CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO SAGGIO

présentées le 7 octobre 1999 *

1. Par ordonnance du 16 avril 1998, le Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (Allemagne) a soumis à la Cour de justice une question préjudicielle concernant l'interprétation de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE [1]. Son but est de savoir si le refus d'un employeur d'engager une femme enceinte, motivé par le fait que, sur la base de la législation nationale de protection de la mère, elle ne pourrait pas assumer, dès le départ, les fonctions prévues pour le poste visé, doit être considéré comme une discrimination fondée sur le sexe incompatible avec le droit communautaire.

Le cadre normatif communautaire

2. La directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 (ci-après la «directive») [2] a mis en œuvre, dans les États membres, le 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 et la sécurité sociale [3].

3. L'article 2, paragraphe 1, de cette directive définit la notion d'égalité de traitement, en spécifiant qu'elle implique «... l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial».

Le paragraphe 3 du même article introduit une sorte de dérogation selon laquelle «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».

4. Sont également pertinentes aux fins du présent litige les dispositions de l'article 3 de la directive, selon lesquelles «l'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle».

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 39, p. 40.

2 — Précitée.

3 — Article 1er, paragraphe 1.

Le cadre normatif national

5. Le droit national pertinent en l'espèce est surtout contenu dans l'article 611 a du BGB (code civil allemand). Selon cette disposition, l'employeur ne peut défavoriser un salarié en raison de son sexe dans le cadre d'un accord ou d'une mesure, notamment lors de la formation du rapport de travail, que ce soit en cas de promotion professionnelle, dans le cadre d'une instruction ou d'un licenciement. Toutefois, un traitement différent est autorisé dans la mesure où un sexe déterminé constitue une condition impérative pour l'activité visée.

6. Les articles 3 à 5 de la Mutterschutzgesetz (loi sur la protection de la mère) sont également importants. L'article 3 prévoit que, durant la grossesse, la femme ne doit pas travailler s'il est attesté par un certificat médical que l'exercice d'une activité professionnelle peut mettre en danger la vie ou la santé de la mère ou de l'enfant. En tout état de cause, les femmes enceintes ne doivent pas travailler durant les six semaines qui précèdent l'accouchement, à moins qu'elles ne se déclarent expressément disposées à poursuivre leur activité. Cette déclaration peut être révoquée à tout moment.

L'article 4 spécifie les tâches qui ne peuvent pas être confiées aux femmes enceintes. Il s'agit des activités physiques pénibles et qui exposent les femmes aux effets des substances ou radiations nuisibles à la santé, à la poussière, aux gaz ou vapeurs, à la chaleur, au froid, à l'humidité, aux vibrations ou au bruit. En outre, il est expressément interdit de confier aux femmes enceintes, entre autres, après le cinquième mois de la grossesse des tâches qui les obligent à rester constamment debout plus de quatre heures par jour, ainsi que de leur confier des tâches qui, à cause de leur état, peuvent les exposer à un risque majeur de contracter une maladie professionnelle ou qui, en tout cas, en raison de ce risque, représentent un danger accru pour la future mère ou l'enfant à naître.

L'article 5, paragraphe 1, enfin, prévoit que, dès qu'elle a connaissance de son état, la femme enceinte est tenue d'en informer son employeur, en lui indiquant également la date d'accouchement prévue.

Les faits et la question préjudicielle

7. M^me^ Mahlburg (ci-après la «demanderesse») est infirmière et a travaillé sous contrat de travail à durée déterminée, du 26 août 1994 au 31 août 1995, pour la clinique de chirurgie cardiaque de l'université de Rostock.

8. Au mois de février 1995, la demanderesse a demandé à être engagée à durée indéterminée dans cette structure hospitalière. Le service du personnel de l'université lui a toutefois fait savoir qu'une telle procédure d'engagement n'était pas possible et qu'il fallait présenter un acte de candidature à un poste ayant fait l'objet d'un avis de concours.

9. Le 1er juin 1995, la demanderesse a présenté sa candidature à deux postes, à durée indéterminée, vacants dans la structure hospitalière. Ces postes étaient relatifs à deux emplois à pourvoir immédiatement au bloc opératoire, le travail s'effectuant par roulement. Les fonctions prévues étaient en fait équivalentes à celles que la demanderesse exerçait déjà dans le cadre de son contrat de travail à durée déterminée. Elles consistaient dans la préparation et le contrôle, suivant instructions, de tous les instruments stérilisés et des médicaments nécessaires à l'opération ainsi que dans la présentation des instruments au cours de l'opération. En ce qui concerne les conditions, l'un des deux postes exigeait une formation complète d'«aide-soignante ou d'infirmière en bloc opératoire» alors que l'autre nécessitait une «formation professionnelle dans le domaine infirmier, sanctionnée par un diplôme, complétée par une expérience en bloc opératoire».

10. Entre-temps la demanderesse s'est aperçue qu'elle était enceinte. Étant encore sous contrat à durée déterminée, elle a fait part de sa grossesse à l'université, le 13 juillet 1995, conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 1, de la Mutterschutzgesetz [4]. À la suite de cette communication, et conformément aux dispositions également contenues dans la Mutterschutzgesetz, la demanderesse n'a plus été affectée à la salle d'opération, mais employée à des tâches de bureau jusqu'à l'expiration de son contrat.

11. Cette communication a eu pour autre conséquence que, le 18 septembre 1995, l'université de Rostock a informé la demanderesse du rejet de sa candidature aux deux postes vacants. Ce rejet était motivé par le fait que ces postes exigeaient l'accomplissement de tâches en salle d'opération interdites aux femmes enceintes, en application des articles 3 à 5 de la Mutterschutzgesetz.

12. Il y a par ailleurs lieu de rappeler que, pour les deux postes en question, il n'y avait eu, en dehors de celle de la demanderesse, qu'une autre candidature provenant elle-aussi d'une femme enceinte, laquelle avait également été rejetée. Cela a eu pour conséquence que les deux postes n'ont été pourvus qu'à l'automne 1995, après le déroulement d'un concours ouvert à l'extérieur.

4 — Voir point 3 des présentes conclusions.

13. À la suite du rejet de sa candidature, la demanderesse a saisi l'Arbeitsgericht Rostock (tribunal du travail de Rostock) en lui demandant de constater que le rapport de travail qui la liait à l'université de Rostock s'est poursuivi après le 31 août 1995 (date prévue pour la fin du contrat à durée déterminée), ou, à titre subsidiaire, de condamner l'université de Rostock à des dommages et intérêts en sa faveur.

14. Le juge saisi a rejeté le recours le 15 avril 1997. La demanderesse a fait appel de cette décision devant le Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (tribunal régional du travail, ci-après le «LAG») en lui demandant de constater l'existence, à compter du 1er septembre 1995, d'un rapport de travail en vertu duquel elle avait été employée à durée indéterminée en qualité d'infirmière en salle d'opération. Comme on peut le lire dans les observations présentées par la demanderesse, cette demande se fonde sur le fait que, à la suite de la discrimination qu'elle a subie à cause de son sexe, la demanderesse a acquis, vis-à-vis de l'université, le droit d'être engagée.

15. Selon ce qui résulte de l'ordonnance de renvoi, le LAG part de l'idée que le fait de savoir si la demanderesse a ou non le droit d'être engagée dépend de l'interprétation que l'on donne à l'article 611 a du BGB. Selon le juge de renvoi, la jurisprudence du Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail) peut permettre de parvenir à la conclusion que l'article 611 a ne s'oppose pas à ce qu'un employeur refuse d'embaucher une candidate enceinte lorsque, à cause de son état, elle n'est pas en mesure d'exercer les fonctions auxquelles elle aspire.

16. Toutefois, le LAG soutient aussi que cet article du code civil allemand, en tant que mesure de transposition en droit national de la directive, doit en tout cas être interprété de façon conforme à cette dernière.

17. Estimant qu'il existe des doutes fondés sur le fait que l'interprétation de l'article 611 a du BGB, précité, soit conforme à la directive et en particulier à son article 2, paragraphe 1, le LAG a posé à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Le fait qu'un employeur refuse d'engager, dans un poste libre, une candidate pourtant apte à exercer l'activité prévue, aux motifs qu'elle est enceinte et qu'une interdiction de travail résultant de la Mutterschutzgesetz (loi allemande relative à la protection de la mère) ferait obstacle, pour la durée de la grossesse, à ce qu'elle occupe, dès le départ, le poste destiné à être pourvu pour une

durée indéterminée, constitue-t-il une discrimination illicite fondée sur le sexe au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du 9 février 1976?»

La question préjudicielle

18. La Cour est une fois encore appelée à se prononcer sur la question, déjà largement abordée par la jurisprudence, de l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le cas particulier des femmes enceintes.

19. En l'espèce, le juge national demande à la Cour s'il y a lieu de considérer comme une discrimination fondée sur le sexe le refus pour un employeur d'engager une femme enceinte dans le cas où ce refus est motivé par le fait que cette dernière ne pourrait pas assumer les fonctions requises par le poste pendant sa grossesse, et ce en raison d'une interdiction en ce sens édictée par la législation nationale en matière de protection de la mère.

20. À cet égard, il faut d'abord souligner que, ainsi qu'il résulte en particulier de l'arrêt Dekker [5], le refus d'un employeur d'embaucher une femme doit être considéré comme un comportement directement discriminatoire à cause du sexe si sa cause essentielle ne vaut que pour les femmes et non également pour les hommes. En application de ce principe, la Cour a souligné à maintes reprises 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» [6].

21. Plus récemment dans l'arrêt Brown [7], concernant la légalité d'une mesure de licenciement d'une femme enceinte et motivée par ses absences prolongées pour maladie liées à sa grossesse, la Cour a précisé que «...le licenciement d'un travailleur féminin pour cause de grossesse ou *pour une cause fondée essentiellement sur cet état* ne peut concerner que les femmes et constitue dès lors une discrimination fondée sur le sexe». Il résulte à l'évidence de cet arrêt — que l'on peut pleinement étendre au cas de refus d'embauche [8] — que la Cour a voulu souligner que, pour considérer comme étant directement discriminatoire une mesure adoptée à l'égard d'une femme enceinte, il n'est pas nécessaire qu'elle ait comme motivation explicite l'état de grossesse. Il suffit en effet que la

5 — Arrêt du 8 novembre 1990 (C-177/88, Rec. p. I-3941, point 10).

6 — Arrêt Dekker, précité, point 12. Voir en outre les arrêts du 8 novembre 1990, Handels- og Kontorfunktionaerernes Forbund, dit «Hertz» (C-179/88, Rec. p. I-3979, point 13); du 5 mai 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, p. I-1657, point 15), et du 14 juillet 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567, point 19).

7 — Arrêt du 30 juin 1998 (C-394/96, Rec. p. I-4185, point 16, mis en italique par nos soins).

8 — Il nous paraît évident que, en ce qui concerne les aspects qui nous intéressent ici, le refus d'embauche équivaut au licenciement. Dans les deux cas, en effet, il s'agit d'une mesure qui prive la femme enceinte de travail.

motivation soit essentiellement fondée sur cet état [9].

22. Il ne nous semble pas qu'il puisse subsister un doute sur le fait que, dans l'affaire examinée aujourd'hui, nous nous trouvons dans ce dernier cas. Il est vrai que le refus de prendre en considération la candidature posée par la demanderesse a été justifié par l'impossibilité pour celle-ci d'assumer dès le début les fonctions liées à ce poste. Toutefois, il est tout aussi évident que cette situation est clairement due à la grossesse et que donc, au moins dans le principe, le comportement de l'université de Rostock doit être jugé contraire aux articles 2, paragraphe 1, et 3 de la directive.

23. Cela étant, il est néanmoins nécessaire d'examiner si le comportement en cause peut trouver une justification à la lumière de la législation nationale de protection de la mère contenue dans la Mutterschutzgesetz. Comme nous l'avons déjà rappelé [10], en effet, l'université de Rostock soutient que cette législation, en interdisant l'exercice par les femmes enceintes pendant leur grossesse d'activités considérées comme dangereuses, entraîne une véritable interdiction légale d'embauche de la demanderesse.

24. Pour traiter la question il faut partir de deux prémisses. En premier lieu, la Mutterschutzgesetz représente, en Allemagne, l'application de la possibilité de dérogation à l'égalité de traitement prévue par l'article 2, paragraphe 3, de la directive. Comme on le déduit facilement du texte [11], cette disposition autorise les États membres à adopter ou à maintenir en vigueur des dispositions nationales qui impliquent des traitements différents selon le sexe, si ces dispositions sont destinées à protéger la femme durant la période de grossesse ou de maternité. En deuxième lieu, ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence désormais établie [12], quand un juge national est appelé à trancher un litige dont l'objet rentre dans le domaine d'application d'une directive, il est tenu d'interpréter le droit interne à la lumière de cette dernière.

25. Il résulte de cela que, dans l'affaire qui nous occupe aujourd'hui, la possibilité de justifier le refus d'engager une femme enceinte en recourant à l'interdiction d'accomplir certaines tâches prévue par la législation nationale en matière de protection de la maternité, dépend en fait de l'interprétation de l'article 2, paragraphe 3, de la directive. Autrement dit, pour résoudre la question posée au juge de renvoi il est nécessaire de se demander si la dérogation au principe de l'égalité de traitement prévue par cette disposition communautaire peut légitimement s'appliquer au cas d'espèce.

9 — Voir à cet égard les conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Webb, précitée, et en particulier les points 9 et 10.

10 — Voir point 11 des présentes conclusions.

11 — Voir point 3 des présentes conclusions.

12 — Voir à cet égard arrêts du 20 mai 1976, Mazzalai (111/75, Rec. p. 657, point 10); du 10 avril 1984, Von Colson et Komann (14/83, Rec. p. 1891, point 26), et du 13 novembre 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135, points 7 et 8).

26. À notre avis, la réponse à cette question doit être négative. Selon ce qu'a déclaré la Cour dans l'arrêt Hofmann [13], l'article 2, paragraphe 3, de la directive, «... en réservant aux États membres le droit de maintenir ou d'introduire des dispositions destinées à protéger la femme en ce qui concerne 'la grossesse et la maternité', ... reconnaît la légitimité, par rapport au principe de l'égalité, de la protection de deux ordres de besoins de la femme. Il s'agit d'assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci, jusqu'à un moment où ses fonctions physiologiques et psychiques sont normalisées à la suite de l'accouchement, et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle».

27. Dans l'arrêt Thibault [14], en outre, la Cour a précisé que «... l'exercice des droits conférés aux femmes conformément à l'article 2, paragraphe 3, ne peut faire l'objet d'un traitement défavorable en ce qui concerne leur accès à l'emploi ainsi que leurs conditions de travail. Dans cette perspective, la directive vise à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle».

28. Il nous semble qu'il ressort clairement de la jurisprudence citée que le but principal de la disposition communautaire visée est de laisser aux États membres la possibilité de mettre en œuvre ou de maintenir en vigueur des dispositions nationales qui, même si elles impliquent des traitements différents entre les deux sexes, sont nécessaires pour «compenser» les situations défavorables dans lesquelles peuvent se trouver les femmes enceintes. L'idée est en cela d'atteindre une réelle égalité même dans les cas dans lesquels une simple égalité formelle, réalisée à travers des traitements identiques, ne suffirait pas. Il y a donc lieu de retenir que l'article 2, paragraphe 3, de la directive n'autorise de dérogations au principe de l'égalité de traitement que si deux conditions sont réunies, et précisément si une plus grande protection est accordée à la femme, et donc un traitement plus favorable par rapport à l'homme, et si ce traitement a pour but spécifique de réaliser une égalité substantielle impossible à atteindre sans cela.

29. Il est évident que dans le cas d'espèce ces deux conditions ne sont pas réunies. L'éventuelle application de la législation nationale adoptée pour mettre en œuvre l'article 2, paragraphe 3, de la directive, en premier lieu, n'offrirait pas à la demanderesse un traitement plus favorable mais, au contraire, la pénaliserait en l'empêchant

13 — Arrêt du 12 juillet 1984 (184/83, Rec. p. 3047, point 25). Voir aussi sur ce point les arrêts Habermann-Beltermann, précité, point 21; Brown, précité, point 17, et Webb, précité, point 20.

14 — Arrêt du 30 avril 1998 (C-136/95, Rec. p. I-2011, point 26). Voir en outre, sur ce point, les conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Habermann-Beltermann, précitée, en particulier point 11.

d'accéder à l'emploi. En deuxième lieu, elle n'aurait pas comme conséquence la mise en place d'une véritable égalité, mais serait plutôt une cause de comportement discriminatoire. Nous estimons donc qu'une telle application des dispositions de la Mutterschutzgesetz serait clairement contraire à la ratio de la législation communautaire.

30. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour s'est déjà prononcée dans l'arrêt Habermann-Beltermann [15]. L'objet du litige était la prétendue nature discriminatoire d'une mesure par laquelle un employeur avait résolu un contrat conclu avec une employée devenue enceinte tout de suite après avoir commencé à travailler. Cette mesure, comme celle que vise la présente espèce, avait été motivée par le fait que, sur la base des dispositions contenues toujours dans la Mutterschutzgesetz, l'employée n'aurait pas pu, durant toute la période de grossesse et d'accouchement, faire le travail nocturne prévu dans le contrat [16].

Dans cette affaire, la Cour a affirmé qu'« ... admettre que le contrat puisse être déclaré nul ou dénoncé à cause de l'empêchement temporaire de la salariée enceinte d'effectuer le travail de nuit pour lequel elle a été engagée serait contraire à l'objectif de protection que poursuit l'article 2, paragraphe 3, de la directive, et priverait cette disposition de son effet utile». Elle a ajouté que «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 saurait donc 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» [17].

31. L'arrêt précité met encore en lumière un autre élément particulièrement important. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le noter [18], dans l'affaire que nous examinons aujourd'hui les deux postes sur lesquels la demanderesse a demandé à être embauchée étaient l'un et l'autre à durée indéterminée. Or, dans l'arrêt Habermann-Beltermann [19], la Cour a estimé que le comportement discriminatoire à l'égard de la femme enceinte ne pouvait pas trouver une justification sur la base de l'article 2, paragraphe 3, de la directive compte tenu du fait que «... les questions préjudicielles se rapportent à un contrat sans détermination de durée et que, dès lors, l'interdiction du travail de nuit pour les femmes enceintes n'a d'effet que pour une période limitée par rapport à la durée totale du contrat».

15 — Précité.

16 — Les similitudes que cette affaire présente avec celle d'aujourd'hui augmentent considérablement si l'on accueille la thèse défendue par l'avocat général Tesauro dans les conclusions dans l'affaire Habermann-Beltermann, selon laquelle «... la déclaration de nullité, dans la mesure où elle produit des effets *ex tunc* et par conséquent exactement le même effet qu'un contrat jamais conclu, équivaudrait à un refus d'engagement» (point 7 des conclusions).

17 — Arrêt Habermann-Beltermann, précité, points 24 et 25.

18 — Voir point 9 des présentes conclusions.

19 — Précité, point 23.

Cet aspect a revêtu encore plus d'importance dans l'arrêt Webb [20]. Cette affaire avait pour objet une mesure de licenciement d'une travailleuse qui, tout de suite après son engagement, avait découvert qu'elle était enceinte. La motivation avancée consistait, précisément, dans le fait que, pour la période correspondant au congé de maternité, l'employée n'aurait pas pu accomplir la tâche pour laquelle elle avait été engagée: remplacer une autre employée elle aussi enceinte. Malgré le caractère temporaire de ces fonctions, l'employeur avait clairement donné l'assurance à l'employée que le contrat serait poursuivi après la période de remplacement. En conséquence, le poste devait être considéré comme étant à durée indéterminée.

Sur la base de ces éléments, la Cour a déclaré que «... le licenciement d'une femme enceinte, engagée pour une durée indéterminée, ne saurait être fondé sur des motifs tirés de son incapacité à remplir une des conditions essentielles de son contrat de travail. La disponibilité du salarié est nécessairement pour l'employeur une condition essentielle à la bonne exécution du contrat de travail. Mais 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 de leur effet utile».

La Cour a donc conclu que «... 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» [21]. Il nous semble que ce qui a été établi dans l'arrêt que nous venons de citer peut être transposé au cas d'espèce en excluant, aussi de ce point de vue, l'applicabilité de la dérogation prévue par l'article 2, paragraphe 3, de la directive.

32. Sur la base de toutes les considérations développées plus haut, et compte tenu de la jurisprudence rappelée, nous estimons qu'il y a lieu de conclure en ce sens que, en ce qui concerne le cas qui nous intéresse, une législation nationale adoptée en application de l'article 2, paragraphe 3, de la directive, qui empêche une femme enceinte d'accomplir certaines tâches considérées comme dangereuses pour sa santé ou celle de l'enfant à naître, ne peut pas être utilement invoquée pour justifier un comportement directement discriminatoire tel qu'un refus d'embauche motivé par le fait que cette femme ne peut temporairement pas exercer l'activité pour laquelle elle serait engagée à durée indéterminée. Une telle utilisation de la législation nationale serait nettement contraire aux finalités de la disposition

20 — Arrêt Webb, précité.

21 — Arrêt Webb, précité, points 26 et 27.

communautaire dont elle constitue l'application et priverait de toute efficacité la protection accordée par la directive à la maternité.

33. Cela dit, nous estimons opportun de faire à ce stade quelques remarques sur une question soulevée pendant l'audience. Elle concerne le problème des charges, parfois considérables, que les employeurs peuvent être contraints de supporter pour assurer aux femmes enceintes l'égalité de traitement et garantir ainsi la protection de la maternité. À cet égard, en effet, la question a été posée de savoir s'il faut toujours privilégier le principe de non-discrimination ou si, dans certaines circonstances déterminées, des exceptions peuvent se justifier pour tenir compte des exigences des employeurs plus fragiles.

34. Incontestablement le fait que souvent une bonne partie du poids de la protection de la maternité repose sur les employeurs est un problème réel et mérite attention. Toutefois, nous n'estimons pas que cela puisse en quelque façon influencer les conclusions auxquelles nous sommes parvenu plus haut. L'égalité de traitement entre hommes et femmes, spécialement dans des situations comme celles que nous sommes en train d'examiner, représente un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire qui ne peut pas être soumis à des restrictions pour prendre en compte ce type d'exigences.

35. Entre autres, au moins en ce qui concerne les aspects de nature économique, la jurisprudence de la Cour est très claire. L'arrêt Dekker énonce expressément qu'« un refus d'engagement dû aux conséquences financières d'une absence pour cause de grossesse doit être regardé comme 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 » [22].

36. À notre avis, donc, la question soulevée au cours de l'audience devrait trouver une réponse dans des actions « positives » de protection de la situation des employeurs plus fragiles à mettre en œuvre dans le cadre de la politique sociale des États membres, peut-être avec l'appui d'une activité de coordination au niveau communautaire. Nous voulons seulement ajouter, à ce sujet, que prévoir de telles actions ne serait pas nécessairement contraire à la protection de la femme. Nous estimons au contraire que l'on renforcerait ainsi sa position en éliminant la raison d'être de nombreux comportements discriminatoires.

22 — Arrêt précité, point 12.

Conclusion

37. Sur la base des considérations qui précèdent, nous suggérons à la Cour de répondre de la façon suivante à la question posée par le Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern:

« Il y a lieu de considérer comme une discrimination illicite fondée sur le sexe, au sens de l'article 2, 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, le fait qu'un employeur n'engage pas une candidate pourtant apte à exercer l'activité prévue pour le poste vacant au motif qu'étant enceinte elle ne peut, durant sa grossesse, être affectée dès le départ au poste prévu à durée indéterminée à cause de l'interdiction d'emploi des femmes enceintes à certaines tâches prévue par la loi visant à protéger la maternité. »