

## LES FICHES DE LA DGT

**Service des relations et des conditions de travail**  
**Sous direction des relations individuelles et collectives de travail**  
**Bureau des relations individuelles du travail**  
**RT1**

**Application de la loi de modernisation du  
marché du travail aux assistants  
maternels embauchés par un particulier  
employeur.**

**Numéro : 2008-42**  
**Créée le 19/11/2008**

**Classement : RT1-03**

**SIGNALE**

- Loi de modernisation du marché du travail
- Assistants maternels embauchés par des particuliers employeurs
- Rupture conventionnelle
- Conseiller du salarié
- Indemnité de licenciement
- Période d'essai
- Délai de prévenance pendant la période d'essai

### Références juridiques

Articles L.423-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles

Articles L. 1237-11 et suivants du code du travail

Article L. 1232-1, L. 1232-4 et L. 1234-9 du code du travail

Articles L. 1221-19 et suivants du code du travail

Article L. 1211-1 du code du travail

Articles R. 1234-2 et R. 1237-3 du code du travail

Loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation

Convention collective nationale des assistants maternels embauchés par un particulier employeur du 1<sup>er</sup> juillet 2004.

### Objet

Loi de modernisation du marché du travail n°2008-296 du 25 juin 2008.

Conditions d'application aux assistants maternels embauchés par un particulier employeur.

## Question

La loi de modernisation du marché du travail s'applique-t-elle aux assistants maternels embauchés par un particulier employeur qui sont régis par un statut particulier ?

## Réponse

Cette profession est désormais régie par une convention collective et des dispositions législatives fortement modifiées en 2005 pour les rapprocher du droit commun. Ces dispositions figurent depuis la recodification aux articles L. 423-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles. L'article L. 423-2 du CASF précise les dispositions du code du travail applicable. La formulation est la suivante : « Sont applicables aux assistants maternels et assistants familiaux employés par des personnes de droit privé les dispositions du code du travail relatives : ».

La jurisprudence relative à cette profession n'a pas précisé, contrairement aux employés de maison, que cette liste n'était pas limitative. Ainsi concernant le licenciement, cette profession est couverte par une procédure très spécifique (le droit de retrait de l'enfant par les parents) et le juge n'a pas souhaité leur appliquer les dispositions de droit commun (par exemple sur la convocation à un entretien préalable. Cour Cass, 16 juin 1998, n°95-45.592 ou indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, Cour Cass., 2 juillet 2002, n°00-40.394).

Néanmoins le juge considère que ce statut spécifique et ce droit de retrait ne doivent pas priver le salarié de l'exercice d'un droit (réclamation concernant un salaire, Cour Cass, 17 juin 1997, n°94-41147) ou de l'application de dispositions d'ordre public (protection de la maternité, Cour de Cass, 26 mars 2002, n°99-45980). A ce titre le salarié peut bénéficier de dommages-intérêts pour rupture abusive.

### A. Rupture conventionnelle.

Les dispositions nouvelles relatives à la rupture conventionnelle ne sont pas visées à l'article L. 423-2 du CASF. Néanmoins dans la mesure où il s'agit d'un droit nouveau pour le salarié et l'employeur et que cette procédure ne remet pas en cause le dispositif spécifique de retrait de l'enfant qui continue à s'appliquer, on peut considérer que ces nouvelles dispositions s'appliquent également à cette profession, la loi de modernisation du marché du travail, n'ayant pas souhaité les exclure expressément, tout comme le champ d'application prévu à l'article L. 1211-1 qui s'applique à la rupture conventionnelle.

### B. Assistance par un conseiller du salarié :

Le même raisonnement que pour les employés de maison (cf. autre fiche Sitere sur le sujet) peut s'appliquer ici.

La possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié ne s'applique pas en vertu d'une jurisprudence relative à l'article L.1232-4 qui précise que « lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise » .

Lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative». Ces dispositions renvoyant explicitement à l'entreprise ne peuvent s'appliquer aux assistants maternels embauchés par des particuliers. La rédaction de l'article L. 1237-12 étant comparable, le même raisonnement s'applique.

En conséquence, il convient de considérer que la non application de l'article L.1237-12 ne peut être considérée comme remettant en cause la liberté du consentement des parties mentionnée à la fin de l'article L. 1237-11 : la rupture conventionnelle « est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties».

#### C. L'indemnité de licenciement.

La convention collective prévoit un mode de calcul spécifique.

De même que pour les employés de maison, l'art. 1 de la loi du 19 janvier 1978, transposant l'ANI sur la mensualisation, précisait son champ d'application en renvoyant à l'ex art. L. 131-1 (devenu ensuite L. 131-2) qui visait expressément les assistants maternels. Dans une décision du 26 février 2007 n°280606, le Conseil d'Etat a confirmé que la loi sur la mensualisation s'applique à cette profession. Depuis la recodification, l'article L. 131-2 devenu l'article L. 2211-1 n'évoque plus que « les employeurs de droit privé ainsi que leurs salariés ». Par ailleurs, la loi de mensualisation a été codifiée et son ancien article premier n'existe plus. Néanmoins, ces modifications ne doivent pas selon nous empêcher de raisonner à droit constant.

En conséquence, il convient de considérer qu'en cas de licenciement **le nouvel article L. 1234-9 définissant le nouveau mode de calcul de l'indemnité de licenciement, et se substituant sur ce point à la loi de mensualisation, s'applique dans la mesure où il est plus favorable que celui de la convention collective.**

NB : néanmoins cette indemnité ne s'applique pas en cas de suspension ou retrait de l'agrément, conformément aux dispositions législatives (article L. 423-24 du CASF). Cette disposition qui figurait au départ dans la convention collective avait été exclue par l'arrêté d'extension, en application de la loi de mensualisation. Cette décision contestée a été confirmée par le Conseil d'Etat (décision citée plus haut n° 280606). Néanmoins la loi N°2005-706 du 27 juin 2005 votée postérieurement à cette convention collective et à l'arrêté d'extension a prévu également qu'en cas de rupture du contrat pour suspension ou retrait de l'agrément, les charges ne pouvaient être supportées par l'employeur. En conséquence, il convient de considérer que le recours contre l'arrêté d'extension ne portait que sur les ruptures contractuelles intervenues entre le 1<sup>er</sup> janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la convention collective étendue et le 29 juin 2005, date d'entrée en application de la loi du 27 juin 2005. A partir du 29 juin 2005, la loi s'applique sur ce point précis.

#### D. Période d'essai.

Le même raisonnement que celui appliqué à la rupture conventionnelle peut s'appliquer ici : la loi prévoyant de nouveaux droits pour le salarié, elle doit pouvoir profiter également à ces salariés de droit privé.

Nota : les principes de recodification ayant conduit à une inscription dans le code de l'action sociale et des familles des dispositions figurant auparavant dans le code du travail ne valent pas exclusion du champ de compétence du droit du travail et donc des Directions Départementales.

		<b>Dispositions actuelles</b>	<b>Application de la loi de modernisation</b>	<b>Modification du droit applicable</b>
<b>Assistant maternel</b>	<i>Rupture conventionnelle</i>	Pas prévu par la CCN ou l'article L.423-2 CASF	Oui	Application des articles L. 1237-11 et suivants sauf :
	<i>Assistance par un conseiller du salarié</i>	Non conformément jurisprudence	Non	Aucune. L'article L. 1237-12 ne s'applique pas.
	<i>Indemnité légale de licenciement</i>	CCN (+ application de la loi de mensualisation 18 janvier 1978 si plus favorable)	Oui	Application du nouvel article L. 1234-9 dans la mesure où il est plus favorable que la CCN
	<i>Période d'essai</i>	CCN : de 1 à 3 jours d'accueil : 3 mois 4 jours et plus : 2 mois	Oui.	Conforme à la loi. Pas d'impact
	<i>Renouvellement de la période d'essai</i>	Pas prévu dans la CCN	Oui	Pas de changement : pas de renouvellement possible
	<i>Délai prévenance pendant la période d'essai pour l'employeur</i>	CCN : 0	Oui	L'art. L. 1221-25 s'applique
	<i>Délai de prévenance pendant la période d'essai pour le salarié</i>	CCN : 0	Oui	L'art. L. 1221-26 s'applique
	<i>Cause réelle et sérieuse</i>	Dispositif spécifique du droit de retrait	Non. Les dispositions législatives et conventionnelles spécifiques continuent à s'appliquer	Pas d'impact.