

249 En questions : retour sur l'obligation de rechercher un repreneur



Thibault MEIERS,
avocat, Dechert (Paris) LLP, membre d'AvoSial

L'OBLIGATION faite aux employeurs envisageant la fermeture d'un établissement de procéder à la recherche d'un repreneur fête ses cinq ans. Cela mérite que l'on s'y attarde à nouveau. Car même si cette mesure est désormais bien ancrée dans le corpus des règles du licenciement collectif pour motif économique,

son régime est encore loin d'être clair.

1. Pourquoi et comment cette obligation de rechercher un repreneur a-t-elle vu le jour ?

L'objectif est de contraindre certains employeurs à chercher des solutions de reprise, totale ou partielle, avant toute fermeture d'établissement afin de lutter contre la désertification des zones d'emploi.

La genèse de cette obligation – qui n'est que de moyens et non de résultat – a été des plus chaotiques. Cette promesse de la campagne électorale de 2012 a vu le jour avec la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi. La première mouture du dispositif, assez imprécise, n'a pas fait long feu. Moins d'un an plus tard, le législateur remettait l'ouvrage sur le métier pour lui substituer, dans le cadre de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle – plus connue sous le nom de « loi Florange » – une série d'obligations bien plus étoffées et assorties de lourdes pénalités financières en cas de manquement de l'employeur. Le Conseil constitutionnel jugeait toutefois ces sanctions

pécuniaires contraires à la Constitution (*Cons. const., déc. 27 mars 2014, n° 2014-692 DC : JCP S 2014, act. 137*), si bien que le sujet revenait encore dans l'hémicycle quelques mois plus tard pour y être à nouveau corrigé et complété par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. Le feuilleton aurait pu s'arrêter là. Mais face aux incertitudes et, partant, à l'insécurité juridique induite par des textes législatifs qui demeuraient toujours obscurs, ce fut au tour de l'exécutif, à peine un an plus tard, de compléter l'édifice en y apportant plusieurs précisions et interprétations par le décret n° 2015-1378 du 30 octobre 2015 (*V. JCP S 2015, 1457, étude Y. Pagnerre, D. Chatard*). Dès l'été suivant, le législateur reprenait la main, en prévoyant dans la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels plusieurs mesures destinées à favoriser la reprise d'établissements (*JCP S 2016, 1345, étude L. Fin-Langer*), encore récemment complétées dans le cadre de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 portant ratification des ordonnances prises pour le renforcement du dialogue social.

La raison de cette gestation erratique : derrière les discussions techniques sur le formalisme que doit suivre l'obligation de rechercher un repreneur sont en jeu le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et la proportionnalité de l'immixtion du juge ou de l'autorité administrative dans la gestion de l'entreprise. Car en forçant l'employeur à chercher des solutions de reprise et à se justifier de ses arbitrages et choix économiques et sociaux, c'est à sa liberté de gestion que l'on porte atteinte.

2. Que recouvre aujourd'hui l'obligation de rechercher un repreneur ?

La procédure s'ouvre par une obligation d'information. Toute entreprise soumise à l'obligation de proposer le congé de reclassement (*C. trav., art. L. 1233-71*, en synthèse : entreprises ou groupe d'entreprises employant au moins 1 000 salariés) et qui envisage la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif doit réunir et informer le comité social et économique (CSE) – ou le comité d'entreprise le cas échéant – au plus tard à l'ouverture de la procédure d'information et de consultation à déployer en cas de projet de licenciement économique d'au moins 10 salariés sur 30 jours (*C. trav., art. L. 1233-30 et L. 1233-57-9*). En vue de cette réunion, l'employeur doit communiquer aux membres du CSE, avec la convocation, tous renseignements utiles sur le projet de fermeture de l'établissement, et notamment : les raisons économiques, financières ou techniques de ce projet, les actions qu'il envisage d'engager pour trouver un repreneur, les possibilités pour les salariés de déposer une offre de reprise, les différents modèles de reprise possibles, ainsi que le droit du CSE de recourir à un expert rémunéré par l'entreprise (*C. trav., art. L. 1233-57-10 et L. 1233-57-17*). Il est préférable de réunir ces données dans une seule note d'information dont la remise confère une date certaine à la réunion de lancement de la recherche d'un repreneur. Pour les entreprises comportant un CSE central et des comités d'établissement, l'ordre des réunions d'information est prévu si le projet excède les compétences d'un chef d'établissement ou que plusieurs établissements sont affectés (*C. trav., art. L. 1233-57-11*). L'employeur transmet simultanément les informations précitées au DIRECCTE (*C. trav. art. L. 1233-57-12*) dans le ressort duquel se trouve l'établissement dont la fermeture est envisagée, ou à celui du siège de l'entreprise en cas d'établissements relevant de la compétence de plusieurs DIRECCTE (*C. trav., art. R. 1233-15-1*). L'employeur est ensuite tenu d'informer le maire de la commune du projet de fermeture de l'établissement. Le préfet, qu'il convient de prévenir en amont, en informe quant à lui les élus locaux (*C. trav. art. L. 1233-57-13 et R. 1233-15-1*).

Une fois l'information réalisée s'ouvre le temps dévolu à la recherche d'un repreneur à proprement parler, laquelle doit se faire en toute transparence avec le CSE, ce qui n'exclut pas de lui rappeler ses obligations en matière de discrétion voire de confidentialité. L'employeur doit alors suivre une procédure strictement encadrée (*C. trav., art. L. 1233-57-14*). En pratique, il s'adjoint souvent les services d'experts internes et externes (départements juridiques, finances, communication, production, avocats, consultants spécialisés, etc.) et peut s'appuyer sur l'administration et les collectivités territoriales. Le CSE peut participer et formuler des propositions (*C. trav., art. L. 1233-57-15*). Si le comité exprime le vœu de s'associer à la recherche, l'employeur doit lui donner accès, à sa demande, aux informations communiquées aux repreneurs potentiels (teaser, lettre de contact, accord de confidentialité, document de présentation de l'établissement, etc.) ainsi qu'aux offres de reprise éventuelles et aux réponses motivées de l'employeur (*C. trav., art. L. 1233-57-16*). Dans ce cadre, le CSE peut recourir à l'assistance d'un expert de son choix, rémunéré par l'entreprise. L'employeur doit alors en informer sans délai l'administration (*C. trav., art. L. 1233-57-17*).

Si des offres de reprise formalisées, c'est-à-dire fermes, sont présentées, l'employeur est tenu de les examiner, d'y répondre de façon motivée (*C. trav., art. L. 1233-57-14*) et d'en informer le CSE au plus tard huit jours – calendaires selon nous – après leur réception afin qu'il puisse, s'il l'entend, émettre un avis (*C. trav., art. L. 1233-57-15*). Les informations communiquées aux élus dans ce cadre sont confidentielles par nature.

Enfin, l'employeur doit consulter le CSE sur toute offre de reprise qu'il envisage d'accepter, en lui faisant connaître les motifs qui le conduisent à ce projet, notamment au regard de la capacité de l'auteur de l'offre à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement. Le CSE émet son avis dans le délai habituellement prévu pour ses consultations (*C. trav., art. L. 1233-57-19 et L. 1233-3*). L'employeur n'a pas, à s'en tenir au texte, à justifier son refus des autres offres. Dans cette situation, une procédure de licenciement collectif déjà initiée peut potentiellement devenir caduque en cas de reprise de l'ensemble du personnel par le repreneur. Le CSE est également réuni, mais pour information seulement, si aucune offre de reprise n'a été présentée ou que l'employeur n'entend pas donner de suite favorable à celles qui ont été formalisées. Il incombe alors à l'employeur de dresser un rapport retraçant les actions engagées pour rechercher un repreneur, les offres de reprise qui ont été reçues ainsi que leurs caractéristiques, et les motifs qui l'ont conduit, le cas échéant, à refuser la cession de l'établissement (*C. trav., art. L. 1233-57-20*). Ce rapport doit être communiqué au DIRECCTE.

Tout ceci doit être réalisé avant la fin de la procédure d'information et de consultation sur le projet de licenciement collectif. Si l'absence de reprise, ou la reprise seulement partielle du personnel, conduit à mettre en œuvre une procédure de licenciement collectif, les actions de l'employeur au titre de la recherche d'un repreneur sont prises en compte au titre de la revitalisation du bassin d'emploi (*C. trav., art. L. 1233-57-21*).

Le manquement de l'employeur à l'obligation de rechercher un repreneur peut être sanctionné par le remboursement de certaines aides publiques ou, alternativement selon nous et certainement plus dissuasif, par le refus de la DIRECCTE de valider ou d'homologuer le plan de sauvegarde de l'emploi (*C. trav., art. L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3*).

3. Reste-t-il des zones d'ombre concernant le champ d'application ?

Le champ d'application de l'obligation de rechercher un repreneur reste ambigu et nécessite un examen minutieux. Si l'on excepte la question récurrente et qui n'est pas propre à la recherche d'un repreneur de l'identification des entreprises soumises au congé de reclassement, deux points d'attention sont plus particulièrement à considérer.

Premier point : la notion d'« établissement » dont la fermeture est envisagée. Celui-ci est défini, pour l'application de l'obligation de rechercher un repreneur, comme « une entité économique assujettie à l'obligation de constituer un comité social et économique d'établissement » (*C. trav., art. R. 1233-15*). Première conséquence : l'entreprise cessant totalement et définitivement son activité est exonérée de l'obligation de rechercher un repreneur. Par exception, bien que cessant son activité, une entreprise constituant l'un des établissements distincts d'une unité économique et sociale devrait être assujettie à l'obligation en ce qu'elle répond à la définition de l'établissement posée. Reste une question : qu'en est-il de l'entreprise cessant son activité et qui est constituée de plusieurs établissements distincts dont la fermeture est *de facto* envisagée ? Il semblerait bien qu'elle soit également soumise à l'obligation.

Deuxième conséquence : ne sont pas seulement concernés par l'obligation de rechercher un repreneur les établissements au niveau desquels un comité d'établissement a été élu mais également ceux répondant aux critères d'assujettissement à ce comité et qui n'en sont pas dotés, à savoir les sites d'au moins 50 salariés depuis douze mois consécutifs qui satisfont aux exigences jurisprudentielles d'une implantation géographique propre, de stabilité et d'autonomie en termes de gestion du personnel et d'organisation

du travail. Une vérification préalable du périmètre d'implantation des instances représentatives du personnel dans l'entreprise et, le cas échéant, de l'existence d'une justification objective valable des éventuelles carences constatées (un procès-verbal de carence par exemple) devra être réalisée pour s'émanciper de l'obligation de rechercher un repreneur et diligenter sans risque une procédure de licenciement collectif dans ces entités.

Deuxième point : la notion de *fermeture*. Faire jouer l'obligation de rechercher un repreneur lorsque l'établissement est fermé pour cessation totale et définitive de l'activité ne fait aucun doute, cette fermeture ayant pour conséquence la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi emportant un projet de licenciement collectif. Ce n'est que la juste application des règles classiques du licenciement pour motif économique. Là où les lignes deviennent plus floues, c'est lorsque l'on découvre au décret du 30 octobre 2015 qu'est également mise à la charge de l'employeur l'obligation de rechercher un repreneur en cas de redéploiement de l'activité, dans les cas de transfert de l'établissement en dehors de sa zone d'emploi d'implantation (définie sous *C. trav. art. D. 1233-2*) ou de fusion de plusieurs établissements en dehors de ce même périmètre. Il peut ainsi y avoir obligation de rechercher un repreneur pour l'établissement alors même que l'activité est transférée pour se poursuivre en un autre lieu. L'employeur est alors contraint de chercher un candidat à la reprise potentielle du seul local qu'il ferme puisqu'il se propose généralement dans cette hypothèse de reprendre l'ensemble des salariés et moyens d'exploitation. Cela revient pour l'employeur à organiser sa propre concurrence. C'est notamment le cas lorsque des industriels relevant de secteurs d'activité aux technologies difficilement convertibles souhaitent se séparer d'un établissement avec réorientation intragroupe des flux de production. Ils sont alors tenus de chercher un repreneur pour leurs immeubles et moyens de production sachant que le candidat à la reprise sera souvent un concurrent ou un opérateur susceptible de travailler pour ce dernier. L'objectif de maintenir la vitalité du bassin d'emploi emporte ici des conséquences disproportionnées, d'autant plus qu'elles sont le fait d'un acte réglementaire dont la conformité à la loi et à la Constitution pourrait être discutée.

4. S'agissant de la mise en œuvre, avez-vous des points de vigilance récurrents à signaler ?

Il y a au moins trois points de vigilance récurrents :

Première point : le séquençage des procédures et la durée de la recherche d'un repreneur. Rappelons que l'information du CSE doit intervenir au plus tard à l'ouverture de la procédure d'information et de consultation à suivre en cas de projet de licenciement et que toutes les diligences prescrites doivent être accomplies avant la fin de cette procédure. La réunion d'information sur l'ouverture de la recherche d'un repreneur peut donc se confondre avec la première réunion de la procédure de licenciement. Les praticiens ont dès lors tenté de superposer les procédures, par souci d'optimisation des délais. Cela semblait légitimement s'inscrire dans la dynamique de contraction des temps procéduraux voulue par la loi de sécurisation de l'emploi. Mais, ce faisant, l'obligation de recherche d'un repreneur ne pouvait que manquer son objectif. Elle devenait de pure forme, puisque matériellement peu réaliste dans un temps aussi resserré (moins de deux à quatre mois selon l'effectif). Forte de ce constat l'administration a commencé à faire pression sur les employeurs pour que les procédures de recherche d'un repreneur et de licenciement collectif ne viennent plus se superposer mais se succéder. La redécouverte par les plaideurs de l'action en suspension et l'usage par les élus du personnel des appels à l'administra-

tion pour qu'elle formule observations et injonctions à l'employeur incitent également à aller dans le même sens. Première conséquence : l'allongement de la procédure, avec les coûts associés. Les partenaires sociaux y ont cependant gagné un peu de souffle. Soulignons que les délais légaux contraints de la procédure de licenciement collectif entraînent désormais une mobilisation totale. Reste que la question se pose désormais du point de départ de la recherche d'un repreneur et du point de bascule vers une procédure de licenciement collectif. Trop courte, la procédure de recherche d'un repreneur sera jugée précipitée, insuffisante et déloyale. Trop longue, elle risque d'aggraver certains motifs économiques. Le recours à un accord de méthode peut permettre de dépasser cette difficulté. Deuxième conséquence : si une réunion spécifique à la recherche d'un repreneur est organisée en amont de la procédure de consultation sur le licenciement collectif, quelle est la teneur de l'information à donner sur les raisons économiques, financières et techniques du projet de fermeture ? Celle-ci ne saurait à notre sens être aussi approfondie que la note d'information relative au motif économique, même si certaines données sont communes puisque l'employeur doit communiquer au CSE « *tous renseignements utiles sur le projet de fermeture de l'établissement* ». La question reste toutefois sans réponse.

Deuxième point : le niveau de précision de l'information à donner au CSE en cas d'offres de reprise formalisées. L'employeur est pris en tenaille entre son obligation d'information des élus, qui sont ici tenus à une double obligation de discrétion et de confidentialité mais dont l'on connaît la porosité, et le jeu de la négociation qui veut qu'il puisse y avoir plusieurs repreneurs en lice qui peuvent vouloir conserver l'anonymat, qu'un candidat à la reprise ne donne en pratique jamais une offre ferme complète dès le premier contact, etc. Le droit n'est généralement pas ici d'un grand secours alors que le risque de litige est loin d'être neutre.

Troisième point : le recours du CSE à un expert. Cet expert a légalement pour mission d'analyser le processus de recherche d'un repreneur, sa méthodologie et son champ, d'apprécier les informations mises à la disposition des repreneurs potentiels, d'étudier les offres de reprise et d'apporter son concours à la recherche d'un repreneur par le CSE et à l'élaboration de projet de reprise. Pour ce faire, l'expert a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes mais aussi aux documents de toutes les sociétés intéressées par l'opération, habituellement réunis en dataroom (*C. trav., art. L. 2325-37*). Il présente son rapport dans les délais impartis au CSE pour rendre ses avis sur la procédure de licenciement collectif et peut poser des questions dans les délais prescrits par cette procédure. Si l'intervention de l'expert ne pose plus de problème en cas de procédures de recherche d'un repreneur et de licenciement concomitantes – sinon celui tenant à la qualité et au niveau de l'information qui lui est remise –, la situation peut devenir plus délicate en cas de procédures dissociées. Le périmètre insuffisamment défini de sa mission légale d'assistance à la recherche d'un repreneur et ses prérogatives extensives conduisent souvent l'expert à requérir des données relevant plus du motif économique que de la recherche d'un repreneur. La ligne de partage est en effet tenue puisque ces informations peuvent être utiles à l'expert pour apprécier une offre de reprise. L'employeur est en tout état de cause désarmé puisque n'est opéré sur les demandes de l'expert qu'un contrôle de pertinence limité. L'expérience montre aussi que l'expert en tire argument pour se constituer un dossier, jouant déjà sur les éventuelles réticences de l'employeur à lui communiquer des données pour agiter, demain peut-être dans le cadre de la procédure de licenciement, la menace d'une entrave ou d'une demande d'injonction. Autant d'arguments qui plaident en faveur d'un accord entre l'employeur et le CSE pour que soit désigné un seul et même expert-comptable

dont la mission serait regardée comme unique et globale, portant à la fois sur la recherche d'un repreneur et de fermeture à défaut et qui serait appelé à recevoir, même par anticipation, des informations que la loi réserve aux expertises réalisées dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique. L'accord de mé-

thode trouve à nouveau ici un sens. L'employeur peut y trouver son compte. Ce qu'il donne alors à l'expert dans le cadre de la procédure de recherche d'un repreneur n'aura plus à l'être dans le cadre de la procédure de licenciement. Cela implique cependant un bon niveau de préparation.