

Paris, le 21 février 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-009

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 du travail ;

Saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à un refus d'embauche qu'il estime discriminatoire car en lien avec son âge ;

Recommande à la société mise en cause de se rapprocher de Monsieur X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice, et de former l'ensemble de ses salariés à la non-discrimination ;

Demande à la société mise en cause de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;

A défaut d'accord dans le cadre de la première recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente.

Jacques TOUBON

**Recommandation dans le cadre de l'article 25 - Observations dans le cadre de l'article 33
de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

SAISINE ET ENQUÊTE :

1. Par courrier en date du 2 août 2016, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à un refus d'embauche qu'il estime discriminatoire car en lien avec son âge.
2. Au vu des éléments communiqués par le réclamant, le Défenseur des droits a décidé d'engager une instruction, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
3. Il a ainsi adressé à la société Y mise en cause, par courrier en date du 15 mars 2017, une note récapitulant les éléments pour lesquels il pourrait retenir que le refus d'embauche opposé à Monsieur X est discriminatoire.
4. La société Y y a répondu par courrier du 27 mars 2017.
5. Pour le Défenseur des droits, la réponse apportée ne permet pas d'écarter la discrimination dénoncée.

RAPPEL DES FAITS :

6. Par courriel du 1^{er} avril 2016, le réclamant, diplômé d'un BTS en Maintenance multitechnique, a déposé une candidature pour un poste de Responsable d'exploitation Data Center auprès de la société Y.
7. L'âge de Monsieur X n'est pas précisé dans son CV, mais il est indiqué qu'il a exercé un poste de Consultant Senior en Sécurité entre janvier 1989 et juillet 1997.
8. Par un courriel en date du 28 juin 2016, Monsieur Z, Business Manager de la société Y, a répondu qu'il ne préférerait pas donner suite à la candidature du réclamant car considéré « trop senior ».

CADRE JURIDIQUE :

9. 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.
10. 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.
11. 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 ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.*

12. 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).
13. 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).
14. 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* ».
15. En matière civile, l'article L.1134-1 de ce même code définit le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *lorsque survient un litige (...) le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination (...). Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».
16. 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.
17. 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.
18. A cet égard, il convient de rappeler que le délit de discrimination est constitué et engage la responsabilité pénale de son auteur même si le critère de discrimination, comme l'origine, le patronyme ou l'âge, n'a pas été le motif exclusif de la décision défavorable prise à l'encontre de la victime (Cass. crim., 14 juin 2000, pourvoi n° 99-81.108 ; Cass. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 07-82.380).
19. Le Collège de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) a considéré à de nombreuses reprises, après enquête, que des personnes avaient été écartées de procédures de recrutement de manière discriminatoire, leur âge ayant été pris en considération, de manière directe ou indirecte.
20. Ainsi, dans une délibération n°2007-306 du 26 novembre 2007, la HALDE, qui avait été saisie par un candidat dont le profil avait été jugé « trop senior », a indiqué que « *l'exigence «d'au moins 5 ans d'expérience professionnelle» ne saurait justifier l'exclusion de candidats ayant un profil «senior» comme étant «surdimensionnés» si la procédure de recrutement effectivement mise en œuvre révèle que le poste requiert un candidat confirmé et que cette exigence est vérifiée par le recrutement final* ». La HALDE a alors recommandé au cabinet de recrutement mis en cause ainsi qu'à l'ensemble des intermédiaires de l'emploi, « *de veiller, dans le cadre de leur procédure de recrutement, à ce que toute référence à*

l'expérience professionnelle soit définie en termes de niveau de compétence et de responsabilité et qu'elle soit strictement justifiée par rapport au poste à pourvoir et vérifiée par la procédure de recrutement effectivement mise en œuvre ».

21. Dans une autre délibération n°2009-199 du 27 avril 2009, la HALDE a considéré qu'une société, qui avait écarté un candidat au motif que son profil était « *surdimensionné* », avait eu un comportement discriminatoire à raison de l'âge du candidat.
22. Le Défenseur des droits, qui a repris les missions de la HALDE dans le domaine de la lutte contre les discriminations, rappelle régulièrement cette analyse (Décisions du Défenseur des droits n°MLD-2013-193 du 4 novembre 2013 ; n°MLD-2016-125 du 23 juin 2016 ; n°2017-149 du 18 mai 2017 ; n°2017-186 du 1^{er} juin 2017).

ANALYSE JURIDIQUE :

23. En l'espèce, il ressort des éléments du dossier que la formulation du courriel de Monsieur Z, à travers la mention « *trop senior* », porte la preuve de la prise en compte de l'âge de Monsieur X et constitue un élément suffisant laissant supposer l'existence d'une discrimination à son encontre.
 24. Ainsi, dans sa note récapitulative adressée à la société Y par courrier du 15 mars 2017, le Défenseur des droits lui a rappelé que par application de l'article L.1134-1 du code du travail, il lui incombait d'apporter la preuve que le choix de ne pas retenir la candidature de Monsieur X est justifié par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination, étant précisé que les instructions que peuvent donner des entreprises partenaires ou des clients ne peut constituer une justification objective légitime.
 25. Il était également précisé qu'« *à défaut, le Défenseur des droits pourrait considérer que Monsieur X a fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire en raison de son âge* ».
 26. Dans son courrier en réponse, la société mise en cause fournit les explications suivantes :
« *Cette formulation [trop senior], bien que maladroite, fait référence au parcours de Monsieur X trop qualifié et trop expérimenté pour les besoins du poste, mais en aucun cas l'âge de Monsieur X n'avait de lien avec ce refus.*
Effectivement, c'est l'expertise qui était visée par ce qualificatif : le niveau d'expérience du poste à pourvoir était en cause, et le candidat était surqualifié, c'est-à-dire largement supérieur à la demande du client et des compétences nécessaires aux missions.
Lors de l'entretien du 15 juin, Monsieur Z a pu apprécier le fait que Monsieur X s'est bâti une solide expérience dans un contexte international, des compétences managériales importantes, etc. Toutes ces compétences ne sont malheureusement pas en adéquation avec le poste et le profil recherché par le client de la société Y. Le client visait en effet des profils « sortie d'école » avec une maîtrise des travaux.
De plus, Monsieur Z était dans nos effectifs depuis 2 mois seulement au moment des faits. Cette maladresse est due notamment à sa courte expérience. Il sait dorénavant qu'il ne fait pas employer certains termes afin d'éviter des malentendus, et regrette rétroactivement l'expression employée qui est fréquente dans le secteur du consulting (« consultant junior », « consultant senior », etc..) ».
27. A la lecture de ces explications, il paraît opportun de rappeler l'appréciation de l'employeur selon laquelle le candidat aurait un profil surdimensionné ou trop expérimenté ne constitue pas un motif valable.
 28. C'est notamment ce qu'a décidé le Collège de la HALDE dans la délibération n°2009-199 du 27 avril 2009 précitée.

29. Dans cette délibération, le Collège de la HALDE a souligné que la société n'avait pas « *démontré en quoi un profil tel que celui de Monsieur T, justifiant de 30 ans d'expérience professionnelle, le rendait incapable d'exercer le poste* ».
30. La HALDE en concluait que la société n'avait pas démontré « *que l'appréciation portée sur le profil de Monsieur T (« surdimensionné ») pour l'écarter de la procédure de recrutement externe était fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination liée à l'âge* ».
31. Cette analyse, qui a été reprise par le Défenseur des droits à plusieurs reprises, et notamment dans sa décision n°MLD-2013-193, correspond parfaitement à la situation dénoncée par Monsieur X.
32. En effet, il apparaît que la société n'est pas en mesure d'expliquer en quoi son profil « *trop senior* » l'aurait rendu incapable d'exercer les fonctions auxquelles il prétendait.
33. Or, au regard de la charge de la preuve définie à l'article L.1134-1 du code du travail, la société mise en cause a la charge d'établir que cette appréciation – « *trop senior* » - était justifiée par rapport au poste à pourvoir et si les moyens utilisés pour sélectionner le candidat ont été appropriés et nécessaires.
34. Au regard des textes applicables et de la jurisprudence *Dansk Jurist* de la Cour de justice de l'Union européenne précitée, toute exigence doit être strictement justifiée par rapport au poste à pourvoir et vérifiée par la procédure de recrutement effectivement mise en œuvre.
35. En l'espèce, la société mise en cause indique que le candidat qui a été retenu pour le poste est un candidat « *qui avait moins d'expérience et était moins spécialisé* ».
36. Ce faisant, la société mise en cause ne démontre pas que le candidat sélectionné avait des qualités déterminantes justifiant qu'il ait été préféré au réclamant.
37. Dès lors, elle n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que le choix de ce candidat ait été justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'âge.
38. Le Défenseur des droits constate également que dans sa réponse, la société mise en cause reconnaît que Monsieur Z a eu une formulation maladroite.
39. Il convient d'ajouter que cette formulation a pu avoir pour effet que Monsieur X se sente stigmatisé en raison de son âge. Compte-tenu de la situation de l'emploi des seniors en France, en particulier dans le secteur du conseil, le Défenseur des droits est d'autant plus sensible à la situation portée à sa connaissance. Cette formulation ayant causé un préjudice à Monsieur X, il y a lieu de le réparer.
40. En conséquence, au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Considère que Monsieur X a fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire en raison de son âge ;
 - Recommande à la société mise en cause de se rapprocher de Monsieur X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice ;
 - Recommande à la société mise en cause de modifier ses pratiques de recrutement afin de veiller au respect du principe de non-discrimination, et notamment de former l'ensemble de ses salariés à la non-discrimination ;

- Demande à la société mise en cause de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
- A défaut d'accord dans le cadre de la première recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente, sur le fondement de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011.

Jacques TOUBON