



Chapitre 1

LE RESPECT DE LA VIE PERSONNELLE DU CANDIDAT LORS DU RECRUTEMENT

Si l'embauche est, par principe, placée sous le signe de la liberté contractuelle, le législateur est intervenu pour protéger le salarié au regard d'informations jugées trop personnelles qui pourraient lui être demandées.

L'encadrement juridique du recrutement

Lors d'une opération de recrutement, l'employeur recherche la personne susceptible de pourvoir les postes disponibles dans l'entreprise et souhaite donc sélectionner celle qui convient le mieux. L'employeur est libre du choix de ses collaborateurs, mais, compte tenu d'abus qui ont pu être constatés dans les techniques de recrutement ou, tout simplement, de questions posées, lors des entretiens d'embauches, jugées attentatoires à la liberté individuelle, la liberté de choix de l'employeur fait l'objet d'un encadrement, destiné à protéger les candidats.

Cet encadrement prend la forme de **deux principes** très généraux qui ont été posés et qui sont applicables dans toute opération de recrutement :

- Le **principe de pertinence** des informations demandées, principe en vertu duquel les informations demandées au candidat à l'emploi

doivent présenter un lien direct, nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles et non personnelles ;

- Le **principe de la loyauté** dans la collecte des informations, qui oblige les recruteurs à informer au préalable par écrit le candidat des techniques de recrutement auxquelles l'employeur a recours.

À ces deux principes s'ajoute l'interdiction générale des discriminations posée par le Code du travail, applicable lors des opérations de recrutement. L'article L. 1132-1 du Code du travail dispose en effet qu' « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise » en raison d'une mesure discriminatoire, liée :

- à son origine ;
- son sexe, ses mœurs, son orientation ou identité sexuelle, son identité de genre ;
- son âge ;
- sa situation de famille ou sa grossesse ;
- ses caractéristiques génétiques ;
- sa particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur ;
- son appartenance ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race ;
- ses opinions politiques, ses activités syndicales ou mutualistes, l'exercice d'un mandat électif, ses convictions religieuses ;
- son apparence physique, son nom de famille, son lieu de résidence, sa domiciliation bancaire ;
- son état de santé, sa perte d'autonomie, son handicap, sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Le non-respect de l'interdiction de toute forme de discrimination est sanctionné au plan civil, par l'octroi de dommages et intérêts à la personne qui en a été victime, et, au plan pénal, puisque les auteurs de discriminations encourent un emprisonnement de 3 ans et une amende de 45 000 € d'amende (225 000 € si l'auteur de la discrimination est une personne morale, à laquelle s'ajoute un risque de fermeture)¹.

Ces textes ont vocation à s'appliquer tout au long du processus de recrutement.

1. C. pén., art. 225-2.

■ Le respect de la vie personnelle du candidat lors du recrutement

La rédaction des offres d'emploi

Au stade de la rédaction des offres d'emploi, le principal point de vigilance consiste à **ne pas faire figurer de mentions discriminatoires dans l'annonce**. Le contentieux en la matière est rare, ce qui témoigne de pratiques vertueuses suivies par les employeurs et recruteurs. Néanmoins, on peut signaler que la Cour de cassation a eu l'occasion de condamner pénalement un recruteur qui exigeait la présentation d'une carte d'électeur dans une annonce d'emploi, estimant qu'il s'agissait d'une discrimination en raison de la nationalité².

Il n'est toutefois pas interdit de « cibler » les candidats en fonction de critères dans les conditions définies par la loi, sans pour autant que cela puisse s'apparenter à de la discrimination :

- **Critère relatif à l'âge** : l'article L. 1133-2 du Code du travail prévoit expressément que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. Il précise que ces différences peuvent notamment consister en :
 - l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
 - la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Ce texte est à manipuler avec précaution : il a surtout pour objectif de permettre le ciblage d'offres d'emploi qui s'inscrivent dans le cadre de plans gouvernementaux destinés à favoriser l'embauche de telles catégories de demandeurs d'emploi, comme les jeunes, ou les seniors lorsque de telles mesures sont mises en place. Le peu de décisions de justice rendues en la matière confirme que l'employeur, qui fait apparaître expressément un critère d'âge dans son offre d'emploi, doit pouvoir s'appuyer sur une disposition légale

². Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 80-83710.

qui l'y autorise. Ainsi, favoriser l'emploi des jeunes peut justifier une discrimination envers les salariés dépassant un certain âge, à condition que l'objectif soit bien celui-ci, et non la seule satisfaction de la clientèle, et que la discrimination soit proportionnée à cet objectif³. De même, la possibilité de conclure un certain type de contrat de travail avec des travailleurs de moins de 25 ans et qui prend fin automatiquement lorsque ce travailleur atteint l'âge de 25 ans instaure une différence de traitement fondée sur l'âge poursuivant un objectif légitime de promotion de l'embauche des jeunes travailleurs⁴.

Notre conseil

Il ne faut pas, dans une offre d'emploi, mentionner l'âge minimum ou maximum du candidat, sauf à pouvoir s'appuyer sur une disposition légale qui l'autorise, mais elles sont peu nombreuses. Les mentions « junior » ou « senior » ne suscitent en principe aucune critique puisqu'elles font référence au **niveau d'expérience du profil recherché** et non à son âge. Pour éviter tout risque, il est également possible de mentionner « débutant accepté » ou « expérience exigée ».

- **Critère relatif au sexe** : pour certaines professions bien déterminées, il est possible de mentionner le critère du sexe lorsque ce motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour occuper le poste. Le Code du travail prévoit à l'article R. 1142-1 que les conditions fondées sur le sexe sont légitimes pour les emplois d'artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin, de mannequins chargés de présenter des vêtements ou accessoires, de modèles masculins et féminins ;



Attention : à part ces hypothèses très spécifiques prévues par la réglementation, l'offre d'emploi ne doit pas privilégier un genre. Il faut donc faire apparaître la mention H/F dans l'intitulé du poste.

- **Critère relatif à la santé** : si les discriminations fondées sur l'état de santé sont expressément interdites, certaines activités peuvent légitimer de recruter des personnes en capacité physique de réaliser certaines tâches à accomplir dans le cadre de l'activité proposée. Pour ce faire, il faut impérativement que le poste implique des activités physiques (surveillance de lieux à risque nécessitant des

3. Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-27.142.

4. Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 80-83710.

interventions, obligation de rester de manière très prolongée debout, ports fréquents et répétitifs de charges lourdes...).



Attention : dans ce cas, l'offre devra être rédigée de la façon suivante : «Attention, le poste nécessite de rester longtemps debout XX heures/jour, le poste implique de porter des charges de plus de 15 kg au moins 4 heures par jour»... Hormis ces hypothèses, il est impossible de mentionner, par exemple, que le poste concerné par l'offre d'emploi nécessite d'être en bonne santé.

Sachez-le : la mention, dans l'offre d'emploi, que les candidats doivent être titulaires du permis de conduire n'est possible que si **le travail proposé implique la conduite d'un véhicule** dans le cadre de ses missions : chauffeur routier, commercial itinérant H/F...

Enfin, il convient de préciser que la lutte contre les discriminations à l'embauche passe désormais par une volonté de diversifier les recrutements. Dans ce cadre, il est possible de faire état, dans les offres d'emploi, de mentions, qui ont pour but de permettre l'embauche de personnes pour qui l'accès au marché du travail est compliqué, sans risquer de tomber sous le coup d'une éventuelle discrimination. Le Défenseur des droits a d'ailleurs publié une fiche thématique relative à la rédaction des offres d'emploi, dans laquelle sont donnés des exemples de rédaction qui ne sont pas jugés comme étant discriminatoires :

- «Entreprise handi-accueillante» (en référence à la norme Afnor NF X 50-783).
- «Entreprise attachée à la mixité et à la diversité».
- «Dans le cadre du Plan égalité hommes-femmes, la politique d'embauche de la société X vise à améliorer la représentation des femmes au sein de ses effectifs».
- «La société X recrute et reconnaît tous les talents».
- «Candidatures diversifiées souhaitées».

L'indication de telles mentions dans une offre d'emploi ne suscite aucun problème.

L'entretien et les questionnaires d'embauche

Pour lutter contre des pratiques de recrutement considérées comme abusives (numérologie, tarologie), le législateur est intervenu au cours des années 90 pour « cadrer » les choses. Désormais, l'article L. 1221-6

du Code du travail pose en principe que, lors de la procédure de recrutement, les informations demandées au candidat à l'emploi, quelle que soit leur forme :

- Doivent avoir pour seule finalité d'apprécier la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé.
- Et doivent posséder un lien direct et nécessaire avec cet emploi.

Le ministère du Travail, dans une circulaire un peu ancienne, cite, à titre d'illustration, les informations que peut demander l'employeur au candidat à l'emploi⁵ :

- L'employeur peut demander au candidat des renseignements sur son **état civil** et sa **nationalité**, mais cela ne doit pas le conduire à l'écartier du processus de recrutement, en vertu du principe de non-discrimination.
- En matière de **formation du candidat**, l'employeur peut demander la photocopie des divers diplômes et certificats de stages mentionnés dans le CV du candidat, mais ne peut pas lui demander son passeport d'orientation, de formation et de compétences.
- Dans le même sens, l'employeur ne peut lui demander des informations relatives à sa situation militaire ou à sa domiciliation bancaire et ses emprunts bancaires.

Par la négative, cela signifie que toute demande de renseignement concernant la **vie personnelle** du candidat à l'emploi est illégale, notamment par rapport aux informations suivantes :

- L'employeur n'a pas à demander au candidat des informations à propos de son **logement, de son entourage familial ou de ses loisirs**. Les informations relatives à la vie familiale comme au nombre d'enfants ne peuvent être demandées au candidat que **lorsqu'il est recruté** afin qu'il puisse bénéficier des avantages offerts par l'entreprise, en termes de prévoyance ou d'activités sociales et culturelles par exemple⁶.
- Aucune information **d'ordre médical** ne peut être demandée au candidat, l'aptitude ou l'inaptitude à l'emploi ne pouvant être constatée que par le médecin du travail.
- Des renseignements relatifs aux **convictions religieuses, politiques ou syndicales** sont strictement interdits, car discriminatoires : un candidat est en droit de ne pas révéler son état de prêtre, étant donné que cela relève du seul domaine spirituel et moral et que cela ne l'empêche pas de s'engager dans les liens d'un contrat de travail⁷.

5. Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993 : BOMT n° 93-10, 5 juin.

6. Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993 : BOMT n° 93-10, 5 juin

7. Cass. soc., 17 oct. 1973, n° 72-40360 : Bull. civ. V, n° 484.

- La question se pose de savoir si le recruteur peut contacter l'ancien employeur du candidat pour prendre des informations sur ce dernier. C'est effectivement possible, mais dans ce cas, la CNIL estime que le candidat doit avoir donné son accord exprès, ce qui, pour des raisons de preuve, nécessite un écrit de la part du candidat⁸.
- La CNIL a précisé que le candidat n'était pas tenu de répondre à des questions relatives à sa **vie associative**⁹.
- Concernant les éventuelles **condamnations judiciaires du candidat**, des demandes justificatives, par la production d'un extrait de casier judiciaire, ne doivent pas, par principe, être systématiques, notamment si la nature des fonctions visées par l'offre d'emploi ne le justifie pas (par exemple, ouvrier paysagiste). En revanche, pour certains emplois spécifiques ou « sensibles » (sécurité, défense, banque, etc.), l'employeur peut être amené à demander aux candidats une copie de l'extrait n° 3 du casier judiciaire dans le seul but d'apprécier les garanties professionnelles présentées par ces derniers. Il est à noter que de nombreuses conventions collectives prévoient expressément que l'employeur peut demander un extrait de casier judiciaire au candidat à l'emploi, notamment pour des postes de cadres, agents de maîtrise, voire techniciens, et ce, même si l'emploi ne concerne pas le domaine de la sécurité ou de la banque.

À titre d'illustration, l'annexe à la convention collective nationale des coopératives laitières, concernant les cadres et agents de maîtrise, dispose qu'*«il pourra également être exigé de l'ingénieur, cadre, agent de maîtrise ou technicien, un extrait du casier judiciaire»*. De telles demandes généralisées nous semblent abusives, même si la convention collective le prévoit, nonobstant l'exemplarité qui est attendue de la part d'un cadre. La jurisprudence, en la matière, est peu abondante. Tout juste peut-on signaler 2 décisions de la Cour d'appel de Versailles qui ont jugé justifiées les demandes de production de l'extrait de casier judiciaire du candidat dans le secteur de la banque¹⁰ et dans le domaine de la sécurité privée¹¹. En tout état de cause, la CNIL impose, dans un tel cas, que l'employeur ne peut ni en conserver une copie ni permettre que ces données fassent l'objet d'un traitement spécifique¹².

8. CNIL, délibération n° 02-017 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement.

9. Délib. CNIL n° 2002-17, 21 mars 2002 : JO, 16 juill.

10. CA Versailles, 27 juin 2012, n° 11/02527.

11. CA Versailles, 3 juill. 2014, n° 12/04451.

12. <https://www.cnil.fr/fr/cnil-direct/question/extrait-de-casier-judiciaire-employeur-peut-il-le-demander-et-le-conserver>