

CONTRAT DE TRAVAIL Maternité – Protection – Période de 4 semaines suivant le congé maternité – Suspension – Cas – Dispense d'activité par l'employeur – Mesure préparatoire à un licenciement (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 14 septembre 2016

L. contre Walt Disney Company France (p. n° 15-15.943)

Sur les deux moyens réunis :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 4 février 2015), que Mme L. a été engagée à compter du 1^{er} juin 2003 par la société The Walt Disney Company France (la société) en qualité de responsable commercial adjoint au sein du département finance ; qu'elle a été en congé de maternité du 11 décembre 2009 au 6 août 2010 ; que, par lettre du 20 mai 2010, la société lui a fait savoir qu'elle mettait en oeuvre un projet de restructuration impliquant la suppression de vingt-six emplois dont le sien, qu'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) avait été soumis au comité d'entreprise et que figurait en annexe du PSE la liste des postes disponibles proposés en reclassement au sein de l'entreprise et du groupe, que deux postes pouvaient lui convenir et qu'elle disposait d'un délai de quinze jours pour se porter candidate ; qu'ayant été dispensée d'activité par l'employeur à compter du 6 août 2010 avec maintien de sa rémunération, la salariée a été licenciée le 27 septembre 2010 pour motif économique ;

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes en nullité de son licenciement, en réintégration et en paiement de rappels de salaire et de dommages-intérêts au titre d'un licenciement nul, alors, selon le moyen :

1°/ que le licenciement d'une salariée en congé de maternité pendant la période de protection est nul et de nul effet ; que la période de protection de quatre semaines suivant le congé de maternité est suspendue par la période de dispense d'activité sous la forme d'une absence autorisée par l'employeur, son point de départ était reporté à la date de la reprise du travail par la salariée ; que la cour d'appel, qui a constaté que le congé de maternité qui avait pris fin le 6 août 2010 a été prolongé par une période de dispense d'activité sous la forme d'une autorisation d'absence autorisée par l'employeur jusqu'au 17 septembre 2010 inclus et que le licenciement a été notifié par lettre du 27 septembre mais a exclu que la salariée bénéficie encore de la protection, n'a pas tiré de ses constatations les conséquences qui s'en déduisaient au regard de l'article L. 1225-4 du code du travail ;

2°/ que les dérogations à cette protection sont d'interprétation stricte et limitativement prévues par la loi ; que seule la faute grave ou l'impossibilité de maintenir le contrat de travail peuvent justifier le licenciement d'une salariée protégée au titre de la maternité ; qu'en l'espèce, la salariée soutenait que son licenciement avait nécessairement un caractère discriminatoire puisqu'il n'était intervenu ni pour faute grave ni pour impossibilité de maintenir le contrat de travail, mais pour motif économique ;

qu'en statuant comme elle l'a fait, sans expliquer en quoi le maintien du contrat de travail de la salariée était impossible, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 1225-4 et L. 1225-4-1 du code du travail ;

3°/ que la protection contre le licenciement dont bénéficie une femme enceinte durant le congé de maternité s'étend à tous les actes préparatoires au licenciement et au licenciement prononcé à la suite de ces actes ; que l'employeur ne peut donc prendre aucune mesure relative à un licenciement durant cette période, sauf l'hypothèse d'une faute grave ou de l'impossibilité de maintenir le contrat de travail ; qu'en l'espèce, la salariée soutenait que le fait pour l'employeur d'avoir préparé son licenciement économique pendant la période de protection constituait une discrimination ; que pour débouter la salariée, la cour d'appel a considéré que les actes préparatoires au licenciement pendant la période de protection ne pouvaient constituer une discrimination dans la mesure où il était indispensable de se rapprocher de la salariée pour précisément préparer son reclassement ; qu'en statuant ainsi, alors que la protection contre le licenciement dont bénéficie une femme enceinte durant le congé de maternité s'étend à tous les actes préparatoires au licenciement, la cour d'appel a derechef violé les articles L. 1225-4 et L. 1225-4-1 du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que la période de protection de quatre semaines suivant le congé de maternité n'est suspendue que par la prise des congés payés suivant immédiatement le congé de maternité, son point de départ étant alors reporté à la date de la reprise du travail par la salariée ;

Attendu, ensuite, que le rejet de la première branche prive de portée la deuxième ;

Attendu, enfin, qu'ayant souverainement apprécié les éléments de fait et de preuve produits devant elle, la cour d'appel a constaté l'absence, pendant le congé de maternité, d'actes préparatoires au licenciement ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Louvel, prés. – Mme Guyot, rapp. – M. Liffran, av. gén. – SCP Delaporte et Briard, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)

Note.

Le législateur a prévu des mesures de protection de la femme enceinte et de la jeune mère. Une de

ces mesures résulte de l'article L. 1225-4, qui interdit à l'employeur de licencier une salariée en état de grossesse médicalement constaté, pendant son congé maternité et pendant une période qui suit ce congé, sauf cas exceptionnels : l'employeur peut toujours licencier la salariée en cas de faute grave non liée à la grossesse ou en cas d'impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à celle-ci. Un tel licenciement ne pourra toutefois pas prendre effet ou être notifié pendant la suspension du contrat. Cette mesure nécessaire à la protection de la femme enceinte est cependant interprétée de façon stricte par la Cour de cassation. L'arrêt commenté s'inscrit d'abord dans une ligne jurisprudentielle restrictive, qui limite les cas de report de la période de protection post-congé maternité. Il vient également préciser l'articulation entre le régime du licenciement économique et la protection contre le licenciement de la femme enceinte, au détriment de cette dernière.

Une salariée a été recrutée en 2003 à un poste de responsable commerciale adjointe. Son congé maternité a débuté le 11 décembre 2009 et s'est achevé le 6 août 2010. Au cours de ce congé, elle a reçu une lettre de son employeur, datée du 20 mai, l'informant de la suppression de son emploi dans le cadre d'un projet de restructuration. Le courrier indiquait également qu'un plan de sauvegarde de l'emploi avait été soumis au comité d'entreprise, avec des propositions de reclassement. Deux postes étaient susceptibles de lui convenir ; elle devait se porter candidate dans les quinze jours. Au terme de son congé maternité, la salariée a été dispensée d'activité par son employeur, avec maintien de sa rémunération, puis a été licenciée pour motif économique le 27 septembre 2010.

La salariée a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la nullité de son licenciement. La Cour d'appel l'a déboutée de sa demande, d'une part en jugeant que la dispense d'activité n'avait pas pour effet de reporter le départ de la période de protection post-congé maternité et, d'autre part, en refusant de voir dans les mesures prises pendant la période de protection des actes préparatoires au licenciement. Dans son pourvoi, la salariée invoque deux arguments à l'appui de la nullité de son licenciement, tous deux écartés par la Cour de cassation, qui confirme la décision des juges d'appel.

1. La dispense d'activité n'entraîne pas le report de la période de protection post-congé maternité

La salariée estime que le licenciement pour motif économique est intervenu pendant la période de protection qui suit le congé maternité, pour un motif étranger à ceux autorisés par l'article L. 1225-4. La difficulté venait de ce que le congé maternité avait été suivi d'une dispense d'activité de l'employeur. Cette dispense avait-elle pour effet de reporter le départ de cette période de protection ? Il avait été mis fin à la dispense le 17 septembre, et le licenciement avait été notifié le 27 septembre : selon la salariée, la période de protection post-congé maternité, d'une durée de quatre semaines, n'était pas terminée. Le licenciement ne pouvait donc intervenir que pour faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement, ce qui n'était pas le cas. En résultait la nullité de son licenciement.

La Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement. Approuvant les juges d'appel, elle énonce le principe selon lequel « la période de protection de quatre semaines suivant le congé de maternité n'est suspendue que par la prise des congés payés suivant immédiatement le congé maternité, son point de départ étant alors reporté à la date de la reprise du travail par la salariée ». *A contrario*, la dispense d'activité n'est pas de nature à suspendre la période de protection.

La possibilité d'un report de la période de protection est donc circonscrite à la seule prise des congés payés. Cette concession avait été affirmée dans un arrêt du 30 avril 2014 (1). Les décisions postérieures ont exclu tout autre cas de report. Ni l'arrêt maladie (2) (à moins qu'il ne soit justifié par un état pathologique résultant de la grossesse (3)), ni, ici, la dispense d'activité à l'initiative de l'employeur ne sont de nature à différer le point de départ de la période de protection, pas plus que la prise, à l'issue du congé maternité, d'un congé supplémentaire offert par la convention collective (4). Il n'est pas aisé d'expliquer la disparité des solutions rendues. Si la finalité de cette période de protection est de permettre à la femme de se réadapter à son emploi (5) ou, plus largement, de prévoir une période d'ajustement pour concilier vie professionnelle et nouvelle vie familiale (6), le point de départ de la période devrait coïncider avec la reprise effective du

(1) Cass. Soc. 30 avril 2014, n° 13-12.321. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décidé que la période de protection de quatre semaines suivant le congé maternité est suspendue par la prise des congés payés, et que donc son point de départ est reporté à la date de la reprise du travail par la salariée.

(2) Cass. Soc. 8 juillet 2015, n° 14-15.979.

(3) Cass. Soc. 16 novembre 2011, n° 10-14.799 ; le congé pathologique est assimilé au congé maternité, il en augmente la durée (L. 1225-21).

(4) Cass. Soc. 14 décembre 2016, n° 15-21.898 et n° 15-22.474 (publié au bulletin).

(5) C'est ce qui ressort des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 17 juillet 1980, n° 80-545, fixant les dispositions de l'article L. 1225-4 du Code du travail.

(6) La période de protection étant désormais étendue aux parents (L. 1225-4-1).

travail. Le report devrait donc être systématique, la reprise effective du travail étant nécessaire à cette réadaptation.

Toutefois, on pourrait penser que la dispense d'activité présente un caractère particulier, qui rend le report peu opportun. Considérée par la Cour de cassation comme étant une « *mesure de reclassement* » (7), elle consiste, pour l'employeur, à dispenser le salarié d'effectuer sa prestation afin qu'il recherche un reclassement, tout en continuant de verser le salaire, dans l'attente d'un licenciement qui est néanmoins imminent. Il semble, dès lors, peu utile de laisser la jeune mère reprendre son activité, par un report de la période de protection, alors que la réadaptation n'a pas de sens, puisqu'elle va bientôt perdre son emploi. Toutefois, si un reclassement survient, cette période de protection reprend alors tout son sens.

Sans donner de justification particulière, la Cour de cassation rejette le pourvoi, conservant ainsi sa position restrictive limitant le report aux congés annuels. Cette ligne jurisprudentielle est consacrée par la loi *El Khomri*. L'article L.1225-4 prévoit désormais qu'« *aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté, pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, et au titre des congés payés pris immédiatement après le congé de maternité, ainsi que pendant les dix semaines suivant l'expiration de ces périodes* ». Aucun autre événement n'est visé : la brèche ouverte par la Cour, et exploitée pour le seul cas des congés annuels, semble désormais refermée. Le nouveau texte précise que la salariée bénéficiera pendant ses congés payés de la même protection que celle due pendant son congé maternité : même en cas une faute grave ou d'impossibilité de maintenir le contrat, le licenciement ne pourra pas prendre effet ou être notifié pendant cette période de suspension. De plus, la nouvelle loi porte à 10 semaines, et non plus seulement 4 semaines, la période de protection qui suit la suspension du contrat.

L'employeur qui envisage de licencier la salariée enceinte pourrait alors la dispenser d'activité pendant une période de 10 semaines, avant de lui notifier son licenciement pour motif économique. La dispense d'activité est-elle encore conçue comme une mesure de reclassement ? Ou bien permet-elle surtout à

l'employeur de se dispenser de son obligation d'offrir à la salariée son emploi précédent ou un emploi similaire (8) ? C'est poser le problème plus général de l'articulation entre les mesures protectrices accompagnant le licenciement pour motif économique et les mesures protectrices de la femme enceinte.

2. La lettre annonçant la suppression d'emploi, les propositions de reclassement et la dispense d'activité ne sont pas des actes préparatoires au licenciement pour motif économique

Dans son pourvoi, la salariée affirme également que la protection contre le licenciement dont bénéficie la femme enceinte pendant le congé maternité s'étend à tous les actes préparatoires au licenciement et au licenciement prononcé à la suite de ces actes. Elle reprochait à l'employeur d'avoir préparé son licenciement économique pendant la période de protection. Devait en résulter la nullité du licenciement, sur le fondement de l'article L. 1225-4. En réponse, la Cour de cassation s'en remet au pouvoir souverain des juges du fond, qui avaient retenu que la lettre envoyée pendant le congé maternité, informant la salariée de la suppression de son poste et de propositions de reclassement, ne constituait pas un acte préparatoire au licenciement.

La notion d'acte préparatoire au licenciement n'est pas clairement définie. Elle apparaît pour la première fois dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (8 bis). L'« *acte préparatoire* » ou la « *mesure préparatoire* » au licenciement n'ont été évoqués qu'à deux reprises par la Cour de cassation. L'existence d'une telle mesure a été retenue au profit de la salariée dans le premier arrêt, en date du 15 septembre 2010 (9). La Cour a cassé un arrêt d'appel pour défaut de base légale, faute d'avoir caractérisé une mesure préparatoire au licenciement, alors qu'un salarié avait été engagé pour remplacer définitivement la salariée partie en congé maternité et que celle-ci avait été licenciée pour insuffisance professionnelle peu de temps après sa reprise. Cette décision avait été rendue au visa de l'article L. 1225-4, « *interprété à la lumière de l'article 10 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992* » (10) portant sur la santé des travailleuses enceintes ou accouchées. Cet article 10 commande aux États d'interdire le licenciement des travailleuses du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé maternité, « *sauf dans les cas d'exception non liés à leur état* » admis par les législations nationales. La disposition a été interprétée par la Cour de justice, dans une

(7) Cass. Soc. 14 février 2007, n°05-45.887, RDT 2007, p.659, n. Ph. Waquet ; Cass. Soc. 15 décembre 2010, n°09-71.060, RDT 2011, p.179, n. A. Fabre.

(8) L. 1225-25.

(8 bis) CJUE 11 octobre 2007, aff. C-460/06.

(9) Cass. Soc. 15 septembre 2010, n°08-43.299.

(10) Directive 92/85/CE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, JO n° L.348 du 28 novembre 1992, p.0001.

affaire similaire, comme interdisant « *non seulement de notifier un licenciement en raison de la grossesse pendant la période de protection prévue par la directive, mais aussi de prendre des mesures préparatoires à une telle décision avant l'échéance de cette période* » (11). L'affaire portée devant la Cour de justice concernait aussi une salariée qui avait été licenciée peu de temps après la fin de la protection. Cette fois, son employeur avait fait paraître une offre d'emploi au tout début du congé maternité, ce qui démontrait que la société avait clairement l'intention de la remplacer définitivement.

La notion de « *mesure préparatoire au licenciement* » a été plus récemment envisagée par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 février 2016 (12), mais cette fois pour nier son existence. Une salariée avait eu connaissance, quelques jours avant son départ en congé maternité, d'une réorganisation. Il était prévu de la remplacer définitivement sur son poste pour la réaffecter à une mission nationale, qui impliquait des déplacements fréquents incompatibles avec sa situation de mère d'un nouveau-né et d'un autre enfant en garde partagée. La salariée l'avait refusée, ainsi que deux autres propositions impliquant un déménagement. Elle avait donc été licenciée pour faute grave. Exerçant un contrôle léger sur l'appréciation portée par les juges du fond, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu que, compte tenu de la connaissance par la salariée de la réorganisation avant son congé, et des nouvelles propositions de postes faites à l'issue de celui-ci, aucune mesure préparatoire au licenciement ne pouvait être reprochée à l'employeur pendant la période de protection.

En somme si l'employeur prend des mesures qui n'ont pas comme objectif premier le licenciement, mais qui anticipent un reclassement rendu nécessaire par une réorganisation, celles-ci n'auraient pas le caractère d'une mesure préparatoire prohibée. Dans la présente affaire, la cour d'appel avait, en effet, souligné qu'il était indispensable de se rapprocher de la salariée pour précisément préparer son reclassement – donc éviter son licenciement – et que donc les démarches de l'employeur ne pouvaient être considérées comme préparant son licenciement. Les actes préparatoires prohibés concerneraient alors :

- D'une part, les manœuvres discriminatoires de l'employeur qui envisage de se séparer de la salariée parce qu'elle est enceinte, consistant à organiser son remplacement définitif en son absence ;
- D'autre part, les mesures prises dans le cadre de la procédure de licenciement, à l'exception de celles

visant au reclassement, telles qu'une convocation à l'entretien ou la tenue de celui-ci. Serait nul le licenciement notifié à l'issue de la protection, à condition que les actes qui l'ont préparé se soient déroulés pendant la période de protection (13).

– En revanche, les actes de la procédure de licenciement économique qui visent, ici, à reclasser la salariée – lettre informant de la suppression de l'emploi, proposant des reclassements prévus dans le plan, dispense d'activité – ne constitueraient pas des actes préparatoires prohibés susceptibles d'annuler le licenciement économique prononcé après la période de protection. La Cour ne trouve ici rien à redire, laissant l'appréciation de la notion aux juges du fond.

Nous pensons toutefois que la prohibition de principe du licenciement de la femme enceinte, consacrée par l'article L.1225-4 et par la directive n°92/85, et son extension aux actes préparatoires au licenciement par la jurisprudence de la Cour de justice, doivent avoir une portée plus large. L'objectif est de protéger la femme enceinte ou ayant accouché, en raison de sa condition biologique. Ces mesures de protection de la maternité sont un moyen de parvenir à une égalité réelle entre les sexes. Cet objectif implique un comportement positif de la part de l'employeur. Par conséquent, si celui-ci envisage le licenciement économique d'une femme enceinte, il doit combiner les mesures de protection découlant du régime du licenciement économique avec celles dues à la femme enceinte. Les premières imposent à l'employeur de proposer un reclassement dès qu'il a connaissance d'un poste vacant et d'adopter, le cas échéant, un plan de sauvegarde de l'emploi. Les secondes exigent de prendre en compte la fragilité de la salariée enceinte. Comment peut-elle correctement étudier des propositions de reclassement qui lui sont envoyées pendant son congé maternité, période marquée par la fatigue physique de l'accouchement, le manque de sommeil et le peu de disponibilité en raison de l'arrivée du ou des nouveau-nés (14) ? Elle n'est pas, non plus, placée sur un pied d'égalité avec les autres salariés en ce qui concerne les autres mesures du plan : bénéficier de mesures d'accompagnement, réfléchir à un projet de conversion, de création d'entreprise ou à une formation demande un temps qui manque à la jeune mère. Elle mérite donc un traitement spécifique. Il ne faut pas choisir entre les mesures attachées à la procédure du licenciement pour motif économique et la protection offerte à la femme en raison de sa maternité, mais cumuler les deux. Elle ne doit pas être privé de son droit de retrouver son poste à son retour

(11) CJCE 11 octobre 2007, aff. C-460/06.

(12) Cass. Soc. 10 février 2016, n° 14-17.576 (non publié au bulletin).

(13) *Contra* : Cass. Soc. 29 mai 1990, n° 88-45.500, rendu antérieurement à l'entrée en vigueur de la directive n° 92/85.

(14) La durée de 34 semaines du congé maternité de la salariée correspond à la naissance de jumeaux.

de congé maternité ou un emploi similaire (15), quel que soit son niveau d'engagement dans la recherche d'un reclassement.

Il est d'ailleurs regrettable qu'à l'issue de son congé maternité, au moment où la salariée va pouvoir réintégrer l'entreprise, se rapprocher de ses collègues et être mieux informée des mesures de reclassement, l'employeur décide de prolonger son éloignement par une dispense d'activité. Par ailleurs critiquée car elle transfère au salarié la charge de son reclassement (16), la dispense d'activité se révèle ici de surcroît contre-productive, d'autant plus qu'elle a vraisemblablement été décidée unilatéralement par l'employeur (17), qui interdit ainsi à la salariée d'accéder à l'entreprise, de communiquer avec ses collègues, voire de participer à un mouvement collectif.

Si l'employeur estime que la rupture du contrat est inévitable et qu'il n'est donc pas en mesure de garantir son retour à l'emploi, il peut toujours prendre la responsabilité d'invoquer l'impossibilité de maintenir le contrat et notifier un tel licenciement après le congé. Cette échappatoire ressort de l'article L. 1225-4 et de l'article 10 de la directive n°92/85, lesquels prévoient que les cas de licenciement autorisés pendant la période de protection doivent rester exceptionnels. Selon la Cour de cassation, cette impossibilité de maintenir le contrat peut résulter d'un motif économique, sous l'importante réserve d'indiquer dans la lettre de licenciement les raisons de cette impossibilité (18). La salariée devra, de toute évidence, bénéficier des mesures d'accompagnement attachées à la procédure de licenciement économique.

En dehors de ce cas, les actes pris pendant le congé maternité dans le cadre de la procédure de licenciement économique doivent s'analyser en des actes préparatoires prohibés, rendant nul ce licenciement prononcé juste après la période de protection. Cela résulte de la combinaison de l'article L. 1225-4, de l'article 10 de la directive et de l'interprétation qu'en a fait la Cour de justice. L'extension, par le juge européen, du principe d'interdiction de licencier aux actes préparatoires concerne, à notre avis, tous les licenciements de droit commun (19). Dans ces conditions, dire que l'annonce d'une suppression de poste, la transmission des propositions de reclassement et la dispense

d'activité ne préparent pas un licenciement économique revient à nier l'évidence. Certes, à l'issue de la période de protection, l'employeur aura toujours la possibilité de lancer une nouvelle procédure de licenciement, à condition que le motif économique existe encore. Mais la salariée sera alors en mesure d'étudier les propositions de reclassement.

Pour le moment la Cour de cassation n'a retenu l'existence d'un acte préparatoire rendant nul le licenciement que dans l'hypothèse où l'employeur est l'auteur de manœuvres discriminatoires pendant la période de protection. Nous avons évoqué l'extension de la notion d'acte préparatoire à l'hypothèse d'une convocation à un entretien ou la tenue de celui-ci. Pour ce dernier cas, aucune décision de la Cour n'est encore intervenue pour confirmer cette interprétation ; il n'est pas sûr qu'il soit mis fin à la jurisprudence contraire, qui cantonne l'interdiction à la seule notification du licenciement (20). En se faisant l'avocat du diable, il ne serait pas impossible de considérer que l'entretien permet la tenue d'un débat contradictoire, précisément pour éviter le licenciement envisagé, et donc pas pour le préparer. Quelle place resterait-il pour la notion d'acte préparatoire prohibé, en dehors des manœuvres discriminatoires de l'employeur ?

Il nous semble, pourtant, que réduire la notion d'acte préparatoire à l'existence de manœuvres visant à écarter la salariée en raison de sa grossesse et de sa nouvelle situation de famille, c'est affaiblir la portée de l'article L. 1225-4. Dans cette hypothèse, la nullité du licenciement peut reposer sur deux fondements : celui, classique, de l'article L. 1132-1, relatif à l'interdiction des discriminations à raison de la grossesse, et, désormais, celui de l'article L. 1225-4. Le premier fondement permet à tout moment de sanctionner un licenciement discriminatoire, sous réserve, toutefois, de réussir à en rapporter la preuve, ce qui n'est pas toujours évident, en dépit de l'aménagement de sa charge (21). Le second permet de s'affranchir de la preuve d'une telle discrimination, sous réserve que le licenciement intervienne pendant la période de protection. L'intérêt de l'extension aux actes préparatoires réside dans la possibilité de se libérer partiellement de cette limite temporelle, en permettant de frapper de nullité des licenciements intervenus hors

(15) L. 1225-25.

(16) Cass. soc. 14 février 2007, n° 05-45.887, note Ph. Waquet, préc.

(17) sans le dire clairement, la Cour de cassation semble pourtant soumettre la dispense à l'accord du salarié : Cass. soc. 15 décembre 2010, n° 09-71.060, note A. Fabre, préc.

(18) Cass. Soc. 6 janvier 2010, n° 08-44.626.

(19) CJCE, *Paquay*, préc., point 33. L'extension par la Cour de l'interdiction aux actes préparatoires a été consacrée dans une affaire où le comportement de l'employeur était discriminatoire, mais il nous semble que la solution a une portée plus large.

En effet, l'article 10 ne vise pas seulement les licenciements discriminatoires, et le point 33 de l'arrêt *Paquay* n'envisage les actes préparatoires à un licenciement discriminatoire qu'à titre d'exemple. Le motif de la décision, qui semble cantonner la solution aux manœuvres discriminatoires, ne fait que répondre à la question préjudicielle reformulée par la Cour.

(20) Cass. Soc. 29 mai 1990, n° 88-45.500, rendu antérieurement à l'entrée en vigueur de la directive n° 92/85.

(21) Cass. Soc. 27 janvier 2016, n° 14-10.084, Dr. Ouv. 2016, p. 373, n. F. Moreau.

de la période de protection, lorsque les manœuvres discriminatoires sont intervenues pendant la période. Et toujours sans avoir à rapporter la preuve d'une discrimination ? Non, puisque la nullité du licenciement intervenu hors période de protection suppose, selon la Cour de cassation, d'établir que l'employeur a commis des manœuvres discriminatoires pendant la période de protection. Or, si des manœuvres discriminatoires sont établies, le licenciement est aussi nul en vertu de l'article L. 1132-1... Il n'est alors pas nécessaire de recourir à la notion d'acte préparatoire. Dès lors, on perçoit mal l'utilité de cette notion limitée aux manœuvres discriminatoires. On ne comprend plus très bien ce qui distingue le fondement de l'article L. 1132-1 de celui de l'article L. 1225-4.

La quête d'égalité réelle devrait pourtant conduire à ce que la maternité n'ait aucun impact sur l'activité professionnelle de la femme, sauf cas exceptionnels. Aucun impact, cela signifie un retour effectif dans son emploi. Or, la Cour de cassation ne s'est pas saisie des outils, tirés du droit européen, qui auraient pu permettre de retenir plus largement la sanction de réintégration. La loi *El Khomri* a porté à dix semaines la période de protection post-congé maternité, mais sans faire de la reprise du travail une condition de son point de départ. La tendance n'est pas au renforcement de la protection.

Florelle Moreau,

Maître de conférences à l'Université d'Orléans