

# GUIDE PRATIQUE

## L'Avenant au contrat Comprendre la régularisation Questions/Réponses



# Sommaire

- ★ L'Avenant au contrat
- ★ L'Avenant pour modification du contrat
- ★ L'Avenant pour modification des conditions de travail
- ★ Points de vue à travers la Spécificité de la profession Assistant Maternel
  
- ★ Comprendre la Régularisation fiche 1 et 2
- ★ Exemple fiche 3
- ★ Exemple fiche 4
- ★ Exemple fiche 5
  
- ★ Questions/Réponses
- ★ Assistant Maternel
- ★ Assistant Maternel Crèche Familiale
- ★ Conclusion
- ★ Commentaire de l'UFNAFAAM
- ★ Code Civil



# L'Avenant au contrat

L'avenant d'un contrat est un acte juridique dont l'objectif est d'apporter ou de modifier le contenu de manière précise. En effet il n'est pas possible d'établir un avenant ayant pour objectif de modifier l'ensemble du contrat alors qu'il n'est indiqué au salarié qu'une modification sur un point précis.

Il faut que le salarié soit au courant des éventuelles modifications liées à son contrat.

Pour comprendre les contours légaux liés à ces avenants, il faut déjà définir deux différences:

**L'avenant au contrat pour modification du contrat;**

**L'avenant au contrat pour changements des conditions de travail.**



Pour la seconde, l'employeur peut décider seul la modification, sans l'accord du salarié.

Toute la subtilité ensuite s'appuie sur ces deux différences, toutefois certaines situations ne permettent pas le doute. Il s'agit souvent des cas où le salaire est touché et où les horaires de travail sont modifiés en profondeur.

Pour ce qui touche au salaire, il y a aussi lieu de différencier les avenants, sur tout les délais de réflexions suite à des difficultés économiques et les autres qui ne se reposent pas pour cela.

Eloignons de suite les particuliers employeurs qui, comme l'indique la convention collective, ne sont pas une entreprise et ne peuvent donc prétendre à une clause économique. Ce n'est donc pas le cas des assistants maternels ou familiaux de personnes morales qui peuvent être touchés par cette disposition (surtout les salariés personnes morales de droit privé.)

Dans ce cas précis la loi oblige à un délai de réflexion d'un mois pour acceptation ou refus de l'avenant par le salarié. Au-delà de ce délai notifié par lettre avec accusé de réception pour preuve, l'absence de réponse du salarié vaut acceptation

## L'Avenant Pour Modification du Contrat de Travail



Le salarié bénéficie d'un droit de réflexion lorsqu'un avenant lui est proposé. Ce délai n'est pas autant établi dans le code du travail mais dans les nombreuses jurisprudences sur le sujet.

Ces jurisprudences confirment régulièrement que le délai doit être raisonnable et adapté à la modification. Dans certaines jurisprudences on lit assez souvent un délai de quinze jours.

Si le salarié ne donne pas de réponse, cela ne signifie pas qu'il accepte, en effet la Cour de Cassation précise bien le contraire.

De la même manière, sans réponse le salarié n'est pas pour autant déclaré démissionnaire, rappelons à cet effet que la loi précise que << la démission ne se présume pas >> (Cass. Du 28 janvier 1998) . Enfin un salarié qui n'aurait pas rendu réponse mais qui aurait bien mis en place le changement lié à l'avenant n'est pas considéré comme un salarié ayant accepté l'avenant. De même qu'un salarié ayant accepté son bulletin de salaire n'est pas considéré pour autant comme ayant validé les modifications prévues par l'avenant.

**En conclusion tout avenant doit être signé l'avenant alors l'employeur peut soit:** Accepter de laisser les dispositions prévues avant l'avenant;

Refuser et rompre le contrat, mais dans ce cas la lettre ne doit pas laisser apparaître que le refus de signer l'avenant est la cause de la rupture (surtout pour les salariés personne morale, les juges en effet apprécient la cause de la rupture et non pas le refus du salarié et signer son avenant). Pour les assistants maternels du particulier employeur soumis à un retrait de l'enfant, l'employeur n'est pas obligé d'indiquer une cause réelle et sérieuse dans la lettre.

Par exemple les changements liés à la durée de travail ou à la rémunération constituent des modifications réelles du contrat et non simples changements des conditions. Rappelez-vous également que l'employeur doit fournir avec précision les modifications concernées. L'inverse constituerait un manque de clarté. Il faut en effet que ce dernier informe de manière claire son salarié des propositions de changements du contrat.

## L'avenant pour modifications des conditions de travail



Le pouvoir de subordination de l'employeur amène à ce que ce dernier puisse changer les conditions de travail sans l'accord du salarié, donc sans avenant. Celles-ci peuvent concerner des horaires par exemple. Ainsi un employeur peut demander à son salarié de débiter sa journée à 7 heures au lieu de 8 heures auparavant, pour ce changement aucun avenant n'est nécessaire. Pour sa seule défense le salarié devra prouver que ce changement amène des difficultés dans sa vie professionnelle ou familiale (preuve à l'appui).

En effet le jugement réserve la possibilité de justifier d'une raison << d'obligations familiales impérieuses >> (Cassation sociale du 14 décembre 2005 et du 15 décembre 2004). Dans ce dernier cas, le tribunal se réserve le droit d'accepter le licenciement de l'employeur ou pondérera au cas par cas.

### Point de vu à Travers la Spécificité de la Profession d'Assistants Maternels

Dans le cas des assistants maternels employés auprès de particuliers, il n'y a pas grande différence dans les conséquences de la rupture (ce qui n'est pas le cas des personnes morales de droit privé ou public). En effet, un assistant maternel qui refuserait un avenant ne pourrait pas invoquer en cas de retrait de l'enfant un motif sans cause réelle et sérieuse.

Pour autant l'employeur pourrait invoquer une faute, c'est la nature de la faute qui en traînerait ensuite des conséquences différentes.

### Rappel:

La faute simple ne prive pas le salarié d'indemnité de licenciement, du droit de faire son préavis et de recevoir une indemnité de congés payés.

La faute grave ne prive pas le salarié d'indemnité de congés payés mais d'indemnité de licenciement (article L 1234.9 du code du travail) et d'indemnité de préavis (qu'il ne devra pas faire). Pour une faute lourde tout comme dans une faute grave, le salarié est privé d'indemnité de préavis. Le salarié bénéficiera de son indemnité compensatrice de congés payés pour la période de référence en cours mais non pour celle qu'il a déjà acquise.

# Comprendre la Régularisation

La régularisation ne se pratique que dans le cadre d'une année incomplète (Art 18 de la Convention Collective Nationale) Lorsqu'on établit une année incomplète , on retire des semaines sans solde du salaire .Ces semaines sont basées sur les congés de l'Assistant Maternel ( qui sont dont retirés en semaine sans solde du calcul de la mensualisation ) et es congés des parents s'ils ne sont pas pris en même temps que l'AM (et sont retirés aussi en semaine en solde sur le calcul de la mensualisation).

Tout va bien sauf si l'année ne va pas au terme des 12 mois , c'est-à-dire si le contrat s'établit en janvier et que l'emploi ne va pas jusqu'en janvier de l'année d'après , car dans ce cas là il est nécessaire d'établir une comparaison entre les deux bases :

**1 Les heures mensualisées qui ont été réglées selon le contrat et la mensualisation**

**2 les heures effectuées selon les jours du calendrier**

**Pour éviter la régularisation, pourquoi ne pas établir un contrat sur moins de 12 mois ?**

Parce que la convention collective nationale ne permet pas d'avoir un salaire divisé sur moins de 12 mois, à l'exception d'un CDD qui ne peut se faire qu'en cas de remplacement d'un assistant maternel.

Si l'assistant maternel n'est pas remplacé, nous ne sommes donc pas dans cette configuration... donc on ne peut pas faire de CDD. On ne peut pas diviser la mensualité sur moins de 12 mois (art. 7 de la convention collective nationale).A l'exception de cette possibilité, les assistants maternels sont obligés de calculer le salaire sur 12 mois même si le projet précise un accueil sur moins de 12 mois c'est le cas:

**d'un contrat dont on ne sait que l'accueil s'effectuera sur moins de 12 mois dès le départ;**

**d'un contrat sur plusieurs années mais dont on sait que la dernière année cessera avant son terme (de 12 mois).**

**Dans ce cadre, il sera nécessaire de comparer les heures mensualisées et les heures réalisées, c'est l'article 18 alinéa qui le précise.**

**Dans certaines situations, la régularisation peut être importante, à l'inverse il arrive aussi qu'elle ne soit pas très élevée, c'est le cas de l'exemple ci-dessous.**

## Exemple N°1

L'AM établit un contrat le 2 avril 2014, la fin de son contrat se situerait la même année soit 4 mois plus tard, au 31 juillet 2014. Normalement son salaire en année incomplète devait être basé sur une évaluation de l'accueil sur les 12 mois de l'année suivants la signature:

Sachant qu'elle prend 1 semaine en juillet 2014, 3 semaines en août 2014 et 1 semaine en décembre 2014

Sachant que les parents de l'enfant prennent, en plus des congés de l'assistante maternelle, 1 semaine en septembre 2014 et 1 semaine en décembre 2014.

Un total de 7 semaines d'absence de l'enfant (dues aux congés de l'assistante maternelle et des parents) devrait être déduit de 52 semaines soit un salaire basé sur 45 semaines de travail programmé.

L'AM a un tarif horaire de 3€ et travaille 40 heures par semaines. Son salaire a été calculé selon ce principe soit  $3€ \times 40h \times 45 \text{ semaines} / 12 = 450€$  de salaire mensualisé sur 12 mois.

Comme l'assistante maternelle va travailler uniquement pendant 4 mois (mars à fin juillet), cela veut dire qu'il faudra faire une régularisation à la fin du contrat. Dans cette situation, on va comparer les heures avec lesquelles on a calculé son salaire et les heures qu'elle a effectuées sur ces 4 mois. La régularisation se basera sur:

Les heures mensualisées ( $40h \times 45/12 = 150$  heures mensualisées).

Elle va travailler sur 4 mois selon la mensualisation elle devrait faire =  $150 \text{ heures} \times 4 \text{ mois} = 600$  heures en tout sur 4 mois.

Selon son calendrier on va vérifier les heures effectuées ( $4 \text{ jours} \times 10 \text{ heures par semaine}$ ) sur 4 mois soit = 660 heures.

La calendrier nous indique que 170 heures en avril ont été réalisées, 180 heures en mai, 170 heures en juin et 140 heures en juillet (moins d'heures puisqu'une semaine d'absence de l'enfant a été prévue). Au total cette AM a bien travaillé 660 heures sur 4 mois mais elle n'a été payée que 600 heures.

Il y a bien une régularisation de 180 € à verser à l'AM:  $660 - 600 = 60 \text{ heures} \times 3€ = 180 €$

On ajoute 10 € de cette somme car les congés doivent être ajoutés à ce nom d'heures, soit une régularisation de 198€.

## Exemple 2

Imaginons la même AM avec un début de contrat non pas en Avril mais en janvier avec toujours la même date de rupture en juillet 2014

Son salaire mensualisé est toujours de  $3\text{€} \times 40\text{H} \times 45/\text{S} = 450\text{€}$  et 150 heures mensualisées

### Vérifions et comparons

Selon les salaires qui ont été versés :  $450\text{€} \times 7 = 13150\text{€}$  ( de Janvier au 31 Juillet 2014 ) versés pour un total d'heures sur 150 heures mensualisées sur 7 mois  $\times 150 = 1050$  heures

**Vérifions à présent les heures effectuées et la totalité du salaire qui aurait dû être versé pour ces heures**

**Total d'heures effectuées selon le calendrier de :**

Mois	NB H/M	NB H/E	NB H/S
Janvier	150H	180H	+ 30H
Février	150H	160H	+ 10H
Mars	150H	170H	+ 20H
Avril	150H	170H	+ 20H
Mai	150H	180H	+ 30H
Juin	150H	170H	+ 20 H
Juillet	150H	140 H	- 10H
<b>Total</b>	<b>1050H</b>	<b>1170H</b>	<b>120H</b>

**Soit au total d'heures réelles de 1170 H réelles**

L'AM aurait dû percevoir 3150 € soit une différence de 360€

Si on compare les deux on s'aperçoit bien que les salaires et les heures correspondent bien à cette différence

1050 H Mensualisées et 1170 H Effectuées soit un total de 360€ pour ces 120 Heures

Enfin rappelons qu'il faut rajouter les 10% au titre des congés sur ces heures non versées soit au total une régularisation de

**( 360€ + 10% = 396€ )**

Petit lexique

NB Nombre d'heures

NB H/M Nombre d'heures Mensualisées

NB H/E Nombre d'heures Effectuées

NB H/S Nombre d'heures Supplémentaires

NB H/E/M Nombre d'heures en moins

**Car il y a une semaine d'accueil en moins**



## Exemple N°3

Parfois il arrive que la régularisation soit vraiment importante , c'est le cas des AM qui travaillent pour des enseignants par exemple ou des personnes qui disposent de toutes les vacances scolaires

Prenons le cas d'une AM qui travaille 36/S tarif horaire et un NB identiques ( pour comparer les montants)

Salaire basé sur  $3€ \times 40 \text{ H}$  et sur  $36 / S / 12 = 360€$  de salaire mensualisé

Son contrat débute en Septembre mais il n'ira pas jusqu'en Septembre de l'année d'après puisqu'il se termine le 30 juin . Soit sur 10 mois

Lors de la régularisation on va comparer les deux méthodes , mais dans cette situation précise , n'oublions pas que l'AM aurait du percevoir un salaire complet en juillet et en août si on avait été jusqu'au terme du contrat

Les heures mensualisées sont de :

$40 \text{ H} \times 36/S / 12 \text{ Mois} = 120 \text{ Heures}$  mensualisées

Sur 10 mois = 1200 Heures payées selon la mensualisation

Les heures réelles d'accueil sont



Mois	H/M	H/R	H/S	H/EM
Septembre	120H	170 H	+ 50H	
Octobre	120H	110H	Vacances	- 10H
Novembre	120H	170 H	+ 50H	
Décembre	120H	110H	Vacances	- 10H
Janvier	120H	180H	+ 60H	
Février	120H	80H	Vacances	- 40H
Mars	120H	170H	+ 50H	
Avril	120H	90H	Vacances	- 30H
Mai	120H	180H	+ 60H	
Juin	120H	170H	+ 50H	
<b>Total</b>	<b>1200H</b>	<b>1430H</b>	<b>320H</b>	<b>90H</b>
<b>Différence</b>			<b>230H</b>	

Comparons les salaires qui ont été versés dans le cadre de la mensualisation :  $360€ \times 10 = 3600€$

Et ceux qui auraient dû être versés dans le cadre des heures réelles :  $1430€ \times 3 = 4290€$

Différence :  $3600€ - 4290€ = 690€$

Pour information si l'année avait été jusqu'à son terme l'AM aurait percevoir 360€ en juillet et 360€ en août , soit un total de 720€ avec une régularisation de salaire de 690€ .On s'aperçoit que c'est approximativement le manque lié à ces deux mois de salaire . N'oublions pas dans la régularisation d'ajouter les congés payés à ce montant soit une somme globale de  $690€ + 10\% = 759€$

$230H \times 3€ = 690€$





## Questions Réponses Assistants Maternels du Particulier Employeur

**Je suis AM et le parent qui m'emploie souhaite que je continue d'accueillir son enfant à la rentrée des classes .**

**Ce dernier sera à l'école une partie de la journée , mon salaire va baisser.**

**Si je refuse dois-je démissionner?**

**Non puisque c'est l'employeur qui propose une modification du contrat, celle-ci se basant sur votre énumération actuelle en y amenant des conséquences à la baisse .**

**Cet avenant constitue une obligation de réponse des deux parties avant sa mise en application.**

**Si vous n'acceptez pas cet avenant votre employeur peut toutefois choisir de rompre le contrat .**

**Vous pourrez prétendre à l'inscription de droits aux Assedics**

**Mon employeur souhaite faire une modification du contrat en cours dois-je accepter cette proposition ?**

**Le contrat de travail peut-être modifié par le parent ou l'Assistant maternel . Toutefois aucune modification ne pourra être décidée sans le consentement des deux parties .un délai de réflexion d'un minimum de 15 jours est souhaité , pour connaître le refus ou l'acceptation de la modification du contrat .**

**Si l'un des deux parties n'accepte pas le changement , le contrat doit revenir aux conditions initiales ou y mettre fin .**

**Le fait que l'un des deux parties n'accepte pas la modification , ne le prive pas de « PREAVIS »**

**Je suis AM et le parent employeur a proposé un avenant , il demande un jour d'accueil en moins sur la semaine .**

**Il précise qu'il peut le faire car lui-même a subi une modification de son contrat par son employeur pour cause économique**

**Le particulier employeur n'est pas une entreprise , il ne peut donc mélanger son statut de salarié et son rôle d'employeur .en clair ce n'est pas parce qu'il a rencontré des difficultés économiques que le contrat de son salarié doit automatiquement être modifié par cette cause .**

**Concernant votre cas , il s'agit bien d'une modification de contrat , vous n'êtes pas obligée de l'accepter :**

**Votre employeur aura deux choix alors :**

**Soit de Maintenir votre contrat dans l'état et sans modification**

**Soit de rompre le contrat**

**Je suis Assistant maternel ,Je débute dans la profession, avec mon employeur nous souhaitons faire un avenant au contrat .que doit contenir l'avenant ?**

**Par exemple , les modifications peuvent être les suivantes:**

⇒ **Augmentation du SMIC**

⇒ **Application d'une nouvelle collective modifiant une clause du contrat**

⇒ **Modification des horaires des Parents**

⇒ **Modification du temps de garde de l'enfant ( enfant scolarisé)**

**Les signatures du ou des parents et de l'Assistant Maternel doivent être précédées de la date et de la mention manuscrite**

**« lu et approuvé »**



## Questions Réponses Assistant Maternel Crèche Familiale



Je travaille en crèche familiale, la crèche veut que l'on accueille des enfants à partir de 7h30 plutôt qu'à partir de 8h00 pour répondre aux besoins des familles plus nombreuses. Dois-je obligatoirement signer ?

Il s'agit d'ici de changements liés à des conditions de travail, le pouvoir décisionnaire de votre employeur peut donc aller dans le sens d'une obligation.

Votre possibilité de défense pourrait être d'apporter la preuve que ces 30 minutes amènent des conséquences importantes dans votre vie familiale pour que votre cas puisse être potentiellement justifié.

Je suis AM de crèche familiale, mon employeur vient de modifier mon contrat (heures sur la nuit sur 1 journée). Je n'ai pas donné mon accord mais il semble que selon lui, le délai raisonnable soit passé et que je n'ai plus qu'à l'accepter, est-ce vrai ?

Si l'avenant vient modifier votre contrat, et c'est le cas avec le changement d'heures de jour en heures de nuit, il s'agit bien d'une modification de votre contrat.

L'employeur doit bien entendu vous laisser un délai raisonnable pour répondre et le temps de la réflexion.

Ceci dit votre absence de réponse ne vaut pas non plus acceptation automatique dans le cas de modification sans cause économique, comme dans votre situation.

Je suis assistant maternel nouvellement agréé, je souhaite travailler en crèche comment ça marche ?

La crèche familiale regroupe un réseau d'assistantes maternelles, employées par la commune ou par une association, qui accueillent les enfants de 2 mois et demi à 4 ans chez elles.

La crèche familiale est placée sous la direction d'une puéricultrice pour conseiller les assistantes maternelles et veiller au bien-être des enfants. La directrice de crèche met également en place des formations pour développer les compétences des assistants maternels.

Quels sont les Avantages

C'est la crèche qui choisit les enfants qu'elle attribuera à telle ou telle autre AM. C'est elle également qui fixe vos horaires en fonction des demandes des parents. D'autre part il vous est impossible de négocier votre rémunération directement avec les parents

En contrepartie vous jouissez d'une plus grande stabilité au niveau de l'emploi puisque vous n'avez pas à démarcher par vos propres moyens pour trouver un employeur ;

la rémunération est donc assurée. Vous n'avez pas non plus à vous soucier de toute la partie administrative, le salaire étant directement versé par la crèche. Enfin, vous avez la possibilité de rencontrer d'autres AM

Suivre des formations continues

Des regroupements sont régulièrement organisés au sein des locaux de la crèche, ce qui favorise la socialisation des enfants et vous sort de votre isolement.

## Conclusion

Il faut vraiment prendre conscience que l'année incomplète est basée sur un NB d'Heures et de Semaines travaillées, ôtées des absences et qui formeront la base de son salaire. Le salaire sera basé sur des périodes d'activités hautes semaines où il n'y a pas d'absences et où le mois calendaire a un NB de jours importants et sur des semaines basses

(Semaines où il y a des absences et/ou le mois calendaire a un NB de jours plus faible)

Tout ceci basé sur 12 mois à partir de la signature du contrat. Dans les cas où les 12 mois ne sont pas effectués, compte tenu de ces périodes hautes et basses, il est nécessaire de faire une comparaison des heures normalement prévues et payées suivant la mensualisation et les heures réellement effectuées selon le calendrier.

Sachant que dans ce cas les périodes hautes peuvent être plus fréquentes que les périodes basses étant donné que l'on ne va pas au terme des 12 mois et sachant que toutes ces périodes ont d'ores déjà été déduites du salaire de base

## Commentaire de l'UFNAFAAM

Dans la Convention Collective Nationale des Assistants Maternels du particulier employeur, l'article 18 précise que le salarié sera privé d'indemnité de rupture s'il s'avérait que c'est une faute grave sans toutefois préciser qu'en cas de faute lourde c'est aussi le cas, cela pourrait constituer une jurisprudence. Sachez que la cour de cassation du 25 Septembre 2013 dans un arrêt n° 1537 a donné raison au salarié cadre, qui avait précisé que sa convention collective nationale, stipulait que l'indemnité de préavis ne serait pas due en cas de faute grave. Dans le bénéfice du doute qui profite toujours au salarié, ce dernier avait gagné.

Que vous soyez Assistant Maternel employé par un particulier ou Assistant Maternel de crèche

Ou Assistant Familial (secteur privé)

**INFORMEZ-VOUS** de la Convention Collective Nationale

Si vous êtes rattaché à l'une de d'entre elle car les dispositions de cette convention peuvent être plus favorables que celles liées au ode du Travail

⇒ Soit parce que cette Convention Collective Nationale a désiré que cela soit ainsi

⇒ Soit parce que la rédaction du texte amène à des possibles interprétations dont vous pouvez vous servir.



### Code Civil Article 1152

Section IV : des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation

(loi n°75-597 du 9 Juillet 1975 journal officiel du 10 Juillet 1975)

(loi n°85-1097 du 11 Octobre 1985 art.1 journal officiel du 15 Octobre 1985)

Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.