



Paris, le 2 juillet 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-170

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 ;

Après consultation du Collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité.

Adopte la présente décision cadre au soutien des réclamantes s'estimant victimes d'une rupture de période d'essai en raison de leur état de grossesse.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Décision cadre concernant les ruptures de périodes d'essai en raison de l'état de grossesse

Malgré la précision du cadre juridique garantissant l'égalité entre les femmes et les hommes et la protection de la femme enceinte et en congé de maternité, les discriminations envers les femmes dans le monde du travail persistent. Le Parlement européen a estimé nécessaire d'adopter une résolution sur la stratégie de l'Union pour l'égalité entre les femmes et les hommes qui recommande à la Commission européenne « *d'élaborer et d'adopter une nouvelle stratégie distincte en faveur des droits des femmes et de l'égalité visant à offrir des opportunités égales (...) afin de mettre un terme à toutes les discriminations exercées contre les femmes sur le marché du travail* »¹.

Les études révèlent qu'alors même que la France est l'un des pays européens dans lequel il y a le plus d'enfants par femme, la grossesse reste un frein dans la vie professionnelle pour près d'une femme active sur deux ².

L'introduction du critère de l'état de grossesse dans la liste des critères de discrimination prohibés par la loi sur l'égalité des chances n° 2006-396 du 31 mars 2006 a permis aux femmes d'identifier plus facilement les difficultés auxquelles elles faisaient face au moment de leur grossesse comme étant constitutive d'une discrimination liée à la grossesse, en plus de constituer nécessairement une discrimination en raison du sexe.

Il ressort du bilan annuel d'activité du Défenseur des droits de l'année 2014, que les réclamations ayant comme critère le sexe et/ou l'état de grossesse représentent plus de 13% des réclamations qu'il reçoit en matière de discrimination.

Les réclamations traitées par le Défenseur des droits révèlent des situations récurrentes qui manifestent clairement les réticences du marché du travail à la gestion de la maternité et des droits qui y sont afférents.

C'est dans ce contexte que les femmes repoussent souvent l'annonce de leur grossesse de peur de la réaction de leurs supérieurs hiérarchiques.

Les femmes sont ainsi particulièrement exposées à la rupture de leur contrat de travail lorsqu'elles annoncent leur grossesse en cours de période d'essai, période de flexibilité dans la rupture, car bien que le contrat de travail soit signé, l'employeur est autorisé à le rompre au cours de cette période sans avoir à apporter de justification.

Toutefois, la période d'essai a pour objectif d'évaluer les compétences et les aptitudes professionnelles de la salariée. Cette faculté de rupture discrétionnaire du contrat de travail ne doit donc pas être détournée de sa finalité, qui est de mettre fin aux fonctions d'un salarié qui n'aurait pas les compétences requises, pour évincer la salariée enceinte.

Des dispositions juridiques protectrices encadrent strictement les conditions de rupture de la période d'essai qui ne sauraient permettre la discrimination fondée sur un critère interdit par la loi et notamment la grossesse.

La salariée qui s'estime victime d'une rupture de période d'essai discriminatoire suite à l'annonce de sa grossesse à son employeur doit apporter un certain nombre d'éléments de faits laissant présumer l'existence d'une discrimination en raison de la grossesse. Si l'employeur n'apporte pas de justifications objectives à la rupture de l'essai, notamment fondées sur des considérations d'ordre professionnel, la discrimination est établie et la rupture de l'essai encourt la nullité.

¹ Proposition de résolution du Parlement européen – 2014-2152 INI

² Sondage réalisé par l'Ifop pour le Défenseur des droits et l'Organisation internationale du travail, *7^e baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi. Focus « Egalité femmes/ hommes », févr. 2014.*

Il convient d'analyser en premier lieu les limites au droit de rompre le contrat de travail en cours de période d'essai (1) pour présenter ensuite le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en cas de rupture discriminatoire (2). Enfin, il s'agit d'insister sur les conséquences d'une rupture de l'essai discriminatoire en raison de la grossesse qui ne sauraient être que la nullité (3).

1. Le principe de non-discrimination, limite le droit de rompre le contrat de travail en cours de période d'essai :

a. L'objet de la période d'essai : apprécier les compétences professionnelles du salarié:

Selon les dispositions de l'article L.1221-20 du code du travail, la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent.

Pour la Cour de cassation, la période d'essai qui précède l'engagement définitif du salarié a notamment pour objet de permettre à l'employeur d'apprécier au mieux la qualification et l'aptitude professionnelle du salarié à occuper l'emploi auquel il est affecté (Cass. soc., 26 octobre 1999, n° 97-43.266).

La notion de compétences professionnelles et d'aptitude au poste ressort donc clairement de la définition de l'essai.

b. La liberté de rompre l'essai par l'employeur : un droit discrétionnaire strictement encadré et limité par le droit de la non-discrimination:

De manière générale, l'employeur peut mettre fin aux relations contractuelles avant la fin de l'essai sans avoir à se justifier. Toutefois ce droit discrétionnaire n'est pas une licence autorisant les abus (Cass. soc., 16 février 2005, n°02-43402). La rupture peut ainsi être considérée abusive si elle est fondée sur un motif sans relation avec l'appréciation des compétences professionnelles du salarié (Cass. soc., 10 avril 2013, pourvoi n° 11-24.794).

De même, l'employeur ne peut pas prendre en compte un critère discriminatoire, et notamment l'état de grossesse, pour décider de mettre fin à la période d'essai d'une salariée.

En effet, l'article L.1225-1 du Code du travail dispose que : « *L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai* ».

Le Défenseur des droits rappelle qu'une telle décision viole le principe général de non-discrimination exposé à l'article L. 1132-1 du code travail selon lequel aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en raison de son état de grossesse. *salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte.* »

La Cour de cassation a expressément affirmé que la rupture de la période d'essai doit reposer sur des motifs étrangers à toute discrimination, dès lors que l'article L.1132-1 du code du travail est applicable à la période d'essai (Cass. Soc. 16 février 2005, n°02-43402).

De plus, l'article L. 1142-1 du même code précise que « *nul ne peut résilier le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse* ». A défaut, la salariée subit un désavantage particulier en raison de sa grossesse par rapport à d'autres salariés n'ayant pas été dans cet état, ce qui caractérise une discrimination.

Ces textes résultent de la transposition du droit de l'Union européenne en matière de protection des femmes enceintes contre les discriminations.

La directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en matière d'emploi et de travail (JOUE, n° L 204, 26 juill. 2006) définit la discrimination directe, en son article 2, comme « *la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* ». Elle rappelle dans son considérant 23 qu'« *il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe* »³.

Ainsi, les dispositions spécifiques de la protection de la maternité sont complémentaires des dispositions générales interdisant les discriminations en raison de l'état de grossesse.

La rupture de la période d'essai fondée sur la grossesse relevant du régime juridique applicable aux discriminations définit par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 et le Code du travail, les salariées s'estimant victimes d'une rupture discriminatoire en cours de période d'essai, suite à l'annonce de leur grossesse, bénéficient de l'aménagement de la charge de la preuve issu des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail.

Le Défenseur des droits rappelle qu'il appartient à la salariée s'estimant victime d'une rupture de période d'essai discriminatoire en raison de son état de grossesse de présenter des éléments de faits laissant présumer cette discrimination. Au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur d'établir que cette décision de rompre l'essai est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

2. Les éléments de fait présentés par la salariée laissant présumer une rupture de période d'essai discriminatoire en raison de l'état de grossesse :

a. Une condition : Démontrer la connaissance par l'employeur de l'état de grossesse

Pour se prévaloir des dispositions de l'article L.1225-1 du travail, la salariée doit établir que son employeur avait connaissance de son état de grossesse avant de décider de mettre fin à son contrat de travail en cours de période d'essai.

En principe, selon l'article R.1225-1 du code du travail, elle doit adresser **un certificat de grossesse par courrier recommandé avec accusé de réception**. Cet article dispose en effet que : « *Pour bénéficier de la protection de la grossesse et de la maternité, prévue aux articles L. 1225-1 et suivants, la salariée remet contre récépissé ou envoie par lettre recommandée avec avis de réception à son employeur un certificat médical attestant son état de grossesse et la date présumée de son accouchement ou la date effective de celui-ci, ainsi que, s'il y a lieu, l'existence et la durée prévisible de son état pathologique nécessitant un allongement de la période de suspension de son contrat de travail* ».

Il ressort cependant des réclamations reçues par le Défenseur des droits que plusieurs femmes repoussent le moment de transmettre cette information officielle, le supérieur hiérarchique et les collègues étant informés officieusement de la grossesse bien avant l'envoi du certificat médical.

³ La Cour de justice de l'Union européenne juge en effet que les mesures protectrices de la femme enceinte sont un moyen de parvenir à l'égalité entre les sexes et qu'elle a pour double finalité la « *protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci et de la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à l'accouchement* » CJUE, 30 sept. 2010, *Pedro Manuel Roca Álvarez*, aff. C-104/09, Rec. I. 8661, pt 27

Or, il ressort d'une jurisprudence constante que la salariée qui n'a pas fait régulièrement parvenir un certificat médical à son employeur, soit avant, soit après la rupture de son contrat de travail, peut néanmoins bénéficier des mesures de protection de la maternité s'il est établi que l'employeur avait connaissance de son état (Cass. soc., 20 juin 1995, n°91-44952 ; Cass. soc., 9 juillet 2008, n°07-41927 ; Cass., soc. 7 novembre 2006, n°05-42413).

La salariée peut prouver que son employeur avait connaissance de son état de grossesse par tout moyen et notamment :

- **par la production du courrier recommandé AR qu'elle lui a adressé avec son certificat de grossesse.** Dans la décision MLD-2014-008 du 22 octobre 2014, le Défenseur des droits a rappelé l'importance de la chronologie entre la connaissance par l'employeur de la grossesse et sa décision de rompre l'essai permettant d'établir que la rupture a pu être motivée par l'état de grossesse. En l'espèce, la salariée a informé son employeur de sa grossesse par courrier recommandé avec accusé de réception. Dix jours plus tard, elle est déplacée dans un bureau isolé et sa période d'essai est rompue moins d'un mois après, sans que l'employeur puisse justifier des raisons objectives pour lesquelles il a été mis fin à son contrat de travail. L'analyse du Défenseur des droits a été confirmée par le Conseil de prud'hommes de Toulouse le 30 mars 2015 (RG n°14/0011).
- **par des attestations, datées, signées et accompagnées d'une copie de la pièce d'identité des témoins.** Dans la décision MLD-2012-137 du 18 juin 2012 relative à la rupture de la période d'essai d'une serveuse en raison de son état de grossesse, le Défenseur des droits a rappelé qu'une salariée peut établir - par la production de plusieurs attestations concordantes de collègues de travail - que son employeur avait connaissance de son état de grossesse au moment de la rupture de la période d'essai et qu'il ne lui avait fait, avant cela, aucun reproche sur la qualité de son travail. Cette analyse a été confirmée par le Conseil de prud'hommes de de Saint-Dié-des-Vosges dans un jugement en date du 21 octobre 2013 (RG n° F13/00023) et par la Cour d'appel de Nancy, dans un arrêt en date du 5 décembre 2014 (RG n° 13/03205)
- **par d'autres preuves écrites telles que des courriers, des courriels, des SMS et des preuves orales, comme un message laissé sur un répondeur téléphonique.** La Cour de cassation juge en effet que les SMS constituent une preuve recevable, qui n'est pas déloyale, car leur auteur sait qu'ils sont enregistrés sur l'appareil récepteur (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-7-43.209). Il en est de même pour les messages vocaux laissés sur répondeur (Cass. soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23.738). Dans la décision MLD/2014-128 du 14 novembre 2014, le Défenseur des droits a estimé que des SMS de l'employeur, adressant des encouragements à la salariée hospitalisée et qui font référence à son futur enfant, s'opposent à ce qu'il conteste ensuite sa connaissance de sa grossesse après lui avoir notifié la rupture de sa période d'essai le jour de sa reprise d'activité
- par la transmission d'un **certificat médical** mentionnant l'état de grossesse.

b. Un faisceau d'indices : la concomitance entre la connaissance par l'employeur de l'état de grossesse et sa décision de rompre l'essai

Une fois que la salariée établit par des éléments de fait que l'employeur avait bien connaissance de son état de grossesse, il convient également de démontrer que la décision de mettre fin à l'essai est intervenue à la suite de cette connaissance.

Dans une décision du 14 juin 2007, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que la concomitance entre l'annonce de la grossesse et la rupture de la période d'essai laisse présumer le caractère infondé des motifs de la rupture (Cass, soc, 14 juin 2007, n° 05-45219).

De même, dans la décision précitée MLD-2014-008 du 22 octobre 2014 (confirmée par le Conseil de prud'hommes de Toulouse le 30 mars 2015 (RG n°14/0011)), le Défenseur des droits a considéré que la concomitance entre l'annonce de l'état de grossesse et la décision de rompre le contrat de travail, l'absence de faute reprochée à la salariée ainsi que l'argumentation injustifiée de l'employeur sur les compétences de la salariée, démontrent la volonté de ce dernier de s'en séparer en raison de son état de grossesse.

En l'absence de preuve de la connaissance par l'employeur de l'état de grossesse de la salariée avant de mettre fin à son contrat de travail, il sera impossible de démontrer un lien entre la rupture du contrat de travail et la grossesse de la salariée.

3. La justification objective pouvant être apportée par l'employeur à l'appui de sa décision de rupture :

Il appartient à l'employeur de justifier que sa décision de rompre le contrat de travail en cours de période d'essai est fondée sur des éléments objectifs, relevant des compétences professionnelles de la salariée, conformément à l'article L.1134-1 du code du travail.

Les dispositions de l'article L.1225-3 du code du travail précisent également que « *Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1225-1 et L. 1225-2, l'employeur communique au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision. Lorsqu'un doute subsiste, il profite à la salariée enceinte.* ».

En ce sens, le Défenseur des droits a écarté les justifications générales apportées par l'employeur dans les décisions suivantes :

Décision MLD-2014-008 du Défenseur des droits du 22 octobre 2014 : l'employeur indique que la salariée n'atteignait pas ses objectifs mais n'apporte aucun élément permettant de vérifier la réalité de cette allégation ;

Décision MLD-2014-128 du Défenseur des droits du 14 novembre 2014 : l'employeur indique que la salariée avait des difficultés relationnelles dans la société mais n'apporte aucun élément dans le cadre de l'enquête ;

L'employeur doit donc non seulement se fonder sur des considérations professionnelles pour décider de rompre l'essai mais doit également en justifier par la communication d'éléments précis venant corroborer la réalité et le sérieux de ses allégations.

4. La sanction de la rupture discriminatoire de la période d'essai en raison de l'état de grossesse : la nullité :

L'application du principe général de non-discrimination de l'article L. 1132-1 du code du travail, à la rupture de la période d'essai, a pour conséquence l'application de la sanction par la nullité des actes considérés comme discriminatoires.

L'article L. 1132-4 du code du travail dispose en effet que tout acte pris en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1132-1 dudit code est nul.

Il en résulte que la rupture de la période d'essai motivée par l'état de grossesse, critère de discrimination prohibé, doit être annulée. La rupture est alors considérée comme un licenciement nul et non simplement abusif, avec toutes les conséquences indemnitaires afférentes. Les observations du Défenseur des droits à cet égard ont été suivies :

- Décision MLD-2012-155 du Défenseur des droits, suivi dans ses observations par la cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt no 12/05371 du 17 octobre 2013 – « *Il résulte de ces éléments que la rupture n'est pas justifiée par une désorganisation du service, et que l'employeur ne justifiant d'aucun autre motif, il a pris en considération l'état de grossesse de Madame V pour rompre son contrat de travail au cours de la période d'essai. Il convient en conséquence de confirmer le jugement déféré en ce qu'il a dit que la rupture du contrat de travail était nulle* ».
- Décision MLD-2014-006 du Défenseur des droits, suivi dans ses observations par un arrêt du 5 décembre 2014 n°13/03205 de la cour d'appel de Nancy – « *Il résulte des motifs qui précèdent que la salariée établit avoir annoncé sa grossesse et s'être vu notifier la rupture de sa période d'essai environ deux semaines plus tard, (...), tout en versant des attestations d'anciennes collègues de travail vantant ses qualités professionnelles ; que l'employeur n'apporte aucun élément suffisant pour démontrer que sa décision de rompre était justifiée ; qu'il s'ensuit que la rupture doit être considérée comme discriminatoire et nulle.* »

La sanction d'une rupture de période d'essai motivée par l'annonce de la grossesse de la salariée encourt la nullité avec toutes les conséquences indemnitaires et/ou de réintégration afférentes. La salariée a alors le choix d'être réintégrée dans son emploi ou indemnisée (article L1235-3 al. 1 C. trav.) :

- Si la salariée demande à être réintégrée dans son emploi, elle doit l'être au même poste et aux mêmes conditions ;
- Si la salariée choisit de ne pas demander sa réintégration, elle a le droit, en application du droit commun du licenciement, non seulement aux indemnités de rupture, mais également à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant de l'interruption de la relation de travail. Cette indemnité ne peut être inférieure aux six derniers mois de salaire