

ASSISTANTS MATERNELS EMPLOYÉS PAR DES PARTICULIERS

RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL PAR L'EMPLOYEUR

Avertissement : Les relations entre un particulier et l'assistant maternel qu'il emploie ne sont pas régies par le code du travail, mais par le code de l'action sociale et des familles. S'appliquent, en outre, les seules dispositions du code du travail auxquelles renvoie le code de l'action sociale et des familles, ainsi que la convention collective nationale des assistants maternels du particulier employeur du 1er juillet 2004, rendue obligatoire pour tous les employeurs par arrêté du 17 décembre 2004, sauf lorsqu'elle est moins favorable que les dispositions légales.

Trois situations de rupture du contrat de travail par l'employeur sont à distinguer : rupture en cours de période d'essai ; décision de l'employeur de retrait de l'enfant, hors période d'essai ; rupture en raison de la suspension ou du retrait de l'agrément de l'assistant maternel, hors période d'essai.

Après avoir abordé les spécificités de chacune de ces situations, la présente fiche traite de dispositions communes : interdiction des motifs illicites de retrait de l'enfant, sommes à verser au salarié en fin de contrat, documents à lui remettre, et conséquences des irrégularités éventuelles de la rupture.

Rupture de la période d'essai

1. Procédure

Si une période d'essai a été explicitement prévue par le contrat de travail, l'employeur qui décide de rompre le contrat de travail avant la fin de cette période d'essai doit adresser au salarié une lettre de rupture.

La période d'essai prévue par le contrat de travail ne peut pas excéder la durée maximale prévue par la convention collective nationale, à savoir :

- 2 mois si l'accueil de l'enfant prévu au contrat de travail s'effectue sur 4 jours calendaires ou plus par semaine ;
- ou 3 mois si l'accueil de l'enfant prévu au contrat de travail s'effectue sur 1, 2 ou 3 jours calendaires par semaine.

Si le salarié est employé par l'employeur depuis au moins 3 mois, la décision de rompre le contrat de travail doit être adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

L'employeur n'est pas tenu de convoquer le salarié à un entretien préalable, ni de mentionner le motif de la rupture du contrat de travail dans la lettre de rupture, ni d'accomplir d'autre procédure.

2. Motif de rupture

L'employeur exerce librement son droit de rompre le contrat de travail au cours de la période d'essai, sans avoir à justifier du motif de ce retrait. Il ne doit cependant pas rompre le contrat pour un motif illicite. Voir plus loin les motifs illicites de retrait de l'enfant.

3. Date de fin de contrat

En cas de rupture du contrat de travail en cours de période d'essai d'un salarié ayant moins de 3 mois d'ancienneté, l'employeur ne doit pas de préavis au salarié. La rupture prend effet dès sa notification.

Si le salarié a au moins 3 mois d'ancienneté, l'employeur qui décide de rompre la période d'essai doit au salarié un préavis comme mentionné en cas de décision de retrait de l'enfant hors période d'essai, sauf en cas de faute grave du salarié, ou de suspension ou retrait de son agrément.

Décision par l'employeur de retrait de l'enfant, hors période d'essai

1. Procédure

Hors période d'essai (*c'est-à-dire en cas d'absence de période d'essai prévue au contrat de travail ou après la fin de la période d'essai prévue au contrat*), l'employeur qui décide de retirer l'enfant confié à l'assistant maternel, et ce faisant de rompre son contrat de travail, doit lui notifier cette rupture par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et ce quels que soient le motif de la rupture et l'ancienneté du salarié.

L'employeur n'est pas tenu de convoquer le salarié à un entretien préalable, ni d'accomplir d'autre procédure. L'employeur n'est pas tenu de mentionner le motif de la rupture dans la lettre de rupture.

Cependant, s'il entend se prévaloir d'une faute grave ou lourde du salarié pour le priver de préavis et d'indemnité de rupture, l'employeur doit en pratique mentionner que la rupture est due à une telle faute.

2. Motif de rupture

a) En principe, l'employeur peut exercer librement son droit de retrait de l'enfant confié à l'assistant maternel, sans avoir à justifier ni même à indiquer le motif de ce retrait. Il n'a pas d'obligation de justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

b) Cependant, si l'employeur invoque une faute grave du salarié pour ne pas lui accorder de délai de préavis ni d'indemnité de rupture, il doit pouvoir justifier de la réalité de cette faute grave.

c) Par ailleurs, le droit pour l'employeur de rompre le contrat de travail n'est pas absolu ; si le droit de retrait d'un enfant peut s'exercer librement, le motif de retrait ne doit cependant pas être illicite.

Voir plus loin les motifs illicites de retrait de l'enfant.

3. Date de fin de contrat

- a) En principe, en cas de décision par l'employeur de rompre le contrat de travail, hors période d'essai, il doit respecter un préavis d'une durée minimale variable selon l'ancienneté du salarié :
- 15 jours calendaires, pour un salarié ayant moins d'1 an d'ancienneté avec l'employeur ;
 - ou 1 mois calendaire, pour un salarié ayant au moins 1 an d'ancienneté avec l'employeur.

La durée minimale de préavis prévue par le code du travail n'est pas applicable aux assistants maternels.

La date de première présentation de la lettre recommandée notifiant la rupture du contrat de travail fixe le point de départ du préavis.

Le délai de préavis ne peut pas se confondre avec une période de congés payés.

L'accueil de l'enfant se poursuit pendant le préavis et le contrat de travail est rompu à la fin du délai de préavis.

Si l'employeur ne permet pas au salarié d'effectuer son préavis, il lui doit une indemnité compensatrice de préavis égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait travaillé pendant ce préavis, ainsi qu'une indemnité compensatrice de congés payés afférente au préavis.

L'indemnité compensatrice de préavis n'est pas due au salarié :

- en cas d'absence de l'enfant pour maladie pendant le préavis, justifiée par un certificat médical ;
- ni en cas de faute grave du salarié en cours de préavis.

Si le salarié n'exécute pas le préavis qu'il doit effectuer, l'employeur peut saisir le conseil des prud'hommes pour lui réclamer des dommages-intérêts, pouvant aller jusqu'au montant de la rémunération que le salarié aurait perçue s'il avait travaillé pendant le préavis.

b) Toutefois, l'employeur ne doit pas de préavis en cas de rupture du contrat de travail pour faute grave ou faute lourde du salarié.

Dans ce cas, le contrat est rompu à la date de première présentation de la lettre recommandée notifiant la rupture du contrat de travail.

Suspension ou retrait de l'agrément, hors période d'essai

L'assistant maternel est tenu de disposer d'un agrément. Si une suspension ou un retrait de son agrément a été décidé par le président du conseil départemental, l'assistant maternel ne peut pas accueillir d'enfant pendant la durée de la suspension (*jusqu'à 4 mois*) ni après le retrait de l'agrément.

1. Procédure

Bien que la suspension ou le retrait de l'agrément ne résulte pas de la décision de l'employeur, celui-ci doit prendre l'initiative de rompre le contrat de travail.

L'employeur adresse au salarié une lettre recommandée avec demande d'avis de réception mentionnant qu'il ne peut plus lui confier d'enfant en raison, selon le cas, de la suspension ou du retrait de son agrément, qui entraîne la rupture de son contrat de travail à la date de la notification de la décision du président du conseil départemental.

L'employeur n'est pas tenu de convoquer le salarié à un entretien préalable, ni d'accomplir d'autre procédure.

2. Motif de rupture

La décision de retrait ou de suspension de l'agrément est notifiée par le président du conseil départemental à l'assistant maternel concerné et à chacun de ses employeurs.

3. Date de fin de contrat

En cas de rupture du contrat de travail de l'assistant maternel due à l'impossibilité où se trouve l'employeur de lui confier son enfant en raison de la décision de suspension ou de retrait de son agrément prise par le président du conseil départemental, l'employeur ne doit pas de préavis au salarié.

Le contrat est rompu à la date de notification par le conseil départemental de la décision de suspension ou de retrait de l'agrément.

Motifs illicites de retrait de l'enfant

Si le droit de retrait d'un enfant peut s'exercer librement, le motif de retrait ne doit cependant pas être illicite.

L'employeur ne peut pas rompre le contrat de travail d'un assistant maternel pour un motif qui serait contraire à des dispositions d'ordre public.

En particulier, quand la loi prévoit des cas d'interdiction, sauf exception, de rompre le contrat de travail, l'employeur doit pouvoir justifier, le cas échéant, de l'exception dont il se prévaut.

1. Interdiction d'une rupture en réaction à une réclamation du salarié

Il a été jugé que serait illicite un retrait d'enfant qui serait décidé par l'employeur en raison d'une réclamation par le salarié concernant sa rémunération, ou en raison d'une action du salarié devant le conseil des prud'hommes, qui constitue l'exercice d'un droit.

2. Protection de la maternité

Il est interdit à l'employeur de rompre le contrat de l'assistante maternelle 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 des congés payés éventuellement pris immédiatement après le congé de maternité, ainsi que pendant les 10 semaines suivantes.

Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie :

- soit d'une faute grave de la salariée, non liée à l'état de grossesse ;
- soit de son impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à la grossesse et à l'accouchement.

Dans ces cas, la rupture du contrat de travail ne peut cependant pas prendre effet ni être notifiée pendant les périodes de droit à congé de maternité et les congés payés consécutifs.

A moins que le licenciement soit prononcé pour une des exceptions susmentionnées, le licenciement de la salariée est annulé lorsque, dans un délai de 15 jours à compter de sa notification, elle envoie à son employeur, par lettre recommandée avec avis de réception, un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte. A défaut d'annulation du licenciement par l'employeur, la salariée pourrait saisir le juge des référés du conseil des prud'hommes pour demander sa réintégration.

3. Autres cas de protection liée à la maternité ou à la paternité

Dans diverses autres situations, l'employeur a l'interdiction de rompre le contrat de travail de l'assistant maternel, à moins qu'il justifie d'une faute grave de celui-ci ou d'une impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'évènement caractérisant cette situation.

Il s'agit des situations suivantes :

- 10 semaines suivant la naissance d'un enfant du salarié ;
- 13 semaines suivant le décès d'un enfant, âgé de moins de 25 ans, du salarié ;
- 13 semaines suivant le décès d'une personne, âgée de moins de 25 ans, dont le salarié a la charge effective et permanente ;
- en cas de décès de la mère d'un enfant au cours de la période d'indemnisation prévue par le 1^{er} alinéa de l'article L331-6 du code de la sécurité sociale, suspension du contrat de travail du salarié pendant la durée d'indemnisation restant à courir, ce droit à suspension pouvant être exercé en priorité par le père de l'enfant ou sinon par le conjoint de la mère, son ou sa partenaire de pacte civil de solidarité ou la personne vivant maritalement avec elle ;
- congé d'adoption ;
- 15 jours précédant l'arrivée au foyer du salarié d'un enfant placé en vue de son adoption.

Dans ces différents cas, à moins que le licenciement soit prononcé pour faute grave du salarié ou impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à la situation donnant lieu à protection, le licenciement est annulé si, dans les 15 jours à compter de sa notification, le salarié envoie un justificatif à son employeur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. A défaut d'annulation du licenciement par l'employeur, le salarié pourrait saisir le juge des référés du conseil des prud'hommes pour demander sa réintégration.

4. Discriminations interdites

Sauf exigence professionnelle essentielle et déterminante, et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, l'employeur ne peut pas licencier un assistant maternel en raison de :

- son sexe, ses mœurs, son orientation sexuelle, son identité de genre, sa situation de famille, sa grossesse, son origine, ses caractéristiques génétiques, son appartenance ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, son apparence physique, sa perte d'autonomie, son nom de famille, sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, ses opinions politiques, ses activités syndicales ou mutualistes, ses convictions religieuses, sa particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique apparente ou connue, son lieu de résidence, sa domiciliation bancaire ;
- son état de santé ou son handicap, sauf avis d'inaptitude par le médecin du travail ;

- son exercice normal du droit de grève, hors faute lourde ;
- son âge, sauf justification objective et raisonnable par un but légitime ;
- son témoignage ou ses déclarations relatant des agissements discriminatoires pour une des raisons illicites susmentionnées ;
- son exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur ;
- son refus, en raison de son orientation sexuelle, d'une mutation géographique dans un Etat incriminant l'homosexualité ;
- son témoignage ou ses déclarations relatant, de bonne foi, des faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, sauf justification du licenciement par des éléments objectifs étrangers à sa déclaration ou à son témoignage ;
- son alerte dans le cadre des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, sauf justification du licenciement par des éléments objectifs étrangers à cette alerte.

5. Harcèlements

L'employeur ne peut pas licencier un assistant maternel du fait que ce salarié :

- a subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ;
- a subi ou refusé de subir du harcèlement sexuel ou une pression grave exercée dans le but d'obtenir un acte de nature sexuelle ;
- a témoigné ou relaté de tels agissements.

Sommes dues au salarié

A la fin du contrat de travail, y compris en cas de rupture de la période d'essai, l'employeur doit verser au salarié :

- le solde des salaires et indemnités dus pour le travail effectué ;
- en cas d'accueil de l'enfant sur une année incomplète, une régularisation de la mensualisation ;
- une indemnité compensatrice de congés payés, pour les congés payés acquis mais non pris ;
- si le préavis est dû, en cas d'inexécution de tout ou partie du préavis du fait de l'employeur, une indemnité compensatrice de préavis (*voir ci-dessus*) ;
- si le salarié y a droit, une indemnité de rupture.

1. Régularisation de la mensualisation

Lorsque l'accueil de l'enfant par l'assistant maternel s'effectue sur une année incomplète, une régularisation de la mensualisation doit être effectuée, compte tenu de la mensualisation qui lisse le salaire sur toute l'année, quels que soient le nombre de semaines d'accueil sur l'année et le nombre d'accueils par semaine. Il n'y a pas lieu à régularisation si l'accueil s'effectue sur une année complète.

En vue de cette régularisation, l'employeur doit comparer le nombre des heures dues à celui des heures déjà rémunérées, sans remettre en cause les conditions définies à la signature du contrat.

Sont comptées au nombre des heures dues les heures d'accueil réellement effectuées et les absences rémunérées par l'employeur. Les heures supplémentaires déjà payées en plus du salaire mensualisé lors du mois où elles ont été effectuées ne sont pas prises à nouveau en compte.

S'il y a lieu, l'employeur procède à une régularisation des heures dues mais non encore payées. Le montant versé à ce titre est un élément du salaire, il est soumis à cotisations.

2. Indemnité compensatrice de congés payés

a) L'employeur doit verser une indemnité compensatrice de congés payés correspondant à la rémunération des congés payés dus et non encore pris au titre de l'année de référence et à celui de l'année en cours. Les indemnités (*entretien, nourriture, ...*) ne sont pas versées pour les congés payés.

L'année de référence va du 1^{er} juin de l'année précédente au 31 mai de l'année en cours. L'année en cours a commencé le 1^{er} juin.

Le salarié doit bénéficier de la somme la plus avantageuse entre :

- la rémunération brute qu'il aurait perçue en cas de prise des congés non encore pris, selon la durée normale habituelle d'accueil pendant l'année considérée (*et non pas selon une durée exceptionnelle*), hors indemnités (*entretien, nourriture, ...*),
- et 1/10 de la rémunération totale brute de l'année précédente (*y compris rémunération des congés payés*), hors indemnités (*entretien, nourriture, ...*).

b) L'indemnité n'est pas due en cas d'accueil d'occasionnel, qui a dû donner lieu au versement d'une indemnité de 1/10 de la rémunération brute, hors indemnités (*entretien, nourriture, ...*) à la fin de chaque accueil.

3. Indemnité de rupture

a) En cas de rupture du contrat de travail hors période d'essai, l'employeur doit verser une indemnité de rupture à l'assistant maternel ayant au moins une année d'ancienneté avec lui.

Cette indemnité est égale à 1/120 du total des salaires nets perçus pendant toute la durée du contrat de travail. Elle n'a pas le caractère de salaire et est exonérée de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu dans les limites fixées par la loi.

L'indemnité minimale prévue par le code du travail n'est pas applicable aux assistants maternels.

b) Toutefois, l'employeur ne doit pas d'indemnité de rupture en cas de faute grave du salarié.

Pour être dispensé d'indemnité de rupture, l'employeur doit invoquer la faute grave dès le moment de la rupture.

Documents à remettre au salarié

A la fin du contrat de travail, quel que soit le motif de sa rupture, y compris si elle a lieu en cours de période d'essai, l'employeur doit délivrer au salarié :

- un bulletin de paie mentionnant toutes les sommes versées, que ce soit en raison du travail effectué ou de la rupture du contrat ;
- un certificat mentionnant la date de début et la date de fin du contrat de travail ainsi que la nature de l'emploi ;
- une attestation destinée à Pôle Emploi pour lui permettre de faire valoir ses droits.

1. Absence de lettre de rupture

A défaut d'envoi au salarié d'une lettre de rupture du contrat de travail au moment de cette rupture :

- l'assistant maternel pourrait saisir le conseil des prud'hommes en vue d'obtenir de l'employeur des dommages-intérêts pour non-respect de la procédure ;
- l'employeur ne pourrait pas régulariser cette irrégularité en adressant après coup une lettre de rupture ;
- il a été jugé, par exemple, qu'un employeur ne pouvait pas se prévaloir d'une faute grave du salarié en mentionnant une telle faute seulement dans une lettre de rupture envoyée 2 mois après un licenciement verbal.

2. Retrait abusif

L'employeur n'étant pas tenu de justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'assistant maternel ne pourrait pas prétendre à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En revanche, en cas de retrait d'enfant abusif, l'assistant maternel pourrait demander à l'employeur, devant le conseil des prud'hommes, des dommages-intérêts pour retrait abusif.

En particulier, le salarié peut demander des dommages-intérêts en cas de licenciement pour un motif illicite.

3. Faute grave invoquée non établie

Si les tribunaux jugent que la faute grave invoquée par l'employeur n'est pas établie, le salarié licencié hors période d'essai a droit à une indemnité compensatrice de préavis, à une indemnité compensatrice de congés payés afférente au préavis et, sous réserve de remplir la condition d'ancienneté, à une indemnité de rupture, mais pas à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse puisque l'absence de faute grave ne remet pas en cause le droit de retrait de l'enfant dont dispose l'employeur.

4. Circonstances vexatoires

En cas de circonstances vexatoires de la rupture du contrat de travail par l'employeur, le salarié pourrait demander des dommages-intérêts pour préjudice moral devant le conseil des prud'hommes. Tel pourrait être, par exemple, le cas d'atteinte à l'honneur de l'assistant maternel causée par une dénonciation injustifiée aux autorités chargées de son agrément.

Textes de référence : articles L423-24, L423-25, L423-27 du code de l'action sociale et des familles, articles L423-2 du code de l'action sociale et des familles et L1225-4, L1225-5, L1225-4-1, L1225-4-2, L1225-28, L1225-38, L1225-39, L1225-41 et L1225-46, L1131-1 à L1133-6, L1151-1 à L1153-6 du code du travail, articles 5 et 18 de la convention collective nationale, Cassation sociale n° 00-40394 du 02/07/2002, n° 11-28777 du 10/04/2013, n° 07-43472 du 25/03/2009, n° 08-42579 du 16/12/2009, n° 02-43376 du 30/03/2005, n° 10-19684 du 08/06/2011, n° 19-13919 du 26/11/2020, n° 00-40394 du 02/07/2002, n° 89-45422 du 31/03/1993, n° 10-24497 du 31/05/2012, n° 14-27210 du 31/03/2016, n° 14-24546 du 02/12/2015.