

## Fiche 6

# Assurer la transparence, la traçabilité et l'objectivation des procédures et décisions

Dernière mise à jour : 01.02.2024

Le droit de la non-discrimination invite les organisations à prendre des décisions fondées sur les principes de transparence, de traçabilité et d'objectivité. Afin de garantir le droit au recours, le non-respect de ces principes tend à emporter présomption de discrimination.

## 1. Le contenu des principes

La transparence implique que les processus et critères qui motivent les prises de décisions soient identifiables et connus des personnes.

La traçabilité implique de formaliser et de conserver les informations permettant de comprendre et, le cas échéant, justifier les choix qui ont été effectués. Ce principe vise l'identification claire des éléments constitutifs de la prise de décision afin de la rendre lisible *a posteriori* par un tiers, qui doit pouvoir reconstituer les étapes et choix opérés.

L'objectivité suppose que les décisions prises, par exemple dans une politique RH, soient guidées par des critères neutres et pertinents au vu de leur finalité, et non par des considérations d'ordre personnel ou en reconduisant des critères et processus habituels, qui n'ont jamais été évalués et sont éventuellement inadaptés, voire discriminatoires<sup>1</sup>.

## 2. La mise en œuvre des principes

De manière générale, dans le cadre de l'aménagement de la charge de la preuve en matière civile prévu par la loi du 27 mai 2008<sup>2</sup>, si des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination sont établis, la personne mise en cause doit alors prouver l'absence de discrimination par des éléments qui viennent objectivement justifier les choix opérés. L'arrêt

---

<sup>1</sup> V. à cet égard, les outils du Défenseur des droits pour lutter contre les discriminations destinés aux acteurs de l'emploi privé et public : [Guide « Pour un recrutement sans discrimination »](#) (2019), [Fiches pratiques « Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale »](#) (2017).

<sup>2</sup> [Défenseur des droits, décision-cadre n° 2022-139 du 31 août 2022 relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile.](#)

*Danfoss* et la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur les discriminations fondées sur le sexe indiquent que l'opacité d'un système de rémunération est suffisante pour faire naître une présomption de discrimination qui impose à l'entreprise de prouver que sa pratique n'est pas discriminatoire<sup>3</sup>. Peut constituer également une présomption de discrimination le refus de tout accès à des informations détenues par l'employeur sur un processus de sélection opaque dans le cadre d'un refus d'embauche : selon la CJUE, le silence du recruteur « *peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* »<sup>4</sup>. Dans une démarche similaire, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que le flou des pratiques en cause et l'insuffisante transparence des procédures contribuent à établir la discrimination fondée sur l'origine dans l'accès à l'éducation<sup>5</sup>.

Le respect de ces principes s'applique notamment dans le champ de l'emploi pris dans sa globalité, de la procédure d'embauche jusqu'au déroulé de carrière, comme a pu le relever le Défenseur des droits dans de nombreux avis et décisions.

Les limites d'âge fixées pour se présenter aux différents concours de la fonction publique se sont ainsi longtemps confrontées à la nécessité d'être objectivées. Leur suppression progressive durant les années 2010 résulte de l'influence des textes européens et va dans le sens des recommandations de la HALDE puis du Défenseur des droits. Il reste toutefois à les supprimer pour les concours de la magistrature, comme le rappelait le Défenseur des droits dans sa décision n° 2020-118 du 19 juin 2020<sup>6</sup>.

Des discriminations fondées sur l'âge demeurent prégnantes s'agissant de l'embauche ou des promotions, y compris dans la fonction publique. La Défenseure des droits considère, compte tenu du droit de la non-discrimination et de l'impératif d'intégration des personnes de plus de cinquante ans, qu'une discrimination peut être caractérisée dès lors que des conditions d'âge pour le recrutement ou des limites d'âge spécifiques pour l'exercice d'un métier sont fixées<sup>7</sup> : seule devrait compter la capacité à exercer les fonctions correspondantes, appréciée concrètement et individuellement.

---

<sup>3</sup> CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. C-109/88. La Cour affirme : « *lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire dès lors que le travailleur féminin établit par rapport à un nombre important de salariés que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins* ». V. aussi CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby c/ Frenchay Health Authority*, aff. C-127/92 ; CJCE, 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99 ; CJCE, 3 octobre 2006, *Cadman*, aff. C-17/05.

<sup>4</sup> CJUE, 19 avril 2012, *Meister*, aff. C-415/10.

<sup>5</sup> CEDH, Gde ch., 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie*, req. n° 15766/03.

<sup>6</sup> [Défenseur des droits, décision n° 2020-118 du 19 juin 2020 relative à une recommandation tendant à la suppression des limites d'âge existant pour tous les concours d'accès à l'École Nationale de la Magistrature \(ENM\) et des autres limites d'âges s'agissant de l'intégration directe sans concours.](#)

<sup>7</sup> Conseil d'État, 4 avril 2014, n° 362785 et autres (retraite d'office des contrôleurs aériens à 57 ans jugée nécessaire et proportionnée). [Défenseur des droits, décision MLD-2014-002 du 18 mars 2014](#) relative à la limite d'âge de 57 ans, applicable à la date des décisions attaquées, opposée à des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne (ICNA) ayant conduit à leur mise à la retraite d'office sans possibilité de report (observations). V. aussi Conseil d'État, 11 avril 2019, n° 417531, dans lequel le juge refuse de voir une discrimination dans le fait de conditionner une nomination (à « *un âge permettant au candidat un déroulement de carrière satisfaisant au Conseil d'État* » (candidats aux corps des tribunaux administratifs et des cours administratives)).

En matière de santé, toujours dans le secteur de l'emploi, des interdictions ou des inaptitudes sont parfois prononcées dès que la personne est atteinte de certaines pathologies, du fait de l'application de référentiels et ce, alors que les salariés malades sont exposés à de fortes discriminations dans l'emploi<sup>8</sup>. Sur ce point, la Défenseure recommande aussi l'objectivation de ces décisions d'embauche ou de promotion par la prise en compte de la capacité réelle du candidat à exercer les fonctions<sup>9</sup>. À cet égard, la Défenseure des droits salue l'avancée que constitue la loi n° 2021-1575 du 6 décembre 2021 relative aux restrictions d'accès à certaines professions en raison de l'état de santé, qui doit être transposée dans les référentiels utilisés par les employeurs<sup>10</sup>. Elle sera vigilante sur les évolutions attendues des textes<sup>11</sup> qui doivent favoriser l'inclusion dans le marché du travail de personnes atteintes de pathologies chroniques dans un contexte de fortes discriminations des salariés et agents publics atteints de maladies évolutives ou chroniques (diabète, sida, cancer...) <sup>12</sup>.

Au-delà de la révision de certains critères de sélection susceptibles de constituer des discriminations directes ou indirectes, d'autres mesures doivent venir contribuer à l'objectivation des processus. Pour ne prendre que l'exemple du recrutement, le fait de se doter d'une grille d'entretien, d'avoir un jury d'entretien pluriel et formé à la non-discrimination ou encore d'instaurer des tests pratiques pour évaluer des compétences professionnelles contribue à renforcer l'égalité de traitement entre les candidats.

Ces principes de transparence, de traçabilité et d'objectivité ne se limitent toutefois pas au seul secteur de l'emploi. Ils concernent l'ensemble des activités, à l'instar des contrôles d'identité (voir fiche n° 8), des secteurs mobilisant des algorithmes dans leur prise de décision (voir fiche n° 7), ou encore de l'accès au logement social. Dans ce dernier domaine, la loi précise désormais la liste des pièces justificatives pouvant être exigées du candidat à la location ou de sa caution par le bailleur afin d'exclure d'autres éléments susceptibles de renforcer le risque discriminatoire<sup>13</sup>.

### **Pour en savoir plus :**

- [Guide « Pour un recrutement sans discrimination », 2019](#)
- [Fiches pratiques « Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale », 2017](#)

---

<sup>8</sup> [Défenseur des droits, 16<sup>e</sup> baromètre sur les discriminations dans l'emploi. Concilier maladies chroniques et travail : un enjeu d'égalité, décembre 2023.](#)

<sup>9</sup> [Défenseur des droits, décision n° 2023-116 du 26 mai 2023 relative aux réglementations qui déterminent l'aptitude à servir dans les emplois de l'armée, de la gendarmerie nationale et des sapeurs-pompiers constitutives d'une discrimination en raison de l'état de santé et du handicap en ce qu'elles excluent les personnes atteintes du VIH \(observations\).](#)

<sup>10</sup> [Défenseur des droits, avis n° 20-02, 13 janvier 2020.](#)

<sup>11</sup> Pour établir si les conditions de santé sont réunies ou non pour accéder à une profession, le texte insiste pour que soit menée « une appréciation médicale individualisée » qui tienne bien compte des « possibilités de traitement ou de compensation du handicap ». Il met aussi en place, pour une durée de trois ans, un comité chargé d'évaluer les textes encadrant l'accès au marché du travail de ces malades : il devra proposer d'« actualiser » les règles en vigueur au regard de l'évolution des traitements.

<sup>12</sup> [Défenseur des droits, 16<sup>e</sup> baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi. Concilier maladies chroniques et travail : un enjeu d'égalité, décembre 2023.](#)

<sup>13</sup> Art. 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.