

# Lettre aux RAM\* n°2

\*Relais Assistantes Maternelles

## Questions/Réponses relatives aux Assistantes Maternelles et à leurs employeurs

### Dans ce numéro :

Non renouvellement de l'agrément.....	2
Déménagement.....	3
Garde de fratrie : retrait d'un enfant.....	4
Engagement réciproque.....	5, 6, 7 et 8
Cumul d'emploi.....	8

## Non renouvellement de l'agrément

***Vous indiquiez avoir embauché en Février 2016 une assistante maternelle dont l'agrément venait à expiration en avril 2016. Sur le site de PAJE EMPLOI, vous apprenez la fin de son agrément. Interrogée sur ce point, l'assistante maternelle vous indique avoir envoyé son dossier de demande de renouvellement avec retard. Or, il s'avère que l'intéressée n'a jamais fait de demande de renouvellement, et qu'elle a reçu, par lettre recommandée avec accusé de réception en avril 2016, l'information selon laquelle elle n'avait plus l'autorisation de garder des enfants à son domicile.***

### Résumé :

*Le fait pour une assistante maternelle d'avoir volontairement caché à son employeur que son agrément lui a été retiré, l'expose à un licenciement pour faute grave, voire à se voir condamner par le tribunal de Prudhommes à dédommager l'employeur pour le préjudice financier qu'il a subi.*

***Une assistante maternelle informe son employeur qu'elle souhaite reprendre des études et ne demandera pas le renouvellement de son agrément qui arrive bientôt à échéance. La rupture s'analyse t'elle en une démission ?***

### Résumé :

*Non.*

*La démission ne se présume pas. À l'échéance de l'agrément, il convient de notifier à la salariée le retrait forcé de l'enfant entraînant la rupture du contrat de travail, sans préavis, mais avec versement d'une indemnité de rupture, si la salarié a plus d'un an d'ancienneté.*

C'est en toute confiance que vous aviez continué à lui confier la garde de votre enfant, puisque la situation devait se régulariser dans les mois suivants, après obtention de l'agrément selon les dires de votre salariée.

Or elle vous a placé dans une situation délicate, puisque du fait qu'elle n'était plus agréée vous ne pouviez pas bénéficier des aides de la Caisse d'Allocation Familiale (CAF) relatives au Complément de Libre Choix du mode de garde, à savoir, prise en charge de 100 % des cotisations sociales dues pour l'embauche de l'Assistante maternelle et d'une partie de la rémunération de votre salariée.

On peut donc considérer que la salariée a manqué à son obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi (article L.222-1 « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* »).

Fin Juillet vous envisagiez de mettre un terme au contrat de cette personne.

Compte tenu des éléments que vous nous avez communiqué, il semble que le motif de la rupture du contrat puisse s'apprécier comme une faute grave de la salariée, voir une faute lourde (*Cf. lien internet : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1137>*).

Comme vous pouvez le constater, le préavis n'est pas dû à un salarié ayant commis une faute grave ou lourde.

Concernant le préjudice financier que vous avez subi, du fait des mensonges de cette personne, il vous appartient de saisir le Conseil des Prud'hommes, seule instance habilitée à régler les litiges qui surviennent entre salarié et employeur à l'occasion du contrat de travail.

## Non renouvellement de l'agrément

Il n'y a pas démission de la salariée. En effet, la démission est la volonté claire et non équivoque du salarié de mettre fin à son contrat de travail (Cass. Soc. du 09/05/2007 N° 05-40.315).

En conséquence, si votre salariée ne vous adresse pas de lettre de démission, vous ne pourrez pas cocher la case « démission » sur l'attestation destinée aux services de Pôle Emploi.

A défaut d'agrément, vous ne pouvez plus confier la garde de votre enfant, et de ce fait, il convient de procéder au retrait de l'enfant (par lettre recommandée avec AR).

Vous devrez lui signifier le retrait forcé de l'enfant entraînant la rupture du contrat de travail par lettre recommandée avec AR à la date de fin de validité de l'agrément (par analogie avec l'article 18g de la convention collective des assistants maternels).

Ce qui entraîne la rupture du contrat de travail, sans préavis, mais avec, pour les salariés ayant au moins un an de présence, le versement de l'indemnité de rupture. Cette dernière est égale à 1/120 du total des salaires nets perçus pendant la durée du contrat.

## Déménagement

*Une assistante maternelle informe par courriel les parents employeurs qu'elle va déménager. La rupture s'analyse t'elle en une démission ?*

*Résumé :*

*Non.*

*La démission ne se présume pas. Il appartient à l'employeur de rompre le contrat de travail s'il ne désire plus confier l'enfant à l'assistante maternelle.*

Le courriel transmis par votre salariée ne peut pas être considéré comme une démission, mais simplement une information concernant son déménagement.

En effet la démission est **la volonté claire et non équivoque** du salarié de mettre fin à son contrat de travail (Cass soc du 09/05/2007 N° 05-40.315). Vous ne pouvez pas exiger la démission de votre salariée.

De plus, l'article 18b de la convention collective des assistants maternels prévoit que le salarié qui souhaite rompre son contrat de travail, doit faire connaître sa décision par lettre recommandée avec AR.

Le fait que l'assistante maternelle n'ait pas sollicité le renouvellement de son agrément n'est pas automatiquement assimilable à une démission. En tout cas nous ne connaissons pas de jugement en ce sens. La tendance des tribunaux est majoritairement d'écarter la démission lorsqu'elle n'est pas formalisée par écrit .

**En conséquence, suite à son déménagement, deux options sont envisageables :**

**1** - Si vous ne souhaitez plus lui confier votre enfant, du fait de son déménagement, il vous appartiendra de procéder à son licenciement.

En cas de licenciement, si votre salariée a au moins un an d'ancienneté, vous devrez lui verser une indemnité de rupture égale à 1/120 du total des salaires nets perçus pendant la durée du contrat.

**2** - Si vous estimez que le déménagement rend la poursuite du contrat de travail inenvisageable.

Par exemple du fait de l'éloignement de son nouveau domicile par rapport au trajet habituel que vous empruntez pour vous rendre à votre propre travail ;

Vous pourrez estimer que l'assistante maternelle a modifié le contrat de travail sans votre accord.

Il convient, dans ce cas, de lui signifier que vous entendez poursuivre le contrat aux conditions initiales et que vous n'entendez pas admettre une telle modification unilatérale du contrat.

Il est de jurisprudence constante que lorsqu'une des parties au contrat (ici l'assistante maternelle) entend modifier celui-ci de manière substantielle, le refus de l'autre partie ne laisse d'autre choix à la partie qui est à l'origine de la modification que d'y renoncer (ce qui semble impossible, le déménagement étant acquis) ou de rompre le contrat (la démission pour la salariée).

En l'absence de démission de la salariée, vous seriez donc en situation de constater son absence injustifiée de son lieu de travail contractuel et de la licencier pour faute grave (privative de l'indemnité de licenciement).

Nous attirons néanmoins votre attention sur le fait que la deuxième option est à manier avec précaution.

En effet, la qualification donnée à la modification du contrat de travail (substantielle ou non) est relativement aléatoire puisque les juges, lorsqu'ils doivent trancher ce type de litige, apprécient au cas par cas en fonction des contraintes de faits et des termes du contrat de travail.

Il n'existe pas de position de principe de la jurisprudence.

En ce qui concerne l'agrément de l'assistante maternelle, l'article R.421-41 du code de l'action sociale et des familles prévoit que l'assistante maternelle qui déménage au sein du même département doit prévenir le président du conseil départemental par LRAR 15 jours au moins avant son déménagement. Charge à la PMI de vérifier la conformité du nouveau logement. Dans l'attente de cette visite, rien n'interdit à l'assistante maternelle de travailler.

En cas de changement de département, « l'assistant maternel département de résidence, communique, dans les mêmes formes et délais, son adresse au président du conseil départemental du département de sa nouvelle résidence » « Le président du conseil départemental du département d'origine transmet le dossier de l'intéressé au président du conseil départemental du nouveau département de résidence dès que celui-ci en fait la demande ».

## Garde de fratrie : retrait d'un enfant

---

*Quel traitement du retrait d'un enfant au regard de l'assurance-chômage, alors que l'assistant maternel conserve la garde d'un autre enfant de la même famille : y a-t-il lieu de renseigner une attestation de Pôle Emploi et un certificat de travail ?*

Résumé :

Oui.

*Chaque enfant fait l'objet d'un contrat de travail et constitue un emploi au regard de l'assurance-chômage. Le retrait d'un enfant, si l'assistant maternel conserve la garde d'un autre enfant de la même famille, entraîne la rupture du contrat de travail lié à l'enfant retiré et entraîne la délivrance d'une attestation Pôle emploi et d'un certificat de travail pour l'enfant retiré uniquement.*

---

Pôle Emploi considère qu' « une assistante maternelle qui accueille deux enfants d'une même famille est liée à son employeur par deux contrats de travail qui ont un objet différent. Par conséquent, si l'un des contrats est rompu, l'activité qui subsiste pourra être considérée comme une activité conservée ».

Ce qui signifie que l'assistante maternelle « qui exerce plusieurs activités peut, en cas de perte d'une ou plusieurs d'entre elles, dans les conditions du titre I, cumuler intégralement les rémunérations professionnelles salariées ou non issues des activités conservées avec l'allocation de retour à 'emploi calculée sur la base des salaires de l'activité perdue, conformément aux articles 14 à 16 et ce les conditions prévues aux articles 30 et 32 ».

« L'activité est considérée comme conservée dès lors qu'elle a donné lieu à un cumul effectif des revenus avant la perte de l'une ou plusieurs des activités exercées » (art 33 règlement général annexé à la convention du 14/05/2014).

Plus clairement, le ministre du travail, interrogé à ce sujet par un parlementaire (Question n° 46980 Assemblée Nationale) répondait : « en cas de perte de la garde d'un des enfants de la même fratrie, la cessation de l'un des contrats ne fait pas obstacle au cumul de l'allocation d'assurance chômage avec la rémunération procurée par l'activité conservée puisque au regard de la réglementation relative à l'assurance chômage, l'assistante maternelle ayant la responsabilité de la garde de plusieurs enfants doit être regardée comme exerçant plusieurs emplois ».

En conséquence, **même s'il n'y a pas eu de licenciement** (au sens du code du travail. Cour appel d'Amiens 19/10/2010 n° 10/001/128 et Versailles le 712/2010 n° 09/04445) mais une modification du contrat de travail (puisque le lien contractuel perdure, mais pour un seul enfant), **l'employeur doit délivrer une attestation Pôle Emploi et un certificat de travail.**

Cette attestation ne concernera que l'enfant qui a été retiré à l'assistante maternelle. Ce qui implique que l'employeur fasse (notamment dans la partie rémunération de l'attestation) le détail des salaires versés au titre de l'enfant concerné.

L'employeur devra également être en mesure de fournir des bulletins de paye ne concernant que ce contrat d'accueil. Ceci peut entraîner un travail fastidieux si les bulletins de paye ont été produits globalement pour les deux enfants. Cette obligation figure dans le code du travail. Article R.1234-9 :

« L'employeur délivre au salarié, au moment de l'expiration ou de la rupture du contrat de travail, **les attestations et justifications qui lui permettent d'exercer ses droits aux prestations mentionnées à l'article L. 5421-2 et transmet sans délai ces mêmes attestations à Pôle emploi** ».

Article applicable aux assistantes maternelles (article L 423-2 16° Code de l'action sociale et des familles).

## Engagement réciproque

*Les assistantes maternelles peuvent-elles faire signer aux parents employeurs un engagement réciproque (tel que prévu par l'annexe IV de la convention collective des assistants maternels du particulier employeur) pour un enfant à naître ?*

Résumé :

Oui.

*L'engagement réciproque si l'enfant n'est pas né vivant et viable pourra être considéré comme nul (impossibilité quant à l'objet de la convention) ou caduc (perte d'un élément essentiel de l'engagement réciproque). Dans les deux cas, l'assistante maternelle ne pourra pas prétendre au versement du demi - mois de salaire d'indemnité compensatrice.*

L'engagement réciproque est un contrat dont l'objet est ici la garde d'un futur enfant. Donc l'objet du contrat n'existe pas (pas encore) lorsque le contrat est conclu.

En matière de droit civil :

« Le principe selon lequel le contrat est nul lorsque la chose n'existe pas est néanmoins assorti d'importants tempéraments :

- D'une part, les parties peuvent conclure un **contrat aléatoire**. Les parties concluent ainsi un contrat relatif à **une chose dont elles ne savent pas si elle existera** (ex. achat dans l'espoir d'une chasse ou d'une pêche fructueuse) ou sur **une chose dont elles ne savent pas si elle existe encore** (ex. marchandise qui doit transiter par un pays en guerre).
- D'autre part, l'obligation née du contrat peut porter sur une **chose future**. L'article 1163 du Code civil prévoit ainsi que « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future ». L'hypothèse est en pratique loin d'être exceptionnelle : il suffit de penser à l'achat d'une maison à construire ou d'une récolte en cours de culture. *Qu'en est-il si la chose ne vient pas à existence ? Le contrat n'est pas nul, car il a été valablement conclu ; il est caduc. La caducité est la sanction qui frappe les contrats valablement formés mais qui, postérieurement à leur conclusion, perdent un élément essentiel à leur perfection ».*

L'engagement réciproque peut donc être analysé comme un contrat aléatoire (l'objet est la garde d'un enfant dont les parties ne savent pas s'il va effectivement naître).

Si l'enfant ne naît pas, il existe une **impossibilité absolue** de l'objet qui est cause **de nullité de la convention**.

Il peut également être compris comme un contrat portant sur une « chose » future.

Si l'enfant ne naît pas vivant et viable le contrat n'est pas nul, car il a été valablement conclu, il est **caduc**.

La caducité est la sanction qui frappe les contrats valablement formés mais qui, postérieurement à leur conclusion, perdent un élément essentiel à leur perfection.

**Dans les deux cas, l'assistante maternelle ne pourra pas prétendre au versement du demi - mois de salaire d'indemnité compensatrice (du fait de la caducité ou de la nullité) de l'engagement réciproque conclu.**

A noter que la personnalité juridique de l'enfant (qui lui est reconnue lorsqu'il naît vivant et viable) n'a pas d'importance dans notre situation.

On conseillera aux signataires d'apporter les précisions nécessaires en amendement le contrat type prévu par l'annexe IV de la convention.

## Engagement réciproque

***Vous m'interrogez sur la situation d'une assistante maternelle empêchée par un arrêt maladie de commencer l'exécution d'un contrat de travail à la date convenue alors qu'un engagement réciproque a été conclu. Est ce que les parents doivent le versement d'1/2 mois de salaire puisque l'assistante maternelle ne peut pas pour l'instant tenir son engagement ?***

### Résumé :

*L'arrêt maladie entraîne simplement un délai avant le début d'exécution du contrat, non une volonté de ne pas tenir l'engagement mutuel conclu. En cas de rupture, la partie décidant de ne pas donner suite à l'engagement mutuel est redevable de l'indemnité d'un demi mois de salaire. Une rupture de la part de l'employeur pour maladie de l'assistant maternel peut s'analyser, sous réserve de l'appréciation des tribunaux, comme une discrimination fondée sur l'état de santé, prohibée par l'article L1132-1 du code du travail.*

En premier lieu, l'« engagement réciproque » peut être assimilé à une **promesse d'embauche** synallagmatique, (un engagement mutuel). C'est la partie qui « décide de ne pas donner suite » qui est redevable du demi mois de salaire d'indemnité. Il n'y a donc aucune raison pour que les parents aient à verser cette somme à l'assistante maternelle s'ils sont toujours disposés à conclure avec elle le contrat de travail promis.

D'autre part, l'indemnité compensatrice n'est due que lorsque l'une des parties **décide de ne pas donner suite** à l'engagement réciproque. En soi, le fait d'être en arrêt maladie ne signifie aucunement que l'assistante maternelle ait décidé de ne pas respecter ses engagements.

Donc, à notre sens, elle n'est pas redevable non plus de l'indemnité. Son absence n'est pas de son fait, n'est pas le résultat d'une abstention volontaire.

Nous ajoutons que le fait qu'elle soit en arrêt maladie ne lui interdit en aucun cas de signer le contrat de travail à la date prévue. L'engagement réciproque porte sur « la signature d'un contrat à compter du ... ». L'arrêt maladie entraîne simplement un délai avant le début d'exécution du contrat.

### **Discrimination**

A notre sens, si les parents refusaient de signer le contrat **du fait de la maladie de l'assistante maternelle**, ils seraient en situation de payer le demi mois de salaire, mais aussi d'être poursuivis pour discrimination sur le fondement de l'état de santé.

**Article L1132-1 CT** « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008* »\_« *notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de l'un des motifs énoncés à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée* ».

**Article 1 loi n° 2008-496** « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence, de son état de santé,* ... ».

Ce qui pourrait entraîner une lourde condamnation (au civil et au pénal).

Les parents devront donc avoir recours pendant quelques temps à un mode de garde alternatif (Assistante maternelle en CDD, nounou à domicile, entreprise de service à la personne etc.).

## Engagement réciproque

*Quelle est la valeur d'un engagement mutuel si l'assistante maternelle a une suspension d'agrément ou en perd le bénéfice? »*

**Résumé :**

*la suspension ou le retrait d'agrément s'impose à l'employeur comme au salarié. Aucune des parties n'a à verser d'indemnité à l'autre, l'engagement mutuel étant caduc.*

Un retrait ou une suspension d'agrément intervenant avant la signature du contrat rendrait à notre sens caduc l'engagement réciproque.

La suspension ou le retrait de l'agrément **s'impose au salarié et à l'employeur.**

Dans ce cas, la signature du contrat devient impossible puisque l'objet d'un contrat doit être licite (articles 1128 et 1162 code civil) et qu'il est illicite de garder un enfant à son domicile contre rémunération sans être agréé comme assistante maternelle.

Aucune des parties n'a manifesté la volonté de ne pas respecter ses engagements.

Hormis le cas où le retrait d'agrément serait consécutif à une décision de l'assistante maternelle (déménagement) ou un manquement délibéré de sa part, il nous semble peu vraisemblable qu'elle puisse être tenue de verser le demi mois de salaire.

## Engagement réciproque

*Quelle serait la valeur d'un engagement mutuel si une des 2 parties souhaitait modifier la durée mensuelle de l'accueil et donc la rémunération et si l'autre partie refusait cette proposition ?*

**Résumé :**

*la modification ne saurait être imposée par l'une des parties à l'autre et peut être interprété comme un refus de la partie à l'origine de la modification de respecter ses engagements initiaux (une rétractation de la promesse d'embauche). Cette partie serait donc redevable de l'indemnité forfaitaire.*

S'il est toujours possible de modifier les caractéristiques de la future relation de travail d'un commun accord, cette modification ne saurait être imposée par l'une des parties à l'autre. Si c'était le cas, cela s'analyserait comme un refus de la partie à l'origine de la modification de respecter ses engagements initiaux (une rétractation de la promesse d'embauche). Cette partie serait donc redevable de l'indemnité forfaitaire.

**Jurisprudence**

Il y a peu de jurisprudence relative à « l'engagement réciproque » prévu par la convention collective des assistants maternels du particulier employeur.

Aussi l'analyse ci-dessus est principalement basée sur les jugements intervenus dans d'autres branches professionnelles.

En effet, la pratique de la « promesse d'embauche » n'est pas spécifique aux assistantes maternelles.

**Selon la jurisprudence dans ce domaine :**

La promesse d'embauche indiquant les éléments essentiels du contrat, vaut contrat de travail.

La jurisprudence n'exige pas qu'elle contienne toutes les clauses essentielles du contrat.

Ainsi, pour la Cour de cassation, constitue une promesse d'embauche :

- L'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction.. (C. Cass. n°08-42.951)
- Une lettre certifiant l'embauche et précisant la rémunération. (C. Cass. n°08-40920)
- Une lettre proposant un poste de gardien, sous la condition de l'obtention d'un marché, et précisant la rémunération et la date d'entrée en fonction (la qualification et le poste proposé faisaient défaut). (C. Cass. n°01-42.729).

Pour une assistante maternelle, l'engagement réciproque précise le salaire, la durée du travail, la date prévue de signature du contrat et on peut en déduire l'emploi occupé et le lieu de travail.

Donc, les conditions sont réunies pour qu'il ait la valeur d'un contrat de travail. (C. Cass. n° 08-42951)

En principe, l'employeur ne peut donc pas se rétracter. S'il décide finalement de ne pas donner suite à son engagement, il devra normalement verser le demi mois de salaire prévu conventionnellement.

On peut également lui conseiller de faire état d'un motif légitime de rupture propre à écarter tout soupçon de discrimination, même si l'exécution du contrat n'a pas commencé (ce qui est le cas ici).

*(Suite →)*

## Engagement réciproque

( Suite)

### Sanction de la rétractation par l'employeur sans motif légitime

En cas de rétractation, et même si le retrait de l'enfant n'a, selon la cour de cassation, pas à être motivé, la rupture ouvre droit, en application de l'engagement réciproque, à l'indemnisation forfaitaire prévue (1/2 mois de salaire).

Les juges pouvant estimer que cette réparation doit correspondre au préjudice subi (C. Cass. n° 01-42068) et donc en évaluer différemment le montant (principe de *l'appréciation souveraine du préjudice par le juge du fond*. C. Cass. n° 89-15929).

A noter que l'exécution du contrat de travail n'ayant pas débuté, l'employeur ne peut invoquer une rupture de période d'essai.

(C. Cass. n° 08-42951).

### Rétractation par le salarié

De la même manière, le candidat qui accepte une promesse d'embauche s'engage vis-à-vis de son futur employeur.

Si au dernier moment, il décide finalement de ne pas prendre son poste, l'employeur peut donc engager une action judiciaire à son encontre (pour brusque rupture).

Le salarié peut être tenu de verser des dommages et intérêts.  
(C. Cass. n°91-44.288).

Il est vraisemblable que l'arrêt maladie constitue une raison légitime pour ne pas occuper le poste immédiatement (mais probablement pas pour remettre en cause l'engagement du salarié).

## Cumul d'emploi

---

*Vous nous interrogez sur le fait de savoir s'il est possible de cumuler un travail d'assistante maternelle avec une activité d'autoentrepreneur.*

Résumé :

Oui.

*Il est possible de cumuler emploi d'assistante maternelle et auto-entreprenariat, sous réserve que l'activité indépendante s'exerce en dehors des heures de garde des enfants et n'interfère pas avec les engagements contractuels qu'a pris l'assistante maternelle.*

---

Il est **possible de cumuler une activité d'autoentrepreneur** et un emploi d'assistante maternelle, en l'absence de réglementation l'interdisant.

Toutefois, tout salarié a, envers son employeur, un **devoir de loyauté**. Cela implique que l'activité indépendante doit s'exercer en dehors des heures de garde des enfants et ne pas interférer avec les engagements contractuels qu'a pris l'assistante maternelle.

Rappelons, d'autre part, que le référentiel national d'agrément des assistants maternels (**Décret n° 2012-364 du 15 mars 2012**) prévoit que « *La capacité à préserver la disponibilité nécessaire vis-à-vis de l'enfant accueilli au regard des tâches domestiques et autres activités personnelles* » est un des critères essentiels d'obtention de l'agrément.