

Paris, le 5 juillet 2019

Décision du Défenseur des droits n° 2019-151

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 la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le code du travail ;

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Saisi par Monsieur X d'une réclamation relative au refus d'attribution d'une prime par son employeur, la société Y, qu'il estime discriminatoire en raison de son âge ;

Recommande à la société Y de se rapprocher du réclamant en vue de réparer son préjudice ;

Recommande à la société Y de supprimer la condition d'âge fixée à 60 ans pour le bénéfice de la prime de 48 ans d'ancienneté en ce qu'elle ne poursuit pas un objectif licite ;

Demande à être tenu informé des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

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

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative au refus d'attribution d'une prime de grande ancienneté par son employeur, la société Y, qu'il estime discriminatoire en raison de son âge.

RAPPEL DES FAITS :

2. Le 1^{er} juillet 1965, Monsieur X a été embauché sous contrat à durée indéterminée par la société Y en qualité de « chargé de renfort commercial ».
3. Un accord d'entreprise du 3 février 1997, complété par deux avenants des 19 mai 1998 et 10 mai 1999, prévoit l'attribution de gratifications pour ancienneté de service au titre de 43 et 48 années de service. Le montant de la gratification des 48 ans s'élève à 2,241 mois de salaire.
4. En 2005, Monsieur X bénéficie du versement anticipé de cette gratification au titre de ses 43 années de service accomplies le 30 juin 2008, date à laquelle, en étant né le 30 juin 1948, il a atteint l'âge de 60 ans.
5. En 2013, Monsieur X sollicite le bénéfice de la gratification au titre de ses 48 années de service, accomplies le 30 juin 2013.
6. Mais, ayant atteint à cette date l'âge de 65 ans, la société Y lui refuse le versement de la prime en raison de son âge.
7. En effet, un premier « guide à destination des collaborateurs » a été diffusé en mai 2010 pour préciser les règles d'attribution de la gratification pour ancienneté de service. Il indique que la gratification au titre des 43 ou 48 années de service serait attribuée si ces paliers étaient atteints avant l'âge de 65 ans.
8. Mais un second « guide à destination des collaborateurs » a remplacé le premier en janvier 2012. Il reprend les termes de l'accord du 3 février 1997 et réintroduit la limite d'âge initiale de 60 ans pour la gratification versée au titre des 43 et 48 années d'ancienneté.
9. Par un courriel du 10 juin 2016, Monsieur X a contacté Monsieur Z, le référent discrimination pour le Groupe de la société Y, en vue d'une dernière négociation. Ce dernier lui a répondu, par courriel du 16 août 2016, que le « *non-versement de gratification respecte strictement l'application de la procédure* » et qu'ayant eu 60 ans le 30 juin 2008 et 48 ans d'ancienneté dans le groupe le 1^{er} juillet 2013, soit après son soixantième anniversaire, il ne pouvait pas en bénéficier.

ENQUETE :

10. Le Défenseur des droits a sollicité de la part de la société Y un certain nombre de pièces et de justifications aux fins d'instruire la réclamation de Monsieur X.
11. La société Y a répondu en contestant l'existence de toute discrimination en raison de l'âge au préjudice de ses collaborateurs pour l'attribution de la prime d'ancienneté. Elle explique que cette limite d'âge répond à un objectif légitime qui est de tenir compte « *d'une embauche à un âge où d'autres continuent leur études* » et de récompenser la fidélité à l'entreprise pendant une carrière particulièrement longue.

12. Le Défenseur des droits a adressé à la société Y une note récapitulant son analyse du dossier et l'a invitée à formuler des observations. Cette note a en effet pour objet de permettre à la société mise en cause d'apporter des justifications, voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits avant qu'il ne statue.
13. En réponse, la société Y maintient son analyse et se prévaut des années de bonification d'ancienneté dont ont pu bénéficier les salariés travaillant dans les collectivités d'outre-mer pour justifier la pertinence de son système de gratification.

CADRE JURIDIQUE :

14. L'article L. 1132-1 du code du travail définit le principe de non-discrimination dans les relations professionnelles en vertu duquel aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération et de mesures d'intéressement, en raison de son âge.
15. Aux fins de définir la discrimination prohibée, ce texte renvoie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, aux termes duquel « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [...] son âge [...] une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* » (al. 1^{er}).
16. Il est également prévu que « *La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* » (al. 2).
17. L'article L. 1133-1 du code du travail 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.
18. 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).
19. 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).
20. Lorsqu'une limite d'âge conditionnant le bénéfice d'un droit est prévue par un accord collectif, comme un accord d'entreprise, il convient d'en vérifier la licéité conformément à l'article L. 2251-1 du code du travail.

Si la jurisprudence accorde une présomption de licéité aux conventions et accords collectifs même lorsqu'ils accordent un avantage à certaines catégories de salariés, le demandeur peut en toute circonstance apporter la preuve de son illégalité (Cass.soc. 1^{er} juillet 2009 n° 07-42675 ; Cass.soc. 27 janvier 2015, n°13-22179).

21. En outre, la cour de cassation a explicitement décidé dans des affaires relatives à l'octroi de la médaille du travail, qu'un employeur ne peut pas se prévaloir de l'« *effet globalement plus favorable* » d'un accord collectif pour l'ensemble des salariés, dès lors que celui-ci a des conséquences discriminatoires à l'égard de certains (Cass. soc. 5 mai 2017, pourvoi n° 15-19.449 ; Cass. soc., 17 janvier 2018, n° 16-19949).
22. Dans ce cas, les stipulations qui introduisent une discrimination encourent la nullité et doivent être écartées en application de l'article L. 1134-5 du code du travail selon lequel « *toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance [du principe de non-discrimination dans les relations professionnelles] est nul* ».
23. La Cour de justice renvoie également régulièrement à la nécessité d'écartier les stipulations des conventions collectives comportant des clauses discriminatoires ou ayant des effets discriminatoires. Elle insiste sur le fait que les accords collectifs conclus par les partenaires sociaux doivent respecter le principe de non-discrimination protégeant un droit fondamental visé par les conventions internationales et les principes généraux du droit, à l'instar des lois nationales des Etats membres (v. not., CJCE, 30 janvier 1985, Demark, 143/83 ; CJCE, 7 février 1992, Nimz, C-184/89 ; CJCE, 29 janvier 1993, Enderby, C 127/92 ; CJUE, 13 septembre 2011, Prigge, C-184/89 ; CJUE, 12 décembre 2013, Hay, C-447/09).
24. L'article L. 1134-1 du code du travail précise le principe d'aménagement de la charge de la preuve applicable en disposant, sur le modèle de la directive n°2000/78/CE du 27 novembre 2000 précitée (art. 4), que lorsqu'un salarié présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il appartient au défendeur, c'est-à-dire à l'employeur, de démontrer le caractère objectif et étranger à toute discrimination de ses décisions.
25. Enfin, la Cour de cassation a récemment précisé que, dans les domaines où le droit de l'Union est mis en œuvre, à l'instar du droit de la non-discrimination, il ne saurait y avoir de présomption générale de justification des différences de traitements opérée par voie de convention ou d'accords collectifs, la charge de la preuve de la licéité de la convention ou de l'accord reposant sur l'employeur (Cass. soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-111970).

ANALYSE JURIDIQUE :

26. En l'espèce, la société Y a refusé de verser à Monsieur X la prime pour avoir acquis 48 ans d'ancienneté au motif qu'il avait, à ce moment-là, plus de 60 ans, plafond au-delà duquel il n'est pas possible de la percevoir.
27. Dans ses courriers de réponse au Défenseur des droits, la société Y estime que ce refus ne saurait être qualifié de discriminatoire dès lors qu'il repose sur un objectif légitime.
28. Celui-ci serait de « *tenir compte des contraintes résultant d'une embauche à un âge où d'autres continuent leur études* » et de récompenser la fidélité à l'entreprise pendant une carrière particulièrement longue.
29. Pour la société Y, cet objectif correspond aux conditions auxquelles une différence de traitement fondée est licite en ce qu'elle constituerait un moyen nécessaire et approprié pour l'atteindre. Elle soutient en effet qu'il « *ne peut être atteint qu'en tenant compte de leur âge au moment de l'embauche, tel qu'il peut résulter de leur ancienneté à un âge précis, en l'espèce 60 ans* ».

30. La société Y ajoute que l'objectif de la limite d'âge pour percevoir la prime d'ancienneté est d'autant plus légitime qu'il correspond à celui poursuivi par les dispositions du code de la sécurité sociale, dont l'article D. 351-1-1, permet aux salariés ayant débuté jeunes leur activité professionnelle et ayant eu une carrière longue de liquider leur retraite plus tôt.
31. Enfin, la société Y produit un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 14 septembre 2017 (RG n° 14/07600) portant sur la gratification d'ancienneté au titre des 48 ans prévus par l'accord d'entreprise de la société Y. Dans cet arrêt, la Cour juge que malgré une présomption de discrimination à raison de l'âge, la société justifie d'un but légitime réalisé par le biais de moyens nécessaires et appropriés et prouve ainsi l'absence de discrimination.
32. Le Défenseur des droits observe cependant que cette décision porte sur la limite d'âge telle qu'elle était fixée dans le premier « guide à destination des collaborateurs » de mai 2010, c'est-à-dire 65 ans.
33. La cour fonde expressément sa décision sur le premier guide : « *En l'espèce, aux termes d'une circulaire du mois de mai 2010, la société Y s'est engagée de façon unilatérale à octroyer à ses salariés des gratifications pour ancienneté de service au titre des 43 et 48 années de service à la condition que ces paliers soient atteints avant l'âge de 65 ans ».*
34. C'est donc par rapport à une limite d'âge fixée à 65 ans que la Cour se prononce. Pour juger que la société Y « *justifie d'un but légitime réalisé par le biais de moyens appropriés et nécessaires et prouve l'absence de discrimination* » lorsqu'elle fait valoir que « *la gratification en cause a pour objet de récompenser les salariés qui ont commencé leur carrière avant l'âge de 17 ans et qui sont restés fidèles à leur employeur jusqu'à 65 ans et ajoute à juste titre que ce double objectif légitime ne peut être atteint qu'en tenant compte de l'âge de ces salariés au moment de l'embauche, tel qu'il peut résulter de leur ancienneté à un âge précis, en l'espèce 65 ans* ».
35. Pour le Défenseur des droits, ce raisonnement validant la différence de traitement faite sur l'âge pour octroyer une prime d'ancienneté aux salariés ayant 43 ou 48 ans d'ancienneté avant leurs 65 ans, ne saurait être tenu pour celle créée par la limite d'âge fixée, depuis le mois de janvier 2012, à 60 ans.
36. C'est en effet sur le fondement du « guide à destination des collaborateurs » de janvier 2012, abaissant la limite d'âge pour percevoir la prime à 60 ans, que Monsieur X s'est vu refuser son bénéfice.
37. Or, il ne saurait être pertinent de soutenir que cette nouvelle limite d'âge « *a pour objet de récompenser les salariés qui ont commencé leur carrière avant l'âge de 17 ans et qui sont restés fidèles à leur employeur jusqu'à [60 ans] » et que pour cela, il est tenu compte de « *l'âge de ces salariés au moment de l'embauche, tel qu'il peut résulter de leur ancienneté à un âge précis* », soit 60 ans.*
38. Pour cause, mathématiquement, pour valoriser financièrement, en 2012, 48 ans d'ancienneté avant l'âge de 60 ans, il faut prendre en compte un âge d'embauche qui est de 12 ans, soit un âge auquel il est illicite de faire travailler une personne ¹.

¹ Pour avoir 60 an en 2012 et avoir travaillé 48 ans, il faut être né en 1952 et donc avoir été embauché en 1964 à 12 ans.

39. Il est en effet interdit d'embaucher une personne de moins de 14 ans depuis le 29 avril 1939, date à laquelle la France a ratifié la convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 33 concernant l'âge d'admission des enfants aux travaux industriels.
40. Aujourd'hui, le code du travail dispose à l'article L. 4153-1 du code du travail qu'« *il est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans* ».
41. Le fait, pour la société Y, d'instaurer par accord une prime gratifiant 48 ans d'ancienneté avant que le salarié ait atteint l'âge de 60 ans, revient donc à lui assigner l'objectif de récompenser ceux qui ont commencé leur carrière avant 14 ans, ce qui rend ce but illicite.
42. La limite d'âge abaissée à 60 ans dans le second « *guide à destination des collaborateurs* » ne saurait donc constituer un objectif légitime. Illicite, cet objectif rend impossible la condition pourtant neutre de 48 années d'ancienneté pour percevoir la gratification.
43. Pour écarter cette analyse, la société Y argue du fait que « *le critère de 48 ans d'ancienneté qui pourrait à première vue paraître octroyer un avantage difficile à obtenir avec un début de carrière à 12 ans doit se comprendre au regard d'un autre régime ancien qui concernait les expatriés et qui n'existe plus aujourd'hui. Il s'agissait du régime de la réduction d'ancienneté qui s'appliquait aux collaborateurs envoyés à l'étranger ou dans les DOM TOM afin que ceux-ci bénéficient d'une réduction des limites d'ancienneté nécessaire à l'octroi d'avantages. L'ancienneté qui était requise pour atteindre les différents paliers était ainsi réduite du tiers du temps effectué* ».
44. Cet argument ne saurait cependant être pris en considération puisque la condition d'âge subsiste pour l'ensemble des salariés et qu'il est constant qu'un employeur ne pas se prévaloir de l'« *effet plus favorable* » d'un accord collectif à l'égard de certains salariés, dès lors que celui-ci a des conséquences discriminatoires à l'égard d'autres (Cass. soc. 5 mai 2017, pourvoi n° 15-19.449 ; Cass. soc., 17 janvier 2018, préc.).
45. Les conditions d'attribution de la prime pour 48 ans d'ancienneté demeurent donc en rendant impossible pour le salarié le fait de bénéficier de cette prime.
46. La société Y confirme d'ailleurs qu'aucun salarié n'a pu bénéficier au titre des 48 années de service depuis l'année 2013, soit après l'abaissement en 2012 de la condition d'âge maximal en 2012 de 65 à 60 ans.
47. Le Défenseur des droits constate donc que, dès lors qu'il est interdit par les articles L. 1132-1 et L1134-1 du code du travail de subordonner l'octroi d'un élément de rémunération, comme une prime exceptionnelle, à une condition d'âge, sans qu'elle soit licite et justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, l'accord d'entreprise du 3 février 1997, tel qu'il est précisé par le second « *guide du collaborateur* » de janvier 2012, introduit une discrimination directe en raison de l'âge.
48. La disposition subordonnant à l'âge de 60 ans l'octroi de la prime d'ancienneté pour 48 années de services accomplis doit donc être écartée.
49. En conséquence, et au vu de ce qui précède, après consultation du collègue compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, le Défenseur des droits :

- Constate que Monsieur X a fait l'objet d'une discrimination en raison de son âge en se voyant refusé l'octroi de la prime gratifiant 48 ans d'ancienneté au motif qu'il avait dépassé l'âge de 60 ans, en violation de l'article L. 1132-1 du code du travail ;
- Constate que le second « guide à destination des collaborateurs » caractérise une discrimination par injonction en ce qu'il abaisse la condition d'âge pour la perception de la prime gratifiant 48 ans d'ancienneté de 65 ans à 60 ans, ce qui rend cette condition de service impossible au profit d'une seule condition d'âge ne trouvant pas de justification licite ;
- Recommande à la société Y de se rapprocher du réclamant en vue de réparer son préjudice et de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
- Recommande à la société Y de supprimer la condition d'âge fixée à 60 ans pour le bénéficiaire de la prime de 48 ans d'ancienneté en ce qu'elle ne poursuit pas un objectif licite.

Jacques TOUBON