

Paris, le 23 juin 2016

---

## Décision du Défenseur des droits MLD-2016-125

---

### Le Défenseur des droits,

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

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

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

Vu le code pénal ;

Vu le code du travail ;

Saisi par Monsieur X qui estime être victime d'une discrimination à raison de son âge :

- considère que la mention de l'offre d'emploi de gestionnaire technico-commercial publiée par la société le 30 mai 2014 « *Le poste est proposé à une personne plutôt jeune (- de 30 ans)* » est discriminatoire au sens des articles 225-1 et 225-2 5° combinés du code pénal ;
- considère que le refus d'embauche opposé à Monsieur X constitue une discrimination à raison de l'âge au sens des articles 225-1 et 225-2 3° combinés du code pénal et au sens de l'article L.1132-1 du code du travail ;
- décide de rappeler les textes applicables en matière de prohibition des discriminations fondées sur l'âge à la société Y Assurances afin d'éviter que de tels faits se reproduisent ;
- recommande à la société Y Assurances de se rapprocher de Monsieur X aux fins d'indemnisation du préjudice moral subi du fait de la discrimination constatée et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
- à défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant les juridictions compétentes, si elles sont saisies du dossier par le réclamant, sur le fondement de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

**Jacques TOUBON**

**Recommandation individuelle dans le cadre de l'article 25 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 et présentation d'observations devant les juridictions compétentes dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le Défenseur des droits a été saisi, le 25 septembre 2014, par l'intermédiaire d'un de ses délégués territoriaux du département du Rhône, d'une réclamation de Monsieur X relative à un refus d'embauche qu'il estime discriminatoire à raison de son âge.

**RAPPEL DES FAITS :**

2. Le 30 mai 2014, une annonce est publiée sur le site de l'association interprofessionnelle de l'assurance lyonnaise en vue du recrutement d'un gestionnaire technico-commercial au sein de la société Y Assurances.
3. Cette offre d'emploi porte la mention : « *Le poste est proposé à une personne plutôt jeune (- de 30 ans)* ».
4. Monsieur X, âgé de 48 ans, postule néanmoins, par courrier électronique en date du 2 juin 2014.
5. Par courrier électronique en date du 6 juin 2014, le gérant de la société, Monsieur Y, lui répond qu'il conserve son curriculum vitae pour en discuter avec ses collaborateurs, tout en lui précisant : « *Vous n'êtes pas sans savoir que nous recherchons un profil « 30 ans ». Ceci pour faire rentrer des jeunes dans notre équipe, afin de compenser 6 départs à la retraite d'ici 8 ans* ».
6. Le réclamant relance l'entreprise pour connaître les suites données à sa candidature, par courrier électronique en date du 2 juillet 2014.
7. Aucune réponse ne lui étant apportée, le réclamant estime que l'âge a été l'élément déterminant du rejet de sa candidature.

**INTERVENTION DU DEFENSEUR DES DROITS :**

8. Considérant que les éléments du dossier de Monsieur X laissaient supposer l'existence d'une discrimination, le Défenseur des droits a adressé une note récapitulative à la société mise en cause qui y a répondu de manière motivée.

**CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES DE LA RECLAMATION :**

***Sur la caractérisation des délits de subordination d'une offre d'emploi à un critère prohibé et de refus d'embauche discriminatoire :***

9. Aux termes de l'article 225-1 du code pénal, constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison, notamment, de leur âge.
10. Les paragraphes 3° et 5° de l'article 225-2 du même code prévoit que la discrimination ainsi définie commise à l'égard d'une personne physique est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45.000€ d'amende lorsqu'elle consiste à subordonner une offre d'emploi à une condition fondée, notamment, sur l'âge ou à refuser d'embaucher une personne en raison de son âge.
11. En droit pénal, la caractérisation du délit de discrimination nécessite la réunion d'un élément matériel, à savoir la subordination d'une offre d'emploi à un critère prohibé ou le

refus d'embauche en raison d'un critère prohibé, et d'un élément intentionnel établi dès lors que l'auteur de l'offre incriminée ou du refus d'embauche avait conscience de prendre en considération un motif de discrimination prohibé pour arrêter sa décision.

12. En l'espèce, s'agissant du délit de subordination d'une offre d'emploi à un critère prohibé visé à l'article 225-2 5° du code pénal, l'élément matériel est constitué dès lors qu'il est prouvé que l'offre d'emploi publiée par la société Y Assurances est soumise à une condition interdite par la loi, à savoir l'âge (« *Le poste est proposé à une personne plutôt jeune (- de 30 ans)* »).
13. S'agissant du délit de refus d'embauche en raison de l'âge visé à l'article 225-2 3° du code pénal, l'élément matériel est constitué dès lors qu'il est établi, à la lecture des correspondances adressées par Monsieur Y au réclamant, que sa candidature a bien été écartée parce qu'il avait plus de 30 ans. Ainsi, par courrier électronique du 6 juin 2014, l'employeur confirme ses critères de recrutement en indiquant « *Vous n'êtes pas sans savoir que nous recherchons un profil « 30 ans* » et, dans un courrier électronique du 3 juillet 2014, qui n'est jamais parvenu à son destinataire en raison d'une erreur d'adresse, il écrit « *Je vous reconfirme aussi que pour l'instant nous allons intégrer des profils plus jeunes* ».
14. L'élément intentionnel des deux délits de discrimination en présence ressort quant à lui des mêmes courriers électroniques des 6 juin et 3 juillet 2014 dont les termes laissent incontestablement apparaître que la subordination de l'offre d'emploi à un critère discriminatoire et le refus d'embauche en lien avec ce même critère, à savoir l'âge, ont été exercés avec conscience et volonté.
15. Les délits visés aux articles 225-2 3° et 5° apparaissent donc constitués en l'espèce.
16. L'article 225-3 3° du code pénal prévoit toutefois une cause exonératoire de responsabilité pénale de l'auteur de tels délits dans l'hypothèse des « *discriminations fondées, en matière d'embauche [...] sur l'âge [...], lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Il convient donc de déterminer si cette disposition peut trouver, en l'espèce, à s'appliquer.
17. L'article 225-3 3° du code pénal ne précise pas les éléments de nature à constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante et n'établit aucune liste d'activités spécifiques nommément désignées qui pourraient justifier des différences de traitement sous réserve du respect du principe de proportionnalité.
18. Des éléments d'appréciation de la notion peuvent cependant être trouvés dans l'article 4§1 de la directive communautaire 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*, dont l'article 225-3 3° susvisé assure en droit pénal la transposition.
19. Ainsi, l'article 4§1 de la directive 2000/78/CE, dont l'objectif est de prendre en compte dans « *des circonstances limitées* », les spécificités de certaines activités professionnelles, indique que « *Les Etats membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à [l'âge] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».

20. Selon la jurisprudence communautaire, toute analyse juridique fondée sur l'article 4§1 de la directive 2000/78/CE suppose d'examiner, d'une part, si les caractéristiques liées à l'âge constituent bien une exigence professionnelle essentielle et déterminante au regard de l'activité professionnelle concernée et de ses conditions d'exercice et, d'autre part, si l'objectif poursuivi est légitime et si les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif sont nécessaires et appropriés.
21. En l'espèce, l'employeur ne justifie pas en quoi une quelconque limite d'âge constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour occuper le poste de gestionnaire technico-commercial en cause, que ce soit au regard de l'activité professionnelle concernée que de ses conditions d'exercice.
22. En effet, l'emploi de gestionnaire technico-commercial étant un emploi utilisant principalement les capacités intellectuelles des salariés, et non leurs capacités physiques, faire de l'âge une exigence professionnelle essentielle et déterminante revient à considérer qu'avec l'âge les capacités intellectuelles des salariés diminuent et ne sont de facto plus suffisantes pour exercer pleinement les fonctions en cause. Un tel préjugé ne peut valablement justifier le choix d'une limite d'âge pour tenir le poste convoité par Monsieur X.
23. Par ailleurs, pour justifier sa décision de subordonner le recrutement à la limite d'âge de 30 ans, l'employeur se contente d'indiquer que cette condition découlerait d'une « *obligation morale* », à l'égard des futurs repreneurs de son cabinet, qu'il envisage de céder à l'horizon 2020, « *de faire rentrer des jeunes pour rajeunir l'équipe* » et pallier au départ de ses principaux collaborateurs « *d'ici 8 ans* ». L'objectif poursuivi est donc de rajeunir la pyramide des âges de l'entreprise.
24. Une telle justification n'apparaît cependant pas non plus liée ni à la nature de l'activité professionnelle en cause, celle de gestionnaire technico-professionnel dans le domaine des assurances, ni à ses conditions d'exercice mais à des considérations subjectives tenant à l'hypothétique souhait des futurs repreneurs du cabinet d'avoir une équipe composée de jeunes, voire très jeunes, collaborateurs.
25. De surcroît, le fait que les principaux salariés du cabinet partent à la retraite d'ici 8 ans ne justifie pas davantage que l'âge de 30 ans soit une condition professionnelle essentielle et déterminante pour accéder au poste convoité par Monsieur X.
26. En effet, quand bien même la justification serait considérée légitime, fixer à 30 ans ladite limite d'âge ne semble pas proportionné à l'objectif visé. Il apparaît à cet égard qu'à l'horizon 2020 mentionné par l'employeur, des collaborateurs engagés en 2014 à l'âge de Monsieur X (48 ans) seraient encore très loin de l'âge légal de départ à la retraite (54 ans) et pourraient dès lors apporter une contribution au développement du cabinet pendant une durée non négligeable.
27. En conséquence, l'employeur ne justifie pas que la condition « moins de 30 ans » constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante justifiée objectivement et raisonnablement par un but légitime et ne peut donc s'exonérer de sa responsabilité pénale au titre des dispositions de l'article 225-3 3° du code pénal.
28. Le Défenseur des droits constate dès lors que les délits définis et réprimés par les articles 225-1, 225-2 3° et 225-2 5° du code pénal sont constitués.

**Sur le caractère discriminatoire du refus d'embauche opposé à Monsieur X au sens de l'article L.1132-1 du code du travail :**

29. Le Défenseur des droits constate également que le refus d'embauche opposé à Monsieur X constitue une discrimination au sens de l'article L.1132-1 du code du travail.
30. Selon cette disposition, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison, notamment, de son âge.
31. Le code du travail prévoit deux exceptions à ce principe, en ses articles L.1133-1 et L.1133-2, qui ne sont toutefois pas applicables en l'espèce.
32. Ainsi, l'article L.1133-1 du code du travail pose une première dérogation au principe de non-discrimination en ces termes : *« l'article L.1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »*.
33. Cette exception, pendant en droit du travail de l'article 225-3 3° du code pénal dont le Défenseur des droits a écarté en l'espèce l'application en considérant que l'âge ne pouvait pas constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour occuper le poste de gestionnaire commercial en assurances au sens du droit pénal, ne peut pas non plus être valablement opposée par l'employeur sur le plan civil.
34. L'article L.1133-2 dudit code prévoit quant à lui une seconde exception au principe de non-discrimination à raison de l'âge spécifiquement. Il précise en effet 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 préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. »*
35. La jurisprudence communautaire a eu l'occasion de rappeler que seuls les objectifs guidés par l'intérêt général pouvaient être considérés comme des buts légitimes pour justifier une dérogation au principe de non-discrimination à raison de l'âge, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce.
36. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
  - considère que la mention de l'offre d'emploi de gestionnaire technico-commercial publiée par la société le 30 mai 2014 *« Le poste est proposé à une personne plutôt jeune (- de 30 ans) »* est discriminatoire au sens des articles 225-1 et 225-2 5° combinés du code pénal ;
  - considère que le refus d'embauche opposé à Monsieur X constitue une discrimination à raison de l'âge au sens des articles 225-1 et 225-2 3° combinés du code pénal et au sens de l'article L.1132-1 du code du travail ;

- décide de rappeler les textes applicables en matière de prohibition des discriminations fondées sur l'âge à la société Y Assurances afin d'éviter que de tels faits se reproduisent ;
- recommande à la société Y Assurances de se rapprocher de Monsieur X aux fins d'indemnisation du préjudice moral subi du fait de la discrimination constatée et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
- à défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant les juridictions compétentes, si elles sont saisies du dossier par le réclamant, sur le fondement de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

**Jacques TOUBON**