

La décision de retrait de l'enfant par le particulier employeur d'un(e) assistant(e) maternel(le) : quelles limites au particularisme ?

par *Alexia GARDIN*, Maître de conférences à l'Université de Lorraine, CERIT-IFG

PLAN

I. La mesure du particularisme

- A. Décision de retrait de l'enfant et exclusion du droit commun du licenciement
- B. Faute grave, retrait de l'enfant et licenciement disciplinaire

II. L'articulation en question : le retrait de l'enfant face à la protection de la maternité

« *A part* »... le statut juridique des assistant(e)s maternel(le)s (1) du particulier employeur l'est à bien des égards. Il l'est, d'abord, du point de vue de la localisation des textes législatifs et réglementaires qui encadrent cette relation de travail particulière qui, depuis la recodification du Code du travail, ne figurent plus dans ce code emblématique, mais ont été transférés dans le Code de l'action sociale et des familles (2). On a pu, en son temps, critiquer l'option prise par le recodificateur (3) : politiquement, elle ne permettait pas d'assurer l'unité du salariat ; concrètement, elle obligeait à la manipulation de deux codes, de sorte que l'on pouvait douter que l'objectif d'accessibilité poursuivi par l'entreprise de recodification soit pleinement atteint ; juridiquement, elle faisait craindre des problèmes d'articulation entre dispositions générales et textes spécifiques. Sans doute peut-on minimiser cette dernière critique en relevant que les problèmes d'articulation sont davantage liés à la teneur des textes qu'à leur localisation dans tel ou tel code. Comme nous le verrons ultérieurement, avant même le transfert des dispositions encadrant la relation de travail de l'assistant(e) maternel(le) du particulier employeur, des difficultés se sont faites jour et leur résolution a nécessité plusieurs prises de position de la Cour de cassation (4). Il n'en demeure pas moins qu'en pointant la coexistence de dispositions générales et de textes spécifiques, la critique permet de mettre en lumière un second sens pouvant être donné à l'affirmation d'un statut juridique « *à part* » : un sens plus fondamental lié au contenu des règles applicables, qui demeurent encore aujourd'hui (5) largement placées sous le signe du particularisme et de la dérogation au droit commun du salariat (6).

Au premier chef de ces règles marquées par une grande singularité figure sans nul doute l'article L. 423-24, alinéa 1 du Code de l'action sociale et des familles, relatif à la décision de retrait de l'enfant, et la construction jurisprudentielle afférente. Peu étudié dans son ensemble, le régime élaboré mérite pourtant l'attention à plus d'un titre. D'abord, parce que ce qui est en débat derrière l'interprétation du texte susvisé n'est rien moins que l'étendue de l'exclusion du droit commun du licenciement et du droit disciplinaire. La

(1) Nous avons choisi dans le cadre de cette étude de désigner la catégorie de professionnels visée par son féminin et son masculin afin de nous rapprocher du vocabulaire asexué mobilisé par le législateur depuis 2005. Mais le générique masculin n'a pas été retenu tant il est éloigné des réalités du métier (et du contentieux) qui demeure encore aujourd'hui exclusivement féminin.

(2) CASF, art. L. 423-1 et L. 423-2 (dispositions communes à tous les assistants maternels et familiaux employés par des personnes de droit privé) ; art. L. 423-17 à L. 423-22 (dispositions communes à tous les assistants maternels) ; art.

L. 423-23 à L. 423-26 (dispositions applicables aux seuls assistants maternels du particulier employeur).

(3) A. Favre, « L'originalité du nouveau Code du travail », in *Le nouveau Code du travail*, Dalloz, 2008, p. 24

(4) Voir nos développements *infra*.

(5) Même si la dernière réforme du statut opérée par la loi du 27 juin 2005 et par la CCN du 1^{er} juillet 2004 a quelque peu réduit les écarts.

(6) Pour une étude d'ensemble, voir A. Gardin, « Assistant maternel – Assistant familial », Encyclopédie Dalloz, Répertoire travail, septembre 2006, spéc. n° 34 et s.

construction jurisprudentielle sur le sujet constitue dès lors un révélateur de tout premier ordre du particularisme du statut (I). Mais là n'est pas le seul intérêt de la thématique abordée. La décision de retrait de l'enfant offre encore un terrain d'observation privilégié des problèmes de combinaison entre dispositions générales et textes spécifiques et des arguments judiciaires qui président à leur résolution. En effet, qu'un texte de loi déclare applicables aux assistant(e)s maternel(le)s (7) certaines dispositions générales du Code du travail ne règle pas toutes les difficultés. Si la question n'est plus celle de l'applicabilité mais de l'application combinée de deux corps de règles, elle peut être tout aussi délicate à trancher. La combinaison des règles relatives à la décision de retrait et de celles protégeant la maternité en constitue une parfaite illustration (II).

I. La mesure du particularisme

Les dispositions législatives encadrant la relation de travail entre l'assistant(e) maternel(le) et le particulier employeur sont de deux sortes : pour certaines matières, il est procédé à un renvoi au Code du travail (8) et donc au droit commun du salariat ; pour d'autres, des textes spécifiques sont élaborés sans que le rapport avec les dispositions générales ayant le même objet ne soit expressément précisé.

Tel est précisément le cas des textes relatifs à la rupture du contrat de travail à l'initiative du particulier employeur et tout particulièrement de l'article L. 423-24 du Code de l'action sociale et des familles qui traite de la décision de retrait de l'enfant : « *Le particulier employeur qui décide de ne plus confier d'enfant à un assistant maternel qu'il employait depuis trois mois doit notifier à l'intéressé sa décision de rompre le contrat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La date de présentation de la lettre recommandée fixe le point de départ du préavis éventuellement dû en vertu de l'article L. 423-25. L'inobservation de ce préavis donne lieu au versement d'une indemnité compensatrice du congé dû* » (9). Cette disposition implique-t-elle la mise à l'écart de tout le droit commun du licenciement ? Et qu'en est-il des règles qui encadrent le licenciement disciplinaire dans l'hypothèse où le retrait de l'enfant serait la conséquence d'une faute du salarié ? S'il résulte d'une jurisprudence constante que le régime propre de la décision de retrait exclut l'application de tout

le droit commun du licenciement, la question de la place à réserver au licenciement disciplinaire et à son cadre juridique n'a, à notre connaissance (10), pas encore été tranchée. Elle mérite pourtant d'être posée et ce d'autant plus que le concept de faute grave est expressément visé par la législation spécifique (11). Dès lors, au temps de la recherche des ressorts d'une position jurisprudentielle excluant l'application de tout le droit commun du licenciement (A) succédera celui de l'identification des différents arguments pouvant permettre de définir, à l'avenir, le sort du droit du licenciement disciplinaire (B).

A. Décision de retrait de l'enfant et exclusion du droit commun du licenciement

Une ligne jurisprudentielle d'exclusion

C'est en 1998 (12) que la question de l'applicabilité du droit commun du licenciement à la rupture du contrat de travail de l'assistant(e) maternel(le) par suite d'une décision de retrait de l'enfant a été posée pour la première fois à la Cour de cassation (13). Plus particulièrement, c'est le respect de la convocation à un entretien préalable prévue par l'article L. 122-14 [devenu art. L. 1232-2] du Code du travail qui était en cause. Constatant que l'article L. 773-8 du Code du travail [devenu art. L. 423-24, CASF] « *[n'exigeait] nullement que les droits de retrait d'un enfant confié à une assistante maternelle employée par*

(7) CASF, art. L. 423-2.

(8) Réf. préc.

(9) L'alinéa 2 de ce texte envisage un second événement conduisant à la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur : le retrait de l'agrément nécessaire à l'exercice de la profession. Ayant choisi de centrer notre propos sur le régime applicable à la décision de retrait de l'enfant, il n'en sera pas question dans cette étude, même si l'interprétation du texte peut également (mais dans une moindre mesure) susciter l'interrogation. A noter que l'hypothèse de la suspension ou du retrait de l'agrément nourrit très peu de contentieux dans le cadre du rapport entre l'assistant(e) maternel(le) et le particulier employeur (la consultation de la base JuriCa ne nous a permis d'identifier qu'une seule décision sur le sujet : CA Amiens 13 mars 2008, RG n° 07/02563), alors qu'elle occupe une place importante dans le contentieux des personnes morales de droit privé et que le texte fondateur dans ce cadre (l'article

L. 423-8, CASF) a même été l'objet d'une QPC rejetée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 1^{er} avril 2010 (décision n° 2011-119, QPC, *Mme X c. Association ADSEA de Loire-Atlantique*). Pour des commentaires de cette décision, voir D. Boulmier, « Sur le licenciement des assistants maternels et familiaux en cas de retrait d'agrément », RDSS 2011, p. 534 ; Ch. Radé, « Le droit à l'emploi et le statut des assistants maternels et familiaux », Constitutions 2011, p. 370.

(10) C'est le constat auquel nous a conduit la consultation des bases Legifrance et JuriCa.

(11) CASF, art. L. 423-25, relatif au préavis dû en cas de rupture par l'employeur, auquel renvoie l'article L. 423-24, al. 1.

(12) Cass. soc. 16 juin 1998, Bull. civ. V, n° 327.

(13) On se situait alors sous le régime de 1992, mais les termes du débat étaient identiques.

un particulier soit précédée d'une convocation de la salariée à un entretien préalable », la Haute juridiction a décidé la cassation du jugement prud'homal qui avait fait application des dispositions générales. Le texte spécifique a ainsi été interprété comme instituant une procédure simplifiée de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur dérogeant à la procédure de droit commun, de sorte qu'il ne pouvait être question d'une application combinée.

Cette ligne d'exclusion a par la suite été maintenue (14) et étendue à d'autres pans du droit commun du licenciement, telle l'obligation de motivation de la lettre de rupture ou l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. L'argumentaire a toutefois quelque peu évolué, puisqu'il est question dans les dernières décisions à la fois de la lettre de l'article L. 423-24 du Code de l'action sociale et des familles, qui n'impose pas de motivation ou de conditions à l'exercice du droit de retrait, et de l'absence de renvoi express par l'article L. 423-2 du même code [anc. art. L. 773-2, C. trav.] aux dispositions générales sur le licenciement. Ainsi peut-on lire dans un arrêt du 8 avril 2009 (15) relatif à la motivation de la lettre de rupture que « parmi les dispositions que l'article L. 773-2 du Code du travail, repris par l'article L. 423-2 du Code de l'action sociale et des familles, déclare applicables aux assistantes maternelles, les articles L. 122-14-2 et L. 122-14-5 devenus L. 1232-6 et L. 1235-1 du Code du travail ne sont pas visés et que [le particulier employeur] n'avait fait qu'exercer son droit de retrait tel que prévu par l'article L. 773-12, devenu L. 423-24, du Code de l'action sociale et des familles » (16) ; ou encore dans un arrêt du 25 mars 2009 (17) relatif à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, que « parmi les dispositions que l'article L. 773-2 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 27 juin 2005, alors en vigueur, déclare applicables aux assistantes maternelles, l'article L. 122-14-3, devenu L. 1232-1 du Code du travail, n'est pas visé », de sorte qu'il ne saurait être fait grief à une Cour d'appel de n'avoir pas fait application dudit texte.

C'est ainsi, en considération de l'article L. 423-2 du Code de l'action sociale et des familles, que la

signification de l'article L. 423-24 du même code est désormais déterminée avec le souci manifeste des magistrats de la Cour de cassation de dégager une cohérence d'ensemble. A l'argument littéral s'ajoute un argument systémique qui permet de conforter la mise à l'écart du droit commun du licenciement. Pour autant, l'on ne saurait déduire de cette jurisprudence que l'article L. 423-2 se voit, lui aussi, doté d'un sens particulier : celui d'une liste limitative de dispositions générales déclarées applicables aux assistant(e)s maternel(le)s (18). Les arrêts précités ne nous paraissent pas autoriser pareille conclusion dès lors que la Cour de cassation se contente de prendre appui sur un élément tiré d'un texte légal pour fixer le sens d'un autre texte légal : l'article L. 423-24. Une récente décision ayant admis l'applicabilité aux assistant(e)s maternel(le)s du texte aménageant la preuve des heures supplémentaires, alors même qu'il ne figurait pas dans la liste établie par l'article L. 423-2, conforte d'ailleurs cette analyse (19).

Un régime propre offrant des garanties réduites

Reste que le sens de l'article L. 423-24 du Code de l'action sociale et des familles est désormais fixé. Il institue un régime propre de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur lorsque la rupture fait suite à une décision de retrait de l'enfant... Un régime aux garanties des plus réduites, si on en juge au regard des conditions posées par le texte pour l'acte de rupture et à son interprétation jurisprudentielle (20).

Concernant la forme, la seule exigence est celle d'une notification de la décision de rompre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Sa fonction étant exclusivement de permettre une détermination certaine du point de départ du préavis, elle n'apporte à l'assistant(e) maternel(le) qu'une faible garantie. Aucune obligation de motivation ne pèse sur le particulier employeur et, à supposer que les raisons du retrait d'enfant soient indiquées, la lettre ne fixe pas les termes du litige (21). Même une référence à la décision de retrait de l'enfant ne s'impose pas (22).

(14) Pour une reprise de l'attendu de principe, voir Cass. soc. 2 juillet 2002, Bull. civ. V, n° 231.

(15) Cass. soc. 8 avril 2009, Bull. civ. V, n° 112.

(16) L'extrait ici reproduit a été corrigé car il comportait deux références textuelles erronées : l'article L. 423-1 était visé au lieu et place de l'article L. 423-2 et l'article L. 1232-5 en substitution à l'article L. 1235-1.

(17) Cass. soc. 25 mars 2009, pourvoi n° 07-43472.

(18) A noter que ce ne fut pas le sens donné à un autre texte construit sur le même modèle : l'article L. 772-2 du Code du travail relatif aux employés de maison, dont le contenu a été repris à l'article L. 7221-2 avec ajout de l'expression « sont seules applicables ». Si cet ajout visait très certainement à contraindre la jurisprudence à modifier son interprétation, il n'a pas eu l'effet escompté puisque la Cour de cassation vient tout récemment de confirmer que la liste des textes mentionnés à l'article L. 7221-2 du même code n'était pas limitative. Voir Cass. soc. 29 juin 2011, pourvoi n° 10-11525 (P+B).

(19) Cass. soc. 8 juin 2011, pourvoi n° 10-19684 (P+B).

(20) Ce qui vaut également pour le régime conventionnel qui n'améliore en rien le régime légal. Voir art. 18, a) Convention collective nationale des assistants maternels du particulier employeur du 1^{er} juillet 2004, étendue par arrêté du 17 décembre 2004.

(21) Voir CA Rouen 13 mars 2007, RG n° 06/03444, qui contient sur ce point une formulation normative.

(22) Dans l'espèce ayant conduit à l'arrêt du 8 avril 2009 précité, le particulier employeur avait indiqué dans la lettre qu'il mettait fin au contrat de travail pour « cause personnelle » sans autre indication. Adoptant une approche très formelle, les juges du Conseil de prud'hommes de Nevers avaient considéré qu'il n'était nullement fait référence au retrait de l'enfant, de sorte que le dispositif particulier n'était pas applicable et qu'il fallait s'en tenir au droit commun. Leur analyse est censurée par la Cour de cassation.

Quant au fond, la rupture trouvant sa cause dans une décision de retrait de l'enfant qui s'exerce librement (23), elle n'est contrôlée que sur le terrain de l'abus de droit (24) avec les conséquences attachées à ce mécanisme : la preuve de l'abus reposera sur le demandeur et l'indemnisation supposera la démonstration du préjudice subi. Certes, l'étude du contentieux révèle qu'en présence d'une allégation d'abus, les magistrats se montrent particulièrement attentifs aux raisons du retrait, qui ne doivent pas traduire un motif illicite (25), ainsi qu'au contexte de la rupture, qui ne doit pas révéler d'attitude vexatoire ou préjudiciable à la poursuite de son activité par l'assistant(e) maternel(le) (26). Pour autant, l'énumération des raisons jugées exclusives de tout abus suffit à mesurer le fossé qui sépare l'assistant(e) maternel(le) du salarié de droit commun. Ainsi en est-il du choix d'un mode de garde collectif (27), d'un différend sur les congés (28) ou sur les horaires (29) qui traduit l'inadaptation de la prestation offerte aux besoins de la famille (30), mais aussi (et surtout) de l'incompatibilité d'humeur ou de la perte de confiance, largement admises par les magistrats dès lors qu'il existe des éléments objectifs permettant de les étayer (31). Partant de là, il n'est pas surprenant de constater que l'article L. 423-24 et son régime propre aient récemment fait l'objet d'une nouvelle « charge » devant les tribunaux visant à faire juger la non-conformité du dispositif aux exigences de la convention n° 158 de l'OIT (32).

La conventionnalité du dispositif en question

Le développement des demandes de contrôle de la conformité du droit français aux dispositions des

conventions internationales pourvues d'un effet direct est un constat souvent formulé lorsqu'il s'agit de présenter les grandes tendances de la contestation prud'homale. L'épisode du CNE a permis de l'illustrer (33), tout comme celui, plus récent, de la période d'essai conventionnelle déraisonnable (34). Voici donc la convention n° 158 de l'OIT convoquée à plusieurs reprises (35) dans le cadre du contentieux afférent au retrait de l'enfant par le particulier employeur. La prétention présentée par la partie salarié est à chaque fois la même : le dispositif légal sur le retrait de l'enfant, en ce qu'il n'impose ni procédure préalable, ni motivation, serait contraire aux exigences de la convention n° 158 de l'OIT, de sorte qu'il ne pourrait pas recevoir d'application. Si dans toutes les décisions rendues, les magistrats d'appel balayaient l'argument, pour autant, leur motivation diffère fondamentalement. En effet, alors que pour la Cour d'appel de Reims l'assistante maternelle ne peut utilement opposer la convention de l'OIT en ce que « *ses dispositions visent des employeurs professionnels et non des particuliers* », pour la Cour d'Amiens l'inopposabilité de la convention doit être retenue, dès lors que la décision de retrait de l'enfant n'est pas un licenciement. Quant à la Cour d'appel de Nîmes, elle considère que le dispositif légal relève du cadre d'exception de l'article 2 points 4 et 5, qui autorise un Etat signataire à exclure certaines catégories de travailleurs en raison de leurs conditions d'emploi particulières. De notre point de vue, toutes ces motivations ne se valent pas et c'est certainement celle de la Cour d'appel de Reims qui peut se prévaloir du meilleur fondement dans la mesure où la convention de

(23) Pour l'affirmation du libre exercice de la décision de retrait, voir entre autres décisions : Cass. soc. 17 juin 1997, Bull. civ. V, n° 224 ; Cass. soc. 26 mars 2002, Bull. civ. V, n° 108.

(24) Sauf si les deux parties placent la discussion devant les juges du fond sur le terrain du droit commun du licenciement. Voir pour un exemple : CA Aix-en-Provence 18 juin 2008, RG n° 05/13282. A noter que cette décision a fait l'objet d'un pourvoi reprochant aux magistrats d'appel de n'avoir pas fait application de la règle prévoyant le libre exercice de la décision de retrait. Ce pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation aux motifs d'une irrecevabilité du particulier employeur à invoquer une règle incompatible avec la thèse présentée devant les juges du fond. Voir Cass. soc. 24 novembre 2010, pourvoi n° 09-68148.

(25) Voir pour un exemple : CA Aix-en-Provence 23 janvier 2008, RG n° 05/03389, concernant un retrait décidé en raison d'une réclamation de salaire de l'assistante maternelle, les magistrats ayant pris soin de rappeler que « *la réclamation est l'exercice d'un droit* », de sorte que l'on glisse sur le motif illicite. Mais encore faut-il que l'assistante maternelle apporte la preuve d'une réclamation antérieure au retrait. Pour un exemple où la preuve n'était pas rapportée : CA Rouen 13 mars 2007, RG n° 06/03444.

(26) Voir pour un exemple : CA Rouen 7 décembre 2010, RG n° 10/01627. Dans cette affaire, suite à une gifle donnée à l'enfant, le particulier employeur avait prévenu la gendarmerie et diffusé très largement l'information dans le quartier de l'assistante maternelle. En revanche, informer la PMI du retrait et de ses raisons ne traduit aucun abus (CA Riom 15 juin 2010, RG n° 09/02307).

(27) CA Pau 3 janvier 2011, RG n° 10/00642.

(28) CA Lyon 2 juillet 2010, RG n° 09/06689, CA Orléans 15 janvier 2008, RG n° 06/03433.

(29) CA Amiens 19 octobre 2010, RG n° 10/00128.

(30) De sorte que c'est l'assistant(e) maternel(le) qui supporte les risques de son activité !

(31) Voir pour un exemple significatif : CA Riom 15 septembre 2009, RG n° 08/02132, qui relève que l'assistante maternelle s'était érigée en « *moralisatrice sur les choix et les conceptions de vie qu'elle (...) prêtait [aux parents]* » et que cette tension dans les relations avait conduit à « *une perte de confiance, ce qui constitue un obstacle légitime à la poursuite d'un contrat conclu intuitu personae* ». Voir également pour des négligences qui s'étaient révélées infondées : CA Nîmes 8 juin 2010, RG n° 08/03404 ; CA Amiens 7 mai 2008, RG n° 07/03017 et CA Toulouse 4 novembre 2009, RG n° 08/04855, qui notent que les signes relevés n'en constituaient pas moins des éléments objectifs d'inquiétude fondant une perte de confiance.

(32) Convention n° 158 du 8 juin 1982 sur le licenciement.

(33) Pour un rappel : R. Dalmasso, « La vie contentieuse du CNE après son abrogation », RDT 2011, p. 327.

(34) Voir J. Mouly, note sous Cass. soc. 4 juin 2009, JCP 2009, éd. S, 1335, p. 20 ; A. Gardin, « Le raisonnable et la période d'essai », note sous Cass. soc. 4 juin 2009, Chronique de Droit du travail, LPA n° 92, 10 mai 2010, p. 12.

(35) CA Nîmes 8 juin 2010, RG 08/03404 ; CA Amiens 19 octobre 2010, RG n° 10/00128 ; CA Reims 8 juin 2011, RG n° 10/01549.

l'OIT vise expressément les « branches d'activité économique » et les « entreprises ». L'argument sur la qualification de licenciement nous semble en revanche très contestable dès lors que l'article 3 de la convention prend soin de préciser que « le terme licenciement signifie la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur ». Quant à celui tiré du cadre d'exception, il n'a de sens que si l'on considère au préalable que la convention s'applique aux particuliers employeurs, ce qui, à l'instar des juges rémois, ne nous paraît pas acquis. Reste en définitive un dispositif légal offrant peu de garanties à l'assistant(e) maternel(le), mais qui ne peut être remis en cause par la mobilisation d'un instrument international.

Une autre voie pouvant permettre l'amélioration du statut de l'assistant(e) maternel(le) mérite cependant d'être envisagée : celle d'un cantonnement des règles sur le retrait de l'enfant hors du champ disciplinaire.

B. Faute grave, retrait de l'enfant et licenciement disciplinaire

Une « mise en dialogue » (36) de trois textes

La lecture combinée des articles L. 423-24 et L. 423-2 du Code de l'action sociale et des familles a donc conduit à l'identification d'une règle d'exclusion du droit commun du licenciement lorsque la cause de la rupture du contrat de travail réside dans une décision de retrait de l'enfant. Le régime propre de la décision de retrait est alors seul applicable. Mais doit-il en être de même lorsqu'une faute grave est invoquée par le particulier employeur pour justifier une rupture immédiate du contrat de travail comme l'y autorise l'article L. 423-25 du même Code (37) ? C'est alors une « mise en dialogue » de trois textes qui s'avère nécessaire pour déterminer s'il y a lieu de conclure à l'exclusion des règles encadrant le licenciement disciplinaire. Deux approches nous semblent pouvoir être envisagées.

La première, en germe dans certaines décisions d'appel (38), consisterait à faire de l'article L. 423-24 et de la décision de retrait, l'élément central du cadre juridique entourant la rupture du contrat de travail à l'initiative du particulier employeur. Cette disposition fonderait un régime propre trouvant simplement un relais à l'article

L. 423-25 sur un point spécial : le droit à préavis, dont l'assistant(e) maternel(le) serait privé(e) si la décision de retrait s'origine dans une faute grave. Dans un tel schéma, subordonnant le sens de l'article L. 423-25 à celui de l'article L. 423-24, l'invocation d'une faute grave n'aurait pas d'autre fonction que de régler le sort du préavis (39). La cause de la rupture demeurerait la décision de retrait qui appellerait l'application de son régime propre ; un régime dont l'une des composantes serait la reconnaissance au bénéficiaire du salarié d'un droit à préavis, sauf en cas de faute grave. Comme sur la question précédemment évoquée, argument pourrait être pris de l'absence de renvoi au droit commun du licenciement et au droit disciplinaire par l'article L. 423-2.

Reste qu'une autre lecture nous semble possible, une lecture qui consisterait à faire de la faute grave, une exception non seulement à l'application de la règle sur le préavis, mais également à la mise en œuvre du régime propre de la décision de retrait. Il s'agirait de reconnaître que la référence à la faute grave qui figure dans l'article L. 423-25 signifie que la rupture du contrat de travail de l'assistante maternelle peut être obtenue par une autre voie que celle de la décision de retrait de l'enfant : le licenciement disciplinaire. Dès lors, les dispositions générales encadrant un tel licenciement auraient vocation à s'appliquer, sans que l'on puisse opposer l'absence de renvoi aux textes en cause par l'article L. 423-2, l'applicabilité résultant alors de la mobilisation par l'article L. 423-25 du concept de faute grave. L'article L. 423-2 se verrait de la sorte assigner le sens d'une énumération limitative des dispositions générales applicables à l'assistant(e) maternel(le) exclusivement pour les matières où il n'existe pas de dispositions spécifiques. Pour les matières où de telles dispositions ont été prévues, le renvoi aux dispositions générales ou, à l'inverse, leur mise à l'écart devrait être découvert dans les textes particuliers : ici par l'emprunt d'un concept cardinal, là par un contenu excluant une application combinée (40).

C'est l'approche qui est, nous semble-t-il, à l'œuvre dans le dernier arrêt rendu par la Cour de cassation à propos du statut des assistant(e) maternel(les)s. En date du 8 juin 2011 (41), il tranche la question de l'applicabilité du texte aménageant la charge de la preuve des heures supplémentaires accomplies par le salarié (42). Relevant

(36) Pour reprendre la formule très évocatrice de Frédéric Géa dans le cadre de son analyse d'une autre interprétation jurisprudentielle : F. Géa, « Rupture de l'essai et maternité : d'un « dialogue » à l'autre à propos de l'arrêt Portolano », SSL n° 1309, 28 mai 2007, p. 8.

(37) Et l'article 18 c de la CCN des assistants maternels du particulier employeur du 1^{er} juillet 2004.

(38) CA Amiens 7 mai 2008, RG n° 07/03017 ; CA Nîmes 8 juin 2010, RG n° 08/03404 ; CA Pau 9 novembre 2009, RG n° 08/00031 ; CA Reims 8 juin 2011, RG n° 10/01549 ;

C. app. Toulouse 7 mai 2008, RG n° 07/03287 ; CA Toulouse 4 novembre 2009, RG n° 08/04855.

(39) Tel est bien semble-t-il l'approche retenue par la Cour d'appel de Nîmes qui, dans l'arrêt précité, relève qu'à la suite de sa décision de retrait, « la mère avait la faculté, sous le contrôle du juge, de supprimer le préavis [en cas de faute grave] ».

(40) Comme ce fut, semble-t-il, le cas dans l'arrêt du 16 juin 1998 précité. V. nos développements *supra*.

(41) Cass. soc. 8 juin 2011, préc. note 19.

(42) C. trav., art. L. 3171-4.

l'existence de dispositions particulières relatives à la durée du travail (43) excluant l'application des dispositions du Code du travail ayant le même objet, les Hauts magistrats n'en déclarent pas moins l'article L. 3171-4 du Code du travail applicable. A partir du moment où les dispositions spéciales ne comportent aucune indication particulière sur la charge de la preuve des heures supplémentaires, que le concept d'heure supplémentaire a sa place dans le statut particulier, le renvoi à la règle générale pouvait être déduit, quand bien même l'article L. 3171-4 n'était pas expressément visé par l'article L. 423-2 du Code de l'action sociale et des familles. Un raisonnement similaire pourrait être adopté dans la matière qui nous occupe, d'autant que la reconnaissance de l'applicabilité des règles encadrant le licenciement disciplinaire lorsqu'une faute est invoquée par le particulier employeur peut encore se prévaloir d'arguments pragmatiques.

L'appui d'arguments pragmatiques

Admettre que le particulier employeur puisse se prévaloir d'une faute grave pour justifier d'une rupture immédiate du contrat de travail en dehors du cadre du droit du licenciement disciplinaire, nous paraît encore contestable au regard des conséquences qu'une telle règle pourrait impliquer. En effet, dans la mesure où l'invocation d'une faute grave permet au particulier employeur de se dispenser, au moins dans un premier temps, tant de ses obligations en matière de préavis que du paiement de l'indemnité conventionnelle de rupture (44), un effet d'aubaine « renforcé » (45) n'est pas à exclure. Dès lors que le particulier employeur nourrit quelques griefs contre son assistant(e) maternel(le), il pourra être d'autant plus tenté de rechercher les effets attachés à la qualification de faute grave qu'il n'a pas à s'entretenir préalablement avec ce(tte) dernier(e), ni à formaliser ses reproches. De surcroît, le seul risque

attaché à une mauvaise qualification des faits étant celui d'une condamnation au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis et de l'indemnité de licenciement normalement due, on voit difficilement comment le cadre posé pourrait éviter les « mauvaises » pratiques.

Reste donc à la Cour de cassation à prendre position si la question venait à lui être posée dans les bons termes. Le cadre approprié à l'émergence de la discussion serait sans nul doute la contestation d'un arrêt d'appel ou d'un jugement prud'homal ayant refusé de faire application desdites règles, alors que le particulier employeur se serait prévalu d'une faute grave pour rompre le contrat de travail sans préavis ou, à l'inverse, les ayant appliquées, alors que l'employeur défendait la thèse d'une décision de retrait trouvant son origine dans une faute grave (46). Or il est à noter que de telles décisions peuvent d'ores et déjà être identifiées au niveau du contentieux d'appel, comme en témoigne un arrêt de la Cour d'Amiens en date du 7 mai 2008 (47), qui énonce que le contrat de travail d'une assistante maternelle ne peut être rompu que par la démission de l'assistante maternelle ou le retrait des enfants confiés, de sorte que la lettre de licenciement pour faute grave relatif à l'emploi d'assistante maternelle de la salariée notifie « en réalité » le retrait des enfants confiés et appelle l'application de son régime propre. La suite doit encore être écrite.

Mais intéressons-nous désormais aux problèmes d'articulation entre règles générales et règles spécifiques lorsque l'applicabilité des premières n'est pas discutée. Pour acquiescer qu'elle soit, l'application combinée des règles protectrices de la maternité et de celles relatives à la décision de retrait n'en révèlent pas moins quelques difficultés de mise en œuvre.

II. L'articulation en question : le retrait de l'enfant face à la protection de la maternité

Les termes du débat

Contrairement aux hypothèses précédemment exposées, les règles protègent la maternité de la salariée sont déclarées applicables aux assistantes maternelles par l'article L. 423-2 du Code de l'action sociale et des

familles. La question qui se pose n'est donc plus celle de l'applicabilité de dispositions générales, mais celle de leur combinaison avec une règle spéciale ayant un autre objet. Plus précisément, il s'agit de déterminer comment articuler les règles sur le droit de retrait de l'enfant

(43) Art. 6, CCN des assistants maternels du particulier employeur, préc.

(44) Art. 18 f, CCN des assistants maternels du particulier employeur, préc.

(45) Car des pratiques de « surqualification » des faits peuvent également être mises en lumière concernant des salariés de droit commun.

(46) En revanche, si une telle thèse n'était pas soutenue devant les juges du fond, l'employeur serait irrecevable à la présenter devant la Cour de cassation. Voir Cass. soc. 24 novembre

2010, pourvoi n° 09-68148. A noter que nous avons pu trouver dans le contentieux d'appel plusieurs décisions relatives à des « licenciements pour faute grave » contrôlés au regard de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse sans que la partie employeur ne prétende qu'il s'agissait d'une décision de retrait. Par ex. CA Aix-en-Provence 20 janvier 2011, RG n° 10/02024.

(47) CA Amiens 7 mai 2008, RG n° 07/03017.

reconnu au particulier employeur et celles relatives à l'interdiction de rompre le contrat de travail de toute salariée qui devient mère. L'on sait, en effet, que dès que l'employeur est informé de l'état de grossesse de sa salariée, et jusqu'au terme d'un délai de quatre semaines suivant son retour de congé de maternité, il lui est interdit de procéder au licenciement de l'intéressée, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif extérieur à la grossesse ou à l'accouchement (48). Tout licenciement prononcé au mépris de l'interdiction est nul et cette nullité ouvre à la salariée un droit à réintégration et à indemnisation (49). Comment dès lors articuler ce corps de règles avec la décision de retrait de l'enfant qui, nous l'avons vu, peut s'exercer librement, sous la seule réserve de l'abus ?

Une double directive de contrôle

Par trois fois à trois ans d'intervalle, la Cour de cassation a été saisie de pourvois dirigés contre des décisions de juges du fond ayant eu à trancher la question de l'articulation du dispositif particulier sur le retrait de l'enfant et des règles protectrices de la maternité. Dans un même attendu de principe, elle a considéré, d'une part, que « *si le droit de retrait ouvert par l'article [L. 423-24 du Code de l'action et des familles] au particulier employant des assistantes maternelles peut s'exercer librement, le motif de ce retrait ne doit pas être illicite* » et, d'autre part, qu'« *il ne peut être porté atteinte aux dispositions d'ordre public relatives à la protection de la maternité* », de sorte que devait être annulé le jugement prud'homal qui avait refusé de contrôler le respect de ces règles (50) et rejeté le pourvoi qui entendait contester leur application par les juges du fond qui, dans les espèces en cause, avaient vérifié si l'impossibilité de maintenir le contrat pour une cause étrangère à la grossesse était caractérisée (51).

C'est ainsi une double directive de contrôle qui nous paraît délivrée aux juges du fond. Ces derniers doivent en effet vérifier que la décision de retrait n'a pas été prise en considération de l'état de grossesse de l'assistante maternelle, faute de quoi le motif serait discriminatoire (52) et donc illicite. Mais ils doivent aussi rechercher si l'on se trouve bien dans l'un des deux cas d'exception qui autorise la rupture du contrat de travail, par application cette fois des dispositions générales

protégeant la maternité (53). Ainsi, tous les instruments permettant de protéger l'emploi de la femme enceinte seraient mobilisables en cas de contestation de la rupture du contrat de travail d'une assistante maternelle en état de grossesse : la règle de non-discrimination, posée comme une limite à la libre décision de retrait de l'enfant, et l'interdiction de rupture portée par les dispositions générales relatives à la protection de la maternité.

C'est bien ce schéma que l'on retrouve à l'œuvre dans plusieurs décisions d'appel récentes. Ainsi en est-il d'un arrêt de la Cour d'appel de Pau en date du 3 janvier 2011 (54) qui livre de surcroît un exemple de mise en œuvre combinée des deux contrôles. Dans cette espèce, les magistrats ont en effet débuté leur appréciation de la situation de fait à l'aune de la règle tenant pour illicite le retrait décidé en considération de l'état de grossesse de l'assistante maternelle. Constatant que ce n'était pas le cas, puisque le particulier employeur justifiait de l'obtention d'une place en crèche, ils ont ensuite déplacé la discussion sur le terrain de l'interdiction de licencier une femme enceinte et considéré que « *bien que la cause du licenciement ne résult[ait] pas de l'état de grossesse, contrairement à ce que prétend[ait] la salariée, l'application conjointe des articles L. 423-24 du Code de l'action sociale et des familles et L.423-2 du même code, permet[tait] de retenir que l'employeur ne pouvait rompre le contrat de travail de la salariée, car elle était en état de grossesse médicalement constatée, que s'il justifiait d'une faute grave de l'intéressée ou de l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse* ». Nous pourrions multiplier les exemples d'arrêts d'appel ayant opéré un contrôle de la rupture notifiée par le particulier employeur à l'aune de la règle de non-discrimination (55) ou des deux cas d'exception portés par l'article L. 1225-5 du Code du travail (56). Mais si ces décisions méritent une attention soutenue, c'est surtout au regard de leur apport sur un point qui n'était pas soulevé devant la Haute juridiction : la détermination de la sanction applicable.

La détermination de la sanction applicable

En présence d'une décision de retrait qui présente un lien avec la grossesse de l'assistante maternelle ou qui ne s'appuie pas sur une faute grave ou sur une

(48) C. trav., art. L. 1225-4.

(49) Sur le dispositif protecteur de la maternité, v. A. Gardin, « Maternité et rupture du contrat de travail. Retour sur quelques évolutions récentes », RJS 12/07, p. 975. Voir également le revirement opéré sur un des éléments du régime d'indemnisation par Cass. soc. 17 février 2010, Bull. civ. V, n° 42 et les observations de Ch. Radé, Dr. soc. 2010, p. 592

(50) Cass. soc. 30 mars 2005, pourvoi n° 02-43376.

(51) Cass. soc. 26 mars 2002, Bull. civ. V, n° 108 ; Cass. soc. 21 janvier 2003, pourvoi n°00-46152.

(52) Comme le prévoit désormais l'article L. 1132-1 du Code du travail qui mentionne la grossesse de la salariée au rang des motifs prohibés. Ce texte vient dès lors en renfort de l'interprétation donnée à l'article L. 1125-4 qui permettait déjà de discuter du lien avec la grossesse.

(53) C. trav., art. L. 1225-4, al. 2.

(54) CA Pau 3 janvier 2011, RG n° 10/00642.

(55) CA Riom 15 septembre 2009, RG n° 08/02132.

(56) CA Versailles 2 septembre 2010, RG n° 09/00769 ; CA Bordeaux 2 décembre 2008, RG n° 07/04432.07

impossibilité de maintenir le contrat, doit-on conclure à la nullité de la rupture subséquente, par transposition de la sanction prévue pour le licenciement de la salariée enceinte, ou simplement tenir le retrait pour abusif par application de son régime propre ? L'enjeu attaché à ce questionnement est loin d'être négligeable puisque, pour le cas où la nullité serait retenue, l'assistante maternelle pourrait prétendre à sa réintégration (57) et au paiement d'une indemnité compensant sa perte de salaire pour la période antérieure (58) et, pour le cas où elle ne la solliciterait pas, aux indemnités de rupture et à des dommages et intérêts d'un montant minimum de six mois de salaire (59). En revanche, en cas de rupture déclarée abusive, seul un dédommagement en fonction du préjudice subi pourrait lui être accordé.

C'est cette dernière solution qui fut choisie par la Cour d'appel de Riom dans un arrêt en date du 15 septembre 2009 (60), qui énonce que, s'il relève bien de l'office du juge de vérifier que le droit de retrait de l'enfant, « *droit librement exercé, ne repose pas sur une raison illicite, en l'occurrence, l'état de grossesse de l'intéressée* », « dans

une telle hypothèse, il n'y a pas lieu à nullité du licenciement mais à l'allocation de dommages et intérêts pour droit de retrait abusif ». Mais pour d'autres juridictions d'appel (61), c'est bien la nullité de la rupture qui s'impose, dès lors que les règles protectrices de la maternité ont été déclarées applicables aux assistantes maternelles. Difficile de ne pas les suivre dans leur raisonnement. Puisqu'« *il ne peut être porté atteinte aux dispositions d'ordre public relatives à la protection de la maternité* », il y a lieu d'appliquer pleinement ces dispositions, tant au niveau des principes posés que de leur sanction. Le régime propre de la décision de retrait est ainsi appelé à céder le pas devant les règles protectrices de la maternité. La rupture du contrat de travail étant interdite, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat, il n'y a en vérité plus de place pour une « libre » décision de retrait. Le particularisme du statut juridique des assistant(e)s maternel(le)s du particulier employeur trouve ici un contre-exemple de premier choix.

Alexia Gardin

(57) Ce qui n'est pas si théorique que cela y paraît. Voir pour une demande de réintégration portée en référé : CA Orléans 22 mai 2008, RG n° 08/00103.

(58) Cass. soc. 17 février 2010, préc.

(59) Ce qui représentait tout de même 8 664,30 € bruts dans une des espèces jugées. Voir. CA Versailles 2 septembre 2010, RG n° 09/00769

(60) CA Riom 15 septembre 2009, RG n° 08/02132

(61) CA Pau 3 janvier 2011, précit ; CA Versailles, 2 septembre 2010, précit ; CA Bordeaux 2 décembre 2008, préc.

DROIT DU TRAVAIL, Les relations individuelles (tome 1), Les relations collectives (tome 2), par Pascal Lokiec

Pascal Lokiec

Droit du travail

Tome I
Les relations individuelles
de travail

Thémis droit 

LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DU TRAVAIL (tome 1)

Chapitre 1. - L'émancipation du droit du travail
Chapitre 2. - La régulation des rapports de travail
Chapitre 3. - Les fonctions du droit du travail

PREMIÈRE PARTIE - LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL

TITRE I. - Le contrat
TITRE II. - Le pouvoir
TITRE III. - Le statut

DEUXIÈME PARTIE : RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL (tome 2)

TITRE I. - Les acteurs
TITRE II. - Les actions
TITRE III. - Les difficultés des entreprises

PUF coll. Thémis Droit - 2011 - 32,50 € chaque tome