

---

**Décision du Défenseur des droits n° 2023-051**

---

**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 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 de cassation.

Claire HÉDON

---

## Observations dans le cadre de l'article 23 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.

### **RAPPEL DES FAITS :**

2. Madame X a adressé une candidature spontanée à la Y aux fins d'y être recrutée.
3. Par courrier en date du 23 mars 2013, la Y a informé madame X que sa candidature avait été « orientée » vers l'emploi d'« animateur agent mobile ». Elle a ensuite été 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 était précisé qu'en cas d'impossibilité, elle devait en informer le service de recrutement de la Y.
4. Par courriel en date du 4 juin 2013, madame X a informé la Y de son indisponibilité et lui a demandé d'être convoquée pour la prochaine journée de sélection.
5. Le 10 juin 2013, la Y l'a contactée 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 a acté cette conversation téléphonique et sollicité 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 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 Y, madame X a dénoncé sa mise à l'écart du recrutement et a sollicité 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 Y, a répondu à madame X que la date de naissance était une « *information indispensable* ». Elle expliquait que « *la procédure de "CV anonyme" que la 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.

## **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 Y, une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination.
13. La 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.
18. Par un arrêt du 2 février 2022, la cour d'appel de Z a confirmé le jugement en toutes ses dispositions et débouté en conséquence madame X de l'ensemble de ses demandes.
19. Madame X a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.
20. La Défenseure des droits a décidé de présenter ses observations devant la Cour de cassation.

## **CADRE JURIDIQUE**

- **À titre liminaire, sur le pouvoir d'intervention du Défenseur des droits devant une juridiction**

21. Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante inscrite dans la Constitution et régie par la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
22. En application de l'article 4 de cette loi, il est chargé notamment de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité.
23. 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.

---

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

24. 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.
25. L'enquête diligentée par le Défenseur des droits met donc la personne mise en cause en mesure de s'expliquer et d'apporter toute information utile.
26. À l'issue de celle-ci, l'institution peut, conformément à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, présenter des observations écrites ou orales devant la juridiction compétente devant laquelle est porté le litige qui oppose les parties et produire les pièces recueillies au cours de son enquête sur lesquelles elle appuie sa décision.
27. Le choix de présenter des observations devant une juridiction est matérialisé par une décision du Défenseur des droits, dans laquelle il procède à un rappel des faits et de la procédure menée par ses services et de l'éventuelle procédure judiciaire ou administrative en cours. La décision reprend enfin l'analyse juridique que le Défenseur des droits entend livrer au regard des faits portés à sa connaissance, après enquête contradictoire.
28. Dans ce cas, 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 jugé « *qu'en donnant à la HALDE le droit de présenter des observations par elle-même ou par un représentant dont rien n'interdit qu'il soit un avocat, la loi ne lui a pas conféré la qualité de partie.* » Cette jurisprudence s'applique au Défenseur des droits qui a repris les missions de la HALDE.
29. 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>4</sup>.

- **La protection contre les mesures discriminatoires liées à l'âge**

30. En droit européen, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000<sup>5</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.
31. 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>6</sup>.
32. La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 interdit également toute discrimination fondée notamment sur l'âge<sup>7</sup>.
33. 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

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

<sup>3</sup> Conseil d'Etat, 11 avril 2012, n°322326, *Gisti*

<sup>4</sup> Soc., 2 juin 2010, n°08-40.628 et Soc., 28 sept. 2016, n°14-26.387

<sup>5</sup> D. n° 2000/78, JOCE n° L 303

<sup>6</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. 441/14

<sup>7</sup> article 21

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

34. 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>8</sup>.

35. 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* ».

36. La Cour de cassation juge<sup>9</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.

37. Par ailleurs, si le choix du candidat retenu est libre<sup>10</sup>, le code du travail a prévu des règles impératives en matière de recrutement.

38. 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>11</sup>.

39. En outre, ces informations communiquées par écrit par le candidat à un emploi peuvent être examinées dans des conditions préservant son anonymat<sup>12</sup>.

40. 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>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Article L. 1133-1 du code du travail

<sup>9</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>10</sup> Cons. const. 20/07/1988, n° 88-244 DC

<sup>11</sup> article L. 1221-6 du code du travail

<sup>12</sup> article L. 1221-7 du code du travail

<sup>13</sup> article L. 1221-8 du code du travail

- **La définition de la discrimination indirecte**

41. La discrimination étant une atteinte à un droit fondamental juridiquement protégé, le droit européen<sup>14</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.
42. 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 [...].* »
43. 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* ».
44. 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>15</sup>.
45. La chambre sociale a ensuite développé une jurisprudence en matière de discrimination indirecte aussi bien en raison de l'origine<sup>16</sup>, que de l'état de santé<sup>17</sup>, de l'exercice du droit de grève<sup>18</sup> ou du sexe<sup>19</sup>.
46. 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>20</sup> ou l'octroi d'une gratification liée à une médaille d'honneur du travail<sup>21</sup> prévus par un accord collectif.
47. 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 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.
48. Concernant la discrimination fondée sur l'âge, l'académie nationale de médecine l'a qualifiée de « *fléau mondial en progression* »<sup>22</sup>.

---

<sup>14</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>15</sup> Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962

<sup>16</sup> Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-20.765

<sup>17</sup> Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27689

<sup>18</sup> Cass. soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779 et suiv.

<sup>19</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>20</sup> Cass. soc., 17 mars 2015, n°13-27.142

<sup>21</sup> Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 17-16.642

<sup>22</sup> Cf. communiqué « *Discrimination liée à l'âge ou âgisme, un fléau mondial en progression* » du 1<sup>er</sup> juin 2021.

49. À 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 était le fait d'« être âgé(e) de plus de 55 ans »<sup>23</sup>.
50. Le Défenseur des droits a constaté, à de nombreuses reprises, que l'âge était en effet le premier critère de discrimination ressentie par les salariés dans l'emploi<sup>24</sup>, également dans son enquête « Accès aux droits » 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 %).
51. Plus récemment, au mois de décembre 2021, une étude du Défenseur des droits a révélé que les propos déplacés ou les remarques désobligeantes lors d'un entretien d'embauche concernaient prioritairement l'âge des candidats<sup>25</sup>.
52. 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>26</sup>.
53. Selon une étude de l'association Solidarités nouvelles face au chômage<sup>27</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 ».
54. 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.
55. De la même façon, selon une étude réalisée par l'APEC et Pôle Emploi, rendue publique au mois de janvier 2022, la quasi-totalité (89%) des cadres seniors, c'est-à-dire âgés de plus de 55 ans, demandeurs d'emploi, ressentent l'âge comme un facteur discriminant<sup>28</sup>.
56. Les mêmes stéréotypes sont ainsi visés comme étant à l'origine de ces discriminations : selon les recruteurs, « les seniors ont plus de mal à s'adapter face aux évolutions du monde de l'entreprise et au besoin d'adaptabilité et d'acculturation rapide recherchées. (...) Ils sont alors perçus comme étant plus enclins à remettre en question les choix de l'organisation ».
57. Une autre étude a révélé que l'âge avancé était susceptible de renvoyer à un certain nombre de représentations négatives chez les recruteurs, comme des « prétentions salariales plus élevées, une moindre adaptabilité et un horizon temporel limité par la proximité de la retraite »<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> Défenseur des droits, OIT (2014) « 7e Baromètre sur la perception des discriminations au travail », Études & Résultats, mars 2014

<sup>24</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>25</sup> Défenseur des droits, OIT « 14<sup>e</sup> Baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi », Études & Résultats, déc. 2021

<sup>26</sup> 10<sup>ème</sup> Baromètre Défenseur des droits / OIT de mars 2017

<sup>27</sup> 3<sup>ème</sup> rapport sur l'emploi et le chômage « les seniors et l'emploi : une situation paradoxale » 19 septembre 2019

<sup>28</sup> APEC et Pôle Emploi, Etudes trajectoires : parcours et inégalités, « Les cadres seniors de 55 ans et plus demandeurs d'emploi Pratiques et difficultés de recherche d'emploi », janv. 2022

<sup>29</sup> Rapport de France Stratégie, « Les seniors, l'emploi et la retraite », 2018

58. 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.

- **Le régime probatoire en matière de discrimination indirecte**

59. Transposant le principe d'aménagement de la charge de la preuve posé notamment par la directive 2000/78 susmentionnée<sup>30</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.

60. Ainsi, le principe d'aménagement de la charge de la preuve repose sur un fonctionnement en deux temps :

61. **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.

62. 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.

63. 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>31</sup>. La chronologie des faits peut en outre constituer un élément de présomption d'une discrimination<sup>32</sup> et l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés<sup>33</sup>.

64. 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>34</sup>.

65. Cette présomption de discrimination indirecte peut être établie sur la base de données quantitatives mais cette dimension statistique n'est pas systématiquement nécessaire.

66. 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>35</sup>.

---

<sup>30</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* »

<sup>31</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792.

<sup>32</sup> Cass. soc. 28 juin 2018, n° 16-28.511.

<sup>33</sup> Cass. soc. 10 nov.2009 n°07-42.849.

<sup>34</sup> Cass. soc. 30 sept. 2013, précité

<sup>35</sup> CJCE 23 mai 1996, O'Flynn, aff. C-237/94., pt 21



67. 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.
68. 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>36</sup>.
69. De même, l'intention de l'auteur n'est pas prise en compte et une discrimination indirecte pourrait être établie alors même qu'aucune victime n'a été identifiée.
70. 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>37</sup>.
71. 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>38</sup>.
72. Le juge ne peut, par conséquent, écarter l'existence d'une discrimination au motif de l'absence de comparaison produite par le salarié.
73. **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.
74. 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.
75. 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.

## **ANALYSE JURIDIQUE**

76. En l'espèce, devant la cour d'appel, le Défenseur des droits constatait :
- d'une part, que la Y ne justifiait pas en quoi l'exigence de communication de la date de naissance était pertinente au regard de la finalité poursuivie,
  - d'autre part, que la procédure de recrutement de la Y conditionnant la poursuite du processus de recrutement à la communication de la date de naissance du candidat constituait une discrimination indirecte en raison l'âge.

### **I. S'agissant des informations pouvant être demandées à un candidat**

---

<sup>36</sup> Cass. soc., 9 janv. 2007 précité

<sup>37</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>38</sup> Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 précitée (article 2.2.a)

77. Au cas présent, il résultait de l'enquête du Défenseur des droits et en particulier de la « *Fiche descriptive de formation Agent SEM (Animateur Agent Mobile ou Agent des Gares Qualification Exploitation)* » publiée sur le site Y.fr, et des objectifs pédagogiques mentionnés qu'il n'existait pas d'exigence professionnelle essentielle et déterminante<sup>39</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.
78. 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>40</sup>.
79. 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.
80. Le Défenseur des droits constatait ainsi, dans sa décision du 15 novembre 2021, que la Y ne justifiait pas en quoi la communication de la date de naissance, d'une part, avait comme finalité d'apprécier la capacité à occuper l'emploi proposé ou les aptitudes professionnelles de madame X et d'autre part, présentait 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.
81. Il incombait ainsi à la cour d'appel, saisie du litige, de procéder à cette vérification.
82. Or, la cour d'appel, dans son arrêt du 2 février 2022, a jugé que la Y justifiait d'un motif légitime pour connaître la date de naissance des candidats.
83. Selon la cour d'appel, ce motif légitime serait caractérisé par les raisons suivantes :
- D'une part, l'exigence de communication de la naissance serait réalisée dans un souci **d'identification des candidats**, en ce qu'elle permettrait à la Y de s'assurer que « *ce sont bien les candidats qui viennent [aux convocations] et personne d'autre* », ce qui avait également été retenu par le conseil de prud'hommes et dont les motifs sont réputés avoir été adoptés par la cour d'appel ;
  - D'autre part, l'exigence de communication de la date de naissance serait justifiée par le fait que la Y soit une **entreprise à statut**, « *au sein de laquelle l'âge permet de distinguer selon le contrat proposé au candidat* » (contrat à durée déterminée ou contrat à durée indéterminée) ;
84. Ainsi que cela est soulevé par les **deuxième et troisième branches du moyen unique** du pourvoi formé par madame X, le Défenseur des droits observe qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1133-2 du code du travail mettant en œuvre en droit interne les articles 2, 4 et 6 de la directive 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.
85. Le Défenseur des droits ajoute que de tels motifs de la cour d'appel emportent également violation des articles L. 1221-6, L.1221-7 et L. 1221-8 du code du travail.
86. En effet, selon le Défenseur des droits, les justifications apportées par la Y ne pouvaient être considérées comme caractérisant un motif légitime.

---

<sup>39</sup> Article L. 1133-1 du code du travail

<sup>40</sup> Article L. 1133-2 du code du travail

- **Sur l'objectif d'identification des candidats**

87. S'agissant tout d'abord de l'objectif d'identification des candidats, la cour d'appel a relevé, par motifs adoptés des premiers juges, qu'il « *est d'usage courant que tant les administrations que les entreprises utilisent cette donnée pour s'assurer de l'identité des personnes qui les sollicitent* » et, par motifs propres, que « *le contrôle de l'identité joint à la convocation, permet uniquement aux personnes procédant à l'accueil des candidats que ce sont bien eux qui viennent et personne d'autre* ».

88. Toutefois, le Défenseur des droits observe que le contrôle de l'identité des candidats, au moment de passer le test de sélection, pouvait tout à fait se faire par la présentation d'un document d'identité. Il n'apparaît donc pas nécessaire de demander la communication de la date de naissance en amont du test de sélection et l'anonymat pouvait être conservé lors de la réalisation du test, une fois le contrôle de l'identité effectué par « *les personnes procédant à l'accueil des candidats* ».

89. De la même manière, le risque d'homonymie entre les candidats pouvait tout aussi bien être écarté par l'attribution d'un numéro de candidature.

90. En conséquence, le Défenseur des droits observe que la Y ne justifie pas d'un motif légitime pour connaître la date de naissance des candidats avant la convocation à la journée de sélection et qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi les articles L. 1132-1, L. 1133-1, L. 1133-2, L. 1221-6, L.1221-7 et L. 1221-8 du code du travail.

- **Sur l'objectif de détermination de la nature du contrat selon le statut de la Y**

91. S'agissant ensuite du motif de détermination de la nature du contrat selon le statut de la Y, la cour d'appel a relevé, par motifs adoptés des premiers juges, 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'âge requises pour l'accès éventuel au statut de la Y* » et, par motifs propres, que la Y « *est une entreprise à statut au sein de laquelle l'âge permet de distinguer selon le contrat proposé au candidat* », ajoutant qu'« *au-delà de 35 ans, les candidats retenus sont recrutés en contrat à durée indéterminée* ».

92. Cependant, le Défenseur des droits observe qu'il résulte des constatations des juges du fond que la détermination de la nature du contrat conformément au statut de la Y se fait une fois que le candidat a été retenu. Il n'apparaît donc aucunement nécessaire de connaître l'âge du candidat avant la fin du processus de sélection.

93. Au demeurant, aucune condition d'âge n'était imposée par la fiche de poste.

94. Ainsi, le Défenseur des droits observe que l'objectif de détermination de la nature du contrat proposé selon le statut de la Y ne constitue par un motif légitime justifiant de connaître la date de naissance du candidat avant que celui-ci ne soit convoqué à la journée de sélection et qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L. 1133-1, L. 1133-2, L. 1221-6, L.1221-7 et L. 1221-8 du code du travail.

- **Sur l'absence de caractérisation d'un moyen indispensable, nécessaire et approprié pour atteindre lesdits objectifs**

95. Selon le Défenseur des droits, quand bien même l'identification des candidats ou la détermination de la nature du contrat selon le statut de la Y serait considéré comme constituant un objectif légitime, il revenait à la Y de démontrer que **l'exclusion du**

**processus de recrutement** d'un candidat ayant refusé de transmettre sa date de naissance constituait un moyen indispensable, nécessaire et approprié pour atteindre l'un ou l'autre de ces objectifs.

96. Il incombait précisément à la cour d'appel de vérifier une telle démonstration.

97. Or, le Défenseur des droits observe qu'il résulte des constatations de la cour d'appel que la communication de la date de naissance n'était aucunement **indispensable** à ce stade du processus de recrutement. En effet, la candidate avait été convoquée une première fois à une journée de sélection en date du 5 juin 2013, sans même avoir porté à la connaissance de l'entreprise sa date de naissance. Ce n'est que lorsque madame X a fait part de son indisponibilité à se rendre à cette journée de sélection, demandant à être re-convoquée à une date ultérieure, que sa date de naissance a été sollicitée pour la première fois. En retenant pourtant que la Y disposait d'un motif légitime pour connaître la date de naissance des candidats, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi les articles L. 1132-1, L. 1133-1, L. 1133-2, L. 1221-6, L.1221-7 et L. 1221-8 du code du travail.

98. À tout le moins, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 1133-1, L. 1133-2, L. 1221-6, L.1221-7 et L. 1221-8 du code du travail, en s'abstenant de vérifier si l'exclusion du processus de recrutement d'un candidat ayant refusé de transmettre sa date de naissance constituait un moyen indispensable, nécessaire et approprié pour atteindre l'objectif d'identification des candidats ou de détermination de la nature du contrat à proposer au candidat retenu conformément au statut de la Y.

## **II. Sur l'existence d'une discrimination et la méconnaissance du régime probatoire**

99. Devant la cour d'appel, le Défenseur des droits observait que la procédure de recrutement de la Y conditionnant la poursuite du processus de recrutement à la communication de la date de naissance du candidat constituait une discrimination indirecte en raison l'âge.

100. Le Défenseur des droits faisait valoir que, conformément au mécanisme probatoire précédemment rappelé, il incombait au juge du fond de vérifier :

- si la pratique de la Y, consistant à exclure d'un processus de recrutement les candidats ayant refusé de communiquer leur date de naissance, ne laissait 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.

101. Le Défenseur des droits rappelait que 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.

102. Le Défenseur des droits rappelait également qu'une discrimination indirecte affecte un groupe de personnes identifiables par un critère prohibé, et qu'il s'agit d'un désavantage collectif qui ne nécessite pas d'identifier une victime. Aussi, il convient, pour le candidat à un emploi, 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.

103. 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.
104. En outre, 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.
105. L'on peut ainsi admettre que les candidats âgés de plus de 55 ans, qui subissent davantage des situations de discrimination à l'embauche en raison de leur âge, sont plus à même de s'opposer à la communication de leur date de naissance de nature à révéler leur âge, avant que leur candidature n'ait été retenue.
106. Dès lors, le fait de demander au candidat 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.
107. Selon le Défenseur des droits, il résultait en l'espèce de ces éléments une présomption de discrimination indirecte en raison de l'âge. En conséquence, il incombait à la Y de prouver que l'exigence de communication de la date de naissance de la part des candidats retenus pour les réunions de sélection était une mesure justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, conformément au principe d'aménagement de la charge de la preuve prévu à l'article L.1134-1 du code du travail.
108. Dans le cadre de son enquête, le Défenseur des droits avait constaté que la Y ne rapportait pas cette preuve, de sorte que la discrimination indirecte fondée sur l'âge était caractérisée.
109. Dans son arrêt du 2 février 2022, la cour d'appel a, par motifs réputés adoptés des premiers juges, relevé 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 ».
110. Or, comme rappelé précédemment, la comparaison n'est pas nécessaire pour établir une discrimination. En exigeant le contraire, les juges du fond ont violé les articles L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1133-2 du code du travail mettant en œuvre en droit interne des articles 2, 4 et 6 de la directive 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.
111. La cour d'appel a encore relevé, par motifs propres et adoptés, que n'ayant jamais eu connaissance de l'âge de la candidate, la Y ne pouvait l'avoir discriminée sur ce motif.
112. Or, il n'est pas nécessaire pour le recruteur d'avoir eu connaissance de l'âge de la personne écartée du processus de recrutement pour avoir refusé de transmettre sa date de naissance, pour qu'une discrimination indirecte soit établie. En effet, la seule exclusion d'un candidat pour cette raison suffit à laisser présumer que la date de naissance du candidat, et donc son âge, est nécessairement pris en compte dans le processus de recrutement. En jugeant le contraire, la cour d'appel a une fois encore violé les articles L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1133-2 du code du travail mettant en œuvre en droit interne des articles 2, 4 et 6 de

la directive 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.

113. Plus encore, ainsi que cela est soulevé par la **sixième branche du moyen unique** du pourvoi formé par madame X, le Défenseur des droits observe qu'en écartant la discrimination au motif inopérant que « *la Y veille à une pratique professionnelle de recrutement respectueuse de l'égalité des chances dans l'accès à tous ses emplois* » et sans rechercher si la pratique consistant à exclure du processus de recrutement la candidate ayant refusé de transmettre sa date de naissance était susceptible de laisser présumer une discrimination indirecte liée à l'âge et si une telle pratique était nécessaire et proportionnée au but recherché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1133-2 du code du travail mettant en œuvre en droit interne des articles 2, 4 et 6 de la directive 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.
114. Enfin, la cour d'appel a constaté, sur la base d'un listing produit par la Y, que sur 238 nouveaux agents, « *110 avaient moins de 26 ans, 100 avaient entre 26 et 35 ans, 18 avaient entre [35] et 45 ans, 9 avaient entre 46 et 55 ans, 1 avait plus de 56 ans* ». La cour d'appel a ajouté qu'en 2015, sur « *406 animateurs agents mobiles qui ont été recrutés (...) 47 avaient entre 35 et 45 ans, 16 entre 46 et 55 ans et 2 de plus de 56 ans* » et « *qu'en 2016, sur 331 nouveaux agents mobiles, 34 avaient entre 36 et 45 ans et 16 entre 46 et 55 ans* ».
115. La cour d'appel en a ainsi déduit qu'il ne pouvait être reproché à la Y une discrimination indirecte.
116. Le Défenseur des droits observe qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations dont il ressortait qu'une proportion moindre voire nulle des recrutements concernait des agents de plus de 55 ans, ce qui était de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge, que celle-ci soit qualifiée de directe ou d'indirecte et ne pouvait en aucun cas être considéré comme un élément de nature à écarter toute discrimination.
117. La cour d'appel a ainsi violé les articles L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1133-2 du code du travail mettant en œuvre en droit interne des articles 2, 4 et 6 de la directive 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.
118. Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance de la Cour de cassation.