agit même de la voie qui doit être préférée à la décision unilatérale compte tenu de la contractualisation de mise dans ce domaine<sup>225</sup>. Pour ce qui est de l'indemnité pouvant être versée, il s'agit de se référer à l'art. 19 al. 4 LPers, qui renvoie aux dispositions d'exécution, en l'occurrence les art. 78 et 79 OPers. Pour prétendre à une indemnité, les agents doivent avoir occupé des fonctions particulières ou avoir été au service de la Confédération pendant de nombreuses années (art. 78 al. 1 et 2 OPers) et ne pas voir leur contrat résilié pour faute (art. 78 al. 3 let. c OPers). Le montant de l'indemnité est fixé à l'art. 79 OPers et dans l'annexe 3 à l'OPers.

---

<sup>224</sup> AUBERT, Commentaire, N 6 *ad* art. 341 CO, p. 2122 ; BONARD, N 15 *ad* art. 335 CO, p. 583.

<sup>225</sup> Message LPers, p. 1436.

En cas de convention de départ, l'accord de résiliation est soumis au moins aux mêmes limites que celles qui s'imposent à un même accord relevant du droit privé. Ainsi, les deux parties doivent renoncer à certains droits, de sorte que la transaction n'apporte pas des avantages qu'au seul employeur<sup>226</sup>. La marge de négociation apparaît cependant restreinte compte tenu du principe de la légalité<sup>227</sup>.

La convention de résiliation étant un contrat de droit administratif, elle doit s'interpréter selon les mêmes règles que les contrats de droit privé<sup>228</sup> et la question des vices du consentement liés à la conclusion ou à la modification d'un contrat de travail de droit public doit être examinée à la lumière des art. 23 ss CO, applicables par analogie par renvoi de l'art. 6 al. 2 LPers<sup>229</sup>.

Le droit cantonal neuchâtelois ne prévoit pas la voie contractuelle pour la fin des rapports de service. Cela ne signifie pas pour autant que le procédé soit exclu sachant qu'il est admis que la conclusion d'un contrat de droit administratif puisse intervenir lorsque la loi ne l'exclut pas<sup>230</sup>. Pour ce qui est des indemnités pouvant être versées, outre celles liées au délai de congé légal, certaines sont prévues en cas de suppression de poste (art. 44 al. 3 et 4 LSt).

Ce qui a été dit plus haut concernant les limites de la convention de départ sous le régime de la LPers vaut à notre sens dans les mêmes termes en cas de convention de départ conclue sous le régime de la LSt.

## 2. Le principe de transparence

Les conventions de départ sont l'objet de demandes répétées formées au titre de la transparence, en particulier de la part d'organes de presse.

En principe, la demande tendant à connaître la rémunération d'un employé, laquelle comprend également le montant versé dans le cadre d'un départ négocié, doit être refusée afin de respecter sa sphère privée<sup>231</sup>. Une clause de confidentialité, si elle est contenue dans la convention de départ, devrait également faire obstacle à une demande d'accès aux documents fondée sur le principe de la transparence. Toutefois, la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral et celle de la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois apportent quelques nuances.

---

<sup>226</sup> TAF A-1711/2014 du 8 décembre 2015, c. 3.3.

<sup>227</sup> Dans le même sens, HELBLING, N 17 *ad* art. 34 LPers.

<sup>228</sup> TAF A-1711/2014 du 8 décembre 2015, c. 4.

<sup>229</sup> TAF A-1711/2014 du 8 décembre 2015, c. 5.

<sup>230</sup> TANQUEREL, p. 336.

<sup>231</sup> Voir *supra* II.B.

Le Tribunal administratif fédéral a ainsi ordonné la transmission des contrats de travail de deux collaborateurs du Département fédéral de justice et police à un journaliste qui en avait fait la demande, ainsi que des décisions relatives à leur indemnisation après leur renvoi par la nouvelle cheffe du département<sup>232</sup>. Le Tribunal administratif fédéral a commencé par rappeler qu'en principe la demande tendant à consulter le dossier d'un employé doit être refusée afin de respecter sa sphère privée. Mais il relève ensuite que les données purement financières ne sont pas des données sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD, que leur divulgation n'aurait pas de conséquences importantes pour les deux collaborateurs et que l'un d'eux y a même consenti. Puis il considère qu'au vu du contexte politique ayant entouré le départ de ces collaborateurs, le droit d'accéder aux conventions permettra au public de vérifier si les dispositions légales applicables à la résiliation des rapports de service ont correctement été appliquées. Dans ces circonstances particulières, le besoin d'information du public l'emporte sur le droit des intimés au respect de leur sphère privée<sup>233</sup>.

Plus récemment, la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois est parvenue à une conclusion similaire, à la suite d'une demande également formée par un journaliste tendant à l'accès à la convention réglant les modalités de la fin des rapports de service du chef du Service de l'emploi<sup>234</sup>. Elle n'a pas retenu l'objection du Conseil d'État qui soutenait que la transmission de la convention serait de nature à affaiblir sa marge de manœuvre dans d'autres cas futurs similaires<sup>235</sup>, et elle a considéré, tout comme l'avait fait le Tribunal administratif fédéral dans l'affaire susmentionnée, que le besoin de protection des données personnelles était moins saillant s'agissant d'un haut cadre de l'administration, dont le départ s'inscrivait également dans une certaine mesure dans un contexte politique<sup>236</sup>.

Ces deux précédents ne devraient pas permettre de généraliser l'accès aux conventions de départ conclues par les collectivités publiques. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a nuancé la portée de l'intérêt public à la transparence dans ce contexte<sup>237</sup>. Selon le Tribunal fédéral, bien que la protection des données puisse céder le pas devant l'intérêt public à connaître de quelle manière a été réglé un conflit, notamment s'il s'agit d'une personne occupant une haute fonction, l'État peut aussi faire valoir un intérêt à réserver *pro futuro* le secret quant aux modalités de règlement des conflits du travail<sup>238</sup>. Aussi, à notre sens, lorsque le collaborateur n'occupe pas une fonction haut placée et que son départ ne s'inscrit pas dans

---

<sup>232</sup> TAF A-3609/2010 du 17 février 2011.

<sup>233</sup> TAF A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 5.

<sup>234</sup> CDP.2014.23 du 28 janvier 2016.

<sup>235</sup> CDP.2014.23 du 28 janvier 2016, c. 4.

<sup>236</sup> CDP.2014.23 du 28 janvier 2016, c. 6.

<sup>237</sup> TF 1C\_273/2015 du 18 septembre 2015.

<sup>238</sup> TF 1C\_273/2015 du 18 septembre 2015, c. 3.4.1.

un contexte politique, la pesée des intérêts devrait tendre vers la protection de la sphère privée.

Cela étant, il est important de relever que cette dernière affaire concernait non pas une collectivité publique, mais une fondation privée subventionnée par la Ville et l'État dans le canton de Genève. Cet élément a justifié que l'information du public cède le pas sur la protection de la sphère privée, le collaborateur n'étant pas rémunéré directement par l'État, mais par un employeur de droit privé.

## VI. Conclusion

Il existe autant de règles qui protègent la confidentialité du salaire que de principes qui en justifient la divulgation. C'est dire qu'il était impossible de répondre de manière péremptoire aux questions que nous avons traitées dans notre contribution. En effet, pour déterminer à quelles conditions l'employeur ou le travailleur sont en droit de communiquer le salaire à des tiers ou pour qualifier la portée d'une clause de confidentialité dans une convention de départ, il faut tout d'abord identifier le *corpus* de règles applicables puis nécessairement opérer une pesée des intérêts en présence.

Dans ce contexte, la démarche n'est pas similaire en droit privé du travail et en droit de la fonction publique, quand bien même la problématique est régie par une même loi fédérale ou des lois cantonales de teneur très proche. La raison en est que la communication du salaire touche aux droits fondamentaux de l'employé. En droit privé du travail, la protection se déploie par la protection des droits de la personnalité des travailleurs, tandis qu'en droit de la fonction publique on raisonne par le prisme de la restriction aux droits fondamentaux. À cela s'ajoute que le principe de la transparence poursuit un intérêt diamétralement opposé.

Il n'en demeure pas moins que dans un domaine comme dans l'autre, l'on doit, pour répondre à la question de la confidentialité du salaire, procéder à une pesée des intérêts. De plus, hormis les particularités propres à chaque régime, les concepts matériels se rejoignent et s'inspirent mutuellement. Nous y voyons un indice supplémentaire des convergences et du rapprochement progressif du droit privé du travail et du droit de la fonction publique<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> Sur cette question, voir l'ouvrage collectif édité par DUNAND/MAHON/PERRENOUD, récemment publié dans la collection du Centre d'étude des relations de travail (CERT) de l'Université de Neuchâtel.

## Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- AUBERSON GÉRALDINE, Personnalités publiques et vie privée – Étude de droit privé suisse à la lumière du droit américain, Genève/Zurich/Bâle 2013.
- AUBERT GABRIEL, La protection des données dans les rapports de travail, *in* : Gabriel Aubert et al., Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, pp. 145-191 (cité : AUBERT, Protection).
- AUBERT GABRIEL, Commentaire des art. 319 ss CO, *in* : Luc Thévenoz/Franz Werro (éds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2012 (cité : AUBERT, Commentaire).
- AUBRY GIRARDIN, Commentaire de l'art. 3 LEg, *in* : Gabriel Aubert/Karine Lempen (éds.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011.
- BOHNET FRANÇOIS/DIETSCHY PATRICIA, Commentaire de l'art. 341 CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- BONARD ALINE, Commentaire de l'art. 335 CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- BRUCHEZ CHRISTIAN, Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale, *in* : Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (éds.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 179-190.
- BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004.
- CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail – Commentaire des art. 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009.
- COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL NATIONAL, Rapport relatif à l'Initiative parlementaire « Entreprises liées à la Confédération. Salaire des cadres et rémunération des membres des conseils d'administration » du 25 avril 2002, FF 2002 6972 (cité : Rapport sur le salaire des cadres).
- CONSEIL D'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Rapport au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur la transparence des activités étatiques du 10 mai 2006 (cité : Rapport LTAE).
- CONSEIL D'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Rapport au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur la protection des données du 13 août 2008 (cité : Rapport LCPD).
- CONSEIL D'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Rapport au Grand Conseil à l'appui d'un projet de décret portant approbation de la convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE) et d'un projet de loi portant abrogation de la loi sur la protection des données, du 30 septembre 2008, et de la loi sur la transparence des activités étatiques, du 28 juin 2006, du 9 mai 2012 (cité : Rapport CPDT-JUNE).

- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi sur le personnel de la Confédération du 14 décembre 1998, FF 1998 1421ss (cité : Message LPers).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807ss (cité : Message LTrans).
- CRAMER CONRADIN, Lohngeheimnis und Lohntransparenz, *in* : PJA 11/2016, pp. 1471-1484.
- DANTHE MARIE-GISÈLE, Commentaire des art. 322 à 322d CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- DESSEMONTET FRANÇOIS, Les accords de confidentialité, *in* : François Dessemontet/Paul Piotet (éds.), Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, pp. 27-37.
- DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Commentaire des art. 319, 321a, 321d, 328 et 328b CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, La protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 CO) : norme flexible et cardinale du droit suisse du travail, *in* : Margareta Baddeley et al. (éds.), Facettes du droit de la personnalité – Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manaf, Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 47-71 (cité : DUNAND, Protection).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/PERRENOUD STÉPHANIE (éds.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/HÄNNI DOMINIQUE, La transparence en matière d'activités accessoires dans les hautes écoles en Suisse, Régimes juridiques et droits d'accès, *in* : Jusletter 3 octobre 2016.
- HELBLING PETER, Commentaire des art. 4 et 34 LPers, *in* : Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann (éds.), Bundespersonalgesetz (BPG), Berne 2013.
- JEANDIN NICOLAS, Commentaire de l'art. 28 CC, *in* : Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (éds.), Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010.
- MALLA JASMIN, Commentaire de l'art. 15 LPers, *in* : Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann (éds.), Bundespersonalgesetz (BPG), Berne 2013.
- MATTHEY FANNY, Note à propos de l'ATF 136 I 332, *in* : RDAF 2011 I, pp. 363-365.
- MEIER PHILIPPE, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011.
- MONTAVON PASCAL, De la confidentialité des données personnelles au sein des entreprises, *in* : Peter Gauch/Franz Werro/Jean-Baptiste Zufferey (éds.), La protection de la personnalité – Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg 1993, pp. 75-85.
- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Commentaire des art. 319 ss CO, *in* : Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éds.), Basler Kommentar OR I, Bâle 2015.
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Commentaire des art. 319 à 330b CO, *in* : Berner Kommentar, Berne 2010.
- ROSENTHAL DAVID, Commentaire de l'art. 328b CO, *in* : David Rosenthal/Yvonne Jöhri (éds.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2008.
- RUDIN PETER, Commentaire de l'art. 3 LPD, *in* : Bruno Bärswyl/Kurt Pärli (éds.), Datenschutzgesetz (DSG) - Handkommentar, Berne 2015.

- SCHLOSSER RALPH, Les secrets économiques dans les relations de travail, les collaborations et les procès civils, *in* : Jacques de Werra (éd.), La protection des secrets d'affaires, Zurich 2013, pp. 65-91.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7<sup>e</sup> édition, Zurich/Genève/Bâle 2012.
- SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail – Eléments de droit suisse, Lausanne 2010.
- TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Zurich 2011.
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, Genève/Zurich/Bâle 2016.
- URBEN LUCA, La rémunération des dirigeants en droit suisse de la société anonyme, Lausanne 2015.
- WITZIG AURÉLIEN, L'obligation de production de l'employeur et la protection des données des travailleurs ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2016, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch janvier 2017.
- WYLER RÉMY, Commentaire de l'art. 6 LEg, *in* : Gabriel Aubert/Karine Lempen (éds.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3<sup>e</sup> édition, Berne 2014.