CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
MME CHRISTINE STIX-HACKL
présentées le 10 novembre 2005 [1]

I — Introduction

1. La présente affaire concerne essentiellement la question de savoir si une femme se trouvant en congé de maternité subit un traitement défavorable — critiquable du point de vue du droit communautaire — lorsque le droit national lie l'acquisition du statut de fonctionnaire — et les conséquences juridiques qui y sont attachées — à l'entrée en fonctions effective.

II — Le cadre juridique

A — *Le droit national*

2. La juridiction de renvoi a décrit la législation nationale pertinente comme suit: selon les dispositions espagnoles relatives à l'occupation des postes de fonctionnaires, l'entrée en service du fonctionnaire est une condition préalable pour l'acquisition de ses droits. Le statut du personnel non sanitaire au service des institutions sanitaires (Estatuto de personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias), approuvé par l'ordonnance du 5 juillet 1971, ne prévoit pas d'exception à cet égard.

3. Le point 9 de la décision de l'Instituto Nacional de la Salud (ci-après l'«Insalud») du 3 décembre 1997, par laquelle ont été publiés le concours général et les bases communes des épreuves de sélection pour l'attribution de plusieurs postes vacants dans diverses catégories au sein des institutions sanitaires rattachées à l'Insalud, indique, dans le paragraphe 2 de la section relative à la nomination et à l'entrée en service, que les candidats nommés disposent d'un mois, à compter du premier jour suivant la publication de la décision, pour prendre possession de leur poste. Le paragraphe 3 précise que le candidat ou la candidate qui ne prend pas possession de son poste dans le délai prescrit est déchu de tous les droits découlant de sa participation au concours, sous réserve d'une cause justificative qui doit être appréciée par l'organisme qui a convoqué le concours.

1 — Langue originale: l'allemand.

4. Selon les indications de la juridiction de renvoi, cette réglementation relative au concours applique les dispositions du décret royal nº 118/1991, du 25 janvier 1991, qui, dans son article 12, paragraphe 5, prévoit que — sauf cas de force majeure — les personnes qui n'ont pas présenté leur dossier dans le délai prescrit ne peuvent pas être nommées.

B — *Le droit communautaire*

5. La directive 76/207/CEE du Conseil [2] vise à l'élimination, dans les conditions tant de travail que d'accès aux emplois ou aux postes de travail, à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, de toute discrimination fondée sur le sexe, tout en précisant qu'elle ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

6. Par ailleurs, la directive 92/85/CEE du Conseil [3] établit certaines exigences minimales en matière de protection de celles-ci.

7. En ce qui concerne le congé de maternité, la directive 92/85 garantit, à son article 8, le droit à un congé de maternité d'au moins quatorze semaines continues, dont une période obligatoire d'au moins deux semaines. En outre, elle prévoit, à son article 11, que le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate ainsi que les autres droits liés au contrat de travail doivent être assurés pendant le congé visé à l'article 8.

III — Les faits, la procédure et les questions préjudicielles

8. Mme Sarkatzis Herrero (ci-après, également, la «demanderesse au principal») a formé le 12 septembre 2003 un recours en constatation et en paiement contre l'Instituto Madrileño de la Salud (ci-après l'«Imsalud»), par lequel elle demande que la date de sa nomination soit prise en compte aux fins du calcul de son ancienneté auprès de cet organisme, et non pas la date à laquelle elle a occupé son poste.

9. Mme Sarkatzis Herrero fournissait ses services auprès de l'organisme défendeur en tant qu'agent temporaire, dans un premier temps au sein de l'Insalud et ensuite auprès de l'Imsalud, à la suite d'un transfert des compétences et des services sanitaires, accompagné d'une cession du personnel

2 — Directive 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 (JO L 39, p. 40).

3 — Directive du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (JO L 348, p. 1).

qui y était attaché, auquel a procédé l'Administración Central del Estado en faveur de la Comunidad Autónoma de Madrid, transfert qui a pris effet à compter du 1er janvier 2002.

10. Par décision du 3 décembre 1997, à une époque où Mme Sarkatzis Herrero fournissait encore ses prestations au sein de l'Insalud, cet organisme a organisé un concours sur épreuves pour le recrutement de personnel permanent.

11. Mme Sarkatzis Herrero a participé à ce concours et, conformément à une décision du 20 décembre 2002, elle a obtenu un poste de fonctionnaire auxiliaire administratif. Cette même décision désignait une affectation précise, qu'elle devait occuper dans un délai d'un mois.

12. Le 27 novembre 2002, la demanderesse au principal, qui était alors sur le point d'accoucher, s'est adressée à l'organisme public (qui était déjà l'Imsalud) au sein duquel elle occupait un poste d'agent temporaire, afin d'être informée de sa situation administrative au sujet de son entrée en service et de son congé de maternité prévisible pour cette date. Le 9 décembre 2002, l'Imsalud lui a communiqué que, dans l'hypothèse où elle se trouverait en congé de maternité à la date de publication de la vacance du poste à pourvoir, elle devrait l'informer de son état afin d'obtenir l'autorisation de prolongation du délai pour son entrée en service au-delà de la période de son congé de maternité. D'après cette même information transmise à la demanderesse au principal, elle devait prendre possession de son poste à l'issue de son congé de maternité; à ce sujet, il était renvoyé à une certaine décision de l'Insalud datée du 3 décembre 1997 qui fixe, semble-t-il, les critères qui doivent être suivis dans de tels cas.

13. Le 20 décembre 2002, Mme Sarkatzis Herrero a demandé une prolongation du délai pour son entrée en fonctions, conformément aux renseignements qui lui avaient été communiqués. Dans le même temps, elle a demandé que les jours de congé de maternité soient pris en compte dans le cadre du calcul son ancienneté, en invoquant à cet égard la législation espagnole visant à concilier la vie familiale et professionnelle des travailleurs. Par une communication du 8 janvier 2003, la prolongation du délai lui a été consentie sans qu'aucune référence ne soit faite à sa seconde demande.

14. Partant du principe que, en raison de la prise du congé de maternité, la demanderesse au principal est désavantagée au niveau de sa carrière et du calcul de son ancienneté, la juridiction de renvoi a saisi la Cour des questions préjudicielles suivantes:

«1) Les dispositions de droit communautaire en matière de congé de maternité

et d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi doivent-elles être interprétées en ce sens qu'une femme qui est en congé de maternité et qui obtient, au cours de cette période, un poste de fonctionnaire doit bénéficier des mêmes droits que ceux qui sont reconnus aux autres candidats ayant réussi le concours d'accès à la fonction publique?

2) Sans préjudice de la solution qui s'imposerait dans le cas d'une travailleuse qui accède pour la première fois à l'emploi, dans l'hypothèse où le lien de travail est en cours, mais est suspendu en raison du congé de maternité, l'accès au statut d'employée du personnel ou de travailleuse à durée indéterminée constitue-t-il l'un des droits de promotion dans l'emploi dont le caractère effectif ne saurait être entravé du fait que la travailleuse se trouve en période de congé de maternité?

3) Concrètement, en vertu des dispositions précitées, et notamment celles relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi et une fois celui-ci obtenu, la travailleuse contractuelle qui est en congé de maternité au moment où elle obtient son poste permanent a-t-elle le droit de prendre possession de celui-ci et d'acquérir le statut de fonctionnaire avec les avantages attachés à ce statut, tels que la date de départ pour le calcul de son ancienneté et, ce, dès ce moment-là et dans les mêmes conditions que les autres candidats ayant obtenu un poste, indépendamment du fait que, en vertu des dispositions de droit interne applicables, le cas échéant, l'exercice des droits, qui est lié à la prestation effective de son travail, est susceptible d'être suspendu jusqu'au commencement réel de ladite prestation?»

IV — Analyse juridique

A — *Observations liminaires sur les questions préjudicielles et sur le raisonnement suivi*

15. Par sa première question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande s'il découle du principe communautaire de l'égalité de traitement et des dispositions de droit communautaire relatives au congé de maternité qu'une femme qui se trouve en congé de maternité et qui obtient, au cours de cette période, un poste de fonctionnaire doit bénéficier des mêmes droits que ceux qui sont reconnus aux autres candidats ayant réussi le concours d'accès à la fonction publique.

16. La première question préjudicielle constitue une question très générale, dont

la réponse peut être tirée directement de la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt rendu le 18 novembre 2004 dans l'affaire Sass [4], la Cour a indiqué qu'«un travailleur féminin est protégé, dans sa relation de travail, contre tout traitement défavorable motivé par le fait qu'il est ou a été en congé de maternité» [5], sans faire de distinction en fonction du fait que le traitement défavorable concerne une relation de travail en cours ou une relation de travail débutant à l'issue du congé de maternité.

17. Dans ce cadre, la Cour a rappelé que, «[e]n effet, une femme qui subit un traitement défavorable en raison d'une absence pour congé de maternité est discriminée du fait de sa grossesse et de ce congé. Un tel comportement constitue une discrimination fondée directement sur le sexe au sens de la directive [76/207]» [6].

18. Même si la demanderesse au principal invoque formellement un traitement défavorable dans le cadre de l'accès à son nouvel emploi — et non pas dans le cadre de la relation de travail existante sur la base de laquelle le congé de maternité a été octroyé, comme dans l'affaire Sass —, il convient de retenir qu'il semble qu'elle a en tout cas subi un traitement défavorable en ce qui concerne l'accès à son nouveau statut de fonctionnaire, selon elle «en raison d'une absence pour congé de maternité», et, par conséquent, la transposition de la solution de l'arrêt Sass paraît à première vue concevable en principe.

19. Cependant, la première question préjudicielle a été concrétisée par la juridiction de renvoi dans la troisième question préjudicielle en ce qui concerne les éventuelles prétentions concrètes de la demanderesse au principal. Avec cette troisième question, la juridiction de renvoi souhaite essentiellement savoir si le droit communautaire s'oppose à l'exigence d'une entrée en fonctions effective pour l'accès à la carrière de fonctionnaire que prévoit le droit national dans la mesure où elle conduit à un traitement défavorable — dont la nature est détaillée dans la demande de décision préjudicielle — pour des femmes qui ne peuvent pas entrer en fonctions en raison d'un congé de maternité. Afin de pouvoir donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, le principe de l'interdiction de la discrimination doit être examiné en considération de la discrimination — concrète — que décrit le juge national et c'est pourquoi les première et troisième questions préjudicielles peuvent être étudiées ensemble.

20. Toutefois, il convient au préalable de rechercher les dispositions de droit communautaire à la lumière desquelles les questions susmentionnées doivent être examinées. La

4 — C-284/02, Rec. p. I-11143.

5 — Ibidem, point 35.

6 — Ibidem, point 36.

première question préjudicielle ne mentionne que les «dispositions de droit communautaire en matière de congé de maternité et d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi», alors que la troisième question préjudicielle met en relief les dispositions relatives à ce dernier point. La deuxième question préjudicielle concerne les dispositions de droit communautaire pertinentes dans la mesure où, avec cette question, la juridiction de renvoi souhaite essentiellement savoir si la situation de demanderesse au principal doit être considérée comme un accès à un nouvel emploi ou plutôt comme une promotion dans le cadre d'une relation de travail existante.

21. Néanmoins, il convient de remarquer que la deuxième question préjudicielle est formulée en tant que question hypothétique, car la juridiction de renvoi utilise la formulation «sans préjudice de la solution qui s'imposerait dans le cas [...]» dans sa question. Toutefois, la question présente un lien étroit avec l'affaire au principal, car — comme il a déjà été indiqué — celle-ci vise en fin de compte à savoir si l'entrée en fonctions en tant que fonctionnaire de la demanderesse au principal dans un service dans lequel elle travaillait déjà en tant qu'agent contractuel avant son congé de maternité doit finalement être considérée comme la poursuite d'une activité professionnelle dans le cadre d'une relation de travail existante ou plutôt — justement en raison des modifications fondamentales de sa situation juridique — comme l'accès à une nouvelle activité professionnelle.

22. La réponse à la deuxième question préjudicielle conditionnant la réponse aux première et troisième questions, il semble opportun de commencer par définir le cadre juridique et, dans ce contexte, de répondre à la deuxième question préjudicielle.

B — *La législation applicable*

23. Dans sa demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi se réfère à plusieurs reprises à la directive 96/34/CE du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES [7]. Elle indique notamment que, conformément à cette directive, il existe en principe un droit à retrouver son poste de travail ou un travail équivalent à l'issue du congé parental. La juridiction de renvoi mentionne également le point 6 de la deuxième clause de la partie II de l'accord-cadre de la directive 96/34, selon lequel «[l]es droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus dans leur état jusqu'à la fin du congé parental. À l'issue du congé parental, ces droits, y compris les changements provenant de la législation, de conventions collectives ou de la pratique nationale, s'appliquent».

7 — JO L 145, p. 4.

24. À ce sujet, il convient cependant de remarquer que la demanderesse au principal se trouvait en congé de maternité — et non pas en congé parental — au moment auquel elle devait prendre ses fonctions et — comme l'ont soutenu la défenderesse au principal, le gouvernement espagnol et la Commission — la directive 96/34 ne peut donc pas être considérée comme déterminante pour l'issue du litige.

25. Dans la mesure où la juridiction de renvoi se réfère aux «dispositions de droit communautaire en matière de congé de maternité», celle-ci demande manifestement une interprétation de la directive 92/85. L'applicabilité de cette directive à l'espèce dépend en revanche de la question de savoir si le traitement défavorable invoqué par la demanderesse au principal est relatif à des droits qui relèvent de la protection offerte par la directive 92/85 [8].

26. Dans ce contexte, le fait que la demanderesse au principal ait bénéficié du congé de maternité en tant qu'agent contractuel présente une importance. Elle n'a cependant pas invoqué le fait que ses droits issus de la directive 92/85 [9] aient été violés en ce qui concerne la relation de travail existante. La directive 92/85 ne réglemente pas expressément la réintégration de la jeune mère dans son emploi existant. Ce n'est qu'avec la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil [10], qui a repris les principales dispositions de la directive 92/85 et les a intégrées à la directive 76/207, que le droit de retrouver le même emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne doivent pas conduire à une détérioration de la situation des personnes concernées est prévu: l'article 2 de la directive 76/207, tel que modifié par la directive 2002/73, dispose en effet, entre autres, qu'«[u]ne 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 soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence.

Tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE constitue une discrimination au sens de la présente directive».

8 — Il convient de rappeler l'objectif de protection du congé de maternité conformément à la directive 92/85: «[le droit au congé de maternité] vise, d'une part, à la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci et, d'autre part, à la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement» — voir arrêt du 18 mars 2004, Merino Gómez (C-342/01, Rec. p. I-2605), avec des références aux arrêts du 12 juillet 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047); du 30 avril 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011), et du 27 octobre 1998, Boyle e.a. (C-411/96, Rec. p. I-6401).

9 — Il s'agit du droit au maintien d'une rémunération et/ou du droit au bénéfice d'une prestation adéquate, ainsi qu'au maintien des autres droits liés au contrat de travail. Il convient, en outre, de mentionner la protection contre le licenciement.

10 — Directive du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207 (JO L 269, p. 15). Le délai de transposition de cette directive n'ayant expiré que le 1er octobre 2005, celle-ci n'est *pas* directement applicable à l'espèce.

27. Mais, même en l'absence de cette précision faite par la directive 2002/73, le retour d'une jeune mère à son poste de travail après un congé de maternité présente un lien direct avec le droit au congé de maternité. Le droit au congé de maternité serait illusoire si le droit de retrouver son ancien emploi sans désavantage n'existait pas, car la possibilité d'une «période d'absence» serait accompagnée d'un risque de dégradation des conditions de travail, ce qui dissuaderait très probablement les femmes de partir en congé de maternité.

28. Le cas de la constitution d'une nouvelle relation d'emploi ou, comme dans l'affaire au principal, d'une relation de travail de fonctionnaire présentant un lien temporel étroit avec le congé de maternité se distingue nettement de celui du retour à l'ancien emploi — ou à un emploi équivalent — à l'issue du congé de maternité: l'entrée en service en tant que fonctionnaire crée une nouvelle relation de travail. La défenderesse au principal tout comme le gouvernement espagnol renvoient aux différences fondamentales entre la situation juridique d'un agent contractuel et celle d'un fonctionnaire qui, selon eux, existent en droit national et, d'après leur point de vue, la nouvelle relation de travail ne peut donc pas être considérée comme une poursuite de l'ancienne relation de travail [11]. Même si l'interprétation du droit communautaire ne saurait être fonction du droit national, ces explications illustrent en tout cas la «rupture» dont l'existence doit être admise entre l'ancienne et la nouvelle occupation, d'autant plus que l'entrée en service en tant que fonctionnaire ne peut avoir lieu qu'après la réalisation d'un concours — et après nomination —, mais jamais sur la base d'une promotion par rapport à une relation de travail antérieure.

29. Le fait que, en l'espèce, la relation de travail de fonctionnaire ait été constituée auprès du même service que celui par lequel la demanderesse était antérieurement employée en tant qu'agent contractuel ne peut pas être décisif: la question relative à un éventuel traitement défavorable résultant de l'exigence d'une entrée en fonctions effective se serait posée dans les mêmes termes si la demanderesse au principal avait changé de service, et il apparaît donc que, en l'espèce, ce n'est pas le retour à un emploi antérieur qui est concerné, mais l'accès à un nouvel emploi.

30. Il découle également de la jurisprudence de la Cour que le refus de constituer une relation de travail avec une femme enceinte ne tombe pas dans le domaine d'application de la directive 92/85. Dans l'arrêt rendu le 4 octobre 2001 dans l'affaire Jiménez Melgar [12], la Cour a en particulier jugé que le non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée ne tombe pas dans le champ d'application de la protection contre le licenciement prévue à l'article 10 de la

11 — Cependant, cela n'affecte pas l'éventuelle prise en compte des emplois antérieurs aux fins du classement ou du calcul de l'ancienneté.

12 — C-438/99, Rec. p. I-6915.

directive 92/85; néanmoins, elle a précisé que «toutefois, dans la mesure où le non-renouvellement [...] est motivé par l'état de grossesse de la travailleuse, il constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, contraire aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de la directive 76/207». Dans l'arrêt rendu le 3 février 2000 dans l'affaire Mahlburg [13], la Cour avait déjà conclu que «[l]'article 2, paragraphes 1 et 3, de la directive 76/207/CEE [...] s'oppose au refus d'engager une femme enceinte pour un emploi à durée indéterminée au motif qu'une interdiction légale de travail attachée à cet état fait obstacle, pour la durée de sa grossesse, à ce qu'elle occupe, dès le départ, ledit emploi». Le refus d'engager une femme en raison de sa grossesse [14] doit donc être examiné à la lumière du principe de l'égalité de traitement issu de la directive 76/207.

31. Si la directive 92/85 n'est pas applicable au refus d'engagement d'une femme qui est enceinte ou se trouve en congé de maternité, il doit en aller ainsi à plus forte raison pour le cas dans lequel le recrutement a certes lieu, mais dans des conditions qui permettent de conclure à une discrimination fondée sur le sexe. En l'espèce, Mme Sarkatzis Herrero ne n'est pas vu refuser son recrutement, puisque, en particulier, sa demande de prolongation du délai pour son entrée en service a été suivie d'une réponse positive [15].

Toutefois, elle invoque un traitement défavorable dans la mesure où le report de son entrée en service résultant de son congé de maternité pourrait lui causer un désavantage en ce qui concerne sa future carrière et le calcul de son ancienneté. Par conséquent, la directive 92/85 n'est en tous cas pas applicable à ce type de traitement défavorable dans le cadre d'un nouvel emploi.

32. En l'espèce, la question de droit essentielle est donc celle de savoir si les articles 2, paragraphes 1 et 3, et 3 de la directive 76/207 interdisent de s'orienter par rapport à l'entrée en fonctions effective en ce qui concerne le point de départ de la carrière de fonctionnaire et le calcul de l'ancienneté.

33. Certes, la présente affaire concerne l'accès à la fonction publique; la Cour a toutefois déjà jugé, dans l'arrêt rendu 21 mai 1985 dans l'affaire Commission/Allemagne [16], que, compte tenu de la «portée générale» des principes définis par la directive 76/207, «la directive 76/207, de même d'ailleurs que la directive 75/117, s'applique aux rapports d'emploi dans le service public» [17].

13 — C-207/98, Rec. p. I-549.

14 — Le refus d'engager une femme se trouvant en congé de maternité apparaît comparable au refus d'engagement en raison de la grossesse, car la grossesse est une condition du congé de maternité.

15 — Le fait que, conformément au droit national, il s'agisse manifestement d'une décision discrétionnaire ne devrait pas être compatible avec le principe de non-discrimination de la directive 76/207 et avec la finalité de protection de la directive 92/85 en cas de reponse négative, cette question ne se pose cependant pas en l'espèce.

16 — 248/83, Rec. p. 1459.

17 — Ibidem, point 16.

C — *L'interdiction de la discrimination en droit communautaire*

34. L'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207 interdit toute discrimination fondée sur le sexe et les articles 3 et suivants de cette même directive délimitent les domaines dans lesquels aucune discrimination ne doit avoir lieu. Ainsi, les discriminations directes ou indirectes sont interdites dans les cas suivants: au niveau des conditions d'accès à l'emploi (y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement), au niveau de l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, au niveau de la formation, du perfectionnement et du recyclage professionnels ainsi qu'au niveau de l'expérience professionnelle, au niveau des conditions d'emploi et de travail et au niveau de la participation à une organisation représentative de travailleurs ou autres.

35. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que le non-recrutement d'une femme en raison de sa grossesse relève de l'interdiction de la discrimination des articles 2, paragraphes 1 et 3, et 3 de la directive 76/207 [18]. Dans l'affaire Mahlburg [19], le défendeur avait essayé de justifier le non-recrutement en invoquant notamment le fait qu'il existait une interdiction de travail ayant pour objectif la protection de la femme enceinte. À ce sujet, la Cour a jugé que «[...] l'application des dispositions relatives à la protection de la femme enceinte ne saurait avoir pour conséquence un traitement défavorable en ce qui concerne l'accès à l'emploi d'une femme enceinte, en sorte qu'elle ne permet pas à un employeur de refuser d'embaucher une candidate enceinte au motif qu'une interdiction de travail motivée par cette grossesse l'empêcherait de l'affecter, dès le départ et pour la durée de sa grossesse, au poste à durée indéterminée à pourvoir».

36. La protection spéciale dont bénéficient les femmes enceintes ou les jeunes mères — et dont l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 reconnaît expressément le caractère légitime au regard du principe de non-discrimination — ne doit donc pas leur causer un préjudice, comme la Cour l'a déjà indiqué dans l'arrêt Thibault [20], dans lequel elle a jugé que «l'exercice des droits conférés aux femmes conformément à l'article 2, paragraphe 3, de la directive ne peut faire l'objet d'un traitement défavorable en ce qui concerne leur accès à l'emploi ainsi que leurs conditions de travail et que, dans cette perspective, la directive vise à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle» [21].

37. Les dispositions relatives au congé de maternité font partie des dispositions spéciales relatives à la protection de la femme au sens de l'article 2, paragraphe 3, de la

18 — Arrêt Mahlburg (précité note 13), point 30.
19 — Arrêt précité note 13.
20 — Précité note 8.
21 — Ibidem, point 26.

directive 76/207 [22]. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire Sass [23] au sujet de la prise en compte de périodes de congé de maternité aux fins de classement dans une catégorie de rémunération supérieure, la Cour s'est en particulier rattachée à sa jurisprudence dans l'affaire Thibault et a jugé qu'«un travailleur féminin est protégé, dans sa relation de travail, contre tout traitement défavorable motivé par le fait qu'il est ou a été en congé de maternité» [24]. À titre d'explication, la Cour a ajouté que, «[e]n effet, une femme qui subit un traitement défavorable en raison d'une absence pour congé de maternité est discriminée du fait de sa grossesse et de ce congé. Un tel comportement constitue une discrimination fondée directement sur le sexe au sens de la directive 76/207» [25]. La Cour a finalement jugé que la prise d'un congé de maternité, «d'une part, n'interromp[t] ni la relation de travail de la femme concernée ni l'application des droits y afférents et, d'autre part, ne saurait entraîner un traitement défavorable de cette dernière» [26].

38. Cependant, l'affaire Sass se différencie de l'espèce dans la mesure où le congé de maternité entraînait un traitement défavorable dans le cadre d'une relation de travail existante, comme le gouvernement du Royaume-Uni l'a relevé à juste titre.

39. Mais, si la directive 76/207 vise à déboucher sur une «égalité substantielle et non formelle», ses articles 2, paragraphes 1 et 3, et 3 doivent alors être interprétés dans le sens que ces articles interdisent tout traitement défavorable de la femme concernée en raison de ou en relation avec la prise d'un congé de maternité en tant que congé légal de protection, sans que la question de savoir si le traitement défavorable concerne une relation de travail existante ou une nouvelle relation de travail importe. Cela découle également du principe formulé au point 48 de l'arrêt Sass, dans la mesure où la Cour y fait une différenciation entre, d'une part, l'interruption de la relation de travail existante et l'application des droits y afférents et, d'autre part, le traitement défavorable de la femme.

40. Les législations nationales doivent par conséquent être aménagées de manière à ce que la prise d'un congé de maternité ne se répercute pas négativement sur les droits d'une femme dans le cadre de son entrée en service en tant que fonctionnaire.

41. La juridiction de renvoi décrit le traitement défavorable prétendument subi par la demanderesse au principal comme suit: la demanderesse se trouvait en congé de maternité à la date prévue pour son entrée en fonctions [27]. Étant donné qu'un report de

22 — Voir arrêt Thibault (précité note 8), point 24.

23 — Précité note 4.

24 — Ibidem, point 35.

25 — Ibidem, point 36.

26 — Ibidem, point 48.

27 — Un mois à partir du 20 décembre 2002.

la date d'entrée en service lui a été accordé, la demanderesse au principal a effectivement pris ses fonctions le 5 avril 2003. Cependant, le droit national attache apparemment [28] à l'entrée en fonctions effective diverses conséquences juridiques relatives, d'une part, à la naissance de la relation de travail de fonctionnaire et, d'autre part, aux droits qui en découlent [29]. Étant donné que, en l'espèce, la prise du congé de maternité a conduit à une entrée en fonctions retardée, le lien fait par le droit national avec cette entrée en fonctions effective conduit finalement à ce que la carrière débute seulement à partir de ce moment et que l'ancienneté — sous réserve de la prise en compte des emplois antérieurs au sein de la fonction publique, conformément à l'exposé du gouvernement espagnol [30] — soit également calculée à partir de ce moment — avec les conséquences qui s'ensuivent pour l'octroi d'éléments de la rémunération dépendant de l'ancienneté ou pour les possibilités de promotion. Compte tenu des prémisses de la juridiction de renvoi, la prise du congé de maternité conduit donc certainement à un traitement défavorable de la femme concernée.

42. On pourrait certes affirmer que la demanderesse n'a subi aucune discrimination fondée sur le sexe, car elle n'a pas été traitée de manière plus défavorable qu'un collègue de sexe masculin qui est effectivement entré en fonctions le même jour qu'elle [31]; mais cette affirmation ne tient pas compte du fait que la date de la prise de fonctions effective est justement forcément influencée par la prise du congé de maternité, dans la mesure où le droit national ne prévoit pas d'entrée en fonctions «fictive» — par exemple par le biais de la signature d'un document — et, par conséquent, une comparaison avec la situation d'un collègue de sexe masculin n'apparaît pas pertinente en l'espèce.

43. Il convient enfin de remarquer qu'il appartient au juge national de déterminer, au moyen d'une interprétation du droit national conforme au droit communautaire, la date décisive pour l'accès à la carrière de fonctionnaire de manière à ce qu'une femme se trouvant en congé de maternité ne subisse pas, en ce qui concerne l'accès à la fonction publique, de traitement défavorable par rapport à d'autres lauréats d'un concours.

28 — Il convient de renvoyer au fait que l'interprétation du droit national est de la compétence exclusive du juge national (voir arrêt du 13 octobre 1976, Saieva, 32/76, Rec. p. 1523, point 7). Dans la mesure où le gouvernement espagnol conteste l'interprétation du droit national faite par la juridiction de renvoi en ce qui concerne le caractère déterminant de la date d'entrée en service pour le calcul de l'ancienneté — en renvoyant essentiellement au fait que, conformément à la loi n° 70/1978, toutes les périodes de service dans la fonction publique, indépendamment de la nature de l'emploi, sont reconnues — son exposé apparaît dépourvu de pertinence, car la Cour doit en principe se fonder sur les données de la demande de décision préjudicielle.

29 — Selon les pièces du dossier, il s'agit, premièrement, de droits de rémunération et de droits de sécurité sociale et, deuxièmement, du calcul de l'ancienneté, qui se répercute finalement sur la rémunération par le biais des échelons d'ancienneté. Concernant la notion de «trienos», voir affaire Commission/Espagne (C-205/04, encore pendante devant la Cour).

30 — Les observations du gouvernement espagnol n'indiquent en tout cas pas dans quelle mesure le calcul de l'ancienneté effectué conformément au droit national tient compte du congé de maternité (par exemple, par le biais de l'assimilation de ce congé au temps de service).

31 — Voir arrêt Sass (précité note 4), point 58: la Cour compare la situation d'une femme qui a pris le congé concerné par rapport à celle d'un collègue de sexe masculin qui a commencé son travail le même jour qu'elle.

V — Conclusion

44. Sur la base des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre comme suit aux questions de la juridiction nationale:

«Les articles 2, paragraphes 1 et 3, et 3 de 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, doivent être interprétés en ce sens qu'un agent temporaire qui, au moment où il obtient un poste permanent, se trouve en congé de maternité a un droit d'accès à la carrière de fonctionnaire avec tous les droits qui y sont directement ou indirectement liés, et ce aux mêmes conditions que les autres candidats, qui ont obtenu un poste au même moment que lui, sans qu'une différenciation puisse être faite en fonction de la date d'entrée en fonctions effective résultant du congé de maternité.

Il appartient au juge national de déterminer, au moyen d'une interprétation du droit national conforme au droit communautaire, la date décisive pour l'accès à la carrière de fonctionnaire de manière à ce qu'une femme se trouvant en congé de maternité ne subisse pas, en ce qui concerne l'accès à la fonction publique, de traitement défavorable par rapport à d'autres lauréats d'un concours.»