CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MARCO DARMON présentées le 14 novembre 1989 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Par deux séries de questions préjudicielles, le *Hoge Raad* des Pays-Bas et la *Højesteret* du Danemark vous invitent à une réflexion générale sur la maternité et sur la place qu'il faut lui réserver, au regard du principe communautaire de l'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, dans la vie économique et sociale de nos sociétés européennes.

2. Les faits dans l'affaire C-177/88 se résument de la manière suivante. En juin 1981, M^me^ Dekker a présenté sa candidature à un poste d'éducateur au centre de formation pour jeunes adultes PLUS à Wormer aux Pays-Bas (ci-après « centre de formation »). Le 15 juin 1981, elle a informé la commission chargée de l'examen des candidatures qu'elle était enceinte depuis trois mois. Cette commission l'a proposée à la direction du centre de formation comme étant le candidat le plus apte à exercer la fonction. Cependant, le 10 juillet 1981, M^me^ Dekker recevait une lettre du centre l'avisant qu'il avait décidé de ne pas l'engager, au motif que, après la consultation du Fonds de couverture des risques des prestations sociales de l'enseignement spécial *(Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs*, ci-après « Risicofonds »), il avait appris que le remboursement des indemnités journalières qu'il aurait à verser ne serait pas assuré par cet organisme et qu'il se trouverait dès lors dans l'impossibilité d'engager un remplaçant durant le congé de maternité.

3. En effet, les employés du centre de formation ne relèvent pas de la loi générale sur l'assurance maladie *(Ziektewet)*, mais à la fois d'un arrêté royal du 19 décembre 1967 [1] (ci-après « arrêté ») et d'un règlement relatif aux indemnités journalières de maladie (le *Ziekengeldreglement*) (ci-après « règlement »), lequel peut prévoir des dispositions dérogatoires. Toutefois, les droits des travailleurs institués par ce règlement ne doivent pas être moins avantageux que ceux qui résulteraient pour eux de l'application de l'arrêté [2]. Or l'article 3, premier alinéa, de l'arrêté assimile à un empêchement d'exercer une activité pour cause de maladie l'empêchement pour cause de grossesse et d'accouchement. Par ailleurs, le règlement dispose, dans son article 6, que « la direction (du Risicofonds) a le pouvoir de refuser en tout ou en partie le versement des indemnités journalières de maladie à un affilié dans l'hypothèse où un assuré est devenu incapable d'exercer ses fonctions dans les six mois de la date d'entrée en vigueur de l'assurance, dès lors qu'au moment de cette entrée en vigueur l'état de santé de l'intéressé devait manifestement laisser prévoir la survenance de cette incapacité dans les six mois ». Dans une telle hypothèse, l'employeur qui doit verser les indemnités journalières [3] aux employés durant le congé de maladie, à charge pour

* Langue originale: le français.

1 — *Staatsblad* n° 683 pris au titre de l'*Algemene Burgerlijke Pensioenwet*, loi générale sur les pensions civiles de retraite de la fonction publique.

2 — Article 14 de l'arrêté royal.

3 — Intégralité du salaire pendant dix-huit mois, puis 80 % du salaire: article 4 du *Ziekengeldreglement*.

lui de se faire rembourser par le Risicofonds, ne reçoit aucun remboursement de la part de ce dernier et supporte seul le paiement des indemnités.

4. Il semble acquis que, même si le Risicofonds avait un pouvoir d'appréciation pour refuser ou accepter la prise en charge des indemnités journalières que le centre de formation aurait dû verser à M^me^ Dekker durant son congé de maternité, il avait déjà refusé antérieurement une telle prise en charge dans des circonstances similaires. L'arrêt de renvoi préjudiciel constate par ailleurs que le centre n'aurait pas, semble-t-il, commis une faute en tenant pour certain, pour le cas où il aurait engagé M^me^ Dekker, le refus du Risicofonds de lui rembourser les indemnités journalières qu'il aurait été amené à verser à son employée.

5. Les deux premières juridictions (*Arrondissementsrechtbank* de Haarlem et *Gerechtshof* d'Amsterdam) ont successivement considéré que le refus d'embauche opposé par le centre de formation était contraire à la loi néerlandaise relative à l'égalité de traitement des hommes et des femmes [4], destinée à mettre le droit néerlandais en conformité avec les dispositions de la directive 76/207/CEE du Conseil [5] (ci-après « directive »). Cependant, ces juridictions ont, semble-t-il, jugé que les difficultés financières auxquelles se serait heurté le centre de formation s'il avait embauché M^me^ Dekker constituaient une cause d'exonération ôtant au refus d'engagement son caractère d'illicéité.

6. Saisi du litige, le *Hoge Raad* vous a posé quatre questions préjudicielles qui visent en substance à obtenir l'interprétation des articles 2 et 3 de la directive afin de déterminer, d'une part, la licéité d'un refus d'embauche pour cause de grossesse au regard du principe de l'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi et, d'autre part, les conséquences d'une éventuelle violation du principe communautaire quant aux règles de droit interne en matière de responsabilité civile.

7. La solution de cette affaire suppose cependant résolues au préalable certaines difficultés dont la Commission a fait état dans ses observations écrites. Pour l'essentiel, celle-ci estime que la directive n'a pas fait l'objet d'une transposition correcte en droit néerlandais, puisque, s'il existe une loi de « transposition », il subsiste dans le droit interne de cet État membre des dispositions réglementaires contradictoires. En conséquence, il faudrait, eu égard à votre jurisprudence Marshall [6], s'interroger sur le point de savoir si le centre de formation peut véritablement se voir opposer les dispositions de la directive, compte tenu de l'absence d'un effet dit « horizontal » [7].

8. Nous abordons ici une des difficultés que ne peut manquer de susciter la situation ambiguë du droit national en cause dans cette affaire. En effet, la coexistence de la loi néerlandaise relative à l'égalité de traitement des hommes et des femmes en matière d'accès à l'emploi et de l'arrêté royal, dont l'article 3, en assimilant la maternité à la maladie, pourrait bien être contraire à la directive, constitue pour les particuliers, selon les propres termes de votre arrêt Commission/France:

4 — *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* du 1^er^ mars 1980, laquelle insère un nouvel article 1637ij dans le *Burgerlijk Wetboek* (Stbl. 1980, n° 86).

5 — 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 professionnelle, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40).

6 — Arrêt du 26 février 1986 (152/84, Rec. p. 723).

7 — Observations écrites de la Commission, p. 14 et 15 de la version française.

« une situation de fait ambiguë en maintenant ... un état d'incertitude quant aux possibilités qui leur sont réservées de faire appel au droit communautaire » [8].

9. Une telle contradiction de normes de droit interne de valeur différente nous paraît pouvoir fonder, le cas échéant, un recours en manquement de la part de la Commission conformément à votre jurisprudence précitée. Si l'on entend concevoir de façon unitaire la notion de transposition incorrecte, il faut dès lors considérer que la simple existence d'un texte réglementaire particulier, contraire à une loi plus générale ayant transposé une directive, conduit à déclarer que la directive n'est pas correctement transposée. Certes, si votre Cour a précisé, dans un arrêt Kolpinghuis Nijmegen, que:

« le point de savoir si les dispositions d'une directive peuvent être invoquées en tant que telles devant une juridiction nationale ne se pose que si l'État en cause n'a pas transposé la directive en droit national dans les délais ou s'il en a fait une transposition incorrecte » [9],

elle n'a jamais défini la notion de transposition incorrecte. Quoi qu'il en soit, une telle notion ne saurait être définie différemment selon que votre Cour est saisie d'un recours en manquement ou d'une question préjudicielle.

10. Considérant qu'il y a eu en l'espèce transposition incorrecte, la Commission en déduit que, conformément à votre arrêt Marshall, la directive ne peut être invoquée qu'à l'encontre de l'État et des organismes qui en émanent. Une telle déduction nous semble cependant procéder d'une inversion des facteurs. En effet, votre Cour a déjà souligné combien le droit, pour les justiciables, d'invoquer en justice une directive à l'encontre d'un État membre défaillant était une garantie minimale [10]. Votre jurisprudence couramment nommée de l'« effet direct des directives » n'est qu'une ultima ratio, destinée à pallier autant que faire se peut l'absence de transposition ou une transposition incorrecte d'une directive. Dès lors, si une autre technique du droit communautaire permet de donner tout son effet utile à l'article 189, troisième alinéa, du traité, il faut d'abord y recourir avant d'examiner la question d'un éventuel « effet direct ».

11. Or votre jurisprudence, quant à l'*interprétation du droit national* conformément aux exigences du droit communautaire, nous paraît particulièrement adaptée à une situation telle que celle de l'espèce. En effet, ainsi que votre Cour l'a maintes fois rappelé:

« en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, troisième alinéa, du traité » [11],

et ce que le délai de transposition de la directive soit écoulé ou non [12].

8 — Arrêt du 4 avril 1974, Commission/France, point 41 (167/73, Rec. p. 359).

9 — Arrêt du 8 octobre 1987, point 15 (80/86, Rec. p. 3969).

10 — Arrêt du 6 mai 1980, Commission/Belgique, point 12 (102/79, Rec. p. 1473).

11 — Arrêt 80/86, précité, point 12; voir aussi arrêt du 10 avril 1984, Von Colson (14/83, Rec. p. 1891); arrêt du 4 février 1988, Murphy (157/86, Rec. p. 673).

12 — Arrêt 80/86, précité, point 15.

12. Une telle invocabilité n'est pas limitée à l'encontre de l'État et des organismes émanant plus ou moins de l'autorité étatique, puisque la norme juridique dont il est fait application demeure la loi nationale, en quelque sorte éclairée par une interprétation désormais conforme au droit communautaire [13].

13. En d'autres termes, si un État membre n'a pas correctement transposé une directive, malgré l'adoption d'une loi de « transposition », compte tenu du maintien d'autres normes de droit interne contraires, il n'en demeure pas moins que le juge national doit donner de son droit national, et particulièrement des dispositions de la loi de « transposition », une interprétation conforme aux exigences de la directive.

14. Dans un arrêt Mazzalai, vous avez d'ailleurs rejeté une contestation de compétence présentée par le gouvernement d'un État membre, en déclarant que:

« aux termes de l'article 177, la Cour est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté, indépendamment du fait qu'ils soient directement applicables ou non » [14].

15. Il convient de remarquer que notre proposition conduit — mais cela résulte déjà de votre jurisprudence — à une distinction, qui n'a pas été souvent mise en relief, entre l'invocabilité d'une directive, en cas d'absence de règles nationales permettant d'atteindre ses objectifs, pour bénéficier directement de l'*application de ses dispositions* (théorie dite de « l'effet direct » [15]) et l'invocabilité d'une directive aux seules fins de l'*interprétation du droit national* et notamment des dispositions internes destinées à transposer le texte communautaire (théorie dite de « l'interprétation conforme »). Si la première est limitée aux seules dispositions des directives suffisamment précises et inconditionnelles et ne peut, selon votre jurisprudence, venir régir les rapports entre particuliers, la seconde est très générale, *quel que soit l'effet, direct ou non*, de la directive et quelles que soient les parties en présence.

16. La question préjudicielle doit donc être entendue comme limitée à l'interprétation de la directive, et sa rédaction ambiguë ne saurait signifier que le juge a quo a voulu vous interroger sur la question de l'effet direct.

17. C'est donc au vu de l'interprétation que vous délivrerez de la directive en cause que le juge a quo devra interpréter les dispositions pertinentes de la loi néerlandaise.

18. Les faits de l'affaire C-179/88 nous retiendront moins longtemps. M^me^ Hertz a été engagée le 15 juillet 1982 comme employée chez Aldi Marked. Elle a donné naissance à un enfant en juin 1983 et a repris son activité à l'expiration de son congé de maternité. De juin 1984 à juin 1985 elle a été en congé de maladie pendant

13 — Voir sur ce point Galmot, Yves, et Bonichot, Jean-Claude: « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », dans *Revue française de droit administratif*, janvier-février 1988, lesquels déclarent: « Le mécanisme de l'interprétation conforme au droit communautaire permet donc de donner aux directives leurs pleins effets dans le cas, précisément, où les conditions exigées pour qu'elles soient directement appliquées en droit interne ne sont pas remplies. »

14 — Arrêt du 20 mai 1976, point 7 (111/75, Rec. p. 657).

15 — Voir les réserves de Pierre Pescatore sur l'expression dans « L'effet des directives communautaires: une tentative de démythification », Dalloz Sirey, 1980, *Chronique XXV*, p. 171.

cent jours ouvrables. Par lettre du 27 juin 1985, elle était avisée de son licenciement motivé par ses absences répétées pour cause de maladie.

19. Selon l'ordonnance de renvoi préjudiciel, il n'est pas contesté que les congés de maladie de M^me^ Hertz entre juin 1984 et juin 1985 trouvent leur origine dans son accouchement.

20. La *Højesteret* du Danemark, saisie du litige, vous a posé deux questions préjudicielles qui visent en substance à savoir, d'une part, si les dispositions de la directive, et notamment son article 5, doivent être interprétées comme prohibant le licenciement d'une femme pour cause de maladie dès lors que cette maladie est une suite de sa grossesse et de sa maternité, d'autre part, si, dans l'affirmative, cette interdiction est ou non limitée dans le temps.

21. Comme nous l'avons déjà laissé entendre, ces deux affaires de principe conduisent votre Cour à décider de la place qu'il nous faut réserver, dans nos sociétés européennes, à la maternité.

22. Pendant longtemps, la vie économique, domaine réservé des hommes, n'a pas eu à prendre en considération les différences physiologiques entre les deux sexes. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Dès lors, il faut opérer la difficile conciliation des exigences de la vie professionnelle avec la maternité.

23. Poser le problème, c'est parfois y répondre. Y a-t-il un événement qui soit plus lié à la spécificité même de la femme? Accorder l'égalité de traitement aux travailleurs féminins avec leurs homologues masculins peut-il se concevoir sans prendre en considération la maternité?

24. Une telle exigence n'a d'ailleurs pas échappé au législateur danois puisque, alors que la directive, dans son article 2, paragraphe 1, vise « toute discrimination fondée sur le sexe ... par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial », les lois danoises n° 161 et n° 162 du 12 avril 1978 relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi visent les discriminations « par référence, notamment, à la *grossesse* ou à l'état matrimonial ou familial » [16].

25. Dès lors, dans l'affaire Dekker, il nous paraît qu'un refus d'embauche en considération de la maternité prochaine, en ce qu'il prend en compte un événement qui concerne exclusivement les travailleurs féminins, est une discrimination *directe* fondée sur le sexe. Il ne nous semble pas possible, en effet, de faire ici application de votre jurisprudence Jenkins [17], Bilka [18] et Rinner-Kühn [19] sur les discriminations indirectes, qui n'a jamais trouvé à s'appliquer qu'en présence d'éléments susceptibles in abstracto de concerner les deux sexes — par exemple la qualité de travailleur à temps partiel —, mais qui se révélaient in concreto être le plus souvent liés à la situation des femmes plutôt qu'à celle des hommes. La maternité ne peut jamais — pardonnez ce truisme — concerner que les femmes; la prendre en compte pour justifier un refus d'embauche est donc par nature une discrimination directe fondée sur le sexe.

16 — Souligné par nous.
17 — Arrêt du 31 mars 1981 (96/80, Rec. p. 911).
18 — Arrêt du 13 mai 1986 (170/84, Rec. p. 1607).
19 — Arrêt du 13 juillet 1989 (171/88, Rec. p. 2743).

26. En vain soutiendrait-on qu'une telle position ne pourrait relever que de l'article 2, paragraphe 3, de la directive qui prévoit que celle-ci « ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». Cet article ne vise qu'à permettre aux États membres de prendre des mesures *contraires* au principe de l'égalité de traitement, de manière à accorder une protection particulière aux travailleurs féminins, par exemple en leur réservant le bénéfice de certains droits. En d'autres termes, il s'agit notamment de ce que le droit américain connaît sous le nom de « *affirmative action* ». C'est d'ailleurs sur le fondement de cet article que votre Cour, dans son arrêt Hofmann [20], a reconnu la compatibilité avec la directive d'une législation octroyant aux seules femmes le bénéfice d'un congé à l'occasion de la maternité sans accorder aux pères un congé similaire. En revanche, il ne s'agit ici que d'établir la stricte égalité entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, afin que ne soit pas pris en considération, lors de leur venue sur le marché de l'emploi, un événement qui affecte exclusivement les travailleurs féminins.

27. Encore nous faut-il préciser qu'un tel principe demeure sans influence sur la possibilité pour les États membres, en ce qui concerne l'octroi des indemnités journalières en matière de congé de maternité, de fixer des conditions de durée d'assurance ou de travail. Les deux choses sont distinctes. L'employeur ne peut refuser d'embaucher. Si, le cas échéant, son employée ne remplit pas la condition réglementaire de durée d'assurance ou de travail, le principe de l'égalité de traitement exige qu'elle soit traitée comme ses homologues masculins et qu'éventuellement elle ne perçoive pas d'indemnités journalières.

20 — Arrêt du 12 juillet 1984 (184/83, Rec. p. 3047).

28. La difficulté réside beaucoup plus — et l'affaire Dekker le démontre amplement — dans l'existence de législations qui mettent à la charge des employeurs le paiement partiel des indemnités journalières durant le congé de maternité. En effet, si en Espagne, en Italie, en France, au Portugal et au Luxembourg les indemnités sont versées par des organismes de sécurité sociale, les employeurs se bornant à verser des cotisations aux différents régimes sociaux, dans d'autres États, l'employeur prend à sa charge une partie des indemnités. Ainsi, en République fédérale d'Allemagne, si l'assurance maladie verse une allocation de maternité [21], le supplément doit être acquitté par l'employeur [22]. En Belgique, le travailleur féminin conserve, à la charge de l'employeur, au début de la période de congé de maternité, le droit au salaire garanti hebdomadaire ou mensuel [23]. Au Danemark, l'administration municipale verse 90 % du salaire quatre semaines avant la date présumée de l'accouchement et jusqu'à vingt-quatre semaines après l'accouchement; l'employeur verse néanmoins la moitié du salaire pendant cinq mois, mais se trouve subrogé dans les droits de son employée à l'encontre de l'administration municipale [24]. Au Royaume-Uni, les indemnités [25] sont versées par l'employeur, qui est remboursé par l'État [26].

29. En droit néerlandais, nous nous bornerons à examiner la situation particulière des employés de l'enseignement spécial, qui fait l'objet des difficultés que suscite l'affaire Dekker. A cet égard, comme nous l'avons dit précédemment, l'article 3, paragraphe 1,

21 — *Mutterschaftsgeld*, § 200 RVO, 25 DM maximum par jour.

22 — *Arbeitgeberzuschuß*, § 14 MuSchG.

23 — Articles 55 et 75 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail.

24 — *Lovbekendtgørelse* n° 949, du 23 décembre 1986, article 33, et n° 516, du 23 juillet 1987, article 7.

25 — *Statutory Maternity Pay*.

26 — Social Security Act 1975, Social Security Act 1986, sections 46 à 50.

de l'arrêté royal assimile à l'incapacité de travail pour cause de maladie l'incapacité de travail pour cause de grossesse et d'accouchement. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà indiqué, l'article 6 du règlement relatif aux indemnités journalières de maladie permet au Risicofonds de refuser de rembourser à l'employeur les indemnités journalières lorsque l'assuré est devenu incapable d'exercer ses fonctions dans les six mois après l'entrée en vigueur de l'assurance, dès lors qu'à ce moment l'état de santé de l'assuré devait manifestement laisser prévoir la survenance de cette incapacité.

30. Nous avons parfaitement conscience du fait que le centre de formation, s'il avait embauché M^me^ Dekker, se serait vraisemblablement heurté à des difficultés financières provenant de l'absence de prise en charge par le Risicofonds des indemnités auxquelles l'intéressée aurait éventuellement eu droit. Toutefois, il ne nous paraît pas que le principe de l'égalité de traitement, tel que nous vous proposons de le considérer, doive céder le pas devant de telles difficultés qui proviennent essentiellement de l'assimilation de la grossesse à la maladie, assimilation techniquement justifiée lorsqu'il s'agit du calcul du montant des indemnités journalières, mais tout à fait critiquable lorsqu'elle conduit à un refus d'embauche.

31. Pour assurer le plein effet de la directive et l'effectivité du principe communautaire de l'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi, il appartient aux États membres de prendre toutes les mesures utiles pour que l'obligation faite aux employeurs d'embaucher une femme enceinte — dès lors qu'elle est la plus compétente, ce qui n'est pas contesté dans l'affaire C-177/88 — ne les place pas, du fait de l'application des dispositions de droit interne en matière notamment de sécurité sociale, dans une situation moins favorable que s'ils avaient embauché un travailleur masculin.

32. Nous vous proposons en conséquence de répondre ici à la première question que les articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de la directive doivent être interprétés en ce sens que le refus par un employeur d'embaucher un travailleur féminin au motif que ce travailleur féminin est en état de grossesse constitue une discrimination fondée directement sur le sexe, quelles que soient les conséquences financières qui peuvent en résulter pour l'employeur.

33. Les motifs qui nous ont conduit à cette proposition de réponse nous amènent à vous suggérer de répondre à la seconde question en ce sens qu'il est indifférent qu'il y ait eu ou non des candidats de sexe masculin au moment de l'embauche.

34. Les troisième et quatrième questions concernent l'application éventuelle des règles de droit interne en matière de responsabilité civile. Le juge a quo vous demande en substance si, en présence d'une discrimination commise par un employeur en violation de la directive, les dispositions de droit national relatives à l'exigence d'une faute et à l'existence éventuelle de causes d'exonération sont applicables. Nous nous trouvons en présence des difficultés classiques de répartition entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national. Votre Cour, dans ses arrêts Von Colson et Kamann[27], Harz[28] et Commission/Allemagne[29], s'est déjà penchée sur ces difficultés en ce qui concerne les sanctions des

27 — Arrêt du 10 avril 1984 (14/83, Rec. p. 1891).
28 — Arrêt du 10 avril 1984 (79/83, Rec. p. 1921).
29 — Arrêt du 21 mai 1985 (248/83, Rec. p. 1459).

discriminations prohibées par la directive. Il s'agit ici de savoir si la violation des exigences du droit communautaire peut demeurer sans sanction dès lors que l'employeur peut exciper d'une absence de faute ou de l'existence de causes d'exonération tirées du droit national.

35. A cet égard, il nous paraît que ce serait contrarier l'effet utile des dispositions de la directive s'il était exigé, en présence d'une discrimination violant le texte communautaire, de faire également la preuve d'une faute *distincte* commise par l'employeur. Certes, le droit de la responsabilité civile « classique » suppose l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Il nous semble cependant que, dans une telle hypothèse, la faute est constituée par la violation même de la norme communautaire, c'est-à-dire par l'acte ou le comportement discriminatoire.

36. Pareillement, admettre l'efficacité de causes d'exonération, nécessairement différentes suivant les droits des États membres, amoindrirait notablement l'effet utile du principe communautaire de l'égalité de traitement ainsi que l'unité d'application de la norme communautaire. Dès lors qu'un travailleur féminin a fait la preuve d'une discrimination à son égard ainsi que du dommage occasionné par cette discrimination, aucune cause d'exonération tirée du droit national ne nous paraît pouvoir être opposée par l'employeur, et il appartiendra alors au juge national d'assurer la sanction de ce comportement en application de son droit interne, puisque la directive a laissé cette matière au libre choix des États membres, sous réserve, selon votre jurisprudence, que les sanctions « soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive » [30].

30 — Arrêts 14/83 et 79/83, précités.

37. Nous vous proposons en conséquence de répondre à la troisième question en ce sens qu'il est incompatible avec les articles 2 et 3 de la directive, lorsque est établie une violation du principe de l'égalité de traitement, d'exiger en outre la preuve d'une faute distincte commise par l'employeur ou d'admettre la possibilité pour ce dernier d'invoquer une cause d'exonération tirée du droit interne, sous réserve, bien évidemment, des dispositions des paragraphes 2 à 4 de l'article 2.

38. Il n'y a pas lieu en conséquence de répondre à la quatrième question.

39. L'affaire Hertz rend nécessaire de façon peut-être encore plus pressante la difficile conciliation entre le principe de l'égalité de traitement et les exigences de la vie économique.

40. Comment considérer les périodes de maladie survenues après le congé de maternité, mais trouvant directement leur cause dans la grossesse et l'accouchement? Faut-il ou non leur appliquer le régime en quelque sorte « de droit commun » des absences pour raisons de santé?

41. Les droits des États membres sont très différents à cet égard. En effet, dans de nombreux États, l'origine de la maladie n'est pas prise en considération, mais les législations imposent toutefois le plus souvent un délai avant de permettre à l'employeur de licencier pour cause de maladie. Ainsi, en Irlande, l'*Unfair Dismissals Act* permet aux employeurs de licencier un employé en raison de fréquentes absences pour cause de maladie qui le mettent dans l'incapacité d'occuper son emploi. Au Luxembourg, l'employeur peut mettre fin au contrat de

travail à l'expiration d'un délai de trois mois à partir du mois suivant celui où la maladie est survenue et, pour les ouvriers, à l'expiration d'un délai de vingt-six semaines [31]. Enfin, en France, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail durant la période de suspension du contrat ainsi que pendant les quatre semaines qui suivent cette période [32]. Il peut ensuite licencier son employé pour des absences répétées pour cause de maladie.

42. En revanche, en droit italien, l'employeur ne peut mettre fin au contrat de travail en cas de complications postérieures au congé de maternité, mais déterminées par la grossesse ou l'accouchement [33], et ce aux termes de l'article 2110 du code civil, durant une période fixée par les conventions collectives en fonction de l'ancienneté [34]. Il est également interdit de licencier un travailleur féminin pendant une période allant du début de la grossesse jusqu'à la fin de la première année de vie de l'enfant. En droit hellénique, le législateur distingue entre le cas spécifique d'une maladie qui trouve son origine dans l'accouchement et qui ne peut justifier une mesure de licenciement qu'à charge pour l'employeur de prouver l'existence d'une « raison grave » [35] et le cas des maladies « de droit commun », pour lesquelles le licenciement est justifié en raison du seul dépassement des périodes légales de congé de maladie.

43. Nous avons été tenté — comment ne pas l'avouer? — de vous proposer une solution dans laquelle les états pathologiques qui seraient les conséquences de façon directe, certaine et prépondérante de la grossesse ou de l'accouchement bénéficieraient d'une sorte d'« immunité » en ce sens que le principe de l'égalité de traitement s'opposerait à la possibilité pour l'employeur, durant un délai raisonnable à compter de l'événement considéré, de licencier son employée. Mais il nous semble, d'une part, que l'état actuel du droit communautaire ne postule pas une telle exigence et, d'autre part, que cette solution apparemment séduisante ne serait pas sans susciter de nombreux effets négatifs auxquels il serait difficile de remédier.

44. En effet, nous l'avons rappelé, la directive, dans son article 2, paragraphe 3, a laissé aux États membres le soin d'adopter des dispositions adéquates « relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». Cette disposition, nous semble-t-il, marque la limite de l'intervention du droit communautaire en son état actuel. La directive impose la stricte égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins, c'est-à-dire, en l'occurrence, l'interdiction de traiter les états pathologiques trouvant leur origine dans la maternité moins favorablement que ceux ayant une autre origine; elle n'impose nullement aux États membres l'obligation de prévoir des *discriminations positives* en traitant mieux ceux-là que ceux-ci, mais elle leur en laisse simplement la faculté.

45. Par ailleurs, une telle solution n'est pas sans créer de sérieuses difficultés. En effet, si les complications suscitées par l'accouchement sont très graves, le travailleur féminin pourra demeurer dans l'incapacité de travailler durant de longues années, sans que son employeur puisse le licencier — et

31 — Articles 8 de la loi du 12 novembre 1971 et 8 de la loi du 24 juin 1970.

32 — Articles L 122-25 et suivants du code du travail.

33 — Loi du 30 décembre 1971 sur la maternité.

34 — La jurisprudence fait, semble-t-il, une application compréhensive de cette disposition en exigeant le respect d'un délai raisonnable, avant licenciement éventuel, à l'expiration de la période précitée.

35 — Article 15 de la loi n° 1483/1984.

chacun reconnaîtra que nous abordons ici les difficultés de la seconde question posée par le juge a quo. Une telle conséquence n'est déjà pas sans gravité lorsqu'elle a pour seul effet d'obliger l'employeur à conserver l'intéressée dans ses effectifs, sans qu'il ait à contribuer au versement d'une indemnité de congé de maladie ou, ultérieurement, d'une rente d'invalidité. En effet, la bonne marche de l'entreprise pourra être compromise par la difficulté d'attribuer le poste en cause immédiatement à un remplaçant. Mais surtout, les difficultés les plus sérieuses surgissent lorsque l'employeur, empêché de licencier son employée, est tenu légalement de contribuer, fût-ce partiellement, directement ou non, au versement des prestations de sécurité sociale qui lui sont dues, ce qui est le cas dans les législations sociales de certains États membres. Ainsi, en République fédérale d'Allemagne, l'employeur continue à verser le salaire à son employé en congé de maladie pendant six semaines [36]. En Italie, l'indemnité journalière de maladie est en principe versée par les organismes de sécurité sociale [37], mais les conventions collectives peuvent obliger les employeurs à verser des suppléments aux taux indiqués par la loi [38]. Aux Pays-Bas, ce n'est, semble-t-il, que dans des circonstances particulières — et notamment, comme le montre l'affaire Dekker, à l'égard de l'enseignement spécial, du fait de la négligence d'un employeur ayant embauché un salarié dont la maladie était prévisible — que l'employeur est obligé de prendre à sa charge le paiement des indemnités journalières.

46. Il nous semble également que les éventuelles difficultés financières auxquelles se trouvera confronté un employeur tenu de conserver dans les effectifs de son entreprise une employée en incapacité de travail du fait de la maternité risque de conduire de nombreux employeurs à refuser d'embaucher des femmes enceintes, vraisemblablement sous de fallacieux prétextes, ou même des femmes dont l'âge peut laisser prévoir une prochaine maternité. De tels comportements sont bien évidemment contraires au principe de l'égalité de traitement, mais il n'est pas certain qu'ils puissent être aisément constatés et sanctionnés. L'on mesure ici combien une solution protectrice de quelques femmes ayant eu de graves difficultés postnatales — c'est-à-dire en termes de statistiques une solution applicable à un pourcentage heureusement infime de situations — risque de comporter des dangers pour l'ensemble des femmes désirant accéder au marché du travail.

47. Enfin, les critères que votre Cour pourrait adopter pour définir dans quels cas l'état pathologique doit ressortir de la protection due à la maternité — existence d'un lien de causalité direct, certain et prépondérant — ainsi que pour déterminer selon quelle durée cette protection est applicable — recours à une notion difficile à cerner de délai raisonnable — nous apparaissent devoir mettre dans l'embarras tant les juges nationaux que les employeurs. Avec quelles difficultés ces derniers devront-ils déterminer si telle salariée peut ou non être licenciée! L'on pressent ici combien une telle solution — dont nous ne contestons pas par ailleurs l'opportunité — suppose l'intervention d'un législateur, communautaire ou national, qui pourrait avec précision en fixer les modalités, notamment quant à la durée de cette protection et sa prise en charge financière.

36 — § 47 SGB V.

37 — Articles 15 à 18 de la loi n° 1204 du 30 décembre 1971.

38 — Garofalo: *Indennità di malattia e maternità*, Milan, 1986; Riva-Sanseverino: *Libro quinto*, « Del lavoro da commentario del codice civile », Bologne/Rome, 1986, p. 499-503 et 515-516.

48. La solution nous paraît devoir plus résider dans une distinction entre, d'une part, les risques normaux de la grossesse et de l'accouchement, les complications habituelles qui accompagnent ces événements et qui donnent parfois lieu à l'octroi d'un délai de congé-maternité supplémentaire, lesquels risques doivent bénéficier d'une protection communautaire en ce qu'ils participent de la spécifité de l'état de maternité et, d'autre part, les états pathologiques qui ne relèvent pas des risques ordinaires de la grossesse et qui doivent dès lors recevoir le même traitement que les situations de maladie « de droit commun ». C'est le caractère de normalité du risque lié à la maternité qui nous paraît devoir ici guider votre Cour. En d'autres termes, en l'absence de dispositions de droit national accordant une protection particulière à la femme, l'employeur doit pouvoir licencier son employée à l'issue du congé de maternité, le cas échéant d'ailleurs à l'issue du congé supplémentaire. Ainsi, lorsque le travailleur féminin a épuisé ses droits aux différents congés de maternité, les absences pour raisons de maladie, même trouvant leur origine dans la grossesse ou l'accouchement, ne sauraient relever des risques normaux de la maternité et doivent, en conséquence, être considérées de la même façon que celles de tout autre travailleur, sauf au législateur national d'instituer une protection particulière sur le fondement de l'article 2, paragraphe 3, de la directive.

49. De manière plus générale, il nous semble que le principe de l'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins doit viser à ce qu'il soit remédié aux difficultés spécifiques aux femmes que ne peut manquer de susciter leur situation de grossesse. Mais la nécessité d'adapter les règles qui gouvernent le marché de l'emploi ne saurait subsister que pour autant que le risque de maternité conserve un caractère de « normalité » dans le cours de la vie. C'est dans la dualité de ces deux principes que nous paraît devoir résider la solution.

50. Ainsi, les femmes doivent pouvoir accéder à un emploi sans que puisse être prise en considération leur maternité prochaine qui les empêchera momentanément de satisfaire aux exigences de la vie professionnelle. Ainsi le maintien du lien de travail ne doit pas souffrir de leur indisponibilité, dès lors que celle-ci participe des risques habituels de la grossesse. Ainsi, lorsqu'une situation ne ressort plus de ces risques habituels, mais procède d'une véritable pathologie, l'on ne saurait en revanche déduire du principe de l'égalité de traitement une protection particulière que seule une discrimination positive — compatible, le cas échéant, avec le droit communautaire sur le fondement de l'article 2, paragraphe 3, de la directive — pourrait établir.

51. Nous concluons donc à ce que vous disiez pour droit:

— dans l'affaire C-177/88:

1) les articles 2, paragraphe 1, et 3, 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, doivent être interprétés en ce sens que le refus opposé par un employeur à un travailleur féminin de l'embaucher au motif que ce travailleur féminin est en état de grossesse constitue une discrimination directement fondée sur le sexe;

2) la réponse à la première question n'est pas modifiée selon qu'il y ait ou non des candidats de sexe masculin à l'emploi en cause;

3) les articles 2 et 3 de la directive précitée s'opposent, lorsque est établie une violation du principe de l'égalité de traitement tel qu'il est reconnu à ces articles, à ce que la sanction de cette violation soit subordonnée à la preuve d'une faute distincte commise par l'employeur ou à l'absence de causes d'exonération tirées du droit interne, autres que celles figurant à l'article 2, paragraphes 2 à 4;

4) il n'y a pas lieu de répondre à la quatrième question;

— dans l'affaire C-179/88:

1) les articles 2, paragraphe 1, et 5 de la même directive doivent être interprétés en ce sens que, sous réserve de l'application de l'article 2, paragraphe 3, le licenciement d'un travailleur féminin, en dehors des périodes de congé de maternité, pour cause d'absences en raison d'une maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou l'accouchement ne constitue pas une discrimination directement fondée sur le sexe;

2) il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question.