

**ESSAI Rupture – Motif discriminatoire – Etat de santé du salarié (deux espèces) – Octroi de dommages et intérêts (première espèce) – Nullité – Réintégration (deuxième espèce).**

Première espèce :

COUR D'APPEL DE ROUEN (Ch. Soc.) 7 juin 2011

**Sté Sodisro contre X**

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

M. X a été engagé à compter du 22 avril 2009 en qualité d'employé commercial par la société Sodisro, dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps complet stipulant une période d'essai jusqu'au 21 mai 2009. Il s'est trouvé en arrêt de travail pour maladie du 11 au 17 mai 2009. Par lettre recommandée du 13 mai 2009 avec avis de réception, l'employeur lui a notifié sa décision de mettre fin à la période d'essai à compter de cette date, en lui précisant que son préavis de 48 heures expirait le vendredi 15 mai 2009. Par courrier recommandé du 22 mai 2009, X a contesté cette rupture intervenue pendant son arrêt maladie et le non-paiement de la journée de solidarité du 8 mai qui n'aurait pas été effectuée ce

jour-là dans l'entreprise. La société Sodisro lui a répondu par courrier recommandé du 28 mai 2009 que la rupture était intervenue au motif qu'il ne donnait pas satisfaction dans l'accomplissement de ses fonctions et que la date de la journée de solidarité avait bien été fixée au 8 mai 2009. Il a saisi le 9 septembre 2009 le Conseil de prud'hommes de Rouen qui, par jugement du 29 novembre 2010 auquel la Cour renvoie pour le rappel des demandes qu'il a présentées en première instance, a adopté les dispositions suivantes ;

- condamne la société Sodisro à payer à M. X les sommes suivantes : 1 388,03 euros à titre de dommages et intérêts pour rupture abusive, 71,04 euros pour le salaire du 8 mai, 700 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

- laisse les dépens de la présente instance à la charge de la société Sodisro.

- la société Sodisro a régulièrement interjeté appel de ce jugement. (...)

MOTIFS DE LA DÉCISION :

Les dispositions de l'article L 1132-1 du Code du travail relatives aux discriminations prohibées sont applicables à la période d'essai. X est fondé à se prévaloir de la concomitance entre sa période d'arrêt de travail pour maladie du 11 au 17 mai 2009 et la décision que lui a notifiée l'employeur de mettre fin à sa période d'essai à compter du 13 mai 2009, ainsi que de l'absence avérée de toute observation sur l'exécution de son travail entre le 22 avril et le samedi 9 mai 2009 comme éléments de fait suffisants à laisser supposer qu'il a été victime d'une discrimination en raison de son état de santé. Il appartient donc à la société de prouver que sa décision de rupture du contrat de travail est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (article 1134-1 du code précité).

La société Sodisro, qui prétend que X ne donnait pas satisfaction dans l'accomplissement de ses fonctions en raison de l'inadéquation entre les attentes de l'employeur et la prestation de travail du salarié, a versé aux débats une attestation délivrée le 26 mai 2009 par Mathieu Bemont (chef de rayon frais du magasin) qui rapporte avoir retrouvé dans la matinée du 8 mai 2009 des produits ultra frais périmés dans le rayon que X avait en charge et avoir pu constater que la rotation des produits n'était pas correctement effectuée, et un rapport d'activité de celui-ci daté du 8 mai 2009 faisant état des mêmes constatations, mais dont la seule signature ne permet pas d'identifier l'auteur. Elle a également produit un listing de régularisations de stock au 9 mai 2009 sur lequel ont été surlignés des « produits à date courte trouvés en rayon » qui auraient dû être retirés de la vente au moins cinq jours avant la date limite de consommation, et des produits dont une mention manuscrite précise qu'ils étaient périmés.

Les constatations ainsi rapportées sont limitées aux journées des 8 et 9 mai 2009, et il n'est pas avéré quelles aient été effectuées contradictoirement à l'égard du salarié mis en cause. N'étant donc pas suffisamment probantes, elles ne sont pas de nature à établir la réalité des manquements professionnels imputés à X par la société Sodisro.

Dans ces conditions, la société Sodisro n'apportant pas autrement la preuve que sa décision de rupture du contrat de travail de X en période d'essai ait été justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 1132-4 du

Code du travail applicables en la cause, de prononcer la nullité de cette décision X (né en 1975), qui n'a pas sollicité sa réintégration, est fondé à se prévaloir d'une ancienneté de trois semaines dans l'entreprise et d'une rémunération mensuelle brute de 1 388,03 euros fixée par son contrat de travail. Il ne justifie pas de l'évolution de sa situation professionnelle ou personnelle depuis le 15 mai 2009. En fonction de ces éléments, des circonstances de la rupture et du préjudice qui en est résulté, le Conseil de prud'hommes a fait une exacte appréciation du montant de la somme à laquelle il était en droit de prétendre à titre de dommages-intérêts (1 388,03 euros) et qui doit lui être attribuée au titre du caractère illicite de la décision de rupture de son contrat de travail.

S'il résulte de l'examen des pièces communiquées par la société Sodisro que, d'une part, les membres du comité d'entreprise avaient décidé le 17 avril 2009 que la journée de solidarité devait être effectuée soit le 8 mai, soit le 1<sup>er</sup> juin 2009, et que, d'autre part, elle a été mentionnée sur les bulletins de paie de certains salariés comme ayant été effectuée le 8 mai 2009, il n'est pas pour autant établi que X devait lui-même l'exécuter ce jour-là. S'agissant d'une journée supplémentaire de travail non rémunérée (articles L. 3133-7 et L. 3133-10 du Code du travail), et l'employeur ne justifiant pas que l'intéressé aurait cependant perçu une rémunération normale pour celle-ci, c'est avec raison que les premiers juges ont condamné la société Sodisro à payer à X la somme de 71,04 euros au titre du rappel de salaire correspondant.

Le Conseil de prud'hommes a fait une application équitable de l'article 700 du Code de procédure civile au profit de X et, eu égard à l'issue de l'instance d'appel, il peut lui être accordé la somme complémentaire de 1 000 euros qu'il sollicite pour frais non répétables exposés devant la Cour, qui devra lui être payée par la société Sodisro.

Il convient en conséquence de réformer partiellement le jugement déferé et de le compléter selon les termes du présent arrêt.

PAR CES MOTIFS :

Réformant partiellement le jugement rendu en la cause le 29 novembre 2010 par le Conseil de prud'hommes de Rouen, Prononce la nullité de la décision de rupture du contrat de travail de X notifiée le 13 mai 2009 par la société Sodisro en période d'essai,

Confirme le jugement déferé en ses autres dispositions, étant précisé que les dommages-intérêts sont accordés à X au titre du caractère illicite de cette décision de rupture.

(Mme Pams-tatu, prés. - Mes Pointel, De Pallissier, av.)

Deuxième espèce :

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE PARIS (Référé - Département) 13 juillet 2011

A. et syndicat CGT des Hôtels de Prestige et Economiques contre La Tour La Fayette SAS

Attendu que M. A. a été embauché par la société de La Tour La Fayette en qualité d'inspecteur de sécurité à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2010 par contrat à durée indéterminée écrit du 29 novembre 2010 prévoyant une période d'essai de trois mois éventuellement renouvelable ;

Que M. A. a été absent pour maladie à compter du 3 février 2011 ;

Que, par lettre du 8 février 2011, la société de La Tour La Fayette a informé M. A. que « *La période d'essai qui arrive à expiration le 28 février 2011 ne nous a pas permis de conclure à votre aptitude à remplir les fonctions envisagées. En conséquence, nous mettons fin à votre période d'essai et vous quitterez l'entreprise à*

*l'expiration du délai de prévenance de 14 jours, soit le 22 février 2011* » ;

Que M. A. considère que la rupture du contrat de travail est directement liée à son arrêt de travail pour maladie et qu'en application des articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du Code du travail, elle est nulle ; qu'il demande d'ordonner sous astreinte la poursuite du contrat de travail et sa réintégration dans l'entreprise ;

Attendu qu'en application des articles R.1455-5 et R. 1455-6 du Code du travail, dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans les limites de la compétence du Conseil de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ; même en présence d'une

contestation sérieuse, elle peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ;

Que constitue un trouble manifestement illicite la rupture du contrat de travail entachée de nullité en application des dispositions légales ci-dessus ;

Qu'il appartient alors au juge des référés d'examiner les moyens et preuves des parties, même en présence d'une contestation sérieuse ;

Qu'il ressort du dossier que M. A. a présenté des arrêts de travail médicalement justifiés, l'arrêt initial du 3 au 6 février 2011 étant successivement prolongé au moins jusqu'au 28 mars 2011 ;

Que la société de La Tour La Fayette prétend n'avoir été informée de cette absence pour maladie que le 9 février 2011, date du tampon "courrier arrivé" de la DRH sur le premier arrêt transmis, démontrant selon elle que la fin de l'essai ne peut pas être en lien avec un arrêt de maladie, dont elle n'avait pas encore connaissance lorsqu'elle a adressé la lettre de rupture du 8 février 2011 ;

Que M. A. affirme pour sa part avoir informé son supérieur hiérarchique de son arrêt de travail pour maladie par un appel téléphonique du 3 février 2011, ainsi qu'il peut en être justifié par la facture détaillée de ses appels ; qu'il a adressé le même jour en courrier simple le certificat d'arrêt de travail initial et que le tampon d'un service courrier interne à l'entreprise n'est pas une preuve contraire suffisante ;

Que la société de La Tour La Fayette produit aussi un échange de courriels entre la DRH et M. C., supérieur hiérarchique de M. A., dont il ressort que le 27 janvier 2011, la DRH a rappelé à M. C. le délai de prévenance de deux semaines applicable à la fin de l'essai ou à son renouvellement et que, s'agissant de la période d'essai de trois mois de M. A. à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2010, "le retour de sa fiche FE est fixé au 10 février 2011" ; que le 4 février 2011, M. C. a répondu en ces termes : "Comme discuté ce jour, je vous demanderais de bien vouloir mettre fin à la période d'essai de M. A.", donnant ensuite des précisions sur les "nombreuses difficultés à intégrer les procédures à respecter" et précisant : "M. A. étant absent, merci de lui signifier cette décision par lettre RAR" ;

Que cette dernière notation montre d'évidence que M.C. connaissait l'absence dans la durée de M. A. et donc aussi nécessairement son motif, ensuite de la communication téléphonique de l'intéressé ; qu'en effet, dans le cas contraire, il n'aurait pas manqué de signaler à toutes fins à la DRH une absence injustifiée la veille 3 février 2011 (sachant que M. A. était en repos le 4), sans pouvoir présumer une prolongation ultérieure ;

Qu'il sera aussi relevé qu'à réception du courriel du 27 janvier 2011, M. C. ne s'était pas manifesté auprès de la DRH pour l'informer de difficultés rencontrées dans l'exécution de son travail par M. A., et qu'il n'existe pas non plus de trace des dites difficultés, notamment dans l'encodage des passes, qui auraient dû normalement faire l'objet d'une remarque écrite afin de permettre à l'intéressé de se reprendre ;

Qu'il résulte de ces constatations que la rupture de la période de l'essai est directement liée à l'arrêt de travail pour maladie du salarié et donc à son état de santé ; qu'en conséquence, elle est nulle et qu'il convient de faire cesser ce trouble manifestement illicite et ordonner la réintégration de M. A. dans son emploi ;

Attendu qu'à titre de remise en état, M. A. a aussi droit au paiement par provision d'une somme réparant le préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre la fin du contrat de travail et la présente décision de réintégration dans la limite du montant des salaires dont il a été privé, et après déduction des revenus de remplacement qui ont pu lui être servis pendant la même période ;

Que la société de La Tour La Fayette sera donc condamnée à lui verser par provision sur cette indemnité la somme de 4 000 euros, des comptes restant à faire au fond sur les sommes perçues depuis la rupture par M. A. à titre d'indemnités journalières de la Sécurité sociale et d'allocations de chômage ; qu'il n'y a pas lieu d'ordonner la remise de bulletins de paie ;

Que le contrat devant se poursuivre, la demande d'indemnité de congés payés est sans objet.

Attendu que la rupture intervenue en méconnaissance de la protection du salarié malade a causé à la profession représentée par le syndicat CGT des Hôtels de Prestige et Economiques un préjudice justifiant l'octroi d'une provision de 1 000 euros sur dommages et intérêts ;

PAR CES MOTIFS :

Dit que la rupture du contrat de travail de M. A. en cours d'essai est nulle ;

Ordonne la réintégration de M. A. dans son emploi d'inspecteur de sécurité au sein de la société de La Tour La Fayette SAS à compter de la notification de la présente décision, et, passée cette date, sous astreinte provisoire de 200 euros par jour de retard à partir de celui où M. A. se présentera à son poste de travail pour le reprendre, et pour une période initiale de trois mois, la formation de départage se réservant la liquidation de l'astreinte ;

Condamne la société de La Tour La Fayette SAS à payer à M. A. par provision la somme de 4 000 euros ;

Condamne la société de La Tour La Fayette SAS à payer au Syndicat CGT des Hôtels de Prestiges et Economiques par provision la somme de 1 000 euros ;

Dit n'y avoir lieu à référé pour le surplus de la demande ;

Condamne la société de La Tour La Fayette SAS, sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, à payer à M. A. la somme de 500 euros et au syndicat CGT des Hôtels de Prestige et Economiques celle de 200 euros.

(Mme Dezardre, prés. - M. Lévy, mand. synd. - M<sup>e</sup> El Halfi, av.)

#### Note.

C'est la loi dite de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 qui a donné une définition de la période d'essai, en a fixé la durée et a institué des délais de prévenance, domaine autrefois exclusivement réservé aux conventions collectives dont il faut toujours se rapprocher pour apprécier l'application (1).

La période d'essai est celle qui permet au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent et à l'employeur d'évaluer les compétences de l'intéressé dans son travail, notamment au regard de son expérience (article L. 1221-20 du Code du travail).

(1) E. Suire, RPDS août 2009.

En cas de rupture avant la fin de la période d'essai, les règles de forme et de fond relatives au licenciement ne s'appliquent pas. En conséquence, il n'est nul besoin de motiver cette dernière.

Toutefois, cette liberté dans la rupture connaît ses limites (2). Depuis 1933, la Haute juridiction considère que l'essai a pour finalité d'apprécier les qualités du salarié, sanctionnant par le biais de la théorie de l'abus de droit tous les détournements quant à l'objet ou à la finalité de l'essai. A été jugée abusive, notamment, la rupture intervenue pour un motif non inhérent à la personne du salarié telle que la conjoncture économique ou la suppression de poste (3) ou celle intervenue dans l'intention de nuire ou par légèreté blâmable...

A cet encadrement traditionnel s'est peu à peu ajoutée la prise en compte de différents dispositifs légaux dont la simple existence d'un essai ne peut suffire à justifier l'éviction (4). Il a été jugé qu'il était interdit de résilier le contrat de travail pendant une période de suspension liée à une maladie professionnelle, à un accident de travail ou à une maternité. Tout comme la rupture du contrat au cours de la période d'essai d'un salarié protégé nécessite au préalable le respect de la procédure due au titre de son statut protecteur (5). D'une manière plus générale, les dispositions des articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du Code du travail interdisant toutes discriminations sont désormais clairement applicables à la période d'essai (6).

Dans la première espèce rapportée, le salarié avait été engagé dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée à compter du 22 avril 2009, avec mention d'une période d'essai d'un mois. Dix jours avant la fin de cette période d'essai, le salarié a été en arrêt pour cause de maladie. Deux jours après le début de cet arrêt de travail, l'employeur mettait un terme à la période d'essai sans aucune justification. Ce n'est qu'après contestation écrite du salarié que l'employeur va justifier de la mesure prise en invoquant une insatisfaction dans l'accomplissement de ses fonctions.

La Cour d'appel, confirmant le jugement déferé devant elle, a prononcé la nullité de la décision de rupture du contrat de travail notifiée en cours de période d'essai. Etant envisagé sur le terrain de la discrimination, le régime de la preuve s'en trouve aménagé (7). Il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de présenter au juge des éléments de fait laissant supposer l'existence

d'une discrimination directe ou indirecte et qu'il incombe alors à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, le juge formant sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles (article L. 1134-1 du Code du travail).

En conséquent, eu égard à sa finalité, il est normal de soutenir que la rupture de la période d'essai ne peut être entendue qu'au regard d'un motif exclusivement professionnel, dont l'employeur devra justifier en cas de contestation. Si ce dernier est défaillant dans la production de la preuve, il succombera. Les deux espèces reproduites en attestent.

La Cour d'appel a retenu que le salarié avait apporté des éléments suffisants laissant supposer qu'il avait été victime d'une discrimination en raison de son état de santé (adhésion à la mutuelle d'entreprise à la demande expresse de l'employeur six jours avant l'arrêt, absence totale d'observations), alors que l'employeur n'avait pas, quant à lui, rapporté les éléments de preuve de nature à établir la réalité de l'inadéquation entre ses attentes et la prestation de travail fournie par le salarié (erreurs sur deux jours dont l'imputabilité au salarié n'était pas certaine).

Dans la seconde affaire ci-dessus, le salarié a été embauché par contrat à durée indéterminée à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2010. Il était contractuellement prévu une période d'essai de trois mois, renouvelable une fois. Le salarié a été absent pour cause de maladie à compter du 3 février 2011. Le 8 février suivant, l'employeur mettait un terme au contrat en cours de période d'essai.

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale en sa formation des référés afin d'entendre déclarer que la rupture de son contrat de travail était atteinte de nullité car contraire aux dispositions des articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du Code du travail, estimant ainsi qu'il y a une discrimination liée à son état de santé. Le salarié demandait donc sa réintégration.

La formation des référés, après avoir rappelé les dispositions des articles R. 1455-5 et R. 1455-6 du Code du travail, souligne qu'il lui appartenait de faire cesser tout trouble manifestement illicite et que constitue un tel trouble la rupture du contrat de travail fondée sur l'état de santé. Partant de ce postulat, les juges des référés ont indiqué qu'il convenait d'examiner les moyens et preuves des parties.

(2) J.-Y. Frouin « Les éléments de précarité dans le CDI », Dr. Ouv. 1997 p. 127.

(3) Soc. 20 nov. 2007, n° 06-41.212, RDT 2008 p. 29, n. J. Pélissier.

(4) J. Mouly « La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique », Dr. Soc. 2005 p. 614.

(5) Soc. 26 oct. 2005, PBRI, 03-44.751, RPDS 2005 p. 351 ; v. une illustration CPH Nanterre 11 janv. 2008, Dr. Ouv. 2008 p. 496, n. A.M.

(6) Soc. 16 fév. 2005, n° 02-43.402.

(7) CPH Toulouse 7 nov. 2011, Dr. Ouv. 2012 p. 230, n. L. Bod ; Soc. 22 juin et 29 juin 2011, Dr. Ouv. 2011 p. 669.

La défense de l'employeur consistait à soutenir que la rupture était intervenue le 8 février et qu'il n'avait été informé de l'absence pour cause de maladie du salarié que le lendemain, date du tampon « courrier arrivé ».

Le salarié, quant à lui, soutenait qu'il avait informé son supérieur hiérarchique par téléphone, en étayant ses écrits par la production de sa facture détaillée. Cette pièce a été corroborée par les termes d'un mail échangé le lendemain de l'arrêt entre le supérieur hiérarchique du salarié et la DRH dans lequel il était clairement indiqué que la société connaissait l'absence du salarié et les raisons de cette dernière. En outre, l'employeur a été incapable d'indiquer quels motifs professionnels auraient conduit à la rupture de la période d'essai.

L'employeur succombant dans la charge de la preuve, le Conseil a tout simplement jugé que la rupture était directement liée à l'arrêt de travail pour cause de maladie du salarié et donc son état de santé qu'il convenait d'ordonner, sous astreinte de 200 € par jour de retard, la réintégration du salarié et en l'indemnisant au titre des préjudices subis.

On peut utilement rapprocher ces décisions du principe posé par la Cour de cassation à propos d'absences répétées d'un salarié malade : « *Les absences du salarié pour raisons de santé auxquelles la société pouvait aisément faire face constituaient en réalité la véritable cause du licenciement ce qui le rendait nul, ce licenciement constituant un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser en*

*ordonnant la poursuite du contrat.* » (8). La protection contre les discriminations trouve ainsi application quelle que soit la situation du salarié.

Surtout, chaque demande fondée sur une discrimination justifie de la saisine de la formation de référés, eu égard à la nature de trouble manifestement illicite (9). On se rappellera à cet égard l'acmé processuelle des affaires de discrimination syndicale chez Peugeot, affaire qui a constitué un tournant dans le droit français : même la réparation des anciens salariés de l'entreprise, retraités au moment de l'instance prud'homale, relève bien des pouvoirs de la formation de référé (10) !

Une réintégration qui interviendrait des mois, voire des années après, comme cela est le cas en matière de contentieux liés aux salariés protégés, a peu de sens, voire est impossible. Comme le soulignait Michel Henry « *une mesure de remise en état pourra être particulièrement appropriée si elle est ordonnée à un moment proche de la rupture, lorsque le dommage n'est pas encore constitué* » (11). En l'espèce, le choix d'une voie procédurale d'urgence conditionne l'effectivité du droit.

Concernant la réparation, la rupture étant nulle, le salarié est en droit de demander la poursuite de son contrat illégalement rompu, ainsi que la réparation de la totalité du préjudice subi, notamment par le versement des salaires qu'il aurait dû percevoir s'il avait continué à travailler, entre la période de la rupture et sa réintégration (12).

**Nathalie Bizot, Avocate au Barreau de Castres**

(8) Soc. 16 déc. 2010, Dr. Ouv. 2011 p. 194, n. B. Augier.

(9) V. déjà P. Moussy « Le référé prud'homal face aux discriminations », Dr. Ouv. 1992 p. 372 ; add. M.-A. Drica « Le juge prud'homal des référés face aux discriminations » Dr. Ouv. 1998 p. 431.

(10) Soc. 30 janv. 2002, p. n° 00-45.266, Dr. Ouv. 2002 p. 333, n. P. Moussy : la Cour d'appel ayant retenu l'existence d'un trouble manifestement illicite, la Cour de cassation énonce « *qu'après avoir relevé que les salariés justifiaient d'éléments propres à établir une différence de traitement à leur encontre, la Cour d'appel a constaté que l'employeur ne produisait aucun*

*élément comparatif suffisamment précis pour expliquer une telle différence ; qu'elle a pu en déduire que la discrimination dont les salariés avaient fait l'objet était liée à leur appartenance syndicale et décider à bon droit que l'obligation de l'employeur de réparer le préjudice subi du fait du blocage de leur carrière et du maintien de leur rémunération à un niveau inférieur à ce qu'elle aurait dû être n'était pas sérieusement contestable* ».

(11) « La réintégration des salariés non protégés », Dr. Ouv. 1995 p. 371, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(12) Ces sommes peuvent être susceptibles de déductions, v. obs. J. Guyon sous Soc. 2 juin 2010, Dr. Ouv. 2010 p. 608.