**ASSOCIATION DES ASSISTANTES MATERNELLES VILLENEUVOISES**

**ET DES PARENTS ET SES ENVIRONS**

**50 Rue Anne Josèphe du Bourg**

**59650 Villeneuve d’Ascq**

[**www.assistante-maternelle.net**](http://www.assistante-maternelle.net/) **&** [**www.aamv.net**](http://www.aamv.net/)

**E-mail : nounounathaamv@gmail.com**

**LA RUPTURE SIMPLIFIÉE DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Pendant la période d’essai, le parent-employeur, comme l’assistante maternelle, peuvent mettre fin à l’essai à tout moment, sans avoir à motiver sa décision, sous la seule réserve de respecter un délai de prévenance. Ce mécanisme est commun à tous les salariés.

Le retrait d’enfant est spécial aux assistantes maternelles employées par des particuliers. S’il impose un minimum de procédure, il dispense l’employeur de motiver sa décision. Cependant, l’exercice de ce droit de rupture simplifie n’autorise pas tout.

La rupture par l’employeur du contrat de travail pendant la période d’essai ou le retrait d’enfant au cours de son exécution ne sauraient avoir une cause illicite ou traduire un usage abusif de la prérogative patronale. Mais, dans de telles situations, l’assistante maternelle est souvent confrontée à un problème de preuve.

Lorsque le parent veut rompre le contrat d’un salarié, l’employeur doit mettre en œuvre une procédure de licenciement, définie par le Code du travail, qui l’oblige notamment à convoquer le salarié à un entretien préalable et à motiver sa décision, dans la lettre de licenciement, par une cause réelle et sérieuse. **Cette procédure n’est pas applicable :**

**– à la rupture de la période d’essai pour toutes les assistantes maternelles,**

**– au retrait d’enfant pour les assistantes maternelles employées par des particuliers.**

Cependant, cette liberté de rupture simplifiée connaît des limites : elle ne doit pas enfreindre des dispositions légales, elle ne doit pas s’exercer abusivement (*voir le III*).

**I. – LA RUPTURE DE LA PÉRIODE D’ESSAI**

Celle-ci est une clause contractuelle qui permet à chaque partie de rompre le contrat de travail :

– sans avoir à s’expliquer sur la cause de la rupture,

– avec un minimum de formalités,

– et à tout moment.

Au final, elle permet d’apprécier les capacités professionnelles du salarié. Cela a plusieurs conséquences.

⮱ Si une assistante maternelle a déjà travaillé pour un employeur déterminé dans un temps pas trop éloigné, une période d’essai ne peut être stipulée dans le nouveau contrat de travail.

⮱ *A fortiori*, en cas de contrats se succédant sans interruption ou en cas de modification de contrat, il ne peut pas y avoir de nouvelle période d’essai. Le cas échéant, l’employeur peut imposer une « période probatoire » pour vérifier que le salarié est apte à exercer. **Cette situation se trouve notamment pour les assistantes maternelles accueillant des fratries. Il peut y avoir une période probatoire pour l’accueil du deuxième enfant.**

Cette idée d’évaluation explique aussi que la période d’essai est suspendue jusqu’au retour du salarié quand celui-ci est dans l’impossibilité de l’exécuter pour maladie, congés, etc.

A. Durée de la période d’essai

La loi fixe une durée légale à la période d’essai qui peut être réduite par le contrat de travail. Pour les assistantes maternelles employées par des particuliers, cette période doit, dans les limites légales ou conventionnelles, être prévue au contrat ; **à défaut, le contrat et devient définitif dès sa signature**.

⮱ Durée légale

Pour les assistantes maternelles, la loi prévoit une durée maximale de trois mois de la période d’essai.

⮱ Durée conventionnelle

Des dispositions conventionnelles peuvent réduire la durée légale de la période d’essai

⮱ Pour les assistantes maternelles employées par des particuliers, les trois premiers mois du contrat de travail tiennent lieu de période d’essai. Mais la convention collective du 1er juillet 2004 prévoit que la période d’essai est réduite à deux mois quand la garde hebdomadaire est d’au moins 4 jours par semaine.

Le contrat de travail peut encore réduire ces périodes. En revanche, il ne peut allonger :

– la limite légale de trois mois pour les contrats dont la garde hebdomadaire est inférieure à quatre jours,

– la limite conventionnelle de deux mois pour ceux dont la garde est égale ou supérieure à quatre jours.

B. Régime de la rupture

Pendant la période d’essai légale, conventionnelle ou contractuelle, le contrat peut être rompu librement par les deux parties (sous réserve de ce qui sera dit en troisième partie de ce dossier). Un délai de prévenance est prévu lorsque l’employeur est un particulier.

⮱ Délai de prévenance

Lorsque la rupture de la période d’essai est le fait de l’employeur, le salarié doit être prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à :

– 24 h avant lorsqu’il y a moins de 8 jours de présence,

– 48 h entre 8 jours et un mois de présence,

– 2 semaines après un mois de présence.

Si c’est le salarié qui y met fin, il doit respecter un délai de prévenance de 48 h (24 h s’il a moins de 8 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 interrompt une période d’essai de 3 mois une semaine avant la fin initialement prévue, le contrat prendra fin à cette date.

⮱ Régime conventionnel des assistantes maternelles employées par des particuliers

Le parent employeur doit obligatoirement remettre une lettre de rupture à la salariée (convention collective du 1er juillet 2004). Il est conseillé d’envoyer une lettre recommandée avec avis de réception pour prévenir tout litige.

L’employeur doit délivrer à l’assistante maternelle :

– un bulletin de salaire,

– un certificat de travail avec la date de début et de fin de contrat ainsi que la nature de l’emploi,

– l’attestation Pôle emploi pour que l’assistante maternelle puisse faire valoir ces droits à l’indemnisation du chômage.

La remise de tous ces documents « *constitue une conséquence de la rupture, mais non une condition de validité* » a jugé la cour d’appel de Bourges dans un arrêt du 13 janvier 2012.

**II. – LE RETRAIT D’ENFANT PAR LE PARTICULIER EMPLOYEUR**

À l’issue de la période d’essai, le contrat de travail se poursuit. Pour les assistantes maternelles employées par des particuliers, le retrait d’enfant laisse subsister le pouvoir de rupture simplifiée de l’employeur comme au cours de la période d’essai, l’assortissant seulement de quelques conditions de procédure.

A. Principe

La loi du 27 juin 2005 réformant le statut des assistantes maternelles a maintenu le principe de la liberté du retrait de l’enfant et l’affirme plus clairement. Cela a comme conséquence qu’aucune des dispositions du Code du travail concernant le licenciement n’est applicable aux assistantes maternelles employées par des particuliers.

La rupture du contrat de travail qui résulte du retrait de l’enfant par les parents n’a pas à être motivée, à la différence d’un licenciement de droit commun qui doit avoir une cause réelle et sérieuse.

Cependant, cette rupture ne doit pas avoir une cause illicite ou être abusive (*voir le III*).

B. Encadrement du principe

La rupture unilatérale du contrat de travail sans motivation par le retrait de l’enfant comporte, par rapport à la période d’essai, trois atténuations procédurales.

⮱ Lettre recommandée

Si l’assistante maternelle est employée depuis plus 2 ou 3 mois (*cf. période d’essai*), l’employeur qui décide de ne plus confier l’enfant doit notifier à celle-ci sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Il n’y a pas d’obligation à motiver la lettre de rupture, pas de convocation non plus à un entretien préalable. Si le retrait intervient à la suite d’une suspension ou d’un retrait d’agrément, l’employeur doit le notifier aussi par lettre recommandée avec avis de réception. Celle-ci devra être motivée par la suspension ou le retrait d’agrément pour être dispensé du préavis de rupture.

La Cour de cassation considère que la lettre recommandée n’est « *qu’un moyen légal de prévenir toute contestation sur la date de notification du licenciement* ». La procédure est respectée lorsque le licenciement est notifié par lettre remise en main propre contre décharge, et ce, y compris lorsque le salarié à refuser de la prendre et de signer le reçu ; encore faut-il, dans cette situation, que l’employeur puisse faire la preuve de cette tentative de remise.

En revanche, un retrait d’enfant signifié uniquement oralement ouvre droit pour l’assistante maternelle à des dommages et intérêts.

**Certaines assistantes maternelles plaident que le contrat de travail continue et que les salaires sont dus tant qu’elles n’ont pas reçu de lettre recommandée. La plupart des juridictions ne les suivent pas sur ce terrain ; elles fixent la date de la rupture au jour où l’assistante maternelle a été informée que les parents ne lui confieraient plus leur enfant, même de manière informelle** (*par exemple, Cour d’appel d’Orléans, Chambre sociale, 10 janvier 2012, n° 11/01710, non publié ; Cour d’appel de Caen, 1re Chambre sociale, 25 octobre 2013, n° 11/04005, non publié*), ou encore à la date où la salariée réclame les documents de fin de contrat à l’employeur (*Cour d’appel de Douai, 31 janvier 2012, n° 114/01432, non publié*). **Si la lettre n’est pas envoyée, ceci est un non-respect de la procédure ouvrant des droits à des dommages et intérêts.** Si l’employeur envoie sa lettre de rupture quelques mois après la cessation effective de l’accueil de l’enfant, la tendance des cours d’appel est de fixer la date de la rupture à la date d’envoi de cette lettre tardive.

Ce non-respect de la procédure interdit à l’employeur d’invoquer ultérieurement une faute grave ou lourde pour tenter d’échapper au paiement du préavis, de l’indemnité de rupture...

⮱ Préavis

Après la période d’essai, le parent qui retire son enfant à l’assistante maternelle doit respecter un préavis (ou délai-congé) sauf si la rupture est motivée par une suspension ou un retrait d’agrément de l’assistante maternelle ou par une faute grave. Si le préavis n’est pas respecté, l’employeur doit au salarié une indemnité compensatrice qui correspond au salaire qu’aurait perçu l’assistante maternelle si elle avait travaillé pendant le délai-congé (préavis).

Ce préavis démarre à la date de la 1représentation, par la poste, de la lettre recommandée avec avis de réception informant du retrait.

Celui-ci sera de :

– 15 jours si l’ancienneté de l’assistante maternelle est supérieure à la période d’essai et inférieure à un an,

– 1 mois si le contrat a plus d’un an d’ancienneté.

**Le préavis ne peut pas se terminer un samedi, un dimanche ou un jour férié. Il est reporté au jour ouvrable suivant. Le préavis ne peut pas se faire sur une période de congés payés acquis.**

**Exemples.**

⮱L’assistante maternelle reçoit la lettre recommandée de retrait de l’enfant le lundi 16 novembre 2015, le délai de quinze jours se compte à partir de ce lundi 16 novembre pour se terminer le lundi 30 novembre au soir. Si le préavis était d’un mois, il se terminerait le mardi 15 décembre à minuit.

⮱ L’assistante maternelle reçoit la lettre recommandée de rupture le vendredi 11 décembre 2015, le délai de quinze jours se compte à partir de ce jour pour se terminer le vendredi 25 décembre reporté au lundi 28 décembre au soir, le 25 décembre étant un jour férié, le 26 décembre un samedi et le 27 décembre un dimanche. Si le préavis était d’un mois, il se terminerait le dimanche 10 janvier à minuit reporté au lundi 11 janvier à minuit.

La loi, mal rédigée, fixe le délai d’un mois en fonction de la durée d’accueil d’un enfant alors qu’il doit l’être en fonction de l’ancienneté de l’assistante maternelle avec un même employeur. Heureusement, la convention collective rectifie ce défaut et doit primer, car plus favorable au salarié.

**Exemple.**

⮱ Si un employeur donne à garder un enfant de janvier à juillet 2015 puis un autre enfant de juillet 2015 à février 2016, l’application littérale du texte de la loi fait que le dernier enfant est accueilli depuis moins d’un an et que le préavis, sera, en cas de rupture, de quinze jours, alors que l’ancienneté avec le même employeur est de quatorze mois ; conformément à la convention collective, le préavis sera donc d’un mois.

**Pour déterminer la durée du préavis, l’ancienneté de l’assistante maternelle démarre au jour de l’envoi de la lettre recommandée avec AR, notifiant la rupture. Peu importe la date à laquelle l’assistante maternelle la reçoit**.

**Exemples.**

⮱ L’assistante maternelle embauchée le 2 novembre 2014 – son employeur lui adresse le 31 octobre 2015 une lettre de retrait d’enfant qu’elle reçoit le 3 novembre 2015. Au 31 octobre 2015 elle avait moins d’un an d’ancienneté, son préavis sera de 15 jours.

Sont déduites de l’ancienneté : les congés de maladie et congés sans solde, sauf les périodes en raison d’un accident du travail ou d’une maternité. Sont incluses dans l’ancienneté les périodes de non-accueil de l’enfant prévues dans le contrat de travail.

**Exemples.**

⮱ Mme François accueille un enfant d’enseignant depuis le 1er septembre 2014, uniquement pendant les périodes scolaires. Son employeur lui adresse une lettre de retrait le 15 septembre 2015.

– Si Mme François n’a pas été absente depuis le 1er septembre 2014, son ancienneté est d’un an et quinze jours ; elle a droit à un préavis d’un mois.

– Si Mme François n’a pas travaillé en janvier 2015, en raison d’une intervention chirurgicale. Le mois de janvier sera déduit de son ancienneté. Celle-ci sera de 11 mois et 15 jours. Son préavis sera de quinze jours.

Pendant le préavis, le contrat de travail se poursuit normalement. Cependant, l’employeur peut dispenser l’assistante maternelle de l’effectuer ; il doit alors lui verser une indemnité correspondant au salaire qui aurait été payé si le préavis avait été travaillé. Le contrat de travail prend fin à l’issue du préavis qu’il soit effectué ou non.

Dans le cas où l’employeur dispense le salarié d’effectuer le préavis à la demande de celui-ci, l’indemnité n’est pas due et le contrat est immédiatement rompu.

Si l’assistante maternelle n’effectue pas son préavis alors que son employeur refuse de l’en dispenser, elle est redevable à ce dernier de dommages et intérêts.

⮱ Indemnité de rupture

L’indemnité de rupture est due si l’ancienneté est de un an, sauf si la rupture est pour faute lourde ou grave. Elle est au minimum à 1/120e du total des salaires nets perçus (sans aucune indemnités d’entretien, de repas ou kilométriques) pendant toute la durée du contrat. Le contrat de travail peut prévoir une indemnité de rupture d’un montant supérieur, par exemple 1/90e ou 1/60e de tous les salaires nets perçus durant le contrat.

⮱ Documents à remettre à l’issue du préavis

– un bulletin de salaire,

– un certificat de travail,

– une attestation Pôle emploi pour les droits au chômage.

Il lui fera également signer un reçu pour solde de tout compte. Si vous avez signé un reçu pour solde de tout compte vous avez 6 mois pour le contester. Par contre si vous n’en avez pas signé vous avez 3 ans pour contester les sommes reçues.

**III. – LES LIMITES DE LA RUPTURE UNILATÉRALE**

Pendant l’essai, l’employeur doit se faire une opinion, se convaincre que l’assistante maternelle est bien la personne qui convient à la garde de son enfant. Cependant, dans le cas tant de l’essai que du retrait d’enfant, la faculté de rupture simplifiée du contrat de travail par l’employeur, sans motivation explicite, connaît plusieurs limites :

– il ne doit pas être illicite, c’est-à-dire contraire à un texte ; l’illicéité prend deux formes, les discriminations (A), l’entrave à l’exercice d’un droit (B) ;

– il ne doit pas être abusif (C), c’est-à-dire s’exercer dans des conditions telles que sa finalité est viciée.

Rappelons par ailleurs que le retrait d’enfant doit se combiner avec les règles protectrices de la maternité de la salariée, de la victime d’un accident du travail.

A. Discriminations

La liberté de la rupture du contrat de travail pendant la période d’essai ou du retrait de l’enfant pendant l’exécution du contrat ne doit pas couvrir une discrimination. Le Code du travail a construit le champ des discriminations par une série de lois allant de 1956 à 2014, lois précédant ou mettant en accord notre droit avec les conventions internationales et européennes. C’est la loi du 16 novembre 2001 qui a clarifié la notion de discrimination et réformé les règles de preuve, de procédure et de sanctions aux articles L. 1131-42 à L. 1134-5 du Code du travail.

⮱ Notion de discrimination

L’article L. 1132-1 du Code du travail prohibe toute discrimination à l’embauche, à la formation, dans l’exercice du pouvoir disciplinaire de l’employeur, lors de la rupture du contrat de travail, dans l’exécution du travail (salaire, promotion, etc.). La discrimination peut-être « directe » ou « indirecte » ; elle est définie par la loi.

– Constitue une discrimination directe « *la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, une personne est traitée de manière moins favorable qu’une autre ne l’est, ne l’a été ou ne l’aura été dans une situation comparable* ».

– Constitue une discrimination indirecte « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d’entraîner, pour l’un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d’autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soient objectivement justifiés par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

Pour résumer doivent être évitées toutes discriminations dans les relations professionnelles de l’employeur avec son salarié. Ces dispositions sont explicitement rendues applicables aux assistantes maternelles par l’article L. 423-2, 1°, du Code de l’action sociale et des familles.

Aux termes de l’article L. 1132-1 du Code du travail, la discrimination répréhensible en matière de relations professionnelles est fondée sur :

– l’âge, la situation de famille ;

– le sexe, les mœurs, l’orientation ou l’identité sexuelle, les caractéristiques génétiques, l’appartenance physique ;

– le patronyme, l’origine, ou l’appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation ou une race ;

– les opinions politiques, des activités syndicales ou mutualistes, l’exercice normal du droit de grève ;

– des convictions religieuses ;

– l’état de santé ou le handicap ;

– le lieu de résidence.

Certaines discriminations sont inhérentes à la personne et violent le principe d’égalité entre les êtres humains : l’âge, la situation de famille, la race… D’autres sont des actes exprimant l’exercice de droits fondamentaux de nature constitutionnelle : les mœurs qui sont un aspect du respect de la vie privée, l’action syndicale et le droit de grève qui matérialisent la liberté d’action collective des travailleurs… La liste de l’article L. 1132-1 est en principe limitative. Mais l’article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme, applicable en France, condamne la discrimination fondée sur la fortune ; **cet article devrait pouvoir être mis en jeu en cas d’un retrait d’enfant fondé sur l’insuffisance de revenus (ou de patrimoine) de l’assistante maternelle et de leur famille.**

**Personne n’ignore que, lors d’une demande d’agrément, certains conseils départementaux continuent de réaliser, malgré toutes les instructions contraires, un véritable audit des ressources et des biens de l’assistante maternelle. Il y a bien ici un élément discriminatoire fondé sur la fortune**.

La notion de discrimination doit être utilisée avec intelligence. La loi y aide au besoin, par exemple :

– le médecin du travail peut intervenir pour interdire certains travaux aux malades ou handicapés (article L. 1133-3) ;

– des différences de traitement peuvent être fondées sur l’âge lorsqu’elles sont justifiées par des objectifs de politique de l’emploi, si les moyens mis en œuvre « *sont nécessaires et appropriés* » (article L. 1133-2) ;

– d’une manière générale, des différences de traitement sont autorisées « *lorsqu’elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l’objectif soit légitime et l’exigence proportionnée* ». **Ainsi, le sexe peut être un critère de sélection dans les métiers artistiques ou de la mode (article R. 1142-1), mais non dans les métiers de l’enfance et de la petite enfance tels ceux d’assistantes maternelles.**

En revanche, l’interdiction du travail de nuit des femmes, autrefois prévue par le droit français, a dû être supprimée du Code du travail. En effet, cette interdiction a été considérée comme une atteinte au principe d’égalité entre les hommes et les femmes par la Cour de justice de l’Union européenne, en 1991, au regard de la directive européenne du 9 février 1976.

**C’est également sur cette base que sera considéré comme discriminatoire le fait de refuser à un père de famille les congés payés supplémentaires pour enfant à charge de moins de quinze ans, prévus à l’article L. 3141-9 du Code du travail, et ce, bien que la loi ne les octroie qu’aux mères de famille.** La cour de cassation s’est prononcée en ce sens à plusieurs reprises à propos de congés payés supplémentaires accordés par des conventions collectives à des mères de famille. Par exemple, Cour de cassation, Chambre sociale, 4 mai 2011, n° 09-72206.

Certaines entreprises, dites « de tendance », peuvent pratiquer, avec discernement, des discriminations. Dans ces entreprises à vocation religieuse, syndicale ou politique, le recrutement à des postes de responsabilité peut justifier une discrimination qui serait condamnée ailleurs.

Enfin la discrimination peut être indirecte par des traitements différents selon les catégories de salariés. (Exemple : un atelier où travaillent une majorité de femmes est moins bien payé qu’un autre composé d’une majorité d’hommes pour un travail similaire. On considérera qu’il y a une discrimination indirecte à l’égard des femmes, même en l’absence d’intention discriminatoire de l’employeur.)

La discrimination indirecte ne paraît pas concerner, au premier chef, des assistantes maternelles.

⮱ Preuve

🡺 *Action de l’assistante maternelle*

L’assistante maternelle qui estimera que la rupture du contrat de travail, pendant la période d’essai ou le retrait d’enfant, est fondée sur un motif discriminatoire, devra présenter au juge des éléments de fait laissant supposer l’existence d’une discrimination. Au vu de ces éléments, l’employeur devra démontrer que sa décision est justifiée par des causes objectives, étrangères à toute discrimination (article L. 1134-3 du Code du travail). Au regard des informations que chaque partie lui aura transmises, le juge formera sa conviction. Il peut, s’il le juge utile, ordonner des mesures d’instruction.

Évidemment, les éléments constitutifs de la preuve seront très difficiles à apporter sauf si l’employeur a été imprudent en écrivant le motif discriminatoire ou en a fait état devant témoin.

🡺 *Action syndicale et associative*

L’article L. 1134-2 du Code du travail permet au syndicat d’agir à la place de la victime de la discrimination sans mandat de l’intéressé pourvu que celui-ci ait été averti et ne s’y soit pas opposé. Le syndicat doit être représentatif au niveau national, départemental pour les départements d’outre-mer ou dans l’entreprise. L’intéressé peut toujours intervenir dans le procès engagé par le syndicat.

Une action similaire est reconnue aux associations constituées depuis au moins cinq ans pour lutter contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap (article L. 1134-3 du Code du travail). L’association doit justifier d’un accord écrit de l’intéressé. Ce dernier peut intervenir dans l’instance engagée par l’association et y mettre fin à tout moment.

Pour qu’une association d’assistantes maternelles puisse user de ce texte, il faut que la lutte contre les discriminations soit expressément stipulée dans ses statuts.

🡺 *Compétence du juge des référés*

Une intervention du juge des référés est envisageable pour faire cesser le trouble manifeste constitué par une discrimination flagrante. Le juge des référés prud’homal prendra une mesure provisoire, éventuellement sous astreinte, jusqu’au jugement au fond par le bureau de jugement du conseil de prud’hommes.

🡺 *Protection des témoins*

La loi protège les salariés qui témoignent de faits discriminatoires. L’article L. 1132-3 dispose ainsi qu’un salarié « *ne peut être sanctionné, licencié ou faire l’objet d’une mesure discriminatoire pour avoir témoigné* [d’agissements discriminatoires] *ou les avoirs relatés* ».

⮱ Sanctions

En matière de discriminations, les sanctions d’une pratique patronale discriminatoire peuvent être de nature civile ou pénale.

🡺 *Sanctions civiles : la nullité*

Au plan civil, la sanction de la discrimination est la nullité de plein droit de toute disposition ou de tout acte discriminatoire (article L. 1132-4 du Code du travail).

Aucune disposition ne doit faire exception au principe d’annulation, même lorsqu’un texte particulier prévoit une sanction autre. La Cour de cassation l’a déjà admis pour l’article L. 2141-8 du Code du travail qui, en matière de discrimination syndicale, ne prévoit qu’une sanction indemnitaire. Le fera-t-elle pour la rupture discriminatoire du contrat de travail pendant la période d’essai d’une femme enceinte.

**Période d’essai de la femme enceinte**

Du début de la grossesse au début du congé de maternité, d’une part, dans les quatre semaines qui suivent la fin du congé de maternité, d’autre part, la femme enceinte est protégée contre le licenciement ou le retrait d’enfant. Selon l’article L. 1225-4 du Code du travail, l’employeur, pendant ces périodes, ne peut rompre le contrat de travail que s’il justifie :

– d’une faute grave de l’intéressée, non liée à la grossesse ;

– ou de l’impossibilité, pour un motif étranger à la grossesse, de maintenir le contrat de travail.

À défaut de ces causes, la rupture du contrat est nulle.

Mais que se passe-t-il pendant la période d’essai ?

Les dispositions ci-dessus ne s’appliquent pas et la femme enceinte peut voir son contrat de travail rompu, par exemple, pour une faute professionnelle même s’il ne s’agit pas d’une faute grave. Cependant, la femme enceinte reste protégée contre une interruption de l’essai fondée sur son état de grossesse. L’article L. 1225-1 du Code du travail dispose que « *l’employeur ne doit pas prendre en considération l’état de grossesse d’une femme pour* [...] *rompre son contrat de travail au cours d’une période d’essai* ».

La preuve de cette discrimination étant, là aussi, difficile à apporter, le législateur fait obligation à l’employeur de communiquer au juge, en cas de litige, tous les éléments de nature à justifier sa décision et, si un doute subsiste, « *il profite à la salariée* » (article L. 1225-3).

Si la preuve de l’illicéité de la rupture convainc le juge, celui-ci attribuera des dommages et intérêts à la salariée. Mais la Cour de cassation s’est refusée à prononcer la nullité de la rupture discriminatoire pendant la période d’essai. Il n’est pas sûr qu’elle confirme, aujourd’hui, sa jurisprudence, car elle admet toujours plus largement la nullité des mesures patronales illicites. En effet, la rupture de la période d’essai pour un motif lié à la grossesse caractérise une discrimination sexiste directe ; elle est donc nulle en application de l’article L. 1132-4 du Code du travail.

Au-delà de la nullité de la mesure discriminatoire, pour beaucoup de situations, il est difficile, en pratique, d’envisager d’autres réparations que le versement de dommages et intérêts à la victime.

Toutefois, quand la discrimination porte sur la rupture du contrat de travail pendant l’essai ou a justifié un retrait d’enfant, le salarié peut demander sa réintégration. **Par contre pour une assistante maternelle, il paraît difficile, voire impossible qu’une assistante maternelle employée par des particuliers le fasse parce que les relations interpersonnelles sont devenues exécrables ou parce qu’il n’y a plus d’enfant à garder.**

Si le salarié ne sollicite pas sa réintégration, ou si celle-ci n’est pas possible du fait de l’employeur, les dommages et intérêts qui lui seront versés, en compensation, pourront être très lourds (montant des salaires et des congés payés jusqu’à l’annulation, indemnités de rupture, dommages et intérêts pour rupture illicite).

🡺 *Sanctions pénales*

L’article 225-1 du Code pénal incrimine les discriminations visées par l’article L. 1132-1 du Code du travail. Lequel code prévoit, par ailleurs, des dispositions répressives propres à certaines discriminations.

La peine encourue peut aller jusqu’à 3 ans d’emprisonnement et 45 000 € d’amende (article 225-2).

Rappelons que, si le juge pénal est saisi avant le juge civil, ce dernier va surseoir à statuer jusqu’à la décision répressive. Que la décision du juge pénal a autorité de la chose jugée au civil.

**Exemple.** Si un employeur est relaxé du chef de discrimination à l’égard d’un salarié, le conseil des prud’hommes ne peut méconnaître ce qui a déjà été jugé au pénal pour condamner l’employeur à des dommages et intérêts. Autrement dit, si les faits délictueux ne sont pas vérifiés au pénal, ils ne peuvent plus l’être au civil. L’inverse est vrai, si la faute pénale est reconnue, le juge civil devra estimer l’indemnisation qui en résulte s’il y a un préjudice civil.

B. Entrave à l’exercice d’un droit

⮱ Notion d’entrave au droit

Même si la rupture est libre pendant la période d’essai, même si le retrait d’enfant n’a pas à être motivé, tous les textes et principes relatifs à la situation de travail restent applicables s’ils ne sont pas expressément écartés par la loi.

**Ainsi a été jugé illicite le retrait d’enfant pris en rétorsion de la demande d’une augmentation de salaire d’une assistante maternelle,** *« une telle réclamation constituait l’exercice d’un droit* » ; dit la Cour de cassation. Dans un arrêt de la cour du 23 janvier 2008, les magistrats de la cour d’appel d’Aix-en-Provence ont condamné des parents à 1 000 € de dommages et intérêts pour rupture abusive après avoir constaté que le retrait d’enfant était intervenu en raison d’une réclamation sur son salaire formulée par l’assistante maternelle.

**De même, la cour d’appel de Paris a condamné un employeur pour retrait abusif après avoir conclu que le retrait était motivé par la demande de l’assistante maternelle du paiement de ses deux derniers mois de salaire, sous peine de saisine du conseil de prud’hommes.**

**Pareillement, la cour d’appel de Nîmes a condamné des parents à 1 000 € de dommages et intérêts, le retrait étant motivé dans la lettre de rupture par le « *désir d’augmentation des frais d’entretien* » exprimé par l’assistante maternelle.** Les juges n’avaient plus qu’à constater : « *De cet écrit univoque, il résulte que seule la réclamation de Mme G. relative aux indemnités d’entretien, laquelle constitue l’exercice d’un droit et l’expression d’une revendication fondée sur des dispositions conventionnelles qui s’imposent à tous, est à l’origine de l’exercice du droit de retrait, ce qui le rend illicite et ainsi abusif ouvrant droit au profit de Madame G. à une indemnité* [...] ».

Il en serait de même si l’employeur retirait l’enfant parce que l’assistante maternelle refuse de modifier les dates de congés payés fixées au contrat ou s’il l’empêchait de prendre tout congé. Ce qui est sanctionné là n’est pas une discrimination, mais une mesure de représailles contre celui qui demande l’application du droit ou l’exerce.

Au-delà de l’exercice d’un droit du travail est également illicite le motif reposant sur la violation d’un droit du citoyen qui ne relève pas forcément d’une discrimination. **Par exemple, l’employeur qui rompt le contrat de travail avec l’assistante maternelle parce qu’elle fréquente des personnes, lit des livres ou des revues qui lui déplaisent, porte atteinte à la vie privée de la salariée ; le retrait d’enfant sera sanctionné à ce titre.**

⮱ Preuve

Que l’employeur donne un motif ou non, il appartiendra à l’assistante maternelle d’engager une procédure pour obtenir des dommages et intérêts pour retrait illicite. Il lui faudra apporter la preuve de ce qu’elle avance par un écrit, un témoignage, un aveu des parents peut-être.

Mais le débat contradictoire obligera l’employeur à apporter des éléments montrant qu’il n’a commis aucune irrégularité.

⮱ Sanction

Dans ces cas d’entrave à l’exercice d’un droit, la sanction ne peut pas être la nullité de la mesure et notamment de la rupture du contrat de travail, la loi ne prévoyant pas une telle nullité. La sanction prendra donc la forme de dommages et intérêts.

C. Abus de droit

⮱ Notion d’abus de droit

L’abus de droit est le fait, pour le titulaire d’un droit, de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité, d’en dénaturer l’exercice.

L’employeur d’une assistante maternelle a le droit de rompre librement le contrat pendant la période d’essai ou de retirer l’enfant s’il s’agit d’un particulier ; mais, une telle liberté est justifiée par la loi pour simplifier les relations de travail en écartant le droit du licenciement dans ces situations particulières. Elle ne peut s’exercer dans l’intention de nuire à l’assistante maternelle ou avec une légèreté blâmable.

– L’intention de nuire, l’animosité à l’égard du salarié, prendra le plus souvent, pour une assistante maternelle, la forme de propos laissant entendre que la rupture est justifiée par de mauvais soins voire des dires diffamatoires s’il est question de mauvais traitements.

Ainsi la cour de Rouen a condamné un particulier employeur à payer son ancienne assistante maternelle, outre des rappels de salaire, 972,39 € de dommages et intérêts pour rupture abusive, 600 € pour préjudice moral et 1 200 € pour frais de procédure. Motif : Mme D. « *a rompu le contrat pour des faits qu’elle a qualifiés "d’abus de confiance" et a établi un certificat de travail mentionnant ce motif, elle n’a par ailleurs fourni aucun élément qui permette de considérer que le licenciement intervenu plusieurs semaines après qu’elle ait cessé de confier son enfant, privant ainsi sa salariée de ressources, était justifié par les faits visés dans la lettre, ni qu’ils étaient réels* [...] ».

– La rupture de l’essai ou, surtout, le retrait d’un enfant relèvent de la légèreté blâmable quand l’attitude de l’employeur révèle un comportement anormal par rapport à celui d’un « bon père de famille ». Par exemple : l’employeur embauche et retire l’enfant à plusieurs reprises au gré de ses humeurs et dans un espace de temps réduit. Plus grave : l’employeur retire l’enfant pour le confier à une autre personne non agréée et rémunérée au noir.

Relèvera également de la légèreté blâmable la rupture de la période d’essai pour mettre l’enfant en crèche. Celle-ci ayant pour objet « *d’évaluer les compétences du salarié dans son travail* », elle ne peut pas être rompue pour un autre motif. Si les parents veulent mettre fin au contrat parce qu’ils ont obtenu une place de crèche, ils doivent recourir au retrait d’enfant, y compris durant la période d’essai. **D’une manière générale, le motif de la rupture d’une période d’essai doit être lié à la personne du salarié ; dans le cas contraire, elle pourra être qualifiée d’abusive.**

**La période d’essai ayant pour finalité d’évaluer les compétences du salarié, une durée trop brève peut entraîner une qualification de rupture abusive. Ainsi, pour la Cour de cassation, constitue un abus le fait pour un employeur d’avoir mis fin à la période d’essai du salarié, fixée à un mois, « *après seulement deux jours de travail et sans avoir pu apprécier sa valeur professionnelle* ».**

⮱ Preuve

L’assistante maternelle qui s’estime victime d’un abus de droit ou d’une légèreté blâmable devra en apporter la preuve. Il appartiendra alors à l’employeur de renverser cette preuve en montrant que les propos ou les faits qui lui sont reprochés sont inexacts ou sans rapport avec la rupture.

⮱ Sanction

En matière d’abus de droit comme pour l’entrave à l’exercice d’un droit, la sanction ne peut pas être la nullité de la mesure si la loi ne prévoit pas une telle nullité.

La sanction prendra donc la forme de dommages et intérêts. L’assistante maternelle qui s’estime victime d’une de ces pratiques – ou d’une discrimination – devra se garder de toute action en justice téméraire. Tant devant le conseil de prud’hommes qu’*a fortiori* devant le tribunal correctionnel, elle n’engagera une procédure que dans la mesure où elle sera en capacité d’apporter la preuve de ce qu’elle avance.