

LA LETTRE DE L'OBSERVATOIRE CONSULAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTES

N°12

Février 2015

ZOOM SUR

L'INFORMATION DES SALARIÉS EN PROCÉDURE AMIABLE QUELLES SOLUTIONS POUR QUELLES SITUATIONS ?

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

Le cadre du débat

- A/ LE CADRE JURIDIQUE
- B/ LES SITUATIONS POSSIBLES
EN PROCÉDURE AMIABLE

SECONDE PARTIE

L'état de la pratique

- A/ LA VISION DES PRATICIENS
- B/ LA VISION DU JUGE

CONCLUSION

INTRODUCTION

L'Observatoire consulaire des entreprises en difficultés (OCED) s'est penché sur la problématique de l'information des instances représentatives du personnel (IRP) dans le cadre des procédures amiables. C'est une question sensible à laquelle sont régulièrement confrontés les praticiens et les juges consulaires, la réponse donnée pouvant différer selon que l'on se situe du côté de l'entreprise ou de celui des salariés. Si l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives a apporté quelques éclaircissements en la matière, elle a aussi diffusé un parfum de perplexité.

Lorsqu'il est demandé aux professionnels comment ils résolvent la question récurrente de l'information des salariés en mandat ad hoc ou en conciliation, ceux-ci répondent généralement que c'est du « cas par cas ». De fait, il existe une opposition certaine entre la recherche d'un dialogue social favorisé par le droit du travail et la nécessité pour l'entreprise en difficulté de se ménager la plus grande discrétion possible afin de mener au mieux les négociations avec certains de ses

créanciers. Et, comme le font justement remarquer les professionnels et les juges, l'efficacité des procédures amiables tient, avant tout, à leur confidentialité, celle-ci ayant un caractère protecteur pour l'entreprise.

Le droit du travail pourrait inciter les praticiens à consulter les institutions représentatives du personnel, pourtant ils ne le font généralement pas. D'ailleurs, la majorité des auteurs ont admis que l'ouverture d'une procédure amiable n'entraînait pas *ipso facto* la consultation de ces institutions. Il n'y a donc pas de raison à les informer à l'ouverture d'une procédure amiable, dès lors qu'elle vise à « traiter » un dossier ayant des enjeux strictement financiers qui ne vont pas avoir d'impacts directs ou immédiats sur l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise. À l'inverse, la question se pose de manière insistante lorsque la discussion va au-delà de cet aspect et aborde les questions sociales.

Après avoir passé en revue le cadre du débat (1ère partie), il importe de circonscrire précisément la pratique (2ème partie).

La Matinale OCED du 14 mars 2014 a constitué le point de départ de cette analyse.

MAIRIE DE PARIS



Le cadre du débat

Avant d'examiner les diverses situations (B) traitées dans le cadre des procédures amiables, il est nécessaire d'examiner les règles juridiques auxquelles se réfèrent les praticiens et les juges en la matière (A).

A) Le cadre juridique

Deux registres coexistent ici sans s'interpénétrer : d'une part, le droit du travail ; d'autre part, le droit des entreprises en difficulté. On doit, de manière immédiate, retenir que dans les procédures amiables, la loi ne prévoit pas de consulter les organes représentatifs du personnel, mais seulement de les informer en cas d'homologation⁽¹⁾ de l'accord de conciliation.

✓ En droit du travail

À défaut de règles générales d'information des représentants du personnel pour les entreprises de plus de 10 salariés, quelques articles du Code du travail donnent des attributions au comité d'entreprise. En particulier, l'article L. 2323-6 impose une information et une consultation sur tout ce qui touche à « l'organisation, à la gestion et à la marche générale de l'entreprise », spécifiquement « sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle ». C'est le cas lorsqu'il y a un changement d'actionnaires ou une restructuration sociale. De son côté, l'article L. 2323-9 prévoit une information sur les documents comptables.

Si l'entreprise contrevient à ces règles, le délit d'entrave constitue la sanction.

✓ En droit des entreprises en difficulté

En préalable, on peut s'étonner qu'il n'y ait pas encore un droit social des entreprises en difficulté auquel les juges et les praticiens pourraient se reporter, chaque révision du droit des entreprises en difficulté venant apporter son lot d'adjonctions au droit du travail sans qu'aucune réflexion d'ensemble ne soit jamais menée.

Jusqu'à la réforme du 12 mars 2014, un seul article abordait, bien indirectement, la question de l'information des salariés en procédure amiable. Ainsi selon l'article L. 611-9 du Code de commerce qui n'a d'ailleurs été ni supprimé ni modifié, sont appelés et entendus les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, lorsque le tribunal statue sur une demande d'homologation de l'accord,

autrement dit au moment même où le tribunal s'apprête à prononcer le jugement d'homologation. Cela suppose que les institutions représentatives du personnel (IRP) ont reçu auparavant l'information sur l'accord de conciliation. En l'absence d'indications sur les modalités de transmission des informations, cet article met en place un droit d'information et de consultation original : c'est dans le prétoire lui-même - c'est-à-dire en chambre du conseil - que l'information et la consultation prennent place.

Depuis le 1er juillet 2014, une nouvelle règle a été ajoutée à ce dispositif : le débiteur doit informer les représentants des salariés (art. L. 611-8-1 du Code de commerce), lorsqu'il demande l'homologation de l'accord ; aucune consultation n'est donc prévue et cette information a lieu dans l'entreprise.

La communication relevant de la seule responsabilité du dirigeant, il est nécessaire qu'il se soit entouré de conseils aussi bien en *restructuring* qu'en droit social avant de pouvoir prendre une décision. Les deux éclairages étant indispensables pour déterminer à quel moment il doit décider de la restructuration financière pour mesurer / apprécier l'impact que pourra avoir cette décision sur le fonctionnement de son entreprise. Cela lui permet de savoir s'il est nécessaire ou non de consulter les IRP. En d'autres termes, le dirigeant n'est pas tenu d'impliquer les salariés dès l'ouverture d'une procédure amiable. De même, on ne l'oblige pas à informer⁽²⁾ les salariés sur toutes les opérations réalisées avec un fournisseur ou un banquier. Pour autant, libre à lui de le faire en fonction des circonstances...

Le dirigeant n'a pas plus d'obligation d'associer les salariés lorsqu'il saisit le tribunal en vue de demander la nomination d'un mandataire ad hoc ou l'ouverture d'une conciliation, sauf si la restructuration de l'entreprise constitue l'objet même de la procédure. Depuis juillet 2014, le législateur dispense de toute information obligatoire ou de toute consultation, à l'ouverture comme en cours de procédure. De même, aucune règle n'est prévue si l'accord est simplement constaté ou si un mandataire ad hoc est nommé. Ce n'est donc plus seulement une audition des IRP à l'audience et ce n'est pas non plus une consultation. Un équilibre semble avoir été trouvé entre la nécessaire confidentialité et l'information légitime des salariés. Auparavant, les représentants du personnel étaient obligés d'aller consulter l'accord au greffe sans pouvoir en prendre copie ni obtenir d'explications. C'est une amélioration certaine.

Un parallèle peut être fait ici avec l'obligation faite au dirigeant d'informer et de consulter

les IRP, avant de déposer le bilan⁽³⁾, qui oblige le dirigeant à consulter les IRP, avant de déposer le bilan. Cette consultation est assortie d'un délai de 15 jours à 1 mois - 15 jours, s'il y a un accord d'entreprise, un mois sinon - en totale contradiction avec l'obligation de saisir le tribunal dans les 45 jours de la cessation des paiements. Ce rapprochement vient souligner à quel point le système est renforcé et sécurisé en prévention, alors que la tendance est inverse en procédure collective.

B) Les situations possibles en procédure amiable

Au-delà du fait que les affaires pour lesquelles une conciliation est ouverte ne sont pas de même nature que celles pour lesquelles un mandataire ad hoc est nommé, trois situations peuvent schématiquement se présenter : restructurer les dettes, réaliser une restructuration sociale ou organiser une cession.

✓ L'entreprise en restructuration financière

Lorsque les négociations portent sur une restructuration financière, ce qui peut être le cas lors de la renégociation d'un LBO ou d'une dette senior, le dirigeant va devoir se battre sur le front financier. Il n'est certainement pas souhaitable d'en ajouter un autre de nature sociale en expliquant aux salariés - pour des raisons de mobilisation des troupes et de confidentialité - qu'à terme, l'entreprise ne sera peut-être pas en mesure de faire face à ses difficultés.

En pratique, c'est la confidentialité qui permet de maintenir la confiance et d'être plus efficace, l'idée étant de n'appeler à la négociation que les créanciers vers lesquels l'entreprise va se tourner pour solliciter des efforts. À ce stade, rien n'est demandé aux salariés. Si une restructuration sociale doit avoir lieu, il est préférable qu'elle se tienne en amont du traitement des difficultés financières ; la mener durant la période de la procédure amiable, serait le plus mauvais moment. Certes, la confidentialité s'imposerait également aux représentants du personnel ; mais, il est vraisemblable que ceux-ci, une fois informés de la dégradation de la situation financière de l'entreprise, ne pourraient sortir de réunion sans laisser filtrer une pointe d'inquiétude, voire des informations précises. Cette question n'est pas anodine, d'autant moins si l'on s'en rapporte aux amendements relatifs au secret des affaires⁽⁴⁾ qui avaient été insérés dans le

(1) Dans le jugement d'homologation, l'accord lui-même n'est jamais dévoilé, seules quelques grandes lignes peuvent éventuellement l'être.

(2) Un arrêt de la Cour d'appel de Paris rappelle qu'en procédure amiable, la confidentialité est à la main du dirigeant. C'est à lui d'estimer s'il a ou n'a pas à ouvrir la boîte de Pandore de la confidentialité et communiquer sur la procédure.

(3) V. art. L. 2323-44 du Code du travail.

projet de loi Macron en janvier 2015 puis retirés ensuite. Si le texte d'origine prévoyait une protection large s'imposant aussi aux salariés, d'autres amendements déposés en séance avaient eu pour objectif de prévoir des exceptions favorables à ceux-ci, permettant notamment d'harmoniser le texte avec la future directive sur le secret des affaires⁽⁴⁾. L'amendement proposait purement et simplement de reprendre la formulation du projet européen⁽⁵⁾ afin d'inclure comme exception la « divulgation du secret d'affaires par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime de leur fonction de représentation ». Mais cette exception ne couvrirait nullement l'hypothèse de la divulgation par un représentant des salariés, ce dernier se trouvant alors exposé aux sanctions civiles et pénales prévues par le texte.

✓ L'entreprise en restructuration sociale

Le cas de figure est différent lorsque les mesures de prévention portent sur des négociations sociales. La conciliation alors

révélée aux représentants du personnel permet au management de mener, dans de bien meilleures conditions, les discussions sociales ou de sortir d'une situation devenue trop conflictuelle grâce à l'intervention d'un tiers dont l'autorité et la neutralité ne sont pas contestées. D'ailleurs, quand le dialogue social est bon, l'entreprise se porte mieux.

Cette éventualité se révèle fort peu fréquente.

✓ La cession de tout ou partie de l'entreprise

Si la pérennité de l'entreprise passe par une cession - de branche d'activité pour une entreprise ou de filiales pour un groupe - et que la mission du mandataire ad hoc ou du conciliateur porte sur l'organisation de celle-ci⁽⁷⁾, il paraît incontestable qu'il faille informer les IRP.

Une autre hypothèse, toujours difficile à mener, peut surgir en cours de négociation : le changement d'actionnaires. Ce dernier doit inévitablement faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise. La difficulté majeure

réside alors dans le fait que l'accord sur le changement d'actionnaires ne peut intervenir tant que le comité d'entreprise n'a pas été consulté. Or en raison des délais légaux, la consultation va durer 2 à 3 mois, ce qui apparaît trop long au regard du temps de la conciliation qui ne peut excéder 5 mois. Dans cette situation, le délai pour arriver au constat ou à l'homologation est nettement insuffisant. Le processus est réglé en plusieurs étapes. Tout d'abord, est établi un protocole transitoire constatant l'existence, non pas d'un accord de cession, mais d'une offre d'acquisition non encore acceptée. Sur la base de cette offre, les banquiers acceptent de suspendre leurs poursuites pendant 2 à 3 mois, ce qui correspond, dans les faits, au délai de viduité pendant lequel il n'est pas possible d'ouvrir une nouvelle conciliation. Puis, pendant la période intermédiaire, est nommé un mandataire ad hoc, ce qui permet, sans limitation de durée, de consulter les organes représentatifs du personnel. Et, à l'issue de cet examen, un accord est signé formellement. Il prend alors place dans une nouvelle conciliation et est, *in fine*, homologué.

DEUXIÈME PARTIE

L'état de la pratique

Le déclenchement de l'information est loin d'être évident, tant il faut conserver de la souplesse pour la stratégie de l'entreprise. À cet égard, l'évocation de la loi dite « Florange »⁽⁸⁾, prise en réaction à des fermetures de sites dans lesquelles les salariés ont été mis devant le fait accompli, peut être éclairante. En effet, lorsque la direction d'une entreprise décide de l'opportunité d'arrêter un site, l'idéal serait d'associer les salariés à ce stade, d'autant que l'arrêt ne sera effectif que de nombreux mois plus tard (entre 1 et 2 ans). Mais on peut aussi craindre le déclenchement par les IRP de leur droit d'alerte, ce qui viendrait compliquer la situation. De plus, le risque d'une demande de nomination d'un expert constituerait une menace sérieuse d'alourdissement du processus : en même temps, toutes les parties pourraient y gagner, les représentants du personnel seraient informés et l'entreprise pourrait maintenir une certaine confidentialité... On le voit bien cela ne peut être que du sur-mesure.

C'est pourquoi, il faut faire confiance à l'inventivité et à la créativité des professionnels - administrateurs judiciaires, avocats... - (A) et des magistrats (B) pour

trouver des solutions, en appliquant la loi et en s'appuyant sur l'idée que le dirigeant est responsable.

A) La vision des praticiens

L'administrateur judiciaire doit pouvoir circonscrire parfaitement l'objet de sa mission en conciliation ou en mandat ad hoc. Il va peut-être être amené à « surfer » entre le délit d'entrave et l'information qui est légitime pour les salariés, sachant qu'informer les IRP constitue une obligation lorsque l'entreprise demande l'homologation de l'accord. Cela devient ainsi une composante du dialogue social⁽⁹⁾.

Ceci précisé, lorsqu'il n'y a pas d'obligation d'information, le dirigeant et son conseil doivent néanmoins se demander si l'accord trouvé à l'issue de la conciliation a un impact sur l'organisation de l'entreprise ou sur la marche générale des affaires, deux hypothèses dans lesquelles il doit y avoir consultation. Si tel est le cas, le chef d'entreprise peut alors estimer souhaitable de faire le choix de l'homologation plutôt que celui du constat, ce qui emporte ainsi une information dans l'entreprise des IRP.

De fait, tout au long de la procédure, la grille de lecture est similaire. Si la négociation est purement financière, l'impact sur l'organisation sociale de l'entreprise sera inexistant. Et, même lorsque la négociation financière est le préalable d'une restructuration sociale, il est souvent possible de séquencer les opérations afin que les négociations avec les créanciers financiers ne soient pas immédiatement liées à celle-ci. En effet, il faut éviter que l'ouverture de la procédure entraîne de façon mécanique une consultation des représentants des salariés, ce qui aurait pour effet immédiat et contreproductif de retarder les opérations.

Mais, si l'objet de la restructuration a des impacts sociaux significatifs - cession d'une branche d'activité ou réorganisation du fonctionnement de l'entreprise -, il est toujours préférable de recourir à l'autorité, à la légitimité et à l'indépendance du conciliateur ou du mandataire ad hoc, pour favoriser le dialogue social ou le renforcer quand il n'est pas satisfaisant. Dans les dossiers où la cession apparaît urgente avec, de manière concomitante, des problèmes de trésorerie tels qu'il faut aller rapidement à l'homologation, le praticien est toujours obligé

(4) V. amendement n° SPE810 (Rect) au projet de loi pour la croissance et l'activité, présenté par M. FERRAND, rapporteur général, le 12 janvier 2015. Il prévoyait l'ajout d'un article additionnel après l'article 64, visant à compléter le Livre 1er du Code de commerce par un Titre V relatif au secret des affaires. Cet amendement ainsi que ceux déposés ultérieurement et liés à celui-ci ont été retirés du projet de loi.

(5) V. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, publiée le 28 novembre 2013, téléchargeable : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0813&from=FR>.

(6) V. notamment amendement n° 983 présenté le 22 janvier 2015 et Proposition de directive, art. 4 §2 c, p. 20.

(7) Situation entérinée par l'ordonnance n° 2014-236 du 12 mars 2014, art. 5, 1° (v. art. L. 611-7, alinéa 1 du Code de commerce).

(8) Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.

(9) Lorsque la situation s'y prête, la bonne pratique voudrait que les professionnels associent les salariés aux restructurations tout en respectant la confidentialité. Cela permettrait d'anticiper et de désamorcer d'éventuels conflits qui ne font que retarder le processus, comme dans le cas de la société GOODYEAR qui a nécessité 5 ans de procédure - à chaque fois qu'il y avait un CPE, les représentants du personnel saisissaient les tribunaux et remettaient en cause l'information.

de respecter l'information des salariés. En amont, un travail de manager est nécessaire pour exiger du comité d'entreprise ou, à tout le moins, attirer son attention sur la nécessaire confidentialité. Si elle vient à être rompue, le tribunal se trouve alors dans l'obligation de revoir - en quelque sorte revisiter - avec le mandataire ad hoc ou le conciliateur la mission qui lui a été confiée, afin de l'adapter. D'ailleurs, les praticiens font le constat que dans la grande majorité des cas où l'entreprise demande une homologation, les règles de confidentialité sont respectées. Et cet état de fait repose, non sur la loi, mais sur la qualité de la relation sociale dans l'entreprise...

B) La vision du juge

Le juge va toujours examiner la nature de l'accord soumis à l'homologation. S'il s'agit de permettre un désengagement financier de l'entreprise ou une amélioration de son actionnariat, et si l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ne sont pas directement en jeu, il est alors « normal » que

les IRP ne soient pas consultées. Mais si les négociations touchent directement le fonctionnement et les relations sociales de l'entreprise, il est nécessaire que, dans le dialogue qui s'instaure entre le tribunal, le mandataire ad hoc ou le conciliateur et le chef d'entreprise, les aspects sociaux soient abordés et pris en compte, afin que tous les acteurs puissent, le cas échéant, y faire face.

En présence d'un climat social dégradé, la situation peut être complexe à gérer notamment lors de l'audience d'homologation au cours de laquelle le juge entend les représentants du personnel. Mais il faut constater que ceux-ci se comportent le plus souvent de manière responsable : étant en même temps informés des difficultés de l'entreprise et de l'existence d'une solution pour y remédier, ils ne peuvent qu'adhérer à l'accord. Quant à la prise en considération de leurs observations pendant l'audience, les juges sont parfois amenés à ouvrir un débat entre ceux-ci et le débiteur sur le contenu même de l'accord.

Une difficulté va peut-être surgir à l'avenir

concernant la confidentialité donnée aux diligences du mandataire à l'exécution de l'accord. Les échanges entre le conciliateur et les différentes parties pourront-ils être utilisés en justice pour interpréter les termes de l'accord et en demander l'exécution ?

La part des accords homologués varie en fonction des entreprises et de leurs objectifs, mais aussi du tribunal compétent.

Sur la période 2013-2014,

- > le taux d'homologation est en moyenne légèrement supérieur à 40 % en Île-de-France ;
- > au Tribunal de commerce de Nanterre, la quasi-totalité des accords de conciliation ont été homologués ;
- > au Tribunal de commerce Paris, 15 % des accords en 2013 et 21 % en 2014 ont été homologués ;
- > dans certains Tribunaux comme ceux de Meaux, Melun ou Pontoise, les demandes d'homologation se révèlent particulièrement rares.

Tribunal de commerce	Année 2013			Année 2014			Ensemble		
	Nombre d'homologations	Nombre de conciliations	Taux en (%) d'homologation	Nombre d'homologations	Nombre de conciliations	Taux en (%) d'homologation	Nombre d'homologations	Nombre de conciliations	Taux en (%) d'homologation
Paris	17	118	14	28	134	21	45	252	18
Meaux	0	4	0	0	12	0	0	16	0
Melun	1	2	50	0	1	0	1	3	33
Versailles	6	14	43	3	22	14	9	36	25
Évry	4	11	36	5	10	50	9	21	43
Nanterre*	80	108	74	66	43	153	146	151	93
Bobigny*	8	3	267	4	20	20	12	23	52
Créteil	3	20	15	3	28	11	6	48	13
Pontoise	0	5	0	1	6	17	1	11	9
Total	119	285	42	110	276	40	229	561	41

* Nombre d'homologations supérieur au nombre de conciliations ouvertes en raison du décalage lié à la durée de la procédure (au maximum 5 mois).
Sources : OCED, BODACC.

Conclusion

Sur le choix entre demander un constat de l'accord par le président du tribunal ou son homologation par le tribunal, il est nécessaire d'examiner les effets juridiques de chacune des solutions. À la question de la règle qui s'applique en matière d'information des salariés en procédure amiable, il est désormais possible de répondre plus clairement que par le passé, la solution étant fonction de la réponse donnée à deux interrogations.

Première interrogation : la restructuration est-elle purement financière ?

Si la réponse est positive, alors l'information n'a pas lieu d'être. Mais on peut légitimement se demander s'il existe des restructurations financières sans aucune influence sur la marche générale de l'entreprise. Ainsi, lorsque celle-ci est susceptible d'avoir un impact sur l'organisation sociale ou sur le fonctionnement de l'entreprise, les IRP doivent être informées, voire consultées en amont.

Deuxième interrogation : le dirigeant a-t-il demandé l'homologation de l'accord de conciliation ?

À l'inverse de la situation précédente, si la réponse est positive, le dirigeant doit alors informer les représentants des salariés au

moment de la demande. Dans les autres cas, mandat ad hoc ou constat de l'accord de conciliation, aucune information n'est prévue. Évidemment, en fonction du cas d'espèce, le dirigeant peut toujours le faire, cela ressort de sa seule responsabilité.

On a pu également s'interroger sur les délais. Cette question paraît réglée puisqu'il est prévu, dans l'ordonnance de mars 2014, que l'information a lieu au moment de la demande d'homologation ; c'est donc simultané. Mais l'information des représentants des salariés appelle un autre questionnement concernant le degré de prise en compte de leur parole en chambre du conseil et auquel la loi ne répond pas.

Avec la participation de :

Didier KLING, Vice-président Trésorier de la CCI Paris Ile-de-France et Président de l'OCED,
Michel GERMAIN, Professeur de Droit et Président du Comité scientifique de l'OCED,
Yves LELIÈVRE, Président de la Conférence générale des juges consulaires de France,
Henri CHRIFI, ex Administrateur judiciaire,

Guilhem BRÉMOND, Avocat, Cabinet Brémond & Associés et Président d'honneur de l'Association pour le Retournement des Entreprises (ARE).