

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n°MLD/2012-148

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 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ;

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 relative à la lutte contre les discriminations ;

Saisi par Madame F. qui estime avoir subi une discrimination fondée sur ses grossesses successives ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour de cassation.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

**Observations devant la Cour de cassation présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n°
2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le Défenseur des droits a été saisi le 15 février 2012 d'une réclamation de Mme F. relative à la rupture de son contrat de collaboration libérale en qualité d'avocate qu'elle estime fondée sur ses deux grossesses successives.
2. La réclamante, avocate de profession, a conclu le 9 février 2007 un contrat de collaboration libérale avec le cabinet d'avocat N.
3. Au mois d'avril, elle annonce sa grossesse aux associés. Au mois d'août, elle part en congé d'été puis en congé maternité. Elle reprend son travail au mois de mars 2008.
4. En octobre 2008, une augmentation de 1000€ par mois lui est accordée.
5. En mars 2009, elle est de nouveau enceinte. Elle part en congé maternité en novembre 2009 et reprend son poste en avril 2010.
6. Le 1^{er} juillet 2010, Monsieur L., associé du cabinet, lui fait part de sa décision de mettre un terme à leur collaboration.
7. Le 2 juillet 2010, une lettre confirmant la rupture de son contrat de collaboration lui est remise en main propre. Il est précisé que la durée de son préavis expire le 2 octobre 2010.
8. La réclamante est arrêtée à compter du vendredi 23 juillet 2010 jusqu'au 31 août 2010.
9. Le mercredi 28 juillet 2010, Monsieur L. lui notifie par courrier la fin anticipée de son délai de prévenance au 31 juillet 2010.
10. Avant de préciser les griefs à l'origine de la rupture anticipée du préavis de la réclamante fondés sur ses nombreux retards et absences, Monsieur L. rappelle dans son courrier les conditions dans lesquelles il a été amené à mettre un terme à leur collaboration et évoque notamment les deux grossesses successives de Mme F. :

« Tu as débuté ta collaboration au sein du cabinet le 12 février 2007, moyennant une rétrocession d'honoraires de 5000€ HT.

Trois mois plus tard, tu annonçais être enceinte, depuis à peu près autant de temps.

Après une semaine d'absence au mois de juillet, tu es partie le 10 août 2007 en vacances pour ne revenir que le 3 mars 2008, à l'issue de ton congé maternité, de sorte que ton absence du cabinet a duré 7 mois.

Moins de sept mois après ton retour, tu as sollicité l'octroi d'une importante augmentation en m'assurant que tu souhaitais désormais t'impliquer.

Encore confiant dans ta détermination à reprendre le travail et pour t'encourager, une augmentation de 1000€ t'a été accordée portant rétrocession à 6000€ à compter du mois d'octobre 2008.

Au mois de mars suivant, tu attendais un nouvel enfant.

Après quatre mois, d'une activité ralentie compte tenu de la fatigue dont tu te plaignais et de tes nombreuses absences, tu as quitté le cabinet à partir du 5 novembre 2009 pour revenir le 2 avril 2010.

A ton retour, tu as sollicité de ne pas travailler le mercredi après-midi, ce que je n'ai pas pu accepter, ayant impérativement besoin de deux collaborateurs à temps complet, ce que je t'avais régulièrement indiqué depuis l'origine de notre collaboration.

A partir de ce moment, les rendez-vous extérieurs se sont multipliés, les arrivées le matin sont devenues plus tardives alors même que chaque soir tu quittais le Cabinet entre 18h15 ou 18h30 maximum. Le vendredi, régulièrement, tu n'étais plus présente dès 17h30. »

[...]

Naturellement, la qualité de ton travail et ta facturation s'en sont trouvées affectées.

[...]

C'est dans ces conditions que le 2 juillet, je t'ai fait part de ma décision de mettre un terme à cette situation et à notre collaboration »

11. Monsieur L. poursuit son courrier en indiquant les griefs justifiant la rupture anticipée du préavis de Mme F. :

« Dès le 3 juillet, tu as multiplié les absences et les retards au-delà du raisonnable »,

[...]

Par ailleurs, évitant toute communication orale et demeurant cloîtrée dans ton bureau, tu as décidé de fonctionner uniquement par mail »,

[...] »

En résumé, depuis le début de ton préavis, le 2 juillet 2010 :

Tu n'as noté que 40 heures pour la période du 1^{er} juillet au 23 juillet 2010, total qui présente au demeurant une certaine exagération notamment pour le dossier X (plus de 18 heures) qui selon tes propres termes ne nécessitaient pas beaucoup de travail ;

Tu as bénéficié de près d'une semaine de congés au mois de juillet,

Tu es arrivée quasiment tous les jours entre 9h30 et 11h30 pour repartir dans les meilleurs des cas entre 18h et 18h30, sans compter certaines matinées et après-midi d'absences. »

[...]

L'ensemble de ces faits révèle de ta part une désinvolture, voire une intention de nuire que je ne peux laisser sans suite, en raison de la perte totale de confiance qui en est résultée.

Ainsi dans l'intérêt du cabinet, je considère désormais que notre contrat de collaboration est résilié à ce jour. »

12. Sur le fondement de ce courrier, Mme F. décide de saisir le bâtonnier par requête du 28 octobre 2010, invoquant le fait que la rupture de la collaboration est motivée par ses grossesses et donc discriminatoire et que la rupture du préavis n'est fondée sur aucun motif sérieux.

13. Par décision du 18 février 2011, le bâtonnier du barreau de Paris a estimé que *« les motifs invoqués le 28 juillet à l'appui de la rupture anticipée du délai de prévenance ne sont pas des manquements graves au sens de l'article 14-4 du règlement intérieur, qu'il n'est pas établi de pratique discriminatoire en raison des grossesses de Mme F. »*.

14. L'article 14-4 du règlement intérieur national de la profession d'avocat, prévoit que *« ces délais [de préavis] n'ont pas à être observés en cas de manquement grave flagrant aux règles professionnelles »*.

15. Mme F. a fait appel de la décision.

16. Par un arrêt du 11 octobre 2011, la Cour d'appel de Paris (pôle 2-chambre 1) a confirmé la décision du bâtonnier :

« Considérant qu'il n'est pas inutile de rappeler que, contrairement à la situation existant lorsqu'est conclu un contrat de collaboration salariée, la rupture d'un contrat de collaboration libérale, qui n'est pas un licenciement, n'a pas à être motivée et peut intervenir à tout moment ; que sont dès lors sans aucune portée les développements consacrés par Mme F. à l'absence de motifs de la rupture du 2 juillet comme à la recherche des véritables motifs, supposés ou cachés, de cette rupture ; que l'invocation d'une « discrimination » susceptible d'avoir motivé la rupture, à la supposer établie, est donc sans conséquence. »

17. Le Défenseur des droits a adressé un courrier d'instruction à la SCP N. en date du 10 mai 2012 auquel Maître L. a répondu en se contentant de transmettre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ainsi qu'une copie de ses écritures.

18. **L'article 14 de la directive 2006/54** du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et

femmes en matière d'emploi et de travail (qui a remplacé la directive 76/207) qui devait être transposée au plus tard le 15 août 2008, interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe dans les secteurs public ou privé concernant « *les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées* » mais également « *les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement (...)* »⁽¹⁾.

19. Les considérants de la directive rappellent qu'« *il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. Un tel traitement devrait donc expressément être couvert par la présente directive* ».
20. La Cour de justice a admis dans un arrêt *Danosa* du 11 novembre 2010 (aff. C-232/09), que si le membre d'un comité de direction n'avait pas la qualité de travailleuse, il n'en demeurerait pas moins que sa révocation « *pour cause de grossesse ou pour une cause fondée essentiellement sur cet état ne peut concerner que les femmes et constitue dès lors une discrimination fondée sur le sexe contraire aux articles 2, paragraphe 1 et 7, et 3 paragraphe sous c) de la directive 76/207* ».
21. Pour lors, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas été amenée à interpréter l'article 14 de cette directive lorsqu'elle est appliquée à des personnes non salariées. Toutefois, les termes très généraux de cette disposition ainsi que la jurisprudence *Danosa* précitée pourraient laisser penser que cet article couvre tant la rupture d'un contrat de travail salarié que celle visant une relation de travail prenant par exemple la forme d'une collaboration libérale.
22. Dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'UE, la plupart des Etats ont repris la formulation des directives portant sur l'égalité de traitement et l'ont étendue aux activités non salariées, y compris les professions libérales.
23. La loi n°2008-496 du 27 mai 2008 relative à la lutte contre les discriminations vise les salariés mais également les travailleurs indépendants, soit des personnes exerçant une activité non-salariée à caractère artisanal, commercial ou libéral, qui organisent leur travail librement, en dehors de tout lien de subordination. Elle couvre donc les contrats de collaboration libérale.
24. Plus précisément, l'article 2-2° de la même loi prohibe en effet « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle(...) en matière d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris en matière de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle* ».
25. L'article 2-3° de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, précise que « *toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité* ».
26. Enfin, l'article 4 prévoit que « *Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.* »
27. L'article 5 précise 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* ».

Sur la rupture du contrat de collaboration libérale des avocats

28. L'article 18 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises qui institue le contrat de collaborateur libéral, prévoit au paragraphe III, que ce contrat, à peine de nullité,

⁽¹⁾ V. CJUE 20 septembre 2007 *Kiiski* (aff. C-116/06). La CJCE a adopté une approche assez large de la notion de « licenciement » qui couvre pratiquement toutes les situations dans lesquelles il est mis fin à une relation de travail.

² La Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, est aujourd'hui remplacée par la directive 2006/54.

doit préciser « les conditions et modalités de sa rupture, dont un délai de préavis ». La loi laisse le soin aux parties (ou aux ordres professionnels qui proposent souvent des contrats types) de rédiger le contenu des clauses.

29. Dans le règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN), il est prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 14.4 relatif à la rupture que « *sauf meilleur accord des parties, chaque partie peut mettre fin au contrat de collaboration en avisant l'autre au moins trois mois à l'avance* ».
30. La rupture peut donc intervenir à tout moment, sans motif.
31. Ce principe admet une exception puisqu'il est prévu à l'alinéa 4 du même article que la rupture du contrat ne peut intervenir « *pendant la grossesse et la période de suspensions du contrat à l'occasion de l'accouchement sauf manquement grave aux règles professionnelles non liées à l'état de grossesse* ».
32. Cette protection qui ne vaut que pendant une période déterminée équivaut au principe de protection légale contre le licenciement de la salariée enceinte et accouchée prévu à l'article L.1225-4 du code du travail.
33. Si la rupture du contrat de collaboration libérale intervient pendant la période de protection prévue à l'alinéa 4 de l'article 14-4 du RIN, elle doit être motivée par un manquement grave aux règles professionnelles non liées à la grossesse.

Sur l'application du principe de non discrimination fondée sur le sexe et la grossesse à la rupture du contrat de collaboration libérale de Mme F.

34. En l'espèce, Mme F. ne se trouvait pas dans la période de protection prévue à l'alinéa 4 de l'article 14-4 du RIN lorsque son contrat a été rompu. Néanmoins, elle soutient que la rupture de son contrat est constitutive d'une discrimination directement fondée sur ses grossesses successives.
35. Elle reproche donc à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris d'avoir écarté l'application des dispositions relatives à l'interdiction de toute discrimination.
36. Dans l'arrêt attaqué, la Cour d'appel a retenu que le motif sur lequel repose la rupture du contrat de collaboration, même à le supposer discriminatoire, n'emporte aucune conséquence, et ce, du fait de la spécificité de la rupture du contrat de collaboration libérale (sans motif).
37. La Cour de Cassation a déjà eu à connaître d'un tel raisonnement s'agissant de la rupture de la période d'essai, période pendant laquelle les salariés et employeurs peuvent, en principe, librement mettre fin au contrat de travail, sous la seule réserve d'un délai de prévenance.
38. Un salarié dont la période d'essai avait été rompue, sans motif, quelques jours après sa reprise du travail (à la suite d'une absence liée à des récents problèmes de santé), estimait avoir été victime d'une discrimination liée à son état de santé.
39. De son côté, l'employeur considérait que la rupture d'un contrat de travail en période d'essai étant discrétionnaire, et pouvant, en conséquence, intervenir à tout moment, sans motif, l'article L. 122-45 du code du travail prohibant les discriminations ne trouvait pas à s'appliquer dans ces circonstances.
40. La Cour d'appel de Paris a rejeté l'argument de l'employeur et a considéré qu'il avait été mis fin à la période d'essai en raison de l'état de santé du salarié, donc pour un motif discriminatoire, de sorte que la rupture était nulle.
41. Cet arrêt était confirmé par la Cour de Cassation qui, dans un attendu de principe, a affirmé que :

« les dispositions de l'article L. 122-45 du code du travail (L. 1132-1 du code du travail) sont applicables à la période d'essai ».

« Et attendu que la Cour d'appel, ayant constaté que l'employeur avait manifestement souhaité écarter un salarié en raison de ses récents problèmes de santé, a légalement justifié sa décision ». (Cass. soc., 16 févr. 2005 : JurisData n°2005-026990 ; RJS 2005, n°339)

42. Par cet arrêt, la Chambre sociale de la Cour de Cassation interdisait à l'employeur de se prévaloir de la spécificité de la période d'essai (dont la rupture peut intervenir à tout moment sans motif) pour rompre le contrat sur le fondement d'un motif discriminatoire.
43. Si le caractère discrétionnaire de la rupture de la période d'essai est reconnu quand il s'agit d'apprécier les qualités professionnelles du salarié, ce qui fait l'objet de l'essai, des limites sont posées afin d'encadrer l'exercice de cette liberté : la rupture ne doit pas s'appuyer sur des motifs discriminatoires prohibés en tant que tels.
44. Dans une autre affaire, la Cour de Cassation a approuvé la Cour d'appel qui avait qualifié d'abusives la résiliation intervenue au cours de la période d'essai lorsqu'elle est « sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles du salarié »⁽³⁾.
45. En conséquence, et par analogie, le fait que la rupture du contrat de collaboration n'ait pas à être motivée, n'autorise pas qu'elle puisse reposer sur la prise en compte d'un motif que la loi n'autorise pas.
46. Or, d'une part, l'article 2-2° de la loi du 27 mai 2008 prohibe toute discrimination notamment fondée sur le sexe en matière de conditions de travail et d'autre part, l'article 2-3°, dont le champ d'application matériel, est encore plus large, vise toute différence de traitement fondée sur la grossesse ou la maternité à l'égard des personnes exerçant une activité professionnelle indépendante,
47. Ces dispositions s'appliquent donc à la rupture du contrat de collaboration libérale.

Sur l'application du principe d'aménagement de la charge de la preuve

48. Conformément à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008, « toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».
49. Dès lors que le litige se situe sur le terrain de la discrimination visée dans la loi du 27 mai 2008, la Cour d'appel aurait dû rechercher si Mme F. présentait des éléments de faits susceptibles de faire présumer une discrimination.
50. Il ressort du courrier du 28 juillet 2010 que les deux grossesses successives de Mme F. font partie des éléments, parmi d'autres, évoqués par Monsieur L. pour justifier la rupture du contrat de collaboration de cette dernière. Ces éléments laissent présumer le fait que la décision de rompre son contrat de collaboration n'est pas sans rapport à ses deux grossesses.
51. La référence aux deux grossesses successives semble indiquer, à elle seule, que la décision n'est pas étrangère à la prise en considération de ce motif discriminatoire qui ne peut pas, conformément à la loi, être pris en compte (Cass. Soc. 8 juillet 2009, n° 08-40139).
52. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

Considère que les dispositions relatives à l'interdiction des discriminations s'appliquaient à la rupture du contrat de collaboration libérale de Mme F. ;

Constate que Mme F. a produit des éléments de fait suffisants pour laisser présumer que la rupture de son contrat de collaboration est fondée sur ses grossesses successives au sens des articles 2-2°, 2-3° et 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée.

⁽³⁾ Cass. Soc. 16 février 2005, N°02-43402 ; Cass. Soc. 14 juin 2007, N°05-45219 ; Cass. Soc. 10 décembre 2008, JurisData n°2008-046213 N° 07-42445 ; CA Bordeaux 20 septembre 2011 *Association Oligad*, N°10/02060 (avec les observations de la HALDE)

