

Paris, le 15 juillet 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-142

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 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 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises modifiée par la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ;

Saisi par Madame X, par l'intermédiaire de son avocat, d'une réclamation relative à la rupture de son contrat de collaboration libérale qu'elle estime discriminatoire en raison de sa grossesse ;

Constata que Madame X a fait l'objet d'une discrimination en raison de son sexe, de sa grossesse et de son état de santé au sens des dispositions applicables et que la rupture de son contrat de collaboration libérale encourt la nullité ;

Décide de présenter ses observations devant la Chambre nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

Jacques TOUBON

**Observations devant la Chambre nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes dans
le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, par l'intermédiaire de son avocat, d'une réclamation relative à la rupture de son contrat de collaboration libérale qu'elle estime discriminatoire en raison de sa grossesse.

I. FAITS :

2. Le 17 avril 2015, Madame X est engagée en qualité de chirurgien-dentiste collaborateur auprès du docteur Y, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée.
3. Le contrat prévoit qu'elle effectuera les soins et travaux dentaires sur les patients du docteur Y, chirurgien-dentiste titulaire, au sein du cabinet de ce dernier situé à A, au sein du département W.
4. Elle est alors enceinte de deux mois et décide, à ce stade, de ne pas en informer le docteur Y.
5. Le début de son activité est fixé au 1^{er} juin 2015 avec une période d'essai de 4 mois pouvant être rompue à l'issue d'un préavis de 21 jours.
6. Le 27 mai 2015, Madame X consulte un médecin spécialiste au sein d'une clinique, dans le cadre du suivi de sa grossesse. Elle précise qu'elle attendait cette consultation pour informer le docteur Y de sa grossesse.
7. Le jour même, elle est hospitalisée au sein du service obstétrique de la clinique. Une intervention chirurgicale est programmée au 1^{er} juin 2015, avec une convalescence prévisible de 16 semaines.
8. Elle explique avoir alors demandé à Monsieur Z, son conjoint, de prévenir par téléphone le docteur Y de son absence.
9. Après un second avis médical, elle décide d'annuler l'intervention et de sortir de la clinique, le 30 mai 2015, contre avis médical.
10. Le 1^{er} juin 2015, elle adresse un sms au docteur Y lui expliquant qu'elle va devoir s'absenter jusqu'à début juillet et s'excuse pour la gêne occasionnée. En l'absence de réponse, elle lui renvoie le même sms en mentionnant une possible reprise fin juin.
11. Le 5 juin 2015, elle consulte un nouveau médecin spécialiste qui confirme qu'une intervention chirurgicale n'est pas nécessaire.
12. Le 8 juin 2015, elle prévient par téléphone le docteur Y de l'amélioration de son état de santé et de sa reprise anticipée. Le soir même, il lui adresse un sms en lui indiquant qu'il la recontacte le lendemain.
13. Le 9 juin 2015, le docteur Y lui annonce par téléphone qu'elle peut débiter son activité dès le 15 juin 2015. Il sera alors en congés jusqu'au 24 juin 2015. Il aurait insisté pour connaître les motifs de son absence et Madame X aurait alors décidé de lui annoncer sa grossesse.
14. Le jour même, elle aurait contacté le conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes du département W afin de les informer de la date de début de son activité. Des nouvelles concernant son état de santé lui auraient été demandées, son interlocuteur lui

expliquant que le docteur Y les avait informés de son absence le lendemain de son hospitalisation afin de savoir si un remplaçant était disponible.

15. Le 10 juin 2015, Madame X se rend au cabinet médical pour l'installation de son terminal de paiement électronique. Elle prévient préalablement le docteur Y, lequel se serait montré particulièrement distant et n'aurait pas eu le temps de la recevoir.
16. Le 11 juin 2015, le docteur Y rencontre le docteur B, président du conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes du département W, afin de lui faire part de son intention de rompre le contrat de la réclamante.
17. Suite à son passage au cabinet du 10 juin, par lettre remise en main propre au docteur Y le 12 juin 2015, la réclamante décide d'acter par écrit la situation. Le docteur Y lui aurait alors oralement indiqué qu'il allait mettre fin à son contrat suite à l'annonce de sa grossesse, en accord avec le docteur B.
18. Par lettre recommandée du 15 juin 2015, il lui notifie la rupture de son contrat de collaboration, sans motiver sa décision, avec un préavis jusqu'au 15 juillet 2015.
19. À compter du 16 juin 2015, la réclamante est placée en arrêt maladie.
20. Le 18 juin 2015, elle rencontre avec son conjoint le docteur B qui confirme son entretien avec le docteur Y. Le lien entre l'annonce de sa grossesse et la rupture de son contrat aurait été confirmé par le président du conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes du département W.

II. PROCÉDURE ET ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

21. Le 24 mars 2016, Madame X a saisi la juridiction ordinaire afin de contester la rupture de son contrat et voir reconnaître l'existence d'une discrimination en raison de sa grossesse.
22. Le 12 mai 2016, une audience de conciliation devant le conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes du département W a eu lieu, conformément aux dispositions de l'article R.4127-259 du code de la santé publique. Aucun accord n'a été trouvé entre les parties.
23. En vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a décidé d'engager une enquête. Par courriers du 23 juin 2016, les docteurs Y et B ont ainsi été convoqués par les services du Défenseur des droits afin d'être entendus dans le cadre d'une audition.
24. Par courrier du 15 juillet 2016 et par l'intermédiaire de son conseil, le docteur B a fait état de l'impossibilité d'honorer la convocation pour des raisons médicales.
25. Le 28 juillet 2016, le docteur Y, assisté de son conseil, a été entendu par les services du Défenseur des droits.
26. Par courrier du 29 octobre 2016, un certain nombre d'explications ont été sollicitées auprès du docteur B qui y a répondu, par l'intermédiaire de son avocat et après validation par l'ordre national des chirurgiens-dentistes, par courrier du 15 novembre 2016.
27. Le 3 mai 2017, une audience devant la Chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la région C s'est tenue à la suite de laquelle le docteur Y s'est vu notifier un avertissement.
28. Le docteur Y a interjeté appel de la décision devant la Chambre nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

29. Après analyse des éléments de réponse recueillis, le Défenseur des droits a décidé d'adresser au docteur Y, par courrier du 4 décembre 2018, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination et l'invitant à présenter tout élément et document utile sur l'ensemble des éléments recueillis au cours de son enquête.
30. Par courrier du 19 décembre 2018, le conseil du docteur Y y a répondu en apportant des éléments complémentaires qui ont été examinés par les services du Défenseur des droits.

III. CADRE JURIDIQUE :

31. Plusieurs textes interdisent les discriminations fondées sur la grossesse dans le domaine des activités non salariées, visant notamment les personnes exerçant une profession libérale.
32. Il convient de préciser que la procédure applicable devant la juridiction ordinaire saisie en l'espèce est la procédure administrative, écrite.
- Au niveau de l'Union européenne :
33. Les dispositions de la directive 2006/54/CE 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, sont applicables à la collaboration libérale en vertu de son article 6 qui prévoit que « le présent chapitre s'applique à la population active, y compris les travailleurs indépendants ».
34. Son article 14 interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe dans les secteurs public ou privé concernant par exemple les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées mais également en ce qui concerne notamment « les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement (...) ».
35. Par ailleurs, son article 15 dispose qu'« une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui sont pas moins favorables (...) ».
36. Dans son considérant 23, la directive rappelle 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 ».
37. La Cour de justice de l'Union européenne 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 »¹.
38. 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, il résulte des termes très généraux de cette disposition ainsi que la jurisprudence Danosa précitée

¹ 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

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.

39. Dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, 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.

- Au niveau national, l'application de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 aux professions libérales :

40. 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.

41. Plus précisément, l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 définit la notion de discrimination :

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2 ».

42. L'article 2-2° de la loi n°2008-496 prohibe « Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle ».

43. L'article 2-4° précise que « Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité ».

44. L'article 5-I de la loi n°2008-496 prévoit 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 ».

45. Par un arrêt du 27 janvier 2016, la Cour d'appel de Paris a consacré l'application de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 à la rupture du contrat de collaboration libérale des avocats².
46. Par ailleurs, l'application des dispositions protectrices au cours de la période d'essai ne semble pas poser difficulté, l'article 5 de la loi n°2008-496 visant l'exercice d'une activité professionnelle dans sa globalité, ce qui inclut l'embauche et l'exécution du contrat au cours de la période d'essai.
47. La liberté de rompre le contrat qui régit en principe la phase de l'essai ne doit donc pas dégénérer en abus et reposer sur un motif discriminatoire.
48. Enfin, l'article 4 de la loi n°2008-496 définit le régime de la preuve applicable :
- « 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. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».
49. Le Conseil d'État a également consacré le régime de l'aménagement de la charge de la preuve applicable en matière de discrimination³.
50. Outre les éléments de fait présentés par la personne qui s'estime victime d'une discrimination, la chronologie des faits doit également être prise en compte. Les faits de discrimination doivent ainsi être appréciés de manière globale.
- S'agissant de la rupture spécifique du contrat de collaboration libérale des chirurgiens-dentistes :
51. 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 que le contrat de collaboration libérale doit être conclu dans le respect des règles régissant la profession.
52. Par ailleurs, le paragraphe III 4° de la loi n°2005-882 indique que ce contrat, à peine de nullité, doit préciser « les conditions et modalités de sa rupture, dont un délai de préavis ».
53. La loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a introduit un paragraphe III bis relatif au congé maternité et à la protection de la femme enceinte :
- « La collaboratrice libérale en état de grossesse médicalement constaté a le droit de suspendre sa collaboration pendant au moins seize semaines à l'occasion de l'accouchement. À compter de la déclaration de grossesse et jusqu'à l'expiration d'un délai de huit semaines à l'issue de la période de suspension du contrat, le contrat de collaboration libérale ne peut être rompu unilatéralement, sauf en cas de manquement graves aux règles déontologiques ou propres à l'exercice professionnel de l'intéressée, non lié à l'état de grossesse ».
54. Le paragraphe III ter prévoit, quant à lui, que « Les articles 1^{er} à 4 et 7 à 10 de 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 s'appliquent à tout contrat de collaboration libérale, y compris lors de sa rupture ».

² CA Paris, pôle 2 chambre 1, 27 janvier 2016, n°13/21837

³ CE Ass., 30 octobre 2009, Perreux, req. n°298348 ; CE, Mme A, 10 janvier 2011, req. n°325268

55. La loi laisse le soin aux parties (ou aux ordres professionnels qui proposent souvent des contrats types) de rédiger le contenu des clauses.
56. Le code de déontologie des chirurgiens-dentistes qui régit la profession ne comporte pas de disposition relative au principe de non-discrimination ni à la protection de la maternité.
57. Une note relative à la prévention des conflits en matière de discriminations est disponible sur le site internet de l'ordre national des chirurgiens-dentistes depuis le 16 avril 2018⁴. Elle prévoit notamment que « le futur employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher ou rompre sa période d'essai ».
58. Depuis lors, plusieurs notes relatives à la lutte contre les discriminations ont été et mises en ligne sur le site de l'ordre national des chirurgiens-dentistes afin de compléter le dispositif.
- S'agissant de la sanction applicable en matière de discrimination et en cas de rupture du contrat de collaboration libérale :
59. L'article 18 de la directive 2006/54/CE relatif à l'indemnisation ou la réparation dispose :
- « Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour veiller à ce que le préjudice subi par une personne lésée du fait d'une discrimination fondée sur le sexe soit effectivement réparé ou indemnisé selon des modalités qu'ils fixent, de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi. Une telle compensation ou réparation ne peut être a priori limitée par un plafond maximal, sauf dans les cas où l'employeur peut prouver que le seul dommage subi par un demandeur comme à la suite d'une discrimination au sens de la présente directive est le refus de prendre en considération sa demande d'emploi ».
60. L'article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 vise « la responsabilité de la partie défenderesse en cas de préjudice causé à la personne victime de discrimination ».
61. Conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif, tel une discrimination, a droit, tant en matière civile qu'administrative, à une réparation intégrale des préjudices subis⁵.
62. La réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu.
63. La réparation en nature peut également porter sur des éléments des conditions de travail, comme la fourniture d'un véhicule ou la restitution des attributions professionnelles dont bénéficiait le salarié antérieurement à la discrimination et lui permettant le maintien de sa qualification professionnelle⁶.
64. Dans l'affaire Helen Marshall⁷ portée devant la Cour de justice de l'Union européenne, l'avocat général est venu préciser que « les diverses composantes essentielles du dommage traditionnellement envisagées par les législations relatives à la responsabilité » doivent être prises en compte. Il en va notamment ainsi de la « perte d'actifs matériels (damnum emergens), du manque à gagner (lucrum cessans), du dommage moral et du dommage résultant du retard dans l'exécution de l'obligation concernée ».

⁴ <http://www.ordre-chirurgiens-dentistes.fr/chirurgiens-dentistes/securisez-votre-exercice/divers/prevention-des-conflits-chirurgiens-dentistes-et-discriminations.html>

⁵ Cass. soc., 23 novembre 2005, n° 03-40826 ; CE, 11 juillet 2011, n° 321225

⁶ Cass. soc., 23 juin 2004, n°02-41011 ; CPH Lyon, départage, 6 octobre 2000, Ikéa

⁷ CJUE, 2 août 1993, Aff. M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, C-271/91

65. Il appartient à la juridiction saisie, au vu de ces éléments, de déterminer la réparation du préjudice qui doit être analysé de manière concrète, en considération des éléments de fait, au plus près de la réalité, dans le cas précis qui est examiné.

IV. ANALYSE JURIDIQUE :

66. En l'espèce, au soutien de sa réclamation et conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, Madame X présente un certain nombre d'éléments de fait laissant présumer que la rupture de son contrat de collaboration libérale par le docteur Y fait suite à l'annonce de sa grossesse et ses absences pour maladie.

67. En effet, elle produit des éléments concernant sa grossesse et son hospitalisation postérieurs à la conclusion du contrat de collaboration libérale, la lettre remise en main propre au docteur Y, des attestations de son conjoint ayant assisté à l'entretien avec le docteur B, les relevés d'appels téléphoniques avec le docteur Y, les éléments concernant son installation au sein du cabinet médical et dans la région jusqu'à la date de rupture de son contrat ainsi que la production d'arrêts maladie faisant état d'une dégradation de son état de santé après la rupture du contrat.

68. En outre, il convient de relever que la rupture de son contrat intervient le premier jour de son activité, le 15 juin 2015. Ses compétences n'ont donc pas pu être remises en cause, ce qui ne sera pas contesté par le docteur Y lors de l'enquête.

69. Madame X présente également un procès-verbal établi par voie d'huissier retraçant les échanges de sms avec le docteur Y faisant état de ses absences pour maladie.

70. Ledit procès-verbal constate également la conversation qui a eu lieu entre Madame X, assistée de son conjoint, et le docteur B, cette conversation ayant fait l'objet d'un enregistrement par la réclamante.

71. Les propos du docteur B relevés par voie d'huissier confirment que le docteur Y a eu connaissance de la grossesse de la réclamante et que la rupture de son contrat de collaboration libérale est liée à cette annonce : « Vous ne lui avez pas dit que vous étiez enceinte, il ne le savait pas, il apprend deux jours avant de commencer la collaboration que vous avez eu des complications. Alors il dit, il m'a dit moi je préfère rompre le contrat ».

72. Une « perte de confiance », un « manque de communication par rapport à votre état de santé » sont également évoqués par le docteur B.

73. Interrogé par les services du Défenseur des droits, le docteur B estime que ces propos ont été sortis de leur contexte.

74. Lors de l'enquête, l'enregistrement effectué à l'insu du docteur B par la réclamante a été critiqué comme constituant un mode de preuve déloyal.

75. Dans la dernière réponse communiquée, le conseil du docteur Y invoque l'absence de caractère contradictoire de cette pièce non diffusée préalablement à l'enquête du Défenseur des droits. Il vise à ce titre l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme.

76. Sur ce point, il convient de souligner que la jurisprudence est venue préciser que les dispositions de l'article 6-1 de la convention européenne ne sont pas applicables à la

procédure d'instruction interne au Défenseur des droits, à l'instar de celle de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité dont il a repris les missions⁸.

77. Néanmoins, le Défenseur des droits respecte ledit principe en interrogeant à plusieurs reprises les personnes mises en cause au cours de son enquête et en leur laissant un délai de réponse raisonnable qui peut être prorogé à leur demande.
78. À l'issue de son enquête, la décision finale du Défenseur des droits est notifiée à chacune des parties, accompagnée de l'ensemble des pièces sur lesquelles le Défenseur des droits a fondé cette décision. Chacune des parties est donc en mesure de répondre à cette décision afin de ne pas rompre l'égalité des armes devant la juridiction. Il ne saurait donc être valablement reproché au Défenseur des droits de ne pas avoir respecté le principe du contradictoire dans la présente espèce.
79. Concernant la recevabilité des enregistrements dits clandestins – effectués par les victimes à l'insu de l'agresseur, la Cour européenne des droits de l'homme a admis leur recevabilité comme mode de preuve dès lors qu'ils ont pu être discutés dans le cadre d'un procès équitable, en précisant que la cour doit toujours s'assurer que le moyen de preuve litigieux n'a pas été le seul retenu pour motiver la condamnation⁹.
80. En matière pénale, sur le fondement de l'article 427 du code de procédure pénale relatif à la liberté de la preuve admise dans le cadre du débat contradictoire, la jurisprudence admet que la preuve d'une infraction puisse être rapportée par un enregistrement audio clandestin réalisé à l'insu d'une partie, dès lors qu'elle est soumise au débat contradictoire¹⁰.
81. En matière administrative, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la question.
82. Toutefois, dans une décision du 10 juillet 2018, le Conseil National de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche (CNESER), juridiction d'appel des décisions rendues par les conseils de discipline des enseignants-chercheurs, s'est prononcé en faveur de la recevabilité de tels enregistrements.
83. Un enseignant-chercheur condamné par la section disciplinaire de l'université Lyon 2 à douze mois d'interdiction d'exercer et à la privation de son salaire pendant cette période pour des agissements de harcèlement sexuel, a saisi le CNESER afin qu'il sursoie à l'exécution de la sanction, au motif que les poursuites disciplinaires étaient fondées sur des enregistrements clandestins, en violation du droit au respect de sa vie privée.
84. Le CNESER, chargé de se prononcer sur l'exécution de la sanction prononcée, a considéré que l'université n'avait pas méconnu son obligation de loyauté en faisant reposer les poursuites disciplinaires sur les enregistrements de conversations téléphoniques effectués à l'insu du directeur de thèse, par la victime doctorante. Le CNESER précise à ce titre qu'il était « loisible à l'université d'apporter tout élément de preuve à l'encontre de M. X afin de permettre aux juges d'établir la vérité »¹¹.
85. En matière civile et par un arrêt du 3 octobre 2018, la Cour d'appel de Bastia a condamné un médecin psychiatre à indemniser une patiente pour non-respect du contrat de soins qui le liait à cette dernière au motif qu'il avait eu des relations sexuelles avec elle. La Cour d'appel s'est fondée sur la décision de la Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des

⁸ CA Paris, 22^{ème} Ch. A, 26 mars 2008, n°05/00312 ; CA, Paris, Pôle 6 - Chambre 7, 11 septembre 2014, S 12/02280 et Cass. soc., 28 septembre 2016, n°14-26387

⁹ CEDH, 12 juillet 1988 (n°10862/84), Schenk c/ Suisse

¹⁰ Cass. crim., 6 avril 1993, n°93-80184 ; 6 avril 1994, n°93-82717 ; 31 janv. 2012, n°11-85464

¹¹ Bulletin officiel n°35 du 27 septembre 2018 ; NOR : ESR1800176S ; décision du 10-7-2018 ; MESRI – CNESER ; dossier n°14-02

médecins qui avait reconnu la réalité des relations sexuelles entre le psychiatre et sa patiente sur la base d'un enregistrement sonore, effectué par cette dernière, à l'insu du psychiatre. Si la Cour ne s'est pas explicitement prononcée sur la recevabilité de tels enregistrements, elle ne les a cependant pas écartés alors que ces preuves sont habituellement considérées déloyales en matière civile¹².

86. Dans ces conditions, l'enregistrement même réalisé à l'insu de la personne, doit pouvoir être considéré comme un élément de fait ou un indice parmi d'autres permettant à la victime de laisser présumer l'existence d'une discrimination à son égard. Cet élément pouvant au demeurant être débattu contradictoirement entre les parties.
87. En l'espèce, l'enregistrement acté par voie d'huissier vient conforter la chronologie des faits détaillée par la réclamante et confirmer les éléments de fait qu'elle présente au soutien de sa réclamation et qui doivent être appréciés dans leur globalité.
88. Conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve applicable en l'espèce, il appartient au docteur Y de justifier les faits dénoncés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
89. Lors de son audition par les services du Défenseur des droits, le docteur Y a confirmé avoir eu connaissance de la grossesse de la réclamante avant de lui notifier la rupture de contrat.
90. Quant aux motifs de sa décision, il a déclaré :

« Plusieurs choses s'étaient passées avant et ne me plaisaient pas. Je n'avais pas besoin spécialement d'une personne. Elle m'avait demandé de ne pas travailler le mercredi et j'ai accepté, bien que ce jour-là, il y ait beaucoup de rendez-vous avec des enfants.

Une autre chose m'avait choqué. Elle connaissait mon chiffre d'affaires alors qu'en principe, cela n'est pas divulgué comme ça.

Troisième chose, elle m'a demandé si cela me gênait de prendre un assistant homme pour travailler avec elle. J'avais déjà deux assistantes et cela me suffisait mais j'ai dit "pourquoi pas". Je lui ai demandé si elle connaissait quelqu'un et elle a fini par me confirmer qu'il s'agissait de son ami. Cela pouvait montrer que je devais poser des questions pour avoir des précisions.

La quatrième chose est qu'elle n'a pas commencé le 1^{er} juin comme prévu donc il y avait un manque de confiance ».
91. Ces explications ont été confirmées dans la dernière réponse communiquée par l'intermédiaire de son conseil.
92. Les trois premiers motifs invoqués étaient, selon les déclarations du docteur Y, des éléments connus de ce dernier au moment de la conclusion du contrat, de sorte qu'ils ne paraissent pas suffisants pour justifier la rupture du contrat le premier jour d'activité de la réclamante, le 15 juin 2015.

¹² CA Bastia, 3 octobre 2018, chambre civile section 1, n° 15/00703 FL-C

93. En outre, le troisième motif est contesté par la réclamante qui a précisé aux services du Défenseur des droits qu'il n'avait jamais été question que son conjoint soit embauché en qualité d'assistant par le docteur Y.
94. Enfin, les explications du docteur Y apparaissent insuffisantes et contradictoires en ce qu'il semble avoir été contraint d'embaucher la réclamante alors qu'il n'avait pas besoin d'un collaborateur, de lui accorder son mercredi alors qu'il y avait beaucoup de rendez-vous ce jour-là voire d'embaucher son conjoint en qualité d'assistant alors qu'il avait déjà deux assistantes.
95. Quant au motif lié à l'absence de Madame X, le docteur Y connaissant les raisons médicales de cette absence, il est donc susceptible de caractériser l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé.
96. Il convient de souligner que les jurisprudences administrative et civile considèrent que la perte de confiance invoquée par l'employeur ne constitue pas un motif suffisant pour justifier la rupture du contrat de travail¹³. La rupture du contrat pour des motifs étrangers au travail ou la rupture intervenant peu de temps après la conclusion du contrat sans que l'employeur n'ait eu le temps de vérifier les compétences de l'agent ou du salarié doit être considérée comme abusive¹⁴.
97. Dans une affaire dans laquelle une salariée avait été embauchée et avait vu sa période d'essai rompue alors qu'elle n'était jamais entrée en fonction, le Défenseur des droits et la Cour d'appel de D saisie du litige ont considéré que la décision de l'employeur de rompre son contrat de travail était en lien avec l'annonce de sa grossesse et constituait une discrimination prohibée¹⁵.
98. Au vu de ces éléments, le Défenseur des droits considère que le docteur Y ne justifie pas que sa décision de rompre le contrat de collaboration libérale qui le liait à la réclamante est fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
99. Dans sa décision du 16 mai 2017, la Chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la région C a retenu, au visa de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, a considéré :
- « Si le docteur Y allègue que la rupture intervenue pendant la période de préavis est liée à la perte de confiance entre les praticiens, il existe un doute sérieux sur la cause réelle de la fin du contrat, intervenue peu de temps après que le docteur X a informé le docteur Y de son état de grossesse ; que la perte de confiance ne peut en tout état de cause être liée à un manquement du docteur X dans l'exécution de son contrat, dès lors qu'il est constant que celle-ci n'avait pas, en dépit des investissements réalisés, débuté son activité au cabinet de A ».
100. La Chambre disciplinaire, sur ces constatations, a infligé un avertissement au docteur Y.

¹³ CE, Section, 21 décembre 2001, n°224605 ; Cass. soc., 29 novembre 1990, RJS 1991, n°16-76 ; Cass. soc., 25 janvier 1991, n°88-42737 ; Cass. soc., 14 janvier 1998, n°96-40165

¹⁴ CE, 27 février 1995, n°105732 et art. 9 décret n°86-83 du 17 janvier 1986 ; Cass. soc., 22 novembre 1995, n°224605

¹⁵ Décision Défenseur des droits n°2012-155 et CA D, 17 octobre 2013, n°12/05371

101. Au vu de l'ensemble des éléments recueillis lors de l'enquête, le Défenseur des droits considère que l'absence de la réclamante pour motif médical puis son absence prévisible en raison de sa grossesse sont à l'origine du « manque de confiance » allégué par le docteur Y et ont ainsi motivé sa décision de rompre le contrat de collaboration libérale conclu avec Madame X.
102. 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 sexe, de sa grossesse et de son état de santé au sens des dispositions applicables et que la rupture de son contrat de collaboration libérale encourt la nullité.
103. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Chambre nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

Jacques TOUBON