



Paris, le 12 novembre 2013,

Avis du Défenseur des droits n° 13-11

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 ;

Auditionné le 12 novembre 2013 par la Commission des Lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes.

Le Défenseur des droits a émis l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Dominique BAUDIS

Avis du Défenseur des droits

sur le projet de loi relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes

A l'occasion de l'examen du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes par l'Assemblée nationale, le Défenseur des droits a estimé qu'il était nécessaire, en application de l'article 32 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, de saisir les Président(e)s des Commissions des lois, des Commissions des affaires culturelles, des Commissions des affaires sociales du Parlement, les délégations aux droits des femmes ainsi que les rapporteurs du projet de loi, de différentes propositions de réformes.

A titre préliminaire, le Défenseur des droits souhaite souligner que l'approche choisie par le gouvernement, visant à intégrer la question de l'égalité entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des politiques publiques, est tout à fait opportune, au même titre que certaines avancées obtenues lors de l'examen du texte au Sénat.

C'est ainsi qu'il est satisfait des avancées portées par le projet de loi en matière d'évaluation des emplois à prédominance féminine, de protection de la parentalité et de la maternité des femmes en profession libérale et relevant du statut des intermittents du spectacle.

L'article 2 C par exemple, qui reprend les dispositions de l'accord national interprofessionnel du 1^{er} mars 2004, prévoit que les classifications professionnelles et notamment les critères d'évaluation fassent l'objet d'un examen quinquennal lors des négociations pour l'égalité professionnelle (article 13). Il reflète l'intérêt porté par les pouvoirs publics aux travaux portés depuis plusieurs années par le Défenseur des droits et illustrés au début de l'année 2013 par la publication du guide sur « l'évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine », dont l'objectif est de permettre la revalorisation des emplois à prédominance féminine et en particulier la mise en œuvre du principe « à travail de valeur égal, salaire égal ».

Il apparaît cependant que certaines dispositions pourraient connaître des améliorations, et notamment deux points particuliers. Le premier relève plus directement de la compétence du Défenseur des droits dans le domaine de la lutte contre les discriminations, et le second, de sa compétence dans le domaine de la défense des droits et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

1) Sur le contrat de collaboration libérale (article 4)

Le Défenseur des droits a été saisi de plusieurs réclamations portant sur la rupture de contrat de collaboration libérale au moment de la grossesse. Ces saisines ont mis en évidence une hétérogénéité des pratiques et des règles de protection liées à la maternité (règlement intérieur, code de déontologie, contrat type) au sein des différentes professions libérales.

Dans ce contexte, le Défenseur a engagé une réflexion en collaboration avec les professions libérales organisées en ordre afin d'améliorer les pratiques et plusieurs pistes de progrès ont été identifiées. Ainsi, le projet de loi, très largement nourri de ces travaux, présente-t-il un intérêt particulier pour le Défenseur et appelle à cet égard quelques observations.

L'article 4, portant modification du régime du contrat de collaboration libérale, vise à protéger les collaborateurs libéraux pendant la grossesse et le congé parental sans les exposer au risque d'une rupture de leur contrat fondée sur un motif discriminatoire. C'est l'objet du §1 de cet article, lequel représente une avancée significative.

En revanche, le § II de ce même article 4, qui précise que l'interdiction de la discrimination posée à l'article 5 de la loi du 27 mai 2008 s'applique aux contrats de collaboration libérale, nous paraît pouvoir être encore amélioré pour assurer une protection étendue à tous les praticiens libéraux.

Un premier complément viserait à s'assurer que le principe de non-discrimination s'applique non seulement au contrat de collaboration libérale mais bien à tous les types de contrat d'exercice libéral, qu'il s'agisse du contrat d'association, de remplaçant libéral, d'assistant libéral ou d'associés etc..., y compris lors de sa rupture.

Le § II de l'article 4 a pour objet de garantir l'applicabilité du principe général de non-discrimination à la rupture du contrat de collaboration. Il envisage de modifier l'article 5 de la loi 6 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, qui dispose que : « Les articles 1^{er} à 4 et 7 à 10 s'appliquent à toutes les personnes publiques ou privées, y compris celles exerçant une activité professionnelle indépendante » et propose de le compléter par les mots : « ou régies par un contrat de collaboration libérale. ».

Il n'apparaît pas que ce choix soit de nature à consolider la protection de toutes les personnes susceptibles de faire l'objet d'une discrimination fondée sur la grossesse et la maternité en situation d'exercice libéral :

- L'article 5 de loi du 27 mai 2008, dans sa rédaction actuelle, en visant les personnes « exerçant une activité professionnelle indépendante » couvre déjà les personnes régies par un contrat de collaboration libérale. Cet aspect de la réforme ressort des échanges que nous avons eus avec les ordres professionnels sur le projet de loi. En effet, le paragraphe V de l'article 18 de loi du 2 août 2005, qui unifie le régime du contrat de collaboration libérale précise que : « Le collaborateur libéral relève du statut social et fiscal du professionnel libéral qui exerce en qualité de professionnel indépendant ».
- Le fait de viser spécifiquement « les personnes régies par un contrat de collaboration libérale », fait naître un doute quant à l'applicabilité du principe de non-discrimination aux autres types de contrat d'exercice libéral (contrat d'association, contrat de remplaçant(e) libéral(e), contrat d'assistant(e) libéral(e), couramment utilisés dans les professions médicales).

Le Défenseur des droits craint qu'ainsi rédigé, cet amendement ne garantisse pas l'applicabilité effective du principe de non-discrimination à la rupture de tout contrat d'exercice libéral et en réduise la portée à la rupture du contrat de collaboration.

Récemment, la Cour d'appel de Paris a considéré que du fait des modalités particulières de la rupture du contrat de collaboration, pouvant intervenir à n'importe quel moment et sans motivation, « l'invocation d'une « discrimination » susceptible d'avoir motivé la rupture, à la supposer établie », était sans conséquence. Dans un arrêt du 20 décembre 2012, la Cour de Cassation a considéré non admis le pourvoi formé par la collaboratrice libérale visant à faire reconnaître le caractère discriminatoire de la rupture (fondée sur le grossesse) alors même que le Défenseur des droits avait présenté ses observations en rappelant l'applicabilité du principe de non-discrimination prévu par l'article 5 de la loi du 27 mai 2008 aux contrats de collaboration libérale, y compris à la rupture de ceux-ci.

Propositions :

C'est pourquoi nous soumettons à votre appréciation deux voies complémentaires :

La première, la plus proche du choix actuellement retenu par le projet de loi, pourrait consister à modifier le paragraphe I de l'article 5 de la loi du 27 mai 2008 afin de s'assurer qu'il s'applique bien à tous les types de contrat d'exercice libéral (contrat de collaboration libérale et autres contrats d'exercice libéral : remplaçant libéral, assistant libéral, associés), y compris à la rupture de ceux-ci.

La seconde pourrait consister, non plus à modifier la loi de 2008 sur les discriminations, mais à introduire à l'article 18 de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, une disposition précisant que les articles 1^{er} à 4 et 7 à 10 de la loi du 27 mai 2008 s'appliquent à tout contrat de collaboration libérale, y compris lors de sa rupture, de manière à garantir l'applicabilité du principe de non-discrimination au contrat de collaboration et plus précisément à la rupture de celui-ci.

2) Sur les dispositions visant à privilégier l'autorité partagée et à privilégier la résidence alternée (titre III bis)

Le Défenseur des droits souhaite également faire part de ses préoccupations quant aux dispositions relatives à l'autorité parentale, introduites sous le titre III bis du projet de loi.

En effet, le Défenseur des droits mesure au quotidien, par le biais des réclamations qui lui sont soumises, le désarroi de nombreux parents séparés et les effets préoccupants sur les enfants d'une situation de blocage entre leurs parents. Il est particulièrement attentif aux préoccupations soulevées dans les manifestations publiques d'associations de « pères » ou de « mères » qui veulent faire valoir leurs droits en cas de séparation conflictuelle.

Néanmoins, il n'apparaît pas que les solutions adéquates pourront nécessairement être trouvées par une voie privilégiant la pénalisation des comportements parentaux ou par une trop forte contrainte dans le cadre des procédures et décisions devant être prises et suivies par les juges aux affaires familiales.

Les juges aux affaires familiales sont d'ores et déjà soumis aux exigences du code de procédure civile en matière par exemple de motivation de leurs décisions ou d'audition des parties. Ils doivent en outre, au terme de l'article 373-2-6 du code civil, veiller spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.

Ainsi, le Défenseur des droits est particulièrement réservé sur le fait de donner a priori la préférence à un quelconque mode de résidence, alors que ce choix ne saurait résulter, au cas par cas, que d'une prise en compte exclusive de l'intérêt de l'enfant, notion de valeur constitutionnelle qui fait écho aux stipulations de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui précise que « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

Les questions relatives à la coparentalité font actuellement l'objet de réflexions menées sous l'égide de la garde des sceaux, ministre de la justice, et de la ministre déléguée chargée de la Famille, dont les conclusions devraient être connues dans la perspective du projet de loi sur la famille annoncé par le gouvernement. C'est pourquoi le Défenseur des droits estime qu'il est nécessaire de faire montre de la plus grande prudence s'agissant de la rédaction des modifications législatives envisagées concernant les modalités de garde des enfants.

Le Défenseur des droits souligne que toute évolution devra tenir compte de la marge d'appréciation donnée au juge pour prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et respecter les obligations internationales de la France en matière de droits de l'enfant.