



Paris, 12 juillet 2016

Décision du Défenseur des droits MLD-2016-182

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 ;

Vu le jugement du Conseil de prud'hommes de XXXX en date du 16 décembre 2015 (RG n° 14/14901) ;

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 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 la Cour d'appel de XXXX.

Jacques TOUBON

Observations devant la Cour d'appel de XXXX

-
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.
2. Par jugement en date du XX XX XX, le Conseil de Prud'hommes de XXXX a jugé que son employeur, l'EURL Y, « n'a fait qu'utiliser son droit discrétionnaire pour mettre fin à la période d'essai de Monsieur X pour des raisons professionnelles », mais que « le fait que [Monsieur X] ait été traité de "PD" constitue, dans le cadre de l'affaire, une injure qui occasionne un préjudice moral ».
3. Le Conseil de Prud'hommes a donc rejeté l'allégation de Monsieur X qui s'estime victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle et sur son état de santé.
4. Monsieur X a interjeté appel de ce jugement. Une audience devant la Cour d'appel de XXXX est fixée au 1^{er} septembre 2016.

RAPPEL DES FAITS :

5. Le 11 septembre 2014, Monsieur X est recruté en qualité de coiffeur sous contrat à durée indéterminée, assorti d'une période d'essai de deux mois, par l'EURL Y exerçant sous l'enseigne Z.
6. Le 6 octobre 2014, souffrant, il se rend chez son médecin traitant qui lui préconise un repos à domicile pour la journée.
7. En repos hebdomadaire le jour suivant, soit le 7 octobre 2014, il reçoit un SMS de sa supérieure hiérarchique, Madame A, dont il ne semble pas être le destinataire. Il y est écrit : « *Je ne garde pas X [...] Je ne le sens pas ce mec. C'est un pd, ils font tous des coups de pute* » (voir procès-verbal de constat rédigé par Maître B, Huissier de Justice).
8. À son retour dans le salon de coiffure, le 8 octobre 2014, il n'aurait pas évoqué le SMS reçu la veille. La rupture de sa période d'essai lui est notifiée, ses supérieurs le lui auraient oralement expliqué par son arrêt maladie.
9. Un document attestant de la rupture est remis à Monsieur X. Il précise qu'il peut rompre de lui-même sa période d'essai pour éviter d'effectuer le délai de prévenance de 48 heures imposé à l'employeur. Monsieur X ne se représente pas à son poste.

ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS :

10. Au vu des éléments présentés par Monsieur X, 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 le 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.
11. Le gérant de l'EURL Y a répondu par courrier en date du 18 mai 2015 dans lequel il conteste l'existence de toute discrimination au préjudice de Monsieur X.

ANALYSE JURIDIQUE :

12. 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.
13. 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.
14. 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* ».
15. En outre, l'article L. 1221-10 du code du travail dispose que « *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* ».
16. Le principe est donc celui de la liberté de la rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai.
17. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire ne doit pas dégénérer en abus de la part de l'employeur, lequel est caractérisé lorsque la rupture intervient pour un motif étranger aux capacités professionnelles du salarié (Cass. soc., 20 janv. 2010, n°08-44465).
18. Pour la Cour de cassation, le principe de non-discrimination étant applicable à la période d'essai (Cass. soc., 16 févr. 2005, n°02-43402), il appartient à l'employeur qui prend l'initiative de la rompre de démontrer que sa décision est objective et repose sur des motifs étrangers à l'existence de la discrimination alléguée.
19. Enfin, le Défenseur des droits rappelle que si les réclamations portant sur des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle qui sont portées à sa connaissance ne représentent que 2 % de l'ensemble des saisines, c'est parce qu'il est souvent difficile pour les victimes de les restituer, faute d'éléments de fait permettant de les présumer.
20. De fait, les études sociologiques montrent que les commentaires, insultes et autres réflexions, le plus souvent tenus oralement, sont courantes lorsque l'homosexualité d'un salarié est connue de ses collègues¹. Aussi, les salariés homosexuels craignent que leur orientation sexuelle soit connue de leur entourage professionnel et que, par voie de conséquence, leur crédibilité, leur autorité, leur compétence, leur carrière, voire leur emploi soit remis en question².
21. En l'espèce, Monsieur X présente deux éléments permettant de présumer le caractère discriminatoire de la rupture de sa période d'essai en raison de son orientation sexuelle et de son état de santé.

➤ **Sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle :**

¹ V. D. BORRILLO et T. FORMOND (dir.), *Homosexualité et discriminations en droit privé*, doc. fr. 2007, p. 57.

² *Idem.* Adde C. FALCOZ, *Homophobie dans l'entreprise*, doc. fr., 2008.

22. Monsieur X produit, en premier lieu, le SMS que sa supérieure hiérarchique, Madame A, lui a adressé semble-t-il par erreur, et dans lequel il est clairement écrit : « *Je ne garde pas X [...] Je ne le sens pas ce mec. C'est un pd, ils font tous des coups de pute* ».
23. Cet élément de fait permet de présumer le caractère discriminatoire de la rupture de la période d'essai de Monsieur X en raison de son orientation sexuelle, puisque le SMS constitue, selon la Cour de cassation, un écrit qui a une valeur probatoire (Soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209).
24. Le Défenseur des droits constate que le SMS en cause fait expressément référence à la rupture de la période d'essai de Monsieur X – « *je ne garde pas X* » -, au lien entre celle-ci et son homosexualité – « *je ne le sens pas ce mec, c'est un PD* » - et au préjugé péjoratif qui motive la rupture – « *c'est un pd, ils font tous des coups de pute* ».
25. Il en résulte que les faits laissent présumer la volonté de rompre le contrat de travail de Monsieur X, au cours de sa période d'essai, ainsi que le motif de cette rupture, son homosexualité, peu important qu'elle soit vraie ou supposée.
26. Or, pour écarter la qualification d'une discrimination au préjudice de Monsieur X, le Conseil de prud'hommes de XXXX estime qu'« *en se plaçant dans le contexte du milieu de la coiffure, [...] le terme de "PD" employé par la manager ne peut être retenu comme propos homophobe car il est reconnu que les salons de coiffure emploient régulièrement des personnes homosexuelles, notamment dans les salons de coiffure féminins, sans que cela ne pose de problème* ».
27. Le Défenseur des droits relève en effet qu'il s'est approprié à tort, sans le condamner, l'argument de l'EURL Y selon lequel le terme de « PD » n'est pas péjoratif dans le secteur de la coiffure parce que la communauté homosexuelle est très représentée. Le Défenseur des droits regrette cette position du Conseil de prud'hommes de XXXX visant à relayer un cliché.

➤ **Sur la discrimination fondée sur l'état de santé :**

28. Monsieur X fait valoir, en second lieu, que la rupture de sa période d'essai est également discriminatoire en raison de son état de santé. Cette présomption résulte de la chronologie des faits dont il faut rappeler qu'elle entre dans le faisceau d'indices (Cass. soc., 6 novembre 2013, pourvoi n° 12-22.270).
29. En l'espèce, la chronologie est la suivante : le 6 octobre 2014, Monsieur X est en arrêt maladie ; le lendemain, le 7 octobre 2014, il reçoit le SMS l'informant par un « acte manqué » de la rupture de sa période d'essai et le surlendemain, le 8 octobre 2014, un courrier de rupture de période d'essai lui est remis en main propre. Cet écrit lui suggère de prendre lui-même l'initiative de la rupture afin de ne pas rester davantage dans le salon de coiffure.
30. Le Conseil de prud'hommes de XXXX, en jugeant « *que ce n'est pas sérieux de soutenir qu'un employeur va rompre le contrat de travail d'un salarié parce qu'il a été absent un jour pour maladie* », a d'emblée écarté cet élément de fait laissant présumer une discrimination.
31. Or, le Défenseur des droits rappelle qu'en application de l'article L. 1134-1 du code du travail, lorsque le 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 que ses décisions sont objectives et étrangères à la discrimination alléguée.
32. Il appartient donc à l'employeur qui prend l'initiative de rompre une période d'essai de démontrer que l'insuffisance professionnelle du salarié qui a été constatée antérieurement à son absence pour

maladie (Cass. soc., 4 avr. 2012, n°10-23876). Tel n'est pas le cas lorsque l'employeur ne manifeste aucune intention de mettre fin à la période d'essai avant l'absence du salarié et lui reproche, lors de sa reprise d'activité, une insuffisance professionnelle (Cass. soc., 16 févr. 2005, n°02-43402 ; CA Poitiers, 11 févr. 2015, n°14/02959 et Décision du Défenseur des droits, MLD 2014-189, 26 nov. 2014).

33. En l'espèce, dans son courrier de réponse à l'instruction, l'EURL Y fait valoir deux séries d'arguments pour expliquer la rupture de la période d'essai de Monsieur X, à savoir, d'une part, qu'il n'aurait pas su s'intégrer à l'équipe du salon de coiffure et d'autre part, qu'il n'aurait pas suffisamment d'expérience, ce qui mécontenterait une clientèle exigeante.
34. Pour étayer le premier grief qu'elle fait à Monsieur X, elle verse sept attestations de salariés qui remettent moins en cause ses compétences professionnelles que sa personne. On peut en effet y lire qu'il « *était un jeune homme assez en retrait, distant par rapport à l'équipe, il dégageait quelque chose de faux, pas sincère* » (attestation de Madame C).
35. Pour juger que l'EURL Y « *n'a fait qu'utiliser son droit discrétionnaire de mettre fin à la période d'essai de Monsieur X* », le Conseil de prud'hommes a retenu que ces attestations « *sont toutes unanimes pour souligner [s]es manquements professionnels et [s]es difficultés d'intégration, dans l'équipe du salon* ».
36. Mais ce faisant, le Conseil aurait dû également observer qu'elles émanent de salariés en poste, de sorte que le lien de subordination dans lequel ils sont à l'égard de l'EURL Y, relativise la pertinence de leurs témoignages qui ont une forme et une formulation similaires.
37. Au vu des éléments produits dans le cadre de l'instruction et devant le Conseil de prud'hommes par l'EURL Y, les manquements professionnels de Monsieur X n'ont pas été démontrés.
38. S'agissant du second grief de manque d'expérience, le Défenseur des droits relève que l'EURL Y ne pouvait l'ignorer dès lors qu'elle a embauché Monsieur X juste après l'obtention de son diplôme de coiffeur et qu'il n'avait travaillé que 20 jours dans le salon lors la rupture de sa période d'essai.
39. Il en résulte que l'EURL Y ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, que la rupture de la période d'essai de Monsieur X est motivée par des éléments objectifs, étrangers à son état de santé.
40. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits, après avis du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, en déduit que la rupture du contrat de travail de Monsieur X au cours de la période d'essai constitue une discrimination à raison de son orientation sexuelle, établie par le SMS de sa supérieure hiérarchique, et de son état de santé, en violation des articles L. 1132-1 du Code du travail
41. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour d'appel de XXXX.

Jacques TOUBON