

N° 381274
Mme D...

4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies
Séance du 11 mai 2016
Lecture du 30 mai 2016

A mentionner aux Tables

CONCLUSIONS

Mme Gaëlle DUMORTIER, rapporteur public

1- Mme A...D...exerce la profession d'assistante familiale, c'est-à-dire qu'elle accueille à son domicile de façon permanente, contre rémunération, des enfants qui lui sont confiés par l'aide sociale à l'enfance (article L. 421-2 du code de l'action sociale et des familles). Le terme d'assistant familial a été créé par une loi du 27 juin 2005, pour différencier cette profession de celle d'assistant maternel, qui consiste à accueillir pendant une partie seulement de la journée des enfants de moins six ans, le plus souvent confiés par leurs parents.

L'assistant familial, lui, est salarié d'une personne morale publique ou privée. Mme D...était salariée du conseil général du Pas-de-Calais lorsque celui-ci l'a licenciée le 29 septembre 2011 au motif de son comportement inadéquat – il lui a été reproché notamment la persistance, en dépit de plusieurs entretiens et accompagnements, d'attitudes éducatives et relationnelles inadaptées à l'égard des enfants confiés. Mme D...n'a obtenu l'annulation de cette décision ni en première instance ni en appel et se pourvoit régulièrement en cassation.

2- La plupart des moyens s'écartent sans hésitation.

2.1- Le rapporteur public pouvait, sans irrégularité, se borner à communiquer, s'agissant du sens de ses conclusions, les éléments du dispositif qu'il comptait proposer à la cour d'adopter, sans préciser les raisons qui déterminaient la solution qu'appelait, selon lui, le litige (Section, 21 juin 2013 *Communauté d'agglomération du pays de Martigues* n° 352427 p. 167). Le moyen tiré de ce que la communication de ces éléments n'aurait pas été faite dans un délai raisonnable avant l'audience n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.

2.2- L'arrêt est suffisamment motivé. Contrairement à ce que soutient Mme D..., il répond suffisamment au moyen tiré de l'insuffisante motivation de la décision de licenciement – dont il précise les motifs -. Il répond également au moyen qu'elle tirait de l'absence de valeur probante du témoignage du jeune F....

2.3- Enfin, l'arrêt n'a pas dénaturé les écritures de Mme D...en relevant que l'intéressée ne contestait pas utilement le comportement inadapté qui lui était reproché.

3- Un seul moyen méritait de vous être soumis. C'est celui tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour en jugeant que la lettre convoquant Mme D...à l'entretien préalable à son

licenciement n'avait pas à mentionner la possibilité de recourir à un conseiller du salarié et à lui préciser les services dans lesquels la liste de ces conseillers était tenue à sa disposition.

3.1- Les assistants familiaux ont, compte tenu de la nature de leur travail, un statut à part, qui a longtemps figuré au sein du code du travail et qui a aujourd'hui été rapatrié au code de l'action sociale et des familles, notamment par les lois n° 92-642 du 12 juillet 1992 et n° 2005-706 du 27 juin 2005. Le statut de salarié leur est reconnu depuis une loi du 17 mai 1977, mais de nombreux textes du droit commun ne leur sont pas applicables – au premier rang desquels ceux sur la durée du travail et sur la rémunération.

La loi de 1977 avait également prévu des dispositions concernant les assistants maternels – selon la terminologie de l'époque – employés par les collectivités territoriales. La loi de 1992 a codifié la jurisprudence en ajoutant qu'ils étaient des agents non titulaires de ces collectivités (disposition aujourd'hui reprise à l'article L. 422-6). Mais il a été choisi de ne pas leur rendre applicables toutes les dispositions concernant les contractuels de la fonction publique territoriale – notamment pas le décret transversal n° 88-145 du 15 février 1988 régissant les agents contractuels de la fonction publique territoriale. Les dispositions qui les concernent renvoient donc pour une part à celles qui concernent les assistants familiaux employés par des personnes morales de droit privé, qui elles-mêmes renvoient à certaines dispositions du code du travail, plaçant ainsi ces agents de droit public dans la situation singulière de relever en bonne partie du code du travail.

3.2- C'est précisément un renvoi de ce type qui suscite la question d'aujourd'hui. L'article L. 422-1, en rendant applicables aux assistants familiaux employés par des personnes morales de droit public l'article L. 423-10 applicable à ceux employés par des personnes morales de droit privé, impose à l'employeur qui envisage de licencier un assistant familial de le convoquer à un entretien préalable dans les conditions prévues notamment à l'article L. 1232-4 du code du travail (anciennement L. 122-14).

Cet article prévoit que, lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Mais il ajoute que, s'il n'y a pas d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, le salarié peut en outre faire appel à un conseiller du salarié figurant sur la liste dressée à cette fin par l'administration. L'employeur doit préciser cette possibilité au salarié lorsqu'elle lui est ouverte et lui indiquer l'adresse à laquelle il peut se procurer la liste des conseillers du salarié.

Le conseiller du salarié est un salarié protégé dont la création remonte à une loi n° 89-549 du 2 août 1989 et la dénomination à une loi n° 91-72 du 18 janvier 1991. Le législateur a, à l'époque, voulu que les salariés d'entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel – notamment de petites entreprises – ne soient pas privés de la possibilité de se faire accompagner lors de l'entretien préalable par une personne apte à les assister et à les conseiller. Les employeurs, comme d'ailleurs initialement les syndicats, étaient réticents à ce qu'une personne extérieure à l'entreprise puisse ainsi y avoir accès, mais le Conseil constitutionnel a validé le dispositif en insistant sur le fait que le rôle du conseiller du salarié se limitait à assister le salarié et à l'informer sur l'étendue de ses droits (n° 89-589 DC du 26 juillet 1989 et n° 90-284 du 16 janvier 1991).

La chambre sociale de la Cour de cassation fait une application rigoureuse de l'article L. 1232-4 du code du travail. Si l'employeur d'une entreprise dépourvue d'institutions représentatives du personnel ne mentionne pas dans la lettre de convocation à l'entretien

préalable la possibilité pour l'intéressé de recourir à un conseiller du salarié et l'adresse à laquelle leur liste est disponible, elle juge la procédure de licenciement irrégulière. (Soc. 6 février 2001 *M. E...* n° 98-43597 Bulletin civil 2001, V, n° 44 ; Soc., 29 avril 2003 *M. C...* n° 01-41.364, Bull. 2003, V, n° 145 ; Soc. 21 janvier 2009 *M. B...* n° 07-42.985 Bulletin 2009, V, n° 16).

En revanche, elle entend largement la liste des institutions représentatives, en y incluant non seulement les délégués du personnel et le comité d'entreprise mais également les délégués syndicaux et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail tout comme l'avait fait l'administration dans sa circulaire DRT n° 91/16 du 5 septembre 1991 relative à l'assistance du salarié lors de l'entretien préalable au licenciement. Il suffit qu'une seule soit présente pour qu'il ne puisse être reproché à l'employeur de n'avoir pas fait référence dans la lettre de convocation à la possibilité pour le salarié, que ce dernier n'avait pas, de se faire assister par un conseiller extérieur (Cass. soc. 19 février 2002 *SA Cibox c/ Arnoux* : n° 00-40.657 Bull. civ. V n° 68).

3.3- Reste à savoir comment cet article L. 1232-4 du code du travail doit être appliqué au licenciement par un conseil général d'un assistant familial, étant précisé qu'en l'espèce, la lettre de convocation à l'entretien préalable indiquait à Mme D... qu'elle pouvait être accompagnée d'une personne de son choix.

Nous sommes d'avis qu'il faut consentir les efforts raisonnables propres à donner une portée utile à l'applicabilité voulue par le législateur lorsqu'il a opéré le renvoi à cet article. Ainsi, la référence à « *l'entreprise* » peut, sans difficulté, être remplacée par celle correspondant à la personne morale employeur, c'est-à-dire ici par le conseil général. Et la mention des « *institutions représentatives du personnel* » doit être remplacée par les instances de dialogue social et de représentation du personnel qui existent au sein de cette personne morale.

Nous ne trouverions en effet pas conforme à la volonté du législateur de juger qu'un assistant familial ne peut se faire assister par personne ou à l'inverse peut se faire assister par n'importe qui au seul motif qu'un conseil général n'est pas une entreprise et qu'il ne comporte pas d'institutions représentatives du personnel telles que celles régies par le code du travail et figurant dans la liste de la circulaire de 1991. Le renvoi est sans doute maladroit et inconfortable, mais il existe et il n'est pas hors de votre portée de lui donner un sens.

Et ce sens, c'est que le salarié doit pouvoir être assisté, lors de l'entretien préalable, par tout agent relevant du même employeur, y compris les personnes qui, à raison de leur mandat de représentation du personnel, sont particulièrement qualifiés pour le faire, ce qui justifie de pouvoir faire appel en l'absence de représentation du personnel auprès de l'employeur à une personne qualifiée tierce en la personne du conseiller du salarié. De telle sorte d'ailleurs que, s'il n'y avait pas ici d'institutions représentatives du personnel, nous aurions hésité à affirmer que l'indication donnée à Mme D... qu'elle pouvait se faire accompagner d'une personne de son choix, aussi large qu'elle puisse paraître, ne la privait pas d'une garantie en omettant de lui préciser où trouver une personne apte à l'assister.

C'est bien en faisant cet effort de « transposition » du texte à la situation particulière que la cour a raisonné, en jugeant qu'en l'espèce l'employeur n'avait pas à mentionner la possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié parce qu'il existait une représentation du personnel.

Mme D... conteste que la commission consultative paritaire départementale, prévue par l'article L. 421-6 du code de l'action sociale et des familles puisse être regardée comme une institution représentative du personnel ainsi que l'a fait la cour. Il est vrai qu'il y a matière à hésitation, même si les représentants des assistants familiaux y sont élus. Cette commission est consultée par le conseil départemental sur les modifications ou retraits d'agrément ainsi que chaque année sur le programme de formation des assistants maternels et des assistants familiaux ainsi que sur le bilan de fonctionnement de l'agrément et elle est compétente pour tous les agréments, même des assistants familiaux de droit privé. Ses attributions sont peut-être trop liées à l'agrément pour l'assimiler à une institution représentative du personnel.

Mais, en tout état de cause, vous jugez depuis longtemps qu'en leur qualité d'agent public du département, les assistants familiaux participent aux élections professionnelles au sein du conseil général, sans que les dispositions particulières qui leur sont applicables l'aient prévu explicitement mais conformément aux dispositions du décret n° 85-565 du 30 mai 1985 relatif aux comités techniques paritaires des collectivités territoriales (23 décembre 1987 *fédération des personnels des services des départements et des régions CGT-FO* n° 79958 aux Tables p. 359 sur ce point). Nous ne croyons pas que les textes vous conduiraient à en juger différemment aujourd'hui. L'article L. 221-2 du code de l'action sociale et des familles précise d'ailleurs que les assistants familiaux sont « *membres à part entière* » du service de l'aide sociale à l'enfance. Et le parallèle est aisé, *mutatis mutandis*, entre le comité technique et un comité d'entreprise (voir, en ce sens, vos décisions du 13 juillet 1966 *association des résistants de la radiodiffusion française* n° 50578 p. 462 ; 21 avril 2000 *union des syndicats CGT* n° 1999638 aux Tables).

Vous pourrez donc, au prix d'une substitution de motifs, écarter le moyen d'erreur de droit.

Par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi et de l'ensemble des conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.