

## Aperçu rapide

AvoSial

AVOCATS D'ENTREPRISE  
EN DROIT SOCIAL35 En questions : digitalisation  
du recrutement et enjeux RGPD

**POINTS CLÉS** ► La digitalisation des ressources humaines, qui s'est accélérée en 2020, implique l'utilisation des nouvelles technologies pour les opérations de recrutement. Une telle évolution pose des questions innovantes aux parties prenantes, notamment en ce qui concerne l'utilisation de données personnelles ► Un état des lieux permet d'identifier les principaux enjeux de la protection des données personnelles dans le cadre de l'évolution des dispositifs de recrutement afin de comprendre comment limiter les risques de mise en cause de la responsabilité juridique des recruteurs.



**Emmanuel DAUD,**  
avocat associé, cabinet Vigo, réseau GESICA,  
membre d'AvoSial



**Yuna LESTEVEN,**  
avocate au barreau de Paris, cabinet Vigo

**A**FIN de procéder à un recrutement, le recruteur (employeur ou tiers) collecte des informations sur le candidat pour déterminer les aptitudes professionnelles de ce dernier et sa capacité à occuper l'emploi proposé (C. trav., art. L. 1221-6). Les données collectées sont nombreuses et les canaux d'acquisition et de traitement se diversifient (réseaux sociaux, tiers, plateformes). Il est donc impératif, pour les entreprises, d'assurer et de pouvoir démontrer la conformité de ces traitements à la réglementation en matière de protection des données à caractère personnel (ci-après la « réglementation RGPD »), sans oublier les autres obligations auxquelles elles sont soumises : Code du travail, fonctions publiques, conventions internationales, Code pénal en matière de discrimination, etc. La CNIL a d'ailleurs pris en compte ces questions dans son projet de Guide pratique sur le recrutement, dont la version définitive devrait être publiée en février 2022.

### 1. Quelle est l'influence de la réglementation RGPD sur les processus de recrutement ?

Le processus de recrutement est un enjeu majeur pour les entreprises tant sur le plan humain que financier. Une erreur de recrutement peut avoir des conséquences graves pour la réputation de

l'entreprise, la recherche de talents, voire provoquer des surcoûts économiques directs ou indirects. La collecte des données des candidats est encadrée notamment par le Code du travail et le Code pénal pour la non-discrimination à l'embauche, ainsi que par les règles relatives au respect de la vie privée. Le règlement général sur la protection des données (« RGPD ») est venu renforcer et créer de nouvelles obligations pesant sur l'employeur : renforcement de l'information, tenu d'un registre des activités de traitement, analyse d'impact, recours à un délégué à la protection des données (DPO), contractualisation, etc.

Les sanctions aussi sont renforcées : jusqu'à 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires, le montant le plus élevé étant retenu (RGPD, art. 83).

L'entrée en vigueur du RGPD a nécessité l'adaptation des procédures de recrutement par les entreprises. Ces dernières doivent remettre en cause les processus traditionnels de recrutement, CV et lettres de motivation, qui rendent difficile le respect des principes de minimisation des données (RGPD, art. 5, c) et de limitation de la durée de conservation (RGPD, art. 5, e).

En effet, le candidat fournissant l'ensemble des informations qu'il juge utiles sur ces supports, le recruteur n'a pas la possibilité de sélectionner les données pertinentes pour finaliser le recrutement et ne maîtrise donc pas les données collectées. De même les formats des supports (papier, PDF ou vidéo) n'offrent pas au recruteur le

**Ndlr** : dans cette rubrique « En questions », en partenariat avec AvoSial, association d'avocats d'entreprise en droit du travail et de la sécurité sociale qui conseillent et représentent les employeurs en justice, un membre de l'association présente chaque mois un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

choix des informations qu'il souhaite conserver et limitent sa marge de manœuvre au regard du principe de limitation de la durée de conservation des données.

En pratique, pour limiter les risques, le recruteur pourra utiliser un formulaire unique de candidature, qui permet d'une part de déterminer précisément et de manière unique les informations qui doivent être fournies par les candidats en fonction de l'offre et d'autre part de faciliter la suppression des données inutiles à l'issue du processus.

En tout état de cause, il est impératif, pour les acteurs du recrutement, de se poser la question de la conformité de leurs processus à la réglementation RGPD et d'envisager, le cas échéant, d'utiliser les nouveaux outils de gestion des processus de recrutement (formulaires interactifs en ligne, progiciels de recrutement) afin d'assurer une gouvernance des données conforme à la réglementation RGPD.

## 2. Quels sont les enjeux de la digitalisation du recrutement au regard de la réglementation RGPD ?

La digitalisation du processus de recrutement consiste en l'utilisation des nouvelles technologies pour optimiser la stratégie de recrutement d'une entreprise. L'utilisation d'outils innovants par les recruteurs est de plus en plus fréquente, afin de répondre d'une part aux besoins de l'entreprise et d'autre part aux attentes des candidats. Ainsi, 74 % des recruteurs et 60 % des candidats considèrent que la digitalisation améliore les processus de recrutement (*Sondage OpinionWay pour Bruce, mai 2021, p. 30*).

Les tests de personnalité, les sites spécifiques dédiés aux carrières, les réseaux sociaux, les outils de visioconférence, les progiciels de recrutement, etc. sont autant de moyens mis à la disposition des employeurs pour faciliter le recrutement du candidat idéal. Ces outils sont parfois regroupés dans des progiciels spécifiques (logiciels adaptés à une activité spécifique et pouvant être utilisés de manière autonome, en l'occurrence le recrutement). Or, l'utilisation de ces nouvelles technologies implique des évolutions dans le traitement des données à caractère personnel et oblige les entreprises à s'interroger sur la conformité des outils qu'elles emploient vis-à-vis de la réglementation RGPD. Une dichotomie s'instaure ainsi entre la digitalisation des processus, qui permet de collecter toujours plus d'informations sur les candidats et la réglementation RGPD qui impose des principes stricts de loyauté, de transparence, de minimisation et d'exactitude des données traitées, de limitation des finalités et de sécurité.

Le recruteur devra donc être particulièrement attentif à distinguer ce qu'il a le pouvoir de faire, de ce qu'il a le droit de faire au regard de la réglementation RGPD.

En premier lieu, ce dernier doit se poser la question du gain que procure l'utilisation de ces outils au regard des risques qu'ils font peser sur les candidats, dans la mesure où le recours à ces outils innovants est fondé sur l'intérêt légitime du recruteur (*RGPD, art. 6, f et avis n° 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE*).

Une fois cette évaluation réalisée, le choix du recours à un outil innovant suppose de s'assurer du respect de l'ensemble des principes de la réglementation, de manière adaptée à ces nouveaux outils afin d'en limiter les risques, c'est la conformité « dès la conception » et « par défaut » (ou « privacy » « by design » et « by default », *RGPD, art. 25*).

Par exemple, les recruteurs doivent veiller à adapter les modes d'information ainsi que le contenu de l'information des personnes concernées (*RGPD, art. 12 à 14*) aux outils digitaux. En effet, tant le

RGPD (*art. 12*) que le Code du travail (*C. trav., art. L. 1221-9*) interdisent la collecte de données d'un candidat par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance.

En pratique, l'employeur qui utilise un ou des outils digitaux de recrutement doit également documenter le recours à cet outil et sa conformité à la réglementation RGPD dans une fiche *accountability*. Si les critères du Comité européen de la protection des données (CEPD) en la matière sont remplis (*voir WP 248 – Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD)*), l'employeur devra également réaliser une analyse d'impact sur la vie privée (« AIPD » ou *Privacy impact assessment* « PIA »).

## 3. Quels sont les points d'attention lorsque l'on a recours à un prestataire dans le cadre du processus de recrutement ?

L'évolution des processus de recrutement s'accompagne d'une multiplication des acteurs : agences d'intérim, plateformes web, cabinets de recrutement qui prennent en charge l'intégralité du recrutement (« RPO » pour « *Recruitment Process Outsourcing* ») ou encore éditeurs de progiciels.

Le premier point d'attention, après avoir identifié quels acteurs traitent effectivement des données à caractère personnel, consiste à déterminer la responsabilité de chacun : responsable de traitement, responsables conjoints ou sous-traitants (*Lignes directrices du CEPD sur les notions de responsable de traitement et de sous-traitant [en anglais], 2 sept. 2020*). De manière générale, et à cette étape, les acteurs du traitement doivent conserver la justification de la répartition de leurs responsabilités, conformément à l'obligation d'*accountability* (*RGPD, art. 5, 2*). Il faut néanmoins garder à l'esprit que les autorités de contrôle ne sont pas liées par les qualifications retenues dans les contrats (*Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, § 10*). La détermination des responsabilités doit être réalisée au cas par cas et correspondre à la réalité.

Le second point d'attention est la rédaction du contrat qui lie les parties : le défaut de stipulations contractuelles suffisamment claires peut entraîner la sanction du responsable de traitement et de son sous-traitant (*V. notamment la sanction objet d'un communiqué de presse de la CNIL du 27 janvier 2021*).

L'article 28, 3. du RGPD dresse un cadre strict dans lequel doit s'inscrire le contrat entre le responsable du traitement et le sous-traitant. Pour autant, il est possible, voire impératif, d'aménager les stipulations du contrat au cas spécifique du traitement tout en s'assurant du respect des dispositions du RGPD.

En pratique, il est fortement recommandé de porter une attention particulière au recours à des outils innovants fournis par des prestataires américains, qui présente des risques juridiques importants pour le recruteur et nécessite, pour chaque cas, une analyse approfondie (*CEPD, Recommandations 01/2020*).

## 4. Quels sont les réflexes en cas d'utilisation de procédés algorithmiques ?

Selon une étude du cabinet Mercer menée auprès de 7 500 managers RH à travers le monde en 2020, 39 % des services de ressources humaines utilisent des algorithmes prédictifs, contre 10 % en 2016. Ces algorithmes prédictifs permettent notamment au recruteur de trier les candidatures, de les classer voire de les évaluer, jusqu'à réaliser des opérations de profilage (*au sens de l'article 4, 4*,

du RGPD) à partir des données collectées directement et de manière traditionnelle auprès du candidat (CV, formulaire, etc.) ou indirectement, sur les réseaux sociaux.

L'essor de l'utilisation de ces algorithmes pose nécessairement des questions relatives au respect des droits des candidats, en sus des risques de discriminations induits par l'automatisation, c'est pourquoi une attention particulière doit être observée lors de leur utilisation.

En premier lieu, ces outils de recrutement n'échappent pas à la règle : les données collectées par le biais de ces procédés doivent avoir un lien direct avec l'emploi proposé et être strictement limitées et pertinentes au regard de la finalité poursuivie. Or, s'il est ordinairement acquis que le recours classique au CV, à la lettre de motivation et à l'entretien d'embauche répond à ces objectifs, il peut être plus difficile de démontrer que l'usage d'un algorithme prédictif permet strictement d'évaluer la capacité du candidat à occuper un emploi et mesurer ses aptitudes professionnelles. À ce titre, la CNIL, dans son projet de Guide Recrutement alerte sur le fait que certains outils et méthodologies « *peuvent produire des résultats peu pertinents, voire aboutir à des différences de traitement discriminatoires* » et que ces risques doivent être pris en compte par les recruteurs (*projet de Guide recrutement de la CNIL, p. 56*).

En second lieu, l'utilisation d'outils utilisant des algorithmes prédictifs dans un but de recrutement peut être soumise au régime spécifique prévu par l'article 22 du RGPD pour les « *décisions entièrement automatisées* » et pour le profilage (*RGPD, art. 4, 4*). Dans le cas où cette décision ou ce profilage peut affecter « *de manière significative* » le candidat, alors ce traitement ne pourra être mis en œuvre que s'il est strictement nécessaire pour la conclusion du contrat de travail. Une telle condition pourra être remplie, par exemple, si le nombre de candidatures est « *exceptionnellement élevé* » (*CEPD, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage [WP251rev.01], p. 26*). Aussi, le

recours à de tels procédés est extrêmement encadré et nécessite de répondre à des conditions strictes pour être licite.

Concrètement, le recruteur qui souhaite avoir recours à des procédés algorithmiques dans le cadre du recrutement devra porter une attention particulière au respect des droits des candidats : qu'il s'agisse de répondre aux obligations de transparence (*RGPD, art. 12 à 14*) en fournissant aux candidats la possibilité de comprendre l'évaluation et les principes sous-jacents du dispositif algorithmique ou en prévoyant la possibilité de recourir à une intervention humaine avant la finalisation du recrutement (*RGPD, art. 22, 3*). C'est pourquoi l'utilisation des procédés algorithmiques suppose la réalisation d'une AIPD. En effet, les traitements de données « *visant à faciliter le recrutement, notamment grâce à un algorithme de sélection* » requièrent une telle analyse (*CNIL, délib. n° 2018-327, 11 oct. 2018, portant adoption de la liste des types d'opérations de traitement pour lesquelles une analyse d'impact relative à la protection des données est requise : JO 6 nov. 2018, texte n° 22*). Par analogie, tout traitement impliquant l'utilisation d'un algorithme vis-à-vis de candidats, considérés comme personnes « *vulnérables* », devra faire l'objet d'une telle analyse d'impact.

**En conclusion**, le processus de recrutement implique des traitements de données à caractère personnel de plus en plus complexes avec le recours à des tiers ou à des procédés innovants, notamment algorithmiques. L'analyse approfondie des traitements au regard de la réglementation RGPD, impliquant les équipes de recrutement et le délégué à la protection des données ou le conseil habituel de l'entreprise est un préalable indispensable afin de limiter les risques juridiques, financiers et bien sûr réputationnels. Un processus de recrutement considéré comme illicite, voire discriminant au regard du RGPD pourrait entraîner des conséquences désastreuses (et difficilement réparables à court et moyen terme) auprès des parties prenantes, partenaires sociaux, salariés, populations ciblées pour le recrutement. Ce risque s'accroît avec la notoriété de l'entreprise, de sa marque ou de ses marques.