CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 21 novembre 2002 [1]

1. L'Arbeitsgericht Lübeck (Allemagne) a posé à la Cour, conformément à l'article 234 CE, deux questions préjudicielles par lesquelles il sollicite l'interprétation de la directive 76/207/CEE [2], afin de savoir si une travailleuse, qui bénéficie d'un congé d'éducation, a l'obligation d'informer son employeur de son état de grossesse lorsqu'elle demande sa réintégration avant l'expiration de ce congé, compte tenu du fait que, en raison de son état, elle se trouve dans l'impossibilité d'accomplir certaines des tâches inhérentes à son activité.

I — Les faits du litige au principal

2. M^me^ Busch, demanderesse au principal, est employée comme infirmière, depuis avril 1998, dans un hôpital géré par la défenderesse, Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs KG.

À l'occasion de la naissance de son premier enfant, en juin 2000, M^me^ Busch a obtenu un congé d'éducation de trois ans. En octobre 2000, elle s'est trouvée à nouveau enceinte; dès lors, elle a demandé par écrit, le 30 janvier 2001, à être réintégrée dans son emploi, sans restriction quant à l'horaire de travail par roulement. Après plusieurs conversations téléphoniques entre le chef du personnel et la demanderesse, l'entreprise a décidé de l'affecter à un service de 39 lits placé sous la responsabilité d'équipes de 3 infirmiers travaillant par roulement, où il existait un poste vacant auquel il convenait de pourvoir au plus vite.

3. Le 22 mars 2001, l'entreprise défenderesse a donné son accord pour que M^me^ Busch résilie son congé d'éducation, sans lui avoir demandé si elle était enceinte. Elle est entrée en fonction le 9 avril 2001, mais a informé son employeur le lendemain du fait qu'elle était enceinte de sept mois. Si elle a repris son travail, c'est que cela lui permettait de bénéficier de l'allocation de maternité, plus élevée que celle servie pendant le congé d'éducation, ainsi que du supplément versé par l'employeur.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — 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 (JO L 39, p. 40).

4. Conformément à l'article 3, paragraphe 2, du Mutterschutzgesetz (loi sur la protection de la maternité), le congé de maternité devait commencer le 23 mai. La défenderesse a réagi en renvoyant la demanderesse chez elle le 11 avril, puis a contesté le consentement qu'elle avait donné à sa réintégration, pour cause de dol et d'erreur sur une qualité essentielle. En vertu de l'interdiction de l'article 4, paragraphe 2, de cette loi, elle estime que la travailleuse n'était pas pleinement opérationnelle.

5. M[me] Busch confirme que, parmi les tâches accomplies par les infirmières de son service, figurent les actes suivants: aider les patients alités à se mettre en position assise pour prendre leurs repas, laver les personnes les plus dépendantes, les changer régulièrement de position avec l'aide d'une collègue, préparer et administrer des injections. Elle affirme que, pendant sa première grossesse, elle a continué à remplir ses obligations habituelles, tout en s'acquittant également de fonctions administratives. Elle indique qu'elle était en mesure de travailler jusqu'au début de son congé de maternité, de sorte qu'il n'existait aucune interdiction de travail jusqu'au 23 mai 2001, puisque, dans cet hôpital, les lits sont poussés et le transport à l'intérieur du bâtiment effectué par un service interne spécialement prévu à cet effet.

Elle réclame le paiement d'une somme brute de 4 181,77 DEM (2 138,11 euros) à titre de salaire, ainsi que d'une somme nette de 3 258,50 DEM (1 666,04 euros) à titre de supplément à l'allocation de maternité.

6. La défenderesse se refuse à payer ces sommes au motif que la salariée aurait dû l'informer de son état avant de reprendre son activité. S'agissant d'un emploi à durée limitée (du 9 avril au 23 mai 2001), la grossesse est une qualité essentielle de la demanderesse, dont l'ignorance constitue une erreur dans le chef de l'entreprise.

7. Les parties semblent d'accord sur le fait que, durant cette période, il n'existait pas de possibilité d'affecter M[me] Busch à des fonctions administratives.

II — La législation nationale [3]

8. L'article 3 de la loi sur la protection de la maternité dispose que les futures mères ne doivent pas travailler pendant les six dernières semaines qui précèdent l'accouchement, à moins qu'elles ne se déclarent expressément disposées à le faire.

3 — Information fournie par la Commission dans ses observations écrites.

En vertu de l'article 4, paragraphe 1, il est interdit de confier à des femmes enceintes des tâches physiques lourdes et des tâches les exposant aux effets nocifs de substances ou de rayons nuisibles à la santé, de la poussière, de gaz ou de vapeurs, de la chaleur, du froid ou de l'humidité, des vibrations ou du bruit. Le paragraphe 2 s'oppose à ce qu'on leur attribue des tâches où il faut régulièrement soulever, mouvoir ou transporter à la main, et sans auxiliaire mécanique, des charges de plus de 5 kg ou, occasionnellement, des charges de plus de 10 kg.

L'article 11 réglemente la rémunération de la travailleuse enceinte faisant l'objet d'une interdiction de travail visée par la loi. Pour autant qu'elle ne puisse percevoir l'allocation de maternité, si elle suspend partiellement ou totalement son activité professionnelle, elle continue à recevoir de son employeur le salaire moyen des treize dernières semaines ou des trois derniers mois précédant le mois où elle s'est trouvée enceinte.

Conformément à l'article 13, les travailleuses affiliées à une caisse de maladie perçoivent, pour la période du congé de maternité, une allocation de maternité s'élevant à 25 DEM (12,78 euros) par jour. Selon les dispositions de l'article 14, les femmes qui ont droit à cette allocation perçoivent en plus de leur employeur un supplément qui s'élève au montant de la différence entre 25 DEM et le salaire moyen journalier diminué des déductions légales.

9. L'article 5 du Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (loi fédérale relative à l'octroi de l'allocation et du congé d'éducation) fixe le montant de cette allocation pendant le congé d'éducation à 600 DEM [4] (306,78 euros) par mois. En application de l'article 7, à partir de la naissance, l'allocation de maternité est imputée sur l'allocation d'éducation.

L'article 16 impose au travailleur qui souhaite bénéficier d'un congé d'éducation de le demander à son employeur au plus tard quatre semaines avant la date de son début et de déclarer sa durée. Le bénéficiaire peut le résilier avant terme ou le prolonger, sous réserve de l'accord de l'employeur, qui semble jouir en la matière d'une liberté d'appréciation [5].

10. Le Bürgerliches Gesetzbuch (code civil allemand) prévoit dans son article 123 que quiconque a été illégalement déterminé par des manœuvres dolosives ou par des menaces à faire une déclaration de volonté peut la contester.

4 — À partir du 1er janvier 2001, ce montant a été fixé, en fonction des revenus et de l'option du bénéficiaire, à 900 DEM (460,16 euros) au cours de la première année de la vie de l'enfant ou à 600 DEM au cours des deux premières années.

5 — Cette disposition a été modifiée et complétée avec effet à compter du 1er janvier 2001: l'employeur ne peut désormais s'opposer à ce que le congé d'éducation soit résilié avant terme en raison de la naissance d'un autre enfant ou en cas de nécessité absolue que pour des raisons impérieuses liées au bon fonctionnement de l'entreprise. En revanche, la travailleuse n'est pas en droit de renoncer au congé d'éducation au cours de la période correspondant au congé de maternité. Ces réformes ne s'appliquent pas aux faits du litige au principal en raison de la disposition transitoire inscrite à l'article 24, paragraphe 1, de la loi précitée.

En vertu de l'article 119, paragraphe 1, du même code, quiconque, en remettant une déclaration de volonté, a fait erreur sur son contenu ou ne l'aurait pas remise s'il avait eu connaissance de la situation de fait et s'il avait apprécié la question avec discernement peut également la contester. Conformément au paragraphe 2, il en va de même en cas d'erreur sur les qualités de la personne ou de la chose considérées selon l'usage comme essentielles.

III — Les questions préjudicielles

11. L'Arbeitsgericht Lübeck, saisi de cette affaire, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions suivantes à titre préjudiciel:

«1) Y-a-t-il discrimination fondée sur le sexe au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE si une femme, qui veut abréger, avec l'accord de son employeur, le congé parental pour éducation dont elle a commencé à bénéficier, est tenue de déclarer à son employeur son nouvel état de grossesse, dont elle a connaissance, avant la conclusion de l'accord sur la fin anticipée dudit congé, dans le cas où elle ne peut pas pleinement exercer la fonction en cause en raison d'une interdiction de travail concernant certaines tâches inhérentes à sa fonction, applicable dès le premier jour?

2) Si la réponse à la première question est oui, dans les circonstances décrites, le fait que l'employeur soit en droit de remettre en cause la validité de son acceptation de la fin anticipée du congé pour éducation, au motif qu'il a été dans l'erreur sur l'état de grossesse de l'employée, est-il constitutif d'une discrimination injustifiée fondée sur le sexe au sens de la directive précitée?»

IV — La législation communautaire

12. En vue de répondre aux questions posées, il est nécessaire d'interpréter certaines des dispositions de la directive 76/207.

«*Article 2*

1. 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.

[...]

3. La présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.»

«*Article 5*

1. L'application du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, implique que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions, sans discrimination fondée sur le sexe.»

V — La procédure devant la Cour

13. Des observations écrites ont été présentées dans cette affaire, dans le délai prescrit par l'article 20 du statut CE de la Cour de justice, par les parties au principal, le gouvernement allemand et la Commission.

Lors de l'audience qui s'est tenue le 23 octobre 2002, le représentant de la demanderesse et la Commission ont présenté leurs observations orales.

VI — La première question préjudicielle

14. Par cette question, la juridiction nationale souhaite savoir si les articles 2, paragraphes 1 et 3, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 s'opposent à ce qu'une travailleuse qui veut avancer, avec l'accord de l'employeur, la fin du congé d'éducation dont elle bénéficie doit informer celui-ci du fait qu'elle est enceinte préalablement à un accord sur sa réintégration dans le cas où, en raison de son état, elle ne peut exercer toutes ses fonctions du fait d'une interdiction légale applicable dès le premier jour.

A — *Les thèses développées dans les observations présentées*

15. Pour M^me^ Busch, l'exigence de déclarer la grossesse avant la réintégration constitue une discrimination fondée sur le sexe, puisque seule une femme peut se trouver empêchée par son état d'accomplir certaines tâches. L'employeur n'est pas fondé à contester la validité du consentement en invoquant le dol, puisqu'il ne lui a pas demandé si elle était enceinte; si, en revanche, il allègue une erreur sur les qualités essentielles de la personne, il commet une discrimination puisque le fait de ne pas être enceinte ne fait pas partie de la panoplie des qualités essentielles d'une femme. En réalité, elle aurait pu exercer la majeure partie

de ses fonctions, étant donné que celles qui lui étaient interdites représentaient à peine quelques minutes sur l'ensemble de la journée de travail. Il aurait été préférable de la dispenser de ces activités, au lieu de l'empêcher totalement de travailler.

16. La défenderesse au principal soutient que les tâches que la travailleuse était empêchée d'effectuer représentaient une bonne partie de celles afférentes à son emploi. Elle estime qu'il n'y a pas discrimination, puisque le contrat de travail n'a pas été résilié et que la période d'activité de six semaines est comparable à une relation de travail à durée déterminée, dans laquelle la travailleuse est incapable de fournir sa prestation. En exécution du devoir de loyauté inhérent au contrat de travail, dont seules les obligations principales sont suspendues au cours du congé d'éducation, M^me^ Busch aurait dû déclarer que, en raison de son état, elle ne pouvait prendre en charge des malades. S'il y a eu discrimination, celle-ci était justifiée, puisque les dispositions qui restreignent l'activité de la femme dans certaines circonstances ont été adoptées en vue d'assurer la protection de la maternité.

17. Le gouvernement allemand distingue entre les hypothèses de discrimination à l'encontre d'une femme enceinte dans l'accès à l'emploi ou le licenciement, d'une part, et celles dans lesquelles elle bénéficie déjà d'un contrat de travail à durée indéterminée, dont la validité n'est pas contestée, d'autre part. Lors du début d'une relation de travail, on ne peut demander à la travailleuse de révéler son état, sous peine de lui porter préjudice. À son avis, M^me^ Busch ne revendique pas un droit à l'égalité avec les hommes, mais prétend obtenir un avantage économique par rapport aux autres travailleuses enceintes qui continuent de bénéficier du congé d'éducation, ce qui, selon lui, ressemble beaucoup à un abus de droit.

18. Pour la Commission, le refus par l'employeur de réintégrer une travailleuse enceinte dans son emploi avant la fin du congé d'éducation, en raison de son état, constitue une discrimination fondée sur le sexe, contraire à la directive 76/207. S'agissant d'un contrat à durée indéterminée, il n'y a pas lieu d'examiner si l'impossibilité pour la salariée d'effectuer, au cours de la période précédant le congé de maternité, l'ensemble des prestations inhérentes à l'emploi en raison d'une interdiction légale constitue une exception au principe général de non-discrimination. En partant du principe que la grossesse ne constitue pas un critère que l'employeur peut prendre en considération, puisqu'il est discriminatoire, il importe peu que la travailleuse l'informe de son état.

B — *Réponse à la question préjudicielle*

19. L'accord-cadre sur le congé parental [6] représente un engagement des organisa-

6 — Fait à Bruxelles le 14 décembre 1995.

tions interprofessionnelles à vocation générale (UNICE, CEEP et CES) à mettre en place des prescriptions minimales sur ce type de congé, en tant que moyen important de concilier la vie professionnelle et familiale et de promouvoir l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes. Elle a été déclarée applicable aux États membres, à l'exception du Royaume-Uni, par la directive 96/34/CE [7], adoptée le 3 juin 1996 sur la base de l'article 4, paragraphe 2, de l'accord sur la politique sociale [8], qui permet aux partenaires sociaux de demander conjointement l'application des instruments de portée communautaire au moyen d'une décision du Conseil sur proposition de la Commission. Le délai pour transposer en droit interne le contenu de l'accord-cadre sur le congé parental a expiré le 3 juin 1998 [9].

20. Par sa clause 1, l'accord édicte des prescriptions minimales visant à faciliter la conciliation des responsabilités professionnelles et familiales des parents qui travaillent. La clause 4 permet aux États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions plus favorables que celles prévues dans cet accord. Le texte ne limite pas le droit individuel au congé parental aux travailleurs dont la relation de travail est à durée indéterminée.

21. En vertu de la clause 2, point 7, c'est également aux États membres et aux partenaires sociaux qu'il appartient de définir le régime du contrat ou de la relation de travail pour la période du congé parental. Il est toutefois constant que, bien que les obligations principales des parties soient restées en suspens, le contrat continue d'exister puisque, conformément à la clause 2, point 5, à l'issue du congé parental, le travailleur a le droit de retrouver son poste de travail ou, en cas d'impossibilité, un travail équivalent ou similaire.

22. La durée du congé parental se situe entre un minimum de trois mois et un âge déterminé, pouvant aller jusqu'à huit ans. Il n'existe en revanche aucune disposition concernant la réintégration du travailleur avant la fin du congé qui lui a été octroyé. Pour cette raison, les conditions dans lesquelles il peut y avoir retour anticipé au travail sont fixées au niveau national, soit dans le cadre de la législation, soit par le biais des conventions collectives.

La loi allemande relative à l'octroi de l'allocation et du congé d'éducation permettait, dans la version applicable aux faits

7 — Directive du Conseil concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (JO L 145, p. 4).

8 — Accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, annexé au protocole n° 14, incorporé au traité instituant la Communauté européenne par le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992. Le texte des dispositions de l'accord sur la politique sociale a été incorporé dans les articles 117 à 120 du traité instituant la Communauté européenne (devenus articles 136 CE à 143 CE) par le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999.

9 — Cette directive a été modifiée et étendue au Royaume-Uni par la directive 97/75/CE du Conseil, du 15 décembre 1997 (JO 1998, L 10, p. 24). Le délai imparti à cet État membre pour l'adaptation de son droit interne a expiré le 15 décembre 1999.

du litige au principal, la réintégration avant la fin de la période accordée, sans autre condition que l'accord de l'employeur, lequel jouissait à cet égard d'une liberté d'appréciation.

23. La directive 76/207 vise 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, y compris la promotion, et à la formation professionnelle ainsi que les conditions de travail [10]. Son article 5 dispose que l'application du principe aux conditions de travail implique que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes modalités de travail, sans discrimination fondée sur le sexe.

Le droit au congé d'éducation est inhérent à la qualité de travailleur et, pendant la durée de ce congé, le contrat de travail reste en vigueur. Dès lors, les conditions applicables à la réintégration de l'intéressé dans son emploi, avant l'expiration du congé, font partie des conditions de travail et sont, comme telles, soumises aux dispositions de cette directive, avec pour conséquence qu'elles ne peuvent être différentes en fonction du sexe du travailleur.

24. La jurisprudence de la Cour en matière d'interprétation du principe d'égalité de traitement établi par la directive 76/207, dans les cas où sont en jeu les droits des travailleuses enceintes, est d'ores et déjà relativement abondante. Jusqu'à présent, elle a toujours qualifié de discrimination directe fondée sur le sexe la prise en considération, par l'employeur, de la grossesse à titre de critère pour ne pas embaucher une femme [11], pour la licencier [12] ou pour refuser le renouvellement d'un contrat à durée déterminée [13]. De même, il est discriminatoire de licencier une travailleuse enceinte en raison des absences motivées par une incapacité de travail due à son état [14]. La Cour n'a jamais accepté de justifier cette discrimination par des arguments liés au préjudice économique subi par l'employeur d'une femme enceinte au cours de la période du congé de maternité ou au cours de la grossesse.

Cette jurisprudence énonce que, ayant un caractère impératif, la prohibition de discrimination entre travailleurs masculins et travailleurs féminins non seulement s'impose à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail

10 — La directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO 1979, L 6, p. 24), a précisé le contenu, la portée et les modalités d'application du principe dans le domaine de la sécurité sociale.

11 — Arrêts du 8 novembre 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), et du 3 février 2000, Mahlburg (C-207/98, Rec. p. I-549).

12 — Arrêts du 14 juillet 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567), et du 4 octobre 2001, Tele Danmark (C-109/00, Rec. p. I-6993).

13 — Arrêt du 4 octobre 2001, Jiménez Melgar (C-438/99, Rec. p. I-6915).

14 — Arrêt du 30 juin 1998, Brown (C-394/96, Rec. p. I-4185). Dans cette affaire, la Cour plénière a rectifié la décision de la sixième chambre rendue le 29 mai 1997 dans l'affaire Larsson (C-400/95, Rec. p. I-2757). Voir les conclusions que j'ai présentées dans ces deux affaires.

salarié ainsi qu'aux contrats entre particuliers [15]. Cette prohibition s'applique aussi à l'action unilatérale d'un employeur à l'égard du personnel qu'il emploie [16].

25. Il est constant que, dans le cas de M^me^ Busch, il ne s'agit pas de l'accès à un emploi ou d'un licenciement, mais des conditions sous lesquelles s'exercent les droits et s'exécutent les obligations découlant du contrat de travail. Toutefois, comme je l'ai déjà indiqué, les dispositions de la directive 76/207 interdisent à l'employeur de se fonder sur le fait que la travailleuse est enceinte pour prendre une décision qui porte atteinte à ses droits. En conséquence, si la grossesse de l'intéressée constitue le motif pour lequel l'employeur refuse sa réintégration dans l'entreprise avant la fin du congé d'éducation, on se trouve en présence d'une discrimination directe fondée sur le sexe, contraire à l'article 5, paragraphe 1, de la directive, puisque les circonstances auxquelles est subordonnée la réintégration font partie des conditions de travail, qui doivent s'appliquer de manière égale aux hommes et aux femmes, alors que la grossesse est un état ne touchant que ces dernières.

Étant donné que l'employeur ne peut prendre en considération la grossesse pour examiner la question de la réintégration, sous peine de commettre une discrimination directe fondée sur le sexe, l'état de la travailleuse est sans incidence sur sa décision, avec pour conséquence que l'intéressée n'est pas tenue de l'informer qu'elle est enceinte.

26. La Cour s'est également prononcée sur la rupture, en raison de la grossesse, d'un contrat de travail intervenue sous la forme d'une déclaration de nullité ou d'une dénonciation fondée sur l'erreur sur les qualités essentielles de la travailleuse du fait de l'interdiction légale du travail de nuit [17], et sur le refus d'embaucher une femme enceinte, fondé sur une interdiction légale d'occuper le poste qui lui était destiné [18]. Ces deux interdictions étaient édictées, tout comme celle concernant M^me^ Busch, par la loi allemande sur la protection de la maternité.

27. Dans ces deux affaires, comme l'a souligné la Cour, l'inégalité de traitement ne se fondait pas directement sur l'état de grossesse de la travailleuse, mais résultait de l'interdiction légale de travail attachée à cet état, couverte par l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207, en vertu duquel cette directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

15 — Arrêts du 27 juin 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591, point 12); du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297, point 11), et du 9 septembre 1999, Krüger (C-281/97, Rec. p. I-5127, point 20).

16 — Arrêt du 21 octobre 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p. I-7243, point 26).

17 — Arrêt du 5 mai 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657).

18 — Arrêt Mahlburg, précité.

Même dans ces conditions, la Cour a estimé, dans la première affaire, qu'une discrimination directe comme celle constituée par la rupture d'un contrat sans détermination de durée en raison de la grossesse de la travailleuse, que ce soit en conséquence de la nullité ou d'une dénonciation, ne pouvait être justifiée par le fait qu'une interdiction légale, imposée en raison de la grossesse, empêche temporairement l'employée d'effectuer un travail de nuit.

Dans la seconde affaire, la Cour a considéré que l'application des dispositions relatives à la protection de la femme enceinte ne pouvait avoir pour corollaire un traitement défavorable en ce qui concerne l'accès à l'emploi de la femme, en sorte qu'elle ne permettait pas à un employeur de refuser d'embaucher une candidate enceinte au motif qu'une interdiction de travail motivée par son état l'aurait empêchée de l'affecter, dès le départ et jusqu'au début du congé de maternité, au poste à durée indéterminée à pourvoir; la Cour a ajouté que ce refus ne pouvait être justifié par le préjudice financier causé à l'employeur par le fait que la femme engagée ne puisse occuper, tant qu'elle se trouve dans cet état, le poste concerné.

28. L'interdiction qui concerne M^me^ Busch du fait de sa grossesse est semblable, quoique de moindre portée, à celle qui a été opposée à M^me^ Habermann-Beltermann et à M^me^ Mahlburg; elle est imposée par la loi sur la protection de la maternité et couverte par l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207. Celle-ci réserve aux États membres un pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les mesures sociales qu'ils prennent en vue d'assurer, dans le cadre tracé par la directive, la protection de la femme en ce qui concerne la grossesse et la maternité, ainsi que la compensation des désavantages de fait, en matière de conservation de l'emploi, que la femme subit à la différence de l'homme [19].

À cet égard, la Cour a déclaré que l'exercice des droits conférés aux femmes conformément à l'article 2, paragraphe 3, ne pouvait 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 visait à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle [20].

29. La défenderesse au principal soutient que la réintégration de M^me^ Busch, dans les circonstances décrites, serait discriminatoire pour les autres employées qui, tout en étant enceintes, continuent de bénéficier de leur congé d'éducation.

30. Il est difficile de partager cette opinion au vu de la jurisprudence de la Cour, selon laquelle la discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'ap-

19 — Arrêt du 12 juillet 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047, point 27).

20 — Arrêt du 30 avril 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011, point 26).

plication de la même règle à des situations différentes [21].

Une salariée enceinte qui est réintégrée dans son emploi avant la fin du congé d'éducation se retrouve en situation d'activité et a le droit de percevoir de l'employeur son salaire et le supplément à l'allocation de maternité. Au contraire, celle qui continue de bénéficier du congé d'éducation au cours de sa grossesse fait partie de la population non active. Ces deux femmes se trouvant dans des situations distinctes, le fait de leur accorder le même traitement constituerait une violation du principe d'égalité.

31. Si la juridiction allemande démontre, dans son ordonnance de renvoi, qu'elle est au courant de la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité de traitement, il semble que, lorsqu'elle l'a rédigée, les arrêts Tele Danmark [22] et Jiménez Melgar [23] n'avaient pas encore été rendus.

32. Cette précision apparaît intéressante dans la mesure où le juge national, en s'appuyant sur certains des arrêts que je viens d'examiner, rendus dans des affaires dans lesquelles le litige portait sur l'accès à un emploi ou sur le licenciement d'une femme enceinte titulaire d'un contrat à durée indéterminée, en tire certaines conséquences qui s'avèrent erronées à la lumière de l'interprétation du principe d'égalité de traitement dégagée par la Cour dans ses deux décisions de l'automne 2001 [24], dans lesquelles elle a examiné, pour la première fois, si ce principe s'appliquait de la même façon lorsque la relation de travail était à durée déterminée.

Par exemple, au point 1, sous b), du chapitre II de l'ordonnance, l'Arbeitsgericht Lübeck affirme, après avoir cité deux arrêts de la Cour, qu'il résulte de ceux-ci «que, sauf en cas de conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur peut s'informer de l'éventuelle grossesse d'une candidate et que cette dernière est tenue de révéler son état de grossesse même si cela ne lui est pas explicitement demandé». Il ajoute que M^me^ Busch savait qu'elle ne serait employée qu'environ six semaines et qu'«il en résulte que [...] la situation revient au même qu'une acceptation d'emploi à durée déterminée».

À la lumière de la jurisprudence récente de la Cour, ces affirmations font tout à fait fausse route.

33. Dans l'arrêt Tele Danmark, il s'agissait de savoir s'il était discriminatoire de licen-

21 — Arrêts du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225, point 30); du 27 juin 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089, point 40); du 14 septembre 1999, Gschwind (C-391/97, Rec. p. I-5451, point 21), et du 3 octobre 2000, Ferlini (C-411/98, Rec. p. I-8081, point 51).

22 — Précité.

23 — Précité.

24 — Arrêts Tele Danmark et Jiménez Melgar, précités.

cier une travailleuse pour cause de grossesse, compte tenu du fait qu'elle avait été embauchée pour une durée déterminée sans informer l'employeur de son état, alors qu'elle le connaissait au moment de l'embauche, et que, en raison de la grossesse, elle ne pourrait travailler pendant une grande partie de la durée du contrat.

34. La Cour a repris la thèse développée dans l'arrêt Webb [25], selon laquelle, si la disponibilité du salarié est nécessairement pour l'employeur une condition essentielle à la bonne exécution du contrat de travail, la protection garantie par le droit communautaire à la femme en cours de grossesse, puis après l'accouchement, ne saurait dépendre du point de savoir si la présence de l'intéressée, pendant la période correspondant à son congé de maternité, est indispensable à la bonne marche de l'entreprise où elle est employée; une interprétation contraire priverait les dispositions de la directive 76/207 de leur effet utile.

Elle a ajouté que cette interprétation ne saurait être modifiée en raison de la circonstance que le contrat de travail a été conclu pour une durée déterminée. Selon la Cour, dès lors que le licenciement d'une travailleuse en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, quelles que soient la nature et l'étendue du préjudice économique subi par l'employeur en raison de l'absence liée à la grossesse, la circonstance que le contrat de travail a été conclu pour une durée déterminée ou indéterminée demeure sans incidence sur le caractère discriminatoire du licenciement. Dans les deux cas, l'incapacité de la salariée à exécuter son contrat de travail est due à la grossesse.

35. Dans l'arrêt Jiménez Melgar, l'une des questions soulevées portait sur le refus de renouveler le contrat de travail à durée déterminée d'une salariée enceinte. La Cour a estimé que, si l'interdiction de licenciement prévue à l'article 10 de la directive 92/85/CEE [26] s'applique tant aux contrats de travail à durée indéterminée qu'à ceux conclus pour une durée déterminée, le défaut de renouvellement d'un tel contrat, lorsque celui-ci est arrivé à son terme normal, ne pouvait être considéré comme un licenciement interdit par ladite disposition. Toutefois, dans la mesure où le non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée 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.

36. On ne peut nier que le fait que la travailleuse ne puisse accomplir toutes les tâches liées à son contrat après sa réintégration est susceptible d'avoir un impact sur l'entreprise, du point de vue tant organisationnel qu'économique. Toutefois, l'article 5 de la directive 92/85 offre à l'employeur une certaine marge de manœuvre, puisqu'il lui permet, en cas de risque

25 — Précité.

26 — Directive du Conseil, 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 (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE) (JO L 348, p. 1).

pour la sécurité ou la santé, ainsi que de répercussion sur la grossesse ou l'allaitement d'une travailleuse, de procéder, à titre de première mesure, à un aménagement provisoire des conditions de travail ou du temps de travail; en cas d'impossibilité, il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer à la travailleuse un changement de poste; c'est seulement si ces solutions sont irréalisables qu'il est tenu de la dispenser de travail pendant la période nécessaire pour sa protection.

37. La Cour a considéré que les directives 76/207 et 92/85 s'opposaient à une législation nationale qui prévoit qu'un employeur peut, lorsqu'il n'est pas en mesure d'employer une femme enceinte qui n'est pourtant pas inapte au travail, la renvoyer chez elle sans lui payer l'intégralité de son salaire et sans examiner au préalable la possibilité d'aménager ses conditions ou son temps de travail ou bien encore la possibilité de l'affecter à un autre poste [27].

Au lieu de recourir aux mesures que l'article 5 de la directive 92/85 met à sa disposition, la défenderesse au principal a décidé de dispenser la salariée de son travail, avec effet immédiat [28], et a contesté, pour dol et erreur sur une qualité essentielle, le consentement qu'elle avait donné à la résiliation du congé d'éducation.

38. En tout état de cause, comme le souligne à juste titre la Commission dans ses observations écrites, il appartient aux États membres de définir les coûts que doit supporter l'employeur et ceux qui sont à la charge des finances publiques et qui sont couverts grâce aux impôts à titre de devoir de solidarité collective, toujours sous réserve que la protection accordée à la femme enceinte ne puisse lui porter préjudice, à titre d'individu, sur le marché du travail.

39. Je souhaiterais ajouter quelques considérations susceptibles d'intéresser l'Arbeitsgericht Lübeck puisque, si celui-ci n'a pas posé directement la question de l'existence d'un abus de droit commis par la travailleuse, il semble évoquer cette possibilité, ainsi qu'il ressort de certaines de ses observations figurant au point 1, sous b), du chapitre II de l'ordonnance de renvoi.

En premier lieu, la réintégration avant la fin du congé d'éducation se présente, dans l'ordre juridique allemand, comme un droit du travailleur.

En second lieu, si l'employeur a donné son consentement à la réintégration en mars, la demande avait été présentée en janvier, de sorte que, si la conclusion de l'accord n'avait pas tant tardé, la travailleuse aurait pu rester en situation d'activité pendant une période plus longue avant d'entamer son congé de maternité.

27 — A Arrêt du 19 novembre 1998, Høj Pedersen e.a. (C-66/96, Rec. p. I-7327, points 58 et 59).

28 — À l'audience, son représentant a cependant informé la Cour que la majeure partie du personnel infirmier de cet hôpital était constituée de femmes et que, lors de la planification des besoins d'embauche, la possibilité de grossesses était toujours prise en compte.

En troisième lieu, même si M^me^ Busch a eu l'intention de toucher l'allocation de maternité, plus élevée que celle perçue au cours du congé d'éducation, ainsi que le supplément versé par l'employeur, rien ne permet de présumer que toutes les femmes enceintes qui demandent leur réintégration poursuivent le même objectif. Il existe d'autres raisons conduisant une travailleuse à reprendre le travail, comme la possibilité de toucher quelques mois de salaire complet avant l'accouchement, le fait qu'elle n'ait plus à s'occuper de l'enfant pour la garde duquel elle avait demandé le congé d'éducation, la perspective d'une promotion ou la participation à une action de formation professionnelle.

Enfin, l'interdiction d'effectuer certaines tâches au cours de la grossesse ne concerne que les femmes qui exercent une activité les exposant à des risques pour leur sécurité ou leur santé, auquel cas l'employeur est tenu de procéder à un aménagement provisoire des conditions de travail ou du temps de travail ou, en cas d'impossibilité, à un changement de poste; en dernier recours, une dispense de travail est accordée à la salariée.

40. Pour les raisons exposées ci-dessus, il y a lieu de déclarer que les articles 2, paragraphes 1 et 3, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 s'opposent à ce qu'une travailleuse qui veut, avec l'accord de l'employeur, mettre fin par anticipation au congé d'éducation dont elle bénéficie, doive informer celui-ci du fait qu'elle est enceinte préalablement à un accord sur sa réintégration, alors même que, en raison de son état, elle ne peut exercer toutes ses fonctions du fait d'une interdiction légale applicable dès le premier jour.

VII — La deuxième question préjudicielle

41. Par cette question, le juge national souhaite savoir si le fait que l'employeur soit en droit de remettre en cause la validité de son acceptation de la fin anticipée du congé d'éducation, au motif qu'il a été dans l'erreur sur l'état de grossesse de la travailleuse, est constitutif d'une discrimination injustifiée fondée sur le sexe au sens de la directive 76/207.

42. Je suis d'accord avec la Commission sur le fait que la juridiction nationale doit interpréter les dispositions du code civil à la lumière du texte et de la finalité des directives 76/207 et 92/85, afin d'atteindre le résultat visé par la réglementation communautaire.

Il me semble clair que, dès lors que l'employeur ne peut invoquer l'état de grossesse pour refuser de réintégrer la travailleuse dans son emploi avant la fin du congé d'éducation, il serait inacceptable que, lorsqu'il a déjà donné son accord, il parvienne au même résultat en ayant recours aux articles 123 et 119 du code civil allemand.

43. Pour cette raison, je suis d'avis que le fait que l'employeur soit en droit de remettre en cause la validité de son acceptation de la fin anticipée du congé d'éducation d'une travailleuse enceinte, au motif qu'il a été dans l'erreur sur l'état de celle-ci, est constitutif d'une discrimination directe fondée sur le sexe, interdite par la directive 76/207.

VIII — Conclusion

44. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de donner à l'Arbeitsgericht Lübeck la réponse suivante:

«1) Les articles 2, paragraphes 1 et 3, et 5, paragraphe 1, 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, s'opposent à ce qu'une travailleuse qui veut, avec l'accord de l'employeur, mettre fin par anticipation au congé d'éducation dont elle bénéficie doive informer celui-ci du fait qu'elle est enceinte préalablement à un accord sur sa réintégration, alors même que, en raison de son état, elle ne peut exercer toutes ses fonctions du fait d'une interdiction légale applicable dès le premier jour.

2) Le fait que l'employeur soit en droit de remettre en cause la validité de son acceptation de la fin anticipée du congé d'éducation d'une travailleuse enceinte, au motif qu'il a été dans l'erreur sur l'état de celle-ci, est constitutif d'une discrimination directe fondée sur le sexe, interdite par la directive 76/207.»