

Paris, le 24 juillet 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-195

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 du travail ;

Saisi par Monsieur X d'une réclamation relative à la rupture de son contrat de travail, au cours de la période d'essai, qu'il estime discriminatoire car en lien avec son orientation sexuelle et son état de santé ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil de prud'homme de Z.

Jacques TOUBON

**Observations devant le Conseil de prud'homme de Z
présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le 11 février 2015, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à la rupture de sa période d'essai qu'il estime discriminatoire en raison de son orientation sexuelle et de son état de santé.

I. FAITS ET PROCÉDURE :

2. Le 11 septembre 2014, Monsieur X est recruté par la société Y exerçant sous l'enseigne W, en qualité de coiffeur, par contrat à durée indéterminée assorti d'une période d'essai de deux mois.

Le 6 octobre 2014, souffrant, il se rend chez son médecin traitant qui lui préconise un repos à domicile pour la journée.

En repos hebdomadaire le jour suivant, il reçoit, sur son téléphone portable, un SMS provenant de sa supérieure hiérarchique, Madame A, dont il ne semble pas être le destinataire, indiquant « *Je ne garde pas X [...] Je ne le sens pas ce mec. C'est un pd, ils font tous des coups de pute* » (procès-verbal de constat rédigé par Maître B, Huissier de Justice).

À son retour, le 8 octobre 2014, il n'aurait pas évoqué le SMS reçu la veille. La rupture de sa période d'essai lui est notifiée à l'oral, ses supérieurs auraient alors invoqué son absence du 6 octobre 2014.

Le jour-même, un document attestant la rupture lui est remis, sans précision du motif de la rupture mais indiquant qu'il peut rompre, de lui-même, sa période d'essai pour éviter d'effectuer le préavis de 48 heures imposé à l'employeur. Monsieur X ne se représente pas à son poste.

3. Par courrier du 17 octobre 2014, le conseil du salarié informe le gérant de l'EURL du contexte discriminatoire de la rupture et le prie de fournir les documents de fin de contrat par courrier recommandé. Il n'aurait pas obtenu de réponse.
4. Au vu des éléments présentés par le réclamant, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, adressé, par courrier en date du 14 avril 2015, à la société mise en cause une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination dans ce dossier. Le gérant de la société y a répondu par courrier en date du 18 mai 2015.

II. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

Sur l'application du principe général de non-discrimination au cours de la période d'essai :

5. L'article L. 1132-1 du code du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de son orientation sexuelle et/ou de son état de santé.
6. Tout acte ou mesure pris à son encontre en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul, conformément à l'article L. 1132-4 du code du travail.

7. L'article L. 1134-1 dudit code définit, quant à lui, le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».
8. En outre, l'article L. 1221-10 du code du travail dispose : « *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* ».
9. Le principe est donc celui de la liberté de la rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai.
10. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire ne doit pas dégénérer en abus de la part de l'employeur (*Cass. soc., 20 janv. 2010, n°08-44465*), l'abus étant notamment caractérisé quand la rupture intervient pour un motif étranger à ses capacités professionnelles.
11. En ce sens, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser que les dispositions relatives au principe de non-discrimination étaient applicables à la période d'essai (*Cass. soc., 16 févr. 2005, n°02-43402*).
12. S'agissant plus particulièrement de l'absence pour maladie du salarié, la Cour de cassation est venue préciser que l'employeur ne peut pas mettre fin à la période d'essai en raison de la maladie du salarié, même si cette absence perturbe le fonctionnement de l'entreprise. La rupture de l'essai ne doit être motivée que par les qualités professionnelles du salarié. À défaut, il s'agit d'une discrimination fondée sur l'état de santé du salarié entrant dans le champ de l'article L. 1132-1 du code du travail (*Cass. soc., 10 avr. 2013, n°11-24794*).
13. Il appartient alors à l'employeur de démontrer que l'insuffisance professionnelle du salarié qui lui est reprochée a été constatée antérieurement à son absence pour maladie. Tel est le cas lorsque l'employeur a informé le salarié de son intention de ne pas poursuivre le contrat de travail au-delà de la période d'essai, avant l'accident de trajet dont ce dernier a été victime (*Cass. soc., 4 avr. 2012, n°10-23876*). En revanche, tel n'est pas le cas lorsque l'employeur ne manifeste aucune intention de mettre fin à la période d'essai du salarié avant son absence et lui reproche, à son retour, une insuffisance professionnelle en mettant fin peu de temps après à sa période d'essai (*Cass. soc., 16 févr. 2005, n°02-43402*).
14. Récemment, dans une affaire similaire dans laquelle le Défenseur des droits avait présenté des observations, la Cour d'appel de POITIERS a retenu cette analyse (*CA Poitiers, 11 févr. 2015, n°14/02959 et Décision du Défenseur des droits, MLD 2014-189, 26 nov. 2014*).

Sur la rupture du contrat de travail de Monsieur X au cours de la période d'essai :

15. Dans son courrier en date du 18 mai 2015, la société Y fait valoir deux motifs à l'origine de la rupture du contrat de travail de Monsieur X. D'une part, il n'aurait pas su s'intégrer à l'équipe du salon de coiffure et, d'autre part, il n'aurait pas suffisamment d'expérience.
16. Pour étayer ces dires, la société verse sept attestations de salariés actuellement en poste. Or, ces seuls éléments ne permettent pas de justifier, de façon objective, la

rupture du contrat de travail du réclamant, compte tenu de leur lien de subordination hiérarchique et d'intérêt économique avec la société.

17. En outre, la société ne pouvait ignorer, lors de son embauche, que Monsieur X avait une expérience limitée, étant donné qu'il venait, en 2014, d'obtenir son brevet professionnel de coiffure.
18. De surcroît, le SMS envoyé par Madame A, le 7 octobre 2014, indiquant « *Je ne garde pas X [...] Je ne le sens pas ce mec. C'est un pd, ils font tous des coups de pute* », ne laisse aucun doute quant au caractère discriminatoire, à raison de l'orientation sexuelle de Monsieur X, du motif de la rupture de la période d'essai.
19. En effet, dans son courrier en date du 18 mai 2015, la société mise en cause verse une attestation de Madame A confirmant l'envoi et le contenu du SMS litigieux constaté par huissier. À cet égard, si la société déplore de tels propos, elle estime néanmoins qu'il s'agit d'un « *abus de langage* ».
20. Par ailleurs, les éléments versés au dossier permettent de constater que la notification de la rupture de la période d'essai est intervenue seulement 48 heures après l'absence de Monsieur X pour maladie.
21. La société mise en cause n'apporte aucun élément laissant apparaître que la décision de rompre la période d'essai est antérieure à cette absence.
22. En tout état de cause, l'employeur a précipitamment mis fin à sa période d'essai après son absence pour raisons médicales.
23. Dès lors, le Défenseur des droits considère que l'employeur n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que sa décision de mettre un terme au contrat de travail de M. X au cours de la période d'essai est fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
24. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits constate que la rupture du contrat de travail de Monsieur X au cours de la période d'essai, par la société Y, constitue une discrimination à raison de son orientation et de son état de santé contraire aux dispositions des articles L. 1132-1 et suivants du code du travail.
25. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du Conseil de prud'homme de Z et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON