

Paris, le 20 mai 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-104

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

Vu le code du travail ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Après avis du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Le Défenseur des droits transmet l'avis ci-joint, concernant le délai de conservation par les employeurs des informations collectées dans le cadre de processus de recrutement, à la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Jacques TOUBON

Avis du Défenseur des droits
relatif à la durée de conservation par les recruteurs des
informations collectées dans le cadre de processus de recrutement

1. Le Défenseur des Droits a été interpellé à plusieurs reprises par des avocats et des intermédiaires de l'emploi au sujet de la durée de conservation par les recruteurs des informations collectées dans le cadre de processus d'embauche.
2. Ces questionnements résultent du fait que les positions qui ont été prises à ce sujet par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ont été considérées par de nombreux acteurs du recrutement comme contraires à celles de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité - à laquelle le Défenseur des droits a succédé en vertu de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
3. Le Défenseur des droits s'est rapproché de la CNIL afin d'envisager une harmonisation des positions respectives sur cette problématique.

CONTEXTE

4. Les recruteurs recueillent, dans le cadre des procédures de recrutement qu'ils mettent en œuvre, un certain nombre d'informations nominatives sur les candidats à un emploi, notamment par le biais de leurs curriculum vitae ou de questionnaires qui leur sont adressés, et de notes d'entretiens.
5. Ces informations peuvent ensuite faire l'objet d'un traitement, sous réserve du respect des règles définies par la CNIL.
6. Dans le cadre d'un recours - juridictionnel ou non - portant sur une discrimination en matière de recrutement, les parties et leurs conseils, institutions représentatives du personnel, le juge, l'Inspection du travail ou le Défenseur des droits doivent être en mesure d'accéder à ces informations.
7. La consultation de ces documents peut en effet être rendue nécessaire dans de nombreuses hypothèses : enquête interne à l'entreprise (diligentée par les ressources humaines, conjointement avec un délégué du personnel, ou à l'initiative du CHSCT), enquête de l'Inspection du travail ou du Défenseur des droits, enquête pénale, ou contentieux prud'homal ou administratif.
8. C'est, en effet, l'analyse de ces éléments qui permet, le plus souvent, d'établir juridiquement l'existence ou l'absence d'une discrimination.
9. À défaut de pouvoir y avoir accès, les candidats à un emploi pourraient se retrouver privés d'une chance d'obtenir réparation de leur préjudice. De même, des employeurs pourraient être confrontés à l'impossibilité de mener une enquête interne ou de démontrer leur bonne foi.
10. Or, en vertu des articles L.1134-5 du code du travail, et 7 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination en matière de recrutement se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. Il semble donc que ce délai doive être pris en compte en matière de conservation des informations collectées dans le cadre de processus de recrutement.

CADRE JURIDIQUE

Code du travail

11. L'article L.1132-1 du code du travail prohibe les discriminations dans l'accès à l'emploi. Il dispose qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage en raison d'un critère dont la prise en compte est prohibée par la loi, tel que le sexe, l'origine, le handicap ou les activités syndicales. Des dispositions similaires figurent aux articles 6 et suivants de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dite loi Le Pors.

12. Afin d'éviter tout risque de discrimination, le code du travail encadre les informations susceptibles d'être collectées dans le cadre d'un recrutement, ainsi que les modalités de leur recueil.

13. En vertu de l'article L.1221-6 de ce code :

« Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles.

Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles.

Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations. »

14. En outre, conformément à l'article L.1221-8 :

« Le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard.

Les résultats obtenus sont confidentiels.

Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie. »

15. Enfin¹, aux termes de l'article L.1221-9 :

« Aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance. »

16. La durée de conservation de ces informations n'a cependant pas été encadrée par le législateur, et il convient donc, en la matière, de se référer aux délibérations de la CNIL.

¹ Le code du travail comporte également un article L1221-7 précisant que « Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les informations mentionnées à l'article L. 1221-6 et communiquées par écrit par le candidat à un emploi ne peuvent être examinées que dans des conditions préservant son anonymat.

Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. »

Cependant, aucun décret n'ayant été pris pour application de cet article, celui-ci n'est actuellement pas applicable.

Délibérations de la CNIL :

17. En vertu de l'article 6. 5° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement « *sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.* »
18. Cette limitation dans le temps de la conservation des données est généralement qualifiée de « droit à l'oubli ».
19. La Commission a précisé les conditions dans lesquelles les informations collectées dans le cadre de processus de recrutement pouvaient être collectées, traitées, conservées et archivées.
20. Dans sa 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 recrutement², la Commission encadre la nature des informations collectées, les modalités de la collecte et l'information des personnes concernées, leur droit d'accès à ces informations, d'en demander la rectification et la suppression, et la durée de conservation de ces informations.
21. En la matière, la Commission préconise un délai de conservation maximal de deux ans.
22. Dans sa fiche pratique intitulée « Le recrutement et la gestion du personnel³ » la Commission précise que :

« Si un candidat ne demande pas la destruction de son dossier, les données sont automatiquement détruites 2 ans après le dernier contact. Seul l'accord formel du candidat permet une conservation plus longue. »
23. La délibération n° 02-017 doit cependant être lue en corrélation avec la délibération de la Commission n° 2005-213 du 11 octobre 2005 relative aux modalités d'archivage électronique dans le secteur privé des données à caractère personnel⁴.
24. Cette seconde délibération précise selon quelles modalités certaines données peuvent être conservées pour une période plus longue, sous la forme d'archives.
25. La Commission précise qu'il existe différentes catégories d'archives répondant à des régimes distincts :
 - « *par archives courantes, il convient d'entendre les données d'utilisation courante par les services concernés dans les entreprises, organismes ou établissements privés (par exemple les données concernant un client dans le cadre de l'exécution d'un contrat) ;*
 - *par archives intermédiaires, il convient d'entendre les données qui présentent encore pour les services concernés un intérêt administratif, comme par exemple en cas de contentieux, et dont les durées de conservation sont fixées par les règles de prescription applicables ;*

² <http://www.cnil.fr/documentation/deliberations/deliberation/delib/15/>

³ http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/travail/FICHETRAVAIL_RECRUTEMENT.pdf

⁴ <http://www.cnil.fr/documentation/deliberations/deliberation/delib/76/>

- *par archives définitives, il convient d'entendre exclusivement les données présentant un intérêt historique, scientifique ou statistique justifiant qu'elles ne fassent l'objet d'aucune destruction. »*

26. La Commission rappelle que ces durées de conservations spécifiques doivent être proportionnées à la finalité poursuivie et « être précisées dans le cadre des dossiers de formalités préalables adressés à la CNIL. »

27. Enfin, la Commission souligne les conditions dans lesquelles ces archives doivent être conservées⁵. Elle recommande « que l'accès à celles-ci soit limité à un service spécifique (par exemple un service du contentieux) et qu'il soit procédé, a minima, à un isolement des données archivées au moyen d'une séparation logique (gestion des droits d'accès et des habilitations). »

28. Il semble que ces conditions d'archivage doivent être respectées quel que soit le format (numérique ou non) des données conservées⁶.

Position du Défenseur des droits :

29. En l'espèce, des informations collectées dans le cadre de processus de recrutement et conservées en vue d'un éventuel contentieux semblent pouvoir constituer des archives intermédiaires.

30. Dans cette hypothèse, sous réserve du respect des dispositions légales et des préconisations définies par la Commission en matière de conservation des archives, il semble qu'elles puissent être conservées pendant une durée correspondant au délai de prescription en matière de discrimination dans l'emploi, qui est de cinq ans.

31. Il convient de relever que ce délai commence à courir « à compter de la révélation de la discrimination ».

32. Dans le cadre d'une embauche, il semble que cette révélation se produise, dans la grande majorité des cas, lorsque le candidat à un emploi a connaissance du refus du recruteur de donner suite à sa candidature.

33. La révélation de la discrimination peut toutefois, dans de rares hypothèses, avoir lieu à une date ultérieure⁷. Ces hypothèses ne semblent cependant pas pouvoir être prises en compte concernant la durée de conservation des archives, dans la mesure où cela empêcherait de déterminer une durée précise de conservation.

⁵ Les conditions impératives sont définies par les articles 35 et 36 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

⁶ Suite à une interrogation des services de la HALDE, les services de la CNIL avaient précisé, par courriel en date du 18 février 2008, que la Commission « ne demand[ait] pas la suppression rapide des données d'évaluation professionnelle, mais simplement leur archivage (informatique ou non) dans un environnement sécurisé et à accès restreint tant que ces données sont susceptibles d'être utiles à l'entreprise concernée, notamment en cas de contentieux, et donc en tenant compte de la prescription des actions civiles et pénales. »

⁷ Par exemple, en cas de révélations faites par un ancien salarié.

34. Or, les durées de conservation spécifiques de ces données, sous le régime des archives intermédiaires, doivent impérativement être précisées dans le cadre des dossiers de formalités préalables adressés à la Commission. En cas de non-respect de cette règle, et à défaut d'une autorisation expresse de la Commission, le responsable du traitement des données s'expose à une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende en vertu de l'article 226-20 du code pénal.

35. En outre, une conservation sans limite de ces données serait contraire au droit à l'oubli tel que défini à l'article 6. 5° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits, après avis du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité :

- considère qu'il est souhaitable que les informations collectées dans le cadre de processus de recrutement soient conservées pendant une durée de cinq ans à compter de la date à laquelle le candidat à un emploi a eu notification du refus du recruteur de donner suite à sa candidature ;
- transmet son avis à la Commission nationale de l'informatique et des libertés, afin d'harmoniser les positions sur cette problématique.

Jacques TOUBON