
Décision du Défenseur des droits n°2021-131

La Défenseure 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, pris en son article L. 1132-1 ;

Saisie par Madame X au sujet de la rupture de la période d'essai de son contrat de travail qu'elle estime fondée sur son état de santé ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour d'appel de Y dont la date d'audience est fixée au 27 mai 2021.

Claire HÉDON

Observations devant la Cour d'appel de Y au titre de l'article 25 de la loi du 29 mars 2011

1. Le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire de Maître Z, de la réclamation de Madame X au sujet de la rupture de sa période d'essai qu'elle estime fondée sur son état de santé.
2. Préalablement, Madame X avait saisi la justice prud'homale.
3. Par un jugement du conseil des prud'hommes de Y, en date du 21 janvier 2019, elle a été déboutée de ses demandes. Au soutien de sa décision, le CPH invoque les éléments suivants :
 - la salariée ne s'était pas rendue à la visite médicale d'embauche ;
 - elle n'avait pas démontré que son employeur avait connaissance de sa situation, ni qu'il avait été en mesure d'établir un lien avec son aptitude à tenir ses fonctions avant de décider de rompre la période d'essai ;
 - la concomitance de dates ne suffisait pas à établir un lien de causalité entre la rupture de la période d'essai et la situation médicale de la salariée ;
 - la salariée avait manifestement exagéré son expérience professionnelle lors du processus de recrutement, ce qui avait pu fausser l'appréciation de l'employeur sur ses qualités professionnelles, qui s'étaient révélées pendant la période d'essai.
4. Madame X a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Y. La date d'audience a été fixée au 27 mai 2021.

LES FAITS

5. Le 8 janvier 2018, Madame X est recrutée en CDI au poste de commis pâtissier, au coefficient 170 catégorie III, auprès de la société Pâtisserie Y connue sous l'enseigne A (désignée ci-dessous A).
6. Selon son contrat de travail, elle est initialement affectée sur le site de B et sa période d'essai est de deux mois. Son contrat prévoit que la visite médicale est obligatoire et que ses résultats conditionnent l'embauche définitive.
7. Madame X affirme que son supérieur hiérarchique lui aurait demandé d'augmenter la cadence et qu'elle lui avait alors avoué qu'elle avait du mal à presser la poche, faute de force dans ses mains.
8. Le 15 février 2018 au soir, Madame X se voit prescrire un arrêt-maladie jusqu'au 21 février 2018, à la suite de douleurs persistantes aux mains.
9. Étant en arrêt-maladie, Madame X ne se rend pas à la visite d'information et de prévention dont la date était fixée au 20 février 2018.
10. Le 21 février 2018, elle consulte un chirurgien de la main qui lui prescrit des anti-inflammatoires par injection.
11. Le 22 février 2018, l'arrêt de travail de Madame X est prolongé jusqu'au 5 mars 2018.
12. Le 27 février 2018, Madame C, responsable des ressources humaines à l'époque des faits, demande, par texto, à Madame X si elle va mieux. Madame X lui répond : « Pour le moment le problème de santé ne s'arrange pas vraiment. Je dois reconsulter un spécialiste prochainement. Et envisager l'opération ».

13. Le 6 mars 2018, son arrêt de travail est renouvelé jusqu'au 30 mars 2018.
14. Elle dit en avoir informé par téléphone son chef de production, Monsieur D et avoir appelé la responsable RH pour obtenir les coordonnées du médecin du travail afin de faire une déclaration de maladie professionnelle. A l'appui de ses allégations, elle produit le journal de ses appels téléphoniques.
15. La société A conteste cette version des faits en relevant qu'elle disposait déjà des coordonnées de la médecine du travail qui figuraient sur la convocation pour une visite médicale et que son appel à la responsable RH concernait la transmission des attestations de salaire. Elle n'explique toutefois pas la teneur de l'appel passé à Monsieur D.
16. Quelques jours plus tard, Madame X réceptionne un courrier recommandé de son employeur, daté du 9 mars 2018, l'informant de la rupture de sa période d'essai dite « non concluante » et comprenant en annexe un autre courrier daté du 14 février 2018 que l'employeur dit avoir souhaité lui remettre en mains propres avant son arrêt de travail.
17. Par courrier du 15 mars 2018, Madame X lui répond en contestant cette rupture qu'elle considère discriminatoire en raison de son état de santé.
18. Par courrier du 22 mars 2018, la société A réfute cette analyse en rétorquant que Madame X n'avait pas « les compétences requises » et que son profil n'est « pas en adéquation avec les exigences du poste ».
19. Par courrier du 12 avril 2018, Madame X met en demeure son ancien employeur de réparer le préjudice subi causé par la rupture abusive de son contrat.
20. En réponse, par courrier du 30 avril 2018, la société A conteste avoir pris en considération l'état de santé de la salariée, Madame X n'ayant « pas les connaissances des recettes de base » et « éprouvant des difficultés à suivre le rythme ».
21. A la suite des démarches effectuées par Madame X au cours de l'été suivant, la caisse primaire d'assurance maladie a reconnu, le 31 décembre 2018, l'origine professionnelle de la maladie de Madame X.
22. Le Défenseur des droits a pris connaissance du jugement de première instance ainsi que des conclusions des parties et de l'ensemble de leurs pièces. Il a parallèlement mené une enquête se concluant par une note récapitulative à laquelle la DRH de A a répondu le 19 avril 2021.
23. L'employeur maintient ne pas avoir discriminé Madame X en relevant que les présomptions du Défenseur des droits reposent sur des faits erronés, s'appuient sur des événements intervenus postérieurement à la rupture, qui n'ont pas pu contribuer à la décision de rompre la période d'essai, et sur des déductions infondées.
24. Sur le plan méthodologique, le Défenseur des droits relève que, même si des faits se sont déroulés postérieurement à la rupture de la période d'essai, ils ne peuvent être écartés d'office lorsqu'ils apparaissent pertinents pour mettre en évidence une situation de discrimination.

CADRE ET ANALYSE JURIDIQUE

La visite d'information et de prévention

25. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, la visite médicale d'embauche permettant de vérifier l'aptitude médicale des salariés n'est plus systématique. Sauf exception, les salariés sont soumis à une visite d'information et de prévention 3 mois maximum après leur embauche (art. L. 4624-10 du code du travail).
26. Conformément à l'article R. 4624-11 du code du travail, cette visite vise à :
 - interroger les salariés sur leur état de santé ;
 - les informer sur les risques éventuels auxquels leur poste de travail les expose ;
 - identifier si leur état de santé ou les risques auxquels ils sont exposés nécessitent une orientation vers le médecin du travail ;
 - les informer sur les modalités de suivi de leur état de santé par le service et sur la possibilité dont ils disposent, à tout moment, de bénéficier d'une visite à leur demande avec le médecin du travail.
27. En principe, le salarié est obligé de se rendre à une telle visite s'il a été régulièrement convoqué. Le refus de s'y rendre peut caractériser une faute justifiant une rupture de période d'essai ou un licenciement¹.
28. Toutefois, la jurisprudence semble exiger un refus systématique, prolongé et réitéré des salariés² face à des injonctions répétées de l'employeur les incitant à s'y rendre³ pour qu'une telle rupture du contrat de travail puisse être justifiée.
26. Il convient néanmoins de relever qu'en cas d'arrêt-maladie, les obligations contractuelles du salarié sont suspendues et que l'employeur ne peut pas, en principe, user de son pouvoir disciplinaire pendant cette période, sauf dans certains cas (ex : obligation de loyauté, respect de la non-concurrence etc...).
27. Indépendamment de la visite d'information et de prévention, les salariés peuvent solliciter une visite médicale, lorsqu'ils anticipent un risque d'inaptitude, dans l'objectif d'engager une démarche de maintien en emploi et de bénéficier d'un accompagnement personnalisé.
28. Conformément à l'article R. 4624-34 du code du travail, une telle demande « ne peut motiver aucune sanction ».

Réserves médicales et inaptitude pendant la période d'essai

29. Lorsque la visite d'information et de prévention n'a pas été réalisée par le médecin du travail, le professionnel de santé qui l'a effectuée peut, s'il l'estime nécessaire, orienter sans délai le travailleur vers le médecin du travail. Cette nouvelle visite, effectuée par le médecin du travail, a alors pour objet de proposer, si elles sont nécessaires, des adaptations du poste ou l'affectation à d'autres postes (article R. 4624-13 du code du travail).

¹ CA Aix en Provence, 29 janvier 2016, n° 13-05808.

² Cass. Soc., 18 octobre 1989, n° 87-42.280 ; Cass. Soc., 29 novembre 2006, n° 04-47.302 au sujet d'un refus de visite de reprise malgré trois mises en demeure de l'employeur.

³ Cass. Soc., 17 octobre 2000, n° 97-45.286.

30. Le médecin du travail peut constater l'inaptitude des salariés aux conditions prévues par l'article R. 4624-42 du code du travail⁴ et ainsi délivrer un avis d'inaptitude (prévu à l'annexe 3 de l'arrêté du 16 octobre 2017).
31. Les réserves du médecin du travail concernant une nécessité d'adaptation du poste doivent être prises en compte par l'employeur, peu importe que le salarié soit encore en période d'essai⁵.
32. La procédure à suivre liée à l'inaptitude du salarié est applicable pendant la période d'essai⁶. Sauf exception prévue par l'article R. 4624-42 du code du travail⁷, l'employeur doit chercher à reclasser le salarié dans l'entreprise et seule une impossibilité de reclassement lui permettra de valablement rompre la période d'essai⁸.

Application du principe général de non-discrimination au cours de la période d'essai

33. Le principe est celui de la liberté de la rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai. Ainsi, durant cette période, le contrat de travail (CDI ou CDD) peut être rompu par le salarié ou par l'employeur, sans nécessité d'en justifier la raison.
34. Toutefois, « si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus »⁹.
35. L'abus est caractérisé en particulier quand la rupture intervient pour un motif étranger aux capacités professionnelles du salarié¹⁰, qu'il s'agisse de son savoir-faire ou de son savoir-être¹¹.
36. Selon une jurisprudence constante, les dispositions relatives au principe de non-discrimination sont applicables à la période d'essai¹² et notamment l'article L. 1132-1 du code du travail en vertu duquel 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.
37. En cas de rupture de la période d'essai fondée sur un motif qu'il estime discriminatoire, il appartient simplement au salarié de présenter les éléments de fait laissant supposer l'existence de la discrimination (article L. 1134-1 du Code du travail).
38. Au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision a été justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

⁴ Il doit avoir procédé à 4 actions, à savoir :

1° avoir réalisé au moins un examen médical de l'intéressé, accompagné, le cas échéant, des examens complémentaires, permettant un échange sur les mesures d'aménagement, d'adaptation ou de mutation de poste ou la nécessité de proposer un changement de poste ;

2° avoir réalisé ou fait réaliser une étude de ce poste ;

3° avoir réalisé ou fait réaliser une étude des conditions de travail dans l'établissement et indiqué la date à laquelle la fiche d'entreprise a été actualisée ;

4° avoir procédé à un échange, par tout moyen, avec l'employeur.

⁵ Cass. Soc., 16 septembre 2009, n° 08-42.494.

⁶ L'inaptitude doit être constatée, après les 2 visites de reprise espacées de 15 jours, ou en une seule visite en cas de danger immédiat ou si une visite de préreprise a eu lieu dans les 30 jours qui précèdent. Une contestation est possible devant l'inspecteur du travail ; CE 17 juin 2009, n° 314729.

⁷ Le médecin du travail peut mentionner dans l'avis médical d'inaptitude que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi.

⁸ Cass. Soc., 25 février 1997, n° 93-40.185.

⁹ Cass. Soc., 20 janvier 2010, n° 08-44.465.

¹⁰ « La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience (...) » (art. L. 1221-10 du Code du travail).

¹¹ Cass. Soc. 20 novembre 2007, n° 06-41.212 ; Cass. Soc. 15 décembre 2010, n° 09-42.273.

¹² Cass. Soc., 16 février 2005, n° 02-43.402, Cass. Soc. 20 octobre 2020, n° 19-11.459.

39. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.
40. Il convient de rappeler par ailleurs que tout acte ou mesure pris en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul, conformément à l'article L. 1132-4 du code du travail.

Rupture d'une période d'essai et arrêt maladie

41. 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 peut être fondée que sur 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 travail¹³.
42. Le Défenseur des droits a présenté des observations sur ces situations, notamment devant les cours d'appel de E et Y qui ont retenu son analyse¹⁴.
43. La période d'essai étant destinée à tester les aptitudes du salarié à remplir ses fonctions, en cas d'absence au cours de cette période (maladie, accident du travail, congé ou autres), l'essai est prolongé d'une durée équivalente¹⁵. Lorsque la période d'essai a été suspendue suite à la maladie ou l'accident, professionnels ou non, du salarié, son terme peut être reporté d'autant. L'employeur dispose dans ce cas de ce délai complémentaire pour rompre l'essai.
44. Aux termes de l'article L. 1226-9 du code du travail, au cours des périodes de suspension du contrat de travail provoquées par un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur ne peut rompre le contrat que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie. En vertu de l'article L 1226-13 du code du travail, toute rupture du contrat de travail prononcée en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1226-9 du même code est nulle. La jurisprudence reconnaît que ces dispositions sont applicables à la rupture notifiée par l'employeur au cours de la période d'essai¹⁶.
45. Le fait qu'un salarié soit en arrêt de maladie n'interdit pas à l'employeur de notifier sa décision d'interrompre l'essai en raison de résultats jugés insatisfaisants et constatés avant la maladie du salarié¹⁷.
46. 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 victime¹⁸.
47. 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,

¹³ Cass. Soc., 10 avril 2013, n° 11-24.794.

¹⁴ Par ex, CA Paris, 21 février 2018, n° 16/02237 et Décision du Défenseur des droits MLD-2016-182 du 12 juillet 2016 et CA Poitiers, 11 février 2015, n° 14/02959 et Décision du Défenseur des droits, MLD-2014-189, 26 novembre 2014.

¹⁵ Cass. Soc., 22 mai 2002, n° 00-40.368 ; Cass. Soc., 16 mars 2005, n° 02-45.314.

¹⁶ CA Paris, 18 juin 2019, n° 17-08902.

¹⁷ Cass. Soc. 21 novembre 1979, n° 78-40.758.

¹⁸ Cass. Soc., 4 avril 2012, n° 10-23.876.

une insuffisance professionnelle en mettant fin, peu de temps après, à sa période d'essai¹⁹.

48. Une rupture de la période d'essai, intervenue immédiatement après que l'employeur a eu connaissance du malaise d'un salarié, a également été jugée discriminatoire²⁰.
49. En tout état de cause, la rupture du contrat de travail pendant l'arrêt de travail du salarié pour maladie peut ainsi contribuer à l'appréciation d'un lien entre la maladie du salarié et la décision de l'employeur d'interrompre la période d'essai et caractériser une discrimination.
50. Si les juges sont convaincus de l'existence d'un lien entre l'arrêt de travail et la rupture du contrat, ils prononceront la nullité de la rupture du contrat de travail et décideront d'une indemnisation du salarié pour la perte de salaire subie entre la rupture du contrat et sa réintégration ou son indemnisation²¹.

APPLICATION AUX FAITS DE L'ESPECE

La connaissance par la société A des problèmes de santé de Madame X et la concomitance entre cette situation et la rupture de la période d'essai

51. Si aucune pièce ne permet de démontrer avec certitude que la société A connaissait précisément la pathologie de Madame X, ainsi qu'elle l'a rappelé au Défenseur des droits, l'employeur ne peut toutefois nier avoir eu connaissance de l'existence de troubles de la santé et des complications médicales rencontrées par Madame X.
52. En effet, alors qu'elle était en poste depuis un mois, Madame X est placée en arrêt-maladie les 5 et 6 février 2018 puis elle a cumulé 3 arrêts de travail consécutifs (15-21 février, 22 février-6 mars, 6-30 mars 2018).
53. Elle a prévenu son employeur que son état de santé ne s'améliorait pas et qu'au contraire, elle devait consulter un spécialiste et envisager une opération chirurgicale. Ceci conforte le fait que Madame X faisait preuve d'une certaine transparence à l'égard de son employeur quant à ses difficultés de santé, même si ce dernier le conteste.
54. Madame X ne s'est pas rendue à la visite d'information et de prévention, dont la date programmée avait été fixée alors qu'elle était en arrêt-maladie.
55. La société A conteste l'idée qu'elle aurait dû attendre afin de pouvoir convoquer à nouveau la salariée à une visite médicale, dès lors que rien ne permettait, selon elle, de pressentir une future affection professionnelle ou une inaptitude professionnelle.
56. Or, il convient de relever que pendant un arrêt-maladie, le contrat de travail est suspendu et que les règles de sécurité sociale exigent en principe que le salarié se repose à son domicile sauf pendant les heures de sortie autorisées.
57. Alors que son arrêt de travail est renouvelé pour une période prolongée de plus de 3 semaines, Madame X dit avoir appelé son employeur afin d'être convoquée par la médecine du travail sur les conseils de son médecin-traitant qui aurait suspecté une maladie professionnelle. La société A ne conteste pas l'existence de cet appel mais affirme qu'il portait sur les attestations de salaire, bien que cette information à ce sujet ait déjà été donnée par texto par la responsable RH le 27 février 2018.

¹⁹ Cass. Soc., 16 février 2005, n° 02-43.402.

²⁰ CA Montpellier 17 octobre 2007 n° 07-726.

²¹ Cass. Soc. 25 janvier 2006, n° 03-47.517.

58. Alors qu'elle est toujours en arrêt-maladie, un courrier rédigé trois jours après cet appel l'informe que sa période d'essai est rompue.
59. La société A explique que sa décision n'est pas en lien avec l'état de santé de Madame X et qu'elle aurait en fait été prise avant son arrêt-maladie.
60. Or, le 21 janvier 2018, une tenue de travail était commandée pour Madame X qui dit l'avoir reçue fin janvier. Le 8 février 2018, elle était convoquée pour sa visite d'information et de prévention. Début février, personne ne s'attendait à ce qu'elle soit en arrêt de travail prolongé, ainsi qu'en atteste sa collègue, Madame F.
61. Seul le directeur général adjoint production de la société A, Monsieur G, affirme avoir été informé, fin janvier 2018, des difficultés rencontrées avec Madame X. Les deux supérieurs hiérarchiques directs de Madame X, à savoir Monsieur H, chef de poste entremets et Monsieur D, chef exécutif, n'attestent ni l'un ni l'autre, de la date à laquelle il aurait été convenu de rompre sa période d'essai.
62. La société A affirme avoir pris cette décision le 12 février 2018 et qu'il aurait été convenu de la notifier à Madame X en lui remettant un courrier en ce sens le 14 février 2018. Or, cela n'a pas été fait faute de transmission de ce courrier en interne. Il aurait alors été prévu de lui remettre la lettre le lendemain, ce qui n'a pas été fait non plus.
63. En réponse à l'enquête du Défenseur des droits, la société A explique que le 15 février 2018, « un entretien était prévu en fin de journée » mais qu'il n'avait finalement pas pu avoir lieu car Madame X « était partie chez son médecin ».
64. Cependant, rien ne démontre que Madame X avait préalablement été convoquée à un entretien le 15 février 2018 pour lui signifier la rupture de sa période d'essai.
65. De plus, Madame X a démontré que le 15 février 2018 elle était restée à son poste au-delà de ses horaires de travail. En effet, ses pointages attestent qu'elle est restée 50 minutes de plus par rapport à son emploi du temps prévu.
66. Dans ses conclusions devant la Cour d'appel de Y, la société A change sa version des faits et explique qu'en raison de la charge de travail ce jour-là, le manager de Madame X n'a pas eu le temps de la voir et donc de lui remettre en mains propres cette notification.

Sur la supposée insuffisance professionnelle de Madame X ayant justifié la rupture de sa période d'essai

67. Selon sa fiche de fonction, Madame X devait principalement réaliser des préparations à partir des recettes, en respectant les consignes de fabrication.
68. Il n'appartient pas au Défenseur des droits de substituer son appréciation à celle de l'employeur qui est seul juge de l'aptitude professionnelle du salarié à tenir le poste confié, ainsi que la société A l'a justement fait remarquer dans le cadre de l'enquête du Défenseur des droits.
69. Selon la société A, sa décision de rompre la période d'essai de Madame X « ne peut être critiquée à l'aune d'éléments théoriques, tels que ses bons résultats au CAP, ou sa réussite ultérieure au concours de l'Education nationale, qui n'ont aucun rapport avec les conditions pratiques de l'exercice des fonctions de commis pâtissier » dans sa structure.

70. Le Défenseur des droits relève néanmoins que rien dans le parcours de Madame X ne permettait *a priori* de douter de ses compétences professionnelles notamment théoriques.
71. Il est rappelé que la société A lui reprochait notamment de ne pas connaître certaines recettes de base. Or, aucun des cadres opérationnels et supérieurs hiérarchiques directs de Madame X n'évoque en fait de problème de connaissance ou de réalisation des recettes par cette dernière. D'autre part, le caractère fondé de ce reproche au regard des compétences professionnelles de Madame X est contredit par le parcours de la salariée.
72. A l'époque des faits, Madame X est âgée d'une trentaine d'année. Titulaire d'un brevet de technicien supérieur en hôtellerie restauration « art culinaire et arts de la table », elle a surtout travaillé en qualité de cuisinière et notamment dans un restaurant étoilé.
73. Ayant décidé de se réorienter, elle suit une formation à l'école de boulangerie et de pâtisserie de Y. Ses bulletins de notes font état d'un « très bon travail » (en pratique professionnelle de la pâtisserie) et d'un « excellent travail » (en technologie professionnelle en pâtisserie).
74. En juin 2017, elle obtient son CAP avec une moyenne générale de 17,26/20. Sa note à l'épreuve de « fabrication de pâtisserie » est de 16/20.
75. Lorsqu'elle présente sa candidature auprès de la société A, elle justifie d'expériences professionnelles de plusieurs mois cumulés au restaurant de I, de l'hôtel J et d'une pâtisserie artisanale à K, le L. Ses anciens employeurs attestent de son professionnalisme, sa compétence et sa technicité.
76. Depuis lors, la salariée a obtenu, en 2019, le diplôme de maîtrise « métiers de l'enseignement, de l'éducation et de la formation », parcours « professeur des lycées technologiques, métiers de la production culinaire, métiers de l'alimentation », avec la mention « très bien ». Admise au concours de l'Education nationale, elle enseigne désormais la pâtisserie dans un lycée professionnel de l'académie de M.
77. Le chef pâtissier du restaurant de I où elle a été en stage deux mois témoigne qu'elle « est une personne qui apprend rapidement » et dont il a apprécié la « rigueur ». Son professeur à l'école supérieure de professorat et d'éducation atteste en décembre 2018 qu'elle maîtrise « les techniques de pâtisserie » et qu'elle est « capable de produire des desserts de hauts niveaux ».
78. La société A a fait toutefois valoir devant le conseil des prud'hommes que Madame X avait exagéré ses expériences professionnelles en relevant qu'elle avait travaillé 2 mois au lieu d'un à l'hôtel J et qu'elle avait travaillé à I sans préciser qu'il s'agissait du restaurant administratif de I.
79. Madame X affirme qu'elle n'a jamais précisé avoir travaillé pour la présidence à I. Elle ajoute que si son CV indiquait une expérience au J de deux mois au lieu d'un, cela était le fait du site indeed.fr. En effet, elle y aurait intégré les dates qui se trouvaient à cheval sur deux mois. Le site aurait mécaniquement calculé qu'elle y avait acquis une expérience de 2 mois.
80. Même à considérer que la durée de son expérience et son contenu n'étaient pas conformes à la réalité, Madame X, qui avait par ailleurs cumulé neuf années d'expérience professionnelle en qualité de cuisinière, avait été engagée sur un poste

d'ouvrier catégorie III, coefficient 170, à savoir une « *jeune ouvri(ère) sortant de formation et détent(rice), en plus d'un CAP, d'une mention complémentaire (pâtisserie ou traiteur) ou d'un CAP connexe (pâtisserie, glacerie)* » conformément à la convention collective nationale de la pâtisserie du 30 juin 1983 étendue par arrêté du 29 décembre 1983.

81. La société A explique qu'elle « est (...) passée de productions luxueuses, mais néanmoins artisanales avec un effort essentiellement porté sur les finitions, à une production semi-industrielle ce qui n'est pas comparable et surtout n'exige pas les mêmes qualités, et elle n'est pas parvenue à s'y adapter ». Travaillant en outre en équipe, « il était attendu d'elle qu'elle soit en mesure de respecter le rythme et les cadences de la production ; étant précisé que la maison A a aujourd'hui atteint une taille et un mode d'organisation semi-industriel qui lui imposent de répondre à un rythme de production important ».
82. Dans son attestation en justice, Monsieur D, chef exécutif (responsable du laboratoire de Production de B) indique : « (...) nous n'avons pas reproché à Madame X d'être une incapable ni de ne pas faire un travail consciencieux, mais de ne pas parvenir à exécuter les tâches qui lui étaient confiées en respectant une double exigence de qualité et de quantité. (...) »
83. Monsieur H, chef de poste entremets, atteste que « (...) Madame X ne parvenait pas à suivre les cadences et à réaliser ses missions dans les délais impartis. Elle m'a indiqué qu'elle n'était pas en mesure de suivre la cadence du pochage. Les tâches à caractère répétitif représentaient pour Madame X une difficulté qu'elle ne parvenait pas à surmonter malgré mes remarques ».
84. Il convient de rappeler que Madame X souffre du syndrome du canal carpien²² et dans l'année suivant la rupture de sa période d'essai chez A, sa maladie a d'ailleurs été reconnue par la CPAM comme une maladie professionnelle.
85. Or, l'essentiel des reproches faits par A à l'égard de Madame X semblent en fait en lien direct avec sa pathologie puisqu'ils concernent ses difficultés à suivre la cadence, à utiliser la poche et à effectuer des tâches répétitives.
86. Le fait que la société A indique qu'elle a finalement embauché 8 autres salariés qui ont pourtant été placés en arrêt-maladie pendant leur période d'essai, ne permet pas de démontrer qu'elle n'a pas discriminé Madame X. Au-delà du fait que les arrêts-maladie de ces salariés étaient en majorité très ponctuels, rien ne démontre que dans les autres cas, les situations étaient comparables à celle de Madame X.
87. Dans sa réponse à l'enquête du Défenseur des droits, la société A indique qu'elle a déjà, par le passé, aménagé le poste de deux salariés sur la ligne conditionnement en Alsace. Elle aurait ainsi adapté la hauteur de la table d'un salarié souffrant du dos ou encore aménagé le temps de travail d'une autre salariée.
88. Elle estime, en revanche, qu'un aménagement n'était pas justifié dans le cas de Madame X « dans la mesure où ses difficultés en termes de réalisation n'étaient pas liées à notre connaissance à son état de santé ou une affection physique, mais à sa capacité

²² 82. Selon le site internet de la Caisse nationale de l'assurance maladie (<https://www.ameli.fr/assure/sante/themes/syndrome-canal-carpien/comprendre-syndrome-canal-carpien>), le syndrome du canal carpien fait partie des troubles musculo-squelettiques et figure parmi les maladies professionnelles les plus fréquentes. Il est caractérisé par la présence de symptômes au niveau des 3 premiers doigts de la main (douleurs, troubles de la sensibilité et diminution de la force). Il résulte d'une compression du nerf médian au poignet et il est favorisé par la répétition de certains mouvements ou postures de la main ainsi que par certaines maladies. « Parmi les causes de cette pathologie figurent notamment les mouvements nécessitant une force importante de la main ou l'utilisation répétée ou en force de la pince pouce-index. (...) »

professionnelle à s'adapter au rythme de travail requis et à réaliser des techniques de base ».

89. Il convient de relever qu'un avis d'inaptitude ne peut être rendu que par le médecin du travail, selon une procédure particulière et une étude du poste et des conditions de travail dans l'entreprise (article R. 4224-31 du Code du travail).
90. L'employeur ne peut pas substituer son appréciation à celle du médecin du travail²³. Il ne peut pas non plus en contourner l'application en rompant la période d'essai unilatéralement.
91. Il n'appartient pas non plus à l'employeur de juger de l'aptitude médicale d'un salarié à réaliser les missions essentielles de son contrat de travail, même en période d'essai. S'il a un doute sur ce point, il doit le convoquer à la médecine du travail.
92. Interrogée sur les indices de discrimination suivants à savoir :
 - les éléments démontrant que la société A avait connaissance des complications de santé de Madame X ;
 - les explications contradictoires de la société A sur les raisons pour lesquelles il n'a pas été notifié de la rupture avant les arrêts de travail de Madame X ;
 - la date de la notification de la rupture du contrat de travail pendant un 4ème arrêt de travail et après avoir été informée que Madame X risquait de devoir subir une intervention chirurgicale ;
 - les reproches faits à Madame X quant à son incapacité à réaliser ses tâches, liés en réalité à son état de santé, ses supérieurs directs auprès de A n'ayant pas remis en cause ses compétences et son professionnalisme ;
 - le fait que cette incapacité n'ait fait l'objet d'aucune reconnaissance d'inaptitude par le médecin du travail ;
 - la reconnaissance, par la suite, de la maladie de Madame X comme une maladie professionnelle,
 - la société A n'est pas parvenue à démontrer, conformément à l'aménagement de la charge de la preuve, qu'elle s'est appuyée sur la finalité propre de la période d'essai pour rompre celle de Madame X.
93. Compte tenu de ce qui précède, la Défenseure des droits conclut que A a rompu la période d'essai de Madame X en violation de l'article L. 1132-1 du code du travail prohibant toute discrimination fondée sur l'état de santé.
94. Elle décide de présenter des observations devant la Cour d'appel de Y.

Claire HÉDON

²³ V. également en ce sens les décisions du Défenseur n° 2019-198 du 24 juillet 2019 et n° 2018-044 du 29 janvier 2018.