

# Application de la loi relative à la sécurisation de l'emploi

## *quid du secteur sanitaire, social et médico-social ?*

Dominique Jourdan, avocat, spécialiste en droit social, Barthélémy Avocats

Si le 1<sup>er</sup> mai 2013 a été l'occasion pour les organisations syndicales, et plus particulièrement la CFDT et la CGT, d'afficher leur différend né de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013, la signature de celui-ci représente sur le plan politique une victoire de la démocratie sociale, même si on peut déplorer qu'il n'ait pas été signé par deux organisations syndicales dont la nouvelle représentativité au niveau national et interprofessionnel est déjà établie. Si les conditions de sa transposition dans la loi ont été également sujettes à discussions, force est de constater que la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif n'a pas été oubliée, même si ses particularités n'ont pas été prises en compte. On peut enfin regretter les orientations prises pour certaines dispositions, notamment en matière de recours à la négociation collective et les difficultés soulevées par d'autres.

### La transposition de l'ANI du 11 janvier 2013 et la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif.

- Contrairement à la transposition de l'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, celle de l'ANI du 11 janvier 2013 n'aura pas laissé hors de son champ d'application la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but privé non lucratif. Si l'on exclut l'absence de droit à l'indemnité conventionnelle en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail due a priori à un oubli du législateur, les dispositions relatives à la portabilité des garanties de prévoyance nées de l'ANI du 11 janvier 2008 n'avaient jamais fait l'objet d'une quelconque transposition et n'étaient donc pas applicables à ce secteur. Les thèmes sur la portabilité des garanties de prévoyance n'ont pas de droit, selon la lettre de la loi du 31 janvier 2007, à être repris dans la loi portant transposition des travaux des partenaires sociaux. La raison de cette situation: Le fait que les partenaires sociaux ne sont invités à jouer un rôle de pré-législateur que pour ce qui ressort du droit du travail. L'article L.1 assigne comme objet

à la négociation tout ce qui est objet des conventions collectives (relations individuelles et collectives de travail, emploi et formation professionnelle), sauf les garanties sociales. La transposition ne porte donc pas de droit sur les dispositions relatives aux garanties sociales relevant du livre IV du Code de la sécurité sociale.

Si le thème de la protection sociale complémentaire n'est pas visé par l'article L.1., le Gouvernement pouvait l'intégrer dans le projet de loi. La thématique générale du projet de loi, à savoir la sécurisation de l'emploi intègre des nouveaux droits pour les salariés en vue notamment de sécuriser leur parcours professionnel, donnait l'occasion de s'affranchir de l'application à la lettre de l'article L.1. La généralisation de la prévoyance et de la couverture complémentaire des frais de santé participant à la sécurisation de ces parcours, la transposition s'imposait de fait. Cette généralisation est considérée comme la première étape d'un processus visant à construire un édifice du type de celui concernant la retraite complémentaire, mis en œuvre par la loi du 29 décembre 1972, portant généralisation de la retraite complémentaire au profit de tous les salariés.

- Si du fait de cette transposition totale au sein de la branche sanitaire, sociale et médico-sociale des dispositions de l'ANI du 11 janvier 2013, toutes ont vocation à s'y appliquer, leur origine conventionnelle explique pour partie l'inadaptation partielle de certaines d'entre elles et plus particulièrement celles relatives au travail à temps partiel.

La volonté affichée par tous – organisations syndicales et patronales signataires, Gouvernement – d'opérer une transposition fidèle de l'ANI, et ce même s'il ressort du texte final un déséquilibre sensible en matière de traitement des difficultés conjoncturelles des entreprises, a conduit, pour des thèmes aussi sensibles que ceux touchant à la précarité des salariés et plus spécialement le temps partiel, à ne pas s'éloigner du texte d'origine et à rejeter tout amendement qui ne soit pas qu'un amendement de précision ne remettant pas en cause l'objectif recherché. Or, le texte d'origine a été négocié par des organisations patronales au sein desquelles la branche sanitaire, sociale et médico-sociale n'est pas représentée. De ce fait, les particularités de la branche n'ont pas pu être prises en considération. Qui pouvait défendre, du côté des organisations patronales, que l'existence de temps partiel inférieur à 24 heures au sein de la branche n'est pas un signe de précarité mais un

•••



... mode d'intervention inhérent à l'activité de certains établissements? Personne.

### Quelle place pour la négociation collective ?

- La négociation collective a une place privilégiée lors de la mise en œuvre d'un grand nombre de dispositions, y compris pour la négociation d'entreprise. Ainsi :
  - La mise en œuvre d'une couverture complémentaire en matière de frais de santé est prévue par accord de branche, accord professionnel, accord d'entreprise et la généralisation de la prévoyance passera in fine par un accord de branche ou un accord professionnel. Immédiatement, surgit la question du niveau de négociation. Si la branche (sanitaire, sociale et médico-sociale) a bien été définie au niveau de l'Unifed, le niveau représenté par la Fehap qui n'est ni celui de l'entreprise, ni celui d'un groupe d'entreprise ne peut qu'être assimilée à celui de la branche. La communication ministérielle portant sur les résultats consolidés des élections professionnelles reconnaît de fait le niveau de négociation de la Fehap comme celui d'une branche.
  - La majoration de la cotisation d'assurance chômage au titre du recours au contrat à durée déterminée de courte durée relevant de la convention d'assurance chômage, fera donc l'objet d'une négociation nationale interprofessionnelle. L'agrément des accords d'assurance chômage ayant pour effet de le rendre obligatoire dans toutes les entre-

prises relevant du champ d'application du Code du travail, ladite majoration trouvera donc à s'appliquer dans le secteur sanitaire, social et médico-social. Rappelons qu'elle ne devrait pas concerner les contrats les plus utilisés au sein de celle-ci, soit les contrats conclus pour assurer le remplacement de salariés

*« Qui pouvait défendre du côté des organisations patronales que l'existence de temps partiel inférieur à 24 heures au sein de la branche n'est pas un signe de précarité mais un mode d'intervention inhérent à l'activité de certains établissements ? Personne ».*

absents ou dont le contrat de travail est suspendu ;

- Les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise, dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs, devront être prévues par accord d'entreprise ou de groupe ;
- Les accords de maintien dans l'emploi prendront la forme également d'accords d'entreprise ;
- La sécurisation des licenciements économiques de 10 salariés et plus passent également par la voie de l'accord d'entreprise validé par l'administration, même

s'il ne s'agit qu'une des voies offertes, à côté du document unilatéral homologué également par l'administration.

- Néanmoins, force est de constater que dans le domaine du travail à temps partiel, si la négociation a sa place, l'accord de branche occupe une place prioritaire. Ainsi, seul un accord de branche étendu à la branche conclu par l'Unifed peut :
    - Prévoir la possibilité pour l'employeur de proposer au salarié à temps partiel un emploi à temps complet, ne ressortissant pas à sa catégorie professionnelle ou un emploi à temps complet non équivalent.
    - Fixer une durée de travail inférieure à 24 heures.
    - Prévoir un taux de majoration différent des heures complémentaires sans être inférieur à 10 %.
    - Permettre de recourir au dispositif des « compléments d'heures » par avenant au contrat de travail, dispositif qui permettra de sécuriser les pratiques en vigueur au sein des établissements à l'occasion d'absences des salariés.
- Cette place faite à l'accord de branche étendu, au détriment de l'accord d'entreprise, peut surprendre notamment au vu de l'évolution législative en matière d'accord dérogatoire. La loi du 20 août 2008 avait fait du niveau de l'entreprise le niveau de droit de la négociation dérogatoire dans des domaines aussi sensibles que ceux de la fixation du contingent d'heures supplémentaires, en raison des conséquences

attachées aux heures accomplies au-delà en matière de repos compensateur, de la répartition pluriannuelle du temps de travail ou encore du recours aux forfaits en jours. C'est la même loi qui n'exige plus de la convention ou de l'accord de branche qu'il soit étendu pour pouvoir déroger dans les mêmes domaines. Ce choix opéré par le législateur de 2008 était justifié par la légitimité renforcée des accords d'entreprise compte tenu des nouvelles règles de représentativité des organisations syndicales et des conditions de validité des accords d'entreprise.

Par ailleurs, sans attendre la loi du 20 août 2008, le législateur avait déjà ouvert, en matière de travail à temps partiel, la négociation au niveau de l'entreprise dans des domaines initialement réservés à l'accord de branche (L. 2004-391 du 4 mai 2004). Tel avait été le cas pour la réduction du délai de 7 jours à 3 jours ouvrés pour modifier la répartition de la durée du travail des salariés à temps partiel (L.3123-22) ou du nombre et de la durée des interruptions de travail des salariés à temps partiel (L. 3123-16).

Quelle signification accorder à la position prise par les partenaires sociaux et reprise par la loi, laquelle a toutefois généralisé la condition d'extension ? Défiance vis-à-vis

### « Si la loi a apporté des précisions et des compléments sur le texte des partenaires sociaux, sa mise en œuvre n'est pas sans poser quelques difficultés ».

des partenaires situés au niveau de l'entreprise ? Volonté de maîtriser la technique de dérogations dans un domaine du droit du travail tant décrié en raison des abus commis ou tout simplement vieux réflexe ? Surtout, une question se pose. Mais surtout, cette absence de mention du niveau de l'entreprise est-elle un retour en arrière ou bien révèle-t-elle simplement une demande de négociation aux seules branches sur ces sujets en 2013, le niveau de l'entreprise pouvant encore intervenir sur les dispositions pour lesquelles le Code du travail lui permet de déroger (interruptions, délais de prévenance), ce qui semble plus logique et souhaitable ?

Le niveau de l'entreprise est en effet celui qui permet la meilleure adaptation entre les besoins de l'entreprise et la sauvegarde des intérêts des salariés. Si défiance il y a, il aurait été préférable de renforcer la légitimité de l'accord en exigeant peut être que celui-ci soit un accord vraiment majori-

taire, notion auquel les partenaires et la loi ont eu recours en matière d'accord de maintien dans l'emploi ou d'accord conclu dans le cadre d'une procédure de licenciement économique d'au moins 10 salariés.

### Quelques difficultés d'application

Si la loi a apporté des précisions et des

#### CHIFFRES CLÉS

(Sources : enquête emploi 2012, UNIFAF et l'observatoire prospectif des métiers et des qualifications de la Branche)

Les CDI représentent 87 % des contrats dans la branche sanitaire, sociale et médico-sociale

Depuis 2000, le taux de temps partiels est passé de 26 % à 23 %

À l'échelle de l'établissement, les temps partiels concernent :

- 11 % des aides médico-psychologiques
- 20 % des aides-soignants
- 21 % des infirmiers
- 36 % des kinésithérapeutes
- 74 % des psychologues

compléments sur le texte des partenaires sociaux, sa mise en œuvre n'est pas sans poser quelques difficultés. Volontairement ne seront présentées ci-après que celles liées à l'application des mesures qui ont vocation à s'appliquer de manière récurrente au sein de la majorité des établissements et services de la branche.

- Les premières sont sans aucun doute celles liées au travail à temps partiel. Sans préjudice d'un engagement et d'une issue favorable des négociations au niveau de l'Unifed, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2014 un certain nombre de questions vont se poser.

**1-** Pour les contrats en cours à cette date, la durée minimale de 24 heures sera applicable aux salariés qui le demanderont avant le 1<sup>er</sup> janvier 2016, sauf refus de l'employeur justifié par l'impossibilité d'y faire droit compte tenu de l'activité économique de l'entreprise. Justifier le refus par l'appartenance à un secteur professionnel très encadré au niveau budgétaire sera-t-il suffisant ? Quelles conséquences si le refus est estimé abusif par les juges ? Passage automatique à 24 heures ?

**2-** Dans l'attente d'un accord de branche étendu autorisant une dérogation à la durée minimale de 24 heures, la seule possibilité de déroger naîtra d'une

demande écrite et motivée du salarié, soit pour faire face à des contraintes personnelles, soit pour lui permettre de cumuler plusieurs activités, afin d'atteindre un temps complet ou au moins la durée minimale de 24 heures. Pour certains emplois, les « demandes écrites et motivées » pourraient devenir la règle. Le risque à venir, au-delà du détournement du dispositif, est de voir des contentieux surgir fondés sur le vice du consentement. La rédaction des offres d'emploi sera aussi problématique : Peut-on faire une offre pour moins de 24 heures ?

**3-** Des accords d'entreprise, conclus depuis la loi du 20 août 2008, ont pu organiser une répartition de la durée du travail sur l'année, incluant dans leur champ d'application le temps partiel, et ont pu prévoir une durée annuelle minimale inférieure au nouveau seuil. Quel est le sort de ces dispositions conven-

### « Le recours au dispositif de compléments d'heures permet-il de faire effectuer au salarié 35 heures ou doit-on toujours rester en deçà de 35 heures ? ».

tionnelles ? En l'absence de clause de validation dans la loi, un réajustement de la durée annuelle de travail semble devoir s'imposer.

**4-** Le dispositif de compléments d'heures soulève quant à lui plusieurs questions. Dans l'attente de dispositions étendues autorisant son recours, que fera-t-on lorsqu'à l'occasion de l'absence temporaire d'un salarié (qu'il soit à temps complet ou à temps partiel) un salarié à temps partiel invoquera le droit de priorité prévue à l'article L. 3123-8 du Code du travail pour effectuer ce remplacement ? Le refuser au motif qu'aucun accord n'a encore été conclu au niveau de l'Unifed ou considérer que le droit de priorité est un droit absolu qui doit être dans tous les cas satisfait, au risque de continuer à établir des avenants au contrat de travail non sécurisés.

Le recours au dispositif de compléments d'heures permet-il de faire effectuer au salarié 35 heures ou doit-on toujours rester en deçà de 35 heures ? Le doute est permis avec la rédaction de l'article L. 3123-25 qui ne vise que les heures complémentaires accomplies au-delà de la durée déterminée par avenant pour lesquelles le taux de majoration ne peut être inférieur à 25 %. Si le régime des heures supplémentaires s'applique de

•••  
 plein droit pour les heures accomplies au-delà de 35 heures, cette précision aurait été la bienvenue dès lors que le taux de majoration des heures supplémentaires peut être fixé par convention ou accord de branche étendu, ou par accord d'entreprise à un taux différent sans pouvoir être inférieur à 10%.

- En matière de participation des salariés à la gestion de l'entreprise, on ne peut qu'approuver les nouvelles dispositions ayant pour objet :
  - D'encadrer tout en laissant la place à la négociation avec le comité lui-même, la procédure de consultation du comité d'entreprise par l'instauration notamment de délais quant à l'expression de l'avis (art. L. 2323-3), le recours au juge pour la communication d'information manquante (art. L. 2323-4), les délais des expertises auxquelles peuvent recourir CE et CHSCT (art. L. 2325-42-1).
  - D'assurer une information permanente des instances représentatives du personnel, via la base de données économiques et sociales qui vaudra communication d'un certain nombre de rapports et informations actuellement données trimestriellement, ou semestriellement et annuellement (art. L. 2323-7-2 et L. 2323-7-3). Des adaptations semblent souhaitables pour le secteur d'activité à but non lucratif tant il est évident que ces textes ont été conçus en direction des sociétés de capitaux.
  - De faciliter la consultation du CHSCT dans les associations et organismes ayant des établissements distincts pourvus de CHSCT lorsqu'un projet est commun à plusieurs établissements, par la mise en place d'une instance de coordination des CHSCT (art. L. 4616-1 à L. 4616-5).

Pour autant, quelques interrogations subsistent, notamment quant à la base des données économiques et sociales. Celle-ci devra être « mise régulièrement à jour ». Aucune précision n'est apportée quant à la périodicité de cette mise à jour, les événements qui l'induisent. Ne va-t-on pas voir surgir des actions devant le Président des TGI aux fins de voir l'employeur condamner à effectuer une mise à jour ? Par ailleurs, l'importance de cette base de données et sa nécessaire mise à jour conduit inévitablement au recours à une base informatique. Espérons, bien que non prévu par le texte de loi, qu'un décret viendra encadrer la mise en place ou l'utilisation de cet outil informatique.

## PRENDRE EN COMPTE LES SPÉCIFICITÉS DU SECTEUR PRIVÉ NON LUCRATIF

### Mobilisation de la FEHAP dans le cadre de l'élaboration de la loi de sécurisation de l'emploi

**TOUT AU LONG DES DÉBATS PARLEMENTAIRES**, la FEHAP s'est mobilisée et a travaillé afin de permettre d'adapter le dispositif du projet de loi de sécurisation de l'emploi aux contraintes de notre secteur d'activité.

Ainsi, la FEHAP a proposé plusieurs amendements au projet de loi. Sa priorité a d'abord été de déroger à la durée minimale de 24 heures pour les temps partiel dans le secteur sanitaire, social et médico-social. Avec l'aide de ses adhérents, la FEHAP a attiré l'attention des parlementaires sur les spécificités du secteur.

En effet, à la différence de l'ensemble des autres branches professionnelles, le secteur sanitaire, social et médico-social comporte deux caractéristiques originales.

D'abord, il existe de nombreuses fonctions spécialisées à temps souvent très partiel (médecins, psychologues, travailleurs sociaux, orthophonistes, masseurs-kinésithérapeutes, etc), dans le cadre d'une analyse et d'une programmation fines des besoins souvent très spécifiques des usagers. Ce temps réduit n'est pas dicté par la volonté de l'employeur mais par le fait que, dans le cadre de la prise en charge des patients ou usagers par une équipe pluridisciplinaire, les interventions de certains professionnels, qui s'avèrent néanmoins essentielles à la qualité de la prise en charge, ne nécessitent pas un volume d'heures à hauteur de 24 heures.

Ensuite, les autorités de contrôle et de tarification sanitaire, sociale et médico-sociale (ARS, Conseil Général, Préfet) disposent d'une forte emprise sur l'employeur privé, déterminant parfois avec une grande précision, la quotité de temps alloué de telle ou telle catégorie de personnel spécialisé et les ressources afférentes. D'une certaine manière, le temps partiel subi, l'est alors également par l'employeur qui ne peut s'engager au-delà des effectifs convenus avec l'autorité de contrôle et de tarification, au risque que la dépense soit ensuite rejetée au compte administratif.

Une fois ces problématiques exposées, la FEHAP a entendu obtenir des précisions sur la notion d'« activité économique » visée au VIII de l'article 8. En effet, cette notion s'inscrit dans un cadre très particulier pour la branche sanitaire, sociale et médico-sociale, à savoir la référence à des ressources allouées par une autorité de contrôle et de tarification, avec les effectifs afférents.

Ainsi, la FEHAP a introduit une demande de dérogation à la durée minimale de 24 heures hebdomadaire pour les temps partiel. Elle a également demandé un suivi particulier, par le Gouvernement, de l'évaluation de l'impact des dispositions de la loi relatives au temps partiel pour les établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux, dont les dépenses autorisées et les effectifs salariés relèvent d'une autorité de tarification et de contrôle sanitaire, sociale et médico-sociale.

Par ailleurs, afin de protéger l'équilibre économique, déjà fragilisé, des structures privées non lucratives dont les spécificités (limitation des dépassements d'honoraires et des restes à charge) garantissent l'accès aux soins et services des citoyens, sur tout le territoire français. La FEHAP a sollicité une dérogation au dispositif de majoration des heures complémentaires prévu par le projet de loi.

Elle a en outre, entendu assurer une égalité de traitement entre les acteurs de la branche sanitaire, sociale et médico-sociale, et ceux de l'aide à domicile, puisque ces deux catégories d'acteurs sont soumis aux mêmes contraintes, liées à la prise en charge et à l'accompagnement des personnes. Elle a donc sollicité l'extension aux salariés à temps partiel de notre secteur, des dérogations légales prévues au bénéfice des salariés à temps partiel des associations et entreprises d'aide à domicile, en matière de mention au contrat de travail et de délai de prévenance en cas de modification d'horaires.

Enfin, la FEHAP a proposé la création d'un motif de recours spécifique au contrat à durée déterminée dans le cadre du cumul emploi-retraite, afin de sécuriser et favoriser ce cumul emploi-retraite dans un contexte de pénurie de certaines professions (médecins, kinésithérapeutes, infirmiers, etc).