

Paris, le 15 novembre 2021

---

**Décision du Défenseur des droits n°2021-290**

---

**La Défenseure 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 directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le code du travail ;

Saisie par Madame X qui estime avoir fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire en raison de son âge de la part de la Société Y ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la cour d'appel de Z.

Claire HÉDON

**Observations dans le cadre de l'article 33 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au  
Défenseur des droits**

1. Le 17 février 2016, le Défenseur des droits a été saisi par Madame X d'une réclamation relative à un refus d'embauche qu'elle estime discriminatoire car en lien avec son âge.

**I. RAPPEL DES FAITS :**

2. Madame X a adressé une candidature spontanée à la Société Y aux fins d'y être recrutée.
3. Par courrier en date du 23 mars 2013, la Société Y informe Madame X que sa candidature a été « orientée » vers l'emploi d'« animateur agent mobile ». Elle est ensuite invitée, par un second courrier en date du 13 mai 2013, à se présenter à une « journée de sélection », c'est-à-dire à une session de tests devant avoir lieu le 5 juin 2013. Il lui est précisé qu'en cas d'impossibilité, elle doit en informer le service de recrutement de la Société Y.
4. Par courriel en date du 4 juin 2013, Madame X informe la Société Y de son indisponibilité et lui demande d'être convoquée pour la prochaine journée de sélection.
5. Le 10 juin 2013, la Société Y la contacte par téléphone pour lui indiquer qu'elle pouvait être convoquée à une prochaine journée de sélection, sous réserve de communiquer sa date de naissance.
6. Par courriel du même jour, Madame X acte cette conversation téléphonique et sollicite une confirmation écrite de l'exigence de communiquer sa date de naissance.
7. Madame X ne s'est jamais exécutée en se fondant sur l'anonymat de l'examen des candidatures auquel s'est engagé la Société Y. Elle n'a pas été convoquée à une nouvelle journée de sélection.
8. Par courrier recommandé en date du 31 janvier 2014 adressé à la direction générale de la Société Y, Madame X dénonce sa mise à l'écart du recrutement et sollicite sa réintégration dans ce processus.
9. Par courrier en date du 2 avril 2014, Madame A, Responsable de l'unité Politiques de développement des compétences de la Société Y, répond à Madame X que la date de naissance est une « *information indispensable* ». Elle explique que « *la procédure de "CV anonyme" que la Société Y utilise pour toutes ses candidatures internet depuis 2007, intervient lors de la sélection des candidatures, avant les épreuves de recrutement. Cette procédure permet de sélectionner les candidat.e.s sans qu'aucu[n] critèr[e] personne[l] d'identification n'apparaiss[e], dont la date de naissance fait partie* ».
10. Il a également été précisé à la réclamante que « *une fois que les candidatures sont validées pour participer aux épreuves de recrutement, l'anonymat n'est plus maintenu, notamment afin de pouvoir convoquer les candidat.e.s, et tous les renseignements personnels et utiles au suivi sont insérés sur notre base de données* ».
11. Madame X n'ayant pas transmis sa date de naissance, sa candidature a été écartée.

## II. ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS ET PROCEDURE CONTENTIEUSE :

12. Le Défenseur des droits a adressé le 10 mai 2016 au Département gestion et innovations sociales de la Société Y, une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination.
13. La Société Y a répondu par un courrier en date du 23 juin 2016, en faisant valoir que « *Madame X a bénéficié de l'ensemble des garanties de respect des droits fondamentaux accord[és] à chaque candidat à l'embauche* ». En conséquence, elle réfute l'existence de toute discrimination à l'embauche fondée sur l'âge au préjudice de Madame X.
14. Le Défenseur des droits a adopté une décision, le 10 octobre 2016<sup>1</sup>, dans laquelle il a conclu que les éléments recueillis dans le cadre de son instruction montrent que Madame X a été victime d'une discrimination fondée sur son âge.
15. Le Défenseur des droits a décidé de présenter ses observations devant le conseil de prud'hommes de Z lors de l'audience du 11 octobre 2018.
16. Par un jugement en date du 26 novembre 2018, le conseil de prud'hommes de Z, statuant en formation paritaire, a débouté la réclamante de toutes ses demandes, dont celles visant à faire reconnaître le caractère discriminatoire du refus d'embauche qui lui a été opposé, estimant notamment que la demanderesse n'avait pas apporté la preuve comparative d'une inégalité de traitement.
17. Madame X a interjeté appel de ce jugement.

## III. CADRE JURIDIQUE :

### A. A TITRE LIMINAIRE, LE POUVOIR D'ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS ET D'INTERVENTION DEVANT UNE JURIDICTION

18. Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante créée en vertu de l'article 71-1 de la Constitution. Conformément à la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits est chargé notamment de connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou un engagement international auquel la France est partie.
19. Dans le cadre de cette mission, le législateur lui a conféré des pouvoirs d'enquête, conformément aux articles 18 à 22 de la loi organique du 29 mars 2011.
20. Le Défenseur des droits dispose ainsi de larges pouvoirs pour faire valoir les droits et libertés des personnes qui saisissent l'institution. Les réclamations font l'objet d'une enquête menée par des agents assermentés pour rassembler, analyser les éléments de preuve et déterminer les modalités d'intervention du Défenseur des droits.
21. Le Défenseur des droits peut ainsi demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui. Il peut demander que lui soient communiqués des informations et des documents, quel qu'en soit le support.

---

<sup>1</sup> Décision du Défenseur des droits n° MLD-2016-248.

22. A l'issue de son enquête, le Défenseur des droits peut formuler une recommandation individuelle et/ou générale, conformément à l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011, mais également présenter des observations écrites ou orales devant toutes les juridictions. En effet, conformément à l'article 33 de la loi précitée, « *Les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. Le Défenseur des droits peut lui-même demander à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions ; dans ce cas, son audition est de droit* ».
23. Le Défenseur des droits n'agit pas en tant que partie au procès mais comme un « *expert* », un « *sachant* » ou encore un « *observateur* ». En effet, les Cours suprêmes de l'ordre judiciaire<sup>2</sup> et de l'ordre administratif<sup>3</sup> ont reconnu à la Haute autorité de lutte contre les discriminations – et *a fortiori* au Défenseur des droits qui a repris ses missions<sup>4</sup>– un statut *sui generis*. Ce positionnement a été confirmé par la Cour de cassation, qui a jugé que le Défenseur des droits n'avait pas la qualité juridique d'intervenant volontaire ou forcé et partant n'était pas une partie au procès<sup>5</sup>, contrairement à ce qu'a indiqué le conseil de prud'hommes dans son jugement.
24. Enfin, il convient de rappeler que la Cour de cassation a jugé que lorsque le Défenseur des droits présente des observations en justice qui sont portées à la connaissance des parties, « *cette faculté ne méconnaît pas les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement par ses observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire* »<sup>6</sup>.

## B. LA PROTECTION CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES LIEES A L'AGE

25. En droit européen, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000<sup>7</sup> a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées notamment sur l'âge, en matière d'emploi et de travail, afin de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.
26. Sur le fondement de cette directive, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé à plusieurs reprises que l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge est un principe général du droit de l'Union européenne<sup>8</sup>.
27. La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 interdit également toute discrimination fondée notamment sur l'âge<sup>9</sup>.
28. En droit interne, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 auquel renvoie l'article L. 1132-1 du code du travail dispose que la discrimination se définit comme la situation dans laquelle, sur le fondement d'un des critères cités par le texte – dont l'âge notamment – une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable

<sup>2</sup> Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628.

<sup>3</sup> Conseil d'État, 11 avr. 2012, n° 322326, Gisti.

<sup>4</sup> Article 44 de la loi organique n° 2011-333.

<sup>5</sup> Cass. soc., 28 sept. 2016, n° 14-26.387 confirmant l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 11 sept. 2014, n° S12/02280.

<sup>6</sup> Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 et Cass. soc., 28 sept. 2016, préc.

<sup>7</sup> D. n° 2000/78, JOCE n° L 303.

<sup>8</sup> CJCE, 22 nov. 2005, Mangold, aff. C-144/04 ; CJUE, 19 janv. 2010, Küçükdeveci, aff. C-555/07 ; CJUE 19 avr. 2016, Dansk Industri., aff. C-441/14.

<sup>9</sup> Article 21.

29. Aux termes de l'article L. 1132-1 du code du travail « *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, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de (...) son âge* ».

Cependant, aux termes de l'article L. 1133-1 du Code du travail, ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur l'âge lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée<sup>10</sup>.

30. De même, l'article L. 1133-2 du code du travail relatif aux politiques de l'emploi dispose 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 favoriser [l]'insertion professionnelle, [...] et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. Ces différences peuvent notamment consister en : 1° 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 ; 2° 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* ».

31. La Cour de cassation juge<sup>11</sup> qu'il incombe au juge du fond, sous son contrôle, d'assurer la protection juridique découlant, pour le justiciable, de la directive 2000/78 d'application directe, et de garantir son plein effet en contrôlant si la différence de traitement fondée sur l'âge est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et si les moyens pour le réaliser sont nécessaires et appropriés.

32. Par ailleurs, si le choix du candidat retenu est libre<sup>12</sup>, le code du travail a prévu des règles impératives en matière de recrutement.

33. En effet, hormis le principe de non-discrimination rappelé supra, le législateur a précisé que les informations demandées 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 être pertinentes, c'est-à-dire présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles<sup>13</sup>.

34. En outre, ces informations communiquées par écrit par le candidat à un emploi peuvent être examinées dans des conditions préservant son anonymat<sup>14</sup>.

35. Enfin, le candidat à un emploi doit être expressément informé des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard. Ces dernières doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Article L. 1133-1 du code du travail.

<sup>11</sup> Cass. soc., 11 mai 2010, n° 08-43.681 et n° 08-45.307 ; Cass. soc., 16 févr.2011, n° 09-72.061.

<sup>12</sup> Cons. const. 20 juill. 1988, n° 88-244 DC.

<sup>13</sup> Article L. 1221-6 du code du travail.

<sup>14</sup> Article L.1221-7 du code du travail.

<sup>15</sup> Article L. 1221-8 du code du travail.

## C. LA DEFINITION DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE

36. La discrimination étant une atteinte à un droit fondamental juridiquement protégé, le droit européen<sup>16</sup> a élaboré une législation pragmatique afin de saisir tous les phénomènes discriminatoires : les discriminations directes, ostensibles, mais également les discriminations indirectes, dissimulées, y compris quand aucune victime n'est identifiée.
37. L'article 2 de la directive 2000/78/CE précitée prévoit également que : « *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que [...] cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires [...].* »
38. L'article 1<sup>er</sup> de la loi de 2008 précitée a repris, en droit français, cette notion, la discrimination indirecte étant selon les termes de la loi, « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».
39. Le juge français a reconnu en 2007, pour la première fois, l'existence d'une discrimination indirecte au regard du critère de l'état de santé, en matière de calcul de la rémunération dans une entreprise appliquant une modulation du temps de travail<sup>17</sup>.
40. La chambre sociale a ensuite développé une jurisprudence en matière de discrimination indirecte aussi bien en raison de l'origine<sup>18</sup>, que de l'état de santé<sup>19</sup>, de l'exercice du droit de grève<sup>20</sup> ou du sexe<sup>21</sup>.
41. En matière d'âge, la Cour de cassation a également retenu l'existence d'une discrimination indirecte concernant la réduction d'activité des moniteurs de ski à partir de 62 ans<sup>22</sup> ou l'octroi d'une gratification liée à une médaille d'honneur du travail<sup>23</sup> prévus par un accord collectif.
42. La définition de la notion de discrimination indirecte renvoie notamment à des situations résultant de l'organisation du travail dans l'entreprise ou à diverses mesures adoptées par l'employeur qui ont des effets discriminatoires ou qui sont susceptibles de les produire. L'examen des effets des mesures permet de remettre en cause des pratiques d'une entreprise pouvant perpétuer des idées stéréotypées et d'agir sur les préjugés, y compris

---

<sup>16</sup> En matière de discrimination, dir. Origine n° 2000/43/CE, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JOCE, L 180, 19 juill. 2000. 22) ; dir. Pour l'égalité dans l'emploi n° 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JOCE, L 303, 2 déc. 2000. 16).

<sup>17</sup> Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962.

<sup>18</sup> Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-20.765.

<sup>19</sup> Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27.689.

<sup>20</sup> Cass. soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779 et suiv.

<sup>21</sup> Cass. soc., 30 sept. 2013, n° 12-14.752, 12-14.964 ; Cass. soc., 14 nov. 2019, n° 18-15.682 concernant un retour de congé parental.

<sup>22</sup> Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-27.142.

<sup>23</sup> Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 17-16.642.

sur l'âge, et de questionner les employeurs sur la pertinence et la cohérence des mesures qu'ils peuvent adopter afin de repérer les discriminations dissimulées.

43. Concernant la discrimination fondée sur l'âge, l'académie française l'a qualifiée récemment de « *fléau mondial en progression* »<sup>24</sup>.
44. A ce sujet, le Baromètre des discriminations dans l'emploi mené par le Défenseur des droits démontrait, dès 2014, que l'un des deux critères qui exposait le plus aux discriminations à l'embauche est le fait d'« *être âgé(e) de plus de 55 ans* »<sup>25</sup>.
45. le Défenseur des droits a constaté, à de nombreuses reprises, que l'âge était en effet le 1<sup>er</sup> critère de discrimination ressentie par les salariés dans l'emploi<sup>26</sup> également dans son enquête « Accès aux droit » menée en 2016, qui confirmait que l'âge et le sexe apparaissaient comme les deux premiers motifs des expériences de discrimination liées au travail (15 %).
46. Il est à noter que ces discriminations à l'embauche concernent également les jeunes, près d'une personne sur deux (46%) âgées de 18 à 24 ans ayant déclaré avoir eu une expérience de discrimination dans le monde professionnel<sup>27</sup>.
47. Selon une étude de l'association Solidarités nouvelles face au chômage<sup>28</sup>, au titre de l'année 2018, 58% des chômeurs de plus de 50 ans sont concernés par le chômage de longue durée, alors qu'il ne touche que 42% des chômeurs âgés de 25 à 49 ans. De même, les inscriptions de seniors à Pôle emploi ont également été « deux fois plus importantes » que celles de jeunes de 2015 à 2018 et ils restent en « *moyenne 673 jours inscrits contre 211 pour les moins de 25 ans et 404 pour les 25-49 ans* ».
48. Ce phénomène serait causé, d'après l'étude, par des stéréotypes de plus en plus tenaces autour des plus de 50 ans sur le marché du travail. L'âge serait synonyme de « *difficultés à être managé ou à intégrer une équipe plus jeune* », de « *résistance au changement* » ou d'une « *faible capacité à s'adapter aux nouvelles technologies* ». Plus d'un tiers des personnes interrogées déclarent avoir déjà été confrontées à des discriminations liées à l'âge.
49. Aussi, pour appréhender une discrimination indirecte, il revient au juge de rechercher si la pratique en cause « apparemment neutre », et donc distincte de l'âge, est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour une catégorie de personnes.

#### D. LE REGIME PROBATOIRE EN MATIERE DE DISCRIMINATION INDIRECTE

50. Transposant le principe d'aménagement de la charge de la preuve posé notamment par la directive 2000/78 susmentionnée<sup>29</sup>, l'article 4 de loi du 27 mai 2008 et l'article L. 1134-1 du code du travail prévoient que, lorsqu'un salarié présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il revient à la partie défenderesse, c'est-à-dire à l'employeur, de démontrer que ses décisions reposent sur des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée.

---

<sup>24</sup> Cf. communiqué « *Discrimination liée à l'âge ou âgisme, un fléau mondial en progression* ».

<sup>25</sup> Défenseur des droits, OIT (2014) « *7e Baromètre sur la perception des discriminations au travail* », Études & Résultats, mars 2014.

<sup>26</sup> Cf. not. 5<sup>ème</sup> Baromètre Défenseur des droits/OIT 2012 et 10<sup>ème</sup> Baromètre Défenseur des droits / OIT 2017.

<sup>27</sup> 10<sup>ème</sup> Baromètre Défenseur des droits / OIT de mars 2017.

<sup>28</sup> 3<sup>ème</sup> rapport sur l'emploi et le chômage « *les seniors et l'emploi : une situation paradoxale* » 19 septembre 2019.

<sup>29</sup> Article 10 Dès lors que la personne s'estimant victime de discrimination « *établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* ».

51. Ainsi, le principe d'aménagement de la charge de la preuve repose sur un fonctionnement en deux temps :
52. **1<sup>er</sup> temps** : le salarié qui s'estime victime de discrimination ou le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.
53. Ce principe signifie que le salarié qui s'estime victime d'une discrimination doit constituer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination. Il n'est pas demandé au salarié de rapporter une preuve incontestable de la discrimination qu'il allègue, mais seulement de faire naître un doute raisonnable dans l'esprit du juge quant à son existence.
54. Pour rendre effective la présentation d'un faisceau d'indices, la Cour de cassation est venue préciser que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés par le juge de manière globale, et non pas de façon séparée<sup>30</sup>. La chronologie des faits peut en outre constituer un élément de présomption d'une discrimination<sup>31</sup> et l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés<sup>32</sup>.
55. En matière de discrimination indirecte, il revient au juge de rechercher si la pratique, la disposition ou le critère en cause « *apparemment neutre* », et donc distinct de l'âge, est susceptible, d'entraîner un désavantage particulier à l'égard de personnes relevant de ce critère<sup>33</sup>.
56. Cette présomption de discrimination indirecte peut être établie sur la base de données quantitatives mais cette dimension statistique n'est pas systématiquement nécessaire.
57. Dès 1996, la jurisprudence européenne retenait « *qu'il n'est pas nécessaire, à cet égard, de constater que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet* »<sup>34</sup>.
58. La révélation des discriminations indirectes peut ainsi démontrer à la fois un préjudice subi par une personne salariée ou candidate, mais aussi un désavantage collectif à un groupe de personnes qui peuvent être identifiées par un critère.
59. De la sorte, une décision de l'employeur en matière de calcul du temps de travail peut être constitutive d'une discrimination indirecte à l'égard de tous les salariés en arrêt de travail pour raison de santé même si ce fait n'a été constaté qu'au regard de la situation concrète d'un salarié<sup>35</sup>.
60. De même, l'intention de l'auteur n'est pas prise en compte et une condamnation pour discrimination pourrait intervenir alors même qu'aucune victime n'a été identifiée.

---

<sup>30</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792.

<sup>31</sup> Cass. soc. 28 juin 2018, n° 16-28.511.

<sup>32</sup> Cass. soc. 10 nov.2009 n° 07-42.849.

<sup>33</sup> Cass. soc. 30 sept. 2013, précité.

<sup>34</sup> CJCE 23 mai 1996, O'Flynn, aff. C-237/94., pt 21.

<sup>35</sup> Cass. soc., 9 janv. 2007 précité.

61. Enfin, la recherche de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés, comme l'a rappelé à de nombreuses reprises la Cour de cassation<sup>36</sup>.
62. La comparaison peut s'opérer in concreto, et c'est souvent ainsi qu'il est procédé, mais elle peut également s'opérer in abstracto. La personne discriminée est alors la seule dans sa situation et, en subissant un traitement défavorable, est moins bien traitée qu'une autre « *ne le serait* »<sup>37</sup>.
63. Le juge ne peut, par conséquent, écarter l'existence d'une discrimination au motif de l'absence de comparaison produite par le salarié.
64. **2<sup>nd</sup> temps** : Dès l'instant où les juges du fond déterminent que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier, la charge de la preuve incombe à l'employeur.
65. L'employeur doit donc justifier que le critère est objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.
66. Il appartient alors au juge de vérifier que :
- le désavantage sur des personnes relevant d'un critère est objectivement et raisonnablement justifié par un objectif légitime réel et matériellement vérifiable ;
  - les mesures choisies par l'employeur sont nécessaires et aptes à atteindre cet objectif ;
  - ces moyens sont également proportionnés au but recherché, l'atteinte à l'égalité de traitement devant être aussi réduite que possible du fait de l'atteinte portée aux intérêts des personnes subissant ce désavantage.

#### **IV. Analyse Juridique :**

67. Madame X considère avoir fait l'objet de mesures discriminatoires après avoir refusé de communiquer sa date de naissance, et donc son âge, à la Société Y pendant le processus de recrutement.
68. Ce refus a eu pour conséquence l'absence de convocation de la réclamante à une journée de sélection pour le poste d'« *animateur agent mobile* » sur lequel elle avait été orienté suite à sa candidature.
69. La société mise en cause a ainsi considéré que « *Madame X a refusé de suivre le processus de recrutement instauré par la Société Y* » et n'a pas donné suite à sa candidature.
70. Selon la Société Y, s'il existe bien un engagement de la société de « *retirer tous les éléments d'identification et de date et [de centrer] la présentation du CV sur la formation, l'expérience, les compétences et les éléments de motivation* », conformément à la charte de diversité signée en octobre 2004, la mise en anonymat des candidatures cesse de facto dès lors que le dossier d'un candidat est retenu afin de pouvoir le convoquer à un premier entretien.
71. La société considère que la demande de la date de naissance est « *légitime* » « *compte tenu du nombre très important des candidatures et de l'existence d'homonymes, la date de*

---

<sup>36</sup> Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42.849 ; Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067 ; Cass. soc., 13 janv. 2021, n° 19-19.511.

<sup>37</sup> Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 précitée (article 2.2.a).

*naissance est demandée au même titre que le nom et le prénom en tant qu'information administrative permettant d'identifier un candidat ».*

72. En l'espèce, la question posée est celle de la conformité de la politique de recrutement mise en place par la Société Y à la législation relative au recrutement et au principe de non-discrimination fondé sur l'âge.

73. A titre liminaire, le Défenseur des droits précise que c'est à tort que le conseil de prud'hommes affirme que « *l'information de la date de naissance n'est pas, a priori, un critère discriminant* » alors même que cette date révèle nécessairement l'âge du candidat, qui est, selon l'article L. 1132-1 du code du travail précité notamment, un critère de discrimination.

➤ Concernant les règles en matière d'informations pouvant être demandées à un candidat

74. La société mise en cause n'a pas produit l'offre d'emploi d'« animateur agent mobile », mais dans la « *Fiche descriptive de formation Agent SEM (Animateur Agent Mobile ou Agent des Gares Qualification Exploitation)* » publiée sur le site SociétéY.fr, il est précisé que les prérequis sont les suivantes :

- Au moins un an d'expérience professionnelle de relation clientèle
- Pas de diplôme minimum requis
- Si diplôme, il doit être inférieur à bac +2
- Présentation de l'extrait n°3 du casier judiciaire.

75. Les objectifs pédagogiques sont les suivants :

- Accompagner les clients aux appareils distributeurs
- Conseiller les clients sur les itinéraires et les titres de transport
- Assurer le SAV des différents titres de transport
- Vérifier l'état des installations
- Respecter les procédures comptables
- Enregistrer & restituer les objets trouvés sur le réseau
- Assurer la sécurité des personnes et des biens
- Assurer la relation client dans le cadre de la maîtrise du territoire.

76. Il n'apparaît pas, à la lecture de cette fiche, qu'il existerait une exigence professionnelle essentielle et déterminante<sup>38</sup> justifiant une éventuelle différence de traitement en raison de l'âge qui rendrait nécessaire le fait communiquer la date de naissance avant l'embauche.

77. De même, la société n'a fourni aucun élément permettant de supposer qu'une différence de traitement fondée sur l'âge serait nécessaire afin de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi<sup>39</sup>.

78. De surcroît, aucune des missions d'un animateur agent mobile ne semble nécessiter que soit pris en compte l'âge des travailleurs afin de préserver leur santé ou leur sécurité.

79. Dès lors, le Défenseur des droits observe que la Société Y ne justifie pas en quoi la communication de la date de naissance, d'une part, a comme finalité d'apprécier la capacité à occuper l'emploi proposé ou les aptitudes professionnelles de Madame X et d'autre part,

---

<sup>38</sup> Article L. 1133-1 du code du travail.

<sup>39</sup> Article L. 1133-2 du code du travail.

présente un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles, tel qu'imposé par l'article L. 1221-6 du code du travail.

80. Par conséquent, le conseil de prud'hommes ne peut affirmer « *qu'en l'espèce la Société Y fait valoir que la connaissance de la date de naissance est un élément nécessaire à l'examen des candidatures, une fois passée la première étape de sélection, au regard des exigences d'âges requises pour l'accès éventuel au statut de la Société Y* ».

➤ Concernant l'existence d'une éventuelle discrimination indirecte

81. Il convient également de déterminer si la pratique de la Société Y ne laisse pas supposer l'existence d'une discrimination indirecte en raison de l'âge en créant, pour certaines catégories de personnes, un désavantage et, dans l'affirmative, si ce désavantage était objectivement et raisonnablement justifié par un but légitime et si les moyens de réaliser ce but étaient nécessaires et appropriés.

82. Dès l'instant où les juges du fond déterminent que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier, la charge de la preuve incombe à l'employeur.

83. Le conseil de prud'hommes affirme que Madame X « *omet dans ses développements un élément essentiel à toute discrimination directe ou indirecte, à savoir l'élément de comparaison* » et qu'il appartenait à Madame X de « *[comparer] sa situation ou la manière dont l'examen de sa candidature a été effectué à celle plus favorable d'une autre personne placée dans une situation comparable* ».

84. Comme rappelé précédemment, la comparaison n'est pas nécessaire pour établir une discrimination.

85. Par ailleurs, une discrimination indirecte affecte un groupe de personnes identifiables par un critère prohibé, il s'agit d'un désavantage collectif qui ne nécessite pas d'identifier une victime. Aussi, il convient, pour la réclamante, de présenter seulement des faits laissant supposer qu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est « susceptible » d'entraîner un désavantage particulier. Et plus précisément, en l'espèce, que la communication de la date de naissance au cours du processus de recrutement est susceptible de créer un désavantage pour certaines personnes.

86. Le conseil de Madame X a établi, dans ses conclusions, que cette dernière, au moment des faits, avait 57 ans et que, depuis 2012, son âge avait été un frein pour retrouver un emploi.

87. En outre, comme vu supra, le fait d'« *être âgé(e) de plus de 55 ans* » est un critère qui expose le plus les candidats aux discriminations à l'embauche. A noter que cette discrimination fondée sur l'âge peut également concerner les jeunes.

88. Dès lors, le fait de demander sa date de naissance au moment du processus de recrutement, alors que l'âge ne constituait pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante, est « *susceptible* » d'engendrer le risque qu'*a posteriori*, le candidat soit écarté du processus de recrutement en raison de l'âge qu'il aurait révélé, et ce en raison de stéréotypes existant sur les candidats de plus de 50 ans sur le marché du travail.

89. Il résulte de ces éléments une présomption de discrimination indirecte en raison de l'âge. En conséquence, il incombait à la Société Y de prouver que l'exigence de la date de naissance de la part des candidats retenus pour les réunions de sélection est une mesure justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination conformément au

principe d'aménagement de la charge de la preuve prévue à l'article L. 1134-1 du code du travail.

90. Lors de l'enquête menée par le Défenseur des droits, la Société Y a indiqué que la demande de la date de naissance était « *légitime* » « *compte tenu du nombre très important des candidatures et de l'existence d'homonymes, la date de naissance est demandée au même titre que le nom et le prénom en tant qu'information administrative permettant d'identifier un candidat* ».
91. La Société Y soutient en effet que Madame X n'a pas été convoquée à une seconde journée de sélection en raison de son refus de communiquer sa date de naissance, qu'elle présente comme une « *information indispensable* » au « *suivi de son dossier* » et, même de façon générale, que tous les candidats doivent la renseigner pour pouvoir postuler.
92. Le Défenseur des droits observe que le fait de recueillir des données relatives à l'identité des candidats, afin de les identifier précisément et ainsi éviter les risques d'homonymie au moment des tests de sélection, peut paraître légitime, toutefois, les moyens mis en œuvre apparaissent disproportionnés eu égard à l'atteinte portée aux intérêts des candidats.
93. Des mesures autres que la date de naissance, semblent plus aptes à atteindre l'objectif fixé par la Société Y sans être autant attentatoires au principe d'égalité de traitement lors d'un processus de recrutement, tels qu'un numéro de dossier attribué aux candidats, un numéro de téléphone, une adresse mail, etc.
94. La Société Y ne justifie donc pas, comme le lui impose la directive 2000/78 et l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, que sa pratique consistant à conditionner la poursuite du processus de recrutement à la communication de la date de naissance des candidats est objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires.

Enfin, à titre subsidiaire, le Défenseur des droits relève qu'il est indiqué sur la fiche de e-recrutement de Madame X : « *refuse de donner sa date de naissance et se met en colère et menace d'aller à la HALDE* ». Il rappelle donc que sa saisine ne saurait être prise en compte par un employeur pour réserver un traitement défavorable, à titre de rétorsion, à un salarié ou à un candidat à l'emploi.

95. En conséquence, et au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits :

- Constate que la procédure de recrutement de la Société Y conditionnant la poursuite du processus de recrutement à la communication de la date de naissance du candidat constitue une discrimination indirecte en raison l'âge ;
- Décide de présenter ses observations devant la cour d'appel de Z et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend soumettre à l'appréciation de la cour d'appel de Z.

Claire HÉDON