

Webinaire



Picard
avocats



Directions**[s]**

Indemnités « Ségur » et droit social

45 minutes pour faire le point

31, rue du Faubourg Poissonnière - 75009 PARIS

Tél. : 01 84 25 14 70 • Fax : 01 84 25 14 71

spicard@picard-avocats.com

www.picard-avocats.com

 PICARD AVOCATS

Les accords du Ségur de la santé ont été signés le 13 juillet 2020 par le gouvernement et une majorité d'organisations syndicales représentant les professions non médicales et les personnels médicaux de l'hôpital public. La revalorisation salariale réglementaire de 183 euros nets par mois ne s'applique ainsi qu'aux professionnels des établissements de santé et des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) publics.

Le 16 juillet 2020, le Ministre des Solidarités précisait « *que les dispositions relatives à ces deux mesures de revalorisation (...) seront transposées dans le secteur privé non lucratif. Sous réserve de la conclusion d'un accord collectif négocié portant revalorisation des personnels concernés, un financement national spécifique, tenant compte des charges, sera apporté (...)* »

Dans le même sens, l'article mettant « *en œuvre les engagements du Ségur de la santé* » au sein de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2021 rappelle que « *Pour les établissements privés à but non lucratifs et commerciaux, des accords conventionnels devront être conclus en ce sens par les partenaires sociaux dès 2020 pour mettre en œuvre la revalorisation salariale.* »

Au final, on constate que globalement, les partenaires sociaux ne se sont pas accordés au niveau des branches pour conclure les accords de transposition Ségur. Il n'y a pas d'accord collectif ou de décision unilatérale « global » pour toutes les fédérations du secteur puisque la Confédération des employeurs du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif (AXESS) n'a pas mandat pour négocier au nom et pour le compte des organisations patronales du secteur.

Si la Croix-Rouge Française a conclu un accord avec ses organisations syndicales représentatives, la FEHAP et NEXEM sont passées par voie unilatérale, « recommandation patronale » pour NEXEM et « décisions unilatérales » pour la FEHAP, c'est la même chose.

La FEHAP a décidé de conclure 2 décisions unilatérales le 26 octobre 2020, l'une pour les établissements de santé, l'autre pour les EHPAD, tandis que NEXEM a pris une recommandation patronale unique le 24 novembre 2020 pour les deux secteurs d'activité. Ces décisions et recommandation patronales (ci-après « DUE ») s'appliquent donc aux employeurs adhérant à ces fédérations patronales, et non à ceux faisant une simple application volontaire de la CCN 66 et de la CCN 51 (ces conventions collectives n'étant pas étendues).

À date, les DUE FEHAP et NEXEM ont bien été agréées¹ et sont donc juridiquement applicables.

En pratique, outre les difficultés juridiques et techniques qu'entraîne l'application de ces textes collectifs, sur le plan social, des revendications sont portées tant par les organisations syndicales de salariés que par les fédérations patronales du secteur pour étendre le bénéfice de « l'indemnité Ségur » aux secteurs du handicap, du domicile, de la protection de l'enfance, de l'insertion, de la protection juridique des majeurs et de l'hébergement de personnes âgées non dépendantes.

Très récemment, une première avancée semble avoir été opérée avec l'engagement du Ministère des Solidarités et de la Santé à étendre le versement d'un Complément de Traitement Indiciaire (CTI) aux salariés des établissements sociaux et médico-sociaux rattachés à un établissement sanitaire... public.

Bien évidemment, ce premier pas est insuffisant pour les partenaires sociaux qui demandent une juste reconnaissance de l'ensemble du secteur, quel que soit le statut juridique de l'établissement.

¹ Arrêté du 8 décembre 2020 pour la DUE EHPAD FEHAP ; Arrêté du 17 décembre 2020 pour la DUE NEXEM ; Arrêté du 24 décembre 2020 pour l'accord collectif CRF

Cette reconnaissance est censée passer par le biais de la mission confiée par le Premier Ministre à Michel Laforcade, ancien directeur de l'ARS de Nouvelle-Aquitaine, portant sur la revalorisation des métiers du secteur social et médico-social. Le but de cette mission, qui doit se traduire par un rapport remis en juillet 2021, est notamment corriger les effets du Ségur de la santé sur les personnels du secteur social et médico-social.

En effet, outre le sentiment d'injustice, le versement – ou pas – de l'indemnité Ségur entraîne de fait une concurrence entre les secteurs publics / EHPAD et établissement de santé d'un côté, et les établissements des secteurs sociaux et médico-sociaux de l'autre côté. Ces derniers se retrouvent d'ores et déjà confrontés soit à des départs de salariés, soit à des difficultés de recrutement. La question du versement de l'indemnité Ségur devenant d'ailleurs en pratique l'une des questions posées par des candidats à l'emploi, puisque cette indemnité a été fortement médiatisée.

A ce jour, les organisations d'employeurs et de salariés sont entendues dans le cadre de cette mission Laforcade sans que des premières conclusions ou mesures n'aient fuité.

1. Dispositions applicables aux employeurs adhérant à la FEHAP et à NEXEM

1.1. Établissements éligibles

- **Établissements de santé** = l'ensemble des établissements de santé au sens du Code de la santé publique sont concernés : Médecine, chirurgie, obstétrique (MCO), hospitalisation à domicile (HAD), Soins de Suite et de Réadaptation (SSR), psychiatrie, dialyse, ainsi que les groupements de coopération sanitaire (GCS).
- **EHPAD** = établissements définis à l'article L. 313-12 du Code de l'action sociale et des familles.

Attention, les sièges des établissements de santé et des EHPAD ne sont pas concernés.

1.2. Personnels éligibles

- Personnels **non médicaux** = tout salarié, en CDI et CDD, à temps plein ou à temps partiel, sans condition d'ancienneté sauf :
 - les médecins (la FEHAP précise que sont également exclus les pharmaciens) ;
 - Au sein de la CCN 51, sont exclus les salariés en contrat d'apprentissage et en contrat de professionnalisation ainsi que les contrats aidés. Une telle exclusion n'est pas prévue au sein de la recommandation patronale NEXEM ;
 - Les prestataires extérieurs non salariés.

Sont également bénéficiaires :

- Les **salariés mis à disposition** d'un établissement éligible ;
- Les **intérimaires** : même s'ils ne sont pas mentionnés clairement dans les décisions unilatérales, ils sont éligibles puisque les intérimaires se voient appliquer la même rémunération conventionnelle. Il conviendra donc d'inclure l'indemnité Ségur dans les surcoûts, même s'il n'y a pas de financement pour ces personnels.

1.3. Critère de versement : rattachement contractuel ou exercice effectif de l'activité ?

Dans la mesure où le critère de versement est le type d'établissement (EHPAD ou établissement de santé), se pose la question de la clé de répartition lorsque le salarié travaille au sein de plusieurs établissements.

Sur ce point, les DUE FEHAP et NEXEM ne retiennent pas exactement les mêmes modalités.

Pour NEXEM, la formulation est la suivante : « *Pour les salariés dont le temps de travail est partagé entre plusieurs établissements, dont certains d'entre eux sont visés par le champ d'application du présent accord, l'indemnité mensuelle « Ségur » sera versée au prorata du temps de travail contractuel, ou, à défaut, si le contrat ne le prévoit pas, au prorata du temps de travail réalisé dans les établissements concernés* »

Ainsi, si la répartition du temps de travail entre les différents établissements est prévue dans le contrat de travail du salarié, la proratisation de l'indemnité mensuelle Ségur sera calculée sur la base de la durée de travail contractuellement prévue pour le ou les établissement(s) compris dans le champ d'application de la recommandation patronale. Ce point est donc un élément-clé lors de la conclusion des prochains contrats de travail de salariés appelés à travailler dans différents établissements.

À défaut de répartition contractuelle du temps de travail entre les différents établissements, c'est le temps réellement effectué par le salarié au sein du ou des établissement(s) concerné(s) entrant dans le champ d'application de la recommandation patronale qui doit alors être pris en compte.

Pour la FEHAP, c'est le critère subsidiaire prévu par NEXEM qui s'applique directement : la prime est calculée « *au prorata du temps accompli dans un établissement* » éligible. Le critère de versement de l'indemnité Ségur n'est donc pas le rattachement administratif ou contractuel du salarié à un établissement éligible, mais l'exercice effectif – total ou partiel – de son activité au sein d'un tel établissement.

1.4. Montant et modalités de versement

- Montant de l'indemnité mensuelle :
 - **1^{er} versement de 117 € bruts** à compter du 1^{er} septembre 2020 ;
 - **2^{ème} versement** à compter du 1^{er} décembre 2020 : 121 € bruts pour la FEHAP et 120 € bruts pour NEXEMSoit une indemnité de 238 € bruts au sein de la FEHAP et 237 € bruts au sein de NEXEM.

Il est à noter qu'au départ, on entendait systématiquement parler d'une indemnité Ségur de 183 euros nets. Néanmoins, les fédérations patronales ont choisi de fixer le montant de l'indemnité Ségur en brut pour pallier les difficultés de calcul et les variations de taux de cotisations qui rendraient la mise en œuvre de l'indemnité plus complexe qu'elle ne l'est déjà.

La réalisation d'heures supplémentaires n'a pas pour effet de majorer le montant de l'indemnité mensuelle « Ségur ».

- Pour ce qui est des **salariés à temps partiel**, il est prévu par la FEHAP comme par NEXEM que l'indemnité est due au prorata du temps de travail contractuel prévu. Attention, si le salarié réalise des heures complémentaires, l'indemnité Ségur n'est pas majorée. En revanche et à notre sens, s'il

est conclu avec le salarié un **avenant complément d'heures** tel que prévu par l'accord UNIFED sur le sujet, l'indemnité Ségur doit être revalorisée à due proportion.

- Attention : on parle d' « indemnité » mais son régime juridique suit celui des **éléments de salaires** et non des éléments indemnitaires (contributions sociales, congés payés...).
- L'indemnité donne lieu à une **mention distincte sur le bulletin de paie**. Il est préconisé de garder l'appellation « indemnité Ségur » sur le bulletin de paie, surtout si le choix a été fait par l'organisme gestionnaire du versement « anticipé » de l'indemnité avant de recevoir les dotations financières, afin d'éviter toute confusion sur la nature de la prime / indemnité versée.
- Les **salariés ayant quitté les effectifs** sont éligibles à l'indemnité Ségur et sont donc fondés à en solliciter le versement. Il conviendra donc le cas échéant de produire un bulletin de paie post-emploi / régulariser le solde de tout compte.
- L'indemnité Ségur, qui n'est **pas contractuelle**, peut être supprimée sans recueillir l'accord du salarié s'il ne respecte plus les différentes conditions d'éligibilité pour en bénéficier (ex. : mobilité vers un autre établissement hors champ d'application du présent accord).

Vigilance : il est nécessaire de ne pas contractualiser la prime au sein du contrat de travail ou par avenant.

En pratique, deux options sont possibles :

- ne pas du tout la mentionner dans le contrat de travail, puisque ce n'est pas une obligation ;
 - Si elle est mentionnée (notamment pour « rassurer » le salarié à l'embauche), il convient de bien mentionner que cette prime ne présente pas un caractère contractuel, de sorte qu'elle peut être supprimée si le salarié ne remplit plus les conditions ou que le texte l'ayant instauré est révisé / supprimé.
- S'agissant de la prise en compte de l'indemnité Ségur pour d'autres éléments de rémunération :
 - Elle est **exclue** :
 - de l'assiette de calcul de toutes les primes et indemnités conventionnelles prévues par la CCN 51 et par la CCN 66 (il s'agissait d'une condition posée par le Ministère pour en obtenir le financement) ;
 - des éléments de salaire permettant de déterminer si le SMIC est atteint (pas de minoration de l'indemnité différentielle SMIC)
 - Elle est **prise en compte** pour le calcul :
 - Du maintien de salaire incombant à l'employeur en cas de maladie professionnelle ou non et d'accident du travail ;
 - De l'indemnité de congés payés ;
 - des indemnités de rupture (indemnité de licenciement, indemnité spécifique de rupture conventionnelle, indemnité de départ ou de mise à la retraite).
 - De l'indemnité de précarité des CDD.
 - En cas d'**absence non indemnisée / sans maintien de salaire**, l'indemnité Ségur est « amputée » de l'absence à due proportion.

- **Différence entre NEXEM et FEHAP en matière d’heures supplémentaires :**
 - **NEXEM** : « L’indemnité mensuelle « Ségur » est prise en compte, le cas échéant, pour l’appréciation du salaire de référence servant de base de calcul (...) des heures supplémentaires et heures complémentaires (taux horaire) » ;
 - **FEHAP** : à la suite du retour fait par la DGOS et la DGCS sur les décisions unilatérales conclues le 16 octobre 2020, la FEHAP a retiré l’intégration de l’indemnité Ségur dans le taux horaire servant à calculer les heures supplémentaires et complémentaires faute de financements correspondants.

2. Difficultés pratiques et juridiques identifiées

2.1. Le cas des salariés travaillant au sein / pour plusieurs établissements

Pour les salariés sous CCN 51 ou sous CCN 66 dont le contrat de travail ne prévoit pas la répartition du temps de travail contractuel, le critère du travail au sein d’un établissement éligible à l’indemnité Ségur implique d’assurer un suivi très précis du temps de travail du salarié.

Se pose également la question de salariés affectés à un établissement au sens SIRET du terme, exerçant leur activité professionnelle au sein – au sens physique du terme – de cet établissement, mais travaillant pour plusieurs établissements (fonctions supports).

Pour rappel, la recommandation NEXEM comme les DUE FEHAP visent le « *prorata du temps de travail réalisé dans les établissements concernés* ».

À première lecture, nous sommes bien sur un critère purement « géographique ». Pourrait-on toutefois retenir un critère de « prorata du temps de travail réalisé pour les établissements concernés », qui semble davantage se rapprocher de la volonté initiale des rédacteurs ?

Cette question, qui pourrait être sujette à contentieux, soulève le problème de l’interprétation juridiques des décisions unilatérales.

Pour une convention collective, la Cour de cassation considère que si elle manque de clarté, elle « *doit être interprétée comme la loi, c’est à dire d’abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d’un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l’objectif social du texte* »².

Pour les contrats « de droit commun », le principe est tout autre : « *Le contrat s’interprète d’après la commune intention des parties plutôt qu’en s’arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s’interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* »³.

Qu’en est-il donc pour les actes unilatéraux telle une décision unilatérale de l’employeur ? Ni la loi, ni la jurisprudence ne le précisent.

Dans la mesure où le texte des décisions unilatérales FEHAP est directement issu des projets d’avenants à la convention collective signés par la CFE-CGC et FO (ce qui fût insuffisant pour atteindre le seuil

² Cass. soc., 25 mars 2020, n° 18-12.467

³ Code civil, article 1188

permettant à ces avenants d'entrer en vigueur), il ne serait pas illogique de retenir une interprétation littérale.

Or, à la stricte lecture des décisions unilatérales FEHAP, celles-ci semblent s'attacher au lieu d'exercice de l'activité professionnelle. Il en résulte que le critère de versement de l'indemnité Ségur ne serait pas le rattachement administratif ou contractuel du salarié à un établissement éligible, ou l'établissement pour lequel il effectue sa prestation de « support », mais l'exercice effectif – total ou partiel – de son activité au sein d'un tel établissement.

De même, un autre problème peut se poser pour les salariés travaillant habituellement dans un établissement éligible, mais amenés à remplacer un salarié ou plus largement à travailler temporairement dans un établissement non éligible. En application des décisions unilatérales, le salarié perdra le bénéfice de l'indemnité Ségur pour la proportion de son travail effectué au sein de l'établissement non éligible.

2.2. Le risque au titre de l'inégalité de traitement

Outre l'inégalité « sociale » ressentie par les acteurs des secteurs exclus du Ségur, la mise en œuvre des décisions unilatérales n'est pas sans poser problème pour les employeurs multi-sectoriels qui regroupent au sein d'une même association ou d'une même fondation à la fois des établissements éligibles et non éligibles à l'indemnité Ségur.

En effet, cette situation crée une inégalité salariale vis-à-vis des professionnels qui ne bénéficient pas de ce complément de salaire, non pas au regard de leur diplôme ou de leur qualification, mais par rapport à leur lieu d'exercice de leur activité professionnelle.

Or, le principe est que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité en matière de rémunération, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique. L'application du principe d'égalité de traitement suppose donc en premier lieu que les situations comparées soient identiques au regard de l'élément examiné.

L'article L. 3221-4 du Code du travail, relatif à l'égalité professionnelle femmes-hommes mais repris de façon générale par la jurisprudence en matière d'égalité salariale, prévoit que « *sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* ».

Très récemment, la Cour de cassation a considéré que des salariés appartenant à « une unité opérationnelle différente » ne saurait suffire à exclure l'application du principe d'égalité de traitement⁴.

Par conséquent, en cas de litige, il est très probable qu'un juge considère que s'agissant du versement de « l'indemnité Ségur », les salariés travaillant pour le même employeur mais au sein d'établissements éligibles ou non à l'indemnité Ségur se trouvent placés dans une situation identique. Dès lors, le principe d'égalité de rémunération trouverait à s'appliquer.

En matière d'inégalité de traitement, le salarié bénéficie en principe d'un aménagement de la charge de la preuve : il doit soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité,

⁴ Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 18-23.765

puis il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs et pertinents justifiant cette différence⁵.

Cependant, la Cour de cassation a posé une exception : les différences de traitement « opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle »⁶. Si un arrêt du 3 avril 2019 est venu tempérer l'étendue de cette présomption⁷, celle-ci demeure applicable entre salariés appartenant à la même entreprise mais affectés à des sites ou des établissements distincts⁸.

Au cas présent, l'indemnité Ségur étant mise en place par « simple » décision unilatérale prise au niveau de la Branche, celle-ci ne bénéficie pas de la présomption de justification des différences de traitement.

En considérant que les salariés sont placés dans une situation identique, la différence de traitement serait néanmoins possible à condition :

- que cette différence de traitement résulte d'une disposition légale : à ce jour, aucune disposition légale n'introduit les modalités de l'indemnité Ségur dans les établissements privés (pas même la loi de financement de la sécurité sociale pour 2021) ;
- ou que l'employeur rapporte la preuve que cette différence est justifiée par des raisons objectives et pertinentes.

Peut-on considérer que les salariés affectés (administrativement / contractuellement) à un site faisant l'objet d'un financement par l'ARS en application d'une circulaire ministérielle constitue une telle raison objective et pertinente ? Objective probablement, pertinente peut-être pas.

À notre connaissance, la Cour de cassation n'a, à date, jamais consacré le principe selon lequel le mode de financement d'un établissement non lucratif pourrait suffire à justifier une différence de traitement. En outre, une circulaire administrative, qui plus est à vocation purement budgétaire, n'est pas opposable à un juge.

2.3. Les difficultés liées au financement et aux surcoûts

Pour rappel, l'indemnité est financée par des crédits de l'assurance maladie, peu important le poste de travail du salarié.

Sur ce point, la circulaire n° DGOS/R1/2020/190 du 2 novembre 2020 relative à la campagne tarifaire et budgétaire 2020 des établissements de santé, et plus précisément son annexe VIII, prévoit les crédits finançant les revalorisations salariales au titre du Ségur :

« Les accords du Ségur de la Santé prévoient des mesures de revalorisation salariale aux bénéficiaires des personnels médicaux et non médicaux des établissements de santé publics et privés avec prise d'effet au 1er septembre 2020 pour la 1ère tranche. Les délégations proposées

⁵ Cass. soc., 28 septembre 2004, n° 03-41.825

⁶ Cass. soc., 27 janvier 2015, n° 13-14.773 ; 8 juin 2016, n° 15-11.324 ; 4 octobre 2017, n° 16-17.517 ; 30 mai 2018, n° 17-12.925

⁷ Cass. soc., 3 avril 2019, n° 17-11.970

⁸ Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12.925 ; Note explicative de la Cour de cassation relative à l'arrêt n° 558 du 3 avril 2019

visent à couvrir le financement de ces mesures sur la période de septembre à décembre 2020, sur la base d'une répartition au prorata des ETP moyens rémunérés (ETPMR) déclarés par les établissements de santé dans la SAE 2019 et du coût unitaire suivant : (...)

- 90 € par ETPMR pour les établissements privés à but non lucratifs ; (...)

Par ailleurs, la mise en oeuvre anticipée au 1er décembre 2020 de la 2ème phase de revalorisation socle est prise en compte dans cette phase de délégation à hauteur de :

(...) • 93 € par ETPMR pour les établissements privés à but non lucratifs ; (...) Ainsi, la somme totale de 925 M€ est allouée dans le présente circulaire à destination des personnels non médicaux des établissements publics et privés. »

L'enveloppe a ainsi été calculée par chaque ARS sur les effectifs déclarés dans la SAE 2019.

De fait, le financement que l'autorité de tutelle est tenue de verser au titre de la circulaire budgétaire peut donc être en total décalage avec le coût réel de l'indemnité pour l'organisme gestionnaire, compte tenu de ses ETP réellement affectés à l'établissement éligible. En pratique, il a été estimé que les écarts constatés entre les dotations perçues et les dépenses réelles pouvaient aller jusqu'à 25 %.

Dans le même sens, le versement de l'indemnité Ségur entraîne un certain nombre de surcoûts pour l'organisme gestionnaire, et en particulier le coût du remplacement du personnel :

- Elle est prise en compte pour le versement de l'indemnité de précarité et de l'indemnité de congés payés pour les CDD ;
- Maintien de salaire du salarié malade + CDD de remplacement = double paiement de l'indemnité Ségur ;
- Pour les salariés malades, les indemnités journalières de sécurité sociale (IJSS) sont calculées sur les mois précédant l'arrêt, n'incluant donc pas l'indemnité Ségur. Cela entraîne, de fait, un surcoût pour l'employeur tenu d'assurer le maintien de salaire avec indemnité Ségur

Les fédérations patronales ont précisé qu'une « campagne de rattrapage » devrait être menée en 2021 pour permettre d'obtenir un financement complémentaire permettant de palier l'écart entre les dotations perçues et le coût réel de l'indemnité Ségur pour les établissements. À date, les modalités de ce réajustement des financements ne sont toutefois pas définies. La FEHAP propose par exemple comme première piste que ce soit les effectifs déclarés dans la DSN qui soient pris en compte.

Dans l'attente de telles précisions, un garde-fou peut résider, pour les adhérents de la FEHAP, dans la rédaction de l'article 3 des DUE du 26 octobre 2020. En effet, afin de ne pas créer de charges supplémentaires pour les établissements, cet article fixe une condition suspensive en conditionnant le versement de l'indemnité forfaitaire Ségur à l'octroi du financement spécifique correspondant par les pouvoirs publics financeurs de la structure. À défaut de bénéficier des financements supplémentaires nécessaires, l'établissement concerné ne sera pas tenu de verser ladite indemnité.

Cette formulation interroge :

- La structure a-t-elle l'obligation de verser l'indemnité Ségur à tous les salariés éligibles dès lors qu'elle perçoit, par ses financeurs, du « financement spécifique correspondant » à l'intégralité des financements supplémentaires nécessaires (ce qui n'est actuellement pas le cas) ?
- A-t-elle l'obligation de verser l'indemnité à tous les salariés éligibles dès lors qu'elle perçoit le seul financement « correspondant » à celui prévu par la circulaire budgétaire du 2 novembre 2020 ?

Il semble que la position de la FEHAP – plus sécurisée – soit la deuxième interprétation : une fois les crédits reçus, peu important qu'ils couvrent intégralement le coût réel du versement de l'indemnité Ségur, cette dernière doit être versée.

Il est à noter que la recommandation patronale NEXEM ne prévoit pas une telle condition suspensive.

3. Marges de manœuvre et options envisageables : la voie de l'accord collectif interne

En premier lieu, pour pallier le risque d'inégalité de traitement comme pour faire face au manque d'attractivité du secteur, il est naturellement possible, sous réserve de disposer de fonds propres nécessaires ou d'obtenir une enveloppe supplémentaire des financeurs, de verser l'indemnité Ségur – ou à tout le moins une prime « ad hoc » - aux salariés des établissements non éligibles. D'un point de vue formel et puisqu'il s'agit d'une **mesure plus favorable**, ce versement peut intervenir par le biais d'un accord collectif, d'une décision unilatérale, d'une mention au contrat de travail, voire même être discrétionnaire (avec la vigilance toutefois quant à l'application du principe d'égalité de traitement).

Le cas échéant, le texte instaurant la prime pourrait librement en **fixer les modalités d'attribution**, en envisageant en particulier l'hypothèse où un texte ultérieur (loi, accord collectif...) viendrait étendre l'indemnité Ségur.

Plus largement, il est tout à fait possible de conclure un **accord collectif d'entreprise** relatif au versement de l'indemnité Ségur, peu important d'ailleurs que celui-ci soit plus ou moins favorable que les décisions unilatérales conclues au niveau des branches. Cette possibilité est d'ailleurs expressément rappelée par le dernier paragraphe de l'article 2 de chaque décision unilatérale FEHAP.

En premier lieu, cet accord collectif se substituerait de plein droit à l'application des décisions unilatérales FEHAP, et a en tout état de cause primauté sur un éventuel accord collectif qui pourrait ultérieurement être conclu au niveau de la branche. Il serait possible de le conclure pour une durée déterminée ou indéterminée, en anticipant dans sa rédaction l'hypothèse d'un texte législatif / réglementaire / conventionnel intervenant ultérieurement sur le même sujet.

Le cas échéant, il bénéficierait de la présomption de justification des différences de traitement opérées par voie d'accord entre salariés appartenant à la même catégorie professionnelle mais occupant des fonctions distinctes, ou entre catégories professionnelles, ou entre établissements. Un salarié pourrait néanmoins tenter de renverser cette présomption en prouvant que la différence de traitement n'est justifiée par aucune raison objective et pertinente.

En pratique, un accord collectif relatif au versement de l'indemnité Ségur pourrait prévoir par **exemple** :

- Le versement de l'indemnité à l'ensemble des catégories de salariés éligibles, mais au prorata du temps de travail effectué pour le compte (et non au sein) d'un établissement éligible, afin de sécuriser les difficultés d'interprétation des DUE évoquées. Cette option pourrait être toutefois complexe à mettre en oeuvre en pratique, nécessitant de savoir exactement quel pourcentage de l'activité du salarié est affecté à tel ou tel établissement. Le mode de calcul pourrait néanmoins être précisé par l'accord collectif, par exemple en fonction du nombre d'ETP de chaque établissement pour lequel le salarié est amené à effectuer sa prestation de travail ;
- Le versement égalitaire de l'indemnité Ségur à tous les salariés éligibles, quel que soit leur établissement, mais dans la limite de l'enveloppe globale allouée par les financeurs de l'Association

au titre de l'indemnité Ségur. En pratique, cette option conduirait à une indemnité Ségur versée à tous les salariés éligibles, et donc à se conformer au principe d'égalité de rémunération, mais pour un montant potentiellement plus faible ;

- L'octroi d'un avantage aux salariés non éligibles venant pallier même partiellement l'inégalité. Par exemple, l'ADMR Haute-Corse a prévu que « les Services de Soins Infirmiers à Domicile ne sont pas inclus dans les dispositions du Ségur de la Santé. Ainsi, et afin de valoriser le métier de soignant au sein du Réseau ADMR Haute-Corse, il a été décidé d'attribuer 9 points supplémentaires à leur coefficient » + une prime de 35 euros nets par mois pour les AVS / AS / Infirmier ;
- L'extension du versement de l'indemnité Ségur pourrait également prendre la forme d'une prime incitative à l'embauche. Il est à noter que NEXEM qualifie elle-même dans sa recommandation patronale l'indemnité Ségur de « prime d'attractivité ». Dans cette hypothèse, cette prime viserait à pallier les « effets pervers » du Ségur déjà fortement décriés dans le médico-social : des difficultés de recrutement au sein des établissements non éligibles à l'indemnité Ségur et une « concurrence » entre sanitaire et médico-social (ce qui serait exposé dans l'accord ou la DUE).

Naturellement, ces options impliquent que le dialogue social au sein de l'Association y soit favorable.

•

Résultats des sondages

1. Rencontrez-vous des difficultés pour déterminer quels salariés sont éligibles à l'indemnité Ségur ?

| | |
|-----|-----------|
| Oui | 25 (39 %) |
| Non | 29 (61 %) |

2. Envisagez-vous de conclure un accord collectif relatif au versement de l'indemnité Ségur ?

| | |
|-----|-----------|
| Oui | 14 (24 %) |
| Non | 44 (76 %) |

3. Avez-vous déjà versé l'indemnité Ségur ?

| | |
|-----|-----------|
| Oui | 16 (25 %) |
| Non | 48 (75 %) |

•

Questions-réponses

1. *Nous sommes fédération adhérente FEHAP et appliquons selon les établissements la 66 ou la 51. La recommandation patronale est-elle applicable à tous nos établissements ?*

Comme évoqué, les textes collectifs relatifs à l'indemnité Ségur ne sont pas des accords collectifs de branche mais des décisions unilatérales prises par les fédérations patronales. Dès lors, l'Association – qui est l'employeur, et non ses établissements pris individuellement – n'est tenue d'appliquer à ses établissements que la décision unilatérale prise par la fédération à laquelle elle adhère.

2. *Faut-il vraiment être adhérent à la FEHAP ? Nous ne le sommes pas mais appliquons la Convention 51*

L'application de la DUE FEHAP ne s'impose que si vous adhérez à cette organisation. Toutefois, l'employeur peut tout à fait décider de faire une application volontaire de cette décision unilatérale. Attention, dans cette hypothèse, il conviendrait de soumettre à agrément – sauf si vous êtes sous CPOM – votre décision unilatérale d'appliquer... la décision unilatérale de la FEHAP.

3. *Lorsque l'association fait une application volontaire de la CCN 66, elle n'est pas tenue d'appliquer la recommandation. Peut-elle décider en outre de ne pas négocier d'accord interne et de ne pas verser l'indemnité Ségur ?*

En théorie, oui. Aucune loi n'impose le versement de l'indemnité Ségur dans les établissements privés, ni même de négocier sur le sujet. Dès lors que vous n'êtes tenus d'appliquer aucune décision unilatérale prise au niveau des branches, vous êtes libres d'appliquer l'indemnité Ségur ou non. Néanmoins, ce posera la question de la perception / affectation des sommes qui seraient perçues à ce titre par les financeurs (et la contestation sociale prévisible des salariés / organisations syndicales).

4. *En cas de conclusion d'un accord collectif plus ou moins favorable, la demande d'agrément s'impose à nous au titre des fonds publics ?*

La demande d'agrément s'impose au titre de l'article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des familles, sauf si vous êtes sous CPOM.

5. *Tous les cadres (hors médecins) sont concernés par le versement de l'indemnité Ségur ?*

Absolument, les décisions unilatérales n'opérant aucune distinction entre le statut cadre / non-cadre (les cadres dirigeants sont également éligibles).

6. *N'existe-t-il pas un risque de rappel de salaire si nous excluons l'indemnité dans le paiement majoré des heures supplémentaires... Alors même qu'il s'agit bien d'un élément de salaire ?*

Pour les adhérents à NEXEM, la recommandation patronale prévoit expressément que l'indemnité Ségur est prise en compte pour l'appréciation du salaire de référence servant de base de calcul des heures supplémentaires et heures complémentaires.

Pour les adhérents à la FEHAP, cette prise en compte figurait dans les premières DUE conclues le 16 octobre, mais a été retirée des DUE « rectificatives » conclues le 26 octobre 2020. Si un litige est soulevé

sur ce point, il sera opportun de produire les « anciennes DUE » et leurs « remplaçantes » à titre de comparaison pour exposer le retrait de la prise en compte de l'indemnité Ségur dans l'assiette de calcul des heures supplémentaires. En tout état de cause, dès lors qu'un élément de rémunération plus favorable est mis en place, il est tout à fait licite de décider que celui-ci sera exclu de l'assiette de tels ou tels autres éléments de rémunération (les heures supplémentaires, mais pas que).

7. Les salariés en longue maladie sont-ils concernés par l'indemnité ?

Oui, dès lors qu'ils perçoivent un maintien de salaire par l'employeur.

8. nous avons beaucoup d'interrogations d'aides à domicile employés par des particuliers employeurs que ne comprennent pas ne pas pouvoir bénéficier de la prime Ségur alors même qu'elles assurent les mêmes missions... Que répondre ?

Il s'agit-là du problème commun à tous les employeurs des secteurs exclus de l'indemnité Ségur... La seule réponse commune à date est que le versement de cette prime dépend de financements décidés par l'État, et non par l'employeur.

9. La DU FEHAP conditionne le versement de l'indemnité Ségur à l'obtention des financements afférents... si nous n'obtenons pas au final le financement intégral de la mesure, peut-on dans quelques mois appliquer un abattement de l'indemnité versée aux salariés, voire ne pas la verser certains mois ?

Ce point est évoqué dans le webinaire, étant effectivement sujet à discussion dès lors que la DUE contient une condition suspensive. D'un point de vue strictement juridique, un tel schéma pourrait être envisageable, mais non pleinement sécurisé puisqu'il dépend de l'interprétation qui sera le cas échéant faite de l'article 3 de la DUE par un juge. A côté de cet aspect juridique, se posera évidemment l'acceptabilité sociale d'un tel abattement / retrait vis-à-vis des salariés et de leurs représentants.

10. N'existe-t-il pas un risque de discrimination salariale si nous décidons comme le prévoit la FEHAP d'exclure les contrats aidés et apprentis ?

S'il peut exister un risque au titre de l'égalité de traitement (voir webinaire), il ne devrait pas y avoir juridiquement de risque au titre de la discrimination puisque les motifs discriminatoires sont limitativement énumérés par l'article L. 1132-1 du Code du travail, parmi lesquels ne figurent pas le type de contrat de travail.

11. Le financement de l'État est annoncé à hauteur de 183 € net. Qu'en est-il des charges sociales (salariales et patronales) ? Qui les prend en charge ?

L'enveloppe budgétaire inclut le montant brut chargé par salarié. Néanmoins et à défaut de connaître le taux de charges sociales pris en compte pour déterminer le montant de l'enveloppe, celui-ci pourrait être susceptible de varier avec les taux applicables dans chaque établissement.

12. A-t-on des précisions sur un éventuel élargissement de l'indemnité Ségur aux établissements privés du secteur médico-social ? L'extension du Ségur est-elle envisagée pour les salariés des établissements de transfusion sanguine ?

Ces interrogations sont au cœur de la mission Laforcade dont le rapport doit être remis au cours du mois de juillet 2021. A ce jour, aucune information n'a fuité... Nous vous tiendrons informés !

-

Picard avocats

31, rue du Faubourg Poissonnière - 75009 PARIS

contact@picard-avocats.com

01 84 25 14 70

www.picard-avocats.com

-

Ce document a une vocation d'information générale et ne saurait constituer une consultation ou un avis juridique. Pour toute information complémentaire, le cabinet Picard avocats reste disponible.

Si vous souhaitez recevoir les newsletters du cabinet, envoyez-nous un email à l'adresse contact@picard-avocats.com.

Directions[s]

