

Paris, le 18 mai 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-149

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 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 ;

Vu le code du travail ;

Vu le code pénal ;

Saisi par Monsieur X qui estime avoir fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire motivé par son âge de la part de l'organisme Y ;

Recommande à l'organisme Y de modifier ses pratiques de recrutement afin de garantir le principe de non-discrimination et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

L'Adjoint du Défenseur des droits
en charge de la lutte contre les
discriminations et de la promotion de
l'égalité

Patrick GOHET

**Recommandation dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au
Défenseur des droits**

1. Le 28 avril 2016, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à un refus d'embauche qui lui a été opposé et qu'il estime discriminatoire car en lien avec son âge.

RAPPEL DES FAITS :

2. L'organisme Y a fait paraître une offre d'emploi pour un poste de « serrurier.e métallier.ière industriel.le » sur le site internet de pôle emploi.
3. Le 6 avril 2016, Monsieur X a répondu à cette offre en adressant un *curriculum vitae* sur lequel il n'est pas fait mention de son âge.
4. Par courriel en date du 21 avril 2016, Monsieur Z, Responsable du service technique et ingénierie, lui propose de le recevoir en entretien.
5. Par courriel en date du 23 avril 2016, il est convenu que Monsieur X et Monsieur Z se rencontrent le 26 avril 2016 à 17h30.
6. Monsieur X indique avoir été contacté par téléphone le 25 avril 2016 pour préciser son nom, son prénom, ainsi que son lieu et sa date de naissance. Il indique avoir donné ces informations, dont son âge de 47 ans, et avoir relevé la surprise de Monsieur Z dans la mesure où il a obtenu son BTS de chaudronnier en 2012.
7. Par courriel du même jour, Monsieur Z lui écrit : « *suite à notre conversation téléphonique de ce jour, je vous confirme que notre RDV est finalement annulé. Nous étudierons la possibilité d'un nouvel entretien ultérieurement* ».
8. Par courriel en date du 28 avril 2016, Monsieur Z indique à Monsieur X : « *l'objectif de mon appel du 25/04/2016 a été d'organiser notre rendez-vous. C'est dans ce contexte précis que je me suis permis de vous demander votre date de naissance, information requise pour les formalités d'autorisation d'accès, débouchant sur l'établissement d'un badge visiteur* ».

ENQUETE :

9. Anticipant l'instruction du Défenseur des droits, l'organisme Y lui a écrit, le 2 mai 2016, pour justifier le refus d'embauche opposé à Monsieur X.
10. Aux fins d'instruire la réclamation de ce dernier, les services du Défenseur des droits ont adressé un courrier à l'organisme Y le 17 juin 2016, dont l'objet était de demander de plus amples explications et la communication d'un certain nombre de pièces.
11. Au vu des éléments ainsi recueillis, le Défenseur des droits, estimant que c'est à tort que l'organisme Y associe le peu d'expérience professionnelle des candidats à un âge présumé, lui a adressé, le 21 février 2017, une note récapitulant son analyse du dossier et l'a invité à formuler des observations complémentaires. Cette note a en effet pour objet de permettre au mis en cause d'apporter de nouvelles justifications, voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits avant qu'il ne statue.

12. En réponse, par un courrier en date du 27 mars 2017, l'organisme Y conteste à nouveau toute pratique discriminatoire dans le cadre de ses recrutements et insiste sur le fait qu'il a entendu, pour le recrutement en cause, « *favoriser l'accès à l'emploi de candidats débutants dans la vie professionnelle* ».
13. Or, le Défenseur des droits rappelle qu'une telle volonté de privilégier un groupe de candidats à l'emploi, au regard d'un critère personnel dont la considération est prohibée, comme le critère de l'âge, constitue une discrimination si elle ne s'inscrit pas dans une politique de l'emploi spécifique. Seule une dérogation législative, prévue pour certains contrats de travail, pour des motifs d'intérêt général et limitée dans le temps peut introduire une action positive faisant exception au principe de non-discrimination. Une telle mesure ne peut être le fait de recruteurs, personnes privées, au gré de leurs considérations sur le marché du travail, sous peine de porter gravement atteinte à l'effectivité de la prohibition des discriminations.

CADRE JURIDIQUE :

14. L'article L. 1132-1 du code du travail définit le principe de non-discrimination selon lequel aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement notamment en raison de son âge.
15. L'article L. 1133-1 du même code précise que 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.
16. 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 leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, [...], 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 [...]* ».
17. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé à plusieurs reprises que l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge, notamment prévue par 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, dont dérivent les textes précités, est un principe général du droit de l'Union européenne (CJCE, 22 novembre 2005, Mangold, aff. C-144/04 ; CJUE, 19 janvier 2010, Küçükdeveci, aff. C-555/07 ; CJUE, 10 mai 2011, Römer, aff. C-147/08).
18. Aussi, la Cour de justice de l'Union européenne estime qu'une disposition du droit de l'Union qui permet aux États membres de prévoir une exception au principe de non-discrimination fondée sur l'âge doit faire l'objet d'une interprétation restrictive (CJUE, 26 sept. 2013, Dansk Jurist, aff. C-546/11).
19. Par ailleurs, en vertu de l'article L. 1221-6 du code du travail « *les informations demandées, sous quelque forme que ce soit 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 présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* ».

20. S'agissant du régime probatoire applicable, l'article L.1134-1 du code du travail relatif à l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination dispose que « *lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée* ».
21. Il est constant que pour « *laisser supposer l'existence d'une discrimination* », les « *éléments de faits* » présentés par le salarié doivent être précis et concordants (Cass. Soc., 3 avril 2002, n° 00-42583 ; Cass. Soc., 20 mai 2008, n°06-45556). Ils constituent alors un faisceau d'indices devant être appréciés dans leur globalité (Cass. Soc., 29 juin 2011, Bull. civ. V, n 166). Pour la Cour de cassation, la chronologie des faits peut être un élément qui étaye la présomption de discrimination (Cass. soc., 6 nov. 2013, pourvoi n° 12-22.270).
22. Enfin, il convient de rappeler que la discrimination à l'embauche fondée sur l'âge est également un délit puni par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.
23. En application de l'article 225-4 du même code, les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de ce délit. Dans ce cas, elles encourent une amende de 225 000 euros (art. 131-38 c. pén.) et les peines complémentaires prévues par l'article 131-39 du code pénal, dont une peine d'affichage.

ANALYSE JURIDIQUE :

24. En l'espèce, Monsieur X présente les courriels qu'il a échangés avec Monsieur Z, dont le contenu et la chronologie laissent supposer l'existence d'un refus d'embauche discriminatoire en lien avec son âge.
25. Interrogé en conséquence par les services du Défenseur des droits sur le refus d'embauche qui lui a été opposé, l'organisme Y indique ne pas avoir voulu l'écarter en raison de son âge, tout en expliquant qu'il l'a convoqué en entretien après avoir déduit de son *curriculum vitae* qu'il s'agissait « *d'un profil débutant dans le métier et la vie professionnelle* » au regard de la mention de l'obtention du BTS chaudronnier en 2012.
26. Il en résulte que la candidature de Monsieur X correspondait au profil recherché pour le poste à pourvoir, notamment au regard de l'obtention récente de son diplôme.
27. Aussi, interrogé sur l'annulation de l'entretien d'embauche auquel il était convoqué et la mention de son âge lors de la conversation téléphonique du 25 avril 2016, l'organisme Y répond qu'« *à aucun moment au cours de l'entretien téléphonique avec ce candidat, il a été question d'un quelconque critère d'âge qui serait susceptible d'écarter le candidat de la procédure de recrutement* ».
28. Cette affirmation entre toutefois en contradiction avec les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction et notamment le courriel du 28 avril 2016 dans lequel Monsieur Z indique au contraire que « *dans le cadre du recrutement en question, cette information relative à votre âge m'a permis d'envisager une ouverture, vu que le poste, était à l'origine plutôt destiné à un jeune diplômé débutant dans ce métier, comme indiqué dans notre offre d'emploi publiée sur le site Pôle Emploi* ».
29. Dans son premier courrier de réponse à l'instruction, l'organisme Y confirme qu'il souhaitait « *proposer le poste en question en priorité à un.e jeune diplômé.e* » compte tenu « *du bassin d'emploi et notamment de la difficulté d'insertion professionnelle des jeunes diplômés en Alsace* ».

Il confirme ce souhait dans son second courrier de réponse dans lequel il insiste sur le fait que le recrutement avait pour but de « *favoriser l'accès à l'emploi de candidats débutants dans la vie professionnelle, conformément à la politique plus générale promue par le Ministère de la jeunesse et des sports, sans pour autant en faire un critère sélectif* »

30. C'est donc bien en raison de l'âge de Monsieur X que l'organisme Y a décidé d'écarter sa candidature puisque, bien qu'âgé de 47 ans, il avait la qualité requise de « jeune diplômé ».
31. Le Défenseur constate en outre que l'organisme Y fait une corrélation erronée entre l'âge et le type de poste à pourvoir.
32. L'institut soutient en effet que la candidature de Monsieur X a été mise en attente pour un poste hiérarchiquement plus important, dès lors qu'il est plus âgé que ce que pensaient les recruteurs au regard de l'année d'obtention de son diplôme.
33. Or, l'organisme Y ne se prévaut pas d'une exception à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge prévue par l'article L. 1133-2 du code du travail précité, en démontrant qu'il s'inscrit dans une politique de l'emploi édictée au profit des primo-entrants sur le marché du travail, à l'instar du contrat de génération (art. L.5121-6 c. trav.).
34. De même, l'organisme Y n'a jamais évoqué, dans ses deux courriers de réponse à l'instruction, dans quelle mesure le jeune âge pouvait être une condition essentielle et déterminante pour occuper le poste de « serrurier.e métallier.ère industriel.le », alors qu'il s'agit, au terme de l'article L. 1133-1 du code du travail, d'une exception à l'interdiction des discriminations et ce, bien qu'il y était invité par la note récapitulative du Défenseur des droits.
35. Il en résulte que l'organisme Y ne rapporte pas d'éléments objectifs permettant de renverser la présomption de discrimination pesant sur lui. Le Défenseur des droits constate, par conséquent, et au regard des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction, que la mise à l'écart de Monsieur X est directement liée à son âge.
36. Ce constat est corroboré par le tableau élaboré par l'organisme Y pour classer les candidats au recrutement, dans lequel leur âge apparaît, et par le fait que le candidat finalement recruté, Monsieur A, est âgé de 20 ans. C'est le plus jeune parmi les quinze candidats ayant postulé pour pourvoir le poste de serrurier métallier industriel.
37. Enfin, l'organisme Y soutient que la question de l'âge a été posée aux candidats à l'embauche qu'à la seule fin d'établir une carte leur permettant de pénétrer dans ses locaux, conformément aux règles de sécurité qui s'y appliquent.
38. Or, le Défenseur des droits ne saurait retenir la pertinence de cet argument dès lors que la chronologie des faits montre que c'est à partir du moment où Monsieur X a communiqué sa date de naissance pour l'établissement de ladite carte, en vue de l'entretien d'embauche, que son âge est devenu un motif bloquant pour son recrutement.
39. Le Défenseur des droits rappelle par conséquent que, si la date de naissance peut légitimement être demandée aux candidats à l'embauche pour qu'ils se soumettent aux contrôles d'identité requis à des fins de sécurité, il est discriminatoire d'en déduire leur âge et d'en faire usage dans le cadre du recrutement lorsque celui-ci ne s'inscrit pas dans une politique spécifique de l'emploi ou ne correspond pas à une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour le poste à pourvoir.

40. Dans ces conditions, l'organisme Y ne peut se dédouaner d'avoir contrevenu à l'interdiction des discriminations en imputant à Monsieur X son absence de recrutement.
41. En effet, dans ses courriers de réponse à l'instruction, l'institut fait valoir que Monsieur X a « *dissimulé* » son parcours professionnel en éludant volontairement de son *curriculum vitae* la description de sa vie professionnelle précédant son diplôme en chaudronnerie et que « *cet état de fait est peu favorable à un climat de confiance* ».
42. Pour le Défenseur des droits cet argument est dépourvu de pertinence dès lors qu'il entre en contradiction, premièrement, avec le fait que c'est sur le seul fondement de ce *curriculum vitae* que Monsieur X a été convoqué à un entretien d'embauche et, deuxièmement, avec le fait que l'organisme Y l'aurait écarté du recrutement pour lui proposer un hypothétique poste hiérarchiquement plus important.
43. En conséquence, au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Considère que Monsieur X a fait l'objet d'une discrimination à l'embauche fondée sur son âge, en violation des articles L.1132-1 et L.1221-6 du code du travail ainsi que des articles 225-1 et 225-2 du code pénal ;
 - Recommande à l'organisme Y de modifier ses pratiques de recrutement afin de garantir le principe de non-discrimination.

L'Adjoint du Défenseur des droits
en charge de la lutte contre les discriminations et
de la promotion de l'égalité

Patrick GOHET