

LA MODIFICATION DU NOMBRE D'ENFANTS POUVANT ETRE ACCUEILLIS PAR UN ASSISTANT FAMILIAL

❖ VOTRE QUESTION

Vous avez sollicité l'avis de la direction du conseil et de l'expertise statutaires du CIG Petite Couronne au sujet des modalités de modification des contrats de travail des assistants familiaux. Plus précisément, vous nous avez interrogés sur la **possibilité ou non** pour un conseil départemental **de modifier, dans le contrat de travail d'un assistant familial** employé par le département, **le nombre d'enfants susceptibles d'être accueillis par celui-ci.**

A ce titre, vous sollicitez des éclaircissements sur la **qualification juridique du contrat liant un assistant familial au département**, et notamment sur son éventuelle nature de contrat de droit public. Dans ce cadre, vous souhaitez déterminer si ce contrat peut comporter des clauses exorbitantes du droit commun, permettant à la collectivité d'en adapter unilatéralement certaines modalités dans l'intérêt du service.

À défaut de telles clauses exorbitantes, vous vous questionnez sur la **qualification d'une modification du nombre de places d'accueil, et sur son éventuel caractère substantiel, impliquant l'accord de l'agent, ainsi que sur la faculté pour celui-ci de la refuser.**

Enfin, vous sollicitez une analyse des **conséquences juridiques d'un tel refus.**

❖ L'ESSENTIEL A RETENIR

- **La modification du nombre d'enfants susceptibles d'être accueillis par un assistant familial constitue une modification d'un élément substantiel de son contrat de travail**, dès lors qu'elle affecte directement sa rémunération.
- **Une telle modification impose** en tout état de cause de **recueillir l'accord de l'agent**, et prohibe toute modification unilatérale.
- **Dans un contexte marqué par l'absence de fondement juridique univoque, deux interprétations principales peuvent être envisagées**, tirées respectivement du code général de la fonction publique et du droit du travail, sans qu'aucune ne s'impose de manière certaine.
- Dans ces conditions, et si le département entend néanmoins procéder à une telle modification, **il apparaît toutefois préférable, dans une logique de sécurisation juridique, de s'inspirer de la procédure de modification de l'élément substantiel pour transformation du besoin ou de l'emploi** prévue aux articles R. 331-12 et R. 331-13 du code général de la fonction publique.
- **En cas de refus de l'agent, la collectivité devra soit poursuivre le contrat aux conditions initialement prévues, soit mettre fin au contrat de travail en procédant au licenciement de l'agent.**

❖ NOTRE REPONSE DETAILLEE

1. Sur la nature juridique du contrat de travail des assistants familiaux et l'inopportunité de la notion de clause exorbitante du droit commun

Les assistants familiaux employés par des collectivités territoriales ont la qualité d'**agents contractuels de droit public** (articles L. 422-6 et L. 422-7 du code de l'action sociale et des familles).

Le contrat de travail qui les lie à l'administration constitue donc un contrat de droit public, soumis à un régime juridique spécifique.

En effet, ainsi que l'a rappelé la jurisprudence administrative, **les agents publics sont placés dans une situation de nature objective et réglementaire**¹, de sorte que leur relation de travail n'est pas régie par la seule volonté des parties mais par des dispositions législatives et réglementaires auxquelles il ne peut être dérogé.

Dans cette perspective, **ces contrats ne peuvent être assimilés à des contrats administratifs ordinaires**, ni a fortiori, à des contrats de droit privé.

C'est pourquoi, **la notion de « clause exorbitante du droit commun » n'apparaît pas pertinente pour fonder une modification du contrat de travail** des assistants familiaux. En effet, cette notion a principalement pour objet de déterminer la nature administrative d'un contrat et, par ailleurs, le contenu du contrat de l'agent public étant largement encadré par des règles statutaires, les parties ne disposent pas de la même liberté contractuelle qu'en droit privé.

Il convient dès lors d'identifier, non pas dans la théorie des clauses exorbitantes, mais dans les règles applicables aux agents publics, ou le cas échéant dans les règles de droit privé, le fondement juridique permettant d'envisager une modification du contrat de travail des assistants familiaux.

¹ Conseil d'Etat, 19 novembre 2018, Autorité de la concurrence, n°413492 : « (...) *les agents contractuels de l'Etat sont placés, vis-à-vis de leur administration, dans une situation légale et réglementaire* »

2. Sur les modalités de modification du contrat de travail des assistants familiaux

La question de la modification du contrat de travail des assistants familiaux se heurte à l'absence de texte clair organisant directement ce régime, en raison notamment du caractère hybride de leur statut. Il en résulte une incertitude juridique qui conduit à envisager plusieurs fondements possibles.

a) Une première interprétation : l'application de la procédure prévue par le code général de la fonction publique

Avant tout, il convient de relever que la modification envisagée, consistant à réduire le nombre d'enfants susceptibles d'être accueillis, affecte nécessairement la rémunération de l'assistant familial, laquelle dépend en partie du nombre d'enfants confiés². Au sens du code général de la fonction publique (CGFP), une telle modification doit être regardée comme portant sur un élément substantiel du contrat de travail³.

La modification d'un élément substantiel du contrat d'un agent public est prévue dans les textes, précisément aux articles R. 331-12 et R. 331-13 du CGFP, codifiant l'ancien article 39-4 du décret n° 88-145 du 15 février 1988. Il est ainsi prévu qu'en cas de transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement d'un agent contractuel, l'administration peut proposer la modification d'un élément substantiel du contrat.

Cette procédure implique notamment que la proposition soit formalisée par écrit et notifiée à l'agent, que celui-ci dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer, son refus pouvant conduire à son licenciement⁴.

Il convient donc d'analyser si ces dispositions sont applicables aux assistants familiaux employés par un contrat de droit public.

Comme rappelé précédemment, les dispositions particulières qui leur sont applicables, compte tenu du caractère spécifique de leur activité, sont fixées par voie réglementaire⁵ et plus précisément à l'article R. 422-1 du code de l'action sociale et des familles. Or, celui-ci prévoit que seuls les articles 16, 19, 31, 37, 38 et 41 du décret n°88-145 du 15 février 1988 s'appliquent aux assistants familiaux.

² Article L. 423-30 du code de l'action sociale et des familles

³ Cour administrative d'appel de Paris, 12 novembre 2013, n°12PA01031 (pour une baisse de rémunération de 12%) ; Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 4 mars 2022, n°1912836

⁴ Pour la procédure, voir l'article R. 331-13 du code général de la fonction publique

⁵ Article L. 422-6 du code de l'action sociale et des familles

Partant, dans la mesure où l'article 39-4 dudit décret (désormais codifié aux articles R. 331-12 et R. 331-13 du CGFP) n'est pas expressément mentionné, il ne semble pas possible de s'en prévaloir pour modifier le contrat d'un assistant familial.

Toutefois, un jugement rendu par le tribunal administratif de Montreuil le 4 juillet 2025⁶ a mis en œuvre, pour une assistante familiale employée par un centre départemental enfance et famille (dont les agents publics sont rattachés à la fonction publique hospitalière), l'article 41-4 du décret du 6 février 1991 relatif aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière⁷, lequel est rédigé en des termes presque identiques à ceux de l'article 39-4 pour les agents territoriaux. Dans le cas d'espèce, **le juge administratif a annulé la décision par laquelle l'établissement a modifié le contrat de l'agente en réduisant le nombre d'enfants susceptibles d'être accueillis par celle-ci, dès lors que l'employeur ne justifiait d'aucune transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement de l'assistante familiale.**

Bien que les faits soient analogues avec le cas présent, cette décision doit néanmoins être prise en compte avec prudence dès lors qu'il s'agit d'un jugement isolé rendu par un tribunal administratif, mais aussi et surtout parce qu'elle concerne la fonction publique hospitalière. A cet égard, il existe une différence notable avec les règles régissant les assistants familiaux relevant de la fonction publique territoriale. En effet, si pour ces derniers, les dispositions particulières ont été fixées par un décret du 14 octobre 1994⁸, en revanche, le décret qui, depuis la réforme du statut de 1992, devait fixer les conditions particulières d'emploi des assistantes familiales employées par des établissements publics sanitaires ou sociaux (fonction publique hospitalière) n'a quant à lui jamais été publié.

C'est pourquoi, il est probable qu'en l'absence de dispositions réglementaires particulières régissant les assistants familiaux hospitaliers, le juge administratif ait décidé d'appliquer l'ensemble des dispositions du décret sur les contractuels hospitaliers⁹.

Il n'est donc pas certain que le même raisonnement puisse s'appliquer s'agissant des assistants familiaux employés par les départements.

⁶ Tribunal administratif de Montreuil, 4 juillet 2025, n°2309074 (disponible sur l'open data de la justice administrative)

⁷ Décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière

⁸ Codifiés aux articles R. 422-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles

⁹ Extrait du jugement du tribunal administratif de Montreuil, 4 juillet 2025, n°2309074 : « *aux termes de l'article 41-4 du décret du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière, applicable aux assistantes familiales employées par des personnes morales de droit public en vertu des dispositions combinées des articles 1er dudit décret et L. 5 du code général de la fonction publique* »

b) Une seconde interprétation : l'application des règles issues du code du travail

Une autre approche consisterait à se référer aux règles du code du travail relatives à la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, dès lors que la rémunération constitue un élément essentiel de ce contrat¹⁰.

En droit privé, une telle modification doit être proposée au salarié, qui dispose d'un délai de réflexion d'un mois, son refus pouvant également conduire à son licenciement (articles L. 1222-6 et L. 1233-3 du code du travail). Cette procédure présente des similitudes avec celle précédemment évoquée.

Néanmoins, cette solution se heurte à plusieurs limites. D'une part, le code de l'action sociale et des familles n'opère pas davantage de renvoi vers les dispositions du code du travail applicables en matière de modification du contrat. D'autre part, **aucune décision faisant application de ces dispositions pour des assistants familiaux n'a été identifiée dans la jurisprudence administrative.**

c) En tout état de cause : l'exigence jurisprudentielle de l'accord de l'agent

Indépendamment des incertitudes tenant aux textes applicables, la jurisprudence administrative considère de manière constante que, **lorsqu'une modification porte sur un élément substantiel du contrat d'un agent public, l'accord de celui-ci est nécessaire.** Ainsi, l'administration ne peut imposer unilatéralement une telle modification. **En cas de refus de l'agent, elle est tenue de procéder à son licenciement¹¹.**

Certes, ces solutions ont été dégagées principalement dans le cadre de la régularisation de contrats entachés d'irrégularités (ce qui n'est pas le cas en l'espèce). Toutefois, il est intéressant de noter que le juge administratif a déjà mis en œuvre la notion d'« élément substantiel » pour des assistants maternels¹², ce qui autorise un **raisonnement par analogie avec les assistants familiaux compte tenu de la proximité des réglementations.**

¹⁰ Cour de cassation, chambre sociale, 18 mai 2011, n° 09-69.

¹¹ Conseil d'Etat, 22 septembre 2017, n° 401364 ; Cour administrative d'appel de Lyon, 12 mars 2020, n°18LY03545

¹² Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 4 mars 2022, n° 1912836 (disponible sur l'open data de la justice administrative)

Le cas échéant, la collectivité devra mettre en œuvre les principes encadrant le licenciement pour cause réelle et sérieuse de l'article L. 423-10 du code de l'action sociale et des familles.

Ces principes sont ainsi susceptibles d'être appliqués aux assistants familiaux.

N.B. : La présente réponse a été élaborée sur la base des éléments communiqués à la direction du conseil et de l'expertise statutaires du CIG Petite Couronne. Cette analyse doit être appréciée au regard des dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date de la réponse, sous réserve de toute évolution postérieure. Elle ne saurait en aucun cas engager la responsabilité du CIG Petite Couronne, ni être opposable à des tiers ou aux juridictions compétentes.