

MODALITÉ DE MISE EN PLACE

d'un régime de retraite supplémentaire

MODALITÉS

Les modalités de mise en place d'un régime de retraite supplémentaire dans l'entreprise ont été harmonisées et clarifiées par la loi du 8 août 1994.

Article L. 911-1 du Code de la Sécurité Sociale

Désormais, cette loi donne un cadre juridique unique à la création, la modification et la dénonciation des régimes de protection sociale complémentaire (prévoyance et retraite) pour toutes les entreprises et tous les types d'organismes assureurs.

Il existe trois modalités de mise en place d'un régime de retraite supplémentaire :

- la convention ou l'accord collectif ;
- la ratification à la majorité des intéressés, d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise ;
- la décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé.

Les garanties de retraite supplémentaire (de prévoyance complémentaire) peuvent être mises en place selon les différentes modalités prévues par le code du travail : accords interprofessionnels (articles L. 2232-1 à L. 2232-4), conventions de branche et accords professionnels (articles L. 2232-5 à L. 2232-10), conventions et accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement (articles L. 2232-11 à L. 2232-35).

La loi crée la possibilité d'utilisation du référendum en lui donnant les bases juridiques nécessaires à son fonctionnement et entérine la décision unilatérale, jusque-là la plus usitée dans la pratique par les employeurs.

La loi ne vise pas spécifiquement l'usage mais, dans la pratique, la jurisprudence qu'une décision unilatérale aboutit à la création d'un usage.

De la même façon, la loi réaffirme la hiérarchie des normes juridiques par ordre décroissant de valeur :

- accord collectif ou de branche ;
- référendum ;
- décision unilatérale.

NÉGOCIATION ET CONCLUSION

Les dispositions du code du travail relatives aux conventions et accords collectifs (LIVRE II : la négociation collective - les conventions et accords collectifs de travail) sont applicables aux accords instaurant un régime de retraite.

Dans la perspective du passage à un mode de conclusion majoritaire des accords collectifs, de nouvelles règles de validité des accords négociés avec les délégués syndicaux sont instaurées, renforçant leur légitimité.

Articles L. 2232-12 et L. 2232-13 du Code du travail

Les nouveaux articles L. 2232-21 et suivants, dans leur rédaction issue de la loi du 20 août 2008, visent, quant à eux, à développer la négociation en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise en autorisant les représentants élus du personnel ou, en cas de carence aux élections, des salariés mandatés, à négocier et conclure des accords collectifs. L'exigence d'un accord de branche étendu préalable autorisant cette négociation est supprimée.

Enfin, une négociation dérogatoire est prévue, dans certaines conditions, avec le représentant de la section syndicale.

Circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

Le cadre de la négociation peut se nouer librement. Il peut s'agir de l'entreprise, de l'établissement ou d'un groupe d'établissements.

La convention ou, à défaut, les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise au sens des articles L. 2232-1 et L. 2231-3 du Code du travail.

La convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières mentionnées à l'article L. 2221-1, pour toutes les catégories professionnelles intéressées. L'accord collectif traite un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble.

Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.

Une convention ou des accords peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements dans les mêmes conditions.

Article L. 2232-16 du Code du travail

Des accords de groupe peuvent également être négociés afin de mettre en place une couverture complémentaire.

La convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe. Elle est négociée et conclue entre :

- d'une part, l'employeur de l'entreprise dominante ou un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord ;
- d'autre part, les organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord.

Pour la négociation, les organisations syndicales de salariés représentatives peuvent désigner un ou des coordonnateurs syndicaux de groupe choisis parmi les délégués syndicaux du groupe et habilités à négocier et signer la convention ou l'accord de groupe.

La convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise. Les conditions de validité des conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement prévues aux articles L. 2232-12 à L. 2232-15 sont applicables aux conventions ou accords de groupe.

Lorsque le groupe relève de différentes branches dont les conditions de validité des conventions ou les accords d'entreprise diffèrent, la condition de validité applicable à la convention ou à l'accord de groupe est celle fixée au 2° de l'article L. 2232-12.

Articles L. 2232-30 à L. 2232-35 du Code du travail

ACCORD COLLECTIF

L'accord collectif est un accord signé entre l'employeur (ou plusieurs employeurs) et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives.

Les délégués du personnel et le comité d'entreprise sont incompétents pour signer ce type d'accord, dont la Loi réserve le monopole aux organisations syndicales représentatives.

Les organisations syndicales compétentes doivent être représentatives au plan national.

REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE

La loi du 20 août 2008 «portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail» a mis fin à la présomption de représentativité.

Jusque là, les « cinq grands syndicats » (CGT, CFDT, FO, CFTC et CFE-CGC) étaient considérés de plein droit comme représentatifs. Désormais, ils devront prouver comme les autres leur représentativité, selon des critères prenant notamment en compte leurs scores aux élections des représentants du personnel. Des règles transitoires - reposant encore sur des présomptions de représentativité - sont prévues dans l'attente des résultats des premières élections professionnelles postérieures à la publication de la loi. La représentativité des syndicats sera désormais déterminée d'après sept critères cumulatifs :

- le respect des valeurs républicaines (respect des libertés d'opinion, politique, philosophique ou religieuse, et refus de toute discrimination, intégrisme ou intolérance) ;
- l'indépendance ;
- la transparence financière ;
- une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique qui couvre le niveau de négociation. Cette ancienneté sera appréciée à compter de la date de dépôt légal des statuts ;
- l'audience établie selon les niveaux de négociation. Elle s'apprécie en fonction des résultats obtenus lors des élections professionnelles ;
- l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- les effectifs d'adhérents et les cotisations (article L. 2121-1 du Code du travail).

Tous ces critères devront être remplis. Mais, leur pondération pourra varier, selon les situations et les niveaux, en fonction de leur importance relative. Les organisations syndicales doivent être représentatives pour la catégorie de salariés à laquelle l'accord va s'appliquer. Ainsi la représentativité d'un syndicat catégoriel s'apprécie au regard des suffrages recueillis dans les collèges dans lesquels ses statuts lui donne vocation à présenter des candidats. Il peut s'agir d'une organisation syndicale représentative non pas au plan nationale mais uniquement dans l'entreprise, dans la mesure où elle en apporte la preuve (syndicat « maison » dans certaines entreprises). Dans les entreprises (ou les établissements), seront considérées représentatives, les organisations qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité d'entreprise (CE) ou de la délégation unique du personnel (DUP) ou, à défaut, de l'élection des délégués du personnel (DP), et ce quel que soit le nombre de votants.

Article L. 2122-1 du Code du travail

Au niveau de tout ou partie du groupe, il convient donc d'additionner l'ensemble des suffrages qu'une organisation syndicale a obtenus dans les entreprises ou les établissements concernés au premier tour des dernières élections des titulaires du CE ou de la DUP ou, à défaut, des DP.

Article L. 2122-4 du Code du travail

☞ Désormais, la validité d'un accord est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, parmi lesquelles doivent figurer celles représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise.

Articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail

JURISPRUDENCE

Un syndicat peut être reconnu comme représentatif dans un établissement, si :

- ses effectifs ont été en progression constante dans un établissement où le taux de syndicalisation est faible;
- son indépendance financière est assurée par les cotisations qu'il perçoit ;

et

- si l'importance de son activité révèle son influence.

Cass. soc. 10 mai 2000 - DAHSM et autres c/ Sud CRC et Sud PTT - n° 99-60-134

La Cour de Cassation a récemment considéré que l'appréciation de la réalisation de ces critères était faite souverainement par les juges du fonds.

Cass. soc. 3 décembre 2002 - n° 01-60-729 FS-P - Caisse d'Epargne et de Prévoyance d'Alsace c/ Syndicat Sud Caisses d'Epargne et a.

Jusqu'à présent, pour qu'un accord collectif soit valide, il suffisait qu'il soit signé par une organisation syndicale de salariés reconnue représentative au plan national, par une organisation syndicale qui lui soit affiliée, ou qui ait fait la preuve de sa représentativité dans le champ de l'accord.

Afin de donner davantage de légitimité aux accords collectifs, la loi du 4 mai 2004 instaure le principe majoritaire. Principe selon lequel la validité des accords est soumise à leur signature par des organisations syndicales majoritaires, ou à défaut par l'absence d'opposition de la part de celles-ci soit en nombre d'organisation, soit en voix. Ce principe est décliné selon des modalités propres à chaque niveau de négociation : interprofessionnel, branche et entreprise.

Désormais, il devra, pour être valide, répondre au principe majoritaire, c'est-à-dire soit faire l'objet d'un engagement majoritaire (décliné selon des modalités spécifiques en fonction du niveau de négociation), soit ne pas avoir fait l'objet d'une opposition majoritaire des organisations syndicales représentatives (en nombre ou en voix).

Articles L. 2232-2, L. 2232-6, L. 2232-7, L. 2232-12, L. 2232-14, L. 2232-15, L. 2232-13, L. 2231-5, L. 2231-8, L. 2231-9, L. 2231-7, R. 2232-1 du Code du travail

Toutefois, la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 prévoit (sous condition d'un accord de branche étendu), que cet accord n'est valable que s'il n'est pas contesté par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de la moitié des voix au premier tour des dernières élections professionnelles.

Pour la mise en place d'un régime de retraite supplémentaire, plusieurs entreprises peuvent se regrouper pour signer un accord collectif local ou interprofessionnel.

L'accord collectif peut également être signé au niveau d'un établissement de l'entreprise.

COMMENT S'APPRÉCIE LA REPRÉSENTATIVITÉ DES SYNDICATS APRÈS LA LOI N° 2008-789 DU 20 AOÛT 2008 - JO DU 21 AOÛT 2008 ?

Dans les branches professionnelles, les organisations syndicales doivent remplir trois conditions pour être reconnues représentatives :

- satisfaire aux critères généraux de représentativité fixés à l'article L. 2121-1 du Code du travail - respect des valeurs républicaines, indépendance, transparence financière, etc. ;
- disposer d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche ;
- avoir recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise ou DUP ou, à défaut, des DP, quel que soit le nombre de votants, additionnés au niveau de la branche. Pour les syndicats catégoriels, sont pris en compte les résultats des collèges où ils peuvent présenter des candidats. La mesure de l'audience s'effectuera tous les quatre ans.

Des dispositions sont prévues pour les branches dans lesquelles plus de la moitié des salariés sont employés dans des entreprises qui n'organisent pas d'élections professionnelles en raison de leur taille. Y sont présumés représentatifs (la preuve contraire étant possible) les syndicats affiliés à des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel (voir ci-dessous), et les syndicats qui remplissent les nouveaux critères de l'article L. 2121-1, autres que celui de l'audience.

Ces règles s'appliqueront jusqu'à l'intervention d'une loi sur les moyens de renforcer l'effectivité de la représentation collective du personnel dans les petites entreprises et d'y mesurer l'audience des syndicats. Celle-ci s'appuiera sur les résultats d'une négociation nationale interprofessionnelle qui devra aboutir au plus tard le 30 juin 2009.

Lorsque la représentativité des OS sera établie, elles fixeront, en lien avec les organisations d'employeurs, la liste des sujets qui feront l'objet de la négociation collective de branche ainsi que les modalités de son organisation.

Articles L. 2122-5 à L. 2122-8

Au niveau national et interprofessionnel, trois conditions sont requises pour que les organisations syndicales soient reconnues représentatives :

- satisfaire aux nouveaux critères généraux de représentativité ;
- être représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services ;
- avoir recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux CE ou DUP ou, à défaut des DP, quel que soit le nombre de votants, additionnés au niveau de la branche. Sont également pris en compte les résultats de la mesure de l'audience des syndicats au niveau de la branche, s'ils sont disponibles.

Pour les syndicats catégoriels, sont pris en compte leurs résultats dans les collèges où ils peuvent présenter des candidats. La mesure de l'audience s'effectuera tous les quatre ans.

Articles L. 2122-9 et L. 2122-10 du Code du travail

La première mesure de l'audience doit être réalisée au plus tard cinq ans après la publication de la loi (soit le 21 août 2013). Les modalités de recueil et de consolidation des résultats seront déterminées par décret.

En attendant, les « cinq grands » syndicats (CGT, CFDT, FO, CFTC, CFE-CGC) restent présumés représentatifs au niveau national et interprofessionnel et à celui de la branche. Demeurent également représentatifs les syndicats qui avaient prouvé leur représentativité au 21 août 2008.

Par ailleurs, pendant quatre ans à compter de la première détermination des organisations syndicales représentatives selon les nouveaux critères, tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel sera présumé représentatif au niveau de la branche.

La liste des OS reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel et par branche professionnelle sera arrêtée par le ministre en charge du Travail.

Article L. 2122-11 du Code du travail

ABSENCE DE REPRÉSENTANTS SYNDICAUX

Près des deux tiers des entreprises de moins de 100 salariés n'ont pas de délégué syndical.

Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, donne la possibilité à toute entreprise, dépourvue de délégué syndical de signer un accord :

- avec des élus du personnel (délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise) ;

ou

- avec des salariés préalablement mandatés par une organisation syndicale représentative.

Les conditions de cette négociation doivent être préalablement fixées par un accord de branche.

Le mandaté bénéficie de la même protection contre le licenciement que les délégués syndicaux et un crédit d'heures comme les représentants du personnel. Il doit rester rémunéré pendant toute la durée de la négociation, respecter les termes du mandat qui lui a été confié par le syndicat et le tenir informé.

Le salarié devra d'abord être mandaté pour négocier, puis mandaté une seconde fois pour signer.

Articles 1984 à 2007 du Code Civil sur le mandatement

Articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du Code du Travail

L'accord collectif peut être signé :

- dans toute entreprise de droit privé ;

Article L. 2221-1 du Code du travail

ou

- dans tout établissement public à caractère industriel et commercial, pour son personnel de droit privé.

Articles L. 2233-1 et L. 2233-2 du Code du travail

L'Accord National Interprofessionnel du 8 avril 1999 a reconduit ce dispositif pour trois ans.

En 2001, plus de 43 % des accords d'entreprises signés en France l'ont été avec un salarié mandaté.

Sources : La Négociation Collective en 2001 - Ministère des Affaires Sociales et Editions Législatives

SOURCE JURIDIQUE

- Livre II du Code du travail : La négociation collective - les conventions et accords collectifs de travail ;
- Circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ;
- La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 refonde les bases du système des relations sociales dans l'entreprise, les branches et aux niveaux national et interprofessionnel.

ACCORD DE BRANCHE

Ce type d'accord est signé dans le cadre d'une branche d'activité et, le plus souvent, intégré dans la convention collective.

C'est aux partenaires sociaux qu'il appartient de fixer, dans un accord de branche spécifique appelé « accord de méthode », qui doit être étendu, les règles de majorité qui seront applicables dans les négociations des accords de branche. À défaut d'accord de méthode étendu, un droit d'opposition s'applique.

Pour être valables, les accords de branches doivent être signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentant la majorité des salariés de la branche.

La validité d'une convention de branche ou d'un accord professionnel est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli, aux élections prises en compte pour la mesure de l'audience prévue au 3° de l'article L2122-5 du code du travail ou, le cas échéant, dans le cadre de la mesure de l'audience prévue à l'article L. 2122-6, au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations à ces mêmes élections ou, le cas échéant, dans le cadre de la même mesure d'audience, quel que soit le nombre de votants.

Article L. 2232-6 du Code du travail

AVEC L'ACCORD DE MÉTHODE

Pour être valables, les accords de branche doivent être signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentant la majorité des salariés de la branche. Pour la définition de cette majorité, qui doit figurer dans l'accord de méthode, les partenaires sociaux ont le choix entre :

- se référer aux résultats des dernières élections au comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel dans les entreprises de la branche ; l'accord de méthode précisera alors le mode de décompte des résultats des élections ;
- organiser périodiquement une consultation des salariés concernés afin de déterminer quels sont les syndicats représentatifs au niveau de la branche. Pourront participer à cette consultation tous les salariés ayant 16 ans accomplis, une ancienneté d'au moins 3 mois dans l'entreprise sauf les majeurs sous tutelle et ceux auxquels les tribunaux ont interdit le droit de vote et d'élection. L'accord de méthode doit définir la périodicité et les modalités de la consultation.

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE L'ACCORD DE MÉTHODE

L'accord de méthode, pour être considéré comme valide, ne doit pas avoir fait l'objet d'une opposition de la part de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord.

Sont prises en compte toutes les organisations syndicales représentatives, c'est-à-dire celles rattachées à l'une des cinq confédérations représentatives au niveau interprofessionnel et celles représentatives de fait et acceptées comme telles par les autres partenaires ou ayant fait l'objet d'une reconnaissance de représentativité sur la base d'une enquête par le ministre chargé du travail. La majorité est constituée de la moitié des organisations plus une. Ainsi, avec 8 organisations, la majorité est de 5, avec 7 elle est de 4.

Enfin, l'accord de méthode doit faire l'objet d'une mesure d'extension.

L'opposition est exprimée dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification de cet accord ou de cette convention, dans les conditions prévues à l'article L. 2231-8 du Code du travail.

SANS ACCORD DE MÉTHODE

Si les partenaires sociaux ne négocient pas d'accord de méthode ou si celui-ci n'est pas étendu, la validité d'une convention de branche ou d'un accord professionnel est subordonnée à l'absence d'opposition de la part de la majorité, en nombre, des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord.

Ainsi, par exemple, un accord négocié avec 7 organisations et signé par trois d'entre elles seulement sera considéré comme valide, s'il n'a pas fait l'objet d'une opposition de la part des quatre autres organisations syndicales.

L'accord doit résulter d'une négociation organisée dans les conditions prévues par la loi, à défaut de quoi il peut être jugé non opposable aux salariés.

L'accord ne peut être invoqué que s'il a donné lieu aux mesures de publicité prévues par la loi :

- dépôt au Greffe des Prud'hommes ;
- dépôt à l'Inspection du Travail ;
- dépôt à la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi ;
- affichage au sein de l'entreprise.

CLAUSE DE DÉSIGNATION DE L'ORGANISME ASSUREUR

Si l'organisme gestionnaire du contrat collectif de retraite est désigné par la convention collective, il doit impérativement recevoir toutes les adhésions de toutes les entreprises de la profession.

Article L. 912-1 alinéa 1 du Code de la Sécurité Sociale

Cette disposition avait été contestée au regard du droit de la concurrence, certains estimant qu'elle constituait un monopole contraire aux principes généraux du droit européen et de la législation française sur la concurrence.

Mais, outre la loi, un arrêt de la Cour de Cassation avait déjà réglé la question, en déclarant que l'arrêté d'extension ministérielle imposait cette adhésion.

Cass. soc. 10 mars 1994 - Sa Bayer France c/ IRVVP, INP et AGIRC - Bull. civ. V, n° 85

Le choix de cet organisme doit être réexaminé au minimum tous les 5 ans.

Si une entreprise de la branche avait conclu un contrat avec un autre organisme que celui désigné, prévoyant des garanties d'un niveau équivalent, antérieurement à la publication de la loi, l'entreprise est obligée de résilier ce contrat et de confier la gestion des risques à l'organisme désigné, sauf si la convention collective autorise les entreprises à conserver le contrat qu'elles avaient pu souscrire avant l'entrée en vigueur de la convention.

Toutefois, si l'entreprise souhaite mettre en place des garanties supérieures à celles prévues par la convention, elle pourra faire appel à l'organisme de son choix.

Les accords d'entreprise ou de branche peuvent déroger à certaines des dispositions du Code du travail, dans les limites prévues par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004. Ces accords ne peuvent pas non plus déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements.

Articles L. 2232-2, L. 2232-6, L. 2232-7, L. 2232-12, L. 2232-14, L. 2232-15, L. 2232-13, L. 2231-5, L. 2231-8, L. 2231-9, L. 2231-7, R. 2232-1 du Code du travail

Si les accords d'entreprise ou de branche sont conclus pour une durée déterminée, celle-ci ne peut être supérieure à 5 ans.

Article L. 2222-4 du Code du travail

Les dispositions des articles L. 2251-1, L. 2222-4 et L. 2314-25 et R. 2314-27 du Code du travail s'appliquent au projet d'accord proposé par le chef d'entreprise mentionné à l'article L. 911-1. Les conditions dans lesquelles ce projet d'accord est ratifié et adopté et les conditions dans lesquelles l'accord est ensuite modifié, mis en cause à raison notamment d'une fusion, d'une cession ou d'une scission ou d'un changement d'activité ou dénoncé ainsi que la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation sont définies par décret en Conseil d'Etat.

Ce même décret détermine les conditions dans lesquelles une convention ou un accord collectif d'entreprise peut se substituer à une décision unilatérale de l'employeur ou à un accord ratifié mentionné à l'article L. 911-1 ou ce même accord ratifié peut se substituer à la décision unilatérale de l'employeur lorsque ceux-ci mettent en œuvre les garanties collectives régies par le présent chapitre.

Article L 911-5 du Code de la Sécurité sociale - Modifié par l'Ordonnance n° 2006-344 du 23 mars 2006

Article 3 - JO du 24 mars 2006 en vigueur le 24 juin 2006

L'accord d'entreprise ou l'accord de branche s'impose à la collectivité dans les relations individuelles de travail: le salarié ne pourra pas refuser son adhésion si le régime est obligatoire et devra payer la part de cotisation qui est mise à sa charge.

Il existe très peu de conventions collectives comportant des dispositions relatives à la retraite supplémentaire.

ACCORD RÉFÉRENDAIRE

L'accord référendaire est celui qui résulte de l'approbation, à la majorité des intéressés, d'un projet présenté par l'employeur. Cet accord n'est pas subordonné à l'accord préalable des délégués syndicaux, mais il n'est pas possible dans les entreprises dépourvues de représentant syndical.

Note du Ministère du Travail et des Affaires Sociales du 30 janvier 1997

Auparavant, le recours au référendum n'était autorisé que pour les régimes mis en place par les institutions de prévoyance ou de retraite, ou par les mutuelles. L'accord obtenu par référendum est désormais un accord collectif à part entière.

Le choix du référendum relève d'une décision du seul chef d'entreprise. Il ne peut être organisé que dans des entreprises ou organismes de droit privé employant des salariés n'étant pas soumis à un statut législatif ou réglementaire.

Les conditions dans lesquelles l'employeur recueille l'approbation des salariés en application des articles L. 2232-12 à L. 2232-15 et L. 2232-25 à L. 2232-27 du Code du travail, ainsi que les conditions de validité des accords sont les suivantes :

- la consultation a lieu pendant le temps de travail, au scrutin secret et sous enveloppe. Son organisation matérielle incombe à l'employeur ;
- le résultat du vote fait l'objet d'un procès-verbal dont la publicité est assurée dans l'entreprise par voie d'affichage. Ce procès-verbal est annexé à l'accord approuvé lors du dépôt de ce dernier. En cas d'accord conclu avec un salarié mandaté, le procès-verbal est également adressé à l'organisation mandante.

Article D. 2232-2 du Code du travail

RÈGLE DE MAJORITÉ

La majorité simple suffit, à la ratification du projet. Toutefois, l'accord préélectoral peut prévoir une majorité renforcée. Dans ce cas, toute modification ultérieure de couverture par référendum devra respecter la même règle de majorité.

EFFET DU RÉFÉRENDUM

Le référendum a les mêmes effets qu'un accord collectif. Il s'impose aux salariés y compris si l'adhésion engendre une cotisation prélevée sur leur rémunération.

Cass. soc. 5 janvier 1984 - n° 81-42.112

Le régime de protection sociale résultant d'un référendum relève d'un statut collectif des salariés. Il ne s'incorpore pas à leur contrat de travail.

Cass. soc. 10 février 1999 - n° 97-13.015.

Il peut donc être remis en cause par dénonciation unilatérale de l'employeur dès lors que cette dénonciation intervient en dehors de toute fraude et respecte les droits éventuellement acquis.

Cass. soc. 26 septembre 2002 - n° 01-00.500

S'agissant de la révision de l'accord référendaire, elle peut se faire selon les mêmes formes (référendum) ou résulter d'un accord collectif.

Cass. soc. 10 février 1999 - n° 97-13.015

ORGANISATION DE LA CONSULTATION

La loi ne donnant aucune précision quant aux modalités d'organisation du vote ou de prise en compte de la majorité, il convient de se rapprocher des conditions établies pour les élections en matière de représentants du personnel :

- affichage de la liste électorale ;
- fixation de la date de la consultation ;
- information des salariés ;
- déroulement du vote (à bulletin secret).

Toutefois, dans la mesure où la mise en place d'un régime de retraite supplémentaire peut avoir des incidences importantes sur la situation individuelle des salariés (notamment par le précompte des cotisations), il est impératif de préciser les conditions matérielles d'organisation du vote dans un accord préalablement négocié avec les représentants du personnel (type accord préélectoral) soit, à défaut de l'existence de représentants du personnel, par une note précise de la Direction.

En cas de remise en cause de la procédure, c'est à l'employeur d'apporter la preuve qu'il a bien fourni aux intéressés tous les moyens leur permettant de prendre leur décision librement et en conscience.

La doctrine considère que l'approbation résulte d'un vote majoritaire apprécié au regard des salariés inscrits aux effectifs et susceptibles d'être bénéficiaires du régime, et non pas d'un vote majoritaire apprécié au regard des seuls suffrages valablement exprimés.

Le texte proposé sera un projet d'accord, faisant l'objet d'une note d'information spécifique, précisant les modalités de mise en place, modification et dénonciation du régime de retraite, ainsi que le nom de l'organisme assureur proposé. Le projet aura été préalablement soumis, pour avis, au comité d'entreprise.

La jurisprudence considère que la ratification du projet par la majorité des intéressés rend la garantie obligatoire pour tous les salariés concernés y compris ceux qui ont voté négativement.

Sur cette base, l'employeur peut donc être fondé à précompter une cotisation salariale.

☞ *L'organisation matérielle du scrutin est précisée par la loi du 4 mai 2004. Elle est à la charge de l'employeur. Les salariés doivent être informés 15 jours au moins avant la date prévue de la consultation, du lieu de son déroulement, de sa date et heure (celle-ci devant se dérouler pendant les heures de travail), du contenu de l'accord et du texte de la question soumise au vote. Une organisation syndicale non signataire, en désaccord avec ces modalités de mise en œuvre de la consultation, peut saisir le juge d'instance dans les 8 jours à compter de la notification à l'employeur de la demande de consultation.*

DÉCISION UNILATÉRALE DE L'EMPLOYEUR

La loi autorise désormais l'employeur à mettre en place, de façon unilatérale, un régime de retraite supplémentaire au sein de l'entreprise. En effet, l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale prévoit parmi les modes d'institution d'un avantage de protection sociale complémentaire " une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé ". Cet article a été introduit dans le Code de la Sécurité sociale par la loi n° 94-678 du 8 août 1994 et n'a pas été modifié depuis.

Cependant, l'instauration unilatérale de ce régime impose un certain formalisme, déterminé par la loi. La mise en œuvre ainsi que l'augmentation d'une cotisation salariale par décision unilatérale supposent donc que l'entreprise obtienne l'accord individuel de chaque salarié concerné sur le principe du précompte.

☞ La doctrine considère que l'entreprise ne peut pas mettre en place de façon unilatérale un régime de préretraite, dans la mesure où la loi ne cite que la retraite. Il ne peut donc être mis en place que par voie d'accord collectif.

L'employeur doit obligatoirement établir un écrit précisant les conditions principales du régime et assurer la remise de cet écrit à chacun des intéressés.

En outre l'employeur ne peut, dans ce cadre, imposer aux salariés présents dans l'entreprise avant la mise en place du régime une participation à son financement : il devra financer lui-même l'intégralité de la cotisation.

Article 11 - Loi Evin du 31 décembre 1989, n° 89-1009

Depuis la loi Fillon du 21 août 2003 et ses textes d'application, la décision unilatérale a vu son régime évoluer dans un sens de plus grande rigueur s'agissant du formalisme exigé mais dans un sens de plus grande souplesse s'agissant de l'accord des salariés quant au précompte lors de la mise en place.

En effet, la décision unilatérale du chef d'entreprise doit être constatée dans un écrit remis à chaque intéressé, sous peine de ne pouvoir bénéficier de l'exonération de charges sociales et de la déductibilité fiscale attachées aux régimes de protection sociale complémentaire collectifs obligatoires, répondant aux conditions posées par le législateur.

La circulaire DSS/5B/2005/396 du 25 août 2005 précise que le régime mis en place par décision unilatérale doit être ouvert à l'ensemble des salariés de l'entreprise par catégorie objective éventuellement, quelle que soit leur date d'embauche, tout en laissant la possibilité aux salariés présents dans l'entreprise au moment de la mise en place du régime de refuser de cotiser à ce régime. En tout état de cause, le régime et l'obligation de précompte s'imposent aux nouveaux embauchés. Dans ce cas, les contributions de l'employeur versées tant au profit des salariés embauchés après la mise en place du régime que de ceux déjà présents et ayant opté pour l'adhésion à ce régime, bénéficient du traitement fiscal et social de faveur qui leur est attaché, sous réserve de respecter les autres conditions.

En cas de contrôle par l'URSSAF, il y a lieu de :

- produire une copie de la décision unilatérale de l'employeur (DUE) remise aux salariés conformément à l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale ;
- apporter la preuve de cette remise auprès de l'agent chargé du contrôle.

(ex. remise en main propre contre décharge ou envoi par courrier recommandé)

Cette décision unilatérale de l'employeur devra permettre de démontrer que l'on respecte bien les conditions pour bénéficier des exonérations.

Une décision unilatérale ne peut pas être modifiée par avenant.

Ainsi, pour modifier le régime, la procédure conseillée est la suivante :

- informer et consulter le Comité d'entreprise sur le régime dénoncé. En l'absence de Comité d'entreprise, ce sont les délégués du personnel qui sont informés et consultés ;
- informer individuellement par écrit de la dénonciation du régime ;
- la dénonciation est effective après un délai suffisant (environ 3 mois) ;

- une fois ce délai écoulé, mettre en place une nouvelle décision unilatérale de l'employeur. Si existe un comité d'entreprise une information consultation est requise en présentant la nouvelle DUE ;
- remettre la DUE à chacun des salariés contre signature et conserver cette preuve de la remise à remettre à un inspecteur URSSAF en cas de contrôle.

Seuls l'accord collectif et l'accord référendaire peuvent imposer le précompte d'une cotisation aux salariés.

Le prélèvement d'office d'une cotisation salariale pourrait s'interpréter comme une modification substantielle du contrat de travail entraînant le licenciement avec indemnités du salarié qui la refuserait.

Cela aurait également pour conséquence de faire perdre au régime son caractère obligatoire et de remettre en cause, pour l'ensemble des salariés concernés, les avantages fiscaux et sociaux attachés à de tels régimes.

De plus, la remise en cause du caractère obligatoire du régime a pour effet d'emporter sa déqualification juridique ; en tant que régime à caractère facultatif, il entre alors dans le domaine de l'activité sociale et culturelle du comité d'entreprise, qui peut alors en revendiquer la gestion et le financement.

Il est donc possible à l'employeur de préciser dans la note d'information au personnel, qu'en cas de refus et donc de remise en cause de l'ensemble des avantages fiscaux et sociaux attachés au régime, il se réserve le droit de retirer sa décision et donc de ne pas le mettre en place.

Lorsqu'il s'agit d'un régime à adhésion obligatoire, le régime n'est véritablement obligatoire que pour les salariés embauchés après sa mise en place.

Cette décision unilatérale de l'employeur constitue un élément du statut collectif des salariés dont la nature n'est pas contractuel. En conséquence, l'employeur peut, par la suite, décider unilatéralement de remettre en cause son engagement. Il doit pour cela suivre la même procédure que celle requise pour la dénonciation d'un usage.

EFFETS

Les salariés employés dans l'entreprise avant l'instauration d'un régime de prévoyance ne peuvent être contraints de cotiser contre leur gré.

Article 11 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989

La même règle s'applique à l'instauration d'un régime de supplémentaire de retraite.

Concrètement :

- si le régime est entièrement financé par l'employeur, il s'impose à tous les salariés ;
- si le régime est cofinancé par l'employeur et le salarié, les salariés embauchés après la mise en place du régime de protection complémentaire, sont tenus de cotiser. Le régime fait en effet parti des conditions d'embauche.

Cass. soc. 2 juin 1988 - n° 85-43.423

en revanche, les salariés embauchés avant la mise en place du régime ont le choix de cotiser ou non.

Cass. soc. 4 janvier 1996 - n° 92-41.885

Dès lors qu'un ou plusieurs salariés s'opposent au précompte de la cotisation, le régime est considéré comme étant à adhésion facultative, (JOAN, 6 novembre 1995, p 4701, n° 29840) ce qui a des incidences fiscales et sociales.

USAGE

Les usages, engagements unilatéraux et accords atypiques sont généralement regroupés dans une même catégorie de sources que les décisions unilatérales dans la mesure où ils suivent en principe le même régime de modification et dénonciation.

L'usage est assimilé à la décision unilatérale et n'est réglementé que par la jurisprudence. Il correspond à une pratique de l'entreprise réunissant les critères de constance, fixité et généralité.

GÉNÉRALITÉ

L'avantage doit bénéficier à tous les salariés ou à une catégorie d'entre eux.

L'exclusion de certains salariés ne doit pas reposer sur des critères discriminatoires comme l'appartenance à un syndicat, le sexe, la race, la religion, ...

Un usage peut être propre à un établissement de l'entreprise : un salarié muté dans un autre établissement ne peut bénéficier d'un usage en vigueur dans son ancien établissement.

L'usage ne s'incorpore pas au contrat de travail : il peut donc être supprimé sans l'accord du salarié.

☞ En protection sociale complémentaire, la difficulté est que l'usage n'est pas expressément prévu par le législateur comme mode d'institution des garanties collectives. Dès lors, en l'état actuel du droit et des précisions administratives, il ne bénéficie pas du régime social et fiscal de faveur, sauf à constituer une décision unilatérale constatée dans un écrit remis à chaque intéressé. En pratique, il est procédé à un "relevé de régime" constatant l'usage en vigueur dans l'entreprise. L'engagement unilatéral est acté dans un écrit et constitue alors une décision unilatérale de l'employeur au sens de l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale. Il fait l'objet d'un écrit remis à chaque intéressé.

CONSTANCE

Pour devenir obligatoire, il est nécessaire que l'avantage soit accordé un certain nombre de fois aux salariés et de manière continue. Il n'existe pas de durée minimale et ce sont les tribunaux qui apprécient au cas par cas si l'avantage accordé doit être qualifié d'usage.

Exemple

Une prime versée uniquement pendant 3 mois n'a pas à être considérée comme un usage imposant à l'employeur de continuer à la verser aux salariés.

Cass. soc. - 20 octobre 1994

Mais cet avantage ne doit pas être aléatoire : ainsi, une prime versée uniquement après un vote du conseil d'administration en fonction des résultats financiers de l'entreprise, ne peut être qualifiée d'usage.

FIXITÉ

L'avantage doit présenter une certaine fixité, tant dans les conditions auxquelles les salariés peuvent y prétendre, que dans ses modalités de calcul.

Les règles d'attribution de cet avantage doivent reposer sur des critères objectifs. Son application ne doit pas dépendre du pouvoir discrétionnaire de l'employeur ou de conditions subjectives.

Exemple

Concernant le versement d'une prime, il suffit qu'il existe un mode de calcul déterminé pour conférer à l'avantage un caractère de fixité.

L'usage ne peut reposer sur des règles illicites. Ainsi, un salarié ne peut revendiquer un usage prévoyant l'indexation automatique des salaires sur les prix, dans la mesure où cette indexation est interdite par la loi, même si cet usage était en vigueur dans l'entreprise depuis de nombreuses années.

Cass. soc. 22 juillet 1986

L'usage s'impose à l'employeur tant qu'il ne l'a pas dénoncé.

L'employeur est alors tenu de le respecter et sa dénonciation doit satisfaire à certaines conditions.

L'usage résulte d'une application volontaire de l'employeur ; il n'a donc pas besoin de recueillir l'accord des salariés, mais ceux-ci peuvent toutefois le refuser. En fait, l'usage est par essence bénéfique aux salariés, puisqu'il doit être plus favorable que les dispositions de la convention collective ou du contrat de travail.

INCORPORATION AU CONTRAT DE TRAVAIL

Cette disposition est relativement rare, dans la mesure où elle imposerait une modification du contrat de travail, approuvée par le salarié, pour procéder à toute modification du régime de retraite. Si cette modification était refusée par le salarié, l'employeur serait dans l'obligation d'engager une procédure de licenciement ou bien d'autoriser le salarié à se dégager du contrat de retraite, ce qui le transformerait en contrat facultatif (avec toutes les conséquences fiscales).

PROCÉDURE SPÉCIFIQUE AUX MANDATAIRES SOCIAUX

SOURCES JURIDIQUES

Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée.

Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.

L'autorisation préalable du conseil d'administration est motivée en justifiant de l'intérêt de la convention pour la société, notamment en précisant les conditions financières qui y sont attachées.

Article L. 225-38 du Code du commerce modifié par Ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 - article 5

«Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération.

Le président est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Il est rééligible.

Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute disposition contraire est réputée non écrite.»

Article L. 225-47 du Code du commerce

La loi ⁽¹⁾ établit une procédure spécifique aux mandataires sociaux pour que ceux-ci puissent bénéficier de contrats de retraite et de prévoyance.

Cette procédure s'applique lorsqu'un contrat est susceptible de bénéficier aux mandataires sociaux de l'entreprise, sauf si ce contrat relève de la gestion normale et habituelle de l'entreprise; la jurisprudence a, toutefois, une interprétation restrictive de cette notion.

Selon la nature du contrat d'assurance et les circonstances de fait qui président à son élaboration (bénéfice du régime ouvert à tous les salariés ou limité à une population étroite), il doit être respecté l'une ou l'autre des procédures prévues par la loi.

⁽¹⁾ La législation sur les sociétés commerciales issue de la codification de la loi du 24 juillet 1966 opérée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, figure dans la partie législative du Code de commerce. Elle a été modifiée à plusieurs reprises, notamment par les lois 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, n° 2003-706 du 3 août 2003 de Sécurité financière, n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique, n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises et les ordonnances n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit des sociétés, l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières.

A défaut, trois conséquences interviennent :

- le contrat est inopposable au mandataire social vis-à-vis duquel la procédure n'a pas été respectée ;
- les sommes engagées par l'entreprise au titre de ce contrat sont considérées comme des charges abusives de gestion, donc non déductibles du résultat fiscal.

Article 39 du Code Général des Impôts

- les actes mis en œuvre constituent des abus de droit ou des abus de biens sociaux et sont susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale de leurs auteurs.

A posteriori, une régularisation de la procédure est cependant toujours possible.

DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX INSTITUTIONS DE PREVOYANCE

Les institutions de prévoyance sont désormais autorisées à proposer à leurs adhérents :

- soit l'adhésion à leur système de règlement préétabli ;
- soit la signature de contrats spécifiques principalement destinés aux entreprises les plus importantes.

Les institutions de prévoyance sont désormais tenues de remettre à leurs adhérents la même notice d'information détaillée que celle qui s'impose aux compagnies d'assurances.

Cette notice établie par l'assureur définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre.

La preuve de remise de la notice à l'adhérent et de l'information relatives aux modifications contractuelles incombe au souscripteur.

Article L. 141-4 du Code des Assurances

