

Paris, le 17 septembre 2018

---

**Décision du Défenseur des droits n° 2018-241**

---

**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 la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu 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 ;

Vu le code du travail ;

Vu le code pénal ;

Saisi par Madame X qui estime avoir fait l'objet d'une rupture discriminatoire de son contrat de travail notifiée en cours de période d'essai en raison de son état de santé par la société Y ;

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 ;

A défaut d'accord dans ce cadre, décide de présenter ses observations devant la juridiction qui pourrait être saisie par la réclamante ;

Décide de transmettre la présente décision pour information au secrétariat général de la CHARTE DE LA DIVERSITE.

JACQUES TOUBON

**Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au  
Défenseur des droits**

1. Le 25 avril 2018, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative à la rupture de sa période d'essai, qu'elle estime discriminatoire en raison de son état de santé.

**RAPPEL DES FAITS :**

2. Le 9 février 2017, Madame X est embauchée sous contrat à durée indéterminée en qualité d'équipière polyvalente par la société Y. Elle est affectée au sein du restaurant du centre commercial A. Son contrat de travail stipule une période d'essai de 2 mois.
3. Le 7 mars 2017, elle subit un accident de travail caractérisé par une chute dans les escaliers.
4. En conséquence, compte tenu de l'importance des lésions, du 9 mars 2017 au 22 mars 2018, Madame X est en arrêt de travail.
5. Le 21 mars 2018, le médecin du travail a recommandé la reprise de son activité, sous réserve d'un aménagement de poste consistant en l'absence de port de charges lourdes.
6. Le vendredi 23 mars et le samedi 24 mars 2018, Madame X occupe de nouveau son poste. Elle indique que la journée de travail s'est bien déroulée.
7. N'ayant pas travaillé le dimanche 25 mars 2018, Madame X se présente sur son lieu de travail le lundi 26 mars 2018.
8. Or, une lettre de rupture de sa période d'essai lui est remise en main propre le jour-même. En application des dispositions légales relatives au délai de prévenance, la relation de travail a donc pris fin le 9 avril 2018.

**CADRE JURIDIQUE :**

9. Au plan civil, l'article L. 1132-1 du code du travail et 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, prévoient qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de son état de santé.
10. 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.
11. 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* ».
12. 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* ».

13. Le principe est donc celui de la liberté de la rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai.
14. 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).
15. 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.
16. L'employeur doit par conséquent démontrer que l'insuffisance professionnelle qu'il impute au salarié est antérieure 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 de ce dernier 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 ; CA Paris, 21 février 2018, RG n° 16/02237).
17. Par ailleurs, en application de l'article L. 4624-6 du code du travail, l'employeur est tenu de prendre en considération l'avis émis par le médecin du travail conformément à l'article L. 4624-3 du même code, c'est-à-dire une recommandation d'aménagement du poste d'un salarié justifié par des considérations relatives à son état de santé.
18. A défaut, l'employeur méconnaît son obligation de protéger la santé et la sécurité de ses salariés telle que mentionnée à l'article L.4121-1 du code du travail en ce qu'il n'a pas pris toutes les mesures permettant d'éviter qu'il lui soit portée atteinte.
19. Au plan pénal, l'article 225-1 du code pénal dispose que « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».
20. L'article 225-2 dudit code dispose qu'une telle distinction constitue un délit de discrimination puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste « [3°] *à refuser d'embaucher [...] une personne* ».
21. Selon la Cour de cassation, le délit de discrimination à l'embauche s'applique aux ruptures du contrat de travail notifiées en cours de période d'essai (Cass. crim., 14 oct. 1986, bull. crim n° 287 ; Cass. crim., 2 septembre 2003, bull. crim. n° 148).
22. Enfin, l'article 225-4 du code pénal précise qu'une personne morale peut être reconnue coupable de ce délit. Elle encourt dans ce cas, en plus de l'amende précitée quintuplée, soit 225 000 euros, les peines prévues par l'article 131-39 dudit code, dont une peine d'affichage.

23. Par ailleurs, il convient de rappeler que la société Y, en l'espèce mise en cause, est signataire de LA CHARTE DE LA DIVERSITE depuis le mois de février 2010. A ce titre, il lui incombe de « *manifester son engagement en faveur de la non-discrimination et de la diversité* » et de « *favoriser l'égalité des chances face à l'emploi* ».
24. Lors de son adhésion à LA CHARTE DE LA DIVERSITE, la société Y a fait valoir qu'elle « *entérine une réalité déjà quotidienne dans [ses] restaurants sur [ses] engagements autour des valeurs de diversité et de luttés contre les discriminations dans les recrutements et les gestions de carrières. En effet, [selon elle] [ses] salariés sont à l'image de [ses] clients : multiples et tous différents (ages, sexe, origines sociales, ethniques et culturelles, en situation de handicap, etc )* ». Aussi, la société Y insiste sur le fait que « *[sa] politique de Ressources Humaines est centrée sur l'ouverture et la reconnaissance des compétences* ».
25. Le Défenseur des droits rappelle que l'engagement des sociétés en faveur de la promotion de l'égalité n'est pas exclusif de l'existence de discriminations commises au préjudice de leurs salariés et qu'il ne les contrebalance en aucun cas (CA Paris, 6 juillet 2007, RG n° 06/07900). C'est toutefois la capacité de ces sociétés à tenir leurs propres engagements en faveur de la cohésion et de l'équité sociale qui est remise en cause.

#### ANALYSE JURIDIQUE :

26. Interrogée par le Défenseur des droits sur les motifs de la rupture de la période d'essai de Madame X, la société Y fait valoir, en premier lieu, qu'elle « *n'est pas en mesure de démontrer l'existence de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination* »
27. Le Défenseur des droits rappelle cependant que la chronologie des faits est un des éléments qui entre dans le faisceau d'indices laissant présumer l'existence d'une discrimination (Cass. soc., 6 nov. 2013, pourvoi n° 12-22.270).
28. En l'espèce, Madame X a été placée en arrêt de travail le 9 mars 2017, alors qu'elle était encore en période d'essai. De ce fait, l'exécution de son contrat de travail a été suspendue pendant 1 an et 12 jours.
29. Il est établi qu'à l'issue de cet arrêt de travail, elle a occupé son poste pendant deux jours de travail effectif, les 23 et 24 mars 2018.
30. Or, il apparaît que la société Y n'a pas pu être en mesure d'apprécier les compétences professionnelles de Madame X sur deux jours de travail, alors qu'elle avait été recrutée et qu'elle avait débuté sa période d'essai plus d'un an auparavant. Le fait que cette période d'essai soit initialement stipulée pour deux mois, supposés être continus, montre qu'il était nécessaire d'apprécier l'ensemble de ses compétences sur un temps plus long.
31. Le Défenseur des droits observe par exemple que son poste d'équipier requiert le fait de « *connaître les produits de la gamme et l'utilisation des équipements* ». Or, pour cette seule compétence technique, le salarié doit connaître les menus proposés et les ingrédients, lesquels évoluent souvent, *a fortiori* sur une période de plus d'un an.
32. Il incombe par conséquent à la société Y de justifier objectivement sa décision de rompre la période d'essai de Madame X, en application de l'article L. 1134-1 du code du travail.
33. A cette fin, la société Y fait valoir, en second lieu, que Madame X « *ne convenait pas au poste* ». Pour le démontrer, elle se prévaut de 7 attestations de salariés faisant état « *d'un manque de*

*dynamisme et de réactivité, d'un profil non adapté, d'une absence d'aptitude pour le secteur de la vente, de lenteur, d'un défaut d'ouverture de la salle à l'heure, des difficultés de compréhension, de retard, ...* ». Ces lacunes auraient été collectivement constatées avant et après son accident de travail.

34. Le Défenseur des droits ne saurait cependant retenir la pertinence de ces témoignages dans la mesure où il apparaît que plusieurs des salariés les ayant rédigés n'ont pas travaillé aux côtés de Madame X et n'ont donc pas pu apprécier ses compétences professionnelles.
35. Il en est d'abord ainsi de la Directrice du restaurant, Madame Z, qui atteste avoir constaté les difficultés professionnelles de Madame X avant son arrêt de travail. Elle précise qu'elle souhaitait rompre sa période d'essai juste avant celui-ci.
36. Madame X fait cependant valoir que Madame Z n'occupait pas le poste de directrice lorsqu'elle a travaillé au sein du restaurant du 9 février au 7 mars 2017.
37. Le Défenseur des droits observe pour sa part que la société Y, ne produit pas le dossier personnel de Madame Z aux fins d'établir la date de son affectation au sein du restaurant du centre commercial A. Or, elle n'est pas signataire des plannings de travail établis en 2017 lorsque Madame X était en poste. Elle l'est seulement pour les plannings du mois de mars 2018.
38. De même s'agissant de l'attestation de Madame W, employée administrative « *au sein du restaurant Y du centre commercial A* » et qui relate le fait que « *toute l'équipe de l'encadrement avait pris la décision de mettre fin à la période d'essai de Madame X avant son accident de travail* », la société Y ne justifie par de sa date d'affectation. Or son contrat de travail stipule qu'elle est affectée au sein d'un établissement situé à B et qu'elle serait, en cas de changement d'affectation, informée d'une telle « mutation ». La société Y n'en justifie pas.
39. Enfin, il ressort des contrats de travail de Messieurs C et D qu'ils n'ont pas été en mesure d'apprécier les compétences professionnelles de Madame X, ceux-ci ayant été affectés au restaurant Y du centre commercial A pendant son arrêt de travail, respectivement le 1<sup>er</sup> juillet 2017 et le 16 juin 2017.
40. Chacun d'eux étaient même en repos pour une journée sur les deux qu'ils sont réputés avoir travaillées aux côtés de Madame X.
41. De plus, compte tenu du fait que la société Y produit des attestations de salariés qui n'ont pas été témoins de son travail, la pertinence de ceux-ci doit être relativisée et ce d'autant plus qu'il faut observer, à l'instar des juges du fond, que « *les témoignages éman[ant] des salariés tous soumis au pouvoir de direction de l'employeur ont une force probante limitée* » (CA Paris, 21 février 2018, RG n° 16/02237).
42. Par ailleurs, alors que le médecin du travail avait recommandé Madame X à reprendre son activité sous réserve qu'elle le fasse sans port de charges lourdes, elle ne justifie pas avoir aménagé son poste d'équipier en conséquence. Elle n'a donc pas pu apprécier objectivement ses compétences après son accident de travail.
43. Ainsi, la société Y ne justifie pas par des éléments objectifs que sa décision de rompre la période d'essai de Madame X est étrangère à son état de santé et à son accident ayant suspendu l'exécution de son contrat de travail pendant plus d'un an.

44. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- Constate que Madame X a fait l'objet d'une discrimination en raison de son état de santé, caractérisé par la rupture illicite de sa période d'essai en violation de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, ainsi que de l'article L. 1132-1 du code du travail ;
- Recommande à la société Y de se rapprocher de Madame X en vue de réparer son préjudice ;
- Décide, à défaut d'accord dans ce cadre, de présenter ses observations devant la juridiction qui pourrait être saisie par la réclamante ;
- Décide de transmettre la décision pour information au secrétariat général de la CHARTE DE LA DIVERSITE.

JACQUES TOUBON