

Le Contrat de Travail :

Toutes les assistantes maternelles et familiales, quel que soit leur employeur, sont salariées et ont donc un contrat de travail. Le contrat de travail est un accord entre le salarié et une autre personne physique ou morale, conclu sur une durée déterminée ou indéterminée : l'assistante maternelle ou familiale s'engage à fournir un travail, l'accueil d'enfants, et accepte l'autorité de l'employeur. En contrepartie, ce dernier lui verse un salaire. La loi oblige à un contrat de travail écrit et, pour les assistantes maternelles, en liste les clauses obligatoires. La précision de sa rédaction évitera les litiges ultérieurs. Le contrat engage ses signataires. Il faut donc être vigilant lors de sa conclusion.

Comme tout salarié, les assistantes maternelles et familiales sont liées à leur employeur par un contrat de travail. Ecrit, celui-ci définit les droits et les obligations de chaque partie. Sa précision facilite le règlement des litiges. Cependant, son contenu n'est pas figé ; il peut toujours être modifié si les parties en sont d'accord ; mais il est indispensable de bien connaître les règles d'une telle modification.

Depuis la loi du 27 juin 2005 ayant réformé leur statut, le contrat de travail des assistantes maternelles et familiales est obligatoirement écrit (*Article L.423-3 du Code de l'action sociale et des familles*). Toutefois, l'absence d'écrit ne signifie pas que l'intéressée n'a pas de contrat de travail. Juridiquement, à partir du moment où l'assistante maternelle ou familiale travaille pour un employeur, le contrat de travail est formé. L'absence d'écrit pourra donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi. Le contrat doit être daté et signé par les deux parties. Il est fait en double exemplaire, un pour l'employeur, l'autre pour l'assistante maternelle ou familiale. La signature engage les signataires ; pour cette raison, il faut être très vigilant sur la rédaction du contrat.

I. Le contenu du contrat de travail :

Pour les assistantes maternelles, l'article D. 423-5 du Code de l'action sociale et des familles fixe les clauses obligatoires du contrat de travail ; doivent y être ajoutées, pour les assistantes maternelles employées par des particuliers, les stipulations de la convention collective du 1^{er} juillet 2004. Ce contrat de travail peut être complété par un contrat d'accueil, mais cela n'est pas obligatoire. Pour les assistantes familiales, un contenu est défini lorsque l'employeur est une personne morale de droit public (département, établissement médico-social public ...) (*Article R. 422-3 du Code de l'action sociale et des familles*).

Rien de tel pour celles employées par des associations. Ce contrat de travail est obligatoirement complété par un contrat d'accueil.

A. Assistantes maternelles employées par des particuliers :

Lorsque l'assistante maternelle est employée par un particulier, le contenu du contrat de travail résulte des dispositions combinées de l'article D.423-5 du Code de l'action sociale et des familles et de l'article 4 de la convention collective du 1^{er} juillet 2004. Il contient tout à la fois :

- ✓ Des mentions qui relèvent du contrat de travail au sens habituel du terme, c'est-à-dire des dispositions qui vont régir la relation de travail ;
- ✓ Des informations concernant l'enfant qui se rattachent au contenu traditionnel du contrat d'accueil.

Les parties y ajouteront toutes les dispositions qu'elles jugeront nécessaires. Il est en effet capital de rédiger un contrat précis. Cela permet d'éviter les malentendus et donc d'éventuels conflits. De plus, en cas de conflit qui ne pourrait être réglé à l'amiable, le juge disposera d'un document fiable pour déterminer quelle était la volonté des parties. Toutefois, le contrat de travail est un document juridique destiné à régir la relation de travail. Toute autre information doit en être bannie ; elles pourront figurer dans un document annexe remis aux parents, tel le projet d'accueil qui inclura les aspects éducatifs de l'accueil. Cela évitera d'avoir un contrat trop long, que les parents liront mal – source de difficultés ultérieures -, et dans lequel les clauses juridiques seraient « noyées ».

Au titre du contrat de travail doivent obligatoirement figurer dans le contrat signé entre les parents employeurs et l'assistante maternelle :

- ✓ Le nom des parties au contrat, assistante maternelle et employeur ;
- ✓ La qualité d'assistante maternelle du salarié ;
- ✓ Le numéro d'identification de l'employeur (numéro URSSAF ou Pajemploi) ;
- ✓ Le numéro de sécurité sociale de l'assistante maternelle ;
- ✓ Le nom de l'enfant et sa date de naissance ;
- ✓ La référence de la décision d'agrément ;
- ✓ Le lieu de travail, c'est-à-dire l'adresse du domicile de l'assistante maternelle ou, s'il s'agit d'un accueil en maison d'assistantes maternelles (MAM), l'adresse de cette dernière ;
- ✓ Les références de l'assurance responsabilité civile professionnelle obligatoire souscrite par l'assistante maternelle ;
- ✓ Si l'assistante maternelle est amenée à transporter l'enfant dans sa voiture, les références de son assurance automobile ;
- ✓ La convention collective applicable, en l'occurrence la convention collective nationale des assistants maternels du particulier employeur du 1^{er} juillet 2004 ;
- ✓ S'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat à durée déterminée (CDD) et, dans ce dernier cas, l'ensemble des mentions requises par la législation sur le CDD, en particulier sa durée et le motif de recours à un tel contrat ;
- ✓ Le date de début du contrat ;
- ✓ La durée de la période d'essai ;
- ✓ La durée du travail hebdomadaire ou mensuelle ;
- ✓ La répartition des périodes d'accueil entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ainsi que les horaires de l'accueil ;
- ✓ Les cas, modalités et délais de prévenance suivant lesquels peuvent être modifiés, de manière occasionnelle, les horaires d'accueil, la durée du travail hebdomadaire ou mensuelle et la répartition de cette durée ;
- ✓ Les absences prévues de l'enfant ;
- ✓ Le jour de repos hebdomadaire ;
- ✓ Les jours fériés travaillés ou chômés ;
- ✓ La rémunération mensualisée de l'accueil, en rappelant le salaire horaire minimal et en détaillant,
 - Le salaire horaire, brut et net ;
 - Le salaire mensuel, brut et net ;
- ✓ Les éléments concernant les fournitures et l'indemnité d'entretien ainsi que la fourniture des repas et l'indemnité de nourriture ;
- ✓ Les modalités de détermination des périodes de congés en rappelant la possibilité pour l'assistante maternelle qui a plusieurs employeurs d'en fixer elle-même la date, à défaut d'accord entre ses employeurs, à raison de quatre semaines l'été et d'une semaine l'hiver ; la convention collective précise que doit être indiquée la date habituelle des congés ;
- ✓ La durée du préavis en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'assistante maternelle ou de l'employeur.

Lorsque l'accueil s'effectue en MAM doit également figurer dans le contrat, si les parents y consentent, l'autorisation nominative de déléguer l'accueil de l'enfant à une ou plusieurs assistantes maternelles travaillant dans la MAM. Sera annexé au contrat de travail l'accord de chaque assistante maternelle à qui l'accueil peut être délégué.

La convention collective prévoit que figurent au contrat diverses informations et consignes concernant l'enfant, qui se rattachent au contenu traditionnel du contrat d'accueil :

- ✓ Sous la rubrique santé doivent être mentionnés le nom du médecin de référence, les consignes en cas d'urgence, si nécessaire le régime alimentaire ainsi que les soins ou médicaments auxquels est soumis l'enfant ;
- ✓ Une autorisation concernant les déplacements de l'enfant, en particulier pour le conduire à l'école ou à des activités extrascolaires ;
- ✓ La liste des personnes autorisées à reprendre l'enfant au domicile de l'assistante maternelle ;
- ✓ Les coordonnées des personnes à contacter en cas d'urgence en l'absence des parents.

Remarques : Il existe de nombreux modèles de contrat, proposés en particulier par les syndicats et associations d'assistantes maternelles. L'un figure en annexe de la convention collective, repris par le site Pajemploi. Ces contrats serviront de base à la négociation entre l'assistante maternelle et les parents sur le contenu du contrat. Il circule également beaucoup de contrats de travail sur internet. La plus grande prudence s'impose en la matière. Rien ne garantit en effet ni leur fiabilité juridique ni qu'ils soient à jour des dernières modifications législatives, réglementaires ou jurisprudentielles.

B. Assistantes maternelles employées par des personnes morales :

Lorsque l'assistante maternelle est employée par une personne morale de droit public (essentiellement une commune) ou une personne morale de droit privé (principalement une crèche familiale associative), son contrat de travail doit contenir les mentions suivantes :

- ✓ Le nom des parties au contrat, assistante maternelle et employeur ;
- ✓ La qualité d'assistante maternelle de la salariée ;
- ✓ La décision d'agrément délivrée par le président du conseil départemental ;
- ✓ Le lieu de travail, c'est-à-dire l'adresse du domicile de l'assistante maternelle ;
- ✓ La garantie d'assurance responsabilité civile professionnelle obligatoire souscrite par l'employeur ;
- ✓ La date de début du contrat ;
- ✓ La durée de la période d'essai ;
- ✓ Le type de contrat de travail, à durée déterminée ou à durée indéterminée, et, s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée (CDD), l'ensemble des mentions requises par la législation sur le CDD, en particulier sa durée ;
- ✓ La convention collective applicable, s'il y en a une ;
- ✓ Le nombre de places d'accueil de l'assistante maternelle et les modalités de leur utilisation ;
- ✓ Les horaires habituels du ou des enfants qui sont confiés ;
- ✓ La durée du travail hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ;
- ✓ Les cas et les modalités de modification, de manière occasionnelle, des horaires d'accueil, de la durée de travail hebdomadaire ou mensuelle et de la répartition de cette durée ;
- ✓ Le jour de repos hebdomadaire ;
- ✓ La rémunération et son mode de calcul, dans le respect des règles de mensualisation ;
- ✓ Les éléments concernant les fournitures, l'indemnité d'entretien, la fourniture des repas et l'indemnité de nourriture ;
- ✓ Le montant de l'indemnité compensatrice en cas d'absence de l'enfant ;
- ✓ Les modalités de détermination des périodes de congés ;
- ✓ La durée du préavis en cas de rupture du contrat de travail par l'employeur ou par l'assistante maternelle.

Chaque employeur a, en règle générale, son propre modèle de contrat de travail, qu'il ajuste en fonction des situations particulières. Dans les faits, la marge de négociation de l'assistante maternelle est beaucoup plus limitée qu'en cas d'emploi par un particulier.

Ce contrat de travail peut être complété, pour chaque enfant accueilli, par un contrat d'accueil. Facultatif, il permet de préciser, pour un enfant déterminé, les modalités particulières de son accueil, les consignes et informations le concernant, tels un régime alimentaire, les soins qu'il doit recevoir...

C. Assistants familiales :

Le contrat de travail des assistantes familiales doit être écrit. Il est obligatoirement complété, pour chaque enfant accueilli, par un contrat d'accueil. Là aussi, il faut souligner la nécessité de rédiger un contrat précis qui permettra aux parties de résoudre les difficultés qui peuvent se présenter au cours de la relation de travail. Et, en cas de conflit ne pouvant être réglé à l'amiable, le juge disposera d'informations lui permettant de déterminer quelle était la volonté des signataires.

- **Employeur personne morale de droit public :**

Pour les assistantes familiales employées par des collectivités territoriales, généralement, un conseil départemental, ou un établissement social, médico-social ou sanitaire public, le contrat de travail comporte les dispositions suivantes :

- ✓ La date à laquelle le recrutement prend effet ;
- ✓ La durée de la période d'essai qui est de trois mois ;
- ✓ Les conditions d'emploi et l'organisation du temps de travail ;
- ✓ Les droits et obligations de l'assistante familiale ;
- ✓ S'il est à durée déterminée, la date à laquelle il prend fin.

- **Employeur personne morale de droit privé :**

Pour les assistantes familiales employées par des personnes morales de droit privé, principalement des centres de placement familial associatifs, aucun texte ne fixe le contenu du contrat de travail. D'une manière générale, il comprendra des dispositions sur :

- ✓ Les conditions d'embauche ;
- ✓ La convention collective applicable, lorsqu'il y en a une ;
- ✓ Le nombre maximal d'enfants, dans la limite du nombre autorisé par l'agrément, que l'employeur confiera à l'assistante familiale ;
- ✓ La durée de la période d'essai (au plus trois mois) ;
- ✓ La rémunération ;
- ✓ Le montant des indemnités d'entretien ou, le cas échéant, les fournitures remises ;
- ✓ Les modalités de prise de congés ;
- ✓ Les modalités de la rupture du contrat, en particulier la durée du préavis en cas de licenciement ou de démission ;
- ✓ Le cas échéant, les conditions de cumul de l'emploi d'assistante familiale avec un autre emploi.

- **Contrat d'accueil :**

Pour chaque mineur ou jeune majeur accueilli par une assistante familiale, le contrat de travail est complété par un contrat d'accueil. Distinct et complémentaire du contrat de travail auquel il est annexé, il a un contenu légalement défini, identique, que l'employeur soit une personne morale de droit public ou de droit privé.

En particulier :

- ✓ Il détermine le caractère continu ou intermittent de l'accueil permanent ;
- ✓ Il spécifie le rôle de la famille d'accueil et du service ou organisme employeur à l'égard du jeune accueilli ;
- ✓ Il fixe les modalités de remplacement temporaire à domicile de l'assistante familiale, le cas échéant par un membre de sa famille ;
- ✓ Il indique les modalités selon lesquelles l'assistante familiale participe à la mise en œuvre et au suivi du projet individualisé pour l'enfant.

II. La période d'essai :

Avant d'être définitif, le contrat de travail prévoit en principe une période d'essai. Elle permet à l'employeur d'évaluer les compétences professionnelles de l'assistante maternelle ou familiale et à cette dernière d'apprécier si les conditions de déroulement de la garde lui conviennent : en conséquence, la période d'essai ou sa durée peut être abusive si l'employeur avait déjà pu récemment évaluer les compétences du salarié. Par exemple, lorsque l'assistante maternelle ou familiale est embauchée en contrat à durée indéterminée peu de temps après la fin d'un CDD.

Durant la période d'essai, la rupture du contrat de travail est simplifiée.

A. Durée :

• **Assistants maternelles employées par des particuliers :**

La période d'essai doit être expressément indiquée dans le contrat de travail, à défaut le contrat devient définitif dès sa signature. Lorsque le contrat est à durée indéterminée, quelle que soit la durée d'accueil journalière, la période d'essai a une durée maximale de :

- ✓ Trois mois lorsque l'accueil de l'enfant, tel que prévu au contrat, s'effectue sur un, deux ou trois jours calendaires par semaine ;
- ✓ Deux mois lorsque l'accueil s'effectue sur au moins quatre jours par semaine.

Le contrat de travail peut fixer les durées plus courtes de la période d'essai, mais ne peut pas les allonger.

La période d'essai débute au commencement de l'exécution du contrat de travail. S'il y a une période d'accueil d'adaptation, celle-ci compte dans la période d'essai.

• **Assistants maternelles et familiales employées par des personnes morales de droit privé :**

La période d'essai du contrat de travail à durée indéterminée a une durée légale maximale de trois mois. Deux conventions collectives réduisent cette durée légale :

- ✓ La convention collective du 31 octobre 1951 (FEHAP) la fixe à deux mois ;
- ✓ La convention collective de la Croix-Rouge à un mois.

Le contrat de travail est susceptible de réduire la période d'essai légale ou conventionnelle. La période d'essai doit être expressément indiquée dans le contrat de travail, à défaut le contrat devient définitif dès sa signature.

• **Assistants maternelles et familiales employées par des personnes morales de droit public :**

La durée de la période d'essai est fixée à trois mois. Cette durée est applicable, même en l'absence de mention dans le contrat de travail.

B. Décompte de la durée :

Le décompte de la période d'essai commence au premier jour de l'exécution du contrat de travail.

Les absences au cours de la période d'essai prolongent celle-ci d'autant, sauf si cette absence est due à l'employeur. La période d'essai sera prolongée si l'assistante maternelle ou familiale prend des congés sans solde, est en arrêt de maladie...

Exemple : Mme Pierre est embauchée avec une période d'essai de trois mois. Elle commence à travailler le mardi 05 septembre 2017, la période d'essai se terminera théoriquement le lundi 4 décembre à minuit. Toutefois, si Mme Pierre demande et obtient de son employeur une semaine de congés sans solde du 6 au 12 novembre 2017, la période d'essai sera prolongée d'une semaine. Elle prendra fin alors le 11 décembre à minuit.

En revanche, lorsque l'absence est due à l'employeur, la période d'essai n'est pas allongée. Ainsi, la cour de cassation a considéré que l'essai ne pouvait pas être prolongé de la durée de fermeture annuelle de l'entreprise si le salarié n'était pas en congé durant cette période. Il est possible, en l'absence de jurisprudence contraire, de transposer cette décision à l'absence de l'enfant pour maladie durant la période d'essai. Que cette absence soit ou non rémunérée, elle n'entraînera pas un allongement de la période d'essai. De même, les semaines de non-accueil de l'enfant prévues au contrat de travail, en particulier pour les assistantes maternelles en année incomplète, n'allongent pas la durée de la période d'essai.

C. Rupture de la période d'essai :

Durant la période d'essai, le contrat de travail peut être rompu selon une procédure simplifiée.

Si cette rupture intervient sans préavis lorsque l'employeur est une personne morale de droit public, un délai de prévenance est prévu lorsque l'employeur relève du secteur privé.

- **Délai de prévenance :**

Pour les employeurs de droit privé, la rupture de la période d'essai est subordonnée à un délai de prévenance. Lorsque la rupture est le fait de l'employeur, le salarié doit être prévenu dans un délai qui peut être inférieur à :

- ✓ Vingt-quatre heures lorsqu'il a moins de huit jours de présence ;
- ✓ Quarante-huit heures entre huit jours et un mois de présence ;
- ✓ Deux semaines après un mois de présence.

Lorsque le salarié met fin à la période d'essai, il doit respecter un délai de prévenance de quarante-huit heures (vingt-quatre heures s'il a moins de huit jours de présence). La période d'essai n'est pas prolongée du fait de la durée du délai de prévenance. Par exemple, si l'employeur interromp une période d'essai de trois mois une semaine avant la fin initialement prévue, le contrat prendra fin à cette date. Il devra toutefois verser au salarié une indemnité compensatrice égale au montant du salaire et des avantages que ce dernier aurait perçu s'il avait travaillé.

- **Motifs de rupture :**

Sauf abus, l'employeur peut rompre une période d'essai sans être tenu de justifier d'un motif. Cette liberté supporte deux types de restriction :

- ✓ D'une part, la rupture ne doit pas être discriminatoire : ce serait le cas d'un employeur qui mettrait fin à la période d'essai parce qu'il découvre que l'assistante maternelle est syndiquée, qu'elle vit en concubinage alors qu'il la croyait mariée ou encore parce qu'il apprend qu'elle est enceinte. Dans ces situations, la difficulté est d'apporter la preuve de la discrimination.
- ✓ D'autre part, la rupture de la période d'essai doit avoir un motif lié à la personne du salarié. La période d'essai ayant pour objet de permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle du salarié, la rupture de la période d'essai ne peut être liée à l'appréciation que porte l'employeur sur cette valeur professionnelle. Si la rupture est justifiée par un motif non inhérent à la personne du salarié, par exemple l'entrée en crèche de l'enfant, un refus du salarié d'accepter une diminution de sa rémunération..., l'employeur doit mettre en œuvre les procédures prévues en la matière : retrait d'enfant s'il est un particulier employeur, licenciement économique s'il est une personne morale.

- **Formalités :**

D'une manière générale, la rupture de la période d'essai n'est soumise à aucune formalité particulière. Toutefois, la convention collective du 1^{er} juillet 2004 prévoit, pour les assistantes maternelles employées par des particuliers, que l'employeur remettre une lettre de rupture à l'assistante maternelle. Il est conseillé d'envoyer une lettre recommandée avec accusé de réception pour prévenir tout litige. Comme lors de toute rupture d'un contrat de travail, l'employeur doit remettre au salarié :

- ✓ Un bulletin de salaire ;
- ✓ Un certificat de travail mentionnant la date de début et de fin du contrat ainsi que la nature de l'emploi ;
- ✓ L'attestation Pôle emploi pour que l'assistante maternelle ou familiale puisse, le cas échéant, faire valoir ses droits à l'assurance chômage.

III. L'exécution du contrat de travail :

A partir du moment où les parties ont signé le contrat de travail, elles doivent l'exécuter loyalement.

Exécuter loyalement le contrat de travail, pour l'employeur, c'est en particulier payer le salaire aux dates prévues. Pour l'assistante maternelle ou familiale, c'est garder l'enfant aux conditions convenues.

Si l'assistante maternelle ou familiale ne le fait pas, elle commet une faute qui peut justifier une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement ou au retrait d'enfant. Dans les cas les plus graves, la faute pourrait, parallèlement, entraîner un retrait d'agrément. Le non-respect par l'assistante maternelle ou familiale de ses obligations n'autorise pas l'employeur à considérer qu'elle démissionne tacitement, car la démission ne se présume pas. Il doit donc mettre en œuvre la procédure de retrait d'enfant ou de licenciement pour motif disciplinaire.

Si c'est l'employeur qui ne respecte pas le contrat de travail, l'assistante maternelle peut prendre acte de la rupture, demander au juge de qualifier cette prise d'acte en licenciement et demander des dommages et intérêts. Elle peut aussi demander la rupture du contrat par le juge avec des dommages et intérêts.

IV. La modification du contrat de travail :

Le contrat est la loi des parties signataires. Sa modification n'est possible que d'un commun accord des parties. Cependant, toutes les clauses figurant au contrat de travail ne sont pas soumises au même régime. En effet, on distingue entre :

- ✓ Le changement dans l'organisation du travail qui entre dans le pouvoir normal de direction de l'employeur et que l'assistante maternelle ou familiale ne peut pas refuser même si mention en est faite dans le contrat de travail ;
- ✓ La modification d'un élément essentiel du contrat qui est soumise à l'accord des deux parties.

A. Éléments essentiels du contrat :

La loi ne détermine pas ce qu'y constitue un élément essentiel du contrat. Ils ont été définis par la jurisprudence ; ce sont les éléments qui ont été déterminants pour la salarié ou l'employeur lorsqu'il a signé son contrat. Entrent dans cette catégorie, principalement, la rémunération, son mode de calcul, la durée du travail, la répartition des jours ou semaines de travail. Deux situations nécessitent des développements particuliers : la modification des horaires d'accueil et le déménagement de l'assistante maternelle ou familiale.

• Modification des horaires de travail :

La question des horaires de travail est nuancée. En principe, l'employeur peut imposer un changement d'horaire dans le cadre de son pouvoir de direction ; par exemple, alors que les horaires de garde sont de 9h00 à 16h00, il demande à l'assistante maternelle d'accueillir son enfant de 10h00 à 17h00. Mais cette modification de l'horaire deviendra une modification du contrat si l'assistante maternelle démontre que le départ de l'enfant à 16h00 est pour elle une condition impérative sans laquelle elle n'aurait pas signé le contrat. Ce sera le cas si elle accueille un enfant en périscolaire à partir de 16h30 et que son agrément ne lui permet pas d'avoir les deux enfants en même temps. Ce sera également le cas si les parents, tout en demandant un départ de leur enfant à 17h00, s'opposent à ce que l'assistante maternelle l'emmène pour aller chercher des enfants à la sortie de leur école.

Toutefois, la Cour de cassation a, dans ses derniers arrêts, tendance à considérer que les plannings figurant dans le contrat de travail sont des éléments essentiels du contrat et donc que l'accord du salarié est requis pour les modifier :

- ✓ Un avenant au contrat de travail de Mme B., employée par une société gérante d'immeubles, fixe des horaires de travail très précis. L'employeur soumet de nouveaux horaires à Mme B. qui les refuse. Elle est licenciée pour faute grave pour refus d'une modification de ses conditions de travail. Un licenciement abusif pour la Cour de cassation dans son arrêt du 29 avril 2009 : l'horaire prévu par avenant au contrat avait été convenu avec l'employeur « pour respecter les désirs et obligations familiales » de Mme B. ; les horaires « ainsi expressément précisés et, à la demande de la salariée, acceptés par l'employeur, présentaient un caractère contractuel » ; Mme B. était donc en droit de refuser la modification.
- ✓ Dans l'affaire jugée le 5 mai 2009, qui opposait un agent de service et son employeur, il s'agissait de la modification du planning de travail, lequel était annexé au contrat de travail. L'employeur pouvait-il le

changer sans l'accord du salarié ? La Haute juridiction répond par la négative, en l'espèce. Elle constate que :

- Le planning était annexé au contrat de travail et signé par les parties ;
- Il avait déjà été remanié une fois, avec signature de l'employeur et du salarié.

Il est donc possible de conclure, comme l'ont fait les juges de la cour d'appel, que « les horaires de travail présentaient un caractère contractuel et ne pouvaient être modifiés sans l'accord du salarié ».

- **Le déménagement de l'assistante maternelle ou familiale :**

Dans le droit ordinaire du travail, le déménagement du salarié est une question privée qui, en principe, ne regarde pas l'employeur. Il en va différemment pour les assistantes maternelles et familiales, puisque leur domicile est leur lieu de travail. Sa situation géographique est donc un élément contractuel. Il en résulte que, si le nouveau logement de l'assistante maternelle ou familiale est trop éloigné de l'ancien – tout en la matière sera question de fait –, l'intéressée devra démissionner si l'employeur n'est pas d'accord pour poursuivre le contrat de travail dans les nouvelles conditions.

B. Procédure :

La partie au contrat de travail qui souhaite une modification doit obtenir l'accord de l'autre. En cas d'acceptation, pas de problème. En revanche, en cas de refus, les solutions diffèrent selon que la demande émane de l'assistante maternelle ou familiale ou de l'employeur.

- **Modification à la demande de l'assistante maternelle ou familiale :**

L'assistante maternelle ou familiale peut demander une augmentation de salaire, un changement d'horaire ou toute autre modification du contrat. Si l'employeur refuse, elle a le choix entre :

- ✓ Continuer le contrat de travail aux conditions antérieures ;
- ✓ Démissionner en respectant la procédure.

- **Modification à la demande de l'employeur :**

Si l'assistante maternelle ou familiale refuse la modification du contrat proposée par l'employeur, celui-ci peut :

- ✓ Soit poursuivre le contrat aux anciennes conditions ;
- ✓ Soit engager une procédure de licenciement s'il est une personne morale, ou de retrait d'enfant s'il est un particulier.

Cette rupture du contrat ne peut pas être motivée par le seul refus de l'assistante maternelle ou familiale d'accepter la modification. C'est dire que la modification doit être justifiée par des éléments objectifs qui sont constitutifs :

- ✓ D'une cause réelle et sérieuse de licenciement, s'agissant d'un employeur personne morale ; par exemple, la diminution du nombre d'enfants gardés prévu au contrat, faute d'enfants à placer ;
- ✓ D'un motif légitime en cas de retrait d'enfant par un particulier.

Ainsi, les parents qui demandent une réduction de l'horaire de garde parce que l'enfant entre à l'école peuvent légitimement retirer leur enfant si l'assistante maternelle n'accepte pas cette modification. Il en sera de même si les parents demandent un changement des jours de garde par suite de la modification de leur propre horaire de travail.

C. Formalités :

Lorsque le salarié ou l'employeur accepte la modification demandée, cela peut prendre la forme d'un avenant au contrat ou d'un nouveau contrat.

La modification peut aussi être tacite ; les conditions de l'accueil sont modifiées, mais il n'est rien signé qui constate le changement. C'est souvent le cas pour les augmentations de salaire.

Toutefois, d'une manière générale, il est préférable de formaliser le changement dans un avenant ; en effet, selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, « l'acceptation de cette modification ne peut résulter de la seule poursuite [par le salarié] du travail ». C'est dire qu'en cas de conflit ultérieur, l'employeur devra

apporter des éléments prouvant que l'assistante maternelle ou familiale avait bien accepté la modification du contrat : courrier, témoignages...

V. Les Litiges :

Les litiges portant sur la conclusion, l'exécution, la modification ou la rupture du contrat de travail relèvent soit du conseil de prud'hommes soit du tribunal administratif.

- ✓ Relèvent du conseil de prud'hommes tous les litiges entre l'assistante maternelle et son employeur particulier et ceux entre l'assistante maternelle ou familiale et son employeur personne morale de droit privé.
- ✓ Relèvent du tribunal administratif tous les litiges entre l'assistante maternelle ou familiale et son employeur personne morale de droit public.

L'essentiel :

Toutes les assistantes maternelles et familiales en exercice ont un contrat de travail, quel que soit leur employeur. Ecrit, il définit les droits et les obligations de chaque partie.

✓ Contenu :

Pour les assistantes maternelles, le Code de l'action sociale et des familles, complété pour les assistantes maternelles employées par des particuliers par la convention collective du 1^{er} juillet 2004, fixe les clauses obligatoires du contrat de travail.

Pour les assistantes familiales, son contenu est laissé à la libre appréciation des parties.

✓ Période d'essai :

Le contrat de travail fixe la durée de la période d'essai, en respectant les durées maximales prévues par la loi. Durant cette période, le contrat peut être rompu selon une procédure allégée.

✓ Exécution :

Le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi, sous peine pour l'employeur de se voir imputer la responsabilité de la rupture du contrat et pour la salariée de voir le contrat de travail rompu.

✓ Modification :

Le contrat est la loi des parties signataires. Sa modification n'est possible que d'un commun accord. Toutefois, l'employeur peut imposer des changements dans les conditions de travail en vertu de son pouvoir de direction.

✓ Litiges :

Selon que l'employeur est une personne de droit privé ou de droit public, les litiges relatifs au contrat de travail sont de la compétence du conseil de prud'hommes ou du tribunal administratif.

L'engagement réciproque :

Les parents se préoccupant en général à l'avance de trouver un mode de garde pour leur (futur) enfant s'est développée la pratique de la réservation de place. Le souci des deux parties est alors de s'assurer :

- ✓ S'agissant de l'assistante maternelle, que les parents ne vont pas se désister et qu'elle ne va pas refuser un autre employeur pour rien ;
- ✓ S'agissant des parents, que leur enfant sera effectivement accueilli le jour prévu par l'assistante maternelle.

Pour répondre à cette préoccupation, l'annexe n°4 de la convention collective du 1^{er} juillet 2004 a formalisé un « engagement réciproque », que les parties peuvent ou non décider de conclure.

Les futurs employeur et salarié se mettent alors d'accord sur le principe de la conclusion, à un moment donné, d'un contrat de travail relatif à l'accueil d'un enfant. Y sont stipulées :

- ✓ La date d'embauche ;

- ✓ La durée mensuelle de l'accueil ;
- ✓ La rémunération brute.

En cas de non-respect de cet accord de principe, la partie fautive (parents ou assistante maternelle) sera redevable à l'autre d'une indemnité que l'annexe n°4 de la convention collective fixe à un demi-mois de salaire. Le fondement juridique de cet engagement réciproque est non le Code du travail ou le Code de l'action sociale et des familles, mais le Code civil qui autorise les parties au contrat à fixer, d'un commun accord, le montant de l'indemnité pour le cas où l'une n'exécute pas son obligation (article 1152).

Le seul fait de ne pas exécuter l'obligation rend le responsable redevable de cette indemnité. Il sera dispensé du paiement uniquement si la cause du non-respect de l'obligation est constitutive d'un cas de force majeure. D'une manière générale, la force majeure est définie comme un événement imprévisible et insurmontable empêchant l'intéressé d'exécuter son obligation.

L'engagement réciproque peut contenir des clauses exonérant la partie fautive du paiement de l'indemnité, par exemple, stipuler que l'indemnité ne sera pas due si l'assistante maternelle se voit restreindre son agrément ou le perd. Mais ces clauses ne doivent pas être trop larges sous peine de vider l'engagement réciproque de son sens. De plus, sous peine de nullité de la clause, la réalisation de l'événement dispensant du paiement de l'indemnité ne doit pas dépendre de celui qui ne respectera pas l'engagement ; l'événement doit lui être extérieur. Ainsi, les parents ne pourraient pas prévoir que l'indemnité ne sera pas due s'ils ne confient pas l'enfant parce que la mère est à nouveau enceinte ou prend un congé parental ; l'assistante maternelle ne peut pas demander d'être exonérée du paiement de l'indemnité si elle ne peut pas accueillir l'enfant en raison de son déménagement... dans ces deux situations, la clause serait nulle et la partie fautive redevable de l'indemnité.

Les clauses prohibées :

Les parties à un contrat de travail disposent d'une grande latitude dans la rédaction du contrat. Si les textes listent les clauses qui doivent impérativement y figurer, ils ne disent rien de leur contenu. La liberté des parties a pour limite la loi et les conventions collectives quand elles existent.

- ✓ Le contrat ne doit pas contenir des dispositions contraires à la loi. Ainsi il ne doit pas comporter de clauses illicites (par exemple, interdire à l'assistante maternelle de se syndiquer) ou des clauses moins favorables que la loi, tel un salaire inférieur au minimum légal.
- ✓ Le contrat ne peut pas non plus contenir des dispositions moins favorables que la convention collective applicable. Par exemple, pour une assistante maternelle employée par un particulier, il n'est pas possible de fixer l'indemnité d'entretien à un montant inférieur à celui prévu par la convention collective, soit 2.65€.

Les clauses contraires ou moins favorables que la loi ou la convention collective sont réputées nulles. En revanche, le contrat peut contenir des clauses plus favorables que la loi ou la convention collective : un salaire supérieur aux minima légaux, des jours de congés supplémentaires, etc.

L'accueil des fratries :

L'article 4 de la convention collective du 1^{er} juillet 2004 indique, pour les assistantes maternelles employées par des particuliers, qu'il est « établi un contrat écrit pour chaque enfant ». Cette stipulation n'efface pas la situation juridique réelle entre les parents et l'assistante maternelle. S'il n'y a pas d'interruption dans la relation contractuelle, il n'y a, entre eux, qu'un seul contrat de travail qui commence avec l'arrivée du premier enfant et se termine avec le départ du dernier.

Entre ces deux événements, ce contrat unique aura été modifié. Cette unicité du contrat est importante pour l'ouverture à l'assistante maternelle de plusieurs droits liés à l'ancienneté : indemnisation de la maladie, préavis de rupture du contrat, indemnité de rupture...

Toutefois, matériellement, il sera prudent d'établir deux contrats différents, car l'assurance chômage admet désormais d'indemniser l'assistante maternelle employée par des particuliers en cas de départ d'un seul enfant de la fratrie.