

N° 395624  
N° 395625  
Mme Z...

1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies  
Séance du 15 mars 2017  
Lecture du 31 mars 2017

## CONCLUSIONS

**M. Jean LESSI, rapporteur public**

Mme Z... était assistante familiale dans la Drôme. Le dossier n° 395625 se rattache à une première période pendant laquelle elle était directement employée par le département. Cette période a pris fin avec son licenciement pour motif disciplinaire en août 2011, en raison d'absence non autorisée par le département et de la méconnaissance des modalités de remplacement par une personne tierce. Le dossier n° 395624 se rapporte à la période postérieure, pendant laquelle Mme Z... a conservé son agrément et été employée par une structure privée. Cette période a pris fin à la suite d'un incident lié à l'absorption de médicaments par un adolescent qui lui a été confié. Le PCG de la Drôme a alors suspendu, puis retiré son agrément, en mars et juin 2012. Les deux pourvois correspondants ont été admis, le premier totalement, le second partiellement, par votre 1<sup>ère</sup> sous-section jugeant seule le 27 juin 2016.

1. Nous suivrons la chronologie des événements, en commençant par le n° 395625. Mme Z... a attaqué avec succès son licenciement devant le tribunal administratif de Grenoble, et se pourvoit contre l'arrêt du 22 octobre 2015 par lequel la cour de Lyon a renversé la solution.

Un moyen nous paraît sérieux et de nature à justifier la cassation de l'arrêt attaqué. Il ne porte pas sur la procédure<sup>1</sup> de licenciement ou sur le bien-fondé<sup>2</sup> de la décision : sur ce point, nous

---

<sup>1</sup> La cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'aucun texte n'imposait que le courrier de convocation à l'entretien préalable au licenciement mentionne lui-même le droit de l'agent à recevoir communication du dossier car, effectivement, comme l'admet d'ailleurs le pourvoi, aucun texte n'impose une telle mention. Si la cour a cru utile de rappeler cette évidence, c'est parce que le jugement du tribunal administratif attaqué devant elle comportait une énonciation ambiguë laissant entendre le contraire. Le pourvoi tente en réalité de vous faire dire que le tribunal avait entendu juger que la procédure de licenciement de Mme Z... était irrégulière en l'absence de toute information sur son droit à communication du dossier (dans le courrier de convocation ou par tout autre moyen), et que la cour, en censurant le jugement sur ce point, avait commis une erreur de droit. Mais nous ne lisons ainsi ni le jugement, ni l'arrêt attaqué. Les moyens suivant visent le véritable motif d'annulation du licenciement qu'avait retenu le tribunal, et qu'a infirmé la cour, à savoir les modalités de convocation de Mme Z... à l'entretien préalable prévu à l'article L. 1232-2 du code du travail, rendu applicable par l'article L. 423-10 du code de l'action sociale et des familles (CASF). Que s'est-il passé ? Le département a posté le 12 août 2011 un courrier de convocation en vue d'un entretien le 23 août 2011. Ce pli a été mis en instance de retrait au bureau de poste dès le 13, mais jamais retiré par Mme Z... et est revenu avec la mention « non réclamé ». Mme Z... ne s'est pas présentée à l'entretien, et a été licenciée par une décision du 25 août. Toute la question était de savoir si le facteur a effectivement déposé un avis d'instance informant Mme Z... qu'un pli l'attendait au guichet (la question se pose dans les mêmes termes devant le juge judiciaire : cf. Cass. Soc. 23 juil.

pensons les moyens insusceptibles de justifier la cassation, pour les raisons indiquées dans nos conclusions prononcées en juin dernier. Le moyen sérieux porte sur l'application des dispositions spécifiques protégeant les femmes enceintes contre les mesures de licenciement.

Ces règles figurent, pour les agents non titulaires de la fonction publique territoriale, à l'article 41 du décret n° 88-145 du 15 février 1988, applicable aux assistants familiaux employés par un département (art. R. 422-1 du CASF). Selon cet article, « *aucun licenciement ne peut être prononcé lorsque l'agent se trouve en état de grossesse médicalement constatée ou en congé de maternité (...)* ». L'article L. 1225-4 du code du travail, auquel renvoie l'article 41, permet cependant à l'employeur de « *rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse (...)*. Mais même dans ce cas, cet article prévoit que « *la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail* » telles que la période de suspension liée au congé de maternité. En l'espèce, Mme Z... était enceinte (elle a accouché en octobre 2014). L'employeur s'est prévalu de l'article L. 1225-4 du CT, et de l'existence d'une faute grave.

---

1980, n° 80-60233, Bull. soc. n° 577). Le tribunal a répondu par la négative, la cour, dans l'autre sens. Mais la cour n'a pas commis d'erreur de droit : elle a rappelé votre jurisprudence sur l'administration de la preuve en la matière : la preuve de la délivrance d'un avis de passage « peut résulter soit des mentions précises, claires et concordantes portées sur l'enveloppe, soit, à défaut, d'une attestation de l'administration postale ou d'autres éléments de preuve » (CE, 17 juil. 2013, *Mme G...* n° 347945, aux Tables ; CE, 23 juin 2000, *F...*, n° 185477, aux Tables). Plus sérieux, une fois n'est pas coutume, est le moyen de dénaturation. L'hésitation tient notamment à ce que la rubrique « avisé » figurant sur le bordereau de la LRAR est remplie de manière illisible. La cour a estimé que ces marques avaient valeur de date, cette date étant celle de vaine présentation et, croisant cet indice avec la fiche de suivi du courrier, mentionnant, selon elle, le dépôt d'un avis de passage (dans les lignes qui précèdent la rubrique « historique »), la cour a jugé que la convocation avait été présentée. Elle a fait preuve d'une certaine audace. D'une part, la cour affirme que la fiche de suivi du courrier mentionne qu'un avis de passage a été déposé. Or en réalité cette fiche le mentionne de manière stéréotypée, dans les mentions-types de la fiche ; en revanche dans la rubrique historique de cette fiche, dédiée au suivi du pli en cause, on ne trouve pas une telle mention. L'affirmation de la cour est donc sujette à caution. D'autre part, Mme Z... produit un courrier de La poste de septembre 2011 admettant que « à cette période, nous avons eu des difficultés pour distribuer le courrier dans votre quartier », en raison d'un manque de personnel. Il n'y a aucune raison de penser qu'il s'agirait d'une attestation de complaisance. Au total, nous éprouvons un fort doute, et ce n'est qu'au bénéfice de ce caractère souverain de l'appréciation de la cour que vous pourriez estimer que le moyen non sérieux.

<sup>2</sup> Sur le bien-fondé du licenciement, la cour a d'abord estimé que les deux motifs retenus par le PCG étaient matériellement exacts, à savoir d'une part, le fait que Mme Z... s'était absentée à l'étranger du 8 au 13 août 2011 sans autorisation du service du placement familial et, d'autre part, sur le fait que Mme Z... n'avait pas respecté, pendant cette absence non autorisée, les modalités prévues de remplacement par une personne tierce : alors que le remplacement devait durer deux jours et avoir lieu à son domicile, il a duré plus longtemps et a vu la remplaçante emmener les enfants à plusieurs centaines de kilomètres. La cour n'a pas commis d'erreur de droit dans l'interprétation des modalités de remplacement temporaire du contrat d'accueil : il n'y a pas eu l'information écrite exigée par l'article 10 du contrat. Et il n'y a pas davantage de dénaturation : en tout état de cause si Mme Z... semble avoir prévenu d'un déplacement, l'information qu'elle a donné par oral – bien moins univoque que ce que le pourvoi semble dire – ne portait ni sur une telle durée ni sur ces dates. Enfin, si le pourvoi souligne le professionnalisme de Mme Z..., cette argumentation est inopérante à l'appui de motifs de l'arrêt se bornant à prendre position sur la matérialité des faits reprochés.

La cour a ensuite estimé que la sanction de licenciement était proportionnée aux faits reprochés. La cour, qui a exercé un contrôle normal (comme en témoignent les termes « erreur d'appréciation ») n'a pas commis d'erreur de droit, tel étant bien le degré de contrôle des juges du fond sur l'adéquation de la sanction infligée à un agent public (CE, Ass., 13 nov. 2013, *D...*, n°347704).

Le pourvoi ne critique que cursivement la qualification de faute grave retenue par l'employeur et admise par la cour. Il concentre ses critiques sur le respect de l'interdit de prendre ou de notifier la décision de licenciement à l'intérieur des bornes temporelles du congé maternité.

Rappelons la chronologie, telle qu'elle ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond. La décision de licenciement date du 25 août ; elle indique qu'elle prendra effet le 26 et été notifiée, d'après des énonciations de la cour non arguées de dénaturation, au plus tard le 27.

Toute la question est de savoir à quelle date a débuté le congé de maternité de Mme Z.... Sur la durée des congés, l'article 10 du décret de 1988 renvoie au code de la sécurité sociale, lui-même en harmonie avec le code du travail. Selon l'article L. 331-4 du CSS, sur lequel se cale l'article L. 1225-19 du code du travail, le congé de maternité d'une femme qui comme Mme Z... assume déjà la charge de plus de deux enfants commence « huit semaines avant la date présumée de l'accouchement ». Cette période antérieure « peut être augmentée d'une durée maximale de deux semaines », avec réduction à due concurrence de la période postérieure à l'accouchement.

En l'espèce, la cour a estimé que le congé de maternité avait démarré le 28 août, donc après la date d'effet et de notification du licenciement. La cour s'est fondée sur la date d'accouchement prévisionnelle (le 23 octobre) indiquée dans un certificat médical établi le 24 août 2011, que produisait Mme Z... . En remontant de huit semaines, on arrive effectivement le 28 août. Mme Z... objectait cependant qu'elle avait voulu anticiper son congé et le faire démarrer dès le 24 août 2011, qui est la date de ce certificat médical, mais aussi la date d'expédition d'un courrier au département pour l'informer de son départ, à cette même date. La cour a écarté cette objection en rappelant la règle des huit semaines et en énonçant que « Mme Z... n'allègue pas avoir été dans le cas d'un allongement de congé maternité à dix semaines ».

Mais Mme Z... soutient que la cour a commis une erreur de droit, dès lors que cette faculté est inconditionnelle. Autrement l'énonciation de la cour selon laquelle elle « n'alléguait pas être dans le cas » d'un allongement n'aurait selon elle pas de sens : il n'existe aucun « cas », l'anticipation est de droit, et il lui suffisait d'informer son employeur de son choix.

Ce moyen, qui n'est pas nouveau en cassation, est fondé. L'anticipation avant accouchement tout ou partie de ces deux semaines de congé post-natal n'est soumise à aucune condition, d'ordre médical par exemple. La cour n'avait donc pas à rechercher si Mme Z..., dont il ressortait du dossier et dont le département admettait lui-même qu'elle avait déjà deux enfants au moins, entrait dans le « cas » d'un allongement. Il suffit que la cour recherche si Mme Z... avait choisi de faire usage de cette faculté et qu'elle en informe son employeur. Sur cette question de l'information de l'employeur d'ailleurs, le code du travail est très précis : la salariée doit avertir son employeur par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé (art. D. 1225-4-1), la formalité étant réputée accomplie le jour d'expédition (art. R. 1225-3)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Quid si l'information de l'employeur lui parvient après la date d'effet du licenciement ou sa date de notification ? Cela nous paraît sans incidence sur le bénéfice de la protection. D'abord parce que l'essentiel, dans les textes, est la date à laquelle le congé a débuté, indépendamment de la date d'information de l'employeur. En tout état de cause, il faudrait à nos yeux faire jouer sinon la lettre du moins l'esprit du 2<sup>nd</sup> alinéa de l'article 41 du décret de 1988, relatives à l'information de l'employeur sur l'état de grossesse lui-même, et selon lesquelles « La

Vous accueillerez donc le moyen d'erreur de droit et renverrez l'affaire afin qu'en particulier une discussion puisse le cas échéant avoir lieu sur la chronologie fine, non contestée devant vous.

2. Venons-au dossier n° 395624. Après son licenciement et au terme de son congé de maternité, Mme Z..., qui restait agréée, a été employée par une structure privée. Un sérieux incident est survenu le 18 mars 2012. Alors que Mme Z... accueillait depuis quelques jours un adolescent de 16 ans, fragile et sous traitement médicamenteux, celui-ci a accédé aux médicaments et en a absorbé une forte dose. Conduit à l'hôpital, il en est heureusement sorti indemne. A la suite de ces événements, par une décision du 20 mars 2012, le PCG de la Drôme a suspendu provisoirement l'agrément de Mme Z... . Par une décision du 25 juin, il l'a retiré.

Le PCG a fait application de l'article L. 421-6 du CASF : « *Si les conditions de l'agrément cessent d'être remplies, le président du conseil départemental peut, après avis d'une commission consultative paritaire départementale, modifier le contenu de l'agrément ou procéder à son retrait. En cas d'urgence, le président du conseil départemental peut suspendre l'agrément.* » Comme dans le dossier précédent, le tribunal administratif a annulé ces deux décisions, mais la cour a annulé le jugement en appel. Par une décision du 27 juin 2016, votre 1<sup>ère</sup> chambre jugeant seule n'a admis le pourvoi qu'en tant qu'il vise la suspension.

S'agissant de la mesure de suspension, Mme Z... soutient que la cour a commis une erreur de droit en jugeant, à la différence du tribunal administratif, que cette mesure était une mesure conservatoire prise dans l'intérêt du service, qu'elle ne présentait pas le caractère d'une sanction et qu'elle pas à être précédée d'une procédure contradictoire.

Tout en comprenant le raisonnement de la cour, ce moyen nous paraît fondé, pour trois raisons.

En premier lieu, nous pensons que la mesure de suspension est bien au nombre des décisions qui doivent être motivées au titre de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 11 juillet 1979, et qu'elle entrerait donc dans le champ de l'exigence de contradictoire préalable découlant de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000. Il ne s'agit certes pas d'une « sanction ». Mais une telle mesure, prise à l'égard d'un tiers, dans le cadre d'une législation encadrant l'activité de personnes privées dans un but d'intérêt général lié à la santé, à la sécurité et à l'épanouissement des mineurs, est, tout comme l'agrément lui-même ou son retrait, une mesure de police administrative spéciale.

Il est vrai qu'il s'agit d'une mesure certes de police mais purement conservatoire, d'une durée limitée à 4 mois (art. R. 421-24), pendant le délai nécessaire à l'adoption d'une mesure définitive (retrait, restriction ou maintien de l'agrément) et préservant, dans une certaine mesure, la situation de l'intéressé dans l'intervalle. Or vous jugez que la suspension d'un fonctionnaire, mesure conservatoire prise dans l'intérêt du service, n'a pas à être motivée en application de la loi du 11 juillet 1979 (CE, 7 nov. 1986, E..., n° 59373, aux Tables). Mais cette jurisprudence n'est pas transposable. D'abord, ce qui la fonde n'est à nos yeux pas le

---

*présentation dans les délais des justifications prévues ci-dessus fait obligation à l'autorité territoriale d'annuler le licenciement intervenu. »*

caractère conservatoire mais le fait qu'il s'agit d'une mesure visant un agent public, prise « dans l'intérêt du service », qui n'est pas une mesure de police prise à l'égard d'une personne privée dans l'intérêt des tiers. Ensuite, le caractère conservatoire n'est pas un critère opérant pour sortir une mesure de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1979 : la loi ne fait pas cette distinction, et votre jurisprudence est constante pour juger qu'une mesure conservatoire, dès lors qu'elle se rattache à l'une des catégories de l'article 1<sup>er</sup>, est soumise à l'exigence de motivation (CE, 4 avr. 2005, *Société Basf-Agro*, n° 266665, aux Tables pour une suspension d'AMM<sup>4</sup>). Enfin, sur un plan pratique, la suspension d'un assistant familial est autrement plus lourde que la suspension d'un fonctionnaire, qui préserve son droit au traitement indiciaire, au SFT et à l'IR : le CASF ne prévoit que le versement d'une indemnité compensatrice (art. L. 423-8), et encore, seulement pour les assistants employés par une personne morale.

La deuxième raison nous conduisant à vous proposer de considérer que la mesure de suspension entre dans le champ de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 est que si cet article réserve lui-même le cas où des « *dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire* » particulière, la partie législative du code de l'action sociale et des familles n'a, contrairement à ce qu'a indiqué la cour ou à ce qui est soutenu en défense, rien instauré de tel : c'est en partie réglementaire qu'on trouve ces précisions. Il est vrai que vous jugez parfois, plus radicalement, qu'une loi spéciale a entendu définir entièrement les règles de procédure applicables à une certaine catégorie de décisions, et qu'ainsi l'application de l'article 24 s'en trouve écartée (en matière de RSA, CE, 16 oct. 2013, *M. et Mme B...*, n° 368174, au Recueil ; en matière d'OQTF, avis CE, 26 novembre 2008, *S...*, n° 315441, au Rec<sup>5</sup>.) Le CASF n'est pas muet sur la procédure applicable au retrait lui-même : l'article L. 421-6 prévoit ainsi l'avis d'une commission consultative paritaire départementale. Mais la densité procédurale de ces dispositions législatives n'est pas suffisante au regard des précédents cités, et en particulier la loi ne prévoit même pas de contradictoire avant le retrait : la « *silidorisation* » de la procédure de suspension de l'agrément nous paraît hors de portée.

En troisième lieu, si vous admettez être dans le champ de l'article 24, vous auriez pu être tentés de vous appuyer sur les 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> alinéas de cet article qui dispensent de contradictoire « 1° En cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles ». Or selon l'article L. 421-6 du CASF la suspension est motivée par une situation d' « urgence ». Une décision intrinsèquement justifiée par l'urgence ne doit-elle pas structurellement être dispensée de l'obligation de contradictoire, au titre de l'exception d'urgence ? Votre jurisprudence a, vous le savez, toujours répondu par la négative à cette question : la notion d'urgence, au sens de l'article 24, est autonome et suppose une appréciation au cas par cas, *in concreto* (CE, 26 janv. 2015, *SCP Nodee-Noël-Nodee-Lanzetta*, n° 372839, aux tables, s'agissant d'une suspension conservatoire décidée par l'ASN<sup>6</sup>). Cette solution, contre-intuitive est logique : pour l'article 24, il faut se demander si le fait de différer la mesure pendant le temps nécessaire à l'accomplissement du contradictoire créerait des risques pour les tiers. La réponse à cette question ne recoupe pas toujours la notion d'urgence au sens de chaque texte :

<sup>4</sup> CE 23 avr. 2003, *Société Bouygues Immobilier*, n° 249712, pour une suspension de permis de construire, aux Tables ; pour une mesure conservatoire de la CCMIP CE, 12 juin 2002, *Caisse de décès « Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine »*, n° 240741, aux Tables

<sup>5</sup> v. aussi CE, Section, 19 avril 1991, *Préfet de police c/ D...*, n° 120435, au Rec. ; ou en matière de comptes de campagne : CE, 13 novembre 1992, *G...*, n° 134360, au Rec.

<sup>6</sup> V. aussi, pour une mesure provisoire d'hospitalisation sans consentement : CE, 13 mars 2013, *Préfet de Police c/ Mme R...*, n° 354976, aux Tables

ici, l'urgence au sens de l'article L. 421-6 s'apprécie par rapport à la durée nécessaire à la conduite de la procédure de retrait.

Nous vous proposons donc d'accueillir ce moyen, étant précisé qu'aucune substitution de motifs n'est possible en cassation, ni sur l'urgence, ni sur le respect éventuel de cette formalité en l'espèce, comme cela vous est demandé en défense, dès lors que cela suppose une appréciation de fait hors de portée en cassation. En revanche, comme nous l'avions indiqué dans nos conclusions devant votre 1<sup>ère</sup> chambre jugeant seule, aucune des autres critiques ne justifierait la cassation<sup>7</sup>.

**Par ces motifs nous concluons, sous le n° 395624, à l'annulation, dans la mesure de l'admission prononcée, de l'arrêt de la cour administrative d'appel, au renvoi de l'affaire dans cette mesure, et au versement par le département de la Drôme d'une somme de 1 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et rejet des conclusions présentées par le département au même titre ; sous le n° 395625, à l'annulation de l'arrêt, au renvoi de l'affaire et au versement par le département de la Drôme à Mme Z... d'une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA, et rejet des conclusions présentées par le département au même titre.**

---

<sup>7</sup> La décision de suspension repose sur trois motifs, dont la cour a jugé qu'ils étaient matériellement exacts et de nature à justifier une suspension : le manquement à ses obligations d'information du département, Mme Z... n'ayant informé que le 19 mars qu'elle accueillait depuis le 13 mars précédent le mineur, et qu'un accident venait d'avoir lieu ; un défaut de surveillance, en laissant un enfant fragile accéder à une boîte de médicaments dangereux ; et une faute commise en confiant au mineur la responsabilité de prendre son traitement. Contrairement à ce qui est soutenu, la cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier. On pourrait hésiter sur le premier motif : le seul texte invoqué – l'art. R. 421-39 du CASF - impose aux assistants maternels de déclarer dans les huit jours l'accueil d'un enfant, mais ce texte est, par sa lettre, inapplicable aux assistants familiaux. Et ici en tout état de cause seuls six jours, maximum, s'étaient écoulés. Mais nous pensons que la cour, comme le PCG, a essentiellement entendu se fonder sur les deux autres motifs, en se servant de ce délai – nous ne parlerons pas de retard - comme élément d'éclairage. Le défaut de vigilance est quant à lui matériellement établi. Certes, nous sommes conscient qu'il s'agissait d'un jeune de 16 ans, psychologiquement fragile, dont personne ne saurait honnêtement prétendre être en mesure de maîtriser les faits et gestes 24 h / 24. Le dossier est flou sur le degré d'information de Mme Z... quant à la gravité de l'état du jeune accueilli, mais la cour a souverainement estimé qu'elle avait été informée des risques et des précautions nécessaires – même si elle semble n'avoir appris les antécédents les plus impressionnants (séjours en hôpital psychiatrique, tentatives de suicide) qu'ultérieurement. Enfin, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que ces faits justifiaient une suspension.