



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 poste de travail et mettent donc les candidats en situation de démontrer concrètement leur capacité à occuper un poste.

- La période de mise en situation en milieu professionnel (PMSMP) permet à un candidat de tester ses choix d'orientation. Elle est d'ailleurs ouverte aux personnes en activité.

Par ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le candidat à l'embauche soit soumis à un test professionnel ou à une épreuve pratique destinée à évaluer ses compétences professionnelles, dans le cadre d'une prestation de courte durée accomplie dans des conditions particulières. Il ne s'agit pas de la période d'essai à proprement parler, mais d'une épreuve de courte durée destinée à évaluer la qualification professionnelle et l'aptitude du candidat à occuper l'emploi proposé : examen de dactylographie pour une assistante, de fabrication d'une pièce pour une personne appelée à travailler en atelier.

Sachez-le : le Code du travail ne régit pas l'essai professionnel. Par principe, l'essai professionnel n'est pas rémunéré, mais certaines conventions collectives prévoient des dispositions, notamment en ce qui concerne la rémunération applicable à cette forme de test d'embauche.



Attention : le test ou l'essai professionnel ne doit pas se dérouler dans des conditions normales de travail, car, si tel est le cas, il peut être interprété comme un véritable travail, auquel cas le salarié peut prétendre à rémunération et aurait dû être déclaré à l'Urssaf :

- *Lorsqu'il a été demandé à un chauffeur de car devant assurer un ramassage scolaire de conduire pendant quelques heures un car vide de passagers en présence d'un autre chauffeur, cette épreuve, qui ne s'est pas déroulée dans des conditions normales de travail, s'analyse bien en un test professionnel (Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-41.154).*
- *Lorsqu'un chauffeur-livreur a dû participer activement pendant toute une journée et dans des conditions normales d'emploi à la livraison de colis avec un véhicule de l'entreprise, c'est une relation de travail qui s'est établie entre les parties pendant cette journée et non un essai professionnel (Cass. soc., 26 nov. 2008, n° 07-42.673).*
- *Une période de test de 5 jours lors de l'embauche s'assimile à une période d'essai, le contrat de travail étant considéré comme conclu dans un tel cas (CA Poitiers, 17 oct. 2019, no 18/01377).*

L'examen des CV de manière anonyme est-il une obligation ?

Afin de lutter contre les discriminations, une loi (n° 2006-396) du 31 mars 2006 avait imposé une anonymisation des curriculum vitæ dans les entreprises de plus de 50 salariés²⁷. Cette mesure n'est toutefois jamais entrée en vigueur, faute de décret d'application.

En 2011, le Centre de recherche en études et statistiques (CREST), en collaboration avec Pôle emploi, a d'ailleurs dressé un constat en demi-teinte sur l'utilisation du CV anonyme²⁸, d'où il est ressorti que le CV anonyme est efficace contre la discrimination des femmes et des seniors, mais qu'il ne permet pas de réduire l'écart de chances entre les candidats issus de l'immigration et/ou résidant des zones urbaines sensibles (ZUS) et les autres candidats. Le rapport avait donc conclu que la généralisation du CV anonyme ne semblait pas se justifier.

Finalement, l'obligation d'examiner des CV de façon anonyme a été supprimée par une loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social. Les entreprises conservent néanmoins la possibilité de recourir au CV anonyme puisque l'article L. 1221-7 du Code du travail n'a pas été abrogé et dispose encore que les informations communiquées par écrit peuvent être examinées dans des conditions préservant son anonymat.



Attention : l'examen des CV de manière anonyme ne permet pas de se prémunir de tout risque de discrimination, comme l'illustre cette affaire récente examinée par la Cour de cassation. En l'espèce, une candidate âgée de 57 ans avait été présélectionnée après avoir adressé un CV anonymisé conformément à la charte de la diversité applicable dans l'entreprise, puis avait été écartée du processus de recrutement, au motif, selon elle, qu'elle avait refusé de communiquer son âge à l'occasion d'une convocation à une journée de tests. Selon la Cour de cassation, il convient, dans un tel cas, de rechercher si la connaissance de la date de naissance de la candidate, à ce stade du processus de recrutement, était objectivement et raisonnablement justifiée par un but légitime, et si le refus de reconvoquer la candidate à la suite de son refus de communiquer cette information était nécessaire et approprié. Concrètement, cela signifie que, si la salariée dont la candidature n'a pas été retenue engage une action, l'employeur doit être en capacité de justifier des raisons objectives pour lesquelles il n'a pas donné suite à la candidature (Cass. soc., 6 sept. 2023, n° 22-15.514).

27. C. trav., art. L. 1221-7.

28. Rapp. CREST, Évaluation de l'impact du CV anonyme, mars 2011 : www.crest.fr



L'essentiel

- Les opérations de recrutement font l'objet d'un encadrement légal, dans le but de protéger la vie personnelle des candidats à l'emploi. Cet encadrement légal est issu de plusieurs réglementations : le Code du travail, mais également le règlement général sur la protection des données. Cet encadrement légal est complété par l'interdiction générale de toute forme de discrimination, à quelque stade que ce soit de la relation de travail (et donc au moment du recrutement), posée par le Code du travail.
 - En application de l'ensemble de ces règles, le recruteur ne peut, lors des opérations de recrutement, demander que des informations :
 - qui ont pour seule finalité d'apprécier la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé ;
 - doivent posséder un lien direct et nécessaire avec cet emploi ;
 - et ne doivent pas être discriminatoires.
 - Cela doit conduire à une vigilance accrue dans la rédaction des offres d'emploi, mais également lors des entretiens d'embauche, et dans la conservation des données des candidats (CV...) qui ne sont pas retenus.
 - Des sanctions pénales et civiles sont encourues en cas de non-respect de ces dispositions. Elles sont de plusieurs natures (civile, pénale et administrative en cas de violation du Règlement Général sur la Protection des Données), étant observé que les victimes de discriminations bénéficient de facilités pour la démontrer.
- 

Sur la coiffure :

- La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur le cas d'un steward à qui l'employeur avait refusé d'embarquer au motif qu'il s'était présenté au travail coiffé de tresses africaines nouées en chignon. D'après l'employeur, une telle coiffure contrevenait aux règles édictées dans le manuel des règles de port de l'uniforme du personnel navigant commercial, selon lesquelles, si les femmes peuvent porter des tresses africaines «à condition d'être retenues en chignon», les hommes devaient quant à eux avoir une coiffure «nette», «limitée en volume» et «garder un aspect naturel et homogène», qui ne dépasse pas «le bord supérieur du col de la chemise». Pour pouvoir continuer d'exercer ses fonctions, le salarié avait porté pendant deux ans une perruque. La Cour de cassation a estimé que l'interdiction faite au salarié de porter une coiffure, pourtant autorisée au sein de l'entreprise pour le personnel féminin, caractérisait une discrimination directement fondée sur l'apparence physique en lien avec le sexe²⁷.

Sachez-le : le Défenseur des droits retient une conception large des discriminations reposant sur l'apparence physique. Dans une décision-cadre du 2 octobre 2019, il a en effet détaillé, recommandations à l'appui, les pratiques à proscrire (Décision-cadre, Défenseur des droits, n° 2019-205, 2 oct. 2019), qui sont les suivantes :

- Sanctionner systématiquement les prises de poids dans les métiers comportant des exigences physiques et/ou esthétiques.
- Imposer «certains codes (vestimentaires) stricts et conservateurs» tels que talons, jupes et décolletés.
- Interdire les coiffures de cheveux texturés ou imposer des coupes obéissant à des normes eurocentrées.
- Prohiber, sauf impératif de sécurité, le port de la barbe.
- Apporter des restrictions, non exigées par le poste lui-même, aux expressions corporelles (tatouages et piercings).
- Édicter des règles de nature notamment à porter atteinte à la liberté religieuse, véhiculant du sexisme ou spécifiques au sexe, au genre ou aux origines ethniques.

27. Cass. soc., 23 nov. 2022, n° 21-14.060.

Notre conseil

Toute exigence de l'employeur relatif à l'apparence physique des salariés doit être strictement justifiée :

- Par des impératifs en matière d'hygiène et de sécurité.
- Ou des impératifs liés l'aspect commercial (effet négatif sur les clients...).

Le Défenseur des droits, dans sa décision-cadre du 2 octobre 2019, a d'ailleurs évoqué les circonstances qui seraient susceptibles de justifier certaines exigences en matière d'apparence physique : circonstances exceptionnelles et dûment justifiées, impératif d'hygiène et de sécurité, indécence, troubles provoqués dans l'entreprise, réprobation de la clientèle.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'en cas de contentieux éventuel, l'entreprise devra être en mesure de démontrer que ses exigences étaient justifiées par ces raisons.

La vérification de la validité du permis de conduire du salarié

Comme on a eu l'occasion de le voir, au stade du recrutement, l'employeur est en droit de demander au candidat à l'emploi sa situation au regard du permis de conduire, **si les fonctions pour lesquelles il candidate nécessitent l'utilisation d'un véhicule.**

Mais le fait d'être titulaire du permis de conduire au moment de l'embauche ne garantit pas que le candidat à l'emploi, devenu salarié, le sera tout au long de la relation de travail. **L'employeur est donc en droit de demander périodiquement au salarié, amené à conduire un véhicule, de lui apporter la preuve qu'il est toujours titulaire du permis de conduire.**

En tout état de cause, les tribunaux posent en principe que le salarié qui utilise un véhicule dans le cadre de son activité professionnelle est tenu d'informer son employeur d'un retrait ou d'une suspension du permis de conduire. Le fait de ne pas informer l'employeur dans un tel cas est constitutif d'une faute, justifiant le licenciement.

Par ailleurs, les juges refusent au salarié le droit de protéger l'ensemble des fichiers et dossiers contenus dans son ordinateur en qualifiant son disque dur de personnel et en empêchant ainsi tout accès à l'employeur⁴⁵.

Enfin, des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié⁴⁶.

Les conditions d'accès de l'employeur aux fichiers du salarié identifiés comme « personnels »

Selon le principe dégagé par la Cour de cassation, l'ouverture des dossiers et fichiers identifiés comme personnels suppose le respect du principe du contradictoire : l'employeur doit avoir invité le salarié à y assister, peu important qu'il soit présent. Cette solution est relativement similaire à celle dégagée pour l'ouverture des armoires personnelles des salariés. Il est à noter toutefois que la cour de cassation infléchit sa position sur l'utilisation qui peut être faite d'un moyen de preuve obtenu sans respecter les droits du salarié (ou de l'employeur selon les cas) lorsqu'elle juge que ce mode de preuve est indispensable. Ainsi, l'accès par l'employeur, hors la présence du salarié, aux fichiers de clés USB personnelles non connectées à l'ordinateur professionnel porte atteinte à la vie privée, rendant les preuves ainsi obtenues illicites, sauf si leur production est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte demeure proportionnée. En l'espèce, l'atteinte aux droits du salarié a été jugée proportionnée, de sorte que son licenciement, motivé par la découverte des fichiers sur la clef USB, a été jugé justifié (Cass. soc., 25 sept. 2024, n° 23-13.992)



Attention : la prise en main à distance du poste de travail, une fausse bonne idée ! Des logiciels permettent la prise en main à distance des postes de travail, ce qui peut conduire à les utiliser pour contrôler l'activité des salariés ou leur poste de travail. La CNIL considère toutefois qu'une telle utilisation contrevient aux règles posées par le RGPD (notamment le principe de proportionnalité et le principe de finalité). Selon la CNIL, l'utilisation de tels outils ne peut être justifiée que pour des opérations de maintenance informatique par un administrateur technique, et après information préalable et recueil de l'accord de l'utilisateur pour « donner la main » à l'administrateur informatique avant

45. Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-12.502.

46. Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138.

l'intervention sur son poste, par validation d'un message d'information apparaissant sur son écran par exemple (CNIL, Guide pratique pour les employeurs, 2005, p. 14).

Quelles conséquences du stockage par le salarié de contenus illicites sur son ordinateur professionnel ?

Lorsque le contrôle du poste informatique, réalisé dans les conditions exposées ci-dessus, révèle que le salarié stocke sur son ordinateur des contenus illicites (pornographiques ou autres), la question se pose de savoir quelles conséquences cela peut engendrer.

En la matière, les décisions rendues par les tribunaux confirment qu'il est important de se doter d'une charte informatique relative à l'utilisation des moyens informatiques. Ainsi, la conservation par le salarié sur son disque dur d'un nombre conséquent de fichiers pornographiques en violation de l'interdiction posée par la charte informatique mise en place dans l'entreprise et intégrée au règlement intérieur constitue une faute grave⁴⁷.

En revanche, en l'absence de charte informatique, les tribunaux apprécient la situation au cas par cas et se réfèrent davantage au nombre important de fichiers illicites ou personnels stockés sur l'ordinateur pour en déduire que le salarié passe un temps très important à des tâches non professionnelles :

- Ainsi, la seule conservation par un salarié sur son poste informatique de trois fichiers contenant des photos à caractère pornographique, **sans caractère délictueux**, ne constitue pas, en l'absence de constatation d'un usage abusif affectant son travail, un manquement de nature à justifier un licenciement⁴⁸.
- En revanche, le stockage, la structuration et le nombre conséquent de fichiers pornographiques (près de 509 292 989 octets) démontrent le temps important et abusif consacré par le salarié, ce qui établit d'une méconnaissance de son obligation d'exécuter les fonctions lui incombant en utilisant le matériel mis à disposition par son employeur⁴⁹.

47. Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138.

48. Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-42.097.

49. Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-43.455.