

Paris, le 27 juillet 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-205

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 de la défense ;

Vu le code pénal ;

L'attention du Défenseur des droits a été appelée concernant les termes discriminatoires d'une annonce de recrutement publiée sur le site internet d'une société.

Il ressort de l'enquête menée par le Défenseur des droits qu'une condition d'âge et une condition d'origine européenne ont été explicitement posées pour le recrutement d'un automaticien sans que les explications communiquées par l'employeur démontrent que ces conditions répondaient précisément à des exigences professionnelles essentielles et déterminantes pour exercer ce poste.

En conséquence, le Défenseur des droits décide de proposer à la société X une transaction pénale, conformément aux pouvoirs que lui confère l'article 28 II de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011.

Jacques TOUBON

Proposition de transaction dans le cadre de l'article 28 II de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

1. X est une société par actions simplifiée fondée en 2010 par Monsieur Y et Monsieur Z qui, depuis 2012, développe des compétences en cobotique. Les cobots sont des machines développées pour les opérateurs qualifiés et spécialisées par métiers pour simplifier, sécuriser et accélérer des tâches précises.
2. L'attention du Défenseur des droits a été appelée concernant les termes de l'annonce de recrutement n°1702 publiée sur le site internet de la société X¹.

Avec expérience – Mons de 35 ans- Natif Européen (impératif pointage projet R&D)

La société X fait 100% de croissance par an. Santé financière importante et indépendance complète. Technos de rupture en robotique collaborative. Applications production aéronautique. Différents clients

Pour quoi faire?

Innover, concevoir des prototypes, les réaliser, faire les Preuves de Concepts. Rentrer ensuite dans le détail. Assembler, démarrer. Tester, corriger, converger. Participer aux plans de validation du client. Livrer chez le client. Documenter la R&D comme le produit.
Temps de travail élastique. On finit en fonction du besoin industriel mais aussi de nos vies perso.

Quel profil?

Excellent niveau. Très bon en automatique et robotique. Un plus = connaissance en mécanique (mécanique et électronique) ou autre discipline utile.
Pas polarisé mais plutôt passionné et ouvert à toutes les technologies. Bonne Culture générale et maîtrisant très bien le Français et l'Anglais.

Où? - Sur terre

A Bordeaux. Missions ponctuelles en Belgique, Suède, Angleterre, Etats-Unis, Canada. Bureaux spacieux avec grandes baies vitrées (c'est important pour le moral de voir la lumière du jour) dans 150m². Confort et décoration participative.

Comment?

Moyens techniques exceptionnels

Cellule R&D 90m² + 2 imprimantes 3D (ZORTRAX + Makerbot Replicator2) + Banc de découpe jet d'eau + Tournage-fraisage + Electroérosion + Gravure laser + Centre DMG + Presses plieuses, guillotines, rouleuses, soudeuses.

Conditions?

Depuis 100% à 190% du salaire pratiqué. Les résultats des technos vendues générant la richesse de l'entreprise.

¹ [http://www.sociétéX.eu/index_\(fr\).html#2](http://www.sociétéX.eu/index_(fr).html#2).

L'interdiction des discriminations en matière d'embauche

3. Selon l'article 225-1 du code pénal, constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement notamment de leur origine et de leur âge.
4. L'article 225-2 3° interdit la discrimination lorsqu'elle consiste à refuser d'embaucher une personne. Le délit de refus d'embauche suppose qu'une victime ait été identifiée². Tel n'est pas le cas en l'espèce, l'attention du Défenseur des droits ayant été appelée sur le caractère discriminatoire de l'annonce de recrutement sans qu'une victime de refus d'embauche se soit manifestée.
5. L'article 225-2 5° du code pénal interdit la discrimination lorsqu'elle consiste à subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur un critère de discrimination visé à l'article 225-1 du même code.
6. En outre, s'agissant d'une offre d'emploi, 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. Elles doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles du candidat³.
7. 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, et d'un élément intentionnel établi dès lors que l'auteur de l'offre incriminée avait conscience de prendre en considération un motif de discrimination prohibé pour arrêter sa décision.
8. Le délit de discrimination prévu à l'article 225-2 5° du code pénal est consommé par la seule offre d'emploi discriminatoire quels qu'en soient les effets⁴.
9. L'article 225-3 3° du code pénal prévoit que les dispositions de l'article 225-2 du même code, en matière d'embauche, ne sont pas applicables aux discriminations fondées sur un motif mentionné à l'article 225-1, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.
10. L'article 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.
11. Les directives de l'Union européenne relatives à la lutte contre les discriminations précisent qu'une exigence professionnelle essentielle et déterminante peut être opposée « en raison de la nature d'une activité professionnelle particulière ou des conditions de

² Cass. Crim., 23 juin 2009, n°07-85.109

³ Article L. 1221-6 du code du travail

⁴ Cass. Crim., 30 janvier 1990, n°86-92.690

son exercice ⁵ ». Selon ces directives, les circonstances dans lesquelles une différence de traitement peut être justifiée sont nécessairement très limitées⁶.

12. Il appartient dès lors à l'employeur de justifier en quoi les critères de l'âge ou de l'origine requis pour l'accès à un emploi (en l'espèce, celui d'automaticien) constitueraient une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour occuper précisément un poste, que ce soit au regard de l'activité professionnelle concernée ou de ses conditions d'exercice.

Le caractère discriminatoire de l'annonce de recrutement publiée par la société X

13. L'annonce de recrutement exige des candidats qu'ils soient âgés de moins de 35 ans et qu'ils soient nés en Europe, excluant de ce fait les candidats ne remplissant pas ces critères en raison de leur âge ou de leur origine.
14. Un agent du Défenseur des droits, habilité et spécialement assermenté par le procureur de la république, a procédé à un test de discrimination afin de vérifier si des refus d'embauche pouvaient être opposés à des candidats sur le fondement de leur origine.
15. L'article 225-3-1 du code pénal dispose en effet que les délits de discrimination « sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie ».
16. Les agents du Défenseur des droits assermentés et spécialement habilités par le procureur de la République peuvent constater par procès-verbal les délits de discrimination, en particulier dans le cas où il est fait application de l'article 225-3-1 du code pénal⁷.
17. Le 7 juillet 2018, un agent du Défenseur des droits se présentant comme Leila HADDAD adressait le mail suivant à l'adresse [player@la société x.eu](mailto:player@la.société.x.eu) :

⁵ Voir article 4 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, article 4 § 1 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁶ Voir le considérant 18 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

⁷ Quatrième alinéa de l'article 37 de la loi organique n°2011-333 relative au Défenseur des droits

Leila Hadad <leila.hadad075@gmail.com>

7 juin 2018 11:24 ☆

À player ▾

Bonjour,

Je souhaiterais savoir si votre annonce était toujours d'actualité et comme je suis naturalisée, si jamais ça posait une difficulté (je suis née au Mali).

Je vous remercie.

Très cordialement,

18. Le 8 juin 2018, Monsieur Y répondait :

À moi ▾

Bonjour,

L'annonce date de février 2017. D'autres viendront. Mais pour travailler avec certains clients nous ne pouvons embaucher que des natifs européens.

Bien à vous,

19. En l'espèce, les exigences des clients de la société X invoquées par Monsieur Y ne constituent pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante rendant inapplicables les dispositions de l'article 225-3 5° du code pénal.

20. Sur ce point, la Cour de Justice de l'Union Européenne a rappelé qu'une politique discriminatoire à l'embauche en fonction de l'origine ethnique ou raciale ne saurait être autorisée si elle a pour simple but de satisfaire la clientèle⁸.

21. Enfin, selon une jurisprudence constante, les employeurs refusant d'embaucher des personnes d'origine étrangère à des postes en contact avec le public au motif de l'hostilité de leur clientèle commettent le délit prévu aux articles 225-2 et 225-3 du code pénal⁹.

22. Il ressort des termes exprès et incontestables de l'annonce ainsi que des résultats du test de discrimination que l'offre d'emploi d'automaticien est subordonnée à des conditions fondées sur l'âge et l'origine des candidats. Ce comportement volontairement explicite caractérise dès lors l'élément matériel et l'élément intentionnel constitutifs de l'infraction de discrimination prohibée par l'article 225-2 5° du code pénal.

Les explications de l'employeur concernant la condition d'âge

23. Sur l'exigence liée à l'âge, Monsieur Y expliquait au Défenseur des droits que son intention était de « tendre la main à des jeunes générations qui ont du mal à trouver un emploi. » Il précisait qu' « une telle embauche requiert des personnes ayant de bonnes capacités

⁸ CJUE, 10 juillet 2008, C-54/07

⁹ T corr. Versailles, 8 mars 2010, s'agissant d'un refus d'embauche dans le secteur du BTP d'un candidat noir ; T. corr. Paris, 16 octobre 2008, s'agissant d'un refus d'embauche d'une vendeuse en boulangerie-pâtisserie ; CA Paris, 7 juin 2004, s'agissant du refus d'embauche d'une commerciale ; CA Paris 17 octobre 2003 pour un refus d'embauche d'un serveur.

mais par leur jeunesse un manque crucial de formation pratique », ce que la société X entendait leur prodiguer.

24. S'il reconnaissait « le caractère délictueux » de la formulation utilisée dans l'annonce de recrutement, Monsieur Y demandait au Défenseur des droits « de considérer l'esprit plus que la lettre ». Il précisait avoir embauché pour ce poste une personne âgée de 42 ans.
25. Or, il convient de rappeler qu'un employeur ne peut faire référence dans son offre d'emploi à une limite d'âge ou s'adresser exclusivement à un groupe défini par son âge, sans se prévaloir d'un texte législatif ou réglementaire l'y autorisant expressément¹⁰.
26. Il existe en effet des contrats spécifiques imposant un critère d'âge et développés pour favoriser l'insertion professionnelle ou l'emploi des jeunes : contrat d'apprentissage ou de professionnalisation, emploi d'avenir, contrat unique d'insertion, etc. Pour recruter dans le cadre de ces contrats, il est possible de cibler les publics éligibles tout en mentionnant expressément le contrat visé.
27. En l'espèce, l'annonce ne précisait aucun contrat spécifique. Si l'employeur souhaitait favoriser l'emploi de jeunes travailleurs et diversifier son recrutement, plutôt que de faire référence à une limite d'âge, il lui revenait de formuler l'annonce dans des termes incitatifs envers les jeunes diplômés ou de diffuser plus particulièrement son annonce via les forums ou les salons spécialisés, les missions locales ou toute association aidant les jeunes travailleurs à trouver leur premier emploi.
28. Dès lors, la condition d'âge mentionnée dans l'annonce ne saurait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour le poste d'automaticien rendant en l'espèce inapplicables les dispositions de l'article 225-3 5° du code pénal.
29. Enfin, la circonstance qu'il n'ait pas résulté de cette annonce de refus d'embauche discriminatoire, un candidat de 42 ans ayant été recruté, ne saurait exonérer la société X de sa responsabilité pénale pour l'infraction prévue par l'article 225-2 4° du code pénal.

Les explications de l'employeur concernant l'exigence sur l'origine des candidats

30. Monsieur Y expliquait que dans le cadre d'une activité en robotique, la société X travaille avec des industriels de la défense et que « cela fait trop d'entreprises stratégiques dans [son] environnement proche pour ne pas tenir compte des risques d'être empêchés ».
31. Il ajoutait que « ces entités lorsque les besoins applicatifs touchent des matériels sensibles vont systématiquement demander une habilitation Confidentiel-Défense voire Secret-Défense. Etant une petite entreprise, [la société X ne peut] se permettre de perdre un marché par manque aux obligations d'habilitation. »¹¹

¹⁰ *Diversifier ses recrutements sans discriminer : la rédaction des offres d'emploi*, Défenseur des droits, Guide, décembre 2012, <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/outils/la-redaction-des-offres-demploi> ; *Recruter avec des outils numériques sans discriminer*, Défenseur des droits, Guide, décembre 2015, <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/outils/recruter-avec-des-outils-numeriques-sans-discriminer>

¹¹ L'article R. 2311-2 du code de la défense distingue trois niveaux d'informations et supports classifiés : « Très Secret-Défense ; Secret-Défense ; Confidentiel-Défense ». Les deuxièmes et troisième alinéas de l'article R. 2311-3 du code de la défense définissent respectivement le niveau Secret-Défenseur comme « réservé aux informations et supports dont la divulgation est de nature à nuire gravement à la défense nationale » et le niveau

32. Monsieur Y invoquait une « injonction contradictoire venant de services de l'Etat français » et expliquait qu'il n'était pas possible de faire référence dans l'annonce à des « projet de défense »¹². Il demandait au Défenseur des droits de « constater que l'origine mentionnée résulte d'un contrôle de l'Etat sur l'habilitation de la société X à certaines activités ».
33. Le comportement de la société X a consisté en l'espèce à apprécier la potentialité des candidats à obtenir une habilitation et à les présélectionner selon des critères d'origine alors que ce critère ainsi que celui de la nationalité ne permettent pas d'écarter ces derniers de la procédure d'habilitation.
34. Le ministère de la Défense a en effet rappelé qu'il « n'existe pas de critères a priori, normés et permanents, permettant d'écarter un candidat sans enquête. Ainsi, aucun individu ne peut se voir refuser un poste nécessitant une habilitation " Secret-Défense " en raison de ses origines »¹³.
35. Le juge judiciaire a par ailleurs estimé que la mise à l'écart de candidats à un emploi soumis à l'habilitation Secret-Défense, en raison de leur nationalité ou de leur origine, constitue une discrimination¹⁴.
36. Or, il n'appartient pas à un employeur de présélectionner les candidats à un emploi selon sa propre appréciation de leur capacité à obtenir l'habilitation alors que seule l'autorité d'habilitation est compétente pour en décider après enquête de sécurité et en tenant compte des conclusions de cette enquête¹⁵.
37. Cette enquête administrative menée par le service enquêteur du ministère de l'Intérieur pour les personnels civils se fonde sur « des critères objectifs permettant de déterminer si l'intéressé, par son comportement ou par son environnement proche, présente une vulnérabilité, soit parce qu'il constitue lui-même une menace pour le secret, soit parce qu'il se trouve exposé à un risque de chantage ou de pressions pouvant mettre en péril les intérêts de l'Etat, chantage ou pressions exercés par un service étranger de

Confidentiel-Défense comme « réservé aux informations et supports dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale classifié au niveau Très Secret-Défense ou Secret-Défense ». Les niveaux de confidentialité peuvent être assortis de la mention particulière « Spécial France » qui signifie que les informations et supports classifiés ne doivent en aucun cas être communiqués totalement ou partiellement à des organisations internationales, à des Etats étrangers ou à leurs ressortissants.

¹² Sur ce point, il ressort des recherches menées par le Défenseur des droits sur des sites de recrutement que de nombreuses entreprises intervenant dans les domaines de la sécurité ou de la défense, de la recherche ou du développement indiquent dans leurs annonces que le poste requiert une habilitation « Secret-Défense » ou *a minima* que les fonctions évoluent dans un contexte de confidentialité de type « défense ».

¹³ Réponse du ministère de la Défense publiée dans le JO du Sénat du 16/12/2004 – page 2890.

¹⁴ TGI Nanterre 16-2-2009 n° 08-4445010 : « Dès lors que le texte de l'annonce parue sur le site Intranet de l'entreprise mentionne qu'en raison de l'habilitation secret-défense le candidat doit être impérativement français et de préférence de parents français nés en France, alors que la délivrance de cette habilitation n'est soumise à aucune condition de nationalité, il en résulte nécessairement que les candidats potentiels sont discriminés sur la base de leur nationalité, voire sur celle de leurs parents, ce que la loi prohibe. »

¹⁵ Article R. 2311-8 et suivants du code de la défense

renseignement, un groupe terroriste, une organisation ou une personne se livrant à des activités subversives ». ¹⁶

38. Si l'obtention d'une habilitation peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour le poste d'automaticien¹⁷, l'origine européenne d'une personne ne le constitue pas, rendant en l'espèce inapplicables les dispositions de l'article 225-3 5° du code pénal.

39. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits décide de proposer à la société X de conclure une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle, conformément au II de l'article 28 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Jacques TOUBON

¹⁶ Instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale, n°1300/SGDSN/PSE/PSD, p. 21

¹⁷ L'article R. 2311-7 du code de la défense dispose : « Nul n'est qualifié pour connaître des informations et supports classifiés s'il n'a fait au préalable l'objet d'une décision d'habilitation et s'il n'a besoin, selon l'appréciation de l'autorité d'emploi sous laquelle il est placé, au regard notamment du catalogue des emplois justifiant une habilitation établie par cette autorité, de les connaître pour l'exercice de sa fonction ou l'accomplissement de sa mission. »

De même, l'article R. 2311-7-1 du code de la défense dispose : « Nul n'est qualifié pour accéder à un système d'information ou à ses dispositifs, matériels ou logiciels, de protection, lorsque cet accès permet de connaître des informations classifiées qui y sont contenues ou de modifier les dispositifs de protection de ces informations, s'il n'a fait au préalable l'objet d'une décision d'habilitation et s'il n'a besoin, selon l'appréciation de l'autorité responsable de l'emploi du système, d'y accéder pour l'exercice de sa fonction ou l'accomplissement de sa mission. »