

Une nouvelle convention collective

À compter du 1^{er} janvier 2022, la convention collective de « la branche du secteur des particuliers employeurs et de l'emploi à domicile » devrait se substituer à la convention collective du 1^{er} juillet 2004 pour encadrer les conditions d'emploi des assistantes maternelles employées par des particuliers.

Signée le 26 mars 2021 par la FEPEM et cinq organisations syndicales représentatives sur six (CGT, CFDT, CGT-FO, UNSA et SPAMAF) dont l'ensemble des syndicats représentatifs des salariés du particulier employeur et trois syndicats représentatifs sur quatre pour la branche des assistantes maternelles (1), la convention collective de « la branche du secteur des particuliers employeurs et de l'emploi à domicile » résulte de la fusion de deux conventions, auxquelles elle se substitue :

- la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999 ;
- la convention collective nationale des assistants maternels du particulier employeur du 1^{er} juillet 2004.

Construite avec la volonté de renforcer « la singularité de la relation d'emploi qui unit les particuliers employeurs et leurs salariés » et l'attractivité du secteur d'activité, elle se propose de conforter « la sérénité dans la relation d'emploi entre salariés et particuliers employeurs avec des garanties simples et une meilleure lisibilité des dispositions conventionnelles » (2).

Cette nouvelle convention collective permet également une unification des garanties en matière de prévoyance (garantie maladie redoutée, rente éducation, capital décès), l'instauration d'une prime de départ à la retraite et la mise en place d'activités sociales et culturelles.

Structure

Cette nouvelle convention collective est composée de trois socles, incluant 5 parties et 164 articles :

- le socle commun, qui comporte cinq parties : la première partie porte sur les dispositions générales (l'entrée en vigueur de la convention...) ; la deuxième sur l'égalité professionnelle, la non-discrimination, les libertés individuelles et l'emploi des travailleurs handicapés ; la troisième sur le dialogue social et les relations collectives de travail dans la branche ; la quatrième sur le contrat de travail, notamment sa rupture, et enfin, la cinquième partie, sur les droits sociaux attachés aux salariés ;
- le socle spécifique « assistant maternel », qui s'applique exclusivement aux assistantes maternelles. Ce socle ne comprend qu'une partie : la quatrième, qui porte sur le contrat de travail ;

→ le socle spécifique « salariés du particulier employeur », qui n'intéresse pas les assistantes maternelles.

La convention collective précise que les dispositions du socle général doivent être lues en même temps que celles du socle spécifique auquel on s'intéresse.

Ainsi, les parties quatre du socle général et du socle dédié aux assistantes maternelles doivent être appréhendées ensemble.

La convention collective est également complétée :

- d'annexes ayant valeur conventionnelle ;
- et de fiches et documents pédagogiques ayant une valeur indicative et non conventionnelle :
 - des modèles pouvant servir de trame sur laquelle les parties à la relation de travail pourront s'appuyer ;
 - des notes explicatives destinées sur une thématique donnée à expliciter les dispositions de la présente convention collective ;
 - un glossaire.

La réserve de l'extension

L'extension de la convention a été demandée. Lorsqu'elle sera publiée, par arrêté ministériel, ses dispositions seront applicables à l'ensemble des particuliers employeurs d'assistantes maternelles, à l'exception de celles qui seraient exclues de l'extension (3). Pour les dispositions conventionnelles jugées incomplètes, l'arrêté d'extension pourra procéder à l'extension sous réserve de l'application de dispositions légales.

Il est prévu que la convention collective entrera en vigueur à compter du premier jour du premier mois de l'année civile suivant celle au cours de laquelle interviendra la publication de l'arrêté d'extension au *Journal officiel*. Autrement dit, si l'extension de la convention intervient en 2021, la convention entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

En attendant, les employeurs peuvent appliquer volontairement les dispositions de la convention qui seraient plus favorables que celles de la précédente ; à la condition toutefois qu'elles respectent *a minima* les dispositions légales et les améliorations apportées par les contrats de travail en vigueur. 

(1) Seule la CSAFAM n'a pas signé.

(2) Communiqué de presse de la FEPEM du 19 avril 2021.

(3) Ce qui fut le cas, par exemple, concernant les dispositions de l'article 18 § g de la convention collective du 1^{er} juillet 2004 dispensant l'employeur du paiement de l'indemnité de rupture en cas de retrait de l'enfant à la suite de la suspension ou du retrait de l'agrément de l'assistante maternelle.

Quel impact sur les relations de travail ?

Avec plus de 128 articles consacrés aux dispositions relatives au contrat de travail des assistantes maternelles, cette nouvelle convention collective se veut plus détaillée et pédagogique pour mieux accompagner les particuliers dans l'emploi de leur salarié. Revue de détail des principales évolutions.

Contrat de travail

L'article 90-1 de la convention collective préconise toujours la rédaction d'un contrat par enfant accueilli, même en cas d'accueil de fratrie. Les nouvelles dispositions actent désormais la reprise de l'ancienneté à partir du contrat le plus ancien, lorsqu'un nouveau contrat de travail a été conclu pour l'accueil d'un enfant de la même famille et que le précédent contrat n'a pas été rompu.

Le texte précise cependant que « *cette reprise s'applique uniquement à l'ancienneté et non aux autres droits acquis par l'assistant maternel, tels que ceux relatifs aux congés payés* ». Cette dernière indication est toutefois contraire aux dispositions de l'article L. 3141-3 du Code du travail – applicable aux assistantes maternelles – qui prévoit que « *le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur.* »

Période d'essai

La durée maximale de la période d'essai reste fixée :

→ à trois mois lorsque l'enfant est accueilli moins de quatre jours calendaires par semaine ;

→ à deux mois si l'enfant est accueilli quatre jours et plus par semaine.

Une nouvelle disposition adapte la durée maximale de la période d'essai lorsqu'un contrat est déjà en cours pour un autre enfant confié par le même parent employeur : celle-ci ne peut excéder trente jours calendaires.

Durée du travail

La durée hebdomadaire de travail conventionnelle reste fixée à quarante-cinq heures par semaine avec obligation d'un repos de onze heures, tous employeurs confondus entre chaque journée de travail.

Durée maximale

La durée hebdomadaire maximale de travail est de quarante-huit heures, calculée sur une moyenne de quatre mois



La durée maximale de la période d'essai est fixée de 3 à 2 mois, selon la durée de l'accueil hebdomadaire.

glissants. Cette disposition s'appuie sur les principes énoncés par le Code de l'action sociale et des familles qui autorise l'employeur à demander à une assistante maternelle de travailler plus de quarante-huit heures par semaine, cette durée étant calculée comme une moyenne sur une période de quatre mois, sans avoir obtenu l'accord de celle-ci. Elle exclut cependant la possibilité offerte par la loi de calculer cette durée sur douze mois moyennant l'accord de la salariée.

Heures complémentaires et majorées

Le nouveau texte définit plus explicitement les heures complémentaires : ce sont les heures réalisées au-delà de la durée de travail hebdomadaire prévue au contrat et jusqu'à quarante-cinq heures par semaine incluses. Il prévoit d'autre part que l'employeur et l'assistante maternelle « *doivent se rencontrer afin d'échanger sur les modalités d'organisation du travail* » si le nombre d'heures complémentaires effectuées excède un tiers de la durée des heures complémentaires prévues au

 contrat de travail pendant seize semaines consécutives. Les heures réalisées au-delà de quarante-cinq heures par semaines sont considérées comme des « heures majorées ».

Organisation du travail

Les trois modes d'organisation du travail déjà en place sont maintenus, même s'ils sont renommés, sans doute pour une meilleure compréhension :

- L'accueil de l'enfant cinquante-deux semaines par période de douze mois consécutifs (ex-année complète), lorsque l'accueil de l'enfant s'effectue cinquante-deux semaines par an, y compris les congés payés de l'assistante maternelle.
- L'accueil de l'enfant quarante-six semaines ou moins par période de douze mois consécutifs (ex-année incomplète), lorsque l'accueil de l'enfant s'effectue quarante-six semaines ou moins par an, hors congés payés de l'assistante maternelle.
- L'accueil occasionnel, lorsqu'il est de courte durée et n'a pas de caractère régulier.

Lorsque l'accueil de l'enfant se déroule sur quarante-six semaines ou moins par an et que les périodes non travaillées ne peuvent pas être déterminées au moment de la signature du contrat, l'article 98-1-2 prévoit que celles-ci doivent être communiquées par écrit à l'assistante maternelle au moins deux mois calendaires à l'avance.

Dans tous les cas, l'assistante maternelle et le parent employeur peuvent convenir, s'ils le souhaitent, de la possibilité de fixer *a posteriori* ou de modifier par écrit les périodes non travaillées et les plannings d'accueil en respectant un délai de prévenance qui devra avoir été prévu par le contrat de travail.

Congés et absences

Fixation des congés payés

L'article 102-1-1 clarifie les modalités de fixation des congés payés, en précisant que lorsque l'assistante maternelle accueille les enfants de plusieurs parents employeurs, ceux-ci doivent fixer la date des congés d'un commun accord, au plus tard le 1^{er} mars de chaque année. Ce n'est qu'à défaut d'accord entre tous les employeurs que l'assistante maternelle trouve la possibilité de fixer elle-même quatre semaines de congés annuels entre le 1^{er} mai et le 31 octobre et une semaine en hiver (1).

Paiement de l'indemnité

L'article 102-1-2-2 supprime la possibilité de versement de l'indemnité de congés payés par douzième chaque mois lorsque l'accueil de l'enfant s'effectue sur quarante-six semaines ou moins par an. Seuls sont maintenus les modes de paiement,

à l'issue de la période de référence, en une seule fois au mois de juin, lors de la prise principale des congés payés ou au fur et à mesure de la prise des congés payés.

Congés supplémentaires pour enfant à charge

L'article 48-1-3-3 reprend les dispositions du Code du travail relative aux jours de congés supplémentaires pour enfant à charge.

Si l'assistante maternelle est âgée de plus de vingt et un an, sont ainsi accordés deux jours ouvrables de congés payés supplémentaires par enfant de moins de quinze ans ou en situation de handicap étant à sa charge, dans la limite de trente jours ouvrables de congés au total (congés annuels et supplémentaires cumulés).

Le texte précise que ce droit est uniquement « déterminé et acquis à l'issue de la période de référence pour l'acquisition des congés payés », soit au 31 mai de l'année.

Congés pour événement familiaux

L'article 48-1-3-1-1 apporte de nouveaux droits aux congés pour événements familiaux. Des congés rémunérés à prendre au moment de l'événement ou dans les jours qui l'entourent sont ainsi accordés au salarié :

- quatre jours ouvrables pour son mariage ou pour la conclusion d'un pacte civil de solidarité ;
- un jour ouvrable pour le mariage ou pour la conclusion d'un pacte civil de solidarité d'un enfant ;
- trois jours ouvrables pour chaque naissance survenue à son foyer ou pour l'arrivée d'un enfant placé en vue de son adoption ;
- cinq jours ouvrables pour le décès d'un enfant ; la durée du congé est portée à neuf jours ouvrables si l'enfant était lui-même parent ou âgé de moins de vingt-cinq ans ;
- trois jours ouvrables pour le décès du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, du concubin, du père, de la mère, du beau-père, de la belle-mère, d'un frère ou d'une sœur ;
- deux jours ouvrables pour l'annonce de la survenue d'un handicap chez un enfant ;
- un jour ouvrable en cas de décès d'un descendant en ligne directe (petit-enfant, arrière-petit-enfant) ;
- un jour ouvrable en cas de décès d'un ascendant en ligne directe (grand-parent, arrière-grand-parent).

Le salarié a par ailleurs droit à un congé supplémentaire non rémunéré s'il doit effectuer un trajet de 600 km et plus (aller-retour).

Jours fériés

L'article 47 ôte la plupart des conditions restrictives qui entouraient la rémunération des jours fériés dans la précédente convention collective. Est ainsi supprimée toute condition d'ancienneté ou d'activité minimale qui était encore présente dans la convention collective antérieure.

(1) Lorsque l'assistante maternelle travaille pour un seul particulier employeur, c'est le parent employeur qui fixe ces dates et en informe l'assistante maternelle, au plus tard le 1^{er} mars.

Ainsi, le chômage d'un jour férié ordinaire tombant un jour habituellement travaillé ouvre droit au maintien de la rémunération habituelle, si l'assistante maternelle a travaillé pour l'employeur, le dernier jour de travail qui précède le jour férié et le premier jour de travail qui lui fait suite, sauf autorisation d'absence préalablement accordée.

Les jours fériés travaillés doivent être prévus au contrat de travail. Lorsqu'ils sont travaillés, les jours fériés ordinaires bénéficient désormais d'une rémunération majorée de 10 % pour les heures effectuées. Le 1^{er} Mai est quant à lui majoré à hauteur de 100 %.

Absences de l'enfant

L'article 105 réécrit les conditions de rémunération des absences pour maladie de l'enfant accueilli antérieurement prévue à l'article 14 de la convention collective du 1^{er} juillet 2004. Désormais, en cas d'absence pour maladie ou hospitalisation de l'enfant habituellement accueilli, l'assistante maternelle n'est pas rémunérée :

→ dans la limite de cinq jours d'absence (au lieu de dix jours) par période de douze mois glissants à compter de la date d'effet de l'embauche ou de sa date anniversaire en cas de courtes absences de l'enfant ;

→ dans la limite de quatorze jours calendaires consécutifs si l'absence égale ou excède cette durée (2).

Rémunération

Salaire minimal

L'article 107 de la convention collective fixe désormais un salaire horaire minimal non déterminé en fonction du SMIC. Celui-ci est fixé à l'annexe 5 et sera réétudié chaque année par les partenaires sociaux. À la date de signature de la convention collective, il est égal à 2,97 € brut par heure d'accueil, soit un montant légèrement plus élevé que son minimum légal (2,89 €). Cette rémunération minimale conventionnelle est par ailleurs majorée de 3 % (soit 3,06 € par heure) pour les assistantes maternelles titulaires du titre professionnel « assistant maternel-garde d'enfants » (3).

(2) Contrairement à la convention collective du 1^{er} juillet 2004, les hospitalisations de courte durée de l'enfant sont considérées sur le même plan que les courtes absences pour maladie.

(3) Il est regrettable que seul le titre professionnel mis en place par la branche soit valorisé et que cette majoration ne s'applique pas aux professionnelles titulaires d'un autre diplôme de la petite enfance (CAP « Accompagnement éducatif petite enfance », diplôme d'auxiliaire puéricultrice, d'éducateur de jeunes enfants, etc.).

(4) On peut regretter que le nouveau texte n'aborde pas la problématique du calcul du salaire mensualisé en cas d'horaires d'accueil variables selon les périodes de l'année, une situation fréquemment rencontrée par les assistantes maternelles.

(5) Ce principe de régularisation annuelle ne doit pas s'opposer au fait que les heures travaillées non prévues au contrat doivent être rémunérées sous la forme d'heures complémentaires.



La journée de travail le 1^{er} Mai est majorée à hauteur de 100 %.

© ID-VIDEO - Shutterstock.com

Salaire mensualisé

Les différentes formules de calcul du salaire mensualisé restent inchangées (4). Ainsi, en cas d'accueil de l'enfant cinquante-deux semaines par an, le salaire mensuel brut est déterminé en opérant le calcul suivant :

$$\frac{\text{nombre d'heures de travail par semaine} \times 52 \text{ semaines} \times \text{salaire horaire brut}}{12 \text{ mois}}$$

En cas d'accueil de l'enfant quarante-six semaines par an, le salaire mensuel brut est déterminé selon la formule :

$$\frac{\text{nombre d'heures de travail par semaine} \times \text{nombre de semaines programmées} \times \text{salaire horaire brut}}{12 \text{ mois}}$$

La grande nouveauté concerne l'apparition d'une « régularisation prévisionnelle » annuelle lorsque le contrat est établi sur quarante-six semaines ou moins. Réalisée chaque année à la date anniversaire du contrat de travail, celle-ci compare les salaires mensualisés versés pendant les douze derniers mois écoulés, aux salaires qui auraient dû être versés en application du contrat de travail, au titre des heures réellement effectuées. Cette régularisation est établie par un écrit, signé par les parties. L'article 109-2 prévoit que ces régularisations prévisionnelles annuelles se compensent entre elles au cours de l'exécution du contrat de travail et n'entraîneront de règlement, si leur solde est favorable à l'assistante maternelle, qu'à l'issue du contrat (5).

Heures complémentaires et majorées

Les heures effectuées au-delà de la 45^e heure de travail hebdomadaire bénéficient, comme antérieurement, d'une majoration dont le taux est déterminé par les parties et précisé dans le contrat de travail. L'article 110-1 précise que ce taux ne peut désormais être inférieur à 10 %.

Il est à noter que la convention indique également que les heures complémentaires « peuvent donner lieu à une majoration de salaire, sur décision écrite des parties prévue dans le contrat de travail ».

Absences

L'article 111 de la convention collective indique comment calculer la déduction de salaire à opérer pour absence non rémunérée :

$$\frac{\text{salaire mensualisé} \times \text{nombre d'heures non travaillées dans le mois}}{\text{nombre d'heures qui auraient normalement été réellement travaillées dans le mois considéré}}$$

nombre d'heures et de jours qui auraient été réellement travaillés dans le mois considéré se réfère aux dispositions prévues dans le contrat de travail ou au planning remis au salarié.

Sont entendus par heures et jours de travail, toutes les heures et tous les jours du mois en question qui auraient été travaillés par l'assistante maternelle si elle n'avait pas été absente. Les périodes d'absence, les semaines de non-accueil ainsi que les jours fériés chômés correspondant à un jour habituellement travaillé, sont comptabilisés dans les heures et les jours qui auraient été réellement travaillés par la salariée au cours du mois.

Cette formule n'est cependant pas adaptée lorsque l'accueil se déroule sur des horaires variables selon les périodes de l'année, la jurisprudence précisant que si les périodes de travail sont irrégulières, « l'horaire à prendre en compte pour le calcul de la retenue sur salaire consécutive à l'absence de la salariée [...] est l'horaire moyen sur la base duquel est établie la rémunération mensuelle, que l'absence de la salariée ait correspondu à une période de forte activité ou une période de faible activité » (6).

Indemnités

Indemnités de déplacements

L'article 9 de la convention collective du 1^{er} juillet 2004 prévoyait que l'indemnisation des déplacements réalisés par l'assistante maternelle dans le cadre de son activité professionnelle était à répartir entre les employeurs demandeurs des déplacements, sans autre précision quant aux modalités de cette répartition. L'article 113 précise désormais que la quote-part dont est redevable chaque employeur « est déterminée au prorata du nombre d'enfants transportés. Le nombre d'enfants transportés

s'entend des enfants présents dans le véhicule, y compris les enfants de l'assistant maternel si le déplacement est effectué pour répondre à leurs besoins ».

Indemnité d'entretien

Une indemnité d'entretien destinée à couvrir les frais occasionnés par l'accueil de l'enfant est versée en fonction du temps d'accueil effectif de l'enfant. Cette indemnité était jusqu'à présent encadrée à la fois par l'article 8 de la convention collective du 1^{er} juillet 2004 – qui prévoyait un montant de 2,65 € par journée d'accueil, quelle qu'en soit la durée –, et par l'article du Code de l'action sociale qui établissait cette indemnité à 85 % du minimum garanti pour une journée d'accueil de neuf heures, ce montant étant proratisé en fonction de la durée d'accueil effective de l'enfant.

L'article 114-1 clarifie cette situation et fixe le montant horaire minimal de l'indemnité d'entretien à 90 % du minimum garanti pour une durée journalière de travail de neuf heures – soit un montant supérieur au minimum légal – sans que son montant journalier ne puisse être inférieur à 2,65 €.

Indemnité de repas

Si le montant des indemnités de repas reste à la libre négociation des parties lorsque c'est l'assistante maternelle qui se charge de la fourniture du repas à l'enfant accueilli, l'article 114-2 impose désormais à l'employeur, qui fournit lui-même les repas, de communiquer par écrit à l'assistante maternelle le coût de ces derniers.

Rupture du contrat

Rupture de la période d'essai

Selon l'article 44-1-3 de la nouvelle convention collective, pendant la période d'essai, le contrat de travail peut être rompu à tout moment, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties, par écrit.

L'ancienne convention prévoyait qu'il pouvait être mis fin à la période d'essai sans procédure particulière, mais imposait à l'employeur de remettre une lettre de rupture à la salariée. Elle exige désormais un écrit, que la rupture soit le fait de l'employeur ou de la salariée. Comme auparavant, il est conseillé de remettre cet écrit par lettre recommandée avec avis de réception ou en main propre contre décharge.

Retrait de l'enfant par l'employeur

Aux termes de l'article 119-1 de la convention collective, le parent employeur peut exercer son droit de retrait de l'enfant pour mettre fin au contrat de travail. Il doit alors notifier sa décision par lettre recommandée avec avis de réception, mais

(6) Cour de cassation, Chambre sociale, 13 mars 2002, n° 00-40337 ; *L'assmat*, hors-série Paie & Impôts 2021, p. 23.



BABOUE

aussi par lettre remise en main propre contre décharge. Le retrait de l'enfant ne peut pas être fondé sur un motif discriminatoire ou illicite.

Ces dispositions reprennent celles de l'article 18 de la convention du 1^{er} juillet 2004, mais précisent que le retrait peut être aussi notifié par lettre remise en main propre contre décharge, ce qui est conforme à la jurisprudence.

L'interdiction du retrait pour un motif discriminatoire ou illicite est également nouvelle dans la convention. L'ancienne convention prévoyait seulement que la maternité de la salariée ne peut être le motif du retrait de l'enfant. La nouvelle formulation est plus large puisqu'elle vise tous les motifs discriminatoires et illicites, sans se limiter à la maternité. Elle est conforme au Code du travail et à la jurisprudence.

Indemnité de rupture

L'article 121 améliore les conditions d'accès et le montant de l'indemnité de rupture versée en cas de retrait de l'enfant à l'initiative de l'employeur, sauf si celui-ci est motivé par la faute grave ou lourde du salarié ou par le retrait. Alors que la convention collective du 1^{er} juillet 2004 prévoyait une indemnité égale à 1/120^e du total des salaires nets perçus pendant la durée du contrat, lorsque l'assistante maternelle avait au moins un an d'ancienneté auprès de l'employeur, le nouveau

texte porte cette indemnité à 1/80^e du total des salaires bruts perçus lorsque l'assistante maternelle accueille l'enfant depuis au moins neuf mois.

*les de cotisations
du coût fixe
et brut.*

Démission

Selon l'article 63-2-1 de la nouvelle convention collective, le contrat de travail peut être rompu à l'initiative du salarié. La démission résulte d'une volonté sérieuse et non équivoque, exprimée clairement par écrit. Le salarié en informe obligatoirement le particulier employeur par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge. La date de première présentation de la lettre recommandée ou de la remise en main propre constitue le point de départ du préavis.

Ces dispositions reprennent des règles déjà applicables, issues de la convention collective de 2004 et de la jurisprudence. Pour mémoire, l'article 18 de la convention précise que le salarié qui décide de ne plus accueillir l'enfant peut rompre le contrat par lettre recommandée avec avis de réception. La possibilité de présenter la démission par lettre remise en main propre est conforme à la jurisprudence, de même que la précision selon laquelle la démission doit résulter d'une volonté sérieuse et non équivoque, exprimée clairement par écrit.

Rupture du contrat de travail imposée aux parties

L'article 119-3 de la nouvelle convention prévoit que la suspension, la modification ou le retrait de l'agrément de l'assistante maternelle s'impose aux parties et entraîne le retrait forcé de l'enfant. L'employeur doit notifier ce retrait forcé de l'enfant à la date de notification de la suspension, de la modification ou du retrait de l'agrément par le conseil départemental. Dans ce cas, le contrat de travail est rompu sans préavis ni indemnité de rupture, du seul fait de la suspension, de la modification ou du retrait de l'agrément. Toutefois, l'indemnité compensatrice de congés payés reste due dans les conditions prévues à l'article 67 de la convention collective.

Reprise, en des termes légèrement différents, de dispositions figurant sous l'article 18 de l'ancienne convention, celles-ci ne visaient que les cas de retrait et suspension de l'agrément, alors que la nouvelle convention vise également celui de la modification de l'agrément. Les dispositions de l'ancienne convention, selon lesquelles l'indemnité de rupture du contrat n'est pas due dans ce cas de retrait de l'enfant, avaient été exclues de l'extension. Il en résultait que cette indemnité devait être versée dans ces circonstances. On peut penser que l'arrêté d'extension de la nouvelle convention procèdera à la même exclusion.

L'article 103 étend cette procédure dite de « retrait forcé de l'enfant » à l'arrivée d'un nouvel enfant au foyer de l'assistante maternelle – celui-ci limitant le nombre d'enfants pouvant être accueillis dans le cadre de son agrément. Dans cette situation, l'assistante maternelle informe par écrit le parent employeur dont elle ne pourra plus accueillir l'enfant, au minimum quinze jours avant la fin de son congé de maternité ou d'adoption, un mois dans les autres cas.

Préavis

Caractère facultatif et date de fin du contrat de travail

L'article 64 de la convention collective prévoit que la rupture du contrat de travail à l'initiative du particulier employeur ou du salarié peut être assortie ou non d'un préavis. Il précise – ce qui ne figurait pas dans l'ancienne convention collective, mais est conforme à la jurisprudence – que la date de fin du contrat de travail correspond :

- soit à la date de fin du préavis, en cas d'exécution totale de celui-ci par le salarié ;
- soit à la date prévue de fin du préavis, en cas d'inexécution totale ou partielle du préavis à l'initiative du particulier employeur ;
- soit au dernier jour travaillé, en cas d'inexécution totale ou partielle du préavis à l'initiative du salarié.

(7) Paradoxalement, entre 1 et 3 mois d'ancienneté, les conditions du retrait d'enfant seront plus favorables à l'employeur une fois la période d'essai écoulée : en effet, au-delà du premier mois, l'employeur souhaitant rompre la période d'essai est tenu d'appliquer un délai de prévenance de deux semaines.

Durée du préavis

Aux termes de l'article 120, en dehors de la période d'essai, des cas de faute grave et faute lourde et de retrait imposés aux parties, un préavis est à effectuer en cas de rupture à l'initiative du particulier employeur ou du salarié. Sa durée est au minimum de :

- huit jours calendaires lorsque l'enfant est accueilli depuis moins de trois mois (au lieu de quinze jours auparavant) ;
- quinze jours calendaires si l'enfant est accueilli depuis trois mois et jusqu'à moins d'un an ;
- et un mois si l'enfant est accueilli depuis un an et plus.

La possibilité d'un préavis de huit jours lorsque l'enfant est accueilli depuis moins de trois mois est nouvelle. Elle devrait principalement s'appliquer dans les cas où la durée maximale de la période d'essai est de seulement deux mois, ce qui est le cas lorsque la durée d'accueil est d'au moins quatre jours calendaires. Elle pourra aussi s'appliquer dans les cas où les parties au contrat auront prévu de n'appliquer aucune période d'essai, ou une période d'essai de moins de trois mois (7).

La durée du préavis est déterminée en fonction de la durée d'accueil de l'enfant alors que l'ancienne convention tenait compte de l'ancienneté acquise avec l'employeur. Mais cela ne change rien, en cas d'accueil d'une fratrie, il convient de faire remonter l'ancienneté à l'accueil du premier enfant accueilli conformément aux dispositions de l'article 90-1.

Exécution du préavis

La période de préavis est un délai préfixé commençant à courir à compter de la date de la première présentation de la lettre recommandée avec accusé réception notifiant la rupture du contrat de travail ou de la date de remise en main propre contre décharge.

Le préavis ne peut pas être interrompu ou suspendu.

Par exception, le préavis peut être suspendu en cas de :

- arrêt de travail consécutif à un accident du travail ou à une maladie professionnelle ;
- suspension du contrat de travail consécutive à un congé maternité ou d'adoption ;
- prise de congés payés. Par exception, les périodes de préavis et de congés payés peuvent se cumuler en cas d'accord écrit et signé des parties.

En cas d'exécution totale du préavis par le salarié, la date de fin du contrat de travail correspond à la date de fin du préavis prorogé, le cas échéant, de la durée correspondant aux trois cas de suspension précédemment énoncés pris durant la période de préavis.

Ces précisions, issues de l'article 64-1 de la nouvelle convention collective, ne figuraient pas, pour l'essentiel, dans la convention collective du 1^{er} juillet 2004. Cependant, elles ne sont pas nouvelles puisqu'elles reprennent des solutions issues de la jurisprudence de la Cour de cassation.

La convention antérieure prévoyait simplement que la période de préavis ne se cumule pas avec une période de congés payés.



©Keira Burton - Pexels.com

Que le contrat soit rompu à l'initiative de la salariée ou de l'employeur la professionnelle doit effectuer un préavis.

Inexécution du préavis

Il résulte de l'article 64-2 de la nouvelle convention collective que l'inexécution totale ou partielle du préavis imposée par le particulier employeur donne droit à une indemnité compensatrice égale au montant de la rémunération brute correspondant à la durée du préavis.

L'inexécution de la totalité ou d'une partie du préavis, à la demande du salarié, peut être acceptée par le particulier employeur. Dans ce cas, le contrat de travail prend fin au dernier jour travaillé. À défaut d'accord entre les parties, l'inexécution totale ou partielle du préavis imposée par le salarié ouvre droit au profit du particulier employeur à une indemnité égale au montant de la rémunération nette correspondant à la durée non exécutée du préavis.

Selon l'article L. 423-26 du Code de l'action sociale et des familles, l'inobservation du préavis par l'assistante maternelle employée par des particuliers constitue une rupture abusive « qui ouvre droit, au profit de l'employeur, au versement de dommages et intérêts », soit le préjudice réel de l'employeur. En ramenant l'indemnisation au préjudice réel de l'employeur et non forfaitairement comme la convention collective est, sauf exception, plus favorable au salarié. La question est donc de savoir quel texte sera applicable. La Cour de cassation a statué qu'en présence d'une convention collective fixant le montant de l'indemnité due à l'employeur, le versement de celle-ci n'est pas subordonné à l'existence d'un préjudice (8). Il est difficile de trancher si les juges appliqueront la règle de l'indemnisation du préjudice réel ou estimeront que la convention collective complète la loi et doit s'appliquer. En toute hypothèse, l'employeur ne saurait se faire justice à lui-même en retenant sur le salaire les dommages et intérêts ou, *a fortiori*, l'indemnité conventionnelle sans l'accord du salarié.

Faute grave ou lourde

En cas de faute grave et de faute lourde, la date de la rupture du contrat de travail est fixée à la date d'envoi de la notification de la rupture du contrat de travail par le particulier employeur. Cette précision est nouvelle par rapport à l'ancienne convention. Elle est conforme à la jurisprudence.

Documents remis au salarié à la fin du contrat de travail

Selon l'article 69 de la convention collective, par principe, à la date de fin du contrat de travail, le particulier employeur remet obligatoirement au salarié un certificat de travail, l'attestation Pôle emploi et le reçu pour solde de tout compte.

Des modèles de certificat de travail, de reçu pour solde de tout compte et de l'attestation précitée, sont proposés dans les fiches et documents pédagogiques. Ces modèles présentent une valeur indicative et non conventionnelle.

Par exception, lorsque le préavis n'est pas exécuté en partie ou en totalité à la demande du salarié, le particulier employeur dispose d'un délai maximal de deux semaines calendaires à compter de la date de fin du contrat pour remettre au salarié l'ensemble des documents visés ci-dessus et procéder au versement des indemnités de fin de contrat.

Ces précisions sur la date de remise des documents sont nouvelles. Elles sont défavorables aux salariés et ne nous paraissent pas conformes à la législation.

(8) Cour de cassation, Chambre sociale, 24 mai 2005, n° 03-43037.