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

présentées le 5 février 1998 *

Table des matières

I — Le litige devant les juridictions nationales ..... I - 4188

II — Les questions préjudicielles ..... I - 4190

III — La législation communautaire ..... I - 4191

IV — La réglementation nationale ..... I - 4192

V — Les observations présentées dans la procédure préjudicielle ..... I - 4196

VI — Examen des questions préjudicielles ..... I - 4197

A — Observations préliminaires ..... I - 4197

B — La jurisprudence de la Cour relative à l'application, aux travailleuses enceintes ou accouchées, des droits des travailleurs réglementés dans la directive 7 ..... I - 4201

1) Les arrêts Dekker et Hertz, dans lesquels la Cour a estimé qu'il était discriminatoire de refuser d'engager une femme enceinte et qu'il n'était pas discriminatoire de licencier une femme en raison d'une incapacité de travail intervenue après le congé de maternité, même alors que la maladie était causée par l'accouchement ..... I - 4201

2) L'arrêt Habermann-Beltermann, où la Cour a jugé qu'il était discriminatoire de déclarer nul un contrat de travail ou de le dénoncer comme conséquence d'une interdiction légale de travail nocturne pour les femmes enceintes ..... I - 4207

3) L'arrêt Webb, dans lequel la Cour a estimé que la situation d'une femme enceinte, incapable de s'acquitter des fonctions pour lesquelles elle a été recrutée, ne saurait se comparer à celle d'un homme souffrant de la même incapacité pour raison médicale ou d'une autre nature ..... I - 4208

4) L'arrêt Larsson, dans lequel la Cour semble avoir estimé qu'il n'était pas discriminatoire de prendre en considération, aux fins du licenciement, l'incapacité de travail de la femme due à sa grossesse avant le début du congé de maternité ..... I - 4209

C — La première question déférée par la House of Lords: le licenciement d'une femme enceinte au motif d'une incapacité de travail causée par la grossesse I - 4213

D — La seconde question préjudicielle, déférée par la House of Lords: le licenciement d'une femme enceinte pendant la période où, si elle avait rempli les conditions imposées par la législation nationale, elle aurait pu s'absenter du travail pour cause de grossesse et d'accouchement ..... I - 4219

VII — Conclusions ..... I - 4222

1. Est-il contraire au droit communautaire et, concrètement, aux dispositions de la directive 76/207/CEE [1] qu'un employeur licencie une travailleuse enceinte en raison d'une incapacité de travail occasionnée par sa grossesse, dont la durée a dépassé la période de temps qui, conformément à une clause du contrat de travail, donne lieu au licenciement des travailleurs pour cause de maladie? Telle est, dans ses grandes lignes, la question préjudicielle posée ici par la House of Lords.

I — Le litige devant les juridictions nationales

2. Les faits, tels qu'ils sont décrits dans l'ordonnance de renvoi, sont les suivants: M^me^ Brown, requérante au principal, était employée en qualité de chauffeur par la société Rentokil Ltd, devenue Rentokil Initial UK Ltd (ci-après « Rentokil »), défenderesse dans ce même litige. Son travail consistait principalement à transporter et à remplacer les unités de Sanitact dans les magasins et autres établissements. Elle s'est trouvée enceinte, et en a averti son employeur, en août 1990.

La grossesse a alors commencé à se compliquer, pour un certain nombre de raisons liées entre elles, qui ne sont pas précisées dans le dossier. A partir du 16 août 1990, elle a présenté une succession de certificats médicaux d'arrêt de travail de quatre semaines chacun, mentionnant des diagnostics de « symptômes de grossesse », « pertes de sang dues à la grossesse » et « douleurs dorsales dues à la grossesse ». A partir de cette date, et jusqu'à son licenciement, la requérante est restée en état d'incapacité de travail.

3. La défenderesse avait inséré une clause dans le contrat de travail, aux termes de laquelle tout travailleur, qu'il soit homme ou femme, serait licencié en cas d'absence pour maladie de plus de vingt-six semaines sans interruption. Le 9 novembre 1990, M^me^ Brown a été reçue par deux cadres de l'entreprise qui lui ont indiqué que la moitié de cette période s'était écoulée et lui ont

* Langue originale: l'espagnol.

1 — 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).

rappelé que, si elle ne réintégrait pas son poste le 8 février de l'année suivante, après un examen médical indépendant certifiant son aptitude à travailler, l'entreprise mettrait fin à son contrat. Cela lui a été confirmé par une lettre de la même date.

La requérante n'est pas revenue travailler après avoir reçu la lettre. Il est constant entre les parties qu'il n'a jamais été envisagé que M^me^ Brown puisse reprendre le travail avant la fin de la période de vingt-six semaines.

4. En application de la clause mentionnée ci-dessus, la requérante a été licenciée alors qu'elle était toujours enceinte, par lettre du 30 janvier 1991, avec effet au 8 février suivant. Elle a accouché le 22 mars 1991.

5. L'organe juridictionnel national indique dans l'ordonnance de renvoi que, à supposer que le 22 mars 1991 ait été également la date prévue pour l'accouchement, si la requérante avait pu se prévaloir de deux années d'emploi accomplies au 30 décembre 1990, elle aurait eu le droit de s'absenter du travail pour cause de grossesse à partir de la onzième semaine avant l'accouchement [2] et elle aurait pu reprendre son travail à tout moment dans un délai de vingt-neuf semaines après l'accouchement (right to return to work). Comme la durée de son emploi ne le permettait pas, la requérante n'a pas pu bénéficier de ces droits. Si elle n'avait pas été licenciée, elle aurait eu droit à une prestation de maternité à la charge de l'entrepreneur.

6. L'Industrial Tribunal a rejeté le recours fondé sur un licenciement entaché de discrimination en raison du sexe, en affirmant qu'il était clair, dans une situation telle que celle de l'espèce, que, « lorsqu'une absence due à une maladie liée à la grossesse, mais qui a commencé longtemps avant que les dispositions légales sur la maternité soient applicables et s'est poursuivie sans interruption par la suite, est suivie d'un licenciement, celui-ci ne relève pas de la catégorie des licenciements qui doivent être automatiquement considérés comme discriminatoires au motif qu'ils sont dus à la grossesse ».

7. L'Employment Appeal Tribunal a rejeté l'appel formé par M^me^ Brown par un arrêt du 23 mars 1992. Cette juridiction s'est estimée liée par l'arrêt rendu en 1992 par la Court of Appeal dans l'affaire Webb/EMO Air Cargo UK Ltd et a déclaré que le tribunal d'instance était parvenu à la conclusion correcte dans l'état actuel du droit.

8. En prononçant la décision de la Court of Session, Extra Division, du 18 janvier 1995, Lord Allanbridge a déclaré que la conclusion

2 — Conformément à l'article 33 de l'Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (loi sur la protection de l'emploi, version consolidée).

préliminaire était que, dans le cas de M^me^ Brown, il n'y avait pas eu discrimination au sens du Sex Discrimination Act de 1975. Il a affirmé en outre que la distinction claire, établie par la Cour de justice dans l'arrêt Hertz [3], entre la grossesse et les maladies susceptibles d'être attribuées à la grossesse était applicable au recours formé par M^me^ Brown. En conséquence, la requérante, dont l'absence était due à une maladie et qui a été licenciée à cause de cette maladie en février 1991, ne pouvait obtenir gain de cause sur la base des faits pertinents aux fins de son recours.

II — Les questions préjudicielles

9. Pour pouvoir résoudre ce litige dont elle avait été saisie sur appel de l'arrêt du 18 janvier 1995, la House of Lords, après avoir entendu les parties, a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) a) Est-il contraire aux articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive [76/207] de licencier un travailleur féminin à un moment quelconque au cours de sa grossesse, en raison d'une absence due à une maladie trouvant son origine dans cette grossesse?

b) Le fait que le travailleur féminin en question a été licencié sur la base d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier les travailleurs, quel que soit leur sexe, après un nombre déterminé de semaines d'absence continue, a-t-il une incidence sur la réponse qui doit être donnée à la question 1, sous a)?

2) a) Est-il contraire aux articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive [76/207] de licencier, en raison d'une absence due à une maladie trouvant son origine dans sa grossesse, un travailleur féminin qui ne remplit pas les conditions du droit de s'absenter du travail pour cause de grossesse ou de maternité pendant la période déterminée par le droit national parce qu'il n'a pas été employé pendant la durée imposée par le droit national, lorsque le licenciement intervient au cours de cette période?

b) Le fait que le travailleur féminin en question a été licencié sur la base d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier les travailleurs, quel que soit leur sexe, après un nombre déterminé de semaines d'absence continue, a-t-il une incidence sur la réponse qui doit être donnée à la question 2, sous a)? »

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

III — La législation communautaire

Toutes les dispositions communautaires dont l'interprétation est nécessaire pour résoudre un tel litige figurent dans la directive 76/207 et il s'agit de l'article 2, paragraphes 1 et 3, et de l'article 5, paragraphes 1 et 2; ces dispositions ont la teneur suivante:

« Article 2

1. Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial.

2. ...

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

« Article 5

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

2. A cet effet, les États membres prennent les mesures nécessaires afin que:

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

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

c) ... ».

10. Le 19 octobre 1992, le Conseil a arrêté la directive 92/85/CEE [4], destinée à protéger la santé et la sécurité de la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante, qui oblige les États membres à adopter, avant le 19 octobre 1994, notamment, les dispositions permettant aux travailleuses de bénéficier d'un congé de maternité d'au moins quatorze semaines ininterrompues, réparties avant et/ou après l'accouchement, dont deux au moins sont obligatoires. Cette directive établit également l'interdiction de licencier une travailleuse enceinte dans les termes suivants:

« Article 10

...

1) les États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses [enceintes, accouchées ou allaitantes] 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.

... »

4 — Directive 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).

11. Toutefois, M^me^ Brown ayant été licenciée au début de l'année 1991, il serait inutile d'interpréter ces dispositions.

IV — La réglementation nationale

12. Les dispositions nationales pertinentes dans le litige au principal sont tirées du Sex Discrimination Act 1975 (ci-après la « loi de 1975 »), de l'Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (ci-après la « loi de 1978 ») et du Social Security Act 1986 (ci-après la « loi de 1986 »).

La loi de 1975 établit, en ses articles 1^er^ et 5, qu'une femme est victime d'une discrimination fondée sur le sexe si, aux fins de la loi, elle est traitée de manière moins favorable qu'un homme. La comparaison entre la situation de personnes de sexes ou d'états civils différents doit être faite de telle sorte que les circonstances soient les mêmes dans les deux cas ou qu'il n'y ait pas de différences matérielles.

En ce qui concerne les droits liés à la grossesse et à la maternité, la loi de 1978 pré-

voyait, à l'époque où M^me^ Brown a été licenciée, que l'employée absente de son travail en raison d'une grossesse ou d'un accouchement aurait le droit de revenir à son poste, pour autant que les conditions suivantes soient réunies:

— que l'intéressée ait été employée, en situation d'activité ou non, au commencement de la onzième semaine avant la date prévue pour l'accouchement;

— qu'au début de cette onzième semaine elle ait été employée depuis au moins deux ans;

— qu'elle ait informé son employeur, par écrit, au moins vingt et un jours avant d'arrêter son activité:

— de ce que son absence serait due à une grossesse ou à un accouchement,

— de son intention de reprendre son travail,

— de la semaine pour laquelle l'accouchement est prévu ou, s'il a déjà eu lieu, de la date de l'accouchement;

— qu'elle présente, à la demande de l'employeur, un certificat médical indiquant la semaine prévue pour l'accouchement.

En ce qui concerne le licenciement, aux termes de la loi de 1978 à l'époque des faits du litige au principal, le licenciement d'une travailleuse devait être considéré comme abusif si la raison directe ou indirecte de celui-ci résidait dans le fait qu'elle était enceinte, sauf si, à la date de prise d'effet du licenciement, la travailleuse était incapable, du fait de sa grossesse, de s'acquitter convenablement de son travail, ou si, pour la même raison, elle ne pouvait continuer à le faire après cette date sans enfreindre, ou sans que son employeur enfreigne, une obligation ou restriction imposée par une disposition normative. L'organe juridictionnel national a précisé qu'au moment où sont survenus les faits du litige au principal M^me^ Brown aurait dû, pour pouvoir bénéficier de la protection contre un licenciement abusif, justifier de deux années de travail ininterrompues, ce qui n'était pas le cas.

Les modifications apportées ultérieurement aux dispositions de cette loi relatives au licenciement abusif, en vue d'incorporer les règles de la directive 92/85, sont entrées en vigueur le 10 juin 1994.

Enfin, dans sa partie pertinente ici, la loi de 1986 prévoit qu'une travailleuse salariée a le droit de percevoir une prestation pour maternité, à la charge de son employeur, si elle remplit les conditions suivantes:

— être restée au service de l'employeur pendant une période continue d'au moins vingt-six semaines préalable à la quatorzième semaine avant la date prévue pour l'accouchement, et cesser de travailler entièrement ou partiellement en raison de la grossesse ou de l'accouchement;

— avoir perçu, pendant les huit semaines antérieures à la quatorzième semaine précédant la date prévue pour l'accouchement, un salaire hebdomadaire non inférieur à un revenu minimal applicable avant le commencement de cette même quatorzième semaine;

— avoir atteint le début de la onzième semaine précédant la date prévue pour l'accouchement ou avoir accouché avant ce moment;

— avoir informé son employeur qu'elle cessait son activité en raison de sa grossesse ou de son accouchement.

La prestation de maternité est payée pendant une période maximale de dix-huit semaines commençant, normalement, la onzième semaine précédant la date prévue pour l'accouchement, mais jamais plus tard que la sixième. Deux types de prestations sont prévus, qualifiés de type supérieur et type inférieur. Le type supérieur équivaut aux neuf dixièmes du salaire hebdomadaire normal de la travailleuse pendant la période de huit semaines précédant la quatorzième semaine avant la date présumée de l'accouchement; le type inférieur, dont le montant est fixe, s'applique si ce montant est plus élevé que celui qui résulterait du type supérieur. La femme qui, pendant deux années ininterrompues jusqu'au commencement de la quatorzième semaine avant la date prévue pour l'accouchement, a travaillé pour le compte d'un employeur qui est tenu de lui verser cette prestation la recevra au type supérieur pendant les six premières semaines et au type inférieur pour le reste. La femme liée à son employeur par un contrat de travail portant sur un horaire de moins de seize heures par semaine n'aura pas le droit de recevoir la prestation au type supérieur. La travailleuse ayant droit à la prestation de maternité sans pouvoir prétendre à celle de type supérieur recevra celle du type inférieur.

D'après les informations du dossier, le montant de la prestation de maternité au type inférieur était en 1996 de 54,55 UKL par semaine [5].

5 — Social Security Benefits Up-rating Order 1996, SI 1996/599, articles 1er, paragraphe 2, sous c), et 10, à partir du 7 avril 1996. Le montant antérieur était de 52,50 UKL (Social Security Benefits Up-rating Order 1995, SI 1995/559, article 10). Le montant applicable à l'époque des faits du litige au principal n'est pas indiqué dans le dossier.

V — Les observations présentées dans la procédure préjudicielle

13. Des observations écrites ont été présentées, dans le délai établi à cet effet à l'article 20 du statut CE de la Cour de justice, par la requérante et la défenderesse au principal, par le Royaume-Uni et par la Commission, lesquels ont également plaidé à l'audience.

14. La requérante, se fondant sur la jurisprudence de la Cour que j'examinerai ci-après, fait valoir que le licenciement d'une femme enceinte en raison de son incapacité à travailler due à la grossesse est contraire à la directive 76/207 et constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, puisque seules les femmes peuvent être affectées par une grossesse. Elle estime qu'il est également contraire à cette directive de licencier une travailleuse enceinte en raison de son incapacité de travail due à son état, lorsqu'elle ne peut, faute de justifier avoir travaillé pendant la durée nécessaire, bénéficier du droit de s'absenter du travail pour cause de grossesse ou de maternité pendant une période déterminée, si le licenciement a lieu pendant cette période. Elle affirme, enfin, que le fait que le licenciement résulte de l'application d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier un travailleur, quel que soit son sexe, lorsqu'il a été absent de manière ininterrompue pendant un certain nombre de semaines, n'a aucune incidence sur cette appréciation.

15. La défenderesse fait valoir que, si l'on compte onze semaines avant la date prévue pour l'accouchement de M^me^ Brown, on obtient le moment où ses droits en tant que travailleur doivent être appréciés. Comme, le 30 décembre 1990, elle ne pouvait justifier une période de travail de deux années ininterrompues dans son entreprise, elle ne pouvait bénéficier du droit de s'absenter pour cause de maternité et de réintégrer son poste, pas plus qu'elle ne pouvait se prévaloir des dispositions relatives au licenciement abusif destinées à protéger les femmes enceintes contre un licenciement motivé par leur état. En revanche, elle avait le droit de recevoir la prestation de maternité du type inférieur, à la charge de l'État.

La défenderesse affirme qu'étant donné les circonstances dans lesquelles se trouvait M^me^ Brown son licenciement n'était pas dû au fait qu'elle était enceinte, mais au caractère anormal de sa grossesse qui l'a empêchée de travailler aux environs de la huitième semaine. Son incapacité de travail a duré plus longtemps que ce qui est prévisible dans des circonstances normales, et toute cette période se trouvait en dehors de celle accordée pour que la femme s'absente pour cause de maternité. La raison du licenciement résidait dans le fait que M^me^ Brown a été malade pendant sa grossesse et que son incapacité de travail a dépassé vingt-six semaines.

Se fondant sur la même jurisprudence que celle invoquée par la requérante pour aboutir à la conclusion opposée, la défenderesse fait valoir que la clause inscrite dans les contrats de travail conclus avec ses employés, et qui avait permis le licenciement de M^me^ Brown à

l'issue des vingt-six semaines d'absence, n'est pas discriminatoire. Pour le démontrer, elle expose l'exemple d'un employeur qui engage trois femmes enceintes. La première, de constitution robuste, n'est pas absente jusqu'au début de la période pendant laquelle elle peut s'absenter pour maternité ou accouchement; la deuxième n'a que quelques arrêts de travail, justifiés par des problèmes de santé liés à sa grossesse, avant de s'absenter pour la même raison; la troisième est M^me^ Brown, dont l'incapacité de travail due à la grossesse a dépassé vingt-six semaines et elle a été licenciée dans les mêmes conditions qu'un employé masculin absent pour maladie pendant la même période. Pourquoi devrait-on qualifier un comportement présentant ces caractéristiques de discrimination fondée sur le sexe? Au contraire, si l'on accordait à M^me^ Brown un traitement différent de celui accordé aux autres femmes enceintes ou aux employés de sexe masculin, cela reviendrait à introduire une discrimination positive applicable uniquement à un certain type de femmes enceintes et non pas à la généralité d'entre elles.

La défenderesse maintient qu'il existe une différence entre une maladie telle que celle dont souffrait M^me^ Brown, qui l'a empêchée de travailler pendant pratiquement toute la durée de la gestation et ce qu'on appelle les « risques normaux de la grossesse », et dont elle cite comme exemples les nausées matinales au commencement de la grossesse et la fatigue au fur et à mesure que l'accouchement approche, troubles qui de surcroît ne sont pas inhérents à toutes les grossesses. A son avis, la réponse à donner à la House of Lords doit être fondée sur cette différence.

En ce qui concerne le fait que M^me^ Brown a été licenciée alors que, si elle avait pu justifier d'une ancienneté suffisante, elle aurait eu le droit de s'absenter en raison de sa maternité proche, la défenderesse estime que, conformément au droit communautaire applicable à l'époque, il incombait aux États membres, exclusivement, de déterminer les conditions d'accès à un tel droit, ainsi que la durée de l'absence autorisée. En application de cette compétence, une ancienneté de deux ans dans l'emploi était imposée au Royaume-Uni. En toute hypothèse, M^me^ Brown a été licenciée au motif qu'elle avait atteint le nombre de semaines de congé maladie prévu dans son contrat de travail, et non pas pour son absence pendant la courte période où, à supposer qu'elle ait eu le droit de s'absenter pour cause de maternité, elle aurait pu exercer ce droit.

16. Le Royaume-Uni souligne que la période pendant laquelle M^me^ Brown a été en incapacité de travail temporaire, causée par sa grossesse, est d'une durée nettement supérieure à celle prévue par le droit national en tant que droit de s'absenter pour grossesse et accouchement. Il affirme que, pour répondre aux questions préjudicielles déférées à la Cour, il convient de distinguer entre le licenciement dû à des risques normaux et aux troubles habituels qui accompagnent la grossesse et l'accouchement, tels que les absences pour subir les contrôles médicaux de routine, les courtes absences dues aux nausées matinales et celles qui précèdent ou suivent immédiatement l'accouchement, et le licenciement d'une femme intervenu en raison d'une maladie, qu'elle soit ou non liée à la grossesse. Dans le premier cas, le licenciement constituera une discrimination directe fondée sur le sexe, alors que, dans le second, il s'agira d'un licenciement licite dès lors qu'un travailleur masculin, ayant été

incapable de travailler pendant une durée similaire, ne reçoit pas un traitement plus favorable. De l'avis du Royaume-Uni, il appartient au juge national d'apprécier si la période pendant laquelle M^me^ Brown s'est trouvée en arrêt de travail était justifiée par un risque normal de la grossesse.

17. La Commission affirme qu'il n'y a aucune raison objective de distinguer, dans le temps que dure la grossesse et aux fins de leur accorder un traitement différent, la période qui s'écoule avant le début de l'absence de la travailleuse pour cause de grossesse de celle qui va de cette date jusqu'à l'accouchement. Il lui paraît tout aussi peu justifié de distinguer entre les licenciements causés par une grossesse et ceux causés par l'incapacité de travail résultant de la grossesse, dès lors que ces licenciements se produisent alors que la travailleuse est toujours enceinte, puisque les problèmes de santé dus à la grossesse sont dus à une situation qui affecte spécifiquement les femmes, aussi bien avant le début de l'absence que pendant sa durée. L'application aux travailleuses se trouvant dans la situation de M^me^ Brown de la règle applicable, en cas de maladie, aux travailleurs en général constitue une discrimination à l'encontre des femmes, puisqu'il s'agit de situations différentes.

La Commission ajoute que ce point de vue est confirmé par l'article 10 de la directive 92/85 qui interdit le licenciement des travailleuses pendant la période allant du début de la grossesse jusqu'à la fin du congé de maternité. Bien que le délai de transposition de cette directive par les États membres n'ait pas été échu à l'époque des faits du litige au principal, il conviendrait de tenir compte de ses dispositions pour l'interprétation de la directive 76/207.

VI — Examen des questions préjudicielles

A — *Observations préliminaires*

18. Avant d'aborder les problèmes soulevés par ces questions préjudicielles, j'aimerais présenter quelques observations.

19. La première concerne l'acte de renvoi qui paraît particulièrement avare de détails sur les circonstances de l'affaire au principal. Il n'est pas dit, par exemple, depuis combien de temps M^me^ Brown était enceinte lorsqu'a commencé son incapacité de travail, ni quelle était la date prévue pour l'accouchement, pas plus que s'il s'agissait d'une grossesse à risques. J'estime en outre que les motifs qui, semble-t-il, sont inscrits dans les différents certificats médicaux, à savoir « symptômes de grossesse », « pertes de sang dues à la grossesse » et « douleurs dorsales causées par la grossesse », si ce sont les seuls, sont, surtout le premier et le troisième, très peu de nature à convaincre un médecin de renou-

veler le certificat de maladie de la travailleuse pendant vingt-six semaines sans interruption. On ne sait pas plus si M^me^ Brown s'est soumise au contrôle médical indépendant prévu à l'issue des vingt-six semaines, ni, dans l'affirmative, quel en a été le résultat.

J'imagine que ce contrôle a pour finalité de donner à l'entreprise la possibilité de disposer d'une opinion indépendante quant aux possibilités de guérison du travailleur, aux fins de sa réincorporation au travail dans un avenir plus ou moins immédiat, en procédant à son licenciement si le résultat du contrôle laisse prévoir que la réincorporation n'aura pas lieu à bref ou moyen délai. Dans le cas contraire, cela ressemblerait plus à un licenciement disciplinaire pour cause de maladie qu'à un licenciement justifié par la trop grande charge financière supportée par l'entreprise.

Si l'incapacité de travail de M^me^ Brown était effectivement causée par sa grossesse, et il n'y a aucune raison de penser qu'il en allait autrement, il semble logique de supposer que cette incapacité serait amenée à disparaître après l'accouchement. Pourquoi, alors, M^me^ Brown a-t-elle été licenciée un mois et demi avant ledit accouchement? Est-ce uniquement parce qu'elle avait déjà manqué vingt-six semaines, ou plutôt parce que la loi nationale ne lui accordait pas non plus le droit d'être réintégrée après son accouchement, faute de justifier de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise?

Il s'agit, certes, de circonstances matérielles qu'il appartient au juge national d'apprécier à la lumière de l'interprétation donnée du droit communautaire par la Cour. Je dois toutefois admettre qu'il aurait été utile de pouvoir les connaître.

20. La deuxième observation concerne la nécessité de délimiter, une bonne fois pour toutes, les champs d'application respectifs des directives 76/207 et 92/85, à la lumière de leur teneur et de leur finalité [6]. La défenderesse au principal affirme que les conséquences de l'arrêt dans la présente espèce seront très limitées, car la directive 92/85 impose aux États membres l'obligation d'interdire, au plus tard à partir du 19 octobre 1994, le licenciement d'une travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante. A son avis, M^me^ Brown a tout simplement joué de malchance, la directive n'ayant pas encore été adoptée au moment de son licenciement.

Je ne peux pas être d'accord avec cette attitude, car les dispositions des deux directives sont distinctes et les finalités qu'elles poursuivent sont également différentes.

21. En effet, la directive 76/207, qui trouve son fondement juridique dans l'article 235 du

6 — Une telle nécessité a déjà été soulignée à l'époque où la directive 92/85 n'était qu'un projet, par Shaw, J.: « Pregnancy discrimination in sex discrimination », *European Law Review*, 1991, p. 313 à 320, notamment p. 318.

traité CE, constitue un acte de la Communauté qui a été jugé nécessaire, à l'époque, pour réaliser le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en ce qui concerne tant l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle que les autres conditions de travail [7]. Les seules exceptions autorisées au principe d'égalité de traitement sont prévues à l'article 2, paragraphes 2, 3 et 4, et concernent, concrètement, les activités professionnelles pour lesquelles, en raison de leur nature, le sexe constitue une condition déterminante, les dispositions relatives à la protection de la femme, spécialement en ce qui concerne la grossesse et la maternité, et les mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier, en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines réglementés par la directive. Il s'agit, dans tous les cas, de mesures dont l'adoption, au stade actuel du droit communautaire, incombe aux États membres.

22. Au contraire, la directive 92/85 a pour base juridique l'article 118 A du traité, qui impose au Conseil d'arrêter par voie de directives les prescriptions minimales destinées à prévoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs; il s'agit de la dixième directive spécifique adoptée en application de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391/CEE [8], dont l'article 15 dispose que les groupes à risques particulièrement sensibles doivent être protégés contre les dangers les affectant spécifiquement.

La directive 92/85 a pour finalité l'application de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail de la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante. Elle a donc un contenu nettement protecteur, en ce qu'elle établit un traitement différencié en faveur de la femme qui se trouve dans l'une de ces situations. Les auteurs de ce texte reconnaissent eux-mêmes, au neuvième considérant, que cette protection ne doit pas défavoriser les femmes sur le marché du travail ni porter atteinte aux directives en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Comme l'a déjà indiqué la Cour dans l'arrêt Webb [9], c'est en considération du risque qu'un éventuel licenciement fait peser sur la condition physique et psychique des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, y compris du risque particulièrement 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 protection particulière pour la femme en édictant l'interdiction de licenciement

7 — Troisième considérant.

8 — 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).

9 — Arrêt du 14 juillet 1994 (C-32/93, Rec. p. I-3567, points 21 et 22).

pendant la période allant du début de la grossesse jusqu'au terme du congé de maternité, sans prévoir aucune exception ou dérogation à cette interdiction pendant cette période, sauf dans des cas exceptionnels, indépendants de l'état de l'intéressée.

23. Certes, dès que l'interdiction de licenciement établie à l'article 10 de la directive 92/85 sera transposée dans le droit interne des États membres, il n'y aura plus lieu d'appliquer l'article 5 de la directive 76/207, qui consacre le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, en ce qui concerne les cas de licenciement d'une femme pendant sa grossesse.

Toutefois, l'interdiction de licenciement inscrite à l'article 10 de la directive 92/85 ne résout pas le problème d'une femme qui est revenue tout à fait normalement à son poste de travail à l'issue de son congé de maternité et qui est licenciée pour avoir été, de manière intermittente, en incapacité de travail tout au long de l'année précédente pendant le nombre de semaines prévu par la législation nationale: dans ce cas, la femme est-elle licenciée dans les mêmes conditions qu'un homme qui a été malade le même nombre de semaines, lorsqu'on compte à la travailleuse la période où elle a dû rester chez elle en raison d'une prescription médicale, par exemple parce que sa grossesse présentait un risque de fausse couche?

C'est pourquoi l'article 5 de la directive 76/207 et la jurisprudence interprétative de la Cour continueront d'être indispensables pour dissiper tout doute quant à la possibilité, pour calculer les absences du travail qui justifient un licenciement, d'ajouter les périodes pendant lesquelles une femme enceinte a été dans l'incapacité de travailler en raison de sa grossesse, à celles précédant la grossesse et à celles postérieures au congé de maternité.

24. La troisième observation concerne la jurisprudence de la Cour pour l'interprétation du principe d'égalité de traitement consacré dans la directive 76/207, lorsqu'il s'agit des droits de femmes enceintes ou accouchées en tant que travailleurs. Il peut ne pas paraître extraordinaire, à première vue, que les quatre seuls arrêts rendus en la matière jusqu'à l'expiration du délai pour présenter les observations écrites dans la présente affaire, à savoir les arrêts Dekker [10], Hertz [11], Habermann-Beltermann [12], et Webb [13], aient été utilisés par les parties au principal, par le Royaume-Uni et par la Commission pour défendre des positions aussi opposées. Ce qui est plus surprenant, et même préoccupant, est que tous invoquent les mêmes points des motifs pour fonder leurs positions respectives.

Je crois donc que, afin de garantir la sécurité juridique, la Cour ne doit pas se contenter de

10 — Arrêt du 8 novembre 1990 (C-177/88, Rec. p. I-3941).
11 — Précité à la note 3.
12 — Arrêt du 5 mai 1994 (C-421/92, Rec. p. I-1657).
13 — Précité à la note 9.

répondre aux questions préjudicielles déférées par la House of Lords, mais doit en outre clarifier la jurisprudence existante. Pour ma part, je passerai en revue ces arrêts et proposerai l'interprétation qui, à mon avis, doit leur être donnée.

B — *La jurisprudence de la Cour relative à l'application, aux travailleuses enceintes ou accouchées, des droits des travailleurs réglementés dans la directive 76/207*

1) Les arrêts Dekker et Hertz, dans lesquels la Cour a estimé qu'il était discriminatoire de refuser d'engager une femme enceinte et qu'il n'était pas discriminatoire de licencier une femme en raison d'une incapacité de travail intervenue après le congé de maternité, même alors que la maladie était causée par l'accouchement

25. Le 8 novembre 1990, la Cour a prononcé deux arrêts qui ont eu un grand impact sur le droit social communautaire relatif à l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le milieu du travail. Il s'agissait des deux premières affaires où se posait la question de l'interprétation de la directive 76/207 et, plus concrètement, du droit d'accès au travail ou au maintien de l'emploi dans des situations aussi exclusivement féminines que le sont la grossesse et la maternité. Ces deux affaires illustrent bien la thèse de M^me^ L. M. Finley, qui peut être résumée par l'affirmation suivante: « The fact that women bear children and men do not has been the major impediment to women becoming fully integrated into the public world of the workplace » [14].

26. Il s'agit des arrêts Dekker [15] et Hertz [16]. Dans le premier, la Cour a répondu à la question préjudicielle qui lui était déférée par le Hoge Raad der Nederlanden, saisi d'un litige dans lequel M^me^ Dekker, candidate à un poste d'éducateur dans un centre de formation pour jeunes adultes, avait informé la commission chargée de la sélection de ce qu'elle était enceinte de trois mois, et avait été proposée par la commission comme la candidate la plus apte à exercer les fonctions; elle contestait le refus de l'employeur de la recruter au motif qu'elle était déjà enceinte au moment de présenter sa candidature. Ce refus était intervenu après que l'employeur avait appris que l'organisme d'assurances ne lui garantissait pas le remboursement des prestations journalières qu'il devrait payer à la travailleuse pendant son absence pour raison de grossesse et d'accouchement. En effet, la loi nationale applicable permettait à l'organisme d'assurances de refuser, en tout ou partie, le remboursement des prestations journalières à l'employeur lorsque l'incapacité de l'employé pour exercer ses fonctions survenait dans les six mois suivant l'engagement, à condition qu'à ce moment l'état de santé du travailleur ait permis de prévoir l'apparition de l'incapacité dans ce délai. Comme aucune exception n'était

14 — Finley, L. M.: « Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate », *Columbia Law Review*, vol. 86: 1118, p. 1119.

15 — Précité à la note 10.

16 — Précité à la note 3.

prévue pour les cas de grossesse, l'incapacité d'exercer une activité pour cause de maternité était assimilée à l'incapacité d'exercer une activité en raison d'une maladie prévisible.

Le juge national demandait, pour la partie pertinente ici, s'il était contraire au principe d'égalité de traitement établi par la directive 76/207 de refuser d'engager la travailleuse dans ces circonstances.

27. Dans le second, la question préjudicielle avait été déférée par la Højesteret (Danemark), aux fins de résoudre le litige qui opposait M^me^ Hertz à son ancien employeur, Aldi Marked K/S. La travailleuse avait été engagée en juillet 1982 comme caissière et vendeuse à temps partiel. En juin 1983, après une grossesse à complications qu'elle avait passée, avec l'accord de son employeur, en congé de maladie pendant la majeure partie, elle a donné le jour à un enfant. A la fin de l'année 1983, alors que son congé de maternité était terminé, M^me^ Hertz est retournée à son poste et n'a pas été absente avant juin 1984. Tout au long de l'année suivante, elle a été en congé maladie pendant cent jours ouvrables, ce qui a entraîné son licenciement, l'entreprise ayant fait valoir qu'il était de pratique courante de licencier les travailleurs trop souvent malades. Il était constant entre les parties que les absences de la requérante entre juin 1984 et juin 1985 étaient dues aux séquelles de l'accouchement en 1983.

Le juge de renvoi demandait si l'article 5, paragraphe 1, combiné avec l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207, visait les licenciements intervenus comme conséquence d'absences causées par une maladie due à une grossesse ou à un accouchement et, dans l'affirmative, si la protection contre les licenciements pour de telles maladies était applicable sans limitation de temps.

28. L'avocat général M. Darmon, qui a présenté des conclusions communes aux deux affaires, s'est livré à une réflexion générale inappréciable sur la maternité et la place qu'il convient de lui réserver, à la lumière du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, dans la vie économique et sociale des sociétés européennes [17], réflexion qui conserve aujourd'hui toute son actualité. Après s'être demandé s'il existe un événement qui soit plus lié à la spécificité même de la femme et si l'on peut concevoir l'égalité de traitement entre travailleurs et travailleuses sans prendre en considération la maternité, il conclut, dans l'affaire Dekker, que le refus de recruter la candidate en raison de sa maternité imminente, en prenant en compte un événement qui affecte exclusivement les travailleuses, constitue une discrimination directe fondée sur le sexe.

29. L'affaire Hertz, affirme-t-il, rend nécessaire de façon peut-être encore plus pressante

17 — Conclusions de l'avocat général M. Darmon dans les affaires ayant conduit aux arrêts Hertz et Dekker, précités dans les notes 3 et 10, p. I-3956, notamment points 21 et suiv., p. I-3960.

la difficile conciliation entre le principe d'égalité de traitement et les exigences de la vie économique. Et il poursuit: « 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 raison de santé? » [18]. La conclusion à laquelle il aboutit dans cette affaire est à l'opposé de celle de l'affaire Dekker, c'est-à-dire que le licenciement d'un travailleur féminin, en dehors des périodes de congé de maternité, pour cause d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou l'accouchement, ne constitue pas une discrimination directement fondée sur le sexe.

30. Je dois pourtant souligner que cette affirmation quelque peu abrupte est la conséquence d'un raisonnement sous-tendu tout au long par l'idée qu'il s'agissait d'absences de la travailleuse justifiées par une maladie dont l'origine se trouvait dans la grossesse ou dans l'accouchement, mais intervenues *à l'issue* du congé de maternité. En effet, au point 43, il admet ce qui suit: « 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...* ». [19]

Au point 45, il affirme: « ... 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... ». Il explique au point 46 que: « ... 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 ».

Au point suivant, lorsqu'il s'interroge sur les critères que pourrait adopter la Cour pour définir dans quels cas l'état pathologique doit ressortir de la protection due à la maternité, ainsi que pour déterminer la durée de cette protection, l'idée sous-jacente reste l'application du principe d'égalité de traitement, une fois que le congé de maternité de la femme est terminé.

Et, au point 48, il propose comme solution de distinguer entre les risques normaux de la grossesse et de l'accouchement qu'il définit comme « les complications habituelles qui accompagnent ces événements et qui donnent parfois lieu à l'octroi d'un délai de congé maternité supplémentaire », risques qui, à son avis, doivent bénéficier d'une protection communautaire parce qu'ils relèvent de la spécificité de la maternité, et les états pathologiques qui ne sont pas liés aux risques ordinaires de la grossesse et qui, partant, doivent recevoir le même traitement que les situations de maladie de « droit commun », ajoutant que « ... en l'absence de dis-

18 — Point 40.

19 — Tous les termes mis en italique dans ce texte l'ont été par moi.

positions de droit national accordant une protection particulière à la femme, l'employeur doit pouvoir licencier son employée *à l'issue du congé de maternité*... 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 ».

31. Les deux arrêts ont été prononcés en séance plénière et la Cour a suivi l'avocat général. Les audiences ont eu lieu le 3 octobre 1989 et les conclusions ont été présentées le 14 novembre suivant. Le fait qu'il a fallu aux juges un an pour trancher constitue à mon avis un indice des difficultés présentées par ces affaires, surtout l'affaire Hertz, comme le reconnaît la Cour elle-même au point 7 de l'arrêt, difficultés qui peuvent expliquer la brièveté des motifs qui caractérise les deux arrêts.

32. Dans l'arrêt Dekker, la Cour a estimé que le refus d'engagement causé par la grossesse ne pouvait être opposé qu'aux femmes et, partant, constituait une discrimination directe fondée sur le sexe, qu'un tel refus, dû aux conséquences économiques de l'absence pour maternité, était fondé essentiellement sur la grossesse et que cette discrimination ne pouvait être justifiée par des arguments liés au préjudice économique subi par l'employeur, en cas de recrutement d'une femme enceinte, pendant sa période de congé de maternité [20].

33. Les motifs et le dispositif de l'arrêt Hertz méritent toutefois une attention spéciale. Je rappellerai que la position des parties, telle qu'elle est exposée aux points 8 et 9 de l'arrêt, consiste à soutenir, pour les uns, que le licenciement d'une femme en raison de sa grossesse, de l'accouchement, ou d'absences répétées dues à une maladie résultant d'une grossesse ou d'un accouchement, indépendamment de la date à laquelle est survenue la maladie, est contraire au principe d'égalité de traitement, puisqu'un travailleur masculin ne saurait souffrir des mêmes troubles et, par conséquent, ne pourrait être licencié pour la même raison. Selon les autres, on ne peut interdire à un entrepreneur de licencier une travailleuse au motif de nombreuses absences pour maladie, pour la seule raison que sa maladie serait la conséquence de sa grossesse ou de l'accouchement. Une telle interdiction, qui porterait préjudice à l'employeur plusieurs années après l'accouchement, pourrait entraîner, non seulement des difficultés de gestion et autres conséquences injustes pour les entreprises, mais également des effets négatifs sur l'emploi des femmes.

34. Cet arrêt revêt une importance fondamentale lorsqu'il s'agit de concilier le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le cadre du travail et le rôle de la femme dans le processus de reproduction. En effet, on peut lire au

20 — Précité à la note 10, point 12.

point 13: il « résulte des dispositions ... de la directive que le licenciement d'un travailleur féminin en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe, comme l'est également le refus d'embaucher une femme enceinte... »; au point 14, la Cour affirme que « ... le licenciement d'un travailleur féminin en raison de congés de maladie répétés, qui ne trouveraient pas leur origine dans une grossesse ou dans un accouchement, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur le sexe, dans la mesure où de tels congés de maladie entraîneraient le licenciement du travailleur masculin dans les mêmes conditions », et au point 15 que « ... la directive [76/207] ne vise pas l'hypothèse de la maladie qui trouve son origine dans une grossesse ou dans un accouchement. Toutefois, elle permet les dispositions nationales qui garantissent aux femmes des droits spécifiques en raison de la grossesse et de la maternité, tels que le congé de maternité. Il s'ensuit que, durant le congé de maternité dont elle bénéficie en application du droit national, la femme est protégée contre les licenciements motivés par son absence. Il appartient à chaque État membre de fixer les périodes de congé de maternité de manière à permettre aux travailleurs féminins de s'absenter pendant la période au cours de laquelle les troubles inhérents à la grossesse et à l'accouchement surviennent ».

35. Ce sont, à mon avis, les points 16 et 17 qui donnent le ton pour l'interprétation de cet arrêt. La Cour y affirme, textuellement:

« S'agissant d'une maladie qui apparaîtrait après le congé de maternité, il n'y a pas lieu de distinguer la maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement de toute autre maladie. Un tel état pathologique relève donc du régime général applicable aux cas de maladie.

En effet, les travailleurs féminins et masculins sont également exposés à la maladie. Même s'il est vrai que certains troubles sont propres à l'un ou à l'autre sexe, la seule question est donc de savoir si une femme est licenciée pour cause d'absence due à la maladie, dans les mêmes conditions qu'un homme; si tel est le cas, il n'y a pas de discrimination directe fondée sur le sexe. »

36. Toutefois, la difficulté qui se pose au moment de déterminer la portée de cet arrêt réside dans le fait que la mise en exergue du moment de l'apparition de la maladie ne figure pas dans le dispositif, qui répond strictement à la question préjudicielle, telle qu'elle a été présentée et dont la Cour reprend littéralement la formulation, dans les termes suivants: « Sous réserve des dispositions du droit national prises en application de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207/CEE... les dispositions combinées de l'article 5, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, de la directive ne s'opposent pas aux licenciements qui sont la conséquence d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement. »

Cette incohérence apparente, facile à expliquer si l'on tient compte du fait que,

aux points 16 et 17, la Cour a bien eu à l'esprit les circonstances dans lesquelles s'est formé le litige au principal, alors que, dans le dispositif, elle se limite strictement à répondre à la question préjudicielle, telle qu'elle a été formulée par le juge national [21], est la cause des interprétations divergentes sur lesquelles se fondent les positions des parties dans la procédure dont je traite ici.

37. Pour moi, il ne fait aucun doute que cet arrêt ne peut être interprété à partir du seul contenu du dispositif, mais qu'il convient de tenir compte du fait que, au point 16, la Cour a affirmé avec une clarté totale que, si la maladie apparaît après le congé de maternité, il n'y a pas lieu de distinguer la maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement de toute autre maladie.

Et c'est, bien évidemment, l'interprétation donnée par la doctrine qui a commenté cet arrêt, puisque tous les auteurs consultés soulignent, en le critiquant plus ou moins, que, lorsque la Cour assure que l'article 5, paragraphe 1, combiné avec l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207, ne fait pas obstacle aux licenciements qui sont la conséquence d'absences dues à une maladie causée par la grossesse ou par l'accouchement, elle vise des absences de la femme qui surviennent *après* le congé de maternité [22].

38. C'est là également l'interprétation que donne l'avocat général M. Tesauro de l'arrêt Hertz, dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Webb [23]. Au deuxième alinéa du point 13, il affirme que, dans l'arrêt Hertz, la Cour de justice a estimé que le licenciement d'une travailleuse en raison de congés de maladie répétés, trouvant leur origine dans une grossesse ou dans un accouchement, ne constituait pas une discrimination directe fondée sur le sexe si de telles absences se produisent après le congé de maternité [24] et il ajoute, dans la note 12 qui accompagne cette affirmation, que l'arrêt en cause « ne peut

21 — La question était ainsi formulée: « Les dispositions de l'article 5, paragraphe 1, combinées à l'article 2, paragraphe 1, de la directive ... (76/207/CEE) couvrent-elles les licenciements qui sont la conséquence d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou l'accouchement? »

22 — Jacqmain, J.: *Chroniques de droit social*, 1991, p. 49 et 50, point 4; Devos, D.: *Journal des tribunaux du travail*, 1991, p. 121 et 122, point 3; Shaw, J., *op. cit.*, p. 313 à 320, notamment p. 317; Traversa, E.: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, p. 425 à 439, notamment p. 436; Kilpatrick, C.: « How long is a piece of string? Regulation of the Post-Birth Period » dans *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, p. 81 et suiv., notamment p. 84; Burrows, N. & Mair, J.: *European Social Law*, Wiley & Sons, 1996, p. 155; Nielsen, R.: *Common Market Law Review*, 1992, p. 160 à 169, notamment p. 164; More, G.: « Reflections on pregnancy discrimination under European Community Law » dans *The Journal of Social Welfare and Family Law*, 1992, p. 48 à 56, notamment p. 53 et 54; Bolger, M.: « Discrimination on Grounds of Pregnancy as Sex Discrimination » dans *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, p. 383; Rodríguez-Piñero, M.: « Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora » dans *Relaciones Laborales*, tome I, 1991, p. 3 et suiv., notamment p. 8; Flynn, L.: « Pregnancy and Dismissal: Rejecting the 'Sick Male' comparison » dans *Irish Law Times*, November 1994, p. 257; Van Kraay, F.: « The Difference Between Pregnant Women and Sick Men » dans *Law Teacher*, 1995, vol. 29, p. 92 et suiv., notamment p. 93; McGlynn, C. M. S.: « Webb v EMO: a hope for the Future » dans *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, p. 50 et suiv., notamment p. 54; Boch, C.: *Common Market Law Review*, 1995, p. 547 et suiv., notamment p. 558; Hervey, T.: *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, 1993, p. 67; Szyszczak, E.: « Community Law on Pregnancy and Maternity » dans *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, p. 51 et suiv., notamment p. 54, Bolger, M.: *Irish Law Times and Solicitor's Journal*, 1994, p. 65 et 66.

23 — Conclusions présentées dans l'affaire ayant abouti à l'arrêt Webb, précité à la note 9, Rec. p. I-3569 et suiv.

24 — L'avocat général M. Tesauro procède à la même affirmation dans les conclusions présentées dans l'affaire Habermann-Beltermann, précitée à la note 12, Rec. p. I-1659 et suiv.

certainement pas être lu en ce sens que la Cour a jugé licite (ou en tout cas justifié) le licenciement d'une femme absente de son travail pour une raison (maladie) liée à la grossesse. Tout bien considéré, la Cour a, en effet, jugé déterminante la circonstance que la maladie de M^me^ Hertz se soit déclenchée après son retour au travail à la fin du congé de maternité... ». Et il insiste, au point 14, sur le fait que, « dans la mesure où il ressort de l'arrêt en cause que le licenciement décidé en raison d'absences dues à une maladie, qui trouve pourtant son origine dans une grossesse ou dans un accouchement mais qui s'est déclenchée après la fin du congé de maternité, ne peut pas être considéré comme un traitement discriminatoire, il s'ensuit — à plus forte raison — que la grossesse ne peut pas être assimilée à une maladie... ».

39. L'antinomie soulignée par une partie de la doctrine [25] entre les arrêts Dekker et Hertz consiste dans le fait que, pour le premier, la Cour a qualifié de discrimination directe le refus d'embauche dû à la grossesse, qui ne peut être opposé qu'aux femmes, tandis que, dans le second, elle a affirmé qu'aux fins d'un licenciement, s'il intervient après le congé de maternité, il n'y a pas lieu de distinguer la maladie qui tire son origine de la grossesse ou de l'accouchement de toute autre maladie — alors qu'il est évident que seules les femmes peuvent être atteintes d'une maladie causée par une grossesse ou par un accouchement; à mon avis, on ne peut concilier ces deux arrêts qu'en estimant que la raison de cette distinction réside dans le fait que, une fois qu'elle a donné naissance, et son congé de maternité terminé, la femme ne se trouve pas dans un état physiologiquement différent de celui des travailleurs de sexe masculin et que, à partir de ce moment, il n'y a plus lieu de distinguer en fonction de l'origine de la maladie. Permettre qu'une travailleuse, parce qu'elle a donné naissance à un quelconque moment de sa vie, puisse revendiquer, durant le reste de sa carrière professionnelle, une sorte de garantie contre les licenciements en vertu de laquelle on ne compterait pas, à cette fin, les périodes d'incapacité de travail postérieures au congé de maternité, dont l'origine pourrait remonter à cette grossesse ou à l'accouchement, constituerait évidemment un privilège contraire au principe de l'égalité de traitement.

25 — Jacqmain, J., op. cit., p. 50; More, G., op. cit., p. 55; Shaw, J., op. cit., p. 320; Traversa, E., op. cit., p. 436; McGlynn, C. M. S., op. cit., p. 54 et 55; Boch, C., op. cit., p. 559; Kilpatrick C., op cit., p. 85; Szyszczak, E., op cit., p. 54, et Burrows, N. & Mair, J., op. cit., p. 155.

2) L'arrêt Habermann-Beltermann, où la Cour a jugé qu'il était discriminatoire de déclarer nul un contrat de travail ou de le dénoncer comme conséquence d'une interdiction légale de travail nocturne pour les femmes enceintes

40. Dans l'arrêt du 5 mai 1994, Habermann-Beltermann [26], la Cour a répondu aux questions préjudicielles qui lui avaient été déférées par l'Arbeitsgericht Regensburg, en ce qui concerne un contrat de travail, à durée indéterminée, conclu entre un employeur et une travailleuse enceinte. Lors de la signature du contrat, qui prévoyait que les prestations

26 — Précité à la note 12.

devaient être exécutées de nuit, les deux parties ignoraient l'existence de la grossesse. Le juge national souhaitait savoir si l'article 2, paragraphe 1, combiné avec les articles 3, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, s'opposait, d'une part, à ce que ce contrat soit déclaré nul en raison de l'interdiction légale du travail de nuit applicable, aux termes du droit national, pendant la grossesse et l'allaitement maternel, et, d'autre part, à ce qu'il soit dénoncé par l'employeur en raison d'une erreur sur les qualités essentielles de la travailleuse lors de la conclusion du contrat.

La Cour a observé que, s'agissant d'un contrat sans détermination de durée, 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 et elle est arrivée à la conclusion que, dans ces circonstances, il serait contraire à l'objectif de protection que poursuit l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207, et cette disposition en perdrait son effet utile, d'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. Concrètement, elle a répondu au juge national que les dispositions de la directive 76/207 s'opposent à ce qu'un contrat de travail, sans détermination de durée, concernant un travail qui doit être effectué la nuit et conclu entre un employeur et une employée enceinte ignorant l'un et l'autre cette grossesse soit déclaré nul en raison de l'interdiction légale du travail de nuit qui s'applique, en vertu du droit national, pendant la grossesse et l'allaitement maternel, ou à ce qu'il soit dénoncé par l'employeur en raison d'une erreur sur les qualités essentielles de la travailleuse lors de la conclusion du contrat.

3) L'arrêt Webb, dans lequel la Cour a estimé que la situation d'une femme enceinte, incapable de s'acquitter des fonctions pour lesquelles elle a été recrutée, ne saurait se comparer à celle d'un homme souffrant de la même incapacité pour raison médicale ou d'une autre nature

41. Le 14 juillet 1994, la Cour a prononcé son arrêt dans l'affaire Webb [27], répondant à la question préjudicielle sur l'interprétation de la directive 76/207, formée par la House of Lords pour pouvoir trancher un litige entre un employeur et une travailleuse, engagée au titre d'un contrat à durée indéterminée et que son employeur avait licenciée lorsqu'il avait appris qu'elle était enceinte, en faisant valoir qu'il l'avait recrutée dans le but spécifique de remplacer — dans un premier temps — une autre travailleuse pendant le congé de maternité de cette dernière. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé qu'il ne convenait pas d'examiner, comme le demandait la juridiction de renvoi, si la situation d'une femme se trouvant dans l'incapacité d'accomplir la tâche pour laquelle elle a été recrutée, en raison d'une grossesse qui se serait révélée très peu de temps après la conclusion du contrat de travail, peut être comparée à celle d'un homme se trouvant dans la même incapacité, pour raisons médicales ou autres. Au

27 — Précité à la note 9.

point 25, la Cour affirme: « ... l'état de grossesse n'est aucunement assimilable à un état pathologique, a fortiori à une indisponibilité d'origine non médicale, situations qui, elles, peuvent motiver le licenciement d'une femme sans que pour autant ce licenciement soit discriminatoire en raison du sexe. Dans l'arrêt Hertz ... la Cour a d'ailleurs nettement distingué la grossesse de la maladie, même dans l'hypothèse où cette dernière trouve son origine dans la grossesse *mais survient après le congé de maternité* ».

La conclusion à laquelle parvient la Cour au point 27 est 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.

4) L'arrêt Larsson, dans lequel la Cour semble avoir estimé qu'il n'était pas discriminatoire de prendre en considération, aux fins du licenciement, l'incapacité de travail de la femme due à sa grossesse avant le début du congé de maternité

42. Dans ces circonstances, la Cour a prononcé, le 29 mai 1997 [28], l'arrêt Larsson [29]. Il lui était de nouveau demandé, cette fois par le Sø- og Handelsret, une interprétation de l'article 5, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207, dans le cas d'une travailleuse licenciée alors que son congé de maternité était terminé, pour cause d'absences relativement prolongées dues à son état, survenues pour la plus grande partie pendant la grossesse et justifiées par des certificats médicaux. J'examinerai cet arrêt avec une certaine attention.

M^me^ Larsson avait été recrutée comme employée par l'entreprise Føtex Supermarked A/S en mars 1990. Au mois d'août de l'année suivante, elle a informé son employeur de ce qu'elle était enceinte. Au cours de sa grossesse, elle s'est trouvée absente pour raison médicale en deux occasions. La première absence a duré dix-huit jours. La seconde, conséquence d'un relâchement pelvien dû à la grossesse, a duré environ quatre mois et demi. L'accouchement a eu lieu le 2 avril 1992. La période de congé de maternité, de vingt-quatre semaines, a pris fin le 18 septembre 1992. Elle a ensuite pris ses vacances annuelles jusqu'au 16 octobre. Pendant le congé de maternité et les vacances, M^me^ Larsson a continué à être traitée pour son relâchement pelvien. Sa situation de congé maladie s'est poursuivie au-delà des congés annuels et elle n'a pas été déclarée apte à reprendre le travail avant le 4 janvier 1993. Le 10 novembre 1992, alors qu'il ne s'était même pas écoulé un mois après la fin de ses congés annuels, son employeur lui a envoyé une lettre l'informant qu'elle était licenciée, à partir de la fin du mois de décembre. Ce licenciement était motivé, textuellement, « par [sa] longue

28 — Date à laquelle le délai pour présenter des observations dans la présente affaire était déjà venu à expiration.

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

absence ainsi que par le fait qu'il [était] peu vraisemblable qu'[elle soit] à nouveau en mesure — pour des raisons de santé — de [s']acquitter de [son] travail de façon satisfaisante à l'avenir ».

43. Le juge de renvoi demandait si les dispositions précitées de la directive 76/207 visaient les licenciements qui sont la conséquence d'une absence après la fin du congé de maternité, dès lors que l'absence était due à une maladie apparue au cours de la grossesse et qui s'était prolongée pendant et après le congé de maternité, étant entendu que le licenciement avait eu lieu après la fin du congé de maternité. Il convient de souligner que la question du juge national portait sur les licenciements fondés sur les absences *postérieures au congé de maternité*.

44. Dans les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire ayant abouti à cet arrêt [30], j'ai proposé à la Cour de déclarer, sur la base de la jurisprudence résultant des arrêts Hertz, Webb et Habermann-Beltermann, que, pour appliquer le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, tel qu'il est énoncé à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, il est impératif de tracer une ligne au moment où le congé de maternité se termine. A partir de là, n'importe quelle maladie frappant une femme, qu'elle soit d'origine obstétrique ou non, sera soumise au régime général applicable à tous les travailleurs. Au contraire, les périodes de congé de maladie qui sont accordées aux femmes, avant l'accouchement, en raison de problèmes de santé provoqués par la grossesse ne sauraient être assimilées, aux fins d'un licenciement, aux absences d'un homme en congé de maladie.

Ma proposition de réponse à la question posée par le juge national était la suivante: les dispositions combinées de l'article 5, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207 ne font pas obstacle à ce qu'une femme soit licenciée pour motif d'absences postérieures à son congé de maternité lorsque ces absences sont dues à une maladie qui est apparue au cours de la grossesse et s'est prolongée pendant le congé de maternité et au-delà de celui-ci, mais elles ne permettent pas, au moment de calculer les absences en vue du licenciement, de prendre en compte les périodes de congé de maladie qui ont été accordées en raison de problèmes de santé provoqués par la grossesse avant l'accouchement.

45. Pour répondre aux arguments de la requérante au principal qui soutenait que, dans l'arrêt Hertz, on avait distingué entre le moment de l'apparition ou de la manifestation de la maladie, la Cour a affirmé, dans l'arrêt Larsson, qu'elle avait « simplement jugé, dans le cadre factuel qui lui était alors soumis, qu'il n'y a pas lieu, du point de vue du principe d'égalité de traitement consacré par la directive [76/207], de distinguer la maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement de toute autre maladie », ajoutant que cette interprétation était « d'ailleurs confirmée par l'absence dans le dispositif de l'arrêt Hertz de toute

30 — Conclusions présentées le 18 février 1997, Rec. p. I-2759.

référence au moment d'apparition ou de manifestation de la maladie » [31].

46. La position de la requérante au principal, du gouvernement danois et de la Commission est exposée un peu plus loin: ils affirment qu'il serait incompatible avec le droit communautaire que l'employeur puisse tenir compte, pour le calcul de la période qui justifie le licenciement en droit national, d'une part, de l'absence allant du début de la grossesse au début du congé de maternité et, d'autre part, de l'absence durant le congé de maternité. En effet, il ressort du dossier au principal que, si ces périodes, ainsi que les quatre semaines de congé annuel, ne sont pas prises en compte, M^me^ Larsson n'a été absente pour des raisons de maladie que pendant moins de quatre semaines avant son licenciement.

47. En ce qui concerne le congé de maternité dont elle bénéficiait au titre du droit national, la Cour a fait valoir que la femme était protégée contre les licenciements motivés par son absence et qu'il serait contraire à l'objectif de protection que poursuit l'article 2, paragraphe 3, de la directive permettant des mesures nationales relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité, et que cette disposition serait privée de son effet utile, si l'on admettait que l'absence pendant cette période puisse être prise en compte afin de justifier un licenciement ultérieur [32]. En dehors de la période de congé de maternité fixée par les États membres, et en l'absence de dispositions nationales ou, le cas échéant, de dispositions communautaires qui garantissent aux femmes une protection particulière, la directive 76/207 ne protège pas le travailleur féminin contre le licenciement pour cause d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse.

48. La Cour en déduit que « ... le principe d'égalité de traitement consacré par la directive ne s'oppose pas à ce que l'absence d'un travailleur féminin allant du début de sa grossesse au début du congé de maternité soit prise en compte pour le calcul de la période qui justifie son licenciement en droit national » et elle répond au juge national que, sous réserve des dispositions du droit national prises en application de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207, les dispositions combinées de ses articles 5, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, ne s'opposent pas aux licenciements qui sont la conséquence d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement, même si cette maladie est apparue au cours de la grossesse et s'est prolongée pendant et après le congé de maternité [33].

49. Je dois avouer qu'il m'est franchement difficile de concilier ces affirmations avec la ligne jurisprudentielle suivie par la Cour jusqu'au prononcé de cet arrêt, telle qu'elle a été exposée aux points précédents. Non seulement elle paraît défendre, dans l'arrêt

31 — Arrêt Larsson, précité à la note 29, point 17.

32 — Ibidem, point 22.

33 — Ibidem, points 24 et 26.

Larsson, une position contraire à celle qui se déduit de la simple lecture de ses décisions antérieures, mais elle contredit directement l'interprétation qu'ont donnée de ces dernières, aussi bien ses avocats généraux, que les nombreux auteurs qui y ont consacré des commentaires.

J'observe, là aussi avec une certaine préoccupation, que, lorsque la Cour affirme au point 20 que la directive ne s'oppose pas aux licenciements qui sont la conséquence d'absences dues à une maladie qui trouve son origine dans la grossesse ou dans l'accouchement, même si cette maladie est apparue au cours de la grossesse et s'est prolongée pendant et après le congé de maternité, elle n'indique pas à quel moment ont eu lieu les absences.

En outre, lorsqu'elle affirme au point 23 qu'en dehors des périodes de congé de maternité la travailleuse, faute de dispositions nationales ou communautaires, n'est pas protégée par la directive 76/207 contre le licenciement en raison d'absences dues à une maladie qui apparaît pendant la grossesse, la Cour ne précise pas plus le moment des absences en cause.

De même, lorsqu'elle conclut au point 24 que le principe d'égalité de traitement consacré par la directive ne s'oppose pas à la prise en compte, pour le calcul de la période justifiant le licenciement, des absences de la travailleuse intervenues entre le commencement de la grossesse et celui du congé de maternité, la Cour ne précise pas que les absences ont été causées par une maladie due à la grossesse.

Enfin, l'arrêt ne donne pas une réponse complète à la question formulée par le juge national, puisque celui-ci s'interrogeait sur les licenciements intervenus en conséquence d'*absences postérieures au congé de maternité*, dans l'hypothèse où ces absences sont dues à une maladie survenue pendant la grossesse et qui s'est prolongée pendant et après le congé de maternité, lorsque cela a constitué la raison pour laquelle *le licenciement a eu lieu après le congé de maternité*; pour sa part, la Cour répond que les dispositions de la directive ne font pas obstacle aux licenciements qui sont la conséquence d'absences dues à une maladie causée par la grossesse ou l'accouchement, même si cette maladie est apparue pendant la grossesse et s'est prolongée pendant et après le congé de maternité. La réponse ne vise donc, ni le moment auquel les absences se sont produites, ni celui auquel le licenciement a eu lieu.

50. J'estime, étant donné les lacunes qui l'affectent, que l'arrêt Larsson ne suffit pas pour affirmer que la Cour de justice a voulu imprimer à sa jurisprudence un virage de 180°. J'estime donc qu'il est du plus haut intérêt pour la sécurité juridique que la Cour se prononce avec clarté sur le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes appliqué aux licenciements des travailleuses qui ont lieu pendant la grossesse ou après le congé de maternité et pour lesquels sont pris en compte les périodes d'incapacité de travail dues à la grossesse,

avant le commencement du congé de maternité. C'est justement ce qui est arrivé dans le cas de M^me^ Brown.

51. Il nous incombe à tous, en fin de compte, d'éliminer les vestiges de la discrimination dont souffre la femme depuis des siècles [34], tâche dans laquelle les institutions de l'Union européenne s'impliquent avec tant de sérieux.

C — *La première question déférée par la House of Lords: le licenciement d'une femme enceinte au motif d'une incapacité de travail causée par la grossesse*

52. Par cette question, le juge de renvoi souhaite savoir s'il est contraire au principe d'égalité de traitement consacré dans la directive 76/207 de licencier une travailleuse pendant sa grossesse en raison d'absences dues à une incapacité de travail causée par cette grossesse, et si le fait que le licenciement est intervenu sur la base d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier un travailleur, quel que soit son sexe, après un nombre déterminé de semaines d'absence continue avait une incidence sur la réponse à donner à la question.

53. Certes, l'application du droit communautaire aurait empêché le licenciement de M^me^ Brown si, lorsque sa grossesse a présenté des complications, le délai pour transposer les dispositions de la directive 92/85 était déjà venu à expiration. Toutefois, cette directive n'avait même pas été adoptée à l'époque. Le droit communautaire applicable est donc uniquement celui qui résulte de la directive 76/207.

54. Je rappellerai ici que l'article 5 de la directive 76/207 prévoit que l'application du principe d'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.

Si l'on part de la prémisse que l'égalité, telle qu'elle a été définie par la Cour constitutionnelle de l'un des États membres, « ... consiste, non pas en une réalité ou une notion mathématique abstraite, mais dans le fait de traiter inégalement ce qui est inégal ou également ce qui est semblable ou similaire » [35], et compte tenu de la jurisprudence constante de cette Cour, aux termes de

34 — Voir, par exemple, Miguel de Cervantès, au chapitre LI de la première partie de son œuvre *Don Quichotte de la Manche*, lorsque le chevrier, racontant l'histoire de Léandra, mentionne « ... la tendance naturelle des femmes pour le caprice et le désordre ». Il déclare ensuite suivre le chemin plus facile et, à son sens, plus juste qui consiste à « ... dire du mal de la légèreté des femmes, de leur inconstance, de leur duplicité, de leurs promesses [sans lendemains], de leurs faux serments et de l'incohérence de leurs pensées et de leurs désirs ». Traduction de F. de Miomandre, Le Livre de Poche, Librairie générale française, 1962, p. 484 et 485.

35 — Arrêt du Tribunal Constitucional espagnol, 29/1987, du 6 mars 1987; paragraphe 5 b) (*BOE* du 24 mars 1987).

laquelle « une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes » [36], j'examinerai ci-après si le licenciement d'une femme enceinte, en raison de l'incapacité de travail qu'entraîne son état, intervient dans les mêmes conditions que le licenciement d'un homme en raison d'une incapacité de travail de la même durée, trouvant son origine dans une maladie.

55. Contrairement à ce qui s'est passé avec M^me^ Hertz, dont l'incapacité de travail d'origine obstétrique a commencé assez longtemps après son congé de maternité, les complications qui ont accompagné la grossesse de M^me^ Brown, et qui l'ont empêchée de travailler pendant une grande partie de ladite grossesse, se sont manifestées de manière extrêmement précoce. Il résulte du dossier qu'elle a été en situation d'incapacité de travail pendant les vingt-six semaines ayant justifié son licenciement en application de la clause insérée par l'entreprise Rentokil dans les contrats de travail et que, après cela, six semaines se sont encore écoulées avant son accouchement. Compte tenu de ce que la durée moyenne d'une gestation humaine est de trente-huit semaines, je calcule qu'elle n'a pu travailler que pendant les cinq ou six premières d'entre elles.

56. Je me demande s'il est toujours nécessaire, à ce stade, de répéter une telle évidence: la grossesse est une situation qui n'affecte que les femmes, puisque ce sont les seules qui peuvent se trouver dans cet état. La grossesse, outre qu'elle est une situation biologique réservée exclusivement aux femmes, est une période de durée limitée dans le temps, au cours de laquelle peuvent se présenter, non seulement les nausées matinales bien connues, mais des complications telles qu'un risque de fausse couche ou des contractions prématurées associées au stress, susceptibles de contraindre la femme à observer un repos absolu pendant des périodes qui peuvent aller de deux ou trois mois jusqu'à toute la durée de la gestation.

57. La Cour a affirmé avec force, dans l'arrêt Hertz si souvent cité, que « ... le licenciement d'un travailleur féminin en raison de congés de maladie répétés, *qui ne trouveraient pas leur origine dans une grossesse ou dans un accouchement*, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur le sexe, dans la mesure où de tels congés de maladie entraîneraient le licenciement du travailleur masculin dans les mêmes conditions » [37].

58. Peut-on toutefois dire que le licenciement d'une femme enceinte, en raison de congés de maladie répétés, *trouvant leur origine dans sa grossesse*, intervient dans les mêmes conditions que celui d'un homme qui a été en congé de maladie pendant la même durée? A mon avis, on ne le peut pas.

36 — Arrêt du 14 février 1995, Schumacker (C-279/95, Rec. p. I-225, point 30).

37 — Précité à la note 3, point 14.

59. Sans vouloir m'immiscer dans des questions qui relèvent exclusivement de l'appréciation des médecins, je souhaiterais souligner que, s'il est vrai que, comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt Webb, la grossesse ne peut aucunement être comparée à un état pathologique [38], personne n'ignore qu'il existe des grossesses dites « à risques », par exemple, et sans vouloir être exhaustif, dans les cas d'antécédents d'accouchements prématurés ou d'enfants mort-nés, lorsque le placenta est trop bas, lorsque la femme a fait l'objet d'une fertilisation in vitro, et dans les cas de cardiopathie ou de diabète de la femme. Ces grossesses sont caractérisées, non pas par le fait qu'elles provoquent une « maladie » de la femme, mais par le fait qu'elles l'obligent, normalement, à se soumettre à une surveillance médicale très stricte et, dans certains des cas cités, à observer un repos absolu pendant plusieurs mois, et parfois toute la durée de la grossesse [39].

Je ne peux pas souscrire au point de vue selon lequel, dans des situations présentant ces caractéristiques, où la femme n'est pas atteinte d'une quelconque maladie, mais est simplement enceinte, on peut affirmer que, en cas de licenciement pour absences répétées, elle est licenciée dans les mêmes conditions que celles entourant le licenciement d'un homme qui a été absent pour maladie pendant la même durée. Un raisonnement analogue sera applicable lorsque l'incapacité de travail est due au fait que la grossesse aggrave une maladie déjà existante ou produit un état qui peut être qualifié de maladie véritable.

38 — Précité à la note 9, point 25.

39 — Les femmes pour lesquelles la grossesse entraîne une incapacité de travail aussi longue sont heureusement peu nombreuses, puisqu'on a calculé que leur nombre représente entre 10 et 15 %.

60. En effet, s'il est vrai que la situation de la travailleuse enceinte que sa grossesse empêche de travailler et celle du travailleur malade ont pour point commun qu'ils sont tous deux temporairement incapables de s'acquitter de leurs obligations de travail, elle présente des différences importantes: seules les femmes pourront se trouver quelquefois, au cours de leur carrière, dans une situation où elles seront empêchées de travailler en raison de l'incapacité causée par une grossesse; en outre, dans la majeure partie des cas, l'incapacité de travail causée par une grossesse cessera à une date fixée à l'avance plus ou moins exactement, avec l'accouchement.

61. Ces facteurs semblent avoir été pris en compte dans le droit interne applicable dans la majorité des États membres au moment où sont survenus les faits du litige au principal, et les solutions y sont assez similaires, mais s'écartent radicalement de celles des législations du Royaume-Uni et de l'Irlande.

Ainsi, en Allemagne les femmes faisaient l'objet, du début de la grossesse jusqu'après l'accouchement, d'une protection spécifique qui consistait à soumettre le licenciement pendant cette période à une autorisation administrative; au Danemark, le ministère du Travail considérait comme discriminatoire de tenir compte, aux fins du licenciement, des absences dues à une incapacité de travail occasionnée par une grossesse, avant l'accouchement; en France, il était interdit à l'employeur de licencier une femme enceinte pendant son congé de maternité et les quatre semaines suivantes; en Grèce, on ne pouvait licencier une femme pendant sa grossesse ni

pendant l'année suivant son accouchement, pas plus que pendant des absences dues à une incapacité de travail résultant de la grossesse ou de l'accouchement; en Italie, l'interdiction de licenciement allait du début de la grossesse jusqu'à la fin de la première année de vie de l'enfant, l'interprétation jurisprudentielle étant que, pendant cette période, la femme ne pouvait pas non plus être licenciée au motif qu'elle avait atteint le nombre maximal de jours d'absence pour maladie; aux Pays-Bas, il était interdit de licencier une femme pendant sa grossesse, son congé de maternité et les six semaines suivantes; au Portugal, il n'était possible de licencier un travailleur en raison d'une incapacité de travail que si cette incapacité était absolue et définitive, et, en ce qui concerne les règles applicables aux femmes enceintes, il était interdit de les licencier lorsque l'incapacité de travail qui les affectait résultait de la grossesse ou d'une maladie liée à cet état. Enfin, même si en Espagne aucune législation spécifique ne protégeait la femme enceinte contre le licenciement, la jurisprudence se refusait à admettre un licenciement au motif d'absences dues à une incapacité de travail trouvant son origine dans une grossesse à risques ou des maladies liées à la grossesse.

En ce qui concerne les trois nouveaux États membres, il existait en Autriche une protection particulière en faveur des femmes à partir du début de la grossesse jusqu'après l'accouchement, protection qui consistait à soumettre à une autorisation judiciaire un licenciement pendant cette période; en Finlande, pour pouvoir licencier un travailleur en raison d'une incapacité de travail, il était exigé que la capacité de travail soit réduite de manière substantielle et permanente; enfin, en Suède, l'incapacité de travail pour maladie ne justifiait pas le licenciement si la guérison du travailleur était probable, et une femme ne pouvait être licenciée en raison d'une incapacité de travail causée par la grossesse.

62. La défenderesse au principal soutient que le licenciement de M^me^ Brown était dû au caractère « anormal » de sa grossesse. Elle affirme que, si, en se fondant sur l'origine de l'incapacité de travail de M^me^ Brown, elle lui avait octroyé un traitement différent de celui qu'elle accorde aux travailleuses enceintes que leur grossesse n'empêche pas de travailler ou aux travailleurs malades, cela aurait constitué une discrimination positive applicable seulement à un certain groupe de femmes.

Je ne peux pas adhérer à cette façon de voir les choses, et ce pour deux raisons. En premier lieu, il convient de garder à l'esprit que la directive 76/207 établit le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, et que, s'agissant de trouver un paramètre de comparaison, il n'y a pas lieu d'établir des parallèles ou de constater des différences entre deux femmes enceintes dont les grossesses sont plus ou moins faciles ou problématiques, puisque le point de référence doit toujours être le travailleur masculin. En second lieu, comme je viens de l'indiquer au point précédent, aux fins d'un licenciement, la situation d'une femme enceinte que sa grossesse empêche de travailler n'est pas comparable, à la lumière du principe d'égalité de traitement établi par cette directive, à celle d'un homme malade.

63. Je ne suis pas non plus d'accord avec la position du Royaume-Uni qui propose de distinguer le licenciement en raison des risques normaux et des gênes habituelles qui accompagnent la grossesse et l'accouchement, dont il cite à titre d'exemple les absences du travail pour contrôles médicaux de routine et les absences brèves dues aux nausées matinales, du licenciement d'une femme qui intervient en raison d'une maladie, qu'elle soit ou non liée à sa grossesse. Je pense que l'origine de cette proposition de distinction se trouve aux points 47 et 48 des conclusions de l'avocat général M. Darmon dans les affaires Dekker et Hertz, lorsqu'il a argumenté, dans le cadre de l'affaire Hertz, sur la possibilité de déterminer la durée de la protection due à la maternité [40].

64. A mon avis, indépendamment du fait qu'il est improbable qu'une femme soit licenciée à cause des absences de son travail attribuables à des contrôles médicaux de routine, ou à des absences brèves dues aux nausées matinales [41], le point de vue défendu par le Royaume-Uni est fondé sur une interprétation du texte cité qui n'a rien à voir avec son contexte. Comme je l'ai déjà indiqué au point 30, M. Darmon propose, effectivement, de distinguer entre, d'une part, les risques normaux de la grossesse et de l'accouchement, c'est-à-dire les complications habituelles qui accompagnent ces événements, et qui donnent parfois lieu à une période supplémentaire de congé de maternité, risques qui doivent jouir d'une protection communautaire parce qu'ils relèvent de la spécificité de la maternité et, d'autre part, les états pathologiques qui n'ont rien à voir avec les risques ordinaires de la grossesse et qui doivent recevoir le même traitement que les situations de maladie de « droit commun ».

Or, il convient de ne pas perdre de vue que M^me^ Hertz a été licenciée en raison d'une incapacité de travail qui, si elle trouvait bien son origine dans l'accouchement, ne l'avait empêchée de travailler qu'au bout d'un an après la fin de son congé de maternité. Pour moi, c'est là pourquoi l'avocat général ajoute, plus loin, que, lorsque la travailleuse a épuisé toutes les possibilités légales de congé de maternité, les absences pour maladie, même si elles trouvent leur origine dans la grossesse ou l'accouchement, ne sauraient être comprises parmi les risques normaux de la maternité.

65. J'estime donc que, si l'on veut distinguer entre les risques normaux d'une grossesse et d'un accouchement et les états pathologiques qui n'ont rien à voir avec les risques ordinaires de la grossesse, la distinction devra être chronologique: les premiers seront obligatoirement ceux qui surviennent alors que la femme se trouve dans l'une de ces situations, c'est-à-dire lorsqu'elle est enceinte et pendant le congé de maternité, alors que les seconds seront tous ceux qui se présentent après la fin du congé de maternité, même si leur origine peut se trouver dans la grossesse et l'accouchement.

40 — Précitées à la note 17.

41 — Ces mêmes vomissements matinaux peuvent se présenter sous une forme violente et durer bien au-delà des trois premiers mois, nécessitant, dans certains cas, une hospitalisation.

66. Pour toutes les raisons que j'ai exposées, j'estime que le licenciement d'une femme pendant qu'elle est enceinte, en raison d'une incapacité de travail due à son état de grossesse, constitue une discrimination directe, contraire à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, en ce qu'il se fonde sur une situation dans laquelle seules les femmes peuvent se trouver.

67. Je souhaiterais souligner que l'interprétation que je propose est, à mon avis, la seule qu'il convient de donner à l'article 5, paragraphe 1, combiné avec l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207, et à la ligne jurisprudentielle de cette Cour jusqu'à l'arrêt Larsson. S'il n'en était pas ainsi et que l'avenir d'une femme dans son travail, lorsqu'elle est enceinte, puisse dépendre de ce que sa grossesse ne présente pas trop de complications, je me verrais tenu d'affirmer, paraphrasant Papinien que, malgré les siècles écoulés, « sur bien des points de notre droit [communautaire], la condition de la femme est inférieure à celle de l'homme » [42].

68. Le juge de renvoi demande également si cette réponse peut être affectée par le fait que le licenciement intervient sur la base d'une clause contractuelle permettant à un employeur de licencier un travailleur, quel que soit son sexe, après un certain nombre de semaines d'absence continue.

69. Je crois qu'on peut déduire du raisonnement qui précède que le fait que le licenciement intervient sur la base d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier un travailleur, quel que soit son sexe, après une certaine période d'absence pour maladie, n'a aucune incidence sur la réponse précédente. En effet, cette clause contractuelle, qui s'applique également aux hommes et aux femmes, en assimilant purement et simplement l'incapacité de travail due à une grossesse à celle causée par une maladie, introduit une discrimination directe fondée sur le sexe, en ce qu'elle applique la même règle à des situations différentes en tenant compte, pour le calcul des périodes d'incapacité de travail justifiant le licenciement, d'une cause d'incapacité qui ne peut affecter que les femmes.

70. Le fait que la règle soit inscrite dans le contrat de travail est dénué de toute pertinence à cet effet. D'une part, l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 76/207 impose aux États membres l'obligation de veiller à ce que soient annulées, puissent être déclarées nulles, ou puissent être amendées, les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent, notamment, dans les contrats individuels de travail. D'autre part, la Cour de justice a déjà précisé que « ... lorsqu'elle interprète et applique le droit national, toute juridiction nationale doit présumer que l'État a eu l'intention d'exécuter pleinement les obligations découlant de la directive concernée » [43]. Enfin, l'obligation des États membres au titre d'une directive, qui est

42 — *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, vol. I, Book One (Human Status), p. 16. « In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum. »

43 — Arrêt du 16 décembre 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911, point 20).

d'atteindre le résultat prescrit par cette dernière, de même que leur devoir, aux termes de l'article 5 du traité, d'adopter toutes les mesures générales ou particulières de nature à garantir le respect de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leur compétence, aux autorités judiciaires. Il en découle que, lorsqu'il applique le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, l'organe juridictionnel national qui doit l'interpréter est tenu de faire tout son possible, à la lumière de la lettre et de la finalité de la directive pour atteindre, par cette interprétation, le résultat visé par la directive et respecter ainsi l'article 189, troisième alinéa, du traité [44].

71. J'estime que la réponse que je propose de donner au juge de renvoi sur la première question dispense de répondre à la seconde. Je l'examinerai toutefois, pour le cas où la Cour ne partagerait pas mon point de vue.

D — *La seconde question préjudicielle, déférée par la House of Lords: le licenciement d'une femme enceinte pendant la période où, si elle avait rempli les conditions imposées par la législation nationale, elle aurait pu s'absenter du travail pour cause de grossesse et d'accouchement*

72. Dans sa seconde question, le juge national demande s'il est contraire au principe d'égalité de traitement consacré par la directive 76/207, de licencier, pour absences dues à une maladie causée par la grossesse, une travailleuse qui, ne remplissant pas la condition de durée minimale d'emploi requise, n'a pas le droit de s'absenter du travail pour cause de grossesse et d'accouchement pendant la période prévue par les règles nationales, lorsque le licenciement se produit pendant cette période; il demande également si la réponse à cette question peut être affectée par le fait que le licenciement de la travailleuse se fonde sur une clause contractuelle qui permet à l'employeur de licencier un travailleur, quel que soit son sexe, après un certain nombre de semaines d'absence continue.

73. Je déduis des données qui figurent dans l'acte de renvoi qu'en posant cette question le juge national veut savoir s'il convient d'interpréter la directive 76/207 comme imposant aux États membres l'obligation de prévoir, dans leur ordre juridique interne, que les travailleuses ont le droit de bénéficier d'une période pendant laquelle elles peuvent s'absenter du travail du seul fait qu'elles mettent un enfant au monde, sans qu'on puisse leur imposer d'autres conditions.

74. La finalité de la directive 76/207 consiste à appliquer, à l'intérieur des États membres, 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 aux conditions de travail. Toutefois, conformément à son article 2, paragraphe 3, ses dispositions ne

44 — Arrêt du 13 novembre 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135, point 8).

font pas obstacle à ce que les États membres accordent aux femmes des droits particuliers en raison de la grossesse ou de la maternité. Elles n'envisagent donc que l'adoption de mesures relatives à la protection de la femme dans ces situations, à titre d'exception au principe d'égalité de traitement; elles n'obligent pas les États membres à légiférer en ce sens, pas plus qu'elles ne spécifient quels doivent être ces droits, ni les conditions dont peut dépendre leur exercice.

75. La Cour a interprété l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 en ce sens que, en réservant aux États membres le droit de maintenir ou d'adopter des dispositions destinées à protéger la femme en ce qui concerne « la grossesse et la maternité », il reconnaît la légitimité au regard du principe de l'égalité, d'une part, de la protection de la condition biologique de la femme pendant sa grossesse et après et, d'autre part, de la protection des rapports particuliers entre la mère et son enfant pendant la période qui suit la grossesse et la naissance [45].

76. Il est important de rappeler, en outre, que la Cour a affirmé dans l'arrêt Hertz que « ... la directive [76/207] ne vise pas l'hypothèse de la maladie qui trouve son origine dans une grossesse ou dans un accouchement. Toutefois, elle permet les dispositions nationales qui garantissent aux femmes des droits spécifiques en raison de la grossesse et de la maternité, tels que le congé de maternité. Il s'ensuit que, durant le congé de maternité dont elle bénéficie en application du droit national, la femme est protégée contre les licenciements motivés par son absence. Il appartient à chaque État membre de fixer les périodes de congé de maternité de manière à permettre aux travailleurs féminins de s'absenter pendant la période au cours de laquelle les troubles inhérents à la grossesse et à l'accouchement surviennent » [46].

77. La législation britannique applicable à l'époque des faits du litige au principal reconnaissait le droit d'une travailleuse de s'absenter du travail au début de la onzième semaine avant la date présumée de l'accouchement et de réintégrer son emploi dans un délai de vingt-neuf semaines après avoir accouché, si certaines conditions étaient remplies: elle devait avoir été employée dans l'entreprise jusqu'au commencement de cette onzième semaine; à cette date, elle devait justifier d'une durée d'emploi de deux ans ininterrompus; elle devait avoir respecté la procédure fixée pour informer son employeur; à la demande de celui-ci, elle devait lui fournir un certificat médical indiquant la semaine pendant laquelle l'accouchement était prévu [47].

45 — Arrêts du 12 juillet 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047, point 25), Habermann-Beltermann, précité à la note 12, point 21, et Webb, précité à la note 9, point 20.

46 — Précité à la note 3, point 15.

47 — Il s'agit d'une législation d'une complexité extraordinaire, à l'origine de l'exclamation suivante de l'Employment Appeal Tribunal dans l'affaire Lavery v Plessey Telecommunications Ltd, 1982 ICR 373, 379: « These statutory provisions [on maternity rights] are of inordinate complexity exceeding the worst excesses of a taxing statute; we find that especially regrettable bearing in mind that they are regulating the every-day rights of ordinary employers and employees. We feel no confidence that, even with the assistance of detailed arguments from skilled advocates, we have now correctly understood them: it is difficult to see how an ordinary employer or employee is expected to do so. »

D'après les indications du dossier, si, au commencement de la onzième semaine antérieure à la date prévue pour l'accouchement, M^me^ Brown avait justifié d'un emploi de deux ans pour l'entreprise Rentokil, elle aurait pu s'absenter du travail en raison de sa proche maternité avant d'avoir additionné les vingt-six semaines de congé maladie qui, dans son cas, ont donné lieu au licenciement. Il est donc possible de supposer que, si son droit de s'absenter n'avait pas dépendu de l'accomplissement des conditions mentionnées ci-dessus, elle aurait accouché en conservant, pendant un délai de vingt-neuf semaines suivant cet événement, la possibilité de réintégrer son poste de travail.

D'autre part, il est apparu au cours de la procédure que M^me^ Brown avait le droit de percevoir la prestation de maternité du type inférieur, à charge de l'État.

78. Je me demande s'il convient d'estimer qu'une femme sur le point de donner naissance est protégée contre les licenciements motivés par son absence parce que, conformément à la législation nationale, son contrat est suspendu pendant une période déterminée, ce qui implique nécessairement qu'elle a le droit de retrouver son ancien emploi, ou s'il est suffisant qu'elle puisse cesser de travailler tout en pouvant prétendre à une prestation à la charge de l'État, sans droit à réincorporation.

79. A mon avis, on ne peut parler de « période de congé de maternité » au sens de la jurisprudence de la Cour, c'est-à-dire cette période pendant laquelle la femme se trouve dans une situation spécifique qui exige qu'on lui accorde une protection particulière, qui ne peut être assimilée à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui occupe effectivement son poste de travail [48], et où elle est protégée contre les licenciements dus à son absence, que s'agissant de la période prévue par la législation nationale en tant que droit spécifique du travail, qui permet à la femme de cesser de travailler pendant une période d'une durée déterminée, en conservant le droit de percevoir tout ou partie de son salaire, ou certains revenus sous la forme de prestations de sécurité sociale, et sans que cela entraîne la perte de son emploi.

80. Or, le simple droit accordé à M^me^ Brown ou à toute autre travailleuse qui, comme elle, ne remplissait pas les conditions pour obtenir la suspension du contrat de travail, de percevoir, pendant une période maximale de dix-huit semaines, une prestation de maternité à charge de l'État si elle cessait de travailler pour devenir mère, sans possibilité de réincorporation, ne constitue pas, au regard du principe de l'égalité, un droit spécifique destiné à protéger la condition biologique de la femme ni les relations de la femme avec son enfant dans la période suivant l'accouchement.

48 — Arrêt du 13 février 1996, Gillespie (C-342/93, Rec. p. I-475, point 17).

En effet, le droit de cesser de travailler pour une durée indéterminée, en percevant, pendant une période limitée, une prestation économique à la charge de l'État n'est pas réservé aux femmes et il n'est pas nécessaire d'être enceinte ni d'avoir accouché pour pouvoir l'exercer.

81. En conséquence, la période de onze semaines précédant la date prévue pour l'accouchement, pendant laquelle, si elle avait rempli les conditions imposées, M^me^ Brown aurait pu s'absenter du travail, ne saurait, à mon avis, être considérée comme une période où elle était protégée contre les licenciements motivés par son absence.

82. Par ailleurs, la directive 92/85, qui instaure des mesures concrètes de protection dans le cadre communautaire en faveur des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes, et qui oblige les États membres à prévoir dans leur législation un congé de maternité d'une durée minimale de quatorze semaines ininterrompues, dont deux sont obligatoires, n'avait pas été adoptée à l'époque où sont survenus les faits du litige au principal.

83. Dans ces circonstances, pour le cas où la Cour estimerait qu'il n'est pas discriminatoire de licencier une femme enceinte en raison d'absences dues à une maladie causée par la grossesse, force serait de conclure que les dispositions de la directive 76/207 ne s'opposent pas à ce que cette femme enceinte, qui ne remplit pas les conditions imposées par la législation nationale quant à la durée de son emploi pour avoir le droit de s'absenter du travail pour cause de grossesse ou d'accouchement, soit licenciée pendant la période où, si elle avait eu ce droit, elle aurait pu l'exercer.

84. J'aimerais indiquer, pour finir, que le fait que le licenciement de la travailleuse soit intervenu sur la base d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier tout travailleur, quel que soit son sexe, après un certain nombre de semaines d'absence continue, n'affecte aucunement la réponse que je propose de donner à cette question.

VII — Conclusions

Compte tenu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de justice de répondre à la première question préjudicielle qui lui a été déférée par la House of Lords de la manière suivante:

« 1) a) Le licenciement d'une femme pendant qu'elle est enceinte, en raison d'une incapacité de travail justifiée par sa grossesse, est contraire aux dispositions

combinées de l'article 5, paragraphe 1, et 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.

b) Le fait que le licenciement intervienne sur la base d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier un travailleur, quel que soit son sexe, après une certaine période de congé maladie, n'affecte en rien la réponse précédente. »

Pour le cas où la Cour de justice estimerait, au contraire, qu'il n'est pas discriminatoire de licencier une femme enceinte en raison d'une incapacité de travail justifiée par son état de grossesse, je propose qu'elle réponde à la seconde question préjudicielle de la manière suivante:

« 2) a) Les dispositions combinées de l'article 5, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207 ne font pas obstacle à ce qu'une femme enceinte, qui ne remplit pas les conditions imposées par la législation nationale quant à la durée de son emploi, pour pouvoir s'absenter du travail pour cause de grossesse ou d'accouchement, soit licenciée pendant la période où, si elle avait eu ce droit, elle aurait pu l'exercer.

b) Le fait que le licenciement de la travailleuse est intervenu sur la base d'une clause contractuelle permettant à l'employeur de licencier un travailleur, quel que soit son sexe, après un certain nombre de semaines d'absence ininterrompue, n'affecte en rien la réponse précédente. »