

Muriel **Bellivier**

AIDE-MÉMOIRE

Droit du travail

dans le secteur social
et médico-social

DUNOD

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique

d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour

les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée. Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).



© Dunod, 2015

5 rue Laromiguière, 75005 Paris

www.dunod.com

ISBN 978-2-10-073909-7

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Je tiens à remercier Florence et F  rial, elles savent pourquoi.

Table des matières

<i>Introduction</i>	1
1 Les sources du droit du travail	9
Les sources internationales	10
<i>Les conventions de l'Organisation internationale du travail, 10 • Les règlements et directives de l'Union européenne, 10 • Les traités bilatéraux, 12</i>	
Les sources étatiques	14
<i>Les accords de branche, 15 • Les conventions collectives, 17</i>	
Les sources professionnelles	19
<i>Le règlement intérieur, 19 • Le contrat de travail, 20</i>	
2 Abécédaire des relations individuelles de travail	27
Astreintes	28
<i>Qu'est-ce qu'une astreinte ?, 29 • L'employeur peut-il imposer au salarié soumis à astreintes un lieu de résidence donné ?, 31</i>	
Boisson et tabac	35
<i>Boisson, 36 • Tabac, 43</i>	
Clause de mobilité	47
<i>Dans les entreprises de plus de 300 salariés, 49 • Pour les entreprises de moins de 300 salariés, 50</i>	
Droit de retrait	52
<i>Sanctions annulées, 54 • Sanctions entérinées, 56</i>	

Exclusivité (clause)	60
<i>Les conditions de validité de la clause d'exclusivité, 60 • Sur le premier point, il existe une durée maximale légale de travail, 62 • Sur le deuxième point, l'obligation de loyauté s'impose au salarié, 64</i>	
Formation	65
Grave (la faute)	71
Harcèlement moral	80
Inaptitude	86
<i>Quelques définitions, 86 • L'aptitude partielle, 87 • L'inaptitude, 88</i>	
Juridictions en droit du travail	92
<i>Les Prud'hommes, 94 • La procédure de référé, 95 • L'appel, 95 • La cassation, 95</i>	
Licenciement	97
<i>Le licenciement pour motif personnel, 98 • Le licenciement économique, 102 • Les conséquences financières des différents types de licenciement, 107 • Les conséquences d'un non respect de la procédure ou d'un motif non réel et sérieux, 108</i>	
Maladie (arrêt)	110
<i>La nature de l'activité de l'établissement, 113 • Le poste occupé par le salarié et ses qualifications, 114 • La taille de l'établissement, 115 • La durée et la fréquence des absences, 115</i>	
Net	117
Obligation de sécurité et de résultats	123
Prescription	130
<i>La prescription externe, 131 • La prescription interne, 133</i>	
Qualification des directeurs et délégations	137
(Signes d'appartenance) Religieuse	145
<i>Dans l'affaire de la salariée de la Caisse régionale d'assurance maladie (CRAM), 146 • Dans l'affaire de la crèche Baby Loup, 147</i>	
Sanctions disciplinaires	149
Temps de travail	154
<i>Les horaires discontinus, 155 • Les heures supplémentaires : entre droit et obligation, 155 • Les litiges sur la durée de travail et la charge de la preuve, 156 • Le temps de travail des cadres, 158</i>	
Usage	165
<i>L'usage et/ou l'avantage, 166 • Les avantages salariaux, 167</i>	

Vaccination	170
3 Le fonctionnement des instances représentatives du personnel	177
Introduction	178
L'architecture de l'expression des salariés dans une organisation	179
<i>La voie hiérarchique, 179 • Le droit d'expression des salariés, 179 • Les instances représentatives du personnel, 180</i>	
Quelques conseils généraux pour un fonctionnement satisfaisant des IRP	181
De A à Z	182
<i>Accès aux documents comptables du CE, 182 • Accord d'entreprise, 185 • Attributions du comité d'entreprise, 188 • Attributions du CHSCT, 189 • Attributions des délégués du personnel (DP) dans les établissements sans CHSCT, 191 • Autorisation de l'inspecteur du travail pour le licenciement d'un salarié protégé, 191 • Avis du CE pour le licenciement d'un salarié protégé, 193 • Base de données économiques et sociales, 194 • Bons de délégation, 196 • Cahier des réclamations dit aussi cahier des DP, 200 • Collaborateurs de l'employeur, 203 • Collège cadre, 204 • Commissions obligatoires du Comité central d'entreprise, 206 • Compensation des frais de déplacement des représentants du personnel, 206 • Compte bancaire, 209 • Confidentialité des informations données par l'employeur ou son représentant au CE, 210 • Consultation des délégués du personnel en cas d'incapacité, 213 • Consultation du comité d'entreprise, 214 • Crédits d'heures, 218 • Cumul des mandats, 221 • Délégué syndical de l'entreprise, 222 • Délégation unique, 223 • Délit d'entrave, 223 • Déplacements, 226 • Discussions aux réunions du comité d'entreprise, 227 • Documents à fournir aux DP, 227 • Droit d'alerte, 228 • Élections partielles, 230 • Emplacements réservés à l'affichage des communications syndicales, 230 • Formation économique, 231 • Lieu des réunions, 231 • Local des délégués du personnel, 231 • Local du CE, 232 • Mandat et changement de catégorie professionnelle, 234 • Mandat des représentants syndicaux au comité d'entreprise et des délégués syndicaux, 234 • Ordre du jour des réunions du Comité d'entreprise, 235 • Périodicité des réunions, 236 • Personnalité civile du comité d'entreprise, 238 • Première réunion du comité d'entreprise, 239 • Président du comité d'entreprise, 239 • Procès-verbaux du CE, 242 • Protocole pré-électoral, 242 • Prorogation des mandats DP et CE, 244 • Règlement intérieur du comité d'entreprise, 244 • Représentant syndical au CE, 245 • Représentativité, 245 • Réunion extraordinaire des</i>	

*instances, 248 • Salariés protégés, 251 • Secrétaire du CE, 254 •
Subventions au CE, 254 • Suspension des mandats, 255 • Temps passé en
réunion, 255 • Visioconférence, 256 • Vote, 257*

Annexe . Liste des sigles utilisés 259

Index 261

Introduction

TROIS RAISONS mettent sur le devant de la scène les questions de droit du travail et rendent nécessaire l'accroissement, en la matière, du niveau de connaissances des responsables du secteur social et médico-social :

- la judiciarisation croissante de la société et la montée des contentieux ;
- l'émergence de tensions qui commencent à poindre dans le secteur : pénibilité, souffrance au travail, difficultés de recrutement sur certains métiers, projet de fusion/regroupement... ;
- la nécessaire articulation entre le droit des usagers sur lequel l'accent est mis à juste titre depuis dix ans et celui des salariés.

L'ouvrage distingue les relations individuelles de travail des relations collectives et en particulier le fonctionnement des instances représentatives du personnel (IRP) et se compose, d'une large introduction et de deux parties, l'une et l'autre se présentant sous forme de glossaire alphabétique.

Dans la première, nous avons choisi de traiter les questions de droit au travers de cas de jurisprudence. Cela permettra au lecteur de partir de situations réelles, vécues par les acteurs du monde du travail et de voir comment le droit (le droit rendu par les professionnels eux-mêmes au travers des prud'hommes d'abord puis des juges professionnels des cours d'appel et de cassation ensuite) saisit ces questions, les élabore et en donne une interprétation à partir de laquelle il va falloir mettre en place une pratique.

Les arrêts de jurisprudence ont été choisis selon trois critères :

- le caractère relativement constant du point de vue défendu et ce même si les arrêts sont anciens ;
- des arrêts intéressants directement le secteur ou pouvant être transférés facilement à ses problématiques ;
- le caractère aisé de leur lecture pour des non juristes. Les passages essentiels des arrêts sont soulignés en gras par nos soins.

Les arrêts ont une visée pédagogique et doivent être pris comme tel et non comme LA réponse juridique unique au problème exposé.

Dans la seconde partie, le lecteur trouvera un glossaire consacré au fonctionnement des instances représentatives du personnel (IRP) lui permettant de mieux appréhender les modalités d'exercice d'un dialogue social respectueux des lois, serein et efficace. Cette partie est, elle aussi, illustrée de situations contentieuses.

L'ouvrage peut se lire soit en continu car il est construit pour donner une image unifiée de la pratique du droit du travail dans un établissement donné, soit selon les besoins du lecteur, en choisissant simplement l'entrée qui correspond à son point de questionnement du moment.

L'ouvrage repose sur un parti pris : il se veut une aide à la décision pour les cadres du secteur, directeurs, directeurs adjoints et chefs de service¹, en situation de devoir :

- connaître le droit du travail pour ne pas – par leurs actes – commettre des erreurs qui amèneraient leur employeur à devoir se défendre devant les tribunaux ;
- répondre aux questions de salariés et désamorcer le plus tôt possible les conflits ;
- avoir une vision d'ensemble pour commencer d'élaborer une stratégie en matière sociale cohérente, éthique et claire.

1. Dans l'ouvrage nous utilisons le terme employeur pour désigner celui qui « a le pouvoir de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements », fondement de la relation de travail, qu'il s'agisse directement de l'employeur ou de son représentant, cela pour ne pas alourdir le texte ou directeur lorsque nous parlons d'une situation qui intéresse directement un directeur d'établissement.

C'est la raison pour laquelle l'auteur s'adresse directement à eux dans le ton de l'ouvrage.

Un directeur hérite des erreurs de ses prédécesseurs
et commet celles dont son successeur héritera.

Cette sentence doit rendre à la fois humble et rigoureux car la fonction de direction est incarnée à un moment donné par des hommes et des femmes mais elle perdure et implique l'institution.

Les professionnels du secteur social et médico-social ne sont pas des juristes. Cette affirmation à la limite de la lapalissade a pourtant des implications importantes. Les directeurs d'établissement sont ou bien d'anciens travailleurs sociaux formés surtout depuis le décret de 2007 sur la qualification des directeurs, ou bien des personnes venues d'autres secteurs professionnels et qui ont obtenu en un ou deux ans un diplôme de niveau I ou II leur permettant de diriger un établissement du secteur social et médico-social.

Dans les enseignements des masters, le droit du travail est une matière comme une autre... au même titre que les politiques sociales, la comptabilité ou le droit des associations.

Dans les sièges des grandes associations ou fondations, il existe des directeurs des ressources humaines (RH), ou responsables des ressources humaines mais ce sont rarement des juristes. Ces grosses structures font appel à des avocats dans le cas de situations litigieuses ou, en amont, à leurs conseils pour les éviter.

Le droit du travail n'est pas inscrit dans la culture et les pratiques du secteur un peu à l'instar des questions financières et budgétaires il y a quinze ans. Les compétences sur celles-ci se sont développées, sous l'impulsion des autorités de tarification qui ont donné beaucoup plus de travail aux dirigeants donc aux directeurs et les ont ainsi obligés à se former et à monter en compétences.

Notre pratique de formatrice et de consultante nous a amenée au constat qu'aujourd'hui, le management, comme les ressources humaines en général, précède le droit.

Les cadres posent des actes de management, gèrent « des ressources humaines » (recrutement, formation, recadrage, entretien annuel d'évaluation) et ensuite analysent les conséquences en termes de contentieux possible. Cela a le double inconvénient d'insécuriser les hommes et les femmes et de ne pas minimiser les contentieux.

C'est pourquoi, nous souhaitons avec cet ouvrage, contribuer à faire du droit du travail le cadre permettant de gérer les établissements. Ainsi pourra-t-il être à sa juste place : il cessera d'être confondu avec le management ou les ressources humaines, il les précèdera et les encadrera. Et le management pourra s'y adosser.

La particularité de l'ouvrage est qu'il est fait pour des non juristes... par un non juriste.

Pour des non juristes qui vont devoir comprendre le droit du travail pour l'appliquer et le faire respecter, par un non juriste c'est-à-dire quelqu'un qui a dû faire des efforts pour tenter de comprendre l'architecture du droit du travail sans avoir la culture du juriste et qui par là-même – avec un regard naïf sur le droit – peut essayer de l'expliquer à des non juristes. Plus précisément, quand on écrit ou enseigne une matière pour de futurs professionnels de cette matière, il y a des questions qu'on ne se pose pas ne serait-ce que parce que l'on fait l'hypothèse que ceux pour qui on écrit ne se les posent pas. Dans le cas du non... à des non... c'est justement tout l'implicite qu'il convient de faire sauter. De plus, non juriste, on sait où des non juristes achoppent. Et, du coup, on peut les aider à franchir l'obstacle.

L'ouvrage ne prétend donc pas exposer le droit du travail, mais permettre d'appliquer un raisonnement juridique à des situations concrètes que les directeurs vivent et leur permettre pour les situations non exposées dans l'ouvrage de transférer une approche.

À ce stade, une réflexion sur l'articulation de trois notions, celles de droit, de justice et d'ordre nous paraît nécessaire pour mieux comprendre ce qui se joue dans les établissements pour la fonction de direction. Elle devrait nous conduire à définir de manière très humble les contours de ce qu'est le droit dans le contexte particulier des relations de travail.

Les lieux de travail sont des espaces sociaux, régis par des codes sociaux, des règles internes et des règles externes.

Des codes sociaux : se saluer le matin, demander des nouvelles à un collègue après une absence, s'intéresser au déroulement d'une réunion que l'on savait importante, demander des nouvelles du baccalauréat de l'aîné, proposer de ramener le collègue qui vient d'emménager à sept minutes de chez soi et bavarder pendant le trajet...

Des règles internes : usages, règlement intérieur, contrat de travail...

Des règles externes : conventions collectives, Code du travail, jurisprudence.

Le directeur d'établissement va avoir pour tâche de faire respecter les règles, en maintenant l'ordre social et en assurant ainsi d'une certaine forme de justice, d'équité de traitement.

Nous n'avons pas la prétention ici de définir le droit, au-delà de la définition qu'en donne le Littré : le droit est « l'ensemble des règles qui régissent la conduite de l'homme en société, les rapports sociaux ». Pour cela, les lecteurs disposent d'ouvrages conséquents. Il s'agit de préciser un point important pour l'application du droit du travail dans le secteur social et médico-social : la différence de nature entre le droit et la morale.

Cette distinction, importante en soi l'est encore plus dans le secteur dont l'objet est d'apporter à ceux qui sont vulnérables un accompagnement. Tous les projets associatifs et les projets d'établissement dans leur majorité comportent une partie sur les « valeurs » défendues par l'association, l'établissement : « bienveillance, respect, empathie, considération pour plus faible que soi, croyance en la possibilité du changement... » Ces valeurs se situent résolument du côté de la morale, d'un système de normes qui doit être distingué de celui édicté par le droit. La confusion possible entre morale et droit est liée au fait que ce sont tous deux des systèmes normatifs, et qui plus est qui ont parfois les mêmes contenus : l'interdiction de tuer est inscrite dans notre Code pénal et sur les Tables de la loi.

C'est à Aristote que l'on doit la distinction entre la morale qui relève de la justice générale et le droit qui va s'attacher à la justice particulière, rendre à chacun le sien. Il va donc falloir opérer pour certains directeurs à un léger pas de côté pour ne pas comprendre et appliquer le droit avec