RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-179/88 *

I — Cadre juridique

A — *La directive 76/207/CEE*

La directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 (JO L 39, p. 40, ci-après « directive »), vise, aux termes de son article 1er, paragraphe 1, la mise en œuvre dans les États membres 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.

L'article 2, paragraphe 1, de cette directive définit le principe de l'égalité de traitement comme l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement, par référence notamment à l'état matrimonial ou familial.

Le paragraphe 3 de cet article énonce toutefois que la directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

L'article 5, paragraphe 1, de la directive précise que le principe d'égalité de traitement ainsi défini s'applique pour les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement.

Enfin, l'article 9, paragraphe 1, premier alinéa, prévoit que les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive dans un délai de trente mois à compter de sa notification, c'est-à-dire à compter du 12 février 1976, de sorte que les mesures susmentionnées devaient être prises pour le 12 août 1978.

B — *Le droit national*

La directive a été transposée en droit national au Danemark par la loi n° 161, du 12 avril 1978, relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'emploi, etc. (ci-après « loi danoise sur l'égalité de traitement », « lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m. v. ») et par la loi n° 162, du 12 avril 1978, modifiant certaines dispositions relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'emploi, etc. « lov om ændring af forskellige bestemmelser om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m. v. ».

La loi danoise sur l'égalité de traitement est entrée en vigueur le 1er juillet 1978.

Les dispositions de cette loi à prendre en considération en l'espèce sont l'article 1er, paragraphes 1 et 2, l'article 4 et l'article 8, qui énoncent ce qui suit:

* Langue de procédure: le danois.

« *Article premier*

1. Au sens de la présente loi, l'égalité de traitement entre hommes et femmes implique l'absence de discrimination fondée sur le sexe. Cela concerne tant les discriminations directes que les discriminations indirectes, par référence notamment à la grossesse ou à l'état matrimonial ou familial.

2. La loi ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection des femmes, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

Article 4

Tout employeur qui emploie des hommes et des femmes devra leur assurer les mêmes conditions de travail. Il en va de même des conditions de licenciement.

Article 8

Les personnes dont les droits ont été lésés par infraction aux articles 2 à 5 de la présente loi peuvent obtenir une indemnisation. »

II — Faits et procédure écrite

Le 15 juillet 1982, M^me^ Hertz a été engagée comme caissière et vendeuse à temps partiel chez Aldi Marked.

En juin 1983, elle a donné naissance à un enfant au terme d'une grossesse à complications, au cours de laquelle, en accord avec son employeur, elle avait été en congé de maladie.

A l'expiration de son congé de maternité, qui, selon la loi danoise relative au congé de maternité, est de quatre semaines avant la date présumée de l'accouchement et de vingt-quatre semaines après la naissance, M^me^ Hertz a repris, fin 1983, son travail et ne s'est pas trouvée en congé de maladie avant le mois de juin 1984.

Entre juin 1984 et juin 1985, elle a été en congé de maladie pendant 100 jours ouvrables.

Par lettre du 27 juin 1985, Aldi Marked lui a signifié son licenciement avec le préavis légal de quatre mois. Son employeur a précisé par la suite que la cause du licenciement résidait dans les absences de M^me^ Hertz et qu'il était d'usage courant de licencier des travailleurs souvent malades.

Il est constant entre les parties que la cause des absences de M^me^ Hertz entre juin 1984 et juin 1985 résidait dans des complications résultant de son accouchement en juin 1983.

Par jugement du 14 août 1987, le Sø- og Handelsretten de Copenhague a rejeté le recours introduit par M^me^ Hertz à l'encontre de ce licenciement, où elle faisait valoir, entre autres, que son licenciement était contraire aux articles 1^er^ et 4 de la loi sur l'égalité de traitement.

M^me^ Hertz a interjeté appel de ce jugement devant le Højesteret danois en se référant uniquement à la loi relative à l'égalité de traitement. L'affaire devant cette juridiction porte sur le point de savoir si le licenciement de M^me^ Hertz par Aldi Marked enfreint l'article 1^er^, paragraphe 1, et l'article 4 de la loi sur l'égalité de traitement de telle sorte qu'en application de l'article 8 de la loi l'intéressée pourrait prétendre à une indemnisation justifiée par le licenciement.

L'appelante y soutient que son licenciement enfreint l'interdiction de discrimination indirecte inscrite à l'article 1^er^, paragraphe 1, point 2, de ladite loi. Elle a fait état, à cet égard, d'un avis rendu le 22 décembre 1986 par le Conseil danois pour l'égalité des chances, organisme créé en 1978 par le législateur en vue de promouvoir l'égalité entre hommes et femmes dans la société et de rendre des avis en application de la loi sur l'égalité de traitement, où celui-ci exprimait ses doutes sur la question de savoir si un licenciement fondé sur des absences pour maladie dues à un relâchement pelvien entraîné par un accouchement était compatible, entre autres, avec les dispositions de la loi sur l'égalité de traitement.

La partie intimée a énoncé, d'abord, que l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe ne s'applique pas au cas où, comme en l'espèce, le licenciement est motivé par une absence pour maladie se situant plus d'un an après l'accouchement, que celle-ci soit due ou non à des complications liées à l'accouchement. Elle a renvoyé, à cet égard, notamment à la circulaire n° 155 du ministère des Finances, du 3 octobre 1984, relative aux congés de maternité et autres, dont le contenu a été repris par une lettre du ministère de l'Emploi du 20 septembre 1985 mentionnée dans l'avis précité du 22 décembre 1986 du Conseil danois pour l'égalité des chances. Celle-ci énonce que, lorsqu'il s'agit de décider d'un éventuel licenciement pour cause de maladie, l'absence après la fin du congé de maternité prévu par la loi est normalement prise en compte dans le nombre de jours de maladie lorsque l'employée est déclarée malade, que ce soit pour cause de grossesse ou de maternité ou pour toute autre maladie.

Aldi Marked a ensuite fait valoir que la question de savoir de quelle protection bénéficient les femmes en cas de grossesse ou d'accouchement est réglementée dans la loi relative au congé de maternité, qui traite de manière exhaustive, à son article 3, de la question du licenciement pour raison de grossesse ou d'accouchement et qui doit être considérée comme une protection spéciale des femmes au sens de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 du Conseil laissant aux États membres le soin de fixer l'ampleur de cette protection.

Le Højesteret, estimant que l'affaire soulève des questions relatives à l'interprétation de la directive 76/207 du Conseil qui peuvent influencer l'interprétation de la loi danoise de transposition, a, par ordonnance du 30 juin 1988, déféré, en vertu de l'article 177 du traité CEE, les questions préjudicielles suivantes à la Cour:

« 1) Les dispositions de l'article 5, paragraphe 1, combinées à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 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 (76/207/CEE) couvrent-elles les licenciements qui sont la conséquence

d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou l'accouchement?

2) En cas de réponse affirmative, la protection contre les licenciements dus à une maladie causée par une grossesse ou un accouchement est-elle valable sans limitation dans le temps? »

L'ordonnance de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 4 juillet 1988.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice des Communautés européennes, des observations écrites ont été déposées par la Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (ci-après « HK »), agissant en qualité de mandataire pour M^me^ Birthe Vibeke Hertz, partie appelante au principal, représentée par M^e^ L. S. Andersen, avocat à Århus, par la Dansk Arbejdsgiverforening (ci-après « DA »), agissant en qualité de mandataire pour Aldi Marked K/S, partie intimée au principal, représentée par M^e^ J. P. Buhl, avocat à Copenhague, par le gouvernement du Royaume-Uni, représenté par M^lle^ J. A. Gensmantel, du Treasury Solicitor's Department, en tant qu'agent, par le gouvernement italien, représenté par M^e^ P. G. Ferri, avvocato dello Stato, et par la Commission des Communautés européennes, représentée par M^me^ I. Langermann, membre de son service juridique.

La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé, le 7 juin 1989, d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable. Elle a cependant invité les parties à répondre à une question et a adressé au gouvernement danois une demande en vertu de l'article 21, deuxième alinéa, du statut CEE, le priant de communiquer à la Cour l'avis rendu le 22 décembre 1986 par le Conseil danois pour l'égalité des chances ainsi que la lettre du ministère de l'Emploi du 20 septembre 1985, mentionnée dans cet avis.

III — Résumé des observations écrites déposées devant la Cour

Sur la première question

L'appelante au principal, HK, le gouvernement italien et la Commission ainsi que le gouvernement britannique, ce dernier sous certaines conditions, suggèrent de répondre par l'affirmative à la première question. En revanche, la partie intimée au principal, DA, propose une réponse négative à cette question.

a) *HK* fait observer qu'une maladie liée à une grossesse ne saurait entraîner de licenciement suite aux absences qu'elle provoque, sans qu'un tel licenciement ne soit contraire aux articles 2 et 5 de la directive 76/207 et aux dispositions corrélatives de transposition de la loi danoise sur l'égalité de traitement, à savoir l'article 1^er^, paragraphe 1, et l'article 4.

Elle se réfère, à ce propos, à un avis rendu le 20 septembre 1985 par le Conseil danois pour l'égalité des chances où celui-ci a déclaré, d'abord, qu'il ne partageait pas l'opinion du ministère du Travail selon laquelle la protection assurée par les dispositions de la loi sur l'égalité de traitement contre les licenciements fondés sur une maladie qui s'est développée pendant ou en

liaison avec une grossesse ou un accouchement cesse d'exister après l'expiration de la période de congé légal de maternité et, ensuite, que l'interdiction de licenciement en raison d'une maladie due à une grossesse s'applique en principe quelle que soit la durée de la maladie, le principe de l'égalité de traitement ne pouvant être limité dans le temps par les dispositions aléatoires existant à cet égard dans chacun des États membres.

Elle souligne que la protection voulue par la directive en son article 2, paragraphe 1, a la même portée que celle prévue par la loi sur l'égalité de traitement en son article 1er, paragraphe 1, même si cette dernière disposition mentionne expressément, en outre, la grossesse, qu'elle place au même rang que l'état matrimonial ou familial.

Selon elle, cette mention se borne à préciser le besoin spécifique de protection qui existe en relation avec la grossesse, besoin mis en lumière par l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207.

b) *DA* fait valoir, d'abord, que l'article 5, paragraphe 1, combiné à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207 ne couvre pas les licenciements qui sont la conséquence d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans une grossesse ou dans un accouchement.

Selon elle, ces dispositions se bornent à établir un principe supérieur d'égalité de traitement. Il en résulte que ce principe peut être invoqué à chaque licenciement, mais que la simple constatation d'un lien entre le licenciement et une grossesse ou un accouchement ne suffit pas à établir une violation de ce principe. Les règles applicables à de telles situations doivent être élaborées en respectant ce principe dans le cadre national, la directive ne visant par ailleurs pas à réglementer en détail la formulation de ces règles, puisque celle-ci se caractérise par l'absence d'indication positive en ce qui concerne la façon de mettre le principe de l'égalité de traitement en œuvre, comme le révèlent ses travaux préparatoires et l'existence de son article 2, paragraphe 3.

Elle soutient ensuite que, même si l'on devait estimer que les dispositions en cause de la directive obligent les États membres à mettre en application des règles de droit positif protégeant les femmes en ce qui concerne la grossesse ou la maternité, la portée de ces dispositions ne saurait être étendue jusqu'à leur faire couvrir la situation visée dans la première question.

Selon elle, l'existence de l'article 2, paragraphe 3, de la directive est révélatrice du fait que, si la directive a voulu offrir la possibilité d'introduire des règles particulières, elle a évité, en revanche, de donner des orientations quant à la forme précise de telles règles.

Elle estime que l'explication d'un tel état de choses se trouve dans une constatation relevée par la Commission et par le Conseil économique et social dans les travaux préparatoires de la directive 76/207, à savoir que seule une modification de l'attitude générale des employeurs vis-à-vis des travailleurs de sexe féminin permettra de mettre en œuvre, dans les meilleures conditions, le principe supérieur de l'égalité de traitement et que l'application de règles de protection particulières fondées sur l'article 2, paragraphe 3, peut constituer un obstacle décisif à l'évolution positive et souhaitable de l'attitude des employeurs vis-à-vis des travailleurs de sexe féminin.

Elle souligne dès lors que, puisque, lors de l'adoption de la directive, il n'a pas été procédé à la mise en balance, d'une part, de la meilleure protection possible des femmes enceintes et, d'autre part, de l'évolution, si décisive pour l'égalité de traitement, de l'attitude des employeurs vis-à-vis des travailleurs de sexe féminin, l'introduction et la formulation de mesures de protection positive effectuant cette mise en balance a été laissée par la directive à la compétence du législateur national.

La portée de l'article 5, paragraphe 1, combiné à l'article 2, paragraphe 1, ne pourrait donc être étendue au licenciement découlant d'absences dues à une maladie trouvant son origine dans une grossesse qu'après une confrontation scrupuleuse de ces deux intérêts.

Pour les absences se produisant avant l'expiration de la période de congé de maternité, la réglementation de chaque État membre en matière de congé de maternité a procédé à cette confrontation.

Si, pour les absences postérieures à cette période, une telle mise en balance n'a pas été faite séparément, la directive ne saurait avoir pour conséquence d'étendre l'application des règles de protection nationales à ces cas, sous peine de freiner l'évolution positive qui est en cours dans l'attitude des employeurs vis-à-vis des travailleurs de sexe féminin.

DA estime que c'est donc en laissant au droit national le soin de structurer la protection contre les licenciements dus à des absences résultant d'une maladie causée par une grossesse ou par un accouchement que l'on obtiendrait les meilleures conditions possibles de mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement.

c) Le *gouvernement italien* souligne que, si la faculté de l'employeur de licencier un employé en raison d'un nombre élevé d'absences dues à la maladie était également applicable au cas de la travailleuse frappée d'une maladie à la suite d'une grossesse ou d'un accouchement, cette travailleuse perdrait son emploi en raison d'un événement déterminé par une cause, la maternité, qui constitue un élément propre de la condition féminine.

Une telle constatation ne peut être écartée à ses yeux par la considération que la protection accordée à la travailleuse en ce qui concerne la maternité trouve sa limite dans l'application des dispositions nationales prises sur la base de l'article 2, paragraphe 3, de la directive, qui régissent les absences du travail au cours des périodes pré- et postnatales avec des durées variables suivant les États membres.

Ces législations régissent, en effet, le cas de la maternité par des prescriptions se référant au processus physiologique de la grossesse et de l'accouchement et poursuivent une finalité sociale, la protection de la maternité qui ne s'identifie pas à la protection de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, et qui font même abstraction de ce principe dans le cas du congé légal de maternité.

Il est dès lors d'avis que l'article 5 de la directive doit nécessairement s'appliquer à l'égard d'une règle de licenciement dont l'application est susceptible d'entraîner une discrimination à l'égard de la femme. En l'espèce, la discrimination potentielle du

licenciement motivé par la maladie du travailleur semblerait exister dans la mesure où la travailleuse est davantage exposée aux risques de la perte de son emploi, celle-ci pouvant se produire en raison de conditions pathologiques concernant exclusivement la femme dans le cas de la maternité.

d) Selon le *gouvernement britannique*, les dispositions combinées de l'article 5, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, de la directive interdisent d'appliquer à une femme absente de son travail en raison d'une maladie trouvant son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement un traitement moins favorable qu'à un homme absent de son travail pour cause de maladie.

Il en résulte que, lorsqu'un employeur a licencié une femme se trouvant dans cette situation alors qu'il n'aurait pas licencié un homme absent pour congé de maladie pendant cent journées de travail au cours d'une année, il y a lieu de considérer que cette femme a été traitée de manière incompatible avec le principe d'égalité de traitement.

Il souligne que, bien que telle soit la seule portée de la directive 76/207, l'article 2, paragraphe 3, de cette directive permet cependant aux États membres d'avoir des dispositions en matière de grossesse et d'accouchement au bénéfice spécifique des femmes. Cette disposition autorise donc les États membres à avoir des dispositions légales interdisant à un employeur de licencier une femme lorsque ce licenciement est la conséquence d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement. Toutefois, si un État membre ne possède pas de telles dispositions, la directive ne lui impose pas d'en adopter.

e) Après avoir formulé certaines observations sur la structure de la directive, notamment sur son article 2, paragraphe 3, et nié que cette disposition puisse revêtir une importance en l'espèce, la *Commission* soutient que la question essentielle est de savoir si l'on se trouve en présence d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive et qu'il lui semble raisonnable, en vue d'y répondre, de considérer l'absence de M^me^ Hertz comme due à une maladie et non pas à la grossesse et à la maternité.

Constatant que le licenciement de M^me^ Hertz repose sur une règle interne selon laquelle les salariés qui ont été souvent malades sont licenciés, elle estime qu'une telle règle ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de toute discrimination directe fondée sur le sexe prévue par la directive, étant donné qu'elle repose sur un critère applicable indistinctement aux deux sexes, à savoir la fréquence des absences pour maladie.

Quant à l'interdiction de toute discrimination indirecte fondée sur le sexe prévue par la directive, la Commission, se référant aux arrêts du 31 mars 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911), et du 13 mai 1986, Bilka-Kaufhaus (170/84, Rec. p. 1607), estime que, pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une telle discrimination, il convient de se déterminer en fonction des trois critères suivants:

1) établir la disposition, le critère ou la pratique concernée;

2) examiner si ce critère touche un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, la personne licenciée devant en établir la présomption;

3) si la présomption est établie, apprécier si l'employeur est en mesure de prouver que le critère en question peut néanmoins s'expliquer par des facteurs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe et examiner si les moyens choisis par l'employeur répondent à un besoin véritable de l'entreprise et sont appropriés et nécessaires en vue de la réalisation de l'objectif poursuivi par celle-ci.

A l'usage de la juridiction nationale seule compétente pour apprécier si, par rapport à ces orientations, il existe une discrimination indirecte en l'espèce, la Commission indique encore que le critère concerné dont il s'agit dans le litige au principal est la règle qui prévoit le licenciement lorsque l'employé est souvent malade, en l'espèce 100 jours ouvrables par an.

Elle ajoute, à propos du deuxième critère de discrimination indirecte, d'abord, que rien ne permet de supposer que les femmes s'absenteraient plus souvent que les hommes de leur travail ou réciproquement pour cause de maladie, du moment que la grossesse n'est pas assimilée à une maladie et, ensuite, qu'elle ne possède aucun élément révélant que le licenciement après un nombre donné de jours d'absence toucherait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes.

A son avis, la meilleure comparaison dans une affaire comme celle au principal, où la maladie concernée ne touche que les femmes puisqu'elle est due à la grossesse et à l'accouchement, serait, d'une part, entre les maladies ne touchant que les femmes, y compris celles dues à la grossesse et à l'accouchement, et, d'autre part, celles n'affectant que les hommes.

Si la juridiction nationale considère ce deuxième critère comme satisfait, la Commission estime que DA devra apporter la preuve que la règle appliquée est objectivement justifiée, preuve qui portera sur la capacité de l'employeur de maintenir son entreprise en activité en cas de maladie de longue durée des travailleurs.

Sur la seconde question: la limitation éventuelle dans le temps de la protection contre les licenciements dus à une maladie causée par la grossesse

a) HK fait valoir que la protection contre les licenciements dus à une maladie causée par une grossesse est valable sans limitation dans le temps.

Le besoin de protéger un salarié de sexe féminin contre le licenciement après la fin du congé de maternité, si les complications survenant après une naissance subsistent encore, est aussi important que le besoin de protection pendant la grossesse ou l'accouchement, d'autant que la tendance des employeurs à garder le remplaçant ou la remplaçante en cas de prolongation de la période de maternité augmente le besoin de protection de la salariée qui accouche.

En outre, rien dans les travaux préparatoires de la loi sur l'égalité de traitement ni dans la loi elle-même ou dans la directive n'indique que la protection ne devrait s'appliquer que jusqu'à l'expiration du congé de maternité.

Reconnaissant qu'il peut sembler, à première vue, inacceptable d'imposer une telle charge à l'employeur, elle souligne que l'appréciation de la légitimité d'un licenciement après une maladie due à une grossesse ou à un accouchement portée par la juridiction nationale sert à déterminer l'importance de l'indemnité à laquelle peut prétendre une employée qui a été licenciée.

Selon elle, l'article 8 de la loi sur l'égalité de traitement utilisant le verbe « peut » montre que, lorsqu'elle procède à une telle appréciation, la juridiction tiendra compte aussi des inconvénients, pour l'employeur, de ces absences et pourra, le cas échéant, décider de ne pas indemniser la salariée.

Elle ajoute que le fait que M^me^ Hertz se soit rétablie pendant la période du préavis de licenciement et qu'elle soit capable de reprendre, le cas échéant, la relation de travail pourrait également jouer un rôle dans cette appréciation.

b) *DA* soutient que les considérations qu'elle a exprimées à propos de la première question plaident encore plus fortement en faveur d'une réponse négative à la seconde question.

Elle souligne qu'une réponse positive aux deux questions déférées aboutirait à ce que le recrutement de travailleurs de sexe féminin finisse par comporter le risque d'une situation totalement imprévisible pour l'employeur, situation qui compromettrait gravement l'évolution positive de l'attitude des employeurs vis-à-vis des travailleurs de sexe féminin, alors que la Commission a reconnu que cette évolution constituait l'élément le plus important dans le processus de réalisation de l'égalité de traitement.

c) Selon le *gouvernement italien*, le problème d'une éventuelle limitation dans le temps de l'interdiction de licenciement se pose pour la période postérieure à l'accouchement, étant donné qu'il peut arriver que des maladies liées à la maternité soient diagnostiquées et donc soignées ultérieurement. Selon lui, dans un tel cas, la nécessité de protéger le travailleur contre les discriminations doit être adaptée au principe général de la certitude du droit et des obligations pesant sur l'employeur dans le cadre du rapport de travail.

En conséquence, la protection ne devrait pas être illimitée, mais limitée à une période après l'accouchement suffisante, toutefois, pour constater les maladies en question et y porter remède sans que la période dite « du permis de maternité » puisse être considérée, à cet égard, comme la période adéquate.

d) Le *gouvernement britannique* soutient qu'un État membre dont la législation interdit à un employeur de licencier une femme lorsque son licenciement est la conséquence d'absences dues à une maladie trouvant son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement, disposition autorisée par l'article 2, paragraphe 3, de la directive, peut, s'il le juge convenable, limiter dans le temps la protection qu'il a instituée contre le licenciement.

e) Pour sa part, la *Commission* avance qu'il résulte des éléments qu'elle a exposés à propos de la première question que la réponse à la question de savoir s'il existe une discrimination indirecte fondée sur le sexe dépend des circonstances concrètes et notamment de la durée de la période de maladie avant le licenciement de l'employée, de la base de comparaison, de la question de savoir si le critère concerne, en fait, un

nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes et, enfin, de la justification objective éventuelle.

Elle estime dès lors, dans ces conditions, qu'une réponse générale ne peut être apportée à la seconde question puisque la réponse dépendra des circonstances concrètes dans chaque cas particulier.

La Commission suggère, dès lors, de répondre comme suit:

« Il incombe à la juridiction nationale de déterminer si l'application par une entreprise d'une règle prévoyant le licenciement après une absence prolongée pour cause de maladie touche un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes. Dans l'affirmative, il y aura discrimination indirecte fondée sur le sexe, interdite selon la directive, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe parce qu'elle répond à un besoin véritable de l'entreprise et qu'elle est a priori nécessaire au vu de la réalisation de l'objectif poursuivi par celle-ci. »

IV — Réponses aux questions posées par la Cour

Invitée à préciser si une cause de licenciement telle que celle invoquée, à l'égard de M^me^ Hertz, par Aldi Marked, à savoir la fréquence des absences pour maladie, est prévue dans un texte de loi ou bien correspond à une pratique courante consacrée au fil des années par la jurisprudence des juridictions du travail, l'Union des employés de commerce et de bureau du Danemark, HK, a répondu comme suit:

— M^me^ Hertz relevait, lorsqu'elle était employée chez Aldi Marked, de la loi danoise applicable aux employés, dont l'article 5, paragraphe 1, énonce que « si un employé n'est pas en mesure, pour raison de maladie, de s'acquitter de ses fonctions, la faute de service qui en résulte sera considérée comme couverte par un empêchement légitime de l'employé... ».

Cette disposition pose donc le principe que la maladie constitue un empêchement légitime;

— l'article 5 comporte une dérogation en son paragraphe 2 qui prévoit que, « dans la relation individuelle de travail, il peut toutefois être stipulé par convention écrite que l'employé peut être licencié avec préavis d'un mois, de façon à cesser ses fonctions à la fin d'un mois, lorsque l'employé a perçu une rémunération en cas de maladie pour un total de 120 jours au cours d'une période de 12 mois consécutifs. La validité du licenciement est subordonnée au fait qu'il survient en liaison directe avec l'expiration des 120 jours de maladie et alors que l'employé est encore malade; à l'opposé, sa validité n'est pas affectée par le fait que l'employé est retourné à son travail après la survenance du licenciement »;

— en l'espèce, aucun accord relatif à une durée de préavis plus courte en cas de licenciement après 120 jours de maladie, du type de celui dont cette disposition en ouvre la possibilité, n'avait été conclu.

HK précise encore qu'il n'existe pas de jurisprudence constante consacrée au fil des années en ce qui concerne le caractère justifié du licenciement d'un employé en raison de la fréquence de ses absences pour maladie.

Elle ajoute que, s'il n'est pas inexact de constater que la doctrine s'accorde à penser qu'un licenciement pour cause de maladie de longue durée ou d'absences fréquentes pour maladie peut être considéré comme justifié par la situation de l'entreprise et ne pas donner droit à des dommages et intérêts pour licenciement abusif, il ne serait pas possible de dire avec certitude quand on se trouve en présence d'une telle situation. Selon elle, la règle des 120 jours peut constituer un indice de ladite situation, mais la légitimité du licenciement dépendrait aussi d'autres circonstances, parmi lesquelles le caractère public ou privé de l'entreprise, le nombre des employés de l'entreprise, la charge que représente pour l'entreprise le fait d'être privée du salarié concerné, l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, le fait de savoir si le rétablissement est incertain ou si sa probabilité peut être déterminée avec précision, etc.

En réponse à la même question, la Confédération des employeurs danois, DA, a répondu comme suit.

Le droit danois est gouverné par le principe selon lequel la résiliation du contrat de travail conclu entre un employeur et un salarié est libre. Ce principe est énoncé à l'article 2 de la loi relative aux employés, aux termes duquel:

« 1. Il ne peut être mis fin, par résiliation, à un contrat de travail conclu entre un employeur et un employé qu'après l'expiration d'une durée de préavis conforme aux dispositions ci-après.

2. La résiliation par l'employeur sera précédée

1) ...

2) d'un préavis de trois mois au moins, de façon à ce que l'employé cesse ses fonctions en fin de mois, lorsqu'il a plus de six mois d'ancienneté dans l'entreprise.

3. La durée de préavis fixée au paragraphe 2, point 2, est majorée d'un mois pour chaque période d'emploi de trois ans, sans toutefois pouvoir excéder six mois. »

En l'espèce, M^me^ Hertz, qui était employée depuis trois ans au moment du licenciement, a été licenciée avec le préavis de quatre mois auquel elle avait droit en vertu dudit article 2. Ce préavis a été presté.

DA précise ensuite qu'il résulte de l'article 5, paragraphe 1, précité, de la loi relative aux employés qu'en principe l'employeur ne peut pas mettre fin au contrat de travail par un licenciement fondé sur la maladie de l'employé. Il existe cependant une dérogation à cette règle qui figure à l'article 5, paragraphe 2, précité, de la loi relative aux employés.

Sur ce dernier point, elle estime devoir rectifier les indications données par HK

quant aux faits de l'affaire. Le contrat de travail conclu entre M^me^ Hertz et Aldi Marked prévoyait, sur la base de l'article 5, paragraphe 2, la possibilité d'un licenciement avec une durée de préavis plus courte en cas de maladie. DA renvoie, sur ce point, à l'extrait du contrat de travail du 1^er^ juillet 1982, dont elle adresse une copie.

Elle souligne qu'il est constant aussi bien en doctrine que dans la jurisprudence danoise que les 120 jours visés à l'article 5, paragraphe 2, ne correspondent pas à 120 jours de travail, mais qu'ils comprennent aussi les dimanches, jours fériés et jours ouvrables chômés. En l'espèce, M^me^ Hertz avait été absente pour maladie pendant 100 jours ouvrables dans la période comprise entre juin 1984 et juin 1985.

Nonobstant l'existence de la clause stipulée conformément à l'article 5, paragraphe 2, Aldi Marked a dénoncé le contrat de travail avec un préavis de quatre mois comme requis par l'article 2 de la loi relative aux employés et non d'un mois comme le prévoit ledit article 5, paragraphe 2. Aldi Marked n'a donc pas mis fin au contrat de travail en raison d'une faute commise par M^me^ Hertz, mais s'est contentée de dénoncer le contrat de travail avec le préavis habituel, cette société ayant l'usage de licencier les salariés dont les absences pour maladie correspondaient à celles de M^me^ Hertz au moment de son licenciement.

DA ajoute que, nonobstant le fait que le contrat de travail est rompu par un licenciement accompagné d'un préavis d'une durée conforme à celle qui est fixée par la loi relative aux employés, l'employé a droit, dans certains cas énumérés à l'article 2 b de cette loi, à des indemnités spéciales s'ajoutant aux salaires dus jusqu'au moment de la cessation des fonctions.

Cet article 2 b prévoit:

« 1. Lorsque le licenciement d'un employé, qui a 18 ans accomplis et qui a été employé dans l'entreprise de façon ininterrompue pendant un an au moins avant le licenciement, ne peut être considéré comme justifié par la situation de l'entreprise ou celle de l'employé, l'employeur verse une indemnité. Celle-ci est fixée en fonction de l'ancienneté de l'employé et des autres circonstances propres à l'espèce, mais elle ne peut excéder le salaire perçu par l'employé pour une période correspondant à la moitié de la durée du préavis de licenciement auquel l'intéressé a droit conformément à l'article 2, paragraphes 2 et 3. Toutefois, si l'employé a 30 ans accomplis lors du licenciement, l'indemnité peut s'élever à trois mois de salaire au maximum.

2. ...

3. ... »

Selon DA, lorsqu'un employeur ne s'est pas fondé sur des critères objectifs lors du licenciement d'un salarié, une indemnité peut être accordée à l'employé conformément à l'article 2 b, mais le licenciement intervenu ne peut pas, en revanche, être annulé en droit danois.

Elle souligne que ce sont principalement les dispositions de cet article qui ont été invoquées par M^me^ Hertz à l'appui de sa demande d'octroi d'indemnité devant le Sø- og Handelsretten. L'article 2 b ne précise cependant pas les cas dans lesquels

un licenciement ne pourra être considéré comme justifié par la situation de l'entreprise ou celle de l'employé.

En l'espèce, il est constant entre les parties que le licenciement avait pour unique cause les absences pour maladie de M^me^ Hertz et que le licenciement ne pouvait donc pas être attribué à une autre cause réelle. DA souligne que ni la législation ni la jurisprudence danoise publiée à ce jour n'ont pris position quant à la question, non résolue par l'article 2 b, de savoir si un licenciement, ayant pour cause de nombreuses absences pour maladie, peut être considéré comme justifié par la situation de l'entreprise ou par celle de l'employé. La doctrine s'accorderait, par contre, à penser que de telles absences peuvent justifier le licenciement d'un employé; un tel licenciement n'étant, dès lors, pas sanctionné par l'obligation de verser l'indemnité prévue à l'article 2 b. Elle soulignerait notamment qu'un licenciement décidé en application de l'article 5, paragraphe 2, précité, n'aura jamais pour effet l'obligation de payer l'indemnité prévue à l'article 2 b.

DA estime qu'il convient de rapprocher cela du fait que le licenciement en cause n'est pas survenu en application de l'article 5, paragraphe 2, avec un mois de préavis, mais, au contraire, avec quatre mois de préavis conformément à l'article 2.

Selon DA, la conclusion qui s'impose, dès lors, est que la législation danoise consacre le principe selon lequel le licenciement peut être librement décidé. L'employeur n'est donc pas tenu d'invoquer une cause particulière de licenciement. Si, comme en l'espèce, un motif de licenciement tel que la fréquence des absences pour maladie est invoqué à l'appui de la décision de licenciement, l'effet juridique y attaché ne peut porter que sur la question de savoir si, conformément à l'article 2 b de la loi relative aux employés, l'employé a droit à une indemnité dès lors que le licenciement qui lui a été notifié n'est pas justifié par la situation de l'entreprise ou par celle de l'employé. La législation n'a, toutefois, pas pris position sur la question de savoir si un tel licenciement pouvait être considéré comme justifié par la situation de l'entreprise ou par celle du salarié et ne pouvait, partant, donner lieu à une demande fondée sur l'article 2 b.

La jurisprudence danoise publiée n'a pas non plus pris position sur le point de vue théorique émis par la doctrine selon lequel un licenciement fondé sur des absences pour maladie fréquentes ne peut pas ouvrir droit à une indemnité au titre de l'article 2 b. En ce qui concerne la jurisprudence non publiée, on dispose du jugement rendu à l'unanimité par le Sø- og Handelsretten dans la présente affaire selon lequel M^me^ Hertz n'avait pas droit à cette indemnité, suite au licenciement intervenu. Étant donné que la question de l'octroi d'une indemnité au titre de l'article 2 b n'a pas été soulevée devant le Højesteret, ce jugement ne sera pas frappé d'appel sur ce point.

G. Slynn
Juge rapporteur