RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 6 - Chambre 10

ARRÊT DU 21 Février 2018

(n° , 07 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **S 16/02237**

Décision déférée à la Cour : jugement rendu le 16 Décembre 2015 par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de PARIS RG n° 14/14901

APPELANT
Monsieur A

né le
représenté par Me David CARAMEL, avocat au barreau de NIMES

INTIMEE
EURL B

N° SIRET :
représentée par Me Jean-Baptiste VIENNE, avocat au barreau de PARIS

PARTIE INTERVENANTE
Association C

représentée par Me Etienne DESHOULIERES, avocat au barreau de PARIS,
substituée par Me Rebecca NIEL, avocat au barreau de PARIS

en présence de :
LE DEFENSEUR DES DROITS
7, Rue de Saint Florentin
75409 PARIS CEDEX 8
représentée par Madame Maëlle DREANO, Juriste, en vertu d'un pouvoir

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 09 Janvier 2018, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Marie-Antoinette COLAS, Présidente et Madame Françoise AYMES-BELLADINA, conseillère, chargées du rapport.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame Marie-Antoinette COLAS, Président de chambre
Madame Françoise AYMES-BELLADINA, conseiller
Madame Florence OLLIVIER, vice président placé faisant fonction de conseiller par ordonnance du Premier Président en date du 14 décembre 2017

Greffier : Madame Valérie LETOURNEUR, lors des débats

ARRET :

- contradictoire
- prononcé par mise à disposition au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par Madame Marie-Antoinette COLAS, président de chambre et par Madame Valérie LETOURNEUR, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

****

EXPOSÉ DU LITIGE

Monsieur A a été engagé en qualité de coiffeur par l'EURL B suivant un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein à compter du 11 septembre 2014. Monsieur A s'est vu notifier la rupture de la période d'essai par lettre du 8 octobre 2014.

Estimant avoir été victime d'une discrimination, Monsieur A a saisi le conseil de prud'hommes de Paris afin d'obtenir des dommages-intérêts divers ainsi qu'une indemnité pour travail dissimulé.

Par jugement du 16 décembre 2015, le conseil de prud'hommes de Paris, section commerce, a condamné l'EURL B à verser à Monsieur A les sommes suivantes :
- 43,27 euros au titre des heures supplémentaires outre les congés payés afférents,
- 5000 € à titre de dommages-intérêts pour préjudice moral,
- 750 € au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure.

Appelant de ce jugement, Monsieur A demande la cour de le réformer sauf en ce qu'il a reconnu un préjudice moral en sa faveur.
Il demande à la cour de juger qu'il a accompli des heures supplémentaires demeurées impayées et que la rupture de la période d'essai notifiée le 8 octobre 2014 est nulle comme étant intervenue pour des motifs discriminatoires. Il conclut à la condamnation de l'EURL B à lui verser les sommes suivantes :
- 315,24 euros à titre de rappel de salaire pour des heures supplémentaires outre 31,52 euros pour les congés payés afférents,
- 9000 € à titre d'indemnité pour travail dissimulé,
- 12 000 € à titre de dommages-intérêts pour la nullité de la rupture,
- 15000 € à titre de dommages-intérêts pour le préjudice moral résultant du caractère odieux et vexatoire de la procédure.

Il demande encore que soit ordonnée la publication du jugement à intervenir dans les journaux locaux, ainsi que la transmission du dossier au procureur de la République auprès du tribunal de grande instance de Paris et la condamnation de l'employeur à lui verser une indemnité de 2000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

L'association C demande à la cour de la recevoir en son intervention volontaire principale et de condamner l'EURL B à lui verser 2000 € à titre de dommages-intérêts outre 1000 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

L'EURL B soulève in limine litis l'irrecevabilité de l'intervention volontaire principale de l'association C à défaut d'intérêt à agir et de pouvoir fonder son action sur les dispositions de l'article L.1134–3 du code du travail.
Elle relève par ailleurs appel incident du jugement déféré, sauf en ce qu'il a accordé au salarié un rappel de salaire pour 3,5 heures supplémentaires.

À titre subsidiaire, l'intimée conclut à la réduction à de plus justes proportions des indemnités réclamées par Monsieur A ainsi que par l'association C .

Le défenseur des droits a présenté des observations.

Conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la cour renvoie pour un plus ample exposé des faits, des prétentions et des moyens développés, aux conclusions respectives des parties, visées par le greffier et soutenues oralement lors de l'audience.

MOTIFS

Sur la recevabilité de l'intervention volontaire principale de l'association Mousse

Selon l' article L.1134-3 du code du travail « les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou oeuvrant dans le domaine du handicap peuvent exercer en justice toutes les actions résultant de l'application des dispositions du chapitre II. Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi,[....]ou d'un salarié dans les conditions prévues par l'article L. 1134-1 sous réserve de justifier d'un accord écrit de l'intéressé. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment ».

C'est pertinemment que l'EURL B conclut à l'irrecevabilité de l'intervention volontaire principale de l'association C sur le fondement de l'article L. 1134-3 du code du travail.
En effet, ces dispositions légales donnent aux associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations la possibilité d'agir aux lieu et place d'un salarié sur le fondement du chapitre II. Il s'agit d' une action de substitution.
Dans la mesure où Monsieur A a agi directement et est dans la cause, l'association ne peut fonder son intervention sur ces dispositions légales.

Le moyen tiré de l'irrecevabilité de l'intervention principale de l'association C est pertinent.

Sur la demande au titre des heures supplémentaires

Selon l'article L. 3171-4 du code du travail en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Il incombe au salarié qui demande le paiement d'heures supplémentaires de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

Monsieur A communique les plannings manuscrits du salon mentionnant les horaires soit à 9h30 jusqu'à 18h30 avec 30 minutes de pause soit de 10h30 jusqu'à 19h30 avec 30 minutes de pause ce qui correspond à un horaire journalier de 8h30 effectif, hors la pause de 30 minutes. Il produit des photographies quasi illisibles des plannings.
Il en déduit que sur la période travaillée du 11 septembre au 8 octobre 2014, il a accompli 25,5 heures supplémentaires non réglées notamment lors du solde de tout compte.
Il renvoie aussi aux conclusions soutenues par un ancien manager devant le conseil de prud'hommes de Paris qui a fait écrire que les relevés d'activité qu'il faisait signer à ses subordonnés étaient des faux.
Ce faisant, Monsieur A étaie sa demande.

L'employeur répond que l'article 8–4–2 de la convention collective nationale de la coiffure met en place une modulation de temps de travail afin de permettre la prise en compte des variations de fréquentation de la clientèle, cette disposition autorisant la fluctuation du temps de travail d'un salarié d'une semaine sur l'autre sous réserve de respecter un volume horaire annuel de 1582 heures.
Il précise que si Monsieur A s'était vu confirmer dans son poste au-delà de sa période d'essai, il aurait compensé les périodes de haute activité par des repos compensateurs.

L'employeur note par ailleurs que l'intégralité des heures travaillées a régulièrement été reportée sur un relevé d'activité, signé par le salarié pour le mois de septembre 2014.
Il admet que Monsieur A a accompli 3,5 heures supplémentaires non réglées.

Il précise que l'ancien manager ayant fait soutenir que les relevés d'activité étaient faux a été débouté de sa demande de rappel de salaire pour des heures supplémentaires par la juridiction prud'homale.

Au regard des éléments soumis à l'appréciation de la cour et des explications fournies, la cour confirme que le salarié a accompli des heures supplémentaires, nécessaires à l'exécution de ses missions et ce, avec l'accord de son employeur.
Le jugement sera confirmé en ce qu'il a alloué à Monsieur A la somme de 43,27 euros au titre des heures supplémentaires outre les congés payés afférents.

Sur le travail dissimulé

En application de l'article L. 8221-5 du code du travail, est réputé travail dissimulé, par dissimulation d'emploi salarié, le fait pour tout employeur de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité de déclaration préalable à l'embauche, de se soustraire à la délivrance de bulletins de paie ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli.
Encore faut il que soit établi le caractère intentionnel de l'abstention en cause.

Dans le cas d'espèce, bien que reconnaissant dans le cadre de la présente instance qu'il était redevable de 3,5 heures supplémentaires, que le salarié ne pouvait en effet bénéficier de la modulation de son temps de travail pendant la période d'essai, l'EURL B a sciemment omis de prendre en compte les heures ainsi accomplies et de les régler lors de la remise du solde de tout compte.
Cette omission intentionnelle de régularisation de ces heures, de leur paiement et du versement des cotisations afférentes révèle l'intention frauduleuse de dissimulation exigée par le texte.

Il sera fait droit à la demande en paiement de l'indemnité forfaitaire prévue par la loi.
L'EURL B sera condamnée à verser à Monsieur A une indemnité de 9000 euros.

<u>Sur la demande tendant à voir reconnaître le caractère discriminatoire de la rupture de la période d'essai et par suite sa nullité</u>

Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

L'article L.1134-1 du code du travail prévoit qu'en cas de litige relatif à l'application de ce texte, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, au vu desquels, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Comme éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 par l'article 4-IV de la loi du 6 août 2012 tant en ce qui touche son orientation et identité sexuelle que son état de santé, Monsieur A expose qu'il a été engagé le 11 septembre 2014, qu'aucune remarque ne lui a été adressée sur la qualité de ses prestations ou sur son comportement professionnel, qu'il a été absent en raison d'un problème de santé le 6 octobre 2014, que le 7 octobre 2014 correspondant sur le planning à un jour de repos, il a reçu un sms rédigé par la manager ainsi libellé « je ne garde pas A , je le préviens demain. On fera avec des itinérants en attendant, je ne le sens pas ce mec, c'est un PD, ils font tous des coups de putes ». Il ajoute que le lendemain, soit le 8 octobre 2014, il s'est présenté à son poste, que la manager, Madame D auteur du sms, et le co-manager lui ont effectivement signifié la fin de sa période d'essai et lui ont précisé qu'il était intolérable d'avoir été souffrant une journée.

Il communique la transcription faite par un huissier de justice du sms du 7 octobre 2014 rédigé par la manager.
La notification de la rupture de la période d'essai, le lendemain même de l'envoi de ce sms lors de la reprise de son poste lui a bien été adressée.
Si le salarié n'apporte pas d'élément pour étayer les prétendus propos de ses managers lors de l'entretien du 8 octobre 2014, l'allusion faite « aux coups de putes » dans le sms alors qu'il avait été absent pour un problème de santé le 6 octobre 2014 révèle un reproche à cet égard.

Ces faits, pris dans leur ensemble, laissent présumer l'existence d'une discrimination en lien avec l'orientation sexuelle supposée du salarié et avec son état de santé.

Après avoir rappelé que conformément aux 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 et de mettre fin à la période d'essai, L'EURL B conteste toute discrimination au détriment de Monsieur A tant en lien avec son état de santé qu'avec son orientation ou son identité sexuelle présumée.
Elle précise que pendant presque un mois, la manager avait pu évaluer les compétences professionnelles de Monsieur A , qu'elle avait constaté que son niveau technique était trop juste pour satisfaire la clientèle très exigeante du salon de coiffure situé dans le 8 ème arrondissement de Paris.

Pour en justifier, l'EURL B communique plusieurs attestations.
- Madame D , atteste que « Monsieur A ne correspondait pas au profil qu'elle recherchait pour la société », qu'il « n'était pas un mauvais coiffeur mais encore un peu juste pour une clientèle exigeante ».
- Madame E , expose que « Monsieur A était assez juste professionnellement avec un rythme très lent », qu' « elle a eu quelque retour de clientes qui n'étaient pas satisfaites ».

- Madame F écrit que « Monsieur A s'est mal adapté à l'équipe, peu mature pour un poste de coiffeur, vu sa jeune expérience étant donné l'exigence de la clientèle de ce salon »
Selon d'autres témoins, (Mesdames G , H , Monsieur I) il était « très effacé et pas communicant, pas intégré à l'équipe, ne se livrait pas aux autres, était assez en retrait, préférait s'isoler de l' équipe, pas très social, dégageait quelque chose de faux pas sincère, ne s'impliquait pas, ne voulait pas faire les tâches de nettoyage de peignes du salon, des serviettes »

L'attestation de Madame D à l'origine de la décision de le licencier en tant qu'employeur ne présente aucune valeur probante, l'EURL B ne pouvant se constituer ainsi une preuve à soi-même.

Les autres témoignages émanent des salariés de l'EURL B tous soumis au pouvoir de

direction de leur employeur et ont dans ce contexte une force probante limitée.

En réalité, le lien opéré par la manager elle-même aux termes du sms du 7 octobre, entre sa décision de ne pas conserver Monsieur A au sein du salon et de lui en faire l'annonce dès son retour à son poste le lendemain et le motif qu'elle expose à savoir « je ne le sens pas, c'est un PD, ils font tous des coups de putes » révèle que le véritable motif de la rupture de la période d'essai n'était pas en lien avec ses aptitudes professionnelles mais avec son absence au cours de la journée du 6 octobre pour un problème de santé, vécue par ce manager comme une manœuvre déloyale, « qualifiée de coup de putes » de la part de Monsieur A manœuvre selon elle, habituelle de la part de personnes ayant une même orientation ou identité sexuelle supposée.

L'employeur ne justifie pas au regard de cette explication donnée par la manager elle-même que sa décision de mettre fin à la période d'essai repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en lien avec la santé et l'orientation ou l'identité sexuelle supposée de Monsieur A .

La rupture de la période d'essai est dans ces conditions nulle comme reposant sur des motifs discriminatoires.

Le jugement déféré sera réformé.

Sur les conséquences de la nullité de la rupture

Compte tenu de l'effectif de l'entreprise, des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée au salarié (1500 euros) , de son âge, (20 ans) de son ancienneté (4 semaines), de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle et des conséquences du licenciement à son égard, tels qu'ils résultent des pièces et des explications fournies, la cour est en mesure d'allouer à Monsieur A une somme de 4500 euros en réparation de son préjudice pour la perte de son emploi en lien avec la nullité de la rupture.

Sur la demande de dommages-intérêts pour le préjudice moral

Alors qu'il était âgé de 20 ans, qu'il s'était engagé dans une première expérience professionnelle, Monsieur A justifie avoir subi un stress post-traumatique sévère ayant nécessité une prise en charge médicale adaptée à la suite de la rupture de la période d'essai dans les circonstances précédemment relatées.
Le préjudice moral ainsi démontré en lien avec le comportement discriminatoire de l'employeur justifie l'allocation d'une somme de 8000 € à titre de dommages-intérêts.

Sur les autres demandes

Les débats ont été tenus en audience publique, il n'y a pas lieu d'ordonner la publication du dispositif de l'arrêt à intervenir dans un journal ainsi que le demande Monsieur A .
Monsieur A n'a pas jugé opportun de porter plainte au moment de la survenance des faits.
Ils sont désormais prescrits.
Le présent arrêt ne sera pas communiqué au procureur de la République.

Sur les demandes d'indemnités en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile

L'équité commande tout à la fois de confirmer le jugement déféré en ce qu'il a accordé à Monsieur A une indemnité de 750 euros en application des dispositions de l'article 700

du code de procédure civile et de lui allouer une nouvelle indemnité de 1800 euros sur le même fondement pour les frais exposés par lui en cause d'appel.
L'EURL B , qui succombe dans la présente instance, sera déboutée de sa demande à ce titre et condamnée aux entiers dépens.

PAR CES MOTIFS

Confirme le jugement déféré en ce qu'il a alloué un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires outre les congés payés afférents et accordé au salarié une indemnité de 750 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

Le réforme pour le surplus,

Statuant à nouveau et y ajoutant,

Déclare l'intervention volontaire principale de l'association C sur le fondement de l'article L.1134-3 du code du travail irrecevable,

Condamne l'EURL B à verser à Monsieur A les sommes suivantes ;

- 9000 € à titre d'indemnité pour travail dissimulé,
- 4500 € à titre de dommages-intérêts pour la nullité de la rupture,
- 8000 € à titre de dommages-intérêts pour le préjudice moral résultant du caractère odieux et vexatoire de la procédure de rupture,
- 1800 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Déboute Monsieur A du surplus de ses demandes,

Déboute les parties du surplus de leurs prétentions,

Condamne l'EURL B aux entiers dépens.

LE GREFFIER **LE PRÉSIDENT**