

Lettre aux RAM* n°3

**Relais Assistantes Maternelles*

Questions/Réponses relatives aux Assistantes Maternelles et à leurs employeurs

Dans ce numéro :

Rupture conventionnelle	2
Maladie de l'assistante maternelle	3
Indemnité de rupture en cas de garde de fratrie	4
Contrat à durée déterminée	5
Contrat à durée indéterminée / Contrat à durée déterminée.....	6

Rupture conventionnelle

La rupture conventionnelle est-elle applicable aux assistantes maternelles ? Quelle indemnité de rupture ?

Résumé :

Oui, la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée est ouverte aux salariés du particulier employeur et aux assistantes maternelles.

Indemnité de licenciement :

- **Ancienneté supérieure à 1 an :** *indemnité légale de licenciement :
1/5ème de mois par année d'ancienneté, plus 2/15ème de mois par année au-delà de 10 ans d'ancienneté.*
 - **Ancienneté inférieure à 1 an :** *prorata de l'indemnité légale de licenciement.*
-

La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée est ouverte aux salariés du particulier employeur et aux assistantes maternelles.

En cas de rupture du contrat de travail, le montant de l'indemnité ne peut être inférieur à celui prévu à l'article L.1234.9 du code du travail. Cet article renvoie à l'article R.1234.2 du code du travail pour les modalités de calcul :

1/5ème de mois par année d'ancienneté, plus 2/15ème de mois par année au-delà de 10 ans d'ancienneté.

C'est ce taux qui s'applique aux assistantes maternelles du particulier employeur en cas de rupture conventionnelle, car l'indemnité conventionnelle est inférieure à l'indemnité légale (Cassation Sociale 31 mai 2012).

Si le salarié a moins d'une année d'ancienneté :

L'indemnité spécifique de rupture conventionnelle lui est due au prorata du nombre de mois de présence. Par exemple, pour un salarié ayant 7 mois d'ancienneté, l'indemnité de rupture sera égale à la moyenne brute des salaires des trois ou des sept derniers mois, multipliée par 1/5ème multipliée par 7/12ème.

Le service de la DIRECCTE chargé de l'homologation des ruptures conventionnelles veille tout particulièrement au respect de ces règles de droit

Maladie de l'assistante maternelle

« Ma nourrice a contracté une gastroentérite samedi dernier. Elle s'est donc rendue chez son médecin qui lui a prescrit un arrêt de travail de deux jours soit jusqu'à mardi cependant il lui a stipulé qu'elle restait contagieuse pendant 8 jours. Ma nourrice m'informe qu'elle peut prendre mon fils mais que c'est dangereux car chez elle tout le monde a contracté sa maladie (mari et enfant) et me conseille de ne pas lui amener. Mon fils ayant 4 mois cela peut être très dangereux. Nous suivons donc ses conseils et nous nous débrouillons pour le faire garder par de la famille. A notre grande surprise notre nourrice nous informe qu'il faut la payer pour ces jours où elle n'a pas gardé notre fils car cela relève de notre décision ! Or, les conditions sanitaires requises n'étaient pas réunies et la santé de notre fils aurait pu être menacée.

Devons-nous payer à notre assistante maternelle ces 3 jours (mercredi à jeudi) ou non ? »

Résumé :

Oui, la rémunération est due à l'assistante maternelle, sauf en cas de présentation d'un certificat médical attestant l'impossibilité de confier l'enfant à l'assistante maternelle dans l'état de santé de celle-ci.

Vous indiquez que votre salariée, bien que relevant d'une gastroentérite et encore contagieuse, vous a informée qu'elle était à votre disposition pour garder votre enfant. La décision de ne pas lui confier l'enfant, quelque légitime qu'elle ait été, est la vôtre.

Elle ne peut pas avoir pour effet de réduire le salaire de l'assistante maternelle.

En effet, l'article 14 de la convention collective prévoit les cas d'absence non rémunérés mais pose le principe suivant : « *les temps d'absence non prévus au contrat sont rémunérés* ».

« Toutefois, en cas d'absences de l'enfant dues à une maladie ou à un accident, lorsque les parents ne peuvent pas confier l'enfant malade à l'assistant maternel, ils doivent lui faire parvenir, dans les 48 h, un certificat médical daté du premier jour d'absence. Dès lors :

- *l'assistant maternel n'est pas rémunéré pendant les courtes absences pour maladie de l'enfant, pas nécessairement consécutives, à condition que le total de ces absences ne dépasse pas 10 jours d'accueil dans l'année, à compter de la date d'effèt du contrat ;*
- *dans le cas d'une maladie qui dure 14 jours consécutifs, ou en cas d'hospitalisation, le salarié n'est pas rémunéré. Mais après 14 jours calendaires consécutifs d'absence, les parents décideront, soit de rompre le contrat, soit de maintenir le salaire ».*

En conséquence, et sauf si vous pouvez vous prévaloir d'un certificat médical de votre médecin traitant excluant la présence de l'enfant chez son assistante maternelle pour ces trois jours, il vous appartient de rémunérer votre salariée pour les 3 jours où vous ne lui avez pas confié l'enfant.

Indemnité de rupture en cas de garde de fratrie

Indemnité de rupture à verser dans le cas d'un retrait simultané de deux enfants dont l'un est gardé depuis moins d'un an ?

Résumé :

L'assistance maternelle doit percevoir une indemnité de rupture calculée sur l'ensemble des rémunérations nettes versées par les parents pour les deux enfants.

La convention collective des assistants maternels dispose que « *L'accord entre l'employeur et le salarié est établi par un contrat écrit pour chaque enfant. Il est rédigé en 2 exemplaires datés, paraphés et signés par l'employeur et le salarié qui en gardent chacun un exemplaire* » (article 4).

Il demeure qu'au sens du droit du travail, il n'existe qu'un seul contrat de travail entre un salarié et un employeur.

C'est ce qu'ont rappelé les cours d'appel de Versailles (le 7 décembre 2010 n° 09/04445) et d'Amiens, (ch. sociale 05 cabinet a arrêt du 19 octobre 2010) :

« qu'au demeurant les parties, en cas d'accueil continu de différents enfants sont liées par une seule relation contractuelle, indépendamment du nombre de contrats d'accueil, commençant avec l'arrivée du premier enfant et se terminant avec le départ du dernier, cette période fixant l'ancienneté de l'assistante maternelle pour les divers droits qui y sont attachés, en particulier le préavis en cas de rupture, aux termes de l'article 18 de la convention collective » ;

« que les salaires seront dus jusqu'en août pour les deux contrats, un salarié ne pouvant être lié par deux contrats concomitants au même employeur ».

Sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux (la cour de cassation ne s'est pas prononcé sur cette question), on peut considérer que le fait de conclure plusieurs contrats de travail concomitants entre un salarié et un même employeur n'est pas interdit (il s'agit même d'une obligation conventionnelle).

Ces divers contrats devront être traités comme n'en faisant qu'un pour l'application des règles de droit (notamment en matière de durée du travail, de rémunération, de rupture du contrat, d'indemnité de rupture etc...), que ces règles soient d'origine légale ou conventionnelle.

L'ancienneté de la salariée devant être calculée depuis l'entrée du premier enfant, elle doit percevoir une indemnité de rupture calculée sur l'ensemble de la rémunération nette que lui ont versée les parents. Donc 1/120ème de la rémunération des deux contrats.

Contrat à durée déterminée

Conclusion d'un CDD par une assistante maternelle ?

Résumé :

Oui, les assistantes maternelles peuvent conclure un contrat à durée déterminée, pour remplacement d'un salarié absent, conformément à l'article L. 1242-2 du code du travail.

Les assistantes maternelles peuvent faire l'objet d'un contrat à durée déterminée pour remplacement d'un salarié absent.

Les dispositions du code du travail relatives aux CDD leur sont applicables (article L.423-2 CASF).

Article L423-2 : « Sont applicables aux assistants maternels et assistants familiaux employés par des personnes de droit privé les dispositions du code du travail relatives

...
4° Au contrat de travail à durée déterminée, prévues par le titre IV du livre II de la première partie ».

Le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour des motifs très précis, fixés par l'article L. 1242-2 du code du travail, tel que le remplacement d'un salarié en cas d'absence.

Parmi les situations évoquées par L 1242-2 permettant le recours au CDD seul le cas de remplacement d'un salarié absent est applicable aux particuliers employeurs d'une assistante maternelle, le motif de recours pour accroissement temporaire d'activité concernant les entreprises et non les particuliers.

Plus précisément : « 1° Remplacement d'un salarié en cas :

- a) D'absence ;
- b) De passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par échange écrit entre ce salarié et son employeur ;
- c) De suspension de son contrat de travail ;
- d) De départ définitif précédant la suppression de son poste de travail après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe ;
- e) D'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer ».

L'objet du contrat de travail d'un assistant maternel est l'accueil de l'enfant.

Si l'accueil de l'enfant n'a pas vocation à s'échelonner dans le temps (de par son épanouissement et son entrée à l'école), l'embauche d'un assistant maternel a vocation à pourvoir un emploi durable.

C'est pourquoi, le contrat à durée indéterminée reste par principe le contrat à appliquer.

Dans tous les cas, le contrat à durée déterminée doit comporter le motif précis du recours :

Exemple : remplacement de Mme X pendant son absence, remplacement de Mme X pendant son congé maternité, remplacement partiel de Mme X pendant son congé parental d'éducation etc.

En termes de durée, il existe deux possibilités :

Le contrat à **terme précis** qui fixe la date de fin (art L 1242-7 CT).

Le contrat **sans terme précis** (à terme incertain) dans lequel l'objet du contrat est mentionné ainsi qu'une durée minimale, et qui prend fin lorsque l'objet du contrat n'existe plus (la salarié remplacée est revenue ou le contrat de travail est rompu).

Art L 1242-7 CT : « Toutefois, le contrat peut ne pas comporter de terme précis lorsqu'il est conclu dans l'un des cas suivants :
1° Remplacement d'un salarié absent ;

...
Le contrat de travail à durée déterminée est alors conclu pour une durée minimale. Il a pour terme la fin de l'absence de la personne remplacée ou la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu ».

La durée minimale correspond par exemple à la date de fin du premier arrêt de travail ou à l'échéance de la période initial de CPE (Congé Parental d'Education).

Lorsque le CDD est conclu à terme précis pour le remplacement d'un salarié absent, il peut être renouvelé deux fois lorsque l'absence du salarié remplacé se prolonge (art L. 1242-13 CT).

Il n'y a pas, dans le cas d'un CDD de remplacement, de durée maximale (art L.1242-7 CT).

De même, si le contrat est conclu à terme incertain, il dure aussi longtemps que le salarié remplacé est absent.

Dans les deux cas, une indemnité de précarité est due.

Cette indemnité est égale à 10 % de la rémunération totale brute versée au salarié (art L 1243-8 CT).

Par rémunération totale, on entend les salaires, les congés payés mais pas les indemnités d'entretien et autres frais.

Elle n'est pas due lorsque le contrat se poursuit sous forme de CDI (Contrat à durée indéterminée).

Contrat à durée indéterminée/Contrat à durée déterminée

Caractéristiques du contrat de travail à mettre en œuvre pour faire assurer la garde de votre enfant pendant 7 semaines en début d'année scolaire.

Résumé :

Un contrat à durée indéterminée est conclu, pouvant être rompu pour retrait d'enfant au bout de 7 semaines, en tenant compte du préavis de 15 jours dû à l'assistante maternelle.

Il n'est possible de conclure un CDD avec une assistante maternelle que pour remplacement d'une autre assistante maternelle absente (art L 1242-2 CT), le motif de recours à un contrat à durée déterminée d'accroissement temporaire d'activité concernant les entreprises et non les particuliers.

En effet, l'article L 423-2 du code de l'action sociale et des familles cite les dispositions du code du travail relatives aux CDD comme applicables aux assistants maternels.

Or, une de ces dispositions définit les cas dans lesquels il est possible de recourir au CDD :

Article L1242-2 « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 1242-3, un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants :*

1° Remplacement d'un salarié en cas :

- a) D'absence ;
- b) De passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par échange écrit entre ce salarié et son employeur ;
- c) De suspension de son contrat de travail ;
- d) De départ définitif précédant la suppression de son poste de travail après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe ;
- e) D'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer ;
- f) 2° Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ...».

Vous êtes donc tenue de conclure un contrat à durée indéterminée.

Ce contrat sera rompu par vos soins au bout de 7 semaines. Cette rupture prenant la forme d'un retrait d'enfant comme prévu par l'article 18 de la convention collective, en tenant compte du préavis de 15 jours pour fixer la date de notification du retrait à l'assistante maternelle.

Accueil occasionnel

L'accueil occasionnel est défini par l'article 6 de la convention collective comme n'ayant pas de caractère régulier « *L'accueil est occasionnel quand il est de courte durée et n'a pas de caractère régulier.* ».

Sous réserve de l'appréciation des tribunaux, un accueil d'une durée de 7 semaines continues ne peut être qualifié d'occasionnel.

Mensualisation à mettre en place.

De manière à simplifier la gestion de la fin de contrat, je vous conseille de mettre en place une mensualisation année complète selon la formule prévue par l'article 7 de la convention collective : « *Le salaire mensuel brut de base est égal au : salaire horaire brut de base x nombre d'heures d'accueil par semaine x 52 semaines / 12* ».

En fin de contrat, il ne vous restera ainsi que l'indemnité compensatrice de congés payés à verser à l'assistante maternelle. Aucune régularisation n'aura à être effectuée.

En 7 semaines de travail, l'assistante maternelle aura acquis $7/4 \times 2,5 = 4,375$ soit 5 jours ouvrables de CP.

L'indemnité de CP sera égale à 10 % de la rémunération totale perçue depuis le début du contrat ou au salaire qu'elle aurait perçu s'il elle avait travaillé pendant une période correspondant à 5 jours ouvrables de plus.

Article 12 : « *La rémunération brute des congés est égale :*

- *soit à la rémunération brute que le salarié aurait perçue pour une durée d'accueil égale à celle du congé payé, hors indemnités (entretien, nourriture...)* ;
- *soit au 1/10 de la rémunération totale brute (y compris celle versée au titre des congés payés) perçue par le salarié au cours de l'année de référence, hors indemnités (entretien, nourriture...).*

La solution la plus avantageuse pour le salarié sera retenue ».