

22 Consultation du comité d'entreprise sur l'organisation économique ou juridique de l'entreprise

L'obligation de consulter le comité d'entreprise pour avis préalable concerne de nombreuses opérations de la vie des affaires et peut s'appliquer même en l'absence de modification des conditions de travail des salariés. Le chef d'entreprise doit bien connaître les contours de cette obligation et son calendrier pour éviter le délit d'entrave.

1 Outre sa compétence pour tout ce qui a trait à la marche générale de l'entreprise (C. trav. art. L 2323-6), le comité d'entreprise dispose d'une compétence de principe dans le domaine économique et juridique posée par l'article L 2323-19 du Code du travail et précisée par le ministère du travail et la jurisprudence. Le respect des dispositions de cet article étant au cœur des opérations d'acquisition et de restructuration, l'objet de l'étude est de présenter les principales opérations entrant dans son champ d'application ainsi que les modalités de mise en œuvre de cette obligation d'information et de consultation.

Ne sont pas traitées ici la situation des **sociétés cotées** et les opérations de **concentration**, néanmoins visées par l'article.

2 L'article L 2323-19 du Code du travail est rédigé comme suit : « Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les **modifications de l'organisation économique ou juridique** de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L 233-1 du Code de commerce. L'employeur indique les motifs des modifications projetées et consulte le comité d'entreprise sur les mesures envisagées à l'égard des salariés lorsque ces modifications comportent des conséquences pour eux-ci. Il consulte également le comité d'entreprise lorsqu'il prend une participation dans une société et l'informe d'une prise de participation dont son entreprise est l'objet lorsqu'il en a connaissance ».

Naturellement, comme tout manquement aux droits des représentants du personnel, le **non-respect des dispositions** de cet article est constitutif d'un délit d'entrave

A. Duffour est avocat associé au sein du cabinet Cohen & Gresser qu'elle a rejoint en 2014 pour créer, avec J. Jonas, le bureau parisien de ce cabinet américain, après une expérience de 10 ans au sein du cabinet



ANGÉLINE DUFFOUR
Avocat

Dentons (anciennement Salans), dont un détachement à New York. Elle intervient auprès de clients français et étrangers dans tous les domaines du droit social, tant en conseil qu'en contentieux.

Avocat au sein du cabinet Cohen & Gresser depuis octobre 2014, après avoir travaillé 5 ans dans des cabinets d'affaires, dont près de 3 ans au sein



ANNA MILLERET-GODET
Avocat

du cabinet Dentons (anciennement Salans). Elle intervient auprès d'une clientèle française et internationale sur tous les aspects du droit social, tant en conseil qu'en contentieux.

(puni à l'heure actuelle, sous réserve des modifications envisagées dans le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, d'un an d'emprisonnement de 3750 € d'amende au plus).

I. Les opérations entrant dans le champ d'application de l'article L 2323-19 du Code du travail

Les opérations expressément visées par l'article L 2323-19

3 Parmi les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, l'article L 2323-19 du Code du travail vise expressément les opérations suivantes.

- « La **fusion** », opération consistant en la réunion de plusieurs sociétés pour n'en former qu'une seule. La définition d'une fusion varie selon le droit considéré. Ainsi, en droit des sociétés, le Code de commerce (art. L 236-1) définit

une fusion comme l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transmettent leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. En droit fiscal, un apport de contrôle portant sur 75 % au moins du capital d'une autre société est assimilé à une fusion, en application de l'article 301 C du Code général des impôts. Dans les deux cas, la consultation préalable du comité d'entreprise sera obligatoire.

- « La **cession** », entendue comme la cession d'entreprise, que celle-ci intervienne dans le cadre de la vente d'un fonds de commerce ou de la cession de parts sociales ou d'actions. La consultation du comité d'entreprise de la société dont les titres sont cédés devra avoir lieu non seulement en cas de transmission de l'intégralité du capital social mais également en cas de transmission d'une partie du capital ayant pour effet de placer cette société sous la dépendance d'une autre. La cession de l'entreprise pourra aussi résulter d'un changement d'associé majoritaire à l'occasion d'une augmentation de capital.

PRISES DE PARTICIPATION DANS L'ENTREPRISE ET CESSIION MINORITAIRE DE TITRES DE L'ENTREPRISE

L'article L 2323-19 du Code du travail prévoit une simple information du comité d'entreprise sur les prises de participation dont l'entreprise est l'objet et dont l'employeur a connaissance. Tel pourrait être, par exemple, le cas d'une cession d'un nombre limité d'actions entre particuliers constituant une opération d'ordre purement patrimonial.

Toutefois, la cession d'une minorité d'actions, même si elle ne peut être assimilée à une cession d'entreprise entrant dans le champ d'application de l'article L 2323-19, peut devoir faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise sur le fondement de l'article L 2323-6 du Code du travail prévoyant que le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, 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. Il en est ainsi si la cession engendre des conséquences pour les salariés car il s'agit alors d'une question intéressant l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'entreprise (Cass. crim. 2-3-1978 n° 76-92.008).

- « La **modification importante des structures de production de l'entreprise** ». Constituent des modifications « importantes », par exemple, la mise en place, à titre expérimental, d'un nouveau système d'organisation du travail des caissières d'un grand magasin (Cass. crim. 7-10-1980 n° 79-93.204) ou encore le changement d'aménagement des tâches au sein d'un service commercial, prévoyant une séparation en trois services distincts, avec remodelage des secteurs des vendeurs qui se voient confier de nouvelles attributions (Cass. crim. 26-6-1984 n° 83-91.339).

- « L'**acquisition ou la cession de filiales au sens de l'article L 233-1 du Code de commerce** », à savoir de sociétés dont plus de la moitié du capital social est détenue par une autre société. L'acquisition d'une filiale peut se réaliser notamment via une souscription à une augmentation de capital ou tout simplement par l'achat d'actions ou de parts sociales (lequel peut, là encore, être minime si ce rachat permet une prise de contrôle de la filiale).
- « La **prise de participation dans une société** ». Si l'on se réfère aux dispositions de l'article L 233-2 du Code de commerce, une société est considérée comme détenant une participation dans une autre si elle détient une fraction du capital comprise entre 10 et 50% du capital de la seconde. Cependant, l'article L 2323-19 du Code du travail ne comporte pas de restrictions de sorte qu'il vise toutes les prises de participation, à savoir chaque fois qu'une société acquiert des actions ou des parts sociales donnant accès à une partie du capital social d'une autre société et ce, quelle que soit la fraction du capital acquise.

4 Dès lors qu'elles sont expressément visées par l'article L 2323-19 du Code du travail, toutes les opérations précitées doivent être soumises à l'information et à la consultation du comité d'entreprise, quelles que soient leur importance et leurs **conséquences sur les salariés**.

Les opérations non visées par l'article L 2323-19 mais entrant dans son champ d'application

5 La rédaction générale de l'article L 2323-19 du Code du travail a laissé place à une abondante jurisprudence. L'administration est également venue préciser les contours de l'obligation de consultation du comité d'entreprise au visa de l'article L 2323-19 du Code du travail.

6 Selon le **ministère du travail** (circulaire DRT n° 12, datée du 30 novembre 1984), même dans les cas où les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise n'entraînent pas de conséquences pour les salariés (absence de changement des conditions de travail), le comité d'entreprise doit être consulté en cas de :

- création, transformation, fermeture d'un département, service, agence, établissement ;
- modification importante dans l'organisation interne des différents établissements ou services de l'entreprise ;

- projet de recours à la sous-traitance ;
- projet de constitution d'un groupeement d'intérêt économique (GIE). A cet égard, les juges ont confirmé que le comité de chaque entreprise concernée par un projet de constitution d'un GIE doit être consulté dans la mesure où ce projet modifie leur organisation économique et juridique (Cass. soc. 26-9-1990 n° 89-60.678).

7 La **jurisprudence** est également venue préciser les opérations pour lesquelles la consultation du comité d'entreprise est requise au visa de l'article L 2323-19. Il en est ainsi, notamment, des :

- **scissions** d'entreprise, étant précisé qu'une scission est l'opération par laquelle une société transmet son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou nouvelles (C. com. art. L 236-1). La consultation du comité d'entreprise est d'autant plus légitime dans ce cas que l'opération est susceptible d'entraîner l'application de l'article L 1224-1 du Code du travail (c'est-à-dire le transfert automatique des contrats de travail des salariés dédiés à l'activité transférée), si la scission emporte transfert d'une entité économique autonome ;
- **apports partiels d'actifs**, lesquels s'apparentent à une cession (partielle) de l'entreprise elle-même ;
- **mises en location-gérance**. La mise en location-gérance, qui consiste à permettre à une société de ne plus exploiter elle-même son fonds de commerce et à en confier la gestion à un tiers, appelé locataire-gérant ou société d'exploitation, doit être précédée de la consultation du comité d'entreprise (Cass. crim. 27-3-1990 n° 89-82.951 : RJS 6/90 n° 502), et ce, d'autant plus qu'elle est susceptible d'engendrer le transfert automatique des contrats de travail des salariés dédiés à

l'activité transférée au locataire-gérant, au titre de l'article L 1224-1 du Code du travail.

“Est visé un changement d'actionnaires qui ne se limite pas à une opération patrimoniale”

8 Cela est également le cas d'une **réorganisation d'un service** « affectant une fraction du personnel dudit service » (Cass. crim. 26-6-1984 n° 83-91.339) ou d'une fusion de deux services en un seul, dès lors que la fusion concerne « deux unités non négligeables » et « est de nature à changer la structure même des effectifs » (Cass. crim. 28-11-92 n° 90-87.187).

C'est encore le cas d'un **changement d'actionnaires** qui ne se limite pas à une opération entre particuliers d'ordre patrimonial

mais a de vraies conséquences en termes de restructuration et d'organisation de l'entreprise (Cass. soc. 16-4-1996 n° 93-15.417 : RJS 5/96 n° 559).

9 En revanche, l'**information et la consultation** du comité d'entreprise ne sont **pas requis** lorsque la réorganisation interne ne vise qu'un nombre très limité de salariés, telle qu'une modification d'horaire de travail concernant 8 salariés sur les 350 salariés de l'entreprise (Cass. crim. 19-2-1980 n° 79-92.118), ou encore, en cas de mise en place et de suppression d'un service occupant 3 personnes sur 120 salariés (Cass. crim. 14-2-1989 n° 87-91.415 : RJS 5/89 n° 438). Précisons enfin que l'obligation de consulter le comité d'entreprise joue même si les modifications économiques et juridiques sont la conséquence d'une nouvelle loi (Cass. soc. 26-10-2010 n° 09-67.760 : RJS 1/11 n° 54 ; Circ. DRT 30-11-1984). Dans l'affaire jugée par la Cour de cassation, une loi avait prévu le transfert du capital d'une société à participation publique à un holding détenu par l'Etat.

L'articulation avec les autres obligations de consultation du comité d'entreprise

10 La frontière est souvent tenue entre le champ d'application de l'article L 2323-19 du Code du travail et celui de l'article L 2323-6 visant l'information et la consultation du comité d'entreprise sur la **marche générale de l'entreprise** (voir en encadré l'exemple de la cession minoritaire de titres de l'entreprise). La consultation du comité d'entreprise sur le fondement de l'article L 2323-19 du Code du travail doit également être distinguée de l'obligation de consultation sur les **orientations stratégiques** créée en 2013 (C. trav. art. L 2323-7-1). En effet, même si cette consultation a pour but de permettre aux représentants du personnel de mieux comprendre et de connaître en amont les choix stratégiques de l'entreprise et leurs conséquences éventuelles, notamment sur l'emploi et les conditions de travail des salariés, elle n'a pas vocation à se substituer à la consultation

du comité d'entreprise concernant les opérations ponctuelles telles que celles relevant de l'article L 2323-19 du Code du travail.

II. Les modalités d'information et de consultation

Quels comités consulter ?

11 Dès lors qu'une entreprise compte **plusieurs établissements**, la question se pose de savoir quels comités d'entreprise consulter. La réponse est étroitement liée au niveau de prise de la décision. On peut ainsi considérer que le comité central d'entreprise sera consulté pour toutes les mesures échappant aux directeurs d'établissement, et les comités d'établissements pour les mesures relevant des chefs d'établissement. Une **double consultation** est toutefois souvent requise, notamment en cas de nouvelles définitions de fonctions et compétences au niveau de l'entreprise nécessitant des mesures particulières d'adaptation au niveau de l'établissement (Cass. soc. 1-4-2008 n° 07-12.713) ou encore en cas de réorganisation juridique impliquant plusieurs établissements (par exemple, mise

en location-gérance de deux établissements : Cass. crim. 27-3-1990 n° 89-82.951 : RJS 6/90 n° 502).

Par ailleurs, en cas de **cession d'une filiale**, ce sont les comités de l'entreprise cédante, de l'acquéreur et de la filiale qui doivent être consultés sur l'opération envisagée (Circulaire DRT n° 12 du 30-11-1984). En revanche, n'ont pas à être informés et consultés les comités d'entreprises des filiales de l'entre-

prise cédée (CE 26-7-1996 n° 92070 : RJS 10/96 n° 1055).

Selon quel calendrier ?

12 La **consultation** du comité d'entreprise doit être **préalable** à la prise de décision de l'employeur (C. trav. art. L 2323-2). Elle peut être faite à l'occasion d'une réunion ordinaire ou d'une réunion extraordinaire du comité d'entreprise. Si l'employeur n'est pas lié par l'avis rendu par le comité d'entreprise (que celui-ci soit favorable ou défavorable, en

l'absence de tout droit de veto), il doit néanmoins disposer de cet avis avant de s'engager définitivement sur le projet (par exemple, en signant un contrat d'acquisition, une promesse de vente ou un contrat de location-gérance).

13 Afin de pallier certaines situations de blocage dans lesquelles un comité d'entreprise, réfractaire au projet soumis à sa consultation, tardait sciemment, voire refusait de se prononcer, de façon à empêcher la réalisation de l'opération envisagée, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a encadré les **délais de consultation** du comité d'entreprise.

“Le comité d'entreprise doit rendre son avis dans le mois de la communication des informations”

Si les membres du comité d'entreprise doivent toujours être convoqués au minimum 3 jours avant la réunion ou 8 jours en présence d'un comité central d'entreprise (Circ. DRT 12 du 30-11-1984), est désormais tenu de rendre son avis dans un délai maximal d'un mois à compter de la communication des informations par l'employeur. S'il ne s'est pas prononcé dans ce délai d'un mois, il est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif à l'expiration du délai (C. trav. art. L 2323-3). Ce délai est porté à deux mois en cas de recours à un expert, trois mois en cas de saisine du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et quatre mois en présence d'une instance de coordination des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a toutefois prévu la possibilité d'aménager ces délais par accord entre l'employeur et la majorité des membres titulaires élus du comité d'entreprise, sans toutefois que ces délais puissent être inférieurs à 15 jours à compter de la communication des documents.

A noter que, dans le cadre des négociations sur le dialogue social qui ont débuté fin 2014 et n'ont pas encore abouti, le conseil d'entreprise (entité qui regrouperait le comité d'entreprise, les délégués du personnel et

“La consultation du comité sur les orientations stratégiques ne se substitue pas à celle relative aux opérations ponctuelles”

le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) délivrerait ses avis dans les mêmes délais.

Quelle est la nature des informations transmises au comité d'entreprise ?

14 Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise doit disposer d'informations précises et écrites (sur le projet lui-même et ses conséquences sociales) transmises par l'employeur dans un délai suffisant (C. trav. art. L 2323-4).

En pratique, il convient de remettre aux membres du comité d'entreprise (en même temps que l'ordre du jour signé par le secrétaire) une note écrite présentant le projet envisagé et ses conséquences sociales pour les salariés. En cas de projet de rachat, de reprise ou de transfert d'activité, la note devra présenter le repreneur et ses projets (en termes d'investissements, de personnel, d'organisation, etc.) sur la société ou l'activité reprise. Il convient de remettre cette note écrite aux membres du comité d'entreprise en même temps que la convocation à la réunion, soit au moins 3 jours avant la réunion. Le chef d'entreprise est en outre tenu d'apporter une réponse motivée aux éventuelles observations et propositions alternatives du comité. L'avis officiel du comité est donné après examen de ces réponses avec d'éventuelles propositions alternatives.

15 Malgré l'encadrement des délais de consultation du **comité** d'entreprise, ce dernier peut toujours, s'il **s'estime insuffisamment informé**, saisir en référé le président du tribunal de grande instance en vue

d'obtenir la communication des éléments manquants. Le juge est tenu de statuer dans un délai de huit jours de façon à ne pas allonger le délai dans lequel le comité d'entreprise doit rendre son avis (sauf exception prévue à l'article L 2323-4 du Code du travail en cas de difficultés particulières d'accès aux informations).

Quel est le degré de confidentialité de ces informations ?

16 Aux termes de l'article L 2325-5 du Code du travail, les membres du comité d'entreprise sont tenus à « une obligation de **discrétion** à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur ». Malgré les demandes du Medef visant à renforcer cette obligation de discrétion, notamment dans le cadre des discussions de l'ANI du 11 janvier 2013, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 n'a pas modifié les textes actuels, de sorte que le comité d'entreprise n'est tenu à une obligation de discrétion qu'à l'égard des **informations présentant objectivement ou légalement un caractère confidentiel** et déclarées comme telles par l'employeur. Il s'agit de conditions cumulatives.

Par exemple, la loi répute confidentiels la situation de l'actif réalisable et disponible, la situation du passif exigible, le compte de résultat prévisionnel, le tableau de financement, le plan de financement prévisionnel

(C. trav. art. L 2323-10) et les informations communiquées à la suite de la procédure d'alerte déclenchée par le comité d'entreprise (C. trav. art. L 2323-82).

Bon nombre d'entreprises avaient pour habitude de placer sous le sceau de la confidentialité l'intégralité des informations communiquées au comité d'entreprise, y compris des informations d'ores et déjà connues ou accessibles au public. Mettant un terme à cette pratique, la Cour de cassation, dans un arrêt récent, a précisé que le chef d'entreprise qui place l'intégralité des documents qu'il adresse

au comité d'entreprise sous le sceau de la confidentialité sans justifier de sa nécessité porte une **atteinte illicite aux prérogatives du comité** d'entreprise ne pouvant être réparée que par la reprise de la procédure de consultation à ses débuts (Cass. soc. 5-11-2014 n° 13-17.270 : RJS 1/15 n° 44).

“Toutes les informations transmises au comité ne peuvent pas être déclarées confidentielles”

Cette tendance à une **confidentialité restreinte** des projets des entreprises se confirme au-delà du rôle des représentants du personnel avec la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (loi « Hamon ») et son obligation d'information préalable des salariés en cas de cession de leur entreprise (dès lors qu'elle compte moins de 250 salariés) ainsi qu'avec l'abandon du volet « secret des affaires » du projet de loi « Macron » pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.