

Délibération n°2008-26 du 11 février 2008

Offre d'emploi – Banque - Condition d'âge - Moins de 26 ans – Contrat de professionnalisation –Exclusion des demandeurs d'emploi de plus de 26 ans –Offre et recrutement discriminatoires –Transaction.

Contrat de professionnalisation – Moins de 26 ans - Rémunération inférieure au SMIC – Politique de l'emploi - Objectif légitime - Moyens disproportionnés – Absence de condition objective – Mesure exclusivement fondée sur l'âge – Recommandation.

La réclamante allègue que sa candidature spontanée à un poste de chargé d'accueil dans une banque a été rejetée en raison de son âge (26 ans). Elle joint une offre d'emploi émanant de la même banque dont le libellé comporte une mention d'âge (moins de 26 ans).

Le caractère discriminatoire des recrutements opérés par la banque est confirmé par l'enquête. La haute autorité donne mandat au Président de proposer une transaction.

Au-delà du cas individuel de la réclamante, la banque justifie la limite d'âge mentionnée dans l'offre d'emploi par le fait que l'offre vise exclusivement un recrutement par contrat de professionnalisation lequel prévoirait une limite d'âge. Ce dispositif est ouvert aux jeunes de moins de 26 ans et aux demandeurs d'emploi de plus de 26 ans.

Enfin, l'examen du dispositif met en évidence qu'il permet aux employeurs de rémunérer les jeunes de moins de 26 ans à un salaire inférieur au SMIC. Si le contrat de professionnalisation poursuit un objectif légitime de favoriser l'embauche de jeunes en difficulté d'insertion professionnelle, les mesures salariales paraissent disproportionnées car elles sont exclusivement fondées sur le critère de l'âge, indépendamment de la situation personnelle des intéressés (qualification, expérience professionnelle, difficultés d'insertion professionnelle). Recommandation.

Le Collège :

Vu 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,

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment son article 19,

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Sur proposition du Président,

Décide :

Les faits :

1- La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 9 décembre 2005 d'une réclamation de Mademoiselle M. relative au rejet de sa candidature à un poste de guichet par une banque X. en raison de son âge (26 ans).

2- Titulaire d'un Brevet de professionnalisation Banque et justifiant d'une expérience de deux ans en qualité d'assistante commerciale dans une banque concurrente (pièce 1), elle a adressé sa candidature spontanée X..

3- Le 17 novembre 2005, la chargée de recrutement de la banque, lui aurait précisé que son âge allait poser un problème, indiquant qu'au-delà de 25 ans, son entreprise ne signait plus ni de CDD ni de CDI. Le 24 novembre 2005, la requérante a reçu un courrier lui précisant que sa candidature n'était pas retenue.

4- Par courrier du 24 février 2006, la réclamante a joint à la haute autorité une offre d'emploi émanant de la même banque diffusée le 8 janvier 2006 dans un quotidien de la presse régionale et dont le libellé indique « nous recherchons pour ces postes en CDI, des diplômés Bac+2/3 à fort potentiel commercial avec ou sans 1^{ère} expérience, âgés de moins de 26 ans » (pièce 2). Les postes visés sont ceux de chargé clientèle débutant.

5- Un courrier a été adressé le 6 octobre 2006 au responsable des ressources humaines de la banque X., afin d'obtenir des précisions sur le rejet de la candidature de la réclamante, les recrutements réalisés aux postes de conseiller clientèle et de chargé clientèle depuis septembre 2005 ainsi que sur le libellé de l'offre d'emploi.

L'enquête :

6- Il ressort du courrier de réponse adressé par la banque X. en date du 3 novembre 2006, qu'aucun élément précis relatif au rejet de la candidature de Mademoiselle M. du 24 novembre 2005 n'est apporté. Il est simplement indiqué que « sa candidature n'a pas été retenue ». La banque X. ajoute que l'intéressée ne s'est pas présentée à une convocation du 18 janvier 2006 ce qui est interprété par la banque comme un désistement de sa part.

7- S'agissant du critère d'âge mentionné dans le libellé de l'annonce, la banque X. joint pour seule réponse copie de l'Accord sur la Formation tout au long de la vie dans les Banques qui, selon elle, « (article 25-2) spécifie la limite d'âge pour les contrats de professionnalisation à durée indéterminée, étant précisé que tous les recrutements par la banque de conseillers de clientèles ou de chargés de service clients s'effectuent sous cette forme ».

8- Elle justifie la limite d'âge supérieure mentionnée dans l'offre d'emploi (âgés de moins de 26 ans) par le fait que le recrutement de conseillers de clientèles ou de chargés de service clients s'effectue exclusivement par contrat de professionnalisation, lequel autoriserait une limite d'âge supérieure en application de l'article 25-2 de l'Accord précité.

9- L'enquête de la haute autorité démontre que toutes les personnes embauchées aux postes de conseillers de clientèles ou de chargés de service clients depuis septembre 2005 (27 au total), l'ont été dans le cadre d'un contrat de professionnalisation et qu'elles ont toutes moins de 26 ans, sauf une âgée de 27 ans.

10- Cinq justifient d'un diplôme Bac +3 reconnu par l'Accord sur les formations tout au long de la vie dans les banques (BTS banque option « marché des particuliers », Licence professionnelle de Banque...).

11- Le contrat de professionnalisation peut se conclure alors même que la personne justifie d'une qualification reconnue par la branche professionnelle et qu'elle ne rencontre pas de difficulté à s'insérer professionnellement.

Le droit applicable

12- Aux termes de son article 1^{er}, la directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 « a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur [...] l'âge, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre dans les Etats membres, le principe de l'égalité de traitement. ».

13- Après avoir défini, à l'article 2, paragraphe 2, la notion de discrimination, la directive prévoit en son article 6, paragraphe 1 :
« Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les Etats membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des politiques de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre :

- a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes et les travailleurs âgés et ceux des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection ; [...]

Discussion

14- L'article 25-2 relatif aux publics pouvant bénéficier d'une action de professionnalisation de l'Accord sur la Formation tout au long de la vie dans les Banques prévoit que « l'action de professionnalisation contrats de professionnalisation est ouverte aux jeunes de moins de 26 ans » et « également accessible aux demandeurs d'emploi de plus de 26 ans ».

15- Cet article est la déclinaison au niveau de la branche professionnelle de l'article L. 981-1 du code du travail relatif au contrat de professionnalisation, instauré par la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

16- L'article L. 981-1 du code du travail dispose que « les personnes âgées de seize à vingt-cinq ans révolus peuvent compléter leur formation initiale dans le cadre d'un contrat de professionnalisation. Le contrat de professionnalisation est également ouvert aux demandeurs d'emploi âgés de vingt-six ans et plus. Ces contrats de professionnalisation ont pour objet de permettre à leur bénéficiaire d'acquérir une des qualifications prévues à l'article L. 900-3 du code du travail et de favoriser leur insertion ou leur réinsertion professionnelle ».

17- Interrogée par la haute autorité, la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle indique à cet égard que « le contrat de professionnalisation est ouvert sans discrimination d'âge à partir de 16 ans », soulignant qu'il « est donc ouvert à l'ensemble du public, jeune et adulte, de façon plus large et plus souple que le dispositif antérieur ».

18- L'administration précise que « seules les dispositions salariales minimum diffèrent ». Pour les personnes âgées de 16 à 25 ans révolus, l'article L. 981-5 du code du travail, prévoit que sauf disposition conventionnelle ou contractuelle plus favorable, la rémunération est calculée en fonction du salaire minimum de croissance (SMIC) à raison de leur âge et de leur niveau de formation (qualification inférieure au bac pro entre 55% et 70% du SMIC, et supérieure au bac pro entre 65% et 80 % du SMIC). Pour les demandeurs d'emploi âgés de 26 ans et plus, la rémunération, sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables, ne peut être inférieure au SMIC ni à 85% de la rémunération minimale prévue par les dispositions de la convention ou de l'accord collectif de branche dont relève l'entreprise.

19- A cet égard, la délégation générale à l'emploi souligne que « le contrat de professionnalisation est un outil de politique de l'emploi, destiné à corriger des inégalités d'accès au marché du travail. Les pouvoirs publics ont décidé de favoriser l'embauche en contrat de professionnalisation de deux publics fragilisés dans leur accès à l'emploi : les jeunes âgés de 16 à 26 ans et les demandeurs d'emploi âgés de 45 et plus. Leur embauche fait bénéficier l'employeur de l'exonération des cotisations sociales au titre des assurances sociales et des allocations familiales ».

20- L'équivalent de l'article L. 981-5 du code du travail est l'article 25-4 sur les rémunérations dans l'Accord des Banques précité.

a) Sur la pratique de la banque X.

21- Il ressort donc de l'examen du dispositif instaurant le contrat de professionnalisation que dès lors que les candidats remplissent les conditions de l'article L. 981 du code du travail, à savoir être âgé de moins de 26 ans ou être demandeur d'emploi de plus de 26 ans, le contrat de professionnalisation peut être conclu.

22- Certes, la loi tout comme l'accord de branche, visent des tranches d'âge dans le cadre de la mise en œuvre des contrats de professionnalisation. Pour autant, ils ne fixent pas de limite d'âge supérieure quant à l'accès à ces contrats.

23- S'il existe des mesures incitatives mises en place pour favoriser l'embauche en contrat de professionnalisation des jeunes de moins de 26 ans, et des demandeurs d'emploi de plus de 45 ans, considérés comme des publics particulièrement fragilisés, elles n'autorisent pas l'exclusion à raison de l'âge des autres publics visés par le contrat de professionnalisation.

24- La priorité absolue accordée à l'embauche aux jeunes de moins de 26 ans par la banque X. ne saurait donc justifier à elle seule, que soient écartées en raison de leur âge, les autres catégories de personnes visées par le contrat de professionnalisation.

25- La rédaction de l'offre d'emploi comme le recrutement réalisés par la banque X. aux postes de chargés de service clients et de conseillers clientèle mettent clairement en évidence que la banque procède d'emblée et de manière systématique à l'exclusion de tous les candidats âgés de plus de 26 ans. La pratique de recrutement de la banque X. paraît donc discriminatoire.

26- En outre, en ne procédant à ces recrutements que par contrat de professionnalisation, ouvrant droit au bénéfice d'exonérations de charges patronales, et permettant une rémunération des salariés à un niveau inférieur au SMIC (sauf disposition conventionnelle

plus favorable), elle exclut de l'accès à ces emplois toutes les personnes susceptibles, par leur qualification reconnue, d'être recrutées dans le cadre d'un contrat de travail dit « classique ».

b) – Sur la compatibilité du contrat de professionnalisation avec les exigences de la directive 2000/78/CE

27- Dans le cadre du contrat de professionnalisation, la rémunération versée au salarié peut être inférieure au SMIC (sauf disposition conventionnelle plus favorable), s'il a moins de 26 ans.

28- Ainsi, cette réglementation impose, de manière directe, un traitement moins favorable aux jeunes ayant moins de 26 ans par rapport à l'ensemble des autres publics. Il existe donc une différence de traitement fondée sur l'âge.

29- La question qui se pose est celle de savoir si cette réglementation, conformément à l'article 6§1 de la directive 2000/78, poursuit bien un objectif légitime et dans l'affirmative si les mesures pour atteindre cet objectif sont « appropriées et nécessaires ».

30- La CJCE a eu l'occasion de se prononcer à deux reprises sur le principe de non discrimination à raison de l'âge.

31- Dans l'arrêt MANGOLD du 22 novembre 2005 (aff. C-144/04), la Cour de justice des communautés européennes a considéré que l'article 6 de la directive 2000/78/CE, et plus généralement le principe de non discrimination, s'oppose à une disposition légale sur le travail à temps partiel et à durée indéterminée qui admet la possibilité de conclure sans restrictions des contrats de travail à durée déterminée avec des personnes âgées de 52 ans et plus.

32- La Cour s'est également fondée sur le principe général d'égalité qui lie les Etats membres « lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires ». A cet égard, elle a rappelé que selon ce principe, il est interdit de « traiter des situations comparables de manière différente et [...] des situations différentes de manière égale, à moins qu'un tel traitement soit objectivement justifié » par la poursuite d'une finalité légitime et pourvu qu'il soit approprié et nécessaire.

33- Selon la Cour de justice, si l'objectif de favoriser l'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage peut justifier « objectivement et raisonnablement » une différence de traitement fondée sur l'âge, dans la mesure où ces derniers se heurtent à des difficultés importantes pour retrouver un emploi, elle considère que les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif vont au-delà de ce qui est approprié et nécessaire.

34- En effet, l'application de cette législation aboutissait à une situation dans laquelle tous les travailleurs âgés de 52 ans, même ceux qui n'étaient pas au chômage ou qui ne l'avaient été que pour une courte durée, pouvaient se faire engager au moyen d'un contrat de travail à durée déterminée, susceptible d'être reconduit un nombre indéfini de fois avant l'âge de la retraite.

35- La Cour a ainsi décidé que la fixation d'un seuil d'âge, indépendamment de toute considération liée à la structure du marché du travail et à la situation personnelle de l'intéressé, ne respectait pas le principe de l'égalité de traitement.

36- Dans un Arrêt FELIX PALACIOS DE LA VILLA du 16 octobre 2007, la CJCE a eu à connaître d'une réglementation espagnole qui validait les clauses de mise à la retraite d'office figurant dans des conventions collectives. Ces clauses exigent comme seules conditions, que le travailleur ait atteint la limite d'âge (65 ans) pour l'admission à la retraite et remplisse les autres critères en matière de sécurité sociale pour avoir droit à une pension de retraite de type contributif.

37- Selon, la Cour une réglementation nationale de ce type doit être considérée comme imposant de manière directe, un traitement moins favorable aux travailleurs ayant atteint cet âge par rapport à l'ensemble des autres personnes en activité. Une telle réglementation instaure dès lors une différence de traitement directement fondée sur l'âge.

38- Elle souligne que la réglementation espagnole a été adoptée à l'instigation des partenaires sociaux dans le cadre d'une politique nationale visant à promouvoir l'accès à un emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations. Selon la Cour, le fait que cette réglementation ne fasse pas formellement référence à un objectif de cette nature n'exclut pas automatiquement que celle-ci puisse être justifiée. Elle déduit de divers éléments du contexte que la réglementation vise à réguler le marché du travail, notamment aux fins d'enrayer le chômage. La première condition, pour que la différence de traitement ne soit pas considérée comme discriminatoire (être « objectivement et raisonnablement justifiée » dans le cadre du droit national), est donc remplie.

39- La Cour poursuit en examinant si les mesures prises (mise à la retraite d'office) pour atteindre l'objectif poursuivi sont « appropriées et nécessaires ». C'est la seconde condition. Sur ce point également, la Cour estime que la réglementation n'est pas contraire au droit communautaire car « il n'apparaît pas déraisonnable pour les autorités d'un Etat membre d'estimer qu'une mesure telle que celle mise en cause au principal puisse être appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif légitime invoqué dans le cadre de la politique nationale de l'emploi et consistant à promouvoir le plein emploi en favorisant l'accès au marché du travail.

40- En outre, cette mesure ne saurait être regardée, selon la Cour, comme portant une atteinte excessive aux prétentions légitimes des travailleurs mis à la retraite d'office du fait qu'ils ont atteint la limite d'âge prévue, lorsque la réglementation nationale pertinente ne se fonde pas seulement sur un âge déterminé, mais prend également en considération la circonstance que les intéressés bénéficient au terme de leur carrière professionnelle d'une compensation financière au moyen de l'octroi d'une pension de retraite, telle que celle prévue par le régime espagnol, dont le niveau ne saurait être considéré comme déraisonnable.

41- En l'espèce, l'objectif du contrat de professionnalisation de favoriser notamment l'embauche des jeunes âgés de 16 à 26 ans particulièrement fragilisés dans l'accès à l'emploi, en leur permettant d'acquérir une qualification, paraît poursuivre un objectif légitime.

42- En revanche, les moyens utilisés pour parvenir à cet objectif ne semblent pas appropriés et nécessaires.

43- La possibilité de rémunérer les salariés à un niveau inférieur au SMIC, salaire horaire en dessous duquel il est, en principe, interdit de rémunérer un salarié, paraît porter une atteinte excessive aux prétentions légitimes des travailleurs de moins de 26 ans, d'autant qu'elle ne se fonde que sur l'âge déterminé, indépendamment de la situation personnelle des intéressés en

termes de niveau de formation, d'expérience professionnelle et de difficultés d'insertion professionnelle.

44- En effet, l'absence de condition objective à la conclusion du contrat de professionnalisation conduit à traiter de la même manière des personnes placées dans des situations différentes (celles ayant une qualification reconnue et ne rencontrant pas de difficulté d'insertion, celles ayant un diplôme reconnu mais rencontrant des difficultés d'insertion professionnelle, celles en cours d'acquisition d'un diplôme et celles sorties du système éducatif sans qualification professionnelle reconnue et demandeurs d'emploi).

45- L'absence de précision quant au niveau supérieur de diplôme au-delà duquel le contrat de professionnalisation n'a pas vocation à être utilisé, permet aux employeurs de proposer ces contrats à des jeunes disposant de diplômes supérieurs reconnus et de les rémunérer à des salaires inférieurs à ceux auxquels ils pourraient prétendre.

46- En outre, le fait que le dispositif instaurant le contrat de professionnalisation prévoit la possibilité de conclure deux contrats de professionnalisation successifs avec deux employeurs différents ou de conclure avec le même employeur un contrat de professionnalisation en CDI après un premier contrat de professionnalisation en CDD, susceptible d'exclure pendant 4 ans, les jeunes de 16 à 26 ans d'une rémunération égale ou supérieure au salaire minimum de croissance (SMIC), paraît disproportionnée.

47- Il apparaît que les dispositions relatives à la mise en œuvre du contrat de professionnalisation vont au delà de ce qui est nécessaire pour favoriser l'insertion professionnelle des jeunes de moins de 26 ans, en particulier parce qu'elles ne permettent pas d'atteindre les publics cibles, parmi les moins de 26 ans, qui ont vocation à bénéficier de ce type de contrat pour s'insérer professionnellement, à savoir les jeunes sans diplôme ou peu diplômés et/ou demandeurs d'emploi.

48- Cette réglementation donne lieu à une véritable discrimination fondée sur l'âge contraire à l'article 6 de la directive 2000/78/CE et plus généralement au principe général de non-discrimination.

Conclusion :

49- Compte tenu de ce qui précède, le Collège de la haute autorité constate que la pratique de la banque X. entre dans le champ d'application de l'article 225-2 du code pénal qui prohibe la discrimination lorsqu'elle consiste à refuser d'embaucher une personne sur le fondement de l'un des critères visés par l'article 225-1 du même code et donne mandat au Président pour engager une transaction en application de l'article D.1-1 du code de procédure pénale.

50- Le Collège recommande au ministre de l'Economie, des Finances et de l'Emploi et au ministre du Travail, des Relations Sociales et de la Solidarité de modifier le dispositif instaurant le contrat de professionnalisation à l'égard des moins de 26 ans, de telle sorte que les conditions de mise en œuvre du contrat de professionnalisation soient fondées sur des critères liés à leur niveau de qualification et à leur expérience professionnelle, en tenant compte de leurs difficultés d'intégration sur le marché du travail, permettant ainsi une définition claire du public cible, de manière à cesser le recours systématique au contrat de professionnalisation, en fonction du seul critère de l'âge.

51- Le Collège de la haute autorité recommande également aux ministres de veiller à ce que tout dispositif d'accompagnement vers l'emploi des jeunes, prévoie des conditions restrictives, de manière à ce qu'il ne permette pas une discrimination en matière de rémunération.

52- Le Collège souligne que si le contrat de professionnalisation constitue un outil de politique de l'emploi pertinent au regard des inégalités d'accès au marché du travail de certains publics fragilisés, les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas appropriées. Un dispositif d'aide à l'emploi, dont la finalité est par principe légitime, doit être soumis à des conditions strictes d'application de manière à éviter d'éventuels détournements de la procédure.

53- Le Collège décide de fixer un délai de quatre mois aux ministres concernés pour rendre compte des suites données à cette recommandation.

Le Président

Louis SCHWEITZER