**Est discriminatoire le refus d’embaucher une femme au motif qu’elle peut être absente pour maternité**

Une candidate à un emploi, après avoir passé un entretien d’embauche et une matinée d’observation au sein d’une entreprise, s’est vue opposer un refus d’embauche au profit d’une autre candidate au motif que cette dernière était plus âgée et qu’elle ne « risquait » donc pas d’avoir d’enfants et de s’arrêter.

Le gérant a signifié sa décision à la candidate non retenue, au moyen d’un message téléphonique vocal dont le contenu était le suivant :

« Bonjour Madame X, Madame Y, établissement Y.
Je t’appelle parce que malheureusement le choix a été très très compliqué pour nous deux, enfin pour vous deux, puisque que vous étiez toutes les deux avec les mêmes qualités et les mêmes défauts, si je puis dire.
On a malheureusement tranché en faveur de l’autre candidate puisqu’on a réfléchi, après, nous, d’un point de vue personnel, et c’est une dame qui a un âge plus avancé et qui n’aura pas besoin d’enfants, qui n’aura pas forcément besoin de s’arrêter, et donc, ben on a dû faire un choix et on s’est arrêté, on s’est arrêté, là-dessus, donc, malheureusement, on va prendre l’autre candidate.
Maintenant, si jamais celle-ci ne convient pas durant la période d’essai, on se permettra de pouvoir te rappeler si tu n’es pas en poste et si tu seras toujours intéressée à ce moment-là.
Je te souhaite une bonne continuation et pleins de bonnes choses.
Au revoir Madame X ».

La candidate éconduite a saisi le Défenseur des droits d’une réclamation.

Un message téléphonique vocal étant une preuve recevable, son authenticité et son contenu ont été constatés et consignés sur procès-verbal par un juriste du Défenseur des droits assermenté et spécialement habilité par le procureur de la République à constater les délits de discrimination.

Le Défenseur des droits a constaté que la réclamante avait été victime d’un refus d’embauche discriminatoire en raison de son âge, de son sexe et de sa situation de famille.

* **Que prévoit le code du travail ?**

[L’article L1132-1 du code du travail](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000034110504&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180726&fastPos=1&fastReqId=1276582664&oldAction=rechCodeArticle) précise qu’aucune personne ne peut être écartée d’une procédure de recrutement en raison notamment de son âge, de son sexe, de sa situation de famille ou de sa grossesse.

Cet article renvoie à l’article 1er de 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, qui définit la discrimination comme « la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d’autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s’exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, 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. »

Par exception, il est possible de pratiquer une différence de traitement, lorsque celle-ci répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l’objectif soit légitime et l’exigence proportionnée ([article L1133-1 du code du travail](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=C6CB8FE7D0BB9F339381C08BA8309C42.tplgfr34s_1?idArticle=LEGIARTI000018881575&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180726&categorieLien=id&oldAction=rechCodeArticle&nbResultRech=)).

De même, [l’article L1142-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=C6CB8FE7D0BB9F339381C08BA8309C42.tplgfr34s_1?idArticle=LEGIARTI000006900801&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180726&categorieLien=id&oldAction=rechCodeArticle)  du code du travail précise que nul [2°] ne peut refuser d’embaucher une personne (…) en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse ».

Enfin, [l’article L 1142-2](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=C6CB8FE7D0BB9F339381C08BA8309C42.tplgfr34s_1?idArticle=LEGIARTI000018881599&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180726&categorieLien=id&oldAction=rechCodeArticle&nbResultRech=) prévoit que « lorsque l’appartenance à l’un ou l’autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l’objectif soit légitime et l’exigence proportionnée, les interdictions prévues à l’article [L. 1142-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006900801&dateTexte=&categorieLien=cid) ne sont pas applicables ».

* **Une discrimination pénalement répréhensible**

En plus de ces interdictions civiles de discriminer, il existe une interdiction pénale.

[L’article L 1146-1 du code du travail](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=C6CB8FE7D0BB9F339381C08BA8309C42.tplgfr34s_1?idArticle=LEGIARTI000006900814&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180726&categorieLien=id&oldAction=rechCodeArticle&nbResultRech=) dispose en effet que le fait de méconnaître l’interdiction du refus d’embauche motivé par le sexe et/ou l’état de grossesse est puni d’un an d’emprisonnement et d’une amende de 3 750 euros.

D’autre part, l’article 225-1 du code pénal définit la discrimination comme « toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison […] de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse [ou] de leur âge […] ».

En vertu de l’article 225-2 3° du même code, le délit de discrimination à l’embauche, caractérisé par le refus intentionnel d’embaucher une personne notamment en raison de son sexe, de son âge, de sa situation de famille, de sa grossesse, peut important qu’ils soient vrais ou supposés, est puni de 3 ans d’emprisonnement et 45 000 euros d’amende.

En application de l’article 131-38 du code pénal, cette peine est portée à 225 000 euros d’amende lorsqu’elle est infligée à une personne morale. Cette dernière encourt aussi les peines complémentaires prévues par l’article 131-39 du code pénal, dont une peine d’affichage.

Il est également précisé dans à l’article 225-3 3° du code pénal que le délit de discrimination n’est pas constitué lorsqu’« en matière d’embauche, sur le sexe, la grossesse, l’âge […] constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l’objectif soit légitime et l’exigence proportionnée ».

Enfin, lorsqu’elle est démontrée, la discrimination ouvre un droit à réparation au profit de la victime sur le fondement de l’article 1240 du code civil aux termes duquel « tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

* **En matière de discrimination, le régime de la preuve est aménagé :**

Ainsi, l[‘article L 1134-1 du code du travail](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000033461510&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180726&fastPos=1&fastReqId=1301034000&oldAction=rechCodeArticle) précise que lorsqu’un candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou un 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 toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles.

Ce régime probatoire est également rappelé par [l’article L 1144-1 du code du travail.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=C6CB8FE7D0BB9F339381C08BA8309C42.tplgfr34s_1?idArticle=LEGIARTI000006900811&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180726)

La décision du Défenseur des droits rappelle enfin que conformément à 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 [al. 1er]. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l’emploi proposé ou avec l’évaluation des aptitudes professionnelles [al. 2] ».

Ce principe de pertinence des informations recueillies aux fins d’assurer l’objectivité d’une procédure de recrutement est rappelé, s’agissant de l’interdiction de prendre en compte l’état de grossesse, à l’article L 1225-1 du code du travail.

Aux termes de ce texte, « l’employeur ne doit pas prendre en considération l’état de grossesse d’une femme pour refuser de l’embaucher […]. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l’état de grossesse de l’intéressée ».

* **La preuve par message téléphonique vocal constitue une preuve licite et recevable**

Il a en effet été jugé que « si l’enregistrement d’une conversation téléphonique privée, effectué à l’insu de l’auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n’en est pas de même de l’utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l’auteur ne peut ignorer qu’ils sont enregistrés par l’appareil récepteur » ([Cass. soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23738](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027052467&fastReqId=2119027740&fastPos=1" \t "_blank)).

* **La décision du Défenseur des droits**

La société a tenté, en vain de justifier sa décision d’écarter la candidate par le fait qu’elle manquait d’expérience dans le domaine commercial et administratif.

Cet argument est jugé non pertinent dès lors que la société affirmait dans son message téléphonique qu’elle avait les « mêmes qualités et les mêmes défauts » que l’autre candidate.

Le Défenseur des droits constate donc au regard du message vocal et de l’absence de justification objective présentée par la société Y, que le refus d’embauche opposé à Madame X constitue une discrimination en raison de son âge, de son sexe, de sa situation de famille et de son état de grossesse supposé ou du moins anticipé.

Il recommande à la société Y, de se rapprocher de la réclamante 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 et décide, à défaut d’accord dans ce cadre, de présenter ses observations devant la juridiction qui pourrait être saisie par la réclamante.

* **Le Défenseur des droits peut intervenir dans le procès prud’homal pour présenter des observations**

Le Défenseur des droits peut en effet intervenir devant toutes les juridictions nationales et européennes pour présenter son analyse du dossier. Il peut présenter des observations oralement ou par écrit à la demande d’une des parties, si un juge le sollicite pour bénéficier de son expertise, de sa propre initiative s’il estime que son intervention est utile, en particulier pour trancher une question de droit inédite, intervenir sur un sujet particulièrement sensible, ou encore déposer au dossier le produit de son enquête.

S’il demande  à présenter des observations écrites ou à être entendu par les juridictions ; dans ce cas, son audition est de droit ([article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023781167&dateTexte=&categorieLien=id#JORFARTI000023781236)).

Le Défenseur des droits intervient en toute indépendance et ne représente aucune des parties.

Source:  Blog de Maître Nathalie LAILLER

[Décision 2018-052 du 29 mai 2018](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17651)