

Lettre aux RAM* n°1

*Relais Assistantes Maternelles

Questions/Réponses relatives aux Assistantes Maternelles et à leurs employeurs

Dans ce numéro :

Obligation de loyauté.....	2
Responsabilité civile professionnelle.....	2
Protection contre le licenciement après maternité.....	3
Inaptitude.....	4
Indemnités d'entretien.....	5 et 6
Indemnités kilométriques (fratrie).....	6

Obligation de loyauté

L'assistante maternelle peut-elle confier l'enfant qu'elle a en garde à un tiers ?

Résumé :

Non, l'assistante ne peut pas confier l'enfant confié à sa garde à un tiers, l'assistante maternelle étant seule responsable et tenue à une surveillance constante de l'enfant gardé.

En France, les contrats de travail sont conclus *intuitu personae*, littéralement «en fonction de la personne». Lorsqu'un employeur recrute un salarié, il le fait en considérant plusieurs critères, comme son CV, sa personnalité, le déroulement des entretiens... Il embauche une personne avec un profil particulier et c'est à elle qu'il confie une tâche. L'employé est donc tenu d'exécuter lui-même le travail qui lui a été donné puisqu'il a personnellement été choisi à cet effet.

Le droit du travail est régi par l'obligation de **loyauté** du salarié.

En vertu de l'article L1222-1 du code du travail qui rappelle que le contrat doit être exécuté de bonne foi, l'employé est soumis vis-à-vis de son employeur à une obligation d'honnêteté et de non-concurrence et doit respecter la loi.

En déléguant son travail à un « sous-traitant », que celui-ci soit une autre assistante maternelle, son conjoint ou son grand fils, l'assistante maternelle passe donc outre l'*intuitu personae* de son contrat et ne respecte pas son obligation de loyauté. Il s'agit d'une faute, possiblement grave, qui peut justifier un licenciement voire la perte des indemnités de licenciement.

Dans un cas d'espèce où la négligence d'une assistante maternelle avait été à l'origine de l'accident d'un enfant, la cour de cassation (C. Cass n° 09-12609) a retenu la responsabilité de l'assistante maternelle au motif que :

- « *qu'aux termes du contrat d'assistance maternelle il est stipulé que l'assistante est seule responsable de l'enfant gardé* » ;
- que sa responsabilité est engagée du fait d'un *défaut de surveillance constante, à laquelle elle était tenue* ».

Responsabilité civile professionnelle

Un enfant a causé des dégâts matériels chez son assistante maternelle. Celle-ci affirme aux parents qu'ils doivent faire appel à leur propre assurance responsabilité civile.

Résumé :

les dommages causés par un enfant gardé aux biens de l'assistante maternelle sont couverts par l'assurance responsabilité civile professionnelle de cette dernière.

La loi oblige les assistantes maternelles agréées à souscrire un contrat d'assurance permettant de garantir leur **responsabilité civile professionnelle** (voir notamment la [Convention collective nationale des assistants maternels du particulier employeur, chapitre Obligations administratives](#) et la [Loi n° 2005-706 du 27 juin 2005 relative aux assistants maternels et aux assistants familiaux](#)).

Comme pour la responsabilité civile automobile, cette assurance est **fondamentale** car elle **protège financièrement**, en cas d'accident, l'assistante maternelle et les parents de l'enfant gardé :

- si l'enfant est **victime** d'un accident durant la période de garde, du fait de l'assistante maternelle ou d'une tierce personne,
- si l'enfant **provoque** un accident, par exemple envers un autre enfant gardé chez la même assistante maternelle,
- si l'enfant cause un **dommage** à l'assistante maternelle.

L'assistante maternelle agréée est censée porter une attention de tous les instants à l'enfant gardé.

Sauf cas exceptionnel, la responsabilité de l'accident et des dommages lui sera imputée, ce qui peut engendrer des montants d'indemnisation très importants.

Une attestation d'assurance doit d'ailleurs être demandée par les parents à l'assistante maternelle avant la signature du contrat et doit être vérifiée chaque année.

La seule garantie obligatoire est la responsabilité civile qui couvre les dommages matériels, immatériels ou corporels subis ou provoqués par l'enfant gardé.

Ces dommages peuvent impliquer l'enfant gardé, l'assistante maternelle, les personnes vivant au foyer de l'assistante maternelle, les tiers, mais aussi le mobilier, le bâtiment et les animaux.

En conséquence, les dommages causés par un enfant gardé aux biens de l'assistante maternelle sont couverts par l'assurance responsabilité civile professionnelle de cette dernière.

C'est seulement dans le cas d'une « garde au domicile des parents », donc avec le statut de salarié du particulier employeur, que l'assurance responsabilité civile des parents entre en jeu.

Protection contre le licenciement après maternité

Est-il possible de retirer un enfant dans la période suivant le congé maternité de l'assistante maternelle ?

Résumé :

Le retrait ou la suspension d'agrément sont les seuls cas qui constituent une impossibilité de maintenir le contrat de travail. Le retrait de l'enfant pour une autre cause devra être motivé et sa licéité relève de l'appréciation souveraine des tribunaux.

La récente loi n° 2016-1088 (dite El Khomri) a modifié les règles relatives au licenciement des femmes avant et après leur congé maternité.

L'article L 1225-4 du code du travail dispose dorénavant : « *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. Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa* ».

Cela signifie que pendant les **10 semaines qui suivent la fin du congé maternité** (durée éventuellement augmentée de la durée des congés payés s'ils sont pris immédiatement après le congé maternité. C. Cass n° 13-12321), la salariée bénéficie d'une protection dite « relative » contre le licenciement.

C'est-à-dire qu'elle ne peut être licenciée que pour **faute grave** ou pour « **impossibilité de maintenir le contrat de travail** » et que si le motif invoqué n'est pas lié à la grossesse (notion d'ailleurs reprise par la convention collective art 16).

La notion d' « impossibilité de maintenir le contrat de travail » est susceptible d'interprétation. En la matière, les juges, lorsqu'ils sont saisis, apprécient les faits au cas par cas.

Si les parents invoquent l'intérêt psychologique de l'enfant, il est possible mais non certain que cela soit suffisant pour légitimer le licenciement.

L'entrée de l'enfant à l'école ou l'obtention d'une place en crèche n'ont pas été jugé comme rendant impossible le maintien du contrat de travail (CC n°08-40011 et CA Paris n°11/01969).

Le retrait ou la suspension d'agrément sont les seuls cas qui constituent une impossibilité de maintenir le contrat de travail. En tout état de cause, si les parents procèdent (ou ont procédé) à un retrait pendant la période de protection, il est souhaitable qu'ils aient dûment motivé le retrait.

Le seul fait d'évoquer une « perturbation psychologique de l'enfant » pourrait ne pas être suffisant pour rendre licite le retrait. Pour information, dans les entreprises soumises aux dispositions légales relatives au licenciement économique, le motif économique de licenciement n'est pas systématiquement jugé comme rendant impossible le maintien du contrat de travail.

Inaptitude

Une assistante maternelle a eu un accident du travail, elle ne peut plus exercer son activité et est déclarée inapte par son médecin traitant.

Est-ce que cette inaptitude est valable ?

Le préavis qui devrait assortir le licenciement est-il dû ?

L'indemnité de licenciement doit-elle être doublée ?

Résumé :

La décision du médecin, qui n'a pas la qualité de médecin du travail, est un simple avis médical sans portée vis-à-vis de l'employeur. Si l'état de santé de l'assistante maternelle conduit à un retrait de son agrément par la CAF, l'employeur a interdiction de lui confier son enfant, et doit lui payer ses indemnités de licenciement.

Le préavis n'est pas dû, puisqu'il ne peut pas être exécuté, et les indemnités de licenciement ne sont pas doublées, en l'absence d'inaptitude médicale au sens du code du travail.

Les assistantes maternelles ne bénéficient pas des dispositions relatives à la médecine du travail.

L'article L 423-2 du CASF ne fait pas référence aux règles relatives à la médecine du travail.

D'ailleurs aucun texte du Livre IV du code du travail n'est applicable à notre connaissance.

La convention collective ne prévoit rien non plus.

De plus, un médecin traitant ne remplit vraisemblablement pas les conditions pour être médecin du travail telle que prévues par R 4623-2 CT : « *Seul un médecin remplissant l'une des conditions suivantes peut pratiquer la médecine du travail :*

1. *Etre qualifié en médecine du travail ;*
2. *Avoir été autorisé, à titre exceptionnel, à poursuivre son exercice en tant que médecin du travail en application de l'article 28 de la loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 ou de l'article 189 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale ;*
3. *Etre titulaire d'une capacité en médecine de santé au travail et de prévention des risques professionnels ».*

La décision du médecin, en l'occurrence, est un simple avis médical sans portée vis-à-vis de l'employeur.

Cette question doit être traitée au regard du **possible retrait de l'agrément de l'assistante maternelle.**

En effet, le Conseil Départemental, peut retirer l'agrément dès lors que l'état de santé de la salariée ne lui permet plus d'exercer ce métier.

Compte tenu du fait que les règles relatives à la médecine du travail, comme celles relatives à l'inaptitude, n'ont pas à s'appliquer dans ce cas, nous ne voyons pas d'autres solutions.

En clair, qu'elle se rapproche du conseil départemental, afin qu'il missionne un médecin.

Si ce dernier valide l'inaptitude à exercer la profession, le Conseil Départemental retirera l'agrément.

En cas de retrait ou de suspension de l'agrément (en l'attente d'une décision définitive), le « retrait forcé » (du fait de l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié d'exécuter le contrat) s'impose au salarié et à l'employeur (art 18g C. Coll.).

A défaut d'agrément, l'employeur a en effet interdiction de confier l'enfant (art L 421-1 à 3 CASF).

La convention dispose que le contrat est « rompu **sans préavis** ni indemnité de rupture ».

Le préavis n'est effectivement pas dû puisque de toute manière il ne peut pas être exécuté.

En ce qui concerne l'indemnité de licenciement, par contre, les termes ont été exclus de l'arrêté d'extension de la convention.

En effet, seul la faute grave et la force majeure peuvent justifier le non versement de l'indemnité de licenciement (art L 1234-9 et 12 CT).

Dans ce cas d'espèce, il n'y a pas de faute grave, le retrait d'agrément ne présente pas les caractéristiques jurisprudentielles d'un cas de force majeure.

C'est le sens d'une décision n° 280606 du conseil d'état saisi par la FEPEM au sujet de l'arrêté d'extension dont il est question plus haut.

L'indemnité est donc due. Mais non doublée puisque l'inaptitude, au sens juridique du terme, n'existe pas.

Indemnités d'entretien

PAJEMPLOI, concernant le montant de l'indemnité d'entretien due aux assistantes maternelles, préconise de verser l'indemnité définie par l'article D 423-7 du Code de l'Action Sociale et des Familles comme ne pouvant être inférieure à 85% du Minimum Garanti soit $3,52 \times 0,85 = 2,99\text{€}$ pour une journée de 9 heures et proratisée en fonction de la durée d'accueil de l'enfant. Le centre PAJEMPLOI semble indiquer que, l'annexe I de la convention collective ne précisant pas la durée d'une journée d'accueil, il n'y a pas lieu d'appliquer ce texte. Quelle est la position du ministère chargé du travail ?

Résumé :

Les parents employeurs ont l'obligation d'appliquer l'annexe I, c'est-à-dire de verser une indemnité minimum de 2,65€ par jour de garde dans le cas où l'application proratisée de l'article D 423-7 CASF aboutirait à une somme inférieure, faute de quoi, ils s'exposent à des poursuites civiles, voire pénales.

Nous tenons à préciser que si ce problème n'a pas été réglé jusqu'à aujourd'hui par la jurisprudence, nous avons néanmoins de bonnes raisons de penser que cette annexe doit être appliqué.

Ce qui aboutit à ce que « **Jusqu'à 8 heures d'accueil, l'assistante maternelle devra donc percevoir 2,65€ par journée, quelle que soit la durée de la journée. Au-delà, elle percevra 2,99€ pour 9heures, 3,32€ pour 10 heures etc...** ».

1 – L'annexe I dispose « *L'indemnité d'entretien couvre les frais occasionnés au salarié par l'accueil de l'enfant (voir article 8 de la présente convention collective nationale de travail des assistants maternels du particulier employeur) :*

*Par accord paritaire du 1er juillet 2004 les partenaires sociaux fixent le **montant minimum** de l'indemnité d'entretien à : 2,65 € par journée d'accueil ».*

Ce texte définit un montant minimum de l'indemnité par journée d'accueil.

Il s'agit d'un montant que les partenaires sociaux ont défini de manière forfaitaire (en partie).

Ce qui s'explique en se référant à l'article 8 de la convention qui détaille les frais auxquels correspond l'indemnité : « *Ce sont les investissements, jeux et matériels d'éveil, ainsi que l'entretien du matériel utilisé, la part de consommation d'eau, d'électricité, de chauffage, etc. L'employeur et le salarié déterminent d'un commun accord le montant de l'indemnité journalière destinée à couvrir les frais d'entretien de l'enfant supportés par le salarié. L'indemnité afférente à ces frais est due pour chaque journée d'accueil. Elle ne peut être inférieure au montant défini par accord paritaire : voir annexe n° 1* ».

Ces frais, engagés par l'assistante maternelle, peuvent très difficilement être ventilés entre les enfants gardés et les périodes de garde (entretien du matériel, investissements etc...).

Nous considérons donc que les 2,65€ par jour de garde correspondent à une part incompressible de frais engagés.

2 – Sur l'aspect purement juridique de l'articulation entre normes et leur hiérarchie.

Nous sommes ici en présence de 2 normes juridiques :

- d'un article D423-7 issu d'un décret simple (et non d'une loi) n° 2008-244.
- d'une annexe I à une convention collective du 1/07/2004 étendue par arrêté ministériel du 17 décembre 2004.

Ces deux normes concernent la même question et semblent a priori incompatibles.

C'est le « principe de faveur » qui règle, en droit du travail, ce type de conflit de normes.

Le champ d'application de la convention collective est le suivant : « *La présente convention collective règle les rapports entre le parent particulier employeur et l'assistant maternel auquel il confie son ou ses enfant(s)* ».

Le code du travail (art L 2261-15) dispose que : « *Les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, répondant aux conditions particulières déterminées par la sous-section 2, peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective* ».

Les parents employeurs ont donc **l'obligation d'appliquer l'annexe I** c'est-à-dire de verser une indemnité minimum de 2,65€ par jour de garde dans le cas où l'application proratisée de l'article D 423-7 CASF aboutirait à une somme inférieure.

S'ils ne le font pas, ils s'exposent à des poursuites civiles en causant un préjudice financier à la salariée.

Indemnités d'entretien (suite)

Ils s'exposent théoriquement également à des poursuites pénales sur le fondement de l'article R2263-4 CT « *Le fait pour l'employeur de méconnaître les stipulations conventionnelles relatives aux accessoires du salaire prévus par une convention ou un accord collectif de travail étendu, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. L'amende est prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés* ».

Enfin, le code du travail précise que « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public » (Article L2251-1 CT).

3 – Sur le plan pratique, nous constatons :

- que le ministère du travail dans son Livret d'Information « *Les assistants maternels employés par des particuliers* » adopte notre position ;
- c'est le cas également du site Casamape ;
- du syndicat Unsa-assmat.

Pour notre part, nous considérons que préconiser la seule application de l'article D 423-7 fait courir des risques juridiques non négligeables aux employeurs et cause un préjudice certain aux salariées.

Indemnités kilométriques (fratrie)

Mme E garde les enfants Ynes et Sarah. Elle les emmène tous deux à l'école en voiture. Les parents lui versent une indemnité kilométrique au titre de la garde d'Ynes. Sont-ils en droit de refuser de verser l'indemnité au titre de la garde de Sarah.

Résumé :

l'indemnité kilométrique est due pour chacun des deux enfants, y compris s'ils sont transportés dans le même véhicule.

La cour d'appel de Bordeaux (N°14/05493) a condamné les parents employeur à verser l'indemnité kilométrique au titre de la garde de Sarah « *même si ce trajet était effectué pour le compte commun des deux enfants* » alors même qu'aucun contrat n'avait été signé cet enfant.

Le montant des indemnités kilométriques est encadré par l'article 9 de la convention : « *Si le salarié est amené à utiliser son véhicule pour transporter l'enfant, l'employeur l'indemnise selon le nombre de kilomètres effectués. L'indemnisation kilométrique ne peut être inférieure au barème de l'administration et supérieure au barème fiscal. L'indemnisation est à répartir, le cas échéant, entre les employeurs demandeurs des déplacements. Les modalités sont fixées au contrat* ».

En l'absence de contrat écrit et compte tenu du fait que les textes imposent le versement d'une indemnité, la cour a été amenée à fixer elle-même son montant (similaire en l'occurrence à celui qui est prévue pour le contrat d'Ynes).

En l'absence de contrat écrit pour Sarah et de paiement de salaire (mais seulement pour elle), la question était posée du versement de l'indemnité de 6 mois de salaire à l'assistante maternelle pour travail dissimulé (article L 8223-1 code du travail).

La cour a rejeté la demande de l'assistante maternelle faute de constater une volonté de dissimulation d'emploi de la part de l'employeur.