

JOURNÉE ANNUELLE DES JURISTES DU TRAVAIL

Vendredi 7 décembre 2007

Quelle est l'implication des institutions représentatives du personnel dans le traitement juridique des difficultés des entreprises depuis la loi du 26 juillet 2005 ?¹

Quentin URBAN

Maître de conférences

Centre de droit de l'entreprise

Université Robert Schuman

« Parce que ce sont les salariés qui font vivre les entreprises, ils doivent avoir confiance dans le traitement des difficultés de leur entreprise...En particulier, les salariés doivent être informés de l'évolution de la situation et ils doivent pouvoir s'exprimer par l'intermédiaire de leurs représentants, à chaque décision importante » Dominique Perben, Garde des Sceaux séance à l'assemblée nationale du mardi 1^o mars 2005

En réplique, Arnaud de Montebourg, député du parti socialiste, s'exclamait : « C'est un désaveu du rapporteur ». Il voulait probablement souligner par son interpellation que le rapporteur devant l'Assemblée Nationale, Xavier de Roux, n'avait pas placé cet objectif parmi les priorités du projet de loi présenté et qu'on pouvait douter de la sincérité du propos tenu par le ministre.

Ce bref échange entre le Garde des Sceaux et l'un des contradicteurs les plus vifs de l'opposition à l'occasion des débats parlementaires est à l'image des discours paradoxaux tenus par la majorité gouvernementale de l'époque à propos de la place et du rôle des institutions représentatives dans la loi nouvelle sur les procédures collectives. Certes, les promoteurs de cette réforme avaient manifesté leur volonté d'accorder d'abord un rôle important aux créanciers. Mais, en contrepoint, ils ne manquaient pas une occasion de rappeler que l'implication des représentants des salariés dans les procédures collectives depuis la loi n^o 85-98 du 25 janvier 1985 n'avait pas été atteint, même si le nouveau dispositif était plus que discret sur ce point. Et, il l'est, certainement, car il ne contient aucune innovation significative destinée à accroître le rôle des institutions représentatives du personnel dans les procédures collectives. Tous les amendements visant par exemple à permettre aux représentants syndicaux à donner leur avis ou encore ceux proposant la création de comité de créanciers comprenant des représentants de salariés ont été rejetés.

La présentation du rôle effectif des institutions représentatives du personnel dans la nouvelle architecture juridique en vigueur depuis la loi n^o 2005-845 du 26 juillet 2005 est donc difficile, encore plus difficile si on s'intéresse au dispositif préventif préexistant et encore en vigueur. Il n'est pas possible de s'intéresser à tel ou tel mécanisme nouveau inscrit dans la loi et relatif aux institutions représentatives du personnel qui faciliterait ou au contraire entraverait l'action collective. Il n'y en a pas. Pour comprendre le sens de la réforme sur les

¹ Cet article est le prolongement d'une intervention orale réalisée dans le cadre d'une réunion nationale organisée à Paris le 7 décembre 2007 par l'Ecole Nationale de la Magistrature, l'Association Française de Droit du Travail et la Direction générale du Travail sur le thème « Les Salariés et leurs représentants et les procédures collectives ».

implications des institutions représentatives du personnel, il faut se livrer à une analyse plus subtile des silences de la loi et de leurs relations avec ce qui est exprimé dans le texte. Mais, cette approche peut se révéler insuffisante car l'enquête auprès des acteurs des procédures collectives, chefs d'entreprise, syndicalistes, administrateurs, mandataires, avocats et magistrats montre qu'en droit des faillites, les pratiques judiciaires sont souvent révélatrices du sens et de la portée réelles des règles. Il faut s'intéresser au sens réel des règles et non à leur objectif déclaré. Mais, cette réalité n'est pas d'un accès facile, car, l'appréhension du rôle des institutions représentatives du personnel varie considérablement selon les acteurs professionnels. Pour les uns, leur intervention n'est pas très efficace et il faut cantonner les institutions représentatives du personnel à une fonction de transmission. Pour d'autres, les redressements réussis d'entreprise n'ont pu être menés à bien qu'avec la participation active des institutions représentatives du personnel et des salariés. Au final, le rôle des institutions représentatives du personnel est non seulement d'une lecture difficile mais fait l'objet d'un débat marqué par la fragmentation des opinions.

Comment alors réaliser une présentation du rôle des institutions représentatives du personnel dans un contexte aussi incertain ?

Il me semble que c'est en concentrant notre attention sur les éléments les plus signifiants qu'il sera possible de mieux comprendre l'impact de la réforme de 2005 sur les institutions représentatives du personnel. Pour donner un relief à une telle présentation, il me paraît pertinent de non seulement mettre en lumière les prérogatives positives, mais aussi de souligner les creux ou les absences des institutions représentatives du personnel dans le déroulement de la procédure, en proposant une évaluation de ces prérogatives. .

Nous commencerons donc par présenter l'implication apparente des salariés dans les procédures collectives (I), en nous intéressant d'une part à la façon dont les institutions représentatives du personnel sont obligatoirement associées à certaines étapes procédurales (A) et d'autre part aux initiatives légales offertes aux institutions représentatives du personnel au cours des procédures (B). Dans un second temps, nous essaierons d'évaluer quelle est l'implication réelle des institutions représentatives du personnel (II) dans le traitement juridique des difficultés des entreprises. Pour y parvenir nous tenterons de mesurer quelles sont les possibilités d'accès à un savoir réellement utile aux institutions représentatives du personnel. Nous constaterons que l'implication des institutions représentatives du personnel est partielle (A) pour ensuite tenter une évaluation du pouvoir de contrôle des institutions représentatives du personnel sur le cours des procédures. Nous constaterons enfin que cette implication est contrariée (B).

Mais, en préalable, il est important de souligner que dans le cadre du traitement judiciaire des difficultés des entreprises, le législateur a introduit une représentation originale du personnel, qui vient s'ajouter aux comités d'entreprise et aux délégués du personnel.

Elles sont de deux sortes :

D'abord, il existe des représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel. Ce sont déjà des représentants statutaires du personnel qui sont désignés par leurs pairs. Ils peuvent être plusieurs. Ils sont les interlocuteurs du juge de la procédure collective. C'est plus simple et plus efficace que s'il fallait auditionner tous les membres des institutions représentatives du personnel.²

Mais, il est aussi créé le représentant spécial des salariés de l'entreprise. (C.com., art.L.621-4 et décret du 28 déc.2005, art.57 et s.). Il est désigné par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel parmi les salariés de l'entreprise. En l'absence de comité ou de délégués du

² Ainsi, par exemple, avant de prendre la décision d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, le juge entend « les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel » (C.com.art.L.621-1). Il y aura aussi un représentant du personnel, désigné par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, pour exercer en leur nom les voies de recours judiciaires (C.com.art.L.661-10).

personnel, il est élu directement par les salariés de l'entreprise. Ce n'est pas forcément un représentant du personnel. Il n'est pas considéré d'ailleurs comme une institution représentative du personnel³. Ce représentant spécial accomplira des missions en relation directe avec les procédures collectives, principalement la vérification des créances salariales. En cas d'absence de comité d'entreprise ou de délégués du personnel, il accomplira les missions classiques attribuées aux institutions représentatives du personnel dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises.

Par ailleurs, j'ai choisi de ne pas évoquer l'implication des institutions représentatives du personnel dans les procédures de licenciement pour motif économique dans le cadre des procédures collectives. Ces licenciements dérogent pour partie au droit commun des licenciements pour motif économique. Les dispositions relatives à l'information et la consultation des institutions représentatives du personnel dans ces procédures sont moins contraignantes (C.trav., L.321-8 et L.321-9 et pour le plan de cession ; C.com.,art.L.642-5). Leur analyse et leur évaluation auraient exigé des développements trop importants.

I L'implication apparente des institutions représentatives du personnel

Les dispositifs juridiques et judiciaires de traitement des difficultés des entreprises sont impressionnants de complexité. Les choix possibles des traitements sont nombreux et chaque procédure est rythmée par de nombreuses étapes aux issues variées. Le législateur a voulu impliquer les institutions représentatives du personnel en les associant par l'information et la consultation à chaque étape importante de chacun de ces méandres procédures. Les occasions d'information et de consultation imposée par la loi sont en conséquence fréquentes (A- Les implications obligées). Mais, de plus, des initiatives permettent aux institutions représentatives du personnel d'influer sur le cours de évènements. (B – L'implication initiée par les institutions représentatives du personnel).

A-Les implications obligées.

L'association des institutions représentatives du personnel au traitement des difficultés de l'entreprise commence bien en amont dans le cadre des informations régulières qui sont transmises au comité d'entreprise. Mais dès les premières difficultés, dans le cadre de mesures préventives ou d'une procédure de conciliation, des dispositions prévoient non seulement une information spéciale mais aussi des consultations.

L'article L.432-4 du Code du travail décrit un agenda d'information et de consultation du comité d'entreprise particulièrement riche en supports destinés à l'informer sur l'activité passée de l'entreprise et les projets. Pour mieux comprendre le sens des informations contenues par tous ces documents, en particulier financier, le comité d'entreprise a la possibilité de se faire assister par un expert comptable rémunéré par l'employeur. La masse des informations est impressionnante et c'est la raison pour laquelle la loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006 a permis aux dirigeants d'entreprise employant au moins 300 salariés de conclure des accords de méthode dont l'objectif est d'adapter les techniques, les supports et les rythmes de communication de toutes ces informations (C.trav.L.432-4-3).

³ Cass.soc.27 juin 2002 Bull.civ.V, n°233; Cass.soc.4 févr.2003, Bull.civ.n°39.

Lorsque les premières difficultés économiques et/ou financières s'annoncent, le législateur a imaginé certaines initiatives destinées à prévenir leur aggravation. Les institutions représentatives du personnel en sont informées. Ainsi, par exemple, l'article L.611-2, al.2 du code de commerce permet au président du tribunal d'informer et d'entendre les salariés sur la dégradation de la situation de l'entreprise à l'origine de l'alerte qui a conduit à sa saisine. Toujours dans une perspective de prévention, il existe la procédure de conciliation, lorsque l'entreprise n'est pas en état de cessation de paiement depuis plus de 45 jours, mais rencontre des difficultés. Cette procédure ne prévoit pas une information aussi large et variée à destination des institutions représentatives du personnel. Une confidentialité imposée à la procédure fait obstacle à l'information et à la consultation des institutions représentatives du personnel.

Toutefois, quelques fenêtres d'accès à l'information restent ouvertes dans le déroulement de cette procédure. Tout d'abord, parce que une consultation des institutions représentatives du personnel s'impose sur le fondement de l'article L.432-1 du code de travail, lors de l'élaboration d'un plan de conciliation⁴. Ensuite, lorsque la procédure de conciliation s'achève par un accord homologué par le juge, l'article L.611-9 du code de commerce prévoit que les représentants des institutions représentatives du personnel seront entendus en chambre du conseil. Enfin, en cas d'échec de la conciliation, surtout quand elle conduit à une cessation de paiement entraînant une ouverture de redressement, les institutions représentatives du personnel ou leurs représentants devront être informés, entendus et consultés non seulement sur le fondement de l'article L.631-7, et L.621-1 du code de commerce qui prévoient l'audition par le juge des représentants des institutions représentatives du personnel mais aussi sur le fondement de l'article L.432-1 al.9 du code du travail qui prévoit dans de telles circonstances la consultation par l'employeur du comité d'entreprise.

Si ces initiatives préventives n'ont pas été accomplies ou n'ont pas recueilli les succès escomptés, lorsque les difficultés se sont aggravées, le législateur offre une palette très variée de procédures collectives impliquant tous les créanciers qui devront être accompagnées d'une information et d'une consultation des institutions représentatives du personnel ou de leurs représentants.

Ainsi, la procédure de sauvegarde va exiger que non seulement les institutions représentatives du personnel soient consultés par l'employeur en préalable au jugement d'ouverture de la procédure⁵, sur le fondement de l'article L.432-1 du code du travail, mais aussi que les représentants de ces institutions soient auditionnés par le juge avant de statuer sur la demande d'ouverture de la procédure (C.com.art.L.621-1).

Ensuite, l'administrateur désigné devra informer les institutions représentatives du personnel du plan de règlement des dettes (C.com.art.L.623-3 al.4). L'administrateur doit aussi les consulter sur les mesures envisagées dans son rapport (C.com.,art.L.623-3, al.4). Le bilan et le plan de sauvegarde leur seront aussi soumis par l'administrateur (C.com. art.L.626-8). Enfin, lorsque le juge s'apprête à adopter un plan il doit auditionner les représentants des institutions représentatives du personnel (C.com.art.L.626-9), en cas de modification ultérieure aussi (C.com.art.L.626-26, al.2 ; Décret du 28 déc.2005, art.156 et 157).

On retrouve aussi toutes ces exigences dans le cadre d'une procédure de redressement. Non seulement les représentants des institutions représentatives du personnel ou directement les institutions représentatives du personnel, seront informés, consultés et auditionnés à l'ouverture de la procédure en vertu de l'article L.432-1, al.9 du code du travail par l'employeur mais aussi par le juge sur le fondement de l'article L.631-7 du code de commerce et, par renvoi, de l'article L.621-1 du code commerce. Au cours de la procédure de

⁴ Une information et une consultation ont déjà été imposées par la Cour de cassation à propos du mandat ad hoc Cass.Crim.4 déc.1990, n°89-84570

⁵ X.Roux rapporteur, JO déb.AN 2005, p.1642

redressement, l'administrateur désigné par le juge devra à respecter ou faire respecter toutes les règles de droit relatives à l'information et à la consultation des représentants des institutions représentatives du personnel non seulement en sa qualité d'administrateur mais aussi en raison du transfert des pouvoirs de l'employeur vers lui-même. La consultation du comité d'entreprise s'imposera aussi en cas de cessation partielle d'activité envisagé soit par l'employeur soit par l'administrateur (C.trav.,art.L.432-1). Et, si la situation devient irréversible, avant de statuer sur une éventuelle liquidation de l'entreprise, éventuellement demandée par le chef d'entreprise ou l'administrateur⁶, le tribunal devra avoir entendu les représentants des institutions représentatives du personnel (C.com.,art.L.631-15 II al.2). Cette consultation des institutions représentatives du personnel par le débiteur (C.trav.,art.L.432-1) et cette audition des représentants des institutions représentatives du personnel par le juge (C.com., art.L.641-3) s'imposeront aussi lorsque d'emblée la liquidation a été choisie tant la situation dans l'entreprise était dégradée. Dans le cadre de cette liquidation si le tribunal envisage un plan de cession les représentants des institutions représentatives du personnel devront être entendus (C.com., art.L.642-5, al.1°).

Il ne faudrait pas manquer de souligner que cette implication prend un tour particulier dans le cadre des opérations de vérification des créances par le représentant des salariés, qui intervient dans toutes les procédures collectives (sauvegarde, redressement, liquidation) où le représentant va avoir un rôle important. Il aura pour mission de s'assurer que toutes les créances salariales figureront bien sur le relevé établi par le mandat. Ce contrôle sera assorti de quelques initiatives offertes au vérificateur. Elle fait partie des quelques initiatives que peuvent prendre les institutions représentatives du personnel dans les procédures que nous allons étudier maintenant.

B- Implication initiée par les institutions représentatives du personnel

Dans la phase préventive, il peut être utile aux institutions représentatives du personnel pour en particulier mobiliser l'opinion, parmi le personnel comme à l'extérieur de l'entreprise, d'exercer leur droit d'alerte prévu par l'article L.432-5 du code du travail. Le chef d'entreprise est alors obligé de fournir des explications sur les faits jugés inquiétants par les institutions représentatives du personnel. La procédure prévue par la loi permet alors un échange entre employeur et institutions représentatives du personnel fondé sur des informations économiques et comptables fournies par le commissaire au compte ou par l'expert comptable sollicité et consignée dans un rapport. Le vote est une façon solennelle d'alerter les dirigeants sur la dégradation de la situation de l'entreprise (C.trav., art.L.432-5-II, al.6). Mais, c'est aussi le juge que les institutions représentatives du personnel peuvent alerter. Nous avons déjà évoqué plus haut cette alerte judiciaire. Mais, dans ce cas, leur alerte est moins contraignante. C'est au juge qu'il revient d'apprécier l'opportunité de convoquer le dirigeant pour obtenir des explications. En particulier, il n'y pas lieu à rédaction d'un rapport par l'employeur ; lors de la rencontre avec le magistrat « des mesures propres à redresser la situation » doivent être évoquées (C.com., art.L.611-2). C'est encore le juge qui peut être destinataire d'informations communiquées par les institutions représentatives du personnel mais cette fois ci relatives à la cessation de paiement de l'entreprise (C.com.,art.631-6). Mais, sauf à être créancier, les institutions représentatives du personnel ne pourront pas assigner directement l'entreprise pour que soit ouverte une procédure collective. Lorsque la procédure est ouverte par le juge, la vérification de créance opérée par un mandataire sera une des rares

⁶ Dans ce cas une consultation préalable s'imposera sur le fondement de l'article L.432-1 du code du travail.

circonstances où le représentant des salariés pourra par ses initiatives jouer un rôle actif dans la procédure. A l'occasion de la vérification des créances salariales, le représentant des salariés peut signer ou non les relevés de créances, de les assortir de réserves et d'observations (C.com.art.L.625-1, al.1 et décret 28 déc.2005, art.118, al.2 in fine). Son refus ou ses observations obligera le juge commissaire à entendre le représentant des salariés sur les motifs de son refus (Décret 28 déc.2005, art.118 al.2). Le juge commissaire peut alors lui aussi refuser le relevé de créances. L'initiative du salarié peut ainsi paralyser la procédure d'admission des créances. Un contentieux prud'homal peut suivre l'incident au cours duquel le représentant des institutions représentatives du personnel peut assister le salarié concerné par la créance litigieuse (C.com.,art.L.625-4, al.1 et 3).

Mais, ce rôle d'assistance n'est pas le principal devant les tribunaux, car les institutions représentatives du personnel ont parfois la possibilité d'exercer des recours en leur nom contre des décisions judiciaires.

En application de l'article L.661-1 du code commerce sont susceptibles d'un appel ou d'un pourvoi en cassation de la part du comité d'entreprise ou, à défaut aux délégués du personnel:

- les décisions statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant ou rejetant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement. ainsi que ceux procédant à sa modification (C.com., art.L.661-1, 3°) Le jugement est notifié aux représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel (Décret du.28 déc.2005, art.137 et 203).

- les décisions modifiant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement de l'entreprise.

En cas d'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, le représentant spécial peut exercer les voies de recours (C.com., art.L.661-1,III) Enfin, concernant les situations les plus graves, lorsqu'il apparaît que les dirigeants sont soupçonnés d'avoir commis des infractions pénales en relation avec la procédure collective (banqueroute, fraudes) l'article L.654-17 du code de commerce autorise le représentant des salariés à se constituer partie civile pour provoquer l'ouverture d'une procédure répressive. Cette possibilité, à l'évidence légitime, ne va pas forcément de soi, car elle s'inscrit dans un contexte jurisprudentiel plutôt défavorable. Elle vient à rebours d'une jurisprudence constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui s'est opposée quasi-systématiquement à toute constitution de partie civile des salariés ou de leurs représentants dans les procédures pénales relatives à des infractions d'abus de biens sociaux⁷.

A l'issue de ces dernières observations, plutôt positives, sur le rôle attribué aux institutions représentatives du personnel dans les procédures collectives, on serait tenté de conclure que les institutions représentatives du personnel jouent les premiers rôles dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises. Malheureusement, il ne s'agit là que d'une lecture de l'apparence du dispositif législatif.

La jurisprudence récente de la chambre commerciale Cour de cassation relative à la qualification des prérogatives des représentants du personnel est là comme pour nous garder cette appréciation précipitée et donc erronée. Dans son arrêt du 27 juin 2006⁸, les magistrats de cette formation ont considéré que l'absence d'audition des salariés préalablement à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par une juridiction anglaise concernant une société de droit français ne constituait pas une violation manifeste du droit fondamental du droit d'être entendu au sens de l'article 26 du règlement européen du n°1346-2000 29 mai 2000

⁷ Pour le rejet de l'action civile des salariés v. par ex Cass.crim.28 janv.2004, n°03-81.345, Bull.July 2004, p.827, note Auzero, pour le rejet de l'action civile des représentants du personnel v.par ex.Cass.crim.23 févr.2005, n°04-83.192, Bull.July Sociétés 2005, p.845 note P.Scholler

⁸ Cass.com.27 juin 2006, Bull.civ. IV, n° 149 ; RDT. nov. 2006, p.344, obs. E. PATAUT ; A. LIENHARD, D. 2006, AJ p. 1816 ; J.-L. VALLENS, D. 2006 p. 2257 ; M. MENJUCQ, JCP 2006. I. 10147 ; J.-P. LEGROS, Dr. des sociétés, Commentaire 141, p. 16 ; D. FASQUELLE, Bull. Joly sociétés 2006, p. 1379.

relatif aux procédures d'insolvabilité. D'emblée, il nous faut donc nuancer cette appréciation positive fondée sur une analyse plutôt quantitative, pour essayer ensuite de procéder à une évaluation qualitative de cette implication. C'est cette dernière qui nous permettra de mesurer l'implication réelle des institutions représentatives du personnel.

II L'implication réelle.

Il n'y a pas d'informations permettant de rendre compte du déroulement des procédures collectives. Certes, il y a une statistique qui domine la matière et qui incite à des déductions. L'immense majorité des procédures collectives, même après la réforme de 2005 et le développement à dose homéopathiques des mandats ad hoc et des sauvegardes se conclue par une liquidation de l'entreprise⁹. L'entreprise fait alors l'objet d'une cession partielle ou totale et une partie seulement du passif est apurée. Les salariés sont licenciés ou leur contrat de travail est transféré vers une autre entité juridique. Les institutions représentatives du personnel auront tenté d'informer au mieux les salariés, préserver le maximum d'emploi et obtenir des indemnités substantielles en cas de licenciements. Bien souvent, l'engagement des institutions représentatives du personnel est un combat désespéré pour sauver l'entreprise. Les représentants du personnel ont à des degrés divers, l'impression que tout est joué et qu'ils ne peuvent être spectateurs d'une pièce qui se joue sans eux. Bien sûr, cette impuissance s'explique pour des raisons économiques et financières. Les possibilités de sauvetage sont souvent dépendantes d'investisseurs extérieurs. Mais, il y a aussi des explications qui résident dans la défaillance de mécanismes juridiques de représentation des intérêts du personnel dans traitement des difficultés des entreprises. Une évaluation de l'implication des institutions représentatives du personnel dans les procédures s'impose. Nous allons découvrir que l'implication des institutions représentatives du personnel est étriquée (A) et que le contrôle des institutions représentatives du personnel sur le déroulement des procédures est par ailleurs contrarié (B).

A – Une implication étriquée

A bien examiner la mécanique des diverses procédures reprises ou instituées par la loi du 26 juillet de 2005 on s'aperçoit que les institutions représentatives du personnel ne peuvent pas être actrices dans des circonstances pourtant où leur intervention pourrait se révéler précieuse. D'une part, parce que leur implication dans les procédures est parfois réduite et d'autre part parce que la connaissance de la situation et des stratégies de redressement ou d'abandon de l'entreprise leur échappe.

Sur le plan procédural, ces carences existent au commencement des procédures comme à leur achèvement.

Tout d'abord, au commencement des procédures, les institutions représentatives du personnel sont privés de certaines initiatives : - ils n'ont pas le droit d'alerte lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde a été engagée (C.com.,art.L.234-4),

- les institutions représentatives du personnel ne peuvent déclencher une procédure de conciliation de l'article L.611-4 et s. de code de commerce (sauf si le comité d'entreprise est créancier).

⁹ V.par ex : 40000 procédures collectives ouvertes en 2006, pour 479 procédures de sauvegarde ! v. « Un premier bilan d'application de la loi de sauvegarde », La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficultés, Févr.2007, n°6.

- de façon plus générale, les institutions représentatives du personnel ne peuvent assigner l'entreprise en ouverture d'une procédure collective sauf lorsque le comité d'entreprise est créancier. Elles doivent se contenter de la seule information éventuelle du juge de l'état de cessation de paiement (C.com., art.L.631-6),
- les institutions représentatives du personnel ne sont pas habilitées à participer à la désignation d'un mandataire ad hoc, même si ultérieurement le comité devra être consulté sur les projets de ce mandataire sur le fondement de l'article L.432-1 du code du travail,
- en cas de liquidation de l'entreprise, lorsque la cession de l'entreprise est envisagée, le tribunal n'a pas à entendre au préalable les institutions représentatives du personnel pour décider d'un maintien provisoire de l'activité de l'entreprise (C.com., art.L.641-10, al.1). Toutefois, le liquidateur devra respecter les règles de droit commun d'information et de consultation du comité dans sa gestion de l'entreprise.

Ensuite, en cours de procédure, on peut détecter d'autres absences. Ainsi, par exemple, même l'article L.626-4 du code de commerce prévoit que les représentants des institutions représentatives du personnel seront auditionnés par le juge avant l'adoption d'un plan de sauvegarde qui comprend le remplacement d'un dirigeant, les débats au sein des comités des créanciers, créés dans le cadre de la procédure échapperont totalement aux institutions représentatives du personnel. Le processus d'élaboration du plan de sauvegarde exclue les institutions représentatives du personnel. Cette exclusion se retrouve encore dans la procédure de sauvegarde, lorsqu'en cours de période d'observation les institutions représentatives du personnel découvrent un état de cessation de paiement et ne peuvent agir pour demander une conversion de la sauvegarde en redressement ou en liquidation (C.com., art.L.622-10, al.2). Elles doivent se contenter d'informer le tribunal ou le Ministère Public de la cessation de paiement (C.com., art.L.631-6).

Enfin, dans la procédure de liquidation, une information sur les actes spécifiques entrant dans la mission du liquidateur et non sa gestion de l'entreprise, n'a pas à être communiquée aux institutions représentatives du personnel. C'est le cas, par exemple, du rapport sur la situation du débiteur que le liquidateur doit établir dans le mois qui suit sa désignation (C.com., art.L.641-2). Lorsqu'un plan de cession a été élaboré dans le cadre d'une liquidation ou d'une autre procédure collective, seul le cessionnaire peut solliciter du tribunal une modification dans les objectifs et les moyens du plan. Les institutions représentatives du personnel ne peuvent en prendre l'initiative. Cependant, les institutions représentatives du personnel doivent être consultées par le cessionnaire sur le fondement de l'article L 432-1 du Code du travail et le tribunal doit auditionner les représentants des institutions représentatives du personnel avant de procéder à une modification substantielle. (C.com., art.L.642-6).

Au final, on constate que les institutions représentatives du personnel sont privées de prérogatives à l'occasion d'évènements qui vont avoir un impact très fort sur le personnel : élaboration d'un plan de sauvegarde par les comités des créanciers, décision de maintien provisoire de l'activité en attente d'une cession,...

Cette faiblesse inscrite en creux dans la loi va se trouver aggravée par un difficile problème d'accès à l'information sur la situation économique et les stratégies possibles. En effet, la plus grande majorité des entreprises française fait partie de groupe de sociétés et bien souvent le sort d'une entreprise d'un groupe va dépendre de la stratégie juridique, économique et financière du groupe tout entier. Dans l'affaire Metaleurop¹⁰, c'est d'abord la vampirisation de la société Metaleurop SA, puis ensuite le refus de soutien des sociétés dominantes qui ont conduit à la liquidation et aux licenciements dans les sociétés françaises. Comment dès lors gérer des tentatives de sauvegarde d'une entreprise en difficultés ? Il faut a minima pouvoir accéder à un espace plus vaste d'information, celui du groupe ou des réseaux. Cet accès

¹⁰ Casss.com.19 avr.2005, n°05-10.094, Bull.civ.IV, n°922, D.2005, p.1225, obs.A.Lienhardt

concerne aussi bien l'accès à la connaissance de la situation du groupe que la possibilité de donner son avis et dialoguer avec les protagonistes effectifs de l'entreprise en difficultés. Or, dans la réalité, les institutions représentatives du personnel ne sont pas informées encore moins consultées par les fonds de pension ou même les sociétés dominantes de groupe, lorsqu'une décision sur l'avenir de l'entreprise est sur le point d'être prise. Certes, il existe le comité de groupe. Mais, le dispositif d'information associé à cette institution est loin d'épuiser les besoins nécessaires pour comprendre les stratégies financières globales, qui vont avoir un impact sur l'avenir de l'entreprise..

Ce décalage conduit à ce que la dynamique économique et financière réelle n'est pas prise en compte par la loi et, en conséquence, les institutions représentatives du personnel se retrouvent souvent sans information efficace et sans interlocuteur responsable. C'est encore plus grave lorsque ceux qui détiennent le pouvoir de décision pour l'avenir de l'entreprise sont des investisseurs financiers, des fonds de pension par exemple, qui ne font même pas partie du groupe stratégique mais qui grâce à leur investissement en capital vont détenir les leviers pour l'avenir.

Cette faiblesse réelle des institutions représentatives du personnel inscrite dans la loi et l'organisation des entreprises va encore être aggravée par la question des recours judiciaires des institutions représentatives du personnel.

B – Un contrôle contrarié.

Nous l'avons déjà évoqué plus haut, les institutions représentatives du personnel sont des partenaires de l'institution judiciaire car il y a des circonstances où elles doivent être entendues avant qu'une décision ne soit prise. Elles peuvent aussi exercer certains recours. Mais, le législateur a considérablement limité le nombre des recours offerts aux institutions représentatives du personnel ; cela est regrettable surtout lorsqu'il s'agit de décisions qui pour certaines auront un impact direct sur l'emploi. Au-delà, on peut s'interroger aussi sur l'efficacité réelle des recours à disposition des institutions représentatives du personnel.

Examinons dans un premier temps la liste des recours judiciaires fermés aux institutions représentatives du personnel.

D'abord, il est une ordonnance du juge commissaire lourde de conséquences pour le personnel de l'entreprise, qui pourtant n'admet pas de recours: celle autorisant les licenciements pour motif économiques pendant la période d'observation. Les institutions représentatives du personnel auraient assurément dans bien des cas des arguments à faire valoir pour l'appréciation du caractère urgent, inévitable et indispensable que doivent présenter de tels licenciements.

Ensuite, les représentants du personnel ne peuvent pas former recours contre certaines décisions prises par le juge de la procédure.

Dans la procédure de sauvegarde, ni les salariés, ni leurs représentants ne figurent sur la liste habilitée par l'article L.661-1 1° du code de commerce à exercer les voies de recours contre une décision d'ouverture d'une procédure de sauvegarde. C'est là pourtant une décision qui engage irrémédiablement l'avenir de l'entreprise au vu des statistiques. Mais, cette privation d'un recours contre une décision importante n'est pas isolée. Il en va de même dans la procédure de sauvegarde, lorsqu'une cessation partielle d'activité est décidée il n'est pas permis aux institutions représentatives du personnel de former appel contre la décision judiciaire ordonnant la cessation partielle d'activité (C.com. , art .L.661-6, 2°).

Enfin, lorsqu'il apparaît en cours de procédure de sauvegarde que la société est en état de cessation de paiement, les institutions représentatives du personnel ne sont pas habilitées à saisir le magistrat pour demander une conversion en redressement ou en liquidation. Les institutions représentatives du personnel n'ont pas la possibilité de saisir le juge pour que soit

prononcée la résolution du plan de sauvegarde et la liquidation judiciaire (C.com., art.L.626-27, II), sauf s'ils sont eux même créanciers.

En cas de redressement judiciaire, le jugement d'ouverture de la procédure collective ne peut être attaqué par les institutions représentatives du personnel (C.com., art.L.661-1, al.1). De même, les institutions représentatives du personnel ne peuvent agir contre la décision autorisant (ou rejetant la demande) la cession partielle ou totale de l'entreprise (C.com.art.L.661-6) quel que soit le moment de la procédure où cette décision autorisant la cession intervient (elle peut intervenir pendant la procédure de redressement).

En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation, ni le comité ni les délégués du personnel ne figurent dans la liste des personnes habilitées à exercer les voies de recours contre la décision ouvrant la procédure de liquidation (C.com., L.661-1, 1°). En revanche, ils peuvent exercer toutes les voies de recours sur les décisions statuant sur la liquidation judiciaire (C.com., art.L.661-1, 2°). Enfin, le droit d'interjeter appel contre le plan de cession (adopté ou rejeté) n'est pas reconnu aux représentants du personnel (C.com., art.L.661-6, II).

Comment analyser ces importantes carences ?

Les institutions représentatives du personnel sont écartées de la gestion judiciaire de l'entreprise dans le cadre des procédures collectives, car ils ne peuvent pas contrarier les décisions les plus importantes. Ils sont auditionnés par le juge et leur rôle s'arrête là, le plus souvent. Dans un premier mouvement, on peut regretter que les institutions représentatives du personnel ne puissent pas contester ces décisions. Mais, il faut y réfléchir. Ce sont pour l'essentiel des décisions de gestion, le juge agit en gestionnaire. Il est difficile de concevoir une réformation voire annulation d'une décision de gestion quelques mois plus tard dans un contexte fragilisé. La réformation des décisions prises dans les procédures collectives n'est pas fonctionnelle et peut compromettre encore plus gravement l'avenir de l'entreprise. Il reste que la menace d'un recours des institutions représentatives du personnel contre une décision à venir peut être un excellent moyen d'incitation auprès du juge afin qu'il prenne en compte les intérêts des salariés. Cette analyse de l'intérêt et de l'efficacité des recours judiciaires nous place dans l'embarras car aucune des branches de l'alternative n'est réellement satisfaisante. Néanmoins, cet embarras n'est pas sans aspect positif. Il doit nous aider à réfléchir, en conclusion, à ce qui pourrait améliorer la qualité de l'implication des institutions représentatives du personnel.

Conclusion.

Comment permettre aux institutions représentatives du personnel d'être des acteurs plus efficaces dans les procédures d'insolvabilité ? Multiplier les possibilités de recours contre les décisions judiciaires peut avoir un effet incitatif sur la prise en compte des intérêts des salariés, mais ce n'est pas la voie majeure de réforme pour les raisons que nous venons d'exposer. C'est dans l'implication effective des institutions représentatives du personnel institutions représentatives du personnel dans le processus de restructuration de l'entreprise.

Il faut être réaliste : les procédures collectives sont très souvent un instrument de régulation du marché dans un secteur d'activité¹¹. Les entreprises les moins performantes vont être restructurées pour passer à la concurrence.

Ces restructurations sont le résultat d'arbitrage à plusieurs niveaux : de l'entreprise mais aussi du groupe, du secteur d'activité, des marchés financiers.

Le juge n'est qu'un des multiples agents de cette régulation. Il faut donc ouvrir l'espace d'intervention des institutions représentatives du personnel pour qu'elles soient associées à

¹¹ Ch.Hannoun, Les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives, in Les salariés et la défaillance de l'entreprise, Thèmes et commentaires, Dalloz 2007, spéc.p.23 et s.

tous ces arbitrages. Il n'est pas anodin que le législateur n'ait pas prévu, dans les grandes entreprises¹² l'information et la consultation des représentants des salariés par le comité de fournisseur et le comité d'établissements de crédits lorsqu'il s'agit d'élaborer des solutions de redressement, en particulier d'apurement du passif. Leur avis n'est recueilli par ces comités qu'au bouclage du plan (Décret 2005-1677 du 28 décembre 2005, art.168)

C'est bien là où peut se jouer la restructuration et l'éventuel démantèlement de l'entreprise. Pourquoi dès lors ne pas associer les représentants des salariés aux débats des comités des créanciers ?

C'est un exemple, mais il faut maintenant solliciter notre imagination pour répondre à deux exigences :

-adapter l'information aux réalités économiques et financières des nouvelles formes de gestion des entreprises,

-permettre aux institutions représentatives du personnel d'influer sur des stratégies qui se dessinent en dehors des frontières de leurs entreprises.

C'est à ce prix que l'on pourra qualifier l'implication d'utile et d'efficace.

¹² Dans les entreprises de 150 salariés ou plus ou réalisant un chiffre d'affaires au moins égal à 20 millions d'euros, selon le décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 art.162