et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail, s'il refuse de conclure un contrat de travail avec une candidate qu'il avait jugée apte à exercer l'activité concernée, lorsque ce refus d'engagement est fondé sur les conséquences possibles, dommageables pour l'employeur, de l'engagement d'une femme enceinte et résultant des règles qui, édictées par les autorités publiques en matière d'incapacité de travail, assimilent l'empêchement d'exercer une activité pour cause de grossesse et d'accouchement à l'empêchement d'exercer une activité pour cause de maladie. La circonstance qu'aucun candidat de sexe masculin ne se soit présenté pour le poste à pourvoir est sans pertinence.

2. Si la directive 76/207 laisse aux États membres, pour sanctionner la violation de l'interdiction de discrimination, la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objet, elle implique toutefois que, lorsqu'un État membre choisit une sanction s'inscrivant dans un régime de responsabilité civile, toute violation de l'interdiction de discrimination suffise pour engager, à elle seule, la responsabilité entière de son auteur sans qu'il puisse être tenu compte des causes d'exonération prévues par le droit national.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-177/88 *

I — Cadre juridique

A — *La directive 76/207/CEE*

Aux termes de son article 1er, paragraphe 1, la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 (JO L 39, p. 40) (ci-après « directive ») vise 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 précise:

« Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique 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

* Langue de procédure: le néerlandais.

la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ».

L'article 3, paragraphe 1, précise que le principe d'égalité de traitement ainsi défini s'applique aux conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quelqu'en soit le secteur ou la branche d'activité. Selon le paragraphe 2 du même article, les États membres sont tenus de prendre les mesures nécessaires afin que:

« a) soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement;

b) soient nulles, puissent être déclarées nulles ou puissent être amendées les dispositions contraires au principe d'égalité de traitement qui figurent dans les conventions collectives ou dans les contrats individuels de travail, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des professions indépendantes;

c) ... ».

Enfin, l'article 9, paragraphe 1, premier alinéa, prévoit que, pour ce qui est des dispositions précitées, 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 pour le 12 août 1978.

B — *Le droit national*

La « Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen » (loi néerlandaise relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes: loi du 1er mars 1980, Stb. 1980, 86) vise à adapter la législation néerlandaise à la directive 76/207. Par son article 1er, un nouvel article 1637*ij* a été inséré dans le « Burgerlijke Wetboek » (le code civil néerlandais). Aux termes de cet article:

« L'employeur ne peut faire aucune différence, soit directement soit indirectement, entre les hommes et les femmes, par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial lors de la conclusion du contrat de travail, dans le cadre de la formation professionnelle, en ce qui concerne les conditions de travail...

La disposition de la première phrase du premier paragraphe du présent article n'est pas d'application lorsqu'il s'agit de clauses relatives à la protection de la femme, notamment en matière de grossesse et de maternité.

La disposition de la première phrase du premier paragraphe du présent article n'est pas d'application lorsqu'il s'agit de clauses qui ont pour objet de placer les travailleurs d'un sexe déterminé dans une position privilégiée afin d'éliminer les inégalités de fait.

... »

L'article 3, paragraphe 1, de cette même loi dispose:

« Dans une annonce d'offre d'emploi ou lors de l'examen des candidatures à un emploi vacant, il n'est pas permis de faire une différence entre hommes et femmes, soit directement soit indirectement, entre les hommes et les femmes, par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial. L'interdiction énoncée dans le présent article n'est pas applicable dans les cas où le sexe est déterminant. »

L'article B2 de la « Algemene Burgerlijke Pensioenwet » [loi générale néerlandaise sur les pensions civiles de retraite de la fonction publique (ci-après « ABP »): loi du 6 janvier 1966, Stbl. 6] prévoit que les membres du personnel de l'enseignement spécial sont des fonctionnaires au sens de cette loi (quoique, pour le reste, ils aient le statut d'employé au sens du droit privé).

L'arrêté royal du 19 décembre 1967 (Stbl. 683), pris au titre de l'article B13 de l'ABP, concerne le régime des droits de certains groupes de fonctionnaires au sens de l'APW en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'invalidité.

Selon l'article 2, paragraphe 1, « le travailleur qui est dans l'incapacité d'exercer ses fonctions pour cause de maladie perçoit son salaire complet pendant le mois de calendrier au cours duquel l'incapacité est survenue et pendant l'année qui suit ce mois. Il reçoit ensuite 80 % de son salaire ».

Aux termes de l'article 3 dudit arrêté tel que modifié par l'arrêté royal du 24 décembre 1975 (Stbl. 767):

« 1. Pour l'application du présent arrêté, sont assimilées à une incapacité de travail pour cause de maladie l'incapacité de travail pour cause de grossesse et d'accouchement de même que l'incapacité de travail pour cause d'invalidité.

2. La travailleuse enceinte est, en toute hypothèse, réputée se trouver en incapacité de travail pour cause de grossesse à partir de la sixième semaine qui précède la date présumée d'accouchement indiquée dans une attestation délivrée par un médecin ou un accoucheur (sage-femme).

3. La travailleuse qui vient d'accoucher est, en toute hypothèse, réputée se trouver en incapacité de travail pour cause d'accouchement pendant six semaines au moins après le jour de l'accouchement. »

En vertu des dispositions de l'article 14 de cet arrêté:

« Les dispositions du présent arrêté ne sont pas applicables aux travailleurs bénéficiant du statut du personnel de l'État, provincial ou communal, qui leur confère des droits en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'invalidité; elles ne sont pas davantage applicables aux travailleurs d'organismes dont le régime propre de droits en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'invalidité confère à ces travailleurs des droits qui ne sont pas moins avantageux que ceux qui découlent pour eux de l'application du présent arrêté. »

D'après l'ordonnance de renvoi, le risque d'incapacité de travail pour cause de maladie des travailleurs du VJV ressort obligatoirement de la compétence d'une fondation, le « Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs » (Fonds de couverture des risques des prestations sociales de l'enseignement spécial) (ci-après « Risicofonds »). Cette fondation rembourse ses affiliés (les employeurs individuels) au cas où un assuré « tombe malade » et relève des conditions prévues par le règlement interne du Risicofonds relatif aux indemnités journalières de maladie (le « Ziekengeldreglement »). Selon l'article 6 du Ziekengeldreglement (« non-paiement des indemnités »):

« La direction a le pouvoir de refuser en tout ou en partie le versement des indemnités journalières de maladie à un affilié:

a) dans l'hypothèse où un assuré n'était pas apte à exercer ses fonctions à la date d'entrée en vigueur de l'assurance;

b) dans l'hypothèse où un assuré est devenu incapable d'exercer ses fonctions dans les six mois qui ont suivi l'entrée en vigueur de l'assurance, dès lors qu'au moment de l'entrée en vigueur de cette assurance l'état de santé de l'intéressé laissait prévoir la survenance de cette incapacité dans les six mois;

... »

Il convient de relever que les dispositions de l'article 6 de la Ziekengeldreglement diffèrent de celles de l'article 44 du Ziektewet (loi néerlandaise sur l'assurance maladie), loi qui, en règle générale, prescrit le régime d'assurance applicable aux employés du secteur privé et selon lequel Mme Dekker était assurée dans l'emploi qu'elle occupait avant de postuler à l'emploi auprès du VJV. Bien que l'article 44 du Ziektewet, paragraphe 1, sous a), premier et deuxième tirets, contienne des dispositions analogues à celles de l'article 6 du Ziekengeldreglement, l'article 44, paragraphe 1, sous b), dispose:

« En cas de grossesse intervenue avant la date d'entrée en vigueur de l'assurance ou en cas d'accouchement survenu dans un délai de six mois après la date d'entrée en vigueur de l'assurance, les dispositions énoncées dans la proposition précédente ne sont pas d'application lorsque l'assurance, y compris les assurances antérieures de l'assurée, n'a pas été interrompue pendant plus de 60 jours au cours de la période de grossesse... »

Compte tenu de la rédaction de la troisième question déférée par le Hoge Raad, il convient aussi de retenir les termes des articles 1401 et 1402 du code civil néerlandais. L'article 1401 dudit code dispose que « tout acte illicite de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », tandis que l'article 1402 précise que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

II — Faits et procédure

En juin 1981, Mme Dekker a posé sa candidature à la fonction d'éducateur au Centre de formation pour les jeunes adultes géré par le VJV. Le 15 juin 1981, elle a informé la commission chargée de l'examen des

candidatures qu'elle était enceinte de trois mois. Bien que cette commission l'ait néanmoins proposée à la direction du VJV comme postulant le plus apte à exercer la fonction, Mme Dekker a été avisée par la suite, par lettre du 10 juillet 1981, qu'elle ne serait pas engagée.

Cette lettre invoquait, comme motif de refus, la circonstance qu'elle était déjà enceinte au moment de sa candidature et précisait que la motivation économique du refus était que, selon les informations recueillies par le VJV, ce dernier n'aurait pas obtenu le versement des indemnités journalières pendant l'absence de Mme Dekker pour cause de grossesse et d'accouchement. De ce fait, le VJV aurait été obligé de verser à Mme Dekker, pendant la première année, 100 % et, pendant la deuxième année, 80 % du salaire perçu en dernier lieu, sans qu'il puisse recouvrer ces sommes du Risicofonds. Par conséquent, le VJV aurait été mis dans l'impossibilité financière d'engager un remplaçant, ce qui aurait éventuellement provoqué, en outre, une perte d'effectifs.

L'Arrondissementsrechtbank et le Gerechtshof d'Amsterdam ayant successivement rejeté les recours de Mme Dekker visant à obtenir la condamnation du VJV au versement de dommages et intérêts pour « manque à gagner », cette dernière a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt du Gerechtshof.

Le Hoge Raad, estimant que l'affaire soulève des questions relatives à l'interprétation de la directive 76/207 qui peuvent influencer l'interprétation de la loi néerlandaise de transposition ainsi que de la législation préexistante, a, par arrêt du 24 juin 1988, déféré, en vertu de l'article 177 du traité CEE, les questions suivantes à la Cour:

« 1) Un employeur agit-il, soit directement soit indirectement, en violation du principe d'égalité de traitement visé aux articles 2, paragraphe 1, et 3, 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)], s'il refuse de conclure un contrat de travail avec une candidate qu'il avait jugée apte à l'exercice de l'activité concernée, lorsque ce refus d'engagement se fonde sur les conséquences, dommageables pour l'employeur, de la grossesse de la candidate existant au moment de la candidature, auxquelles il doit s'attendre en raison des règles en matière d'incapacité de travail édictées par les autorités publiques, assimilant l'empêchement d'exercer une activité pour cause de grossesse et d'accouchement à l'empêchement d'exercer une activité pour cause de maladie?

2) Faut-il répondre d'une manière différente à la première question, à supposer qu'il n'y eût pas de candidats masculins?

3) Est-il compatible avec les articles 2 et 3 que:

a) lorsqu'il est établi qu'il y a eu violation du principe d'égalité de traitement au détriment de la candidate

qui a été refusée, il soit en outre exigé, pour faire droit à une demande fondée sur la violation de ce principe, qu'il y ait également faute imputable à l'employeur;

b) lorsqu'il est établi qu'il y a eu violation de ce principe, l'employeur ait encore, de son côté, la possibilité d'invoquer une cause d'exonération de responsabilité, sans que se présente l'une des hypothèses évoquées à l'article 2, paragraphes 2 à 4?

4) A supposer qu'il soit nécessaire d'exiger qu'il y ait faute imputable à l'employeur au sens visé à la question n° 3 ou à supposer qu'il soit possible d'invoquer une cause d'exonération de responsabilité, suffit-il, pour qu'il y ait absence de faute imputable à l'employeur ou pour qu'il soit possible d'invoquer une cause d'exonération de responsabilité, que l'employeur coure les risques exposés dans la partie en fait du présent arrêt, ou bien les articles 2 et 3 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'il doit supporter ces risques, à moins qu'il n'ait acquis l'absolue certitude que les prestations dues pour cause d'incapacité de travail seront refusées ou qu'il perdra des effectifs et qu'il a entrepris tout ce qui lui était possible de faire pour éviter une telle éventualité? »

L'ordonnance du Hoge Raad a été enregistrée au greffe de la Cour le 30 juin 1988.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, des observations écrites ont été déposées par Mme Dekker, partie demanderesse au principal, représentée par Me Van Dijk, avocat à La Haye, par le VJV, partie défenderesse au principal, représenté par Me J. L. de Wijkerslooth, landesadvocaat, par le gouvernement du Royaume-Uni, représenté par Mlle J. A. Gensmantel, du Treasury Solicitor's Department, en tant qu'agent, par le gouvernement néerlandais, représenté par E. F. Jacobs, secrétaire général du ministère des Affaires étrangères, en tant qu'agent, et par la Commission des Communautés européennes, représentée par Mlle K. Banks et B. J. Drijber, membres de son service juridique, en qualité d'agents.

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 demandé par écrit au gouvernement néerlandais de lui fournir, pour le 15 juillet 1989 au plus tard, une copie intégrale du Ziekengeldreglement. Il a été donné suite à cette demande dans le délai prescrit.

III — Observations écrites déposées devant la Cour

Sur la première question (existence d'une discrimination directe ou indirecte)

Mme Dekker fait valoir que les deux juridictions de fait ont jugé qu'il y avait en principe infraction à la loi relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, le tribunal trouvant une infraction à l'article 1637ij du code civil néerlandais (inséré par l'article 1er de cette loi) et la cour d'appel d'Amsterdam trouvant une infraction à l'article 3 de cette même loi. Ces juridictions

de fait ont cependant rejeté la demande de dommages et intérêts au motif que l'employeur avait invoqué une cause d'exonération qui faisait perdre à la violation de la loi son caractère d'illicéité. Or, le fait que des règles fixées par les pouvoirs publics assimilent l'empêchement d'exercer une activité pour cause de maladie et l'empêchement pour cause de grossesse et d'accouchement n'enlève pas à la référence faite par l'employeur à la grossesse de la candidate son caractère de référence liée au sexe de cette dernière. Les dispositions réglementaires ne prévoient rien d'autre que l'existence de droits analogues en faveur des travailleurs qui, pour différents motifs, se trouvent dans l'impossibilité d'exercer leur activité professionnelle.

Dans le cas d'un empêchement pour cause de maladie, le pouvoir de refus du Risicofonds peut affecter tant des hommes que des femmes. Le préjudice qui découle d'un refus de prestation de l'indemnité journalière pour cause de grossesse et d'accouchement est un préjudice qui ne peut affecter que des travailleurs du sexe féminin. L'employeur qui invoque ce préjudice excipe donc d'un empêchement qui ne peut se présenter que pour un sexe et, partant, fait une différence qui est interdite par la directive.

Mme Dekker constate que les juridictions nationales n'ont pas répondu à la question de savoir si une référence à la grossesse comporte une discrimination directe ou indirecte. Quoique la doctrine la considère comme une discrimination indirecte, à l'exemple cité par la directive de discrimination indirecte par référence à la situation familiale, Mme Dekker estime qu'une telle référence comporte une discrimination directe. En effet, en l'espèce, il ne s'agit pas précisément de situations familiales qui seront créées par suite de la grossesse, mais de l'état tout à fait lié au sexe constitué par l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle pour cause de congé de grossesse et d'accouchement.

S'il était jugé que la référence à la grossesse doit être considérée comme constituant une discrimination indirecte, Mme Dekker fait observer qu'on ne saurait admettre que la discrimination opérée par l'employeur était objectivement justifiée, puisque ce dernier a refusé immédiatement la candidate après qu'il ait appris que le Risicofonds avait le pouvoir de refuser la prestation, ce qui est contraire aux principes de nécessité et de proportionnalité en droit communautaire. L'employeur n'a par ailleurs rien entrepris pour vérifier si le pouvoir de refus serait exercé, pas plus qu'il ne s'est efforcé de prévenir l'utilisation de ce pouvoir de refus ou de prévenir les conséquences dommageables d'un exercice éventuel de ce pouvoir de refus.

Mme Dekker estime, enfin, que les conséquences auxquelles l'employeur devait s'attendre n'étaient pas à ce point sérieuses qu'il faille, pour ce motif, écarter l'intérêt qu'elle possède au respect du principe d'égalité de traitement.

Le *VJV* estime, en revanche, qu'il y a lieu de répondre négativement à la première question du Hoge Raad. Ayant donné certaines indications sur la notion d'« heure de prestation » dans le contexte néerlandais et sur le rapport de cette dernière avec l'effectif en personnel d'une organisation telle que le VJV, exprimé en nombre de postes du cadre, le VJV expose que, pour lui, le refus de conclure un contrat avec une candidate ne constitue pas, au sens de la directive, une discrimination directe ou indirecte du simple fait que le candidat est une femme. Même

lorsqu'une candidate présente les aptitudes nécessaires à l'emploi auquel elle postule, un employeur peut avoir des raisons parfaitement valables de ne pas lui offrir un contrat de travail (par exemple, qu'elle exige un salaire trop élevé). Ce n'est que lorsque le refus de l'employeur repose exclusivement ou notamment sur le fait qu'il ne souhaite pas que l'emploi offert soit occupé par une femme, sans qu'un motif légitime de justification puisse être invoqué, que ce refus constitue une discrimination directe ou indirecte. La nécessité de tenir compte du motif de l'employeur est démontrée par la jurisprudence de la Cour: voir les arrêts du 31 mars 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911), du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), du 11 juin 1987, Teuling (30/85, Rec. p. 2497), et du 15 mai 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651).

En l'espèce, le VJV n'a pas offert d'emploi à Mme Dekker, non pas parce qu'elle est une femme et non plus parce qu'elle était enceinte, mais parce que l'assureur du VJV l'avait avisé qu'en cas de congé de grossesse et en cas d'incapacité de travail ultérieure éventuellement liée à la grossesse et à l'accouchement, le Risicofonds pourrait refuser toute indemnisation. Cela aurait eu pour conséquence que le VJV n'aurait pas pu engager de remplaçant, et ce fait aurait pu, en raison de l'application de la réglementation de subvention, compromettre sérieusement la continuité de l'activité et des opportunités de travail assurées par le VJV.

L'élément déterminant était donc le risque financier que le VJV aurait couru en engageant Mme Dekker. S'il est vrai qu'il existe un lien entre la grossesse de Mme Dekker et la décision de ne pas l'engager, ce lien constituait, pour le VJV, une donnée qui se situait totalement en dehors de sa sphère d'influence.

Le VJV n'a d'ailleurs pas cherché un argument lui permettant essentiellement de faire obstacle à l'engagement d'une femme (enceinte), puisque les faits retenus par le Hoge Raad font apparaître que le VJV était disposé à accepter l'absence de Mme Dekker pendant la période de son congé maternité. L'unique problème qui se posait était de savoir si, pendant cette période, un remplaçant de Mme Dekker pouvait être rémunéré.

A titre liminaire, le *gouvernement néerlandais* conteste en quelque sorte l'interprétation apparemment acceptée par les deux parties au principal de la réglementation en cause. Pour lui, puisque les régimes tels que celui opéré par le Risicofonds ne doivent pas aboutir à ce que les employés disposent de droits moins étendus que ceux dont ils bénéficieraient en vertu du régime d'assurance généralement applicable, le pouvoir du Risicofonds de refuser des indemnités journalières à Mme Dekker n'aurait pas eu d'effet obligatoire. Il estime, en outre, que l'assimilation de la maternité à l'empêchement d'exercer une activité pour cause de maladie ne vaut qu'en ce qui concerne le droit à la prestation.

Pour ce qui est de la réponse à donner à la première question préjudicielle, le gouvernement néerlandais considère que le fait de ne pas engager une femme au motif qu'elle est enceinte revient à pratiquer une différence de traitement entre hommes et femmes. Une différence de traitement en raison de la maternité est, de surcroît, tellement liée au sexe qu'il y a lieu de parler d'une différence de traitement directe.

Le *gouvernement britannique* estime que les dispositions combinées de l'article 3, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, de la directive interdisent de refuser un emploi

à une femme au motif qu'elle n'est pas en mesure de travailler ou cessera de l'être alors que cet emploi n'aurait pas été refusé à un homme pour le même motif. La portée de la directive ne va pas au-delà — en particulier, elle n'impose pas d'accorder un traitement plus favorable à une femme parce qu'elle est enceinte ou parce qu'elle va s'absenter en raison de sa grossesse ou de son accouchement que celui dont aurait bénéficié un homme se trouvant dans des circonstances similaires. Cependant, si la directive n'exige pas un traitement plus favorable, l'article 2, paragraphe 3, n'en permet pas moins aux États membres de prévoir des dispositions au bénéfice spécifique des femmes en matière de grossesse ou d'accouchement, autorisant ainsi une dérogation à la finalité générale de la directive, qui est de mettre en œuvre l'égalité de traitement. Le gouvernement britannique propose dès lors de répondre à la première question préjudicielle dans les termes suivants:

« C'est uniquement dans la mesure où il n'aurait pas refusé un contrat de travail avec un candidat de sexe masculin après s'être rendu compte du fait que ce candidat n'était pas en état de travailler ou cesserait de l'être pour cause de maladie, qu'en refusant de conclure un contrat de travail avec une candidate qu'il avait jugée apte à l'exercice de l'activité concernée, parce qu'il se rend compte du fait qu'en raison de sa grossesse, la candidate n'est pas ou ne sera plus en état de travailler, un employeur agit en violation du principe d'égalité de traitement visé à l'article 2, paragraphe 1, et à l'article 3, paragraphe 1, de la directive. Cependant, l'article 2, paragraphe 3, permet à un État membre d'avoir des dispositions légales interdisant à un employeur de refuser d'engager une candidate parce qu'en raison de sa grossesse elle n'est pas en mesure de travailler ou cessera de l'être. De telles dispositions ne nécessitent donc pas une révision conformément à l'article 5, paragraphe 2 (de la directive). Néanmoins, si un État membre n'a pas de telles dispositions, la directive 76/207/CEE ne lui impose pas d'en adopter. »

La *Commission*, ayant expliqué les faits ainsi que le déroulement de la procédure devant les juridictions nationales et commenté la législation nationale en cause, remarque à titre liminaire que les questions déférées par le Hoge Raad peuvent être rapportées directement à l'article 1401 du code civil néerlandais. En effet, pour que la responsabilité non contractuelle soit engagée, il faut notamment qu'il y ait un acte illicite, ce qui serait le cas dans l'hypothèse d'une violation de la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes. La question de savoir s'il y a eu une telle violation dépend de l'interprétation à donner à cette loi. Vu qu'elle met en œuvre la directive, ses dispositions doivent être interprétées à la lumière de cette dernière (voir arrêt du 11 avril 1984, Von Colson et Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, et arrêt du 10 avril 1984, Harz, 79/83, Rec. p. 1921).

La Commission se demande cependant s'il s'agit vraiment, en l'espèce, d'une question de droit communautaire. D'après les constatations de fait, le VJV a renoncé à engager Mme Dekker parce que la réglementation nationale, d'une part, assimile la grossesse à la maladie et, d'autre part, confère à la direction du Risicofonds le pouvoir de refuser de verser des indemnités de maladie lorsqu'un travailleur est frappé d'incapacité de travail dans un délai de six mois en raison d'une « maladie » prévisible à la prise d'effet de l'assurance.

La Commission en tire la conclusion que la réglementation nationale, ou du moins sa mise en œuvre à l'époque des faits litigieux, n'était pas conforme au principe de l'égalité de traitement énoncé par la directive. Puisque seules les femmes peuvent être enceintes, la règle de six mois est susceptible d'affecter davantage de femmes que d'hommes. En outre, puisque cette règle est principalement appelée à intervenir dans les cas de nouveaux emplois qui n'ont pas été précédés d'un emploi assorti du même régime d'assurance, il est légitime de supposer qu'elle frappe surtout de jeunes travailleurs qui, lorsqu'il s'agit de femmes, eu égard à leur âge, ont des chances d'avoir des enfants. Qu'il s'agisse ou non, en l'occurrence, d'une discrimination directe, la réglementation a, en tout état de cause, l'effet d'une discrimination indirecte, ce qui est contraire à l'obligation imposée aux Pays-Bas à l'article 3, paragraphe 2, ab initio et sous a), de la directive. Il en découle que le véritable problème dans le cas d'espèce tient au droit national lui-même et non pas aux actes de l'employeur.

En ce qui concerne les obligations qui incombent à l'employeur en vertu de la directive, la Commission constate que la réglementation nationale ne lui impose pas une obligation déterminée. Elle lui laisse la liberté de tenir compte ou non de son application, tout en imposant une charge financière à l'employeur qui, nonobstant ses dispositions, respecte l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe.

On pourrait alors se demander si l'on peut exiger de l'employeur soit qu'il néglige totalement cette réglementation nationale discriminatoire, soit qu'il la mette en cause en justice pour incompatibilité avec la directive ou avec la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes. L'issue d'une telle procédure serait cependant largement incertaine et, qui plus est, une telle exigence reviendrait à imposer à l'employeur une obligation qui incombe à l'État. Cela semblerait aller à l'encontre de ce que la Cour a conclu dans l'arrêt du 26 février 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), puisque cela reviendrait à imposer directement des obligations à l'employeur.

La Commission estime, en fin de compte, qu'il appartient à la juridiction nationale de déterminer si la raison invoquée par l'employeur pour déroger au principe de l'égalité de traitement s'explique effectivement par le manquement de l'État consistant à ne pas transposer entièrement et correctement la directive.

Sur la deuxième question (incidence de l'absence de candidats masculins)

Mme Dekker estime que, dans son cas, on est en présence d'une différence qui est interdite parce que la référence à sa grossesse est directement liée à son sexe. De ce fait, l'empêchement invoqué par l'employeur pour l'engager n'aurait jamais pu affecter un homme. La directive vise pourtant l'interdiction de toute espèce de critères susceptibles de concerner exclusivement (différence directe) ou quasi exclusivement (différence indirecte) l'un des sexes lors du recrutement ou de la sélection sur le marché de l'emploi. En outre, prétendre que la présence de candidats de l'autre sexe était indispensable soulèverait des problèmes de procédure insurmontables, puisque, pour établir si des personnes de l'autre sexe ont posé leur candidature, on dépend entièrement d'informations qui devraient être fournies par la partie défenderesse.

Selon le *VJV*, la deuxième question exige une réponse affirmative. Il ne s'agit pas de l'effet discriminatoire d'une mesure in abstracto, mais d'une décision concrète d'un employeur de ne pas engager un candidat déterminé. L'article 2, paragraphe 1, et l'article 3, paragraphe 1, de la directive interdisent toute discrimination fondée sur le sexe; il s'ensuit que, lorsque, en vue de pourvoir à une fonction déterminée, un employeur effectue un choix entre des candidats de sexe exclusivement féminin, l'adoption de cette décision ne saurait constituer une discrimination fondée sur le sexe. En pareil cas, un employeur ne peut se laisser guider dans son choix que par des considérations financières ou de gestion. Le fait de savoir qu'une certaine candidate sera absente de son travail sans qu'on puisse la remplacer, alors que ce n'est pas le cas pour une autre candidate, peut aboutir à ce que la préférence soit donnée à cette autre candidate, ce qui n'a rien à voir avec une discrimination fondée sur le sexe.

Le *gouvernement néerlandais* estime qu'il est sans importance qu'il n'y ait pas de candidats masculins. Le motif de refus lui-même (fondé sur le sexe de l'intéressée) enfreint l'interdiction d'une différence de traitement quelles que soient les circonstances de fait du cas considéré, ces circonstances ne jouant un rôle que pour la question de savoir s'il s'agit d'une différence de traitement indirecte.

Le *gouvernement britannique* considère que le fait qu'il n'y ait pas eu de candidats de sexe masculin n'entraîne aucune différence, à condition que la candidate puisse établir qu'un candidat de sexe masculin présentant des aptitudes comparables aurait bénéficié d'un traitement plus favorable.

La *Commission* estime que rien ne change si seules des femmes se sont portées candidates à l'emploi, puisque c'est la raison de la décision de l'employeur qui est déterminante. Le rejet pour cause de grossesse d'une femme candidate constitue à l'égard de cette femme une discrimination fondée sur le sexe, puisqu'un refus pour ce motif ne peut, par définition, être adressé qu'à une femme.

Sur la troisième question (nécessité éventuelle d'une faute de l'employeur ou cause d'exonération de responsabilité de ce dernier)

Mme Dekker déduit des termes de la directive que, dès lors que le principe de l'égalité de traitement interdit de désavantager les femmes par rapport aux hommes, on ne saurait admettre que des employeurs puissent continuer à faire une différence au motif que les conséquences de l'égalité de traitement sont trop défavorables. Ce principe implique en revanche que l'employeur coure le risque de subir un préjudice financier, et il appartient à l'employeur de s'assurer, le cas échéant, contre les conséquences dommageables qui en découlent.

Le *VJV* trouve, pour sa part, qu'il n'est pas commode de fournir une réponse à la troisième question, puisque la distinction qui est faite entre la question n° 3, sous a), et la question n° 3, sous b), est partiellement liée au droit national applicable à l'espèce, qui différencie entre les motifs de justification (qui suppriment le caractère illicite d'une action) et les motifs d'exonération (qui éliminent la responsabilité et l'obligation de réparation), tandis que la directive, elle, n'opère pas une telle distinction. La directive permet uniquement de répondre à la question de savoir si une violation du principe de l'égalité de traitement peut être justifiée dans un cas déterminé, indépendamment de

la question de savoir si une telle justification constitue un motif d'exonération ou bien un motif de justification au regard des règles de droit national.

L'article 2, paragraphes 2 à 4, s'adresse aux États membres et apporte des précisions quant à leur compétence réglementaire. Il n'exclut toutefois pas qu'un employeur individuel puisse se prévaloir d'une justification lui permettant de déroger au principe de l'égalité de traitement en dehors des cas prévus par ces paragraphes. On ne peut, en toute bonne foi, faire endosser à un employeur individuel les conséquences d'une réglementation en vigueur aux Pays-Bas qui, en matière d'indemnités d'assurance, assimile maladie et grossesse, lorsque ces conséquences peuvent compromettre sérieusement la continuité de l'activité et des opportunités de travail qu'il assure.

Le *gouvernement néerlandais* estime que, pour faire droit à une demande fondée sur la violation du principe de l'égalité de traitement, il n'est pas nécessaire qu'il y ait faute ou, éventuellement, absence de justification de la part de l'employeur. La directive ne contient aucun indice en ce sens, et l'admission de ces éléments compromettrait gravement l'objectif poursuivi par la directive.

Le *gouvernement britannique* estime que, s'il est établi qu'il y a eu violation du principe d'égalité de traitement au détriment de la candidate qui a été refusée, il n'est pas nécessaire qu'il y ait également une faute imputable à l'employeur pour faire droit à une demande en réparation fondée sur cette violation. Il en serait de même pour l'invocation, par l'employeur, d'une cause d'exonération de responsabilité. En revanche, si l'une des hypothèses évoquées à l'article 2, paragraphes 2 à 4, de la directive se présente, il n'y a en fait aucune violation du principe d'égalité de traitement.

La *Commission* indique qu'à son avis, si l'employeur enfreint le principe de l'égalité de traitement, il est incompatible avec la directive de subordonner l'engagement de sa responsabilité à une condition supplémentaire. Ou bien il y a violation de ce principe (auquel cas le droit national doit prévoir des sanctions appropriées), ou bien il n'y a pas de violation (auquel cas il n'est pas besoin de sanctions).

Pour ce qui est du motif économique exonérant éventuellement l'employeur, la Commission estime que le problème est de savoir si le préjudice économique réel ou éventuel pour l'employeur constituerait pour lui une cause l'autorisant à déroger au principe de l'égalité de traitement, sujet sur lequel la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer dans le contexte de la directive en cause ici. En se référant à la jurisprudence de la Cour concernant la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO L 6, p. 24) (voir arrêt du 11 juin 1987, Teuling, précité) ainsi qu'aux arrêts rendus à propos du principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins (voir notamment les arrêts du 21 mars 1981, Jenkins, précité, et du 13 mai 1986, Bilka, précité), la Commission en déduit que des motifs qui s'expliquent par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ne se heurtent pas au principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès au travail, et cela malgré le fait que l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe fait partie des droits fondamentaux protégés par le droit communautaire (voir arrêt du 15 juin 1978,

Defrenne, 149/77, Rec. p. 1365). D'après la Commission, c'est à la juridiction nationale qu'il appartient de déterminer si la décision de l'employeur répond à ces critères.

Sur la quatrième question (l'étendue des risques que l'employeur est censé courir)

Mme Dekker souligne que cette question suppose une réponse affirmative à la troisième question, ce qui ne saurait avoir d'autre portée que celle d'admettre qu'on invoque des situations spécifiques de force majeure. Or, la force majeure doit être de nature telle que la conclusion de la relation d'emploi soit devenue un acte vide de sens. Même si l'on était tout à fait certain que les conséquences que craint l'employeur se produiront effectivement, sa responsabilité ne saurait être écartée, étant donné que l'employeur est tenu de supporter ces conséquences. Conclure différemment reviendrait à faire endosser par les travailleurs pris individuellement les conséquences dommageables, d'un point de vue pratique et financier, du principe de l'égalité de traitement.

Pour le *VJV*, la base d'une réponse à la quatrième question est donnée par l'arrêt de la Cour du 15 mai 1986, Johnston, précité, et il appartient à la juridiction nationale de dire si les motifs sur lesquels le VJV s'est basé sont effectivement fondés et justifient la mesure concrètement prise de veiller au respect du principe de la proportionnalité et de vérifier si le refus d'offrir le contrat aurait pu être évité. Le VJV estime cependant que cet arrêt va trop loin lorsqu'il s'exprime en termes aussi généreux et qu'il exige qu'un employeur se donne l'entière assurance que l'indemnité sera refusée ou que des postes seront perdus et que l'employeur ait fait tout son possible pour éviter de pareilles conséquences. Le VJV plaide plutôt pour qu'on exige seulement de l'employeur qu'il s'informe dûment du point de vue de l'assureur et qu'il vérifie convenablement le contenu des règles de subvention, compte tenu du fait que l'employeur doit également régler une procédure de recrutement avec une certaine diligence, tant dans l'intérêt des candidats que dans celui de sa propre organisation.

Le *gouvernement néerlandais* n'a pas pris position d'une façon explicite sur la réponse à donner à cette question, et le *gouvernement britannique* se borne à observer que cette question ne se pose pas si l'on répond à la troisième question de la manière qu'il suggère.

La *Commission* considère que la réponse à la quatrième question préjudicielle peut être trouvée, en principe, par application des critères énoncés par la Cour dans l'affaire Bilka, précitée. Dans le cas d'espèce, on peut estimer que le refus d'un employeur de conclure un contrat de travail avec une postulante qu'il avait jugée apte et dont il est établi qu'elle est enceinte ne constitue pas une violation interdite du principe de l'égalité de traitement lorsque ce refus est objectivement justifié et que le juge national constate que ce refus sert un intérêt économique supérieur de l'entreprise et qu'il est nécessaire à cet effet. Pour ce qui est du premier élément, il convient de tenir compte des intérêts de l'entreprise en tant qu'entité économique, intérêts qui peuvent englober les intérêts des (autres) travailleurs. Pour ce qui concerne le deuxième élément, il s'agit de déterminer si le même but n'aurait pas pu être atteint par une mesure moins radicale, cette dernière condition étant une application du principe de proportionnalité.

A la lumière de tout ce qui précède, la Commission propose à la Cour de répondre comme suit aux quatre questions du Hoge Raad:

« Un employeur du secteur privé n'agit pas en violation du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes énoncé aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, lorsque l'État membre en question n'a pas transposé correctement ladite directive en droit interne et qu'il s'avère que l'acte de l'employeur, contre lequel une candidate à un emploi porte plainte en invoquant ledit principe, s'explique par cette carence de l'État membre. »

G. Slynn
Juge rapporteur