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

présentées le 10 mai 2001 [1]

1. En application de l'article 234 CE, le Højesteret (Cour suprême du Danemark) a déféré deux questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes concernant l'interprétation de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE [2] et de l'article 10 de la directive 92/85/CEE [3].

La juridiction de renvoi souhaite savoir, en substance, si ces dispositions s'opposent au licenciement d'une travailleuse enceinte, en raison de sa grossesse, sachant: qu'elle avait été engagée pour une période de six mois; que, connaissant son état de grossesse, elle ne l'a pas communiqué à son employeur au moment de la conclusion du contrat; et que, du fait de son congé de maternité, elle ne serait pas disponible pour travailler pendant une partie de la durée de son contrat.

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).

3 — 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).

I — Les faits

2. La partie demanderesse au principal est Tele Danmark A/S (ci-après «Tele Danmark»), une entreprise de téléphonie ayant employé M^me^ Brandt-Nielsen dans son service après-vente au titre d'un contrat de travail couvrant la période comprise entre le 1^er^ juillet et le 31 décembre 1995. Au cours de l'entretien d'embauche, M^me^ Brandt-Nielsen a été informée que les deux premiers mois de son contrat seraient consacrés à la formation, dont quatorze jours d'apprentissage proprement dit.

3. M^me^ Brandt-Nielsen, la défenderesse au principal, est entrée en service à la date convenue. En août, elle a annoncé qu'elle était enceinte et qu'elle comptait accoucher le 6 novembre 1995. En vertu de la convention collective, elle avait droit à un congé rémunéré débutant huit semaines avant l'accouchement. Cette période a commencé le 11 septembre, quelques jours après la fin théorique de la formation qui, en réalité, avait été prolongée parce que la requérante s'était mariée le 12 août et avait bénéficié d'un congé de courte durée.

4. Le 23 août, la défenderesse s'est vu notifier son licenciement avec effet à la fin

du mois de septembre, moment où elle a dû cesser de travailler. L'employeur a invoqué comme motif de licenciement le fait qu'elle avait manqué à ses obligations au titre de la relation de travail en n'indiquant pas, lors de l'entretien d'embauche, qu'elle était enceinte et que le terme serait en novembre.

5. En mars 1996, la Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (Fédération des employés de commerce et de bureau), agissant en tant que mandataire de la défenderesse, a assigné l'entreprise devant le Retten de Århus, en réclamant le versement d'une indemnité au motif que le licenciement du fait de la grossesse était contraire à l'article 9 de la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de congé de maternité [4] (ci-après la «loi sur l'égalité de traitement»).

L'entreprise a conclu au rejet du recours eu égard au fait que M^me^ Brandt-Nielsen, qui avait été engagée pour une période de six mois, avait omis d'indiquer qu'elle était enceinte et que l'accouchement était prévu au mois de novembre. Ainsi en a décidé le Retten de Århus dans son jugement du 14 janvier 1997.

6. En appel, le Vestre Landsret, considérant qu'il était établi que le licenciement de M^me^ Brandt-Nielsen était lié à son état de grossesse, lui a accordé une indemnité. Il a estimé, d'une part, que ni les travaux préparatoires préalables à l'adoption de la loi sur l'égalité de traitement ni la jurisprudence de la Cour n'étayaient la thèse selon laquelle les travailleurs temporaires ne seraient pas protégés et, d'autre part, que le fait que M^me^ Brandt-Nielsen savait qu'elle était enceinte et qu'elle ne pourrait pas s'acquitter entièrement de ses obligations au titre du contrat ne devait pas être pris en considération.

II — Les questions préjudicielles

7. En septembre 1998, l'entreprise a interjeté appel de ce jugement devant le Højesteret. Ce dernier, avant de se prononcer, a soumis les questions préjudicielles suivantes à la Cour:

«1) L'article 5, paragraphe 1, de la directive [...] 76/207/CEE [...] et/ou l'article 10 de la directive [...] 92/85/CEE [...] ou d'autres dispositions des directives précitées ou du droit communautaire s'opposent-ils à ce qu'une employée soit licenciée pour cause de grossesse dans l'hypothèse où

i) l'intéressée a été embauchée à titre temporaire pour une période limitée,

4 — Loi n° 161, du 12 avril 1978 (lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v.).

ii) l'employée savait [...] qu'elle était enceinte, mais n'en a pas informé l'employeur et

iii) la grossesse impliquait que l'employée ne pourrait pas travailler pendant une grande partie de la durée du contrat?

2) Le fait que l'embauche a eu lieu dans une très grande entreprise et que celle-ci emploie fréquemment des travailleurs temporaires revêt-il de l'importance pour la réponse à la première question?»

III — Les dispositions communautaires

8. La directive 76/207 participe de l'action de la Communauté visant à mettre en œuvre le 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 et les conditions de travail. Conformément à l'article 5, paragraphe 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.»

9. La directive 89/391/CEE [5], visant à améliorer la sécurité et la santé des travailleurs, est une directive-cadre qui a servi de base à des directives particulières destinées à favoriser la protection contre les risques sur le lieu de travail. L'article 15 dispose que les groupes à risques particulièrement sensibles doivent être protégés contre les dangers les affectant spécifiquement.

10. Estimant que les travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes constituaient un groupe à risques particulièrement sensible et qu'il convenait de prendre des mesures concernant leur santé et leur sécurité, le Conseil a adopté la directive 92/85, qui a pour objectif de protéger les travailleuses se trouvant dans ces situations.

Devant le risque pour une travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante d'être licenciée pour des raisons liées à son état, ce qui peut avoir des effets dommageables sur sa situation physique et psychique, la directive prévoit, en son article 10, point 1,

5 — Directive du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (JO L 183, p. 1).

une interdiction énoncée dans les termes suivants:

«1) [L]es États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses [...] pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité [...], sauf dans les cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales et, le cas échéant, pour autant que l'autorité compétente ait donné son accord».

IV — La législation danoise

11. La loi sur l'égalité de traitement transpose en droit national la directive 76/207. La loi n° 412, du 1er juin 1994, transpose quant à elle la directive 92/85.

12. En vertu de l'article 9 de la loi sur l'égalité de traitement, l'employeur ne peut pas licencier un travailleur parce que celui-ci a fait valoir son droit à un congé ou pour d'autres motifs liés à la grossesse, la période postnatale ou l'adoption.

13. Selon l'article 16 de la même loi:

«1. Si un travailleur est licencié en violation de l'article 9, le licenciement est annulé si l'annulation est demandée à moins qu'il ne soit jugé, dans des cas particuliers et après une mise en balance des intérêts des parties, qu'il est manifestement injustifié d'exiger le maintien ou le rétablissement de la relation de travail.

2. Si un travailleur est licencié en violation de l'article 9, sans que le licenciement soit annulé, l'employeur verse une indemnité.

[...]

4. Si un licenciement a lieu pendant la grossesse, la période postnatale ou l'adoption, il appartient à l'employeur de prouver que le licenciement n'est pas justifié par ces circonstances.»

V — La procédure devant la Cour

14. Ont présenté des observations écrites dans le délai imparti à cet effet par

l'article 20 du statut CE de la Cour de justice la demanderesse et la défenderesse au principal, l'Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre-échange (AELE) [6] et la Commission.

Les représentants de la demanderesse et de la défenderesse, ainsi que l'agent de l'Autorité de surveillance de l'AELE et celui de la Commission ont comparu à l'audience, qui s'est tenue le 29 mars 2001, afin de présenter leurs observations?

VI — Examen des questions préjudicielles

A — *La première question*

15. La question porte sur le bien-fondé et la justification possible du licenciement de M^me^ Brandt-Nielsen.

16. La demanderesse au principal soutient que les directives en cause ne visent pas le licenciement du fait de la grossesse lorsque celui-ci intervient dans les circonstances de l'espèce et que ce n'est que lorsque le contrat a été conclu pour une durée indéterminée que le refus d'employer une femme enceinte ou son licenciement enfreignent le droit communautaire. Selon la demanderesse au principal, le principe de l'égalité de traitement ne saurait être étendu à une relation de travail de durée déterminée au cours de laquelle l'absence de la travailleuse pour cause de congé de maternité acquiert une importance absolue au motif qu'elle entrave l'exécution des obligations découlant du contrat. De même, le fait que la travailleuse occulte son état au moment de l'engagement revêt une importance fondamentale dans le cadre d'un contrat à durée déterminée.

Elle fait valoir que les circonstances ayant entouré le licenciement de M^me^ Brandt-Nielsen ne relèvent pas du champ d'application de la directive 92/85, qui ne saurait en aucun cas justifier l'imposition d'obligations unilatérales à un employeur.

17. La défenderesse soutient que le motif de son licenciement est la grossesse et considère qu'il constitue une discrimination directe fondée sur le sexe. Les inconvénients pour l'employeur d'un congé de maternité ne sont pas plus grands dans le cadre d'une relation de travail temporaire que dans le cadre d'une relation de travail de durée indéterminée et ne justifient pas la discrimination. Aucune des deux directives qu'il est demandé à la Cour d'interpréter n'opère de distinction en raison de la durée du contrat et le niveau de protection qu'elles offrent n'est pas non plus lié à

6 — Conformément au troisième alinéa de l'article 20 du statut CE de la Cour de justice, modifié en vertu de la déclaration de la Communauté européenne sur les droits des États de l'AELE devant la Cour de justice des CE, annexée à l'acte final de l'accord sur l'Espace économique européen (JO 1994, L 1, p. 523 et suiv., en particulier p. 567).

l'accomplissement d'une période minimale d'activité de la part de la travailleuse.

De l'avis de la défenderesse, le coût induit par le congé de maternité doit être mis à la charge de l'employeur, qui, le cas échéant, aurait eu à subir une absence plus courte que celle qui aurait résulté du contrat s'il avait été conclu pour une durée indéterminée. Elle affirme qu'elle avait l'intention de demeurer à son poste jusqu'à l'accouchement et que, celui-ci s'étant produit le 13 novembre 1995, elle aurait pu travailler quatre mois sur les six prévus dans son contrat si elle n'avait pas été licenciée. Selon la défenderesse, le fait qu'elle connaissait son état au moment de l'embauche est sans incidence, car l'obligation de loyauté réciproque entre les parties ne comporte pas implicitement l'obligation pour la travailleuse de signaler sa grossesse à l'employeur au moment de l'engagement.

18. L'Autorité de surveillance de l'AELE fait valoir que la directive 92/85, exclusivement consacrée à la protection des travailleuses enceintes, contient des règles plus détaillées que la directive 76/207 en matière de protection contre le licenciement et de garantie des droits liés au contrat de travail. Elle est également plus spécifique, plus détaillée et plus récente. Il convient dès lors d'examiner les questions déférées à la lumière de la directive 92/85, dont l'article 10 fixe plusieurs conditions pour qu'un licenciement puisse être prononcé. Ces conditions sont cumulatives, difficiles à réunir et ne sont pas remplies dans le cas du licenciement de M^me^ Brandt-Nielsen.

L'Autorité de surveillance de l'AELE estime que le législateur a voulu que la protection accordée aux travailleuses enceintes soit forte et que rien ne permet d'indiquer, ni dans le préambule ni dans les dispositions de la directive, que toutes les travailleuses, quelle que soit la durée de leur contrat, ne doivent pas bénéficier de la même protection.

À titre subsidiaire, l'Autorité de surveillance de l'AELE examine les faits au regard de la directive 76/207, en partant de la prémisse selon laquelle le licenciement de la défenderesse est lié à sa grossesse. Elle en déduit que M^me^ Brandt-Nielsen a été victime d'une discrimination directe fondée sur le sexe, qui ne peut être justifiée ni par la charge financière que le congé de maternité peut occasionner à l'employeur, ni par le fait que la défenderesse n'a pas informé l'employeur de sa grossesse au moment de la conclusion du contrat.

19. La Commission soutient que tant la directive 76/207 que la directive 92/85 sont applicables en l'espèce, car elles n'opèrent aucune distinction entre emplois à durée déterminée et emplois à durée indéterminée. Après avoir effectué une interprétation combinée de ces deux directives, elle fait valoir qu'un licenciement comme celui dont la défenderesse a été victime résulte d'une discrimination directe contraire à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207 qui ne saurait se produire, en vertu de l'article 10 de la directive 92/85, pendant la période de protection liée à la grossesse.

Aucune des circonstances ayant entouré le licenciement, telles que la juridiction de renvoi les a mises en évidence, n'est de nature à modifier cette appréciation.

20. La Cour est confrontée, une fois de plus, à des questions préjudicielles posées par une juridiction du royaume de Danemark mettant en lumière le traitement réservé dans cet État aux travailleuses enceintes. Je citerai comme exemples: M^me^ Hertz, licenciée un an après son congé de maternité, du fait d'absences motivées par une maladie trouvant son origine dans l'accouchement [7]; M^me^ Larsson, licenciée immédiatement après un congé de maternité, au motif qu'elle était toujours en incapacité de travail en raison d'une maladie trouvant son origine dans la grossesse, qui l'avait déjà empêchée de travailler pendant plus de quatre mois, avant l'accouchement [8]; M^mes^ Høj Pedersen, Andresen et Sørensen, qui, étant en situation d'incapacité de travail en raison d'une maladie occasionnée par la grossesse, ont cessé de percevoir l'intégralité de leur salaire, alors que le travailleur dont la maladie a une autre cause y a droit; et M^me^ Pedersen, dont le contrat a été suspendu par son employeur, un dentiste, lorsqu'il a appris que, du fait de complications trouvant leur origine dans la grossesse, le gynécologue ne l'autorisait à travailler qu'à temps partiel [9]. L'affaire Brandt-Nielsen semble vouée à continuer la saga.

21. La question du Højesteret se rapporte à la directive 76/207 et à la directive 92/85. J'estime que, dans la présente affaire, l'application de l'une comme de l'autre conduira, par des chemins différents, au même résultat.

22. La Cour a eu à interpréter fréquemment la directive 76/207 dans des circonstances de fait dans lesquelles l'accès des femmes à l'emploi était rendu plus difficile, voire impossible [10], ou dans lesquelles les conditions d'emploi qui leur étaient offertes revêtaient un caractère discriminatoire [11]. Sur ce chapitre, la différence de traitement dont est victime la travailleuse enceinte en matière d'accès à l'emploi et de conditions de travail mérite une attention toute particulière. Ainsi qu'il apparaîtra tout au long de mon exposé, le royaume de Danemark n'a pas le monopole des situations de discrimination de la femme au travail.

23. Selon une jurisprudence constante de la Cour, il résulte des dispositions de la directive 76/207 que le licenciement d'un travailleur féminin en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe [12]. La juridiction de renvoi n'ignore pas cette interprétation, mais s'in-

7 — Arrêt du 8 novembre 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, dit «Hertz» (C-179/88, Rec. p. I-3979).

8 — Arrêt du 29 mai 1997, Larsson (C-400/95, Rec. p. I-2757).

9 — Ces faits sont à l'origine de l'affaire C-66/96, tranchée par l'arrêt du 19 novembre 1998, Høj Pedersen e.a. (Rec. p. I-7327).

10 — Ainsi qu'il a été démontré, par exemple, dans les arrêts du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann (14/83, Rec. p. 1891), et Harz (79/83, Rec. p. 1921), et du 11 janvier 2000, Kreil (C-285/98, Rec. p. I-69).

11 — Je citerai comme exemples les arrêts du 26 février 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723); du 12 juillet 1990, Foster e.a. (C-188/89, Rec. p. I-3313); du 25 juillet 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4047); du 2 août 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287), et du 3 février 1994, Minne (C-13/93, Rec. p. I-371).

12 — Cette affirmation figure pour la première fois au point 13 de l'arrêt Hertz, précité dans la note 7 ci-dessus.

terroge sur le point de savoir si les circonstances ayant entouré l'engagement de M^me^ Brandt-Nielsen justifient que l'on parvienne à une conclusion différente. J'examinerai séparément chacune de ces circonstances.

a) Sur le fait que le contrat de travail a été conclu pour une durée déterminée

24. Les affaires tranchées à ce jour par la Cour dans lesquelles la cause directe du licenciement d'une travailleuse avait été la grossesse sont au nombre de deux. Dans l'un et l'autre cas, le contrat avait été conclu pour une durée indéterminée, ce que la Cour a souligné dans son raisonnement [13].

25. Dans la première affaire, M^me^ Habermann-Beltermann, aide-soignante diplômée en gériatrie, avait signé un contrat en vertu duquel elle devait travailler en tant que garde de nuit dans une maison de retraite. Quelques jours après avoir commencé à travailler, elle a bénéficié d'un congé de maladie pendant plus d'un mois et le médecin a certifié que la grossesse avait débuté douze jours avant la signature du contrat de travail. L'employeur de M^me^ Habermann-Beltermann, se référant à l'article 8, paragraphe 1, de la loi en matière de protection de la maternité, qui interdit aux travailleuses enceintes d'effectuer un travail de nuit, l'a informée qu'il considérait comme nul le contrat de travail.

La Cour a rappelé que la rupture d'un contrat de travail en raison de la grossesse de la salariée, que ce soit par une déclaration de nullité ou par une dénonciation, ne concerne que les femmes et qu'elle constitue, dès lors, une discrimination directe fondée sur le sexe [14]. Après avoir indiqué que l'inégalité de traitement ne se fondait pas directement sur l'état de grossesse de la travailleuse, mais résultait de l'interdiction légale du travail de nuit qui est attachée à cet état, la Cour a relevé que les questions préjudicielles se rapportaient à un contrat sans détermination de durée et que, dès lors, l'interdiction du travail de nuit pour les femmes enceintes n'avait d'effet que pour une période limitée par rapport à la durée totale du contrat.

26. Dans le second cas, M^me^ Webb avait été engagée sous réserve d'une période de stage de trois mois. Lors de l'entretien d'embauche, elle avait été informée de ce que l'emploi était vacant en raison de la grossesse de M^me^ Stewart, une autre employée du même service. Cette employée

13 — Jacqmain, J., «Pregnancy as Grounds for Dismissal», *Industrial Law Journal*, 1994, p. 355 à 359, voir plus particulièrement p. 356: «However, both the *Haberman* and the *Webb* judgments are surprising because of the importance accorded by the Court of Justice to the *duration of the contract of employment*» («Toutefois, tant l'arrêt Haberman que l'arrêt Webb sont surprenants au vu de l'importance accordée par la Cour à la durée du contrat de travail»).

14 — Arrêt du 5 mai 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657, point 15).

avait l'intention de continuer à travailler jusqu'à la fin de l'année et de reprendre le travail après son congé de maternité, sans que ce retour entraîne la résiliation du contrat de M^me^ Webb, qui, pour être en mesure d'effectuer ce remplacement, avait besoin d'une période de formation de six mois. Deux semaines après avoir commencé à travailler, M^me^ Webb s'est rendu compte qu'elle était elle aussi enceinte, circonstance qui a conduit l'employeur à lui notifier son licenciement, par une lettre dans laquelle il déclarait que, puisqu'elle ne l'avait pas informé jusqu'alors qu'elle était enceinte, il n'avait pas d'autre possibilité que de mettre fin à son contrat de travail.

Dans son arrêt, la Cour a considéré que, dans une situation telle que celle de M^me^ Webb, la rupture d'un contrat sans détermination de durée en raison de la grossesse de la travailleuse ne saurait être justifiée par le fait que l'employée se trouve, à titre purement temporaire, empêchée d'effectuer le travail pour lequel elle a été embauchée [15].

27. S'appuyant sur cette jurisprudence, la société Tele Danmark soutient que la Cour a voulu marquer une différence claire entre les contrats conclus pour une durée indéterminée et ceux conclus pour une durée déterminée, aux fins de l'application du principe de l'égalité de traitement entre les travailleurs et les travailleuses [16].

Il s'agit, à mon avis, d'une interprétation erronée de la jurisprudence qui pèche par un excès de fidélité aux termes employés par la Cour [17]. Comme je viens de l'indiquer, la Cour s'est effectivement prononcée de la sorte par le passé. Par ses affirmations, toutefois, elle se bornait à prendre en considération le contexte factuel de chaque affaire, sans préjuger du fait que la solution devrait être différente si la durée du contrat

15 — Arrêt du 14 juillet 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567, point 27).

16 — Cette société n'est pas la seule, bien entendu, à penser de la sorte. Une bonne partie de la doctrine qui s'est penchée sur cette question a pronostiqué que ces arrêts seraient interprétés ainsi. Voir, par exemple: McGlynn, C. M. S., «Webb v EMO: A Hope for the Future?», *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, p. 50 à 62, voir plus spécialement p. 59: «Although the decision in Webb is itself condemnatory of the dismissal of pregnant women, it would appear to leave the issue open to continued argument, particularly in respect of women employed for a fixed term» («Bien que l'arrêt Webb condamne le licenciement des femmes enceintes, il semble qu'il laisse la question ouverte à la discussion, surtout s'agissant des femmes employées pour une période déterminée»); Szyszczak, E., «'The Status to be accorded to Motherhood': Case C-32/93, Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd», *The Modern Law Review*, 1995, p. 860 à 866, voir plus spécialement p. 861; Napier, B., «*Webb* in Europe», *New Law Journal*, 1994, vol. 144, p. 1020: «What if there had been a fixed-term contract?», et *Revue de jurisprudence sociale*, 2000, p. 413: «On notera que seule l'embauche sous contrat à durée indéterminée est visée par cette solution [...] Il est permis de penser que la solution aurait été différente s'il s'était agi d'un contrat à durée déterminée».

17 — C'est pourtant en ce sens que s'est prononcée la House of Lords dans la décision qu'elle a rendue en application de l'arrêt de la Cour et qui figure dans la base de données «Décisions nationales» de la Cour sous la référence QP/02459-P1. Busby, N., «The Unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd (N° 2)», *The Juridical Review*, 1996, p. 156 à 159, voir plus spécialement p. 156, «In a strict and narrow application of the preliminary ruling of the European Court of Justice [...] the House of Lords has distinguished the rights of pregnant women engaged on fixed-term contracts from those of women engaged on indefinite or open-ended contracts.» The scenario was distinguished «in order to avoid a situation likely to "be perceived as unfair to employers and as tending to bring the law on sex discrimination into disrepute"» («Appliquant restrictivement l'arrêt rendu à titre préjudiciel par la Cour européenne de justice [...] la House of Lords a distingué les droits des femmes enceintes engagées en vertu de contrats à durée déterminée de ceux des femmes engagées en vertu de contrats à durée indéterminée». Ces circonstances ont été distinguées «afin d'éviter une situation qui serait probablement 'perçue comme injuste pour les employeurs et susceptible de jeter le discrédit sur la loi relative à la discrimination sexuelle'».

était déterminée au lieu d'être indéterminée [18].

28. Plusieurs arguments viennent à l'appui de cette thèse. En premier lieu, les dispositions de la directive 76/207 définissent le 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 d'emploi, sans opérer de distinction entre les contrats à durée indéterminée et les contrats à durée déterminée.

En deuxième lieu, dès lors que la Cour a établi que le licenciement d'une travailleuse en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, un licenciement est aussi discriminatoire lorsque la relation de travail est de durée indéterminée que lorsqu'elle est temporaire.

En troisième lieu, si le travail à durée déterminée était exclu du champ d'application de la directive 76/207, une partie importante des relations de travail ne relèverait pas du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi et les conditions de travail, ce qui priverait la directive d'une bonne partie de son effet utile et, de surcroît, encouragerait le recours aux contrats temporaires, dans la mesure où le niveau de protection des travailleuses pourrait être plus bas.

Enfin, la quatrième clause de l'accord-cadre conclu entre la Confédération européenne des syndicats, l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe et le Centre européen des entreprises à participation publique sur le travail à durée déterminée [19], consacrée au principe de non-discrimination, indique, en son paragraphe 1, que, pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent ne soit justifié par des raisons objectives [20]. Il ne fait aucun doute que les circonstances d'un licenciement font partie des conditions d'emploi et que la grossesse ne saurait être une raison objective justifiant un traitement des travailleuses temporaires différent de celui qui est accordé aux travailleuses

18 — Lousada Arochena, J. F., «La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse», *Revista del Poder Judicial*, 1999, nº 54, p. 563 à 586, voir plus spécialement p. 570: «Tanto el caso Habermann-Beltermann, como el caso Webb, han levantado, con razón, algunas susceptibilidades, al hacer hincapié en el hecho de ser los contratos de carácter indefinido: ¿acaso sería diferente el fallo si fuesen temporales? Esperemos que el Tribunal, si llegase el momento, no incidiese en una circunstancia que, en buena dogmática, resulta intrascendente» («Tant l'affaire Habermann-Beltermann que l'affaire Webb ont soulevé, avec raison, quelques susceptibilités, en mettant l'accent sur le fait que les contrats avaient été conclus pour une durée indéterminée: la décision aurait-elle été différente si les contrats avaient été à durée déterminée? Espérons que la Cour, si ce moment arrive un jour, ne s'arrête pas à cette circonstance qui, en bonne logique, est dépourvue de pertinence»), et Boch, C., *Common Market Law Review*, 1996, p. 547 à 567, voir plus spécialement p. 560, «This distinction — fixed term/indefinite term — is at odds with the reasoning of the Court elsewere in the judgment» («Cette distinction — entre les contrats à durée déterminée et indéterminée — est contraire au raisonnement que la Cour tient ailleurs dans son arrêt»).

19 — Cet accord-cadre a été conclu le 18 mars 1999 entre les organisations interprofessionnelles à vocation générale. Sa mise en œuvre a été assurée par la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999 (JO L 175, p. 43).

20 — Le délai de transposition en droit interne des dispositions de la directive 1999/70 expire le 10 juillet 2001.

bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée.

b) Sur le fait que la travailleuse connaissait son état de grossesse au moment de la conclusion du contrat et ne l'a pas communiqué à son employeur

29. La directive 76/207 ne contient aucune disposition à ce sujet, alors que, selon la définition de l'article 2, sous a), de la directive 92/85, la travailleuse enceinte est celle qui informe l'employeur de son état, conformément aux législations et/ou pratiques nationales [21].

Ainsi que l'indique la Commission dans ses observations écrites, l'article 7 de la loi relative aux rapports juridiques entre employeurs et employés («funktionærlov») dispose qu'une employée enceinte est tenue, afin de permettre à l'employeur de planifier le travail, d'informer celui-ci, au plus tard trois mois avant la date prévue de la naissance, de la date à laquelle elle compte entamer son congé de maternité.

30. Il ne ressort pas de l'exposé des faits apparaissant dans l'ordonnance du Højes-

teret que la défenderesse ne se soit pas acquittée de l'obligation d'informer son employeur de ce qu'elle était enceinte, conformément à la loi nationale. J'en déduis donc que le grief de l'entreprise concernant l'absence d'information au moment de la conclusion du contrat signifie que, si elle avait su que la candidate était enceinte, elle ne lui aurait pas proposé un emploi.

31. Or, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 76/207, l'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès aux postes de travail.

32. La Cour a affirmé, dans l'arrêt Dekker [22], qu'un refus d'engagement pour cause de grossesse ne peut être opposé qu'aux femmes et constitue dès lors une discrimination directe fondée sur le sexe.

33. L'arrêt Mahlburg [23] a souligné que l'application des dispositions relatives à la protection de la femme enceinte ne saurait avoir pour conséquence un traitement défavorable en ce qui concerne l'accès à l'emploi d'une femme enceinte, en sorte qu'elle ne permet pas à un employeur de

21 — S'agissant de cette formalité, Jacqmain, J., op. cit., p. 358, s'interroge: «Is it possible that a visibly pregnant woman who does nothing to inform her employer of her pregnancy is not protected?» («Est-il possible qu'une femme visiblement enceinte qui ne fait rien pour informer son employeur de sa grossesse ne soit pas protégée?»).

22 — Arrêt du 8 novembre 1990 (C-177/88, Rec. p. I-3941, point 12).

23 — Arrêt du 3 février 2000 (C-207/98, Rec. p. I-549, point 27).

refuser d'embaucher une candidate enceinte au motif qu'une interdiction de travail motivée par cette grossesse l'empêcherait de l'affecter, dès le départ et pour la durée de sa grossesse, au poste à durée indéterminée à pourvoir.

34. Si, conformément à la directive 76/207, la grossesse n'est pas un facteur pouvant être pris en considération au moment d'engager une femme et si le refus de l'engager en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, je considère que l'employeur n'est pas en droit de demander à la travailleuse si elle est enceinte. S'il en était autrement, non seulement la travailleuse subirait une violation de son droit à l'intimité, mais l'accès de la femme enceinte au marché du travail serait sérieusement menacé.

L'employeur ne peut donc pas invoquer cette absence d'information pour justifier le licenciement ultérieur de la travailleuse.

c) Sur l'impossibilité de travailler pendant une partie significative du contrat

35. L'arrêt Dekker a examiné les préjudices économiques que le congé de maternité peut occasionner à l'entreprise. Dans le litige au principal, l'employeur refusait d'engager une femme enceinte aux motifs que, en application de la législation néerlandaise, il n'aurait pas pu obtenir de son assureur le remboursement des indemnités de la salariée pendant son congé de maternité et que, s'il engageait un remplaçant, il se verrait contraint de le rémunérer sur ses fonds propres. J'estime que les conséquences économiques que l'employeur néerlandais aurait supportées en versant deux rémunérations pendant toute cette période étaient d'une ampleur plus grande que les préjudices que Tele Danmark aurait subis.

Toutefois, la Cour avait estimé non seulement qu'un refus d'engagement pour cause de grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, mais aussi que le refus d'engagement dû aux conséquences financières d'une absence pour cause de grossesse est fondé essentiellement sur le fait de la grossesse. Une telle discrimination ne saurait être justifiée par des motifs tirés du préjudice financier subi par l'employeur en cas d'engagement d'une femme enceinte, pendant la durée de son congé de maternité [24]. L'arrêt Mahlburg a ajouté que la même conclusion s'impose à l'égard du préjudice financier causé par le fait que la femme engagée ne puisse occuper, pendant la durée de sa grossesse, le poste concerné [25].

36. L'arrêt Webb a également abordé, comme motif de licenciement, l'incapacité

24 — Arrêt précité dans la note 22 ci-dessus, point 12.
25 — Arrêt précité dans la note 23 ci-dessus, point 29.

de la salariée à remplir une des conditions essentielles de son contrat de travail. La Cour a affirmé, à cet égard, que la disponibilité du salarié est nécessairement pour l'employeur une condition essentielle à la bonne exécution du contrat de travail, mais que 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 sa 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 [26].

37. Je partage cette appréciation de la Cour. Toute autre interprétation de la directive aurait eu pour effet de reconnaître dans la grossesse, qui s'accompagne normalement d'une absence plus ou moins prolongée de la travailleuse, un motif pouvant justifier le refus d'engager une femme ou son licenciement ultérieur.

38. L'employeur semble partir de l'idée selon laquelle les deux premiers mois du contrat, que l'employée devait passer en formation, ne faisaient pas partie du travail de celle-ci. Toutefois, c'est l'employeur lui-même qui a imposé que, sur les six mois du contrat, deux soient consacrés à la formation. Il ne peut donc pas alléguer valablement que M^me^ Brandt-Nielsen n'a travaillé que quelques jours alors que, en réalité, elle a été présente dans l'entreprise jusqu'à la fin du mois de septembre et que c'est parce qu'elle a été licenciée qu'elle n'y est pas restée.

S'agissant de la date à laquelle elle a entamé son congé de maternité, la défenderesse a déclaré qu'elle était disposée à travailler jusqu'à une date très proche de l'accouchement, qui est intervenu au milieu du mois de novembre. J'ignore si elle aurait pu le faire, car je ne connais pas à fond la législation danoise à cet égard, ni la convention collective applicable à l'entreprise. Toutefois, la directive 92/85 ne l'en aurait pas empêchée, car, en vertu de l'article 8, le congé de maternité, d'au moins quatorze semaines continues, doit inclure un congé de maternité obligatoire d'au moins deux semaines, réparties avant et/ou après l'accouchement.

Eu égard au fait que le licenciement a eu lieu bien avant l'accouchement, il est impossible de savoir à quelle date M^me^ Brandt-Nielsen aurait entamé son congé de maternité, donnée qui serait essentielle pour déterminer si, dans la pratique, elle a cessé de travailler pendant une partie significative de son contrat.

39. En outre, comme le souligne la Commission, l'incidence du congé de maternité ne doit pas être plus grande dans le cadre d'un contrat de durée déterminée que dans le cadre d'un contrat de durée indéterminée. On sait que, au cours des dernières décennies, les entreprises ont eu recours plus fréquemment qu'avant à l'emploi temporaire; les contrats à durée déterminée

26 — Arrêt précité dans la note 15 ci-dessus, point 26.

tendent à être renouvelés et ont perdu une bonne part de la nature précaire qui les caractérisait initialement [27].

Les circonstances dans lesquelles M[me] Brandt-Nielsen a été engagée, à savoir au titre d'un contrat de six mois dont deux consacrés à la formation, m'amènent à penser qu'il existait des possibilités pour que ce contrat soit renouvelé, au moins une fois, car une période de formation de deux mois représente un investissement important pour une entreprise. Je ne vois donc aucune raison, si le licenciement immédiat n'était pas intervenu, pour laquelle la défenderesse, qui avait déjà été formée, n'aurait pas pu continuer à être employée par l'entreprise en vertu d'un nouveau contrat temporaire, à l'issue de son congé de maternité.

40. J'estime par conséquent que les dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, et de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 s'opposent à ce qu'une travailleuse enceinte employée pour une durée déterminée, n'ayant pas communiqué son état de grossesse à l'entreprise au moment de la conclusion du contrat, alors qu'elle le connaissait, soit licenciée au motif que la grossesse va l'empêcher de s'acquitter pleinement des obligations découlant pour elle du contrat de travail.

41. Il me reste à examiner les faits à la lumière de l'article 10, point 1, de la directive 92/85, qui oblige les États membres à interdire le licenciement des travailleuses pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité, sauf dans les cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales et pour autant que l'autorité compétente ait donné son accord.

42. La Cour a observé dans l'arrêt Webb que c'est en considération du risque qu'un éventuel licenciement fait peser sur la situation physique et psychique des travailleuses enceintes, y compris du risque grave d'inciter la travailleuse enceinte à interrompre volontairement sa grossesse, que le législateur communautaire a, en vertu de l'article 10 de la directive 92/85, prévu une

27 — Moore, S., «Sex, Pregnancy and Dismissal», *European Law Review*, 1994, p. 653 à 660, voir plus spécialement p. 659, «Nevertheless, in the light of the unequivocal ruling of the Court of Justice that detrimental action taken against a woman on the grounds of her pregnancy constitutes direct discrimination on grounds of sex, it now seems difficult to distinguish in law between women employed pursuant to indeterminate contracts, such as Ms. Webb, and women employed pursuant to determinate contracts [...] In each case, the woman's inability to perform her contract of employment is essentially due to her pregnancy, however fundamental that inability may be in relation to the terms of the contract». («Toutefois, à la lumière de la décision non équivoque de la Cour selon laquelle toute mesure préjudiciable prise à l'encontre d'une femme au motif qu'elle est enceinte constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, il semble maintenant difficile d'établir une distinction en droit entre les femmes employées au titre de contrats à durée indéterminée, comme M[me] Webb, et les femmes employées au titre de contrats à durée déterminée [...] Dans les deux cas, l'incapacité de la femme à exécuter son contrat de travail est essentiellement due à la grossesse, quelle que soit l'importance fondamentale que cette incapacité peut revêtir au regard des termes du contrat»).

protection particulière pour la femme [28] en édictant l'interdiction de licenciement pendant la période allant du début de la grossesse jusqu'au terme du congé de maternité [29].

43. Je relève, tout d'abord, que les dispositions de cette directive n'établissent aucune distinction entre les contrats à une durée indéterminée et les contrats à durée déterminée, et ce n'est pas faute pour le législateur communautaire d'avoir évalué les particularités que présente le travail temporaire, dans une Communauté dans laquelle, comme l'indique l'Autorité de surveillance de l'AELE, la réflexion sur les moyens de rendre le marché du travail plus flexible est permanente.

Toutefois, l'unique disposition qui prévoit un traitement différencié, mais à laquelle la juridiction nationale ne s'est pas intéressée, est l'article 11, point 4, qui permet aux États membres de soumettre le droit de la travailleuse à percevoir une rémunération ou une prestation pendant son congé de maternité à la condition qu'elle ait accompli une période de travail préalable qui ne peut être supérieure à douze mois avant l'accouchement.

44. Ni le Højesteret ni aucune des parties ayant présenté des observations dans la présente procédure n'ont donné à la Cour des illustrations de cas d'exception non liés à la grossesse et admis par la législation danoise qui permettraient de licencier la travailleuse, bien qu'elle soit enceinte [30]. Je pense que rempliraient cette condition, par exemple, un licenciement prononcé en cas de force majeure empêchant définitivement l'accomplissement du travail ou un licenciement collectif fondé sur des causes économiques, techniques, organisationnelles ou liées à la production de l'entreprise [31].

Il est clair, en revanche, que ces cas ne doivent pas être liés à l'état de la travailleuse. Or le licenciement de M^me^ Brandt-Nielsen trouve précisément son origine dans la grossesse de l'intéressée.

45. En conséquence, il convient de déclarer que l'article 10 de la directive s'oppose lui aussi à un licenciement prononcé dans les circonstances précédemment décrites.

28 — Protection dont les femmes ont bien besoin, à en juger par l'information parue dans le quotidien *El País* le 19 mars 2001: une joueuse de handball professionnelle a vu son contrat résilié après que le club eut appris qu'elle était enceinte. Son contrat comportait, semble-t-il, une clause stipulant que la grossesse constituait un motif de résiliation. Le 23 mars suivant, le même quotidien a fait paraître l'information selon laquelle la joueuse avait subi une fausse couche, peut-être à la suite d'un match de compétition, alors qu'elle était enceinte de deux mois.

29 — Arrêt précité dans la note 15 ci-dessus, point 21.

30 — À l'audience, le représentant de Tele Danmark et celui de M^me^ Brandt-Nielsen sont tombés d'accord, en réponse à la question que je leur ai posée, sur le fait que la législation danoise ne réglemente pas les cas concrets dans lesquels le licenciement d'une travailleuse enceinte peut être admis et que les tribunaux se prononcent en fonction des circonstances propres à chaque affaire.

31 — Gorelli Hernández, J., «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *CIVITAS Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, n° 97, p. 729 à 768, voir plus spécialement p. 764, estime que l'article 10 de la directive 92/85 ne s'opposerait pas au licenciement disciplinaire d'une travailleuse enceinte qui aurait manqué gravement et de manière fautive à ses obligations, pour autant que ce manquement ne se justifie pas par son état.

B — *La seconde question*

46. Le Højesteret souhaite ensuite savoir si le fait que M^me^ Brandt-Nielsen a été embauchée par une très grande entreprise employant fréquemment des travailleurs temporaires revêt de l'importance pour la réponse à la première question.

47. Les parties ayant présenté des observations dans la présente procédure s'accordent à penser que cette question appelle une réponse négative.

La demanderesse considère qu'il serait inacceptable que le régime juridique varie selon la dimension de l'entreprise, ce à quoi il convient d'ajouter la difficulté que poserait la délimitation de la taille de l'entreprise et les problèmes qui apparaîtraient si des travailleuses se trouvant dans la même situation pouvaient bénéficier d'un niveau de protection différent en fonction de la dimension de l'entreprise qui les emploie. La défenderesse et la Commission conviennent que ce facteur ne doit être pris en considération que lorsque l'objectif poursuivi par le recours aux emplois temporaires est de contourner les règles conférant des droits aux travailleurs. Dans le cas contraire, il faut estimer que ce facteur est dépourvu de pertinence pour la réponse qu'elles proposent à la première question.

48. Je partage ces avis. Tout d'abord, ni les dispositions de la directive 76/207 sur le principe de l'égalité de traitement ni celles de la directive 92/85, concernant l'amélioration de la sécurité et de la santé de la travailleuse dans son rôle de mère, n'établissent de distinction dans leurs champs d'application respectifs en fonction de la taille de l'entreprise employant les salariés. Ainsi que l'Autorité de surveillance de l'AELE l'indique avec raison, seul le troisième considérant de la directive 92/85 évoque l'article 118 A du traité CE [32], selon lequel les directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises. Tele Danmark étant une grande entreprise, cette restriction ne peut pas lui être appliquée [33].

49. Il en va de même en ce qui concerne le fait que l'entreprise qui a licencié une travailleuse enceinte, avec laquelle elle avait conclu un contrat à durée déterminée, a fréquemment recours à ce type d'engagements. Comme je l'ai déjà indiqué en

32 — À la suite des modifications découlant du traité d'Amsterdam, cette disposition figure désormais à l'article 137, paragraphe 2, CE.

33 — Boch, C., op. cit., p. 561, souligne: «the preamble to the Pregnancy Directive which the Court relies upon, also refers in its third recital, to the need to avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way which would hold back the creation and development of small and medium-sized undertakings. Presumably, Air Cargo, Ms Webb's employer, with 16 employees, falls within the SME category, yet the Court made no reference to this recital» («Le préambule de la directive sur les femmes enceintes invoqué par la Cour renvoie également, dans son troisième considérant, à la nécessité d'éviter d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises. Air Cargo, l'employeur de M^me^ Webb, avec seize salariés, entre vraisemblablement dans la catégorie des PME et, pourtant, la Cour n'a pas fait référence à ce considérant»).

examinant l'incidence que pouvait avoir la durée temporaire de l'emploi sur l'application des deux directives, aucune d'entre elles n'opère de distinction pour ce motif.

Il ne ressort pas non plus des documents qui ont été versés au dossier que l'objectif poursuivi par Tele Danmark en ayant recours de préférence à des contrats temporaires soit de contourner certaines règles conférant des droits aux travailleurs.

50. En conséquence, j'estime que la seconde question appelle une réponse négative.

VII — Conclusion

51. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit au Højesteret (Danemark):

«1) Les dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 1, et de l'article 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, et de l'article 10 de la directive 92/85/CEE 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), s'opposent à ce qu'une travailleuse enceinte employée pour une durée déterminée, n'ayant pas informé son employeur qu'elle était enceinte au moment de la conclusion du contrat, alors qu'elle connaissait son état, soit licenciée au motif que sa grossesse l'empêchera de s'acquitter pleinement des obligations découlant pour elle du contrat de travail.

2) Le fait que la travailleuse a été embauchée par une très grande entreprise qui emploie fréquemment des travailleurs temporaires ne revêt aucune importance pour la réponse à la première question.»