

# Les principales difficultés rencontrées dans l'accès aux informations sollicitées par les experts des comités d'entreprise et l'intervention du juge

par *Alain OTTAN*, Avocat au Barreau de Montpellier

**L'expert du comité d'entreprise intervient à la demande de ce dernier dans différents cas de figure : examen des comptes annuels et prévisionnels de l'entreprise, opérations de concentration, exercice du droit d'alerte économique, licenciements économiques de plus de dix salariés (article L. 2325-35 du Code du travail) (1). Sa mission porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise (article L. 2325-36 du Code du travail).**

Les travaux doivent permettre aux représentants du personnel d'avoir des informations pertinentes selon le motif du recours ; ainsi pour :

- un examen des comptes annuels, « *une vision globale de la situation de l'entreprise et de ses perspectives d'avenir* » (1 bis),

- un projet de réorganisation ayant des conséquences sur l'emploi, « *une lisibilité du projet afin d'en assurer (l'employeur) la parfaite compréhension* » (2).

- ou encore, pour une procédure d'alerte, des informations prospectives sur les données commerciales, économiques, financières et industrielles à l'horizon de cinq ans, documents qui « *répondent à la préoccupation légitime de la recherche de l'incidence sur l'emploi* » (3).

L'expert est ainsi à la recherche d'informations précises et de niveau équivalent à celles dont dispose l'employeur, ce qui est, par nature, contrariant pour ce dernier, puisqu'il s'agit de permettre aux élus, à partir des investigations de l'expert, d'engager un débat et éventuellement d'élaborer des contre-propositions auxquelles le chef d'entreprise devra répondre. Perte de temps, coûts induits, inutilité, redondance, complexité des demandes des experts, prétendue impossibilité de transmettre les fichiers informatiques... les arguties ne manquent pas pour tenter de justifier la résistance

généralement observée en la matière du côté des employeurs pour répondre aux demandes des experts.

On doit rappeler, en premier lieu, que les experts des comités d'entreprise entretiennent des rapports complexes avec l'employeur : payeur de leur prestation, ce dernier dispose de moyens de rétorsion économique souvent dissuasifs. Il faut donc que les CE, commanditaires de l'expertise, soient assurés de la détermination de leur expert à exiger et obtenir les informations véritablement pertinentes et utiles aux représentants du personnel, car il est tentant pour éviter tout conflit de se satisfaire de ce qui est transmis en tout ou en partie par l'employeur, même en cas d'insuffisance manifeste du contenu des informations.

**1.** Rappel de quelques principes généraux en matière d'accès aux informations demandées par les experts :

- l'expert-comptable, sous réserve de ne pas excéder l'objet de sa mission (4), choisit le contenant informatif dont il a besoin : « *toutes les pièces qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission* » (5), et ni l'employeur ni le juge n'ont le pouvoir de le censurer dans ses demandes pour des motifs d'opportunité ou d'utilité : le juge du fond ne peut « *substituer son appréciation à celle de l'expert-comptable* » (6) ;

- l'employeur est le débiteur direct de l'information demandée par l'expert, même si tout ou partie de cette

(1) M. Cohen, L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9<sup>e</sup> ed., 2009, p. 595 s.

(1 bis) TGI Paris 6 janv. 2009, *Nextiraone*, Dr. Ouv. 2009 p. 383 n. S. Günel.

(2) CA Paris 31 juill. 2009, *C. Epargne Ile de France*.

(3) CA Nîmes 19 déc. 2006, *Nestlé Waters Supply Sud*.

(4) Soc. 16 mai 1990, n° 87-17.555, *Alsthom*.

(5) Soc. 29 oct. 1987, n° 85-15.244.

(6) Soc. 16 mai 1990, n° 87-17.555.

information a déjà été transmise, sous une forme ou une autre, aux représentants du personnel (7).

**2.** La complexité croissante et le caractère parfois labyrinthique des organisations économiques et juridiques des groupes de sociétés requiert de la part de l'expert, pour lui permettre de procéder à une analyse pertinente de la situation économique, juridique ou sociale, de présenter des demandes d'informations de plus en plus détaillées... qu'il est de plus en plus difficile de trouver au sein même de la structure juridique (entreprise, société, établissement) directement débitrice des informations et des documents requis.

Se pose ainsi à l'expert le problème du niveau pertinent de l'accès aux informations demandées. L'article L. 823-14 du Code de commerce relatif aux pouvoirs d'investigation des commissaires aux comptes dispose qu'ils peuvent procéder à des vérifications au niveau des entités qui contrôlent l'entreprise et au niveau des entités qui sont comprises dans le périmètre de consolidation des comptes. L'expert-comptable ayant, en application de l'article L. 2325-37 du Code du travail, un droit d'accès aux mêmes documents que le CAC devra, en pratique, rechercher et identifier la source du pouvoir de décision qui s'impose dans l'entreprise où il intervient à la demande du comité, pour déterminer et obtenir les documents économiques et juridiques nécessaires à une information et une analyse de qualité, en dépassant le périmètre étroit de sociétés qui n'ont qu'un pouvoir ou contrôle stratégique limité, voire qui n'en ont aucun. Ainsi, « *La société (...) n'établit pas en quoi la communication des documents sollicités serait incompatible avec la présence à l'étranger du siège social, ces documents, établis par d'autres sociétés du groupe hiérarchiquement supérieures et au sein desquelles est exercée séparément la direction réelle de la société doivent être communiqués, dans la mesure où l'activité de la société est orientée et décidée à divers autres échelons du groupe* » (8).

L'expert doit donc pouvoir obtenir les documents concernant notamment :

- les sociétés filiales et les sociétés-mères, dans la mesure où « *l'appréciation de la situation de l'entreprise ne peut se faire que par rapport à son environnement économique, qui ne s'entend pas exclusivement du groupe, mais également de la branche d'activité à laquelle elle appartient* » (9) ;

- les sociétés nationales ou transnationales, notamment les « *informations relatives aux entreprises du groupe situées sur le territoire d'un autre pays* » (9 bis) ; un autre arrêt indique que « *pour mener à bien ses opérations d'expertise, l'expert-comptable est dans l'obligation d'examiner des documents établis non pas au seul niveau national, mais sur un plan international* » (10) ;

- la politique économique et commerciale du groupe, dès lors que « *la compréhension des comptes et l'appréciation de la situation de l'entreprise passent notamment par la compréhension de la politique menée par la direction de la gestion des différentes sociétés et de l'organigramme du groupe, au-delà de la seule société* » (11) ;

- la politique contractuelle du groupe : une décision énonce que « *si l'article L. 432-5 ne contient pas de dispositions permettant au Comité d'entreprise d'avoir communication des conventions passées par l'entreprise ou par le groupe dans lequel elle s'insère avec des tiers, il n'en demeure pas moins que l'obligation faite par ce texte de fournir au comité d'entreprise des informations précises et écrites implique nécessairement que soit remise à celui-ci à tout le moins une note de synthèse contenant l'essentiel des clauses des contrats de prestation de services et de leurs annexes* » (12)...

**3.** Compte tenu de l'organisation juridique de sociétés appartenant à des groupes nationaux ou transnationaux, il est essentiel, notamment pour ménager la possibilité des IRP ou des salariés d'actionner efficacement les éventuels co-employeurs, ou des sociétés qui sont juridiquement des tiers aux contrats de travail, mais dont la responsabilité pourrait être recherchée notamment sur le fondement de la responsabilité du droit commun, de connaître avec précision le périmètre du groupe, sa composition capitalistique, de définir ses secteurs d'activité, son organisation sociale, voire de localiser les sièges sociaux des sociétés qui le composent.

Le LBO (12 bis) offre une illustration particulièrement saisissante de la dissociation entre la structure juridique du débiteur direct de l'obligation de communication de l'information du centre de décision qui dirige en fait l'entreprise concernée (par exemple un fonds d'investissement) et où est exercé le contrôle stratégique. Le LBO suppose, de manière plus formalisée encore que pour toute autre opération de rachat d'entreprise,

(7) Crim. 12 avr. 1988, n° 87-80.985.

(8) CA Versailles (14ème Ch.), 10 janv. 2007, *Impress Metal Packaging*.

(9) CA Toulouse 15/02/2008, *ND Logistics*.

(9 bis) Soc. 27 nov. 2001, n° 99-21903.

(10) CA Paris 28 juin 2007, *Wabco*.

(11) TGI Béziers 27 oct. 2009, *Casino Cap d'Agde*.

(12) TGI Nanterre 4 août 2006, *Unilever*.

(12 bis) Un LBO ou Leveraged Buy Out est le rachat des actions d'une entreprise financé par une très large part d'endettement. Concrètement, un holding est constitué, qui s'endette pour racheter la cible. Le holding paiera les intérêts de sa dette et remboursera celle-ci grâce aux dividendes réguliers ou exceptionnels provenant de la société rachetée (glossaire Vernimmen disp. sur internet).

l'existence de normes d'acquisition ou de cession des entreprises généralement secrètes (essentiellement, les business-plan (12 ter) et les pactes d'actionnaires) et en tous les cas inconnues des représentants du personnel.

Or, la connaissance de ces éléments est indispensable à une réelle compréhension de la situation de l'entreprise à laquelle sont confrontés les représentants du personnel qui font appel à l'expert.

La jurisprudence le rappelle régulièrement :

- « Il existait un pacte d'actionnaires et les sociétés concernées par cette opération, comprises dans le périmètre des consolidations, dont la société Bénédicta, devaient le communiquer » (13) ;

- « Le business-plan (...) permet de faire une comparaison de l'activité de trois usines de la Société (Windsor aux Etats-Unis, Stuttgart en Allemagne et Velzy en France), et fait une analyse de la situation et de la productivité de chaque entité et une projection des résultats envisageables dans l'avenir ; ce document est indispensable pour que les élus aient une vue d'ensemble de l'activité de l'entreprise » (14) ;

- « Les pouvoirs s'exercent tant auprès de la personne morale ou de l'entité directement concernés que de celles qui les contrôlent et décident en particulier des objectifs et des moyens de les atteindre ; ils justifient la communication par l'entreprise de tous les documents relatifs à l'ensemble économique dont elle fait partie, de manière à ce que les représentants du personnel puissent avoir une vision globale de la situation de cette entreprise et de ses perspectives d'avenir (...). Il lui appartient de donner connaissance (...) des business-plan ou plans stratégiques complets (...), le pacte d'actionnaires et l'accord de cession (...), ainsi que la méthode de valorisation retenue par cette dernière au moment du rachat du groupe » (15).

4. Les « zones grises » de l'accès à l'information pertinente.

4.1. Le premier problème fréquemment rencontré est celui de l'existence – ou de l'affirmation de l'inexistence – des informations et pièces demandées par l'expert. Selon une position bien établie « l'expert-comptable ne peut exiger la production de documents n'existant pas et dont l'établissement n'est pas obligatoire pour l'entreprise » (16).

(12 ter) Ou tout autre document ayant une fonction similaire d'évaluation des revenus futurs, quelle que soit la dénomination retenue (plan d'affaires...).

(13) Soc. 23 sept. 2008, n° 07-18.879, Dr. Ouv. 2009 p.383 n. S. Günel.

(14) CA Versailles 28 juill. 2004, *Alstom Power Boilers*.

(15) TGI Paris 6 janv. 2009, prec.

Les employeurs se sont massivement engouffrés dans cette brèche, ce qui oblige les experts à identifier et rechercher, avant d'envoyer leur lettre de mission et la liste des documents sollicités :

- Les documents légalement obligatoires dans l'entreprise, notamment au regard des normes nationales ou internationales, au regard des règles fiscales, comptables et qualité, qui doivent nécessairement être communiqués à l'expert.

Il s'agit par exemple des tableaux de résultat et business-plan dans les groupes cotés en bourse et leurs filiales ; « Les états financiers consolidés du groupe sont établis conformément aux normes internationales d'Information Financière IFRS rendues obligatoires par les sociétés cotées des Etats de l'Union depuis le 01/01/2005 en application du règlement CE 1606/2002 du 19/07/2002 et notamment la norme IAS 36 relative à la dépréciation des actifs, et il en est fait expressément référence [au rapport annuel du groupe]... Les défenderesses ne peuvent donc valablement soutenir que les documents réclamés n'existent pas » (17).

- Les documents publics disponibles (sites internet AMF, SEC, sites internet des entreprises).

- Les documents légalement non obligatoires, mais dont l'existence est sinon absolument certaine, à tout le moins hautement vraisemblable :

- compte tenu du fonctionnement constaté objectivement de l'entreprise (systèmes internes d'information, de gestion, documents internes, publications, PV du CE)

- compte tenu de la vraisemblance de l'existence de ces documents : « La société n'apporte aucune réponse aux arguments invoqués par le comité d'entreprise et par la SA Syndex sur l'existence de données-sources permettant d'établir les tableaux de synthèse communiqués... » (18) ; « il n'est pas sérieux de prétendre, comme le fait l'intimée, que ces éléments n'existeraient pas alors qu'ils sont à la base de la comptabilité des entreprises » (19) ; « ces informations, précisions et documents, indispensables au pilotage du groupe et à l'analyse de ses comptes, existent nécessairement... » (20) ; « en ce qui concerne les documents, il convient de faire droit à la demande de communication pour les éléments (...) dont l'existence est établie sinon avec une totale

(16) Soc. 27 mai 1997, n° 95-20.156.

(17) TGI Nanterre 23 mai 2008, *Sofety*.

(18) CA Toulouse, 17 juill. 2009, *Ciba Vision*.

(19) CA Paris 28 juin 2007, *Wabco*.

(20) TGI Paris 5 fév. 2009 *Molex*.

*certitude, du moins avec une très haute vraisemblance compte tenu de la nature, de la forme sociale et du type d'activité de la société* » (21).

La jurisprudence semble donc s'orienter, sinon vers un renversement de la charge de la preuve au préjudice de l'employeur, qui serait tenu de prouver l'inexistence des documents demandés par l'expert, au moins vers un aménagement de la charge de la preuve, l'expert n'ayant plus à faire la preuve absolue de l'existence des documents demandés.

4.2. Le deuxième problème fréquemment rencontré est celui du secret ou de la confidentialité des informations, opposés à l'expert par l'employeur pour justifier le défaut de communication de certains documents.

Dans le cadre de son accès à l'information, le secret professionnel n'est en règle générale pas opposable à l'expert du comité, par assimilation avec les pouvoirs du CAC, l'article L. 823-14 du Code de commerce stipulant que « *le secret professionnel ne peut être opposé aux CAC dans l'exercice de leur mission, sauf par les auxiliaires de justice* ».

Dans le cadre de la mission d'assistance dévolue à l'expert du comité d'entreprise, l'obligation au secret professionnel et à la discrétion est posée aux articles L. 226-13 du Code pénal (violation du secret professionnel), L. 822-15 du Code de commerce (devoirs des CAC relativement aux faits, actes et renseignements connus ou obtenus à raison de leurs fonctions), L. 2325-42 et L. 2325-5 du Code du travail (obligations des membres du comité et des experts), ces derniers textes énonçant les obligations qui s'imposent aux membres du comité et aux représentants syndicaux en ce qui concerne les secrets de fabrication et les informations présentées par l'employeur comme confidentielles, obligations qui s'imposent, par extension, aux experts.

Une recommandation du Conseil supérieur des Experts-comptables organise la profession ; certains articles traitent plus spécifiquement des informations que l'expert peut être conduit à communiquer aux tiers et au comité d'entreprise. L'article 43 précise que l'expert-comptable du comité d'entreprise est tenu au secret professionnel vis-à-vis des tiers en ce qui concerne les informations recueillies sur la vie et le fonctionnement de l'entreprise à l'occasion de la mission qu'il exerce auprès du comité d'entreprise. L'article 44 ajoute que « *toutefois, l'expert-comptable ne saurait se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de répondre à des questions portant sur des aspects qui relèvent du champ d'investigation normal du comité d'entreprise* » et laisse à l'expert l'appréciation du caractère confidentiel de

certaines informations recueillies dans la restitution de ses investigations au Comité. Dans le cadre de la restitution de ses investigations au comité, l'expert-comptable est tenu au secret professionnel à l'égard des informations dont la divulgation constituerait un réel danger pour la marche de l'entreprise ainsi qu'à l'égard des informations de nature individuelle dont la divulgation porterait atteinte au droit des personnes (art. 45). Il est encore précisé que, sur les points non couverts par le secret professionnel, l'expert est tenu à une obligation de discrétion pour les informations signalées comme confidentielles par le chef d'entreprise (art. 46). Enfin l'indépendance de l'expert-comptable est rappelé (art. 47), mais il est néanmoins fait appel à sa capacité d'autocensure : « *il ne doit diffuser que les informations qui lui paraissent utiles à l'accomplissement de sa mission* ».

En définitive, l'addition des obligations légales professionnelles et déontologiques qui pèsent sur l'expert le placent dans une situation paradoxale, puisqu'il dispose d'un droit d'accès à l'information très élargi, en même temps qu'il est tenu de restituer les informations recueillies avec prudence, nonobstant les obligations qui s'imposent directement aux membres du comité...

Pour prévenir des conflits et des litiges potentiels, il est fréquent que l'employeur et l'expert concluent un accord rappelant en général le cadre légal précédemment exposé, et garantissant, s'il y a lieu, le mode de restitution des données par exemple salariales : « *Le cabinet Syndex a demandé des fichiers bruts de façon anonyme et indiqué être prêt à élaborer un protocole de sécurité concernant la transmission de ces fichiers ; dès lors, l'opposition manifestée (...) quant à la communication des informations réclamées, notamment les éléments d'individualisation des rémunérations, n'est pas justifiée* » (22).

Dans quelle mesure les informations relatives à la rémunération du personnel, point sensible s'il en est, sont-elles confidentielles ? Il s'agit d'une question fréquemment conflictuelle, puisque la politique de rémunération est corrélée aux questions d'égalité (principe fondamental en droit du travail consacré par la Cour de cassation) et de non-discrimination. La jurisprudence écarte en général l'argument de la confidentialité afférente aux rémunérations qui sert de justification à la rétention des informations demandées, en mettant en évidence la déontologie et la responsabilité éventuelle, contrepartie des prérogatives de l'expert-comptable :

(21) TGI Nîmes 20 juin 2007, *Spid 30*.

(22) CA Versailles 15 mars 2006, *Bull.* Dr. Ouv. 2007 p. 472.

- « le secret professionnel qui s'impose à l'expert-comptable fait échec à la demande d'empêchement légitime invoqué par la direction » (23) ;

- le premier juge a estimé (...) « que les secrets d'entreprise d'ordre industriel et commercial (...) constituaient des motifs légitimes pour les sociétés (...) de s'opposer à sa production (...) ce dernier moyen doit être écarté comme inopérant ; en effet il s'agit en l'espèce d'ordonner la communication d'un document à la société Syndex en sa qualité d'expert-comptable du comité d'entreprise dans le but de lui permettre d'accomplir sa mission auprès de ce dernier ; cette communication, si elle est autorisée, ne saurait permettre à la société Syndex de remettre ce document à des tiers ou au comité d'entreprise lui-même sans engager gravement sa responsabilité » (24) ;

- « Il va donc de soi que si certaines des informations qui lui sont nécessaires pour mener à bien sa mission concernant des informations individuelles, cet élément ne pourra lui être opposé, mais il ne pourra évidemment restituer l'information au comité d'entreprise qu'en respectant la confidentialité, sous forme d'une synthèse ne permettant aucune identification des salariés pris individuellement » (25).

L'expert du Comité est donc placé en régime de liberté surveillée et il ne peut être exclu que l'extension jurisprudentielle de ses pouvoirs d'investigation ne s'accompagne à l'avenir et par effet boomerang de mises en cause de sa responsabilité professionnelle, que la signature d'accords avec l'employeur portant sur la restitution de l'information avec l'employeur ne suffirait pas à éviter.

Quoi qu'il en soit, le recours à l'expert reste un formidable levier d'action pour les Comités, qui trouvent là un moyen privilégié d'accès à l'information, dont la jurisprudence a progressivement repoussé les limites.

Le Comité a donc non seulement intérêt, mais également le devoir de prendre toutes ses responsabilités dans la conquête judiciaire des informations. Il doit éviter d'inutiles surexpositions de l'expert qui n'est, en l'occurrence, que son mandataire, et il doit intervenir dans les procédures initiées aux fins de communication des informations (26), de préférence en partie principale, au moins en partie jointe, l'expert n'ayant, à priori, qu'un rôle de conducteur de l'information, apte à en justifier l'existence, la pertinence, l'utilité... La normalisation et la généralisation de procédures initiées par les Comités renforcera à terme leurs prérogatives propres en matière d'accès à l'information, qui ne doit plus être une question de « spécialistes » réservée à l'employeur et à l'expert.

L'initiative du Comité en partie principale à l'instance peut, incidemment, régler une potentielle difficulté... avec son expert... relativement aux astreintes fixées par le juge puis éventuellement liquidées en cas de résistance prolongée de l'employeur. C'est en effet le demandeur à l'instance qui obtient la condamnation sous astreinte, et ensuite le bénéfice de la liquidation de l'astreinte. Pour préserver l'entente des partenaires associés dans la recherche de l'information, mieux vaut ne pas créer la zizanie... par des rentrées d'argent... inattendues.

**Alain Ottan**

(23) TGI Avignon 29 sept. 2009.

(24) CA Versailles 17 oct. 1990, *Chausson*, Dr. Ouv. 1991 p. 164.

(25) TGI Versailles 5 déc. 2006, *Valdunes*.

(26) Pour un exemple d'action judiciaire de l'expert visant au respect de ses prérogatives, sans accompagnement par le Comité, v. CA Paris (P.6 ch. 2) 17 sept. 2009, Dr. Ouv. 2010 p. 40 concl. P. Henriot.