« L'AUDIT SOCIAL N'EST PLUS LA DERNIERE ROUE DU CARROSSE »

Votre entreprise développe une politique de croissance externe en acquérant d'autres sociétés ou vous êtes une personne physique et vous souhaitez vous lancer dans le monde de l'entreprise en créant une holding et en rachetant les titres d'une société.

Le premier réflexe est traditionnellement de mettre en place un audit financier, comptable et juridique. Face à la complexité croissante des textes législatifs en matière de droit social, de l'évolution rapide et permanente de la jurisprudence, des risques financiers importants, voire même pénaux, encourus tant par l'entreprise que par son dirigeant, l'audit social est devenu au fil du temps incontournable.

L'audit, de manière générale, a pour objet de vérifier l'exactitude des affirmations du cédant par rapport à la situation réelle de la société. Les conclusions de cet audit, outre le fait qu'elles permettront à l'acquéreur de savoir « où il met les pieds », permettront de faire entrer les risques repérés ou éventuels dans la garantie d'actif et de passif.

Quel est le contenu d'un tel audit en matière sociale ?

Les thèmes qui devront être analysés sont multiples et sont d'ailleurs le reflet de ce vaste domaine qu'est le social : diagnostic humain, diagnostic des relations contractuelles individuelles avec le personnel, diagnostic du respect des règles d'hygiène et de sécurité, diagnostic des aspects collectifs du travail (représentation du personnel, état de la négociation collective, état des accords existants, etc.).

I - LE DIAGNOSTIC HUMAIN

Plus particulièrement dans les PME, le succès d'une entreprise repose au moins autant sur la qualité et la cohésion des hommes et des femmes que sur la qualité des produits et des prestations.

L'étude de la réalité « in vivo » de l'entreprise s'avère nécessaire.

1.1 L'encadrement

Il faut obtenir du cédant un organigramme détaillant l'organisation hiérarchique avec :

➤ La composition de l'encadrement et de la maîtrise,

- le descriptif des fonctions et la réalité d'exercice de ces fonctions (la fonction indiquée sur l'organigramme et le bulletin de paie du salarié est-elle effectivement celle que ce salarié assure ?),
- les rémunérations,
- l'âge et l'ancienneté.

Ces éléments permettent ainsi de décrypter les niveaux de responsabilité et de décisions, s'il existe des délégations de pouvoirs, quelle est la répartition du savoir-faire, etc ... Ils permettent aussi de dresser une pyramide des âges, le coût social n'étant pas le même selon que l'équipe en place est jeune ou âgée, récemment recrutée ou ayant une ancienneté importante.

De là découle également une question fondamentale tant en terme financier qu'en terme d'équilibre économique et social : des départs sont-ils prévus ?

Enfin, s'agissant des rémunérations, outre l'analyse de leur coût, leur structure et leur composition, il convient de s'arrêter aussi sur leur évolution et sur la politique de promotion (à l'ancienneté ? selon les compétences ?).

1.2 Les moyens humains

Concernant le reste du personnel, les points importants sont les suivants :

- L'effectif,
- La qualification,
- Les fonctions réelles,
- Les salaires, avantages, participations,
- L'âge,
- L'ancienneté,
- L'apprentissage,
- Les accidents du travail,
- L'absentéisme,
- Les conflits passés ou actuels,
- La représentation du personnel,
- Les syndicats,
- L'intérim et les CDD.

Sur la base de ces éléments, il est possible de :

- Dresser une pyramide des âges, et d'en tirer les conclusions financières et sociales,
- Avoir un état du savoir-faire technique,

- Approcher l'ambiance de la société (le taux important d'absentéisme et/ou d'accidents du travail est un indice de « malaise » qui peut être confirmé par l'existence éventuelle de conflits, de revendications, etc.),
- Evaluer le poids des institutions représentatives du personnel,
- Connaître le coût du personnel,
- Connaître la structure de ce personnel.

1.3 L'organisation du travail

Concernant l'organisation du travail, il faut obtenir des réponses sur ces quelques questions de base :

- Quelles sont les méthodes de travail ?
- Comment évoluent ces méthodes de travail ?
- Sont-elles acceptées par les salariés qui doivent les appliquer ?
- Comment les tâches sont-elles réellement réparties ?
- L'information circule-t-elle ?
- Quel type d'information circule ?
- Comment circule-t-elle ?
- Comment le travail est-il contrôlé ?
- Des procédures internes sont-elles mises en place ?
- Sont-elles appliquées ?
- Sont-elles respectées ?
- La structure de l'encadrement et de la maîtrise est-elle bien acceptée ?
- Quelle est l'attitude du personnel à leur égard ?
- Comment la formation professionnelle s'inscrit-elle dans cette organisation du travail ?

La question la plus ardue est bien évidemment celle de l'articulation délicate entre l'organisation du travail / la durée du travail / la charge de travail... Une approche de cette question permettra d'évaluer la nécessité ou non d'engager une restructuration non seulement de l'organisation même du travail, mais aussi de l'effectif en place, ce qui n'est pas sans conséquence sociale.

Une fois ce bilan humain effectué, il faut procéder à un état des lieux des situations juridiques de ce personnel au sein de la société cible.

II - LE DIAGNOSTIC DES RELATIONS INDIVIDUELLES DU TRAVAIL

« S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fond, mise en société, tous les contrats en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise »...telles sont les dispositions d'ordre public de l'article L.122-12 alinéa 2 du Code du travail.

Dans le cadre de l'acquisition d'une société, qu'elle se fasse par fusion, absorption ou filialisation, le maintien des contrats de travail s'impose dans la mesure où l'opération se présente comme le transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise (principes dégagés par la jurisprudence depuis 1990, avec certaines évolutions, récentes, qui ont fait couler beaucoup d'encre... voir entre autres les arrêts PERRIER, C.Cass. Ch. Soc 18/07/2000). La reprise des contrats de travail est sanctuarisée par les dispositions de l'article L.1224-1 du Code du Travail.

Que faut-il auditer ?

2.1 Les éléments d'embauche

Il faut s'assurer que les dossiers du personnel sont complets : déclaration préalable à l'embauche, contrat et éventuels avenants.

Concernant plus particulièrement les contrats, il faut pouvoir se faire remettre les plus « sensibles » et ceux qui pourraient présenter des risques.

2.1.1 Les contrats à durée indéterminée

Vous ne pourrez analyser tous les contrats de la société cible si le nombre de salariés est important, d'autant que s'ils ont une ancienneté conséquente, il n'est pas évident qu'un tel document existe.

Dans ce cas, pour les salariés ayant une position d'assimilés cadres ou de cadres au moment de l'audit, il serait intéressant d'obtenir leurs bulletins de salaire des trois dernières années pour connaître la structure de leur rémunération (fixe, variable, primes, 13^{ème} mois, avantages en nature, etc.).

Pour les cadres qui ont un contrat écrit, il est important de l'obtenir et d'analyser la portée et la validité juridique de certaines clauses : « golden parachute », non-concurrence, véhicule de fonction, indemnités contractuelles de rupture, méthode de fixation de la partie variable de la rémunération, attribution de stock-option, forfait de salaire, forfait jours, etc.

S'agissant des contrats de travail à temps partiel, il est aussi indispensable de les obtenir afin d'analyser leur validité juridique au regard de l'article L.3122-2 du Code du Travail. En effet, les risques de demande de requalification en contrat de travail à temps plein ne sont pas à négliger. Il faut donc s'assurer que le salarié concerné n'effectue pas régulièrement des heures complémentaires dépassant le quota autorisé.

Dans l'hypothèse où, pire encore, des salariés sont à temps partiel sans qu'un contrat de travail ait été signé, il faut exiger du cédant une régularisation immédiate de la situation.

2.1.2 Les contrats à durée déterminée

La législation et la jurisprudence sont également strictes en cette matière. C'est pourquoi il est indispensable de rester vigilant en réclamant les contrats. Sans contrat écrit ou existence de contrat mais mal rédigé, le risque de requalification en contrat à durée indéterminée est grand.

Combien de fois avons-nous vu des contrats sans motif ou avec un motif imaginaire, qui sont en réalité des longues périodes d'essai déguisées, des contrats renouvelés sans cesse en totale violation avec les règles édictées par l'article L.122-1 du Code du Travail ?

Dans ces cas de figure, il faut aussi exiger du cédant une régularisation de la situation.

2.2 Les procédures disciplinaires et de rupture

Il faut demander à se faire remettre différents types de dossiers :

- Le règlement intérieur,
- Les procédures disciplinaires en cours,
- Les dossiers de licenciement et de rupture conventionnelle,
- Les dossiers faisant l'objet d'une procédure judiciaire.

Sur la base de ces dossiers, il faut procéder à une analyse des risques. Théoriquement, les risques judiciaires ont dû être évalués chaque année et provisionnés au bilan. Il serait intéressant d'obtenir ce document, dossier par dossier.

Les questions indispensables à se poser sont les suivantes :

- Y a-t-il un motif réel et sérieux à l'origine de la sanction et/ou du licenciement ?
- En cas de litige, de quels éléments de preuve disposez-vous ?
- Les faits visés ne sont-ils pas prescrits ? Amnistiés ?
- N'y a-t-il pas de risque de double sanction ?
- En cas de procédure d'appel, le jugement est-il critiquable sur la forme ? Sur le fond ?
- A-t-on la possibilité de renforcer le dossier par d'autres éléments de preuve ?

Une fois les risques connus, il sera alors possible d'envisager la stratégie à retenir : poursuite des procédures et couverture de l'éventuel passif par la garantie d'actif et de passif, ou transaction financière à la charge du cédant avant la cession.

2.3 Les cas de suspension de la relation contractuelle

Il faut demander les éléments concernant les salariés dont le contrat est suspendu afin de connaître la cause de la suspension, sa durée et les possibilités de réintégration du salarié.

Les cas sont les suivants : la maladie (professionnelle ou non), les accidents du travail, la maternité, les congés parentaux, les divers autres cas de congés ...

Enfin, il faut obtenir toutes les précisions sur d'éventuels cas d'inaptitude.

En effet, les procédures à respecter, que ce soit pour mettre en place une procédure de licenciement ou trouver des solutions de reclassement, sont très particulières et les risques en cas d'erreur sont importants puisqu'ils peuvent aller, en cas de rupture irrégulière du contrat, jusqu'à la nullité du licenciement et la réintégration du salarié...

Cet état des lieux permet non seulement d'appréhender les risques financiers, mais aussi la qualité, la cohérence et la rigueur de la politique menée par la Direction dans ce domaine des relations individuelles du travail.

III - LE DIAGNOSTIC DES REGLES D'HYGIENE ET DE SECURITE DU TRAVAIL

Les risques en matière d'accident du travail se sont largement accrus au cours du siècle dernier.

Les enquêtes menées par le Ministère du Travail auprès des salariés témoignent non seulement de la persistance des risques dits « traditionnels » (travaux dangereux avec risques de chutes, port de charges lourdes, bruits et toxiques, etc.), mais également du poids grandissant des contraintes de l'organisation du travail en terme d'intensité de travail et de contraintes de temps (bien évidemment, incidences non négligeables de la mise en place des 35 heures).

Ainsi, les dirigeants doivent faire face aujourd'hui à la compétitivité, à la flexibilité, à la productivité, mais aussi à la notion de qualité totale qui lui est imposée par le marché.

Cette notion de qualité totale a engendré une analyse de plus en plus sévère de la part de la jurisprudence mettant à la charge de l'employeur une obligation de résultat.

Aux termes des articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du Travail, le dirigeant doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité, protéger la santé des travailleurs de l'entreprise par des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation, ainsi que par la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

Au surplus, le Décret du 5 novembre 2001 a intégré l'article R.4121-1 du Code du Travail qui prévoit qu'un document unique doit être élaboré afin de transcrire les résultats de l'évaluation des risques internes dans l'entreprise et ce dès lors que celle-ci a un salarié. Ce décret a fait l'objet d'une circulaire qui a été publiée le 18 avril 2002.

Par conséquent, dans le cadre d'une reprise de société, il convient de mener un audit avec pour objectif, d'une part de vérifier que les règles élémentaires d'hygiène et de sécurité sont respectées et d'autre part, de savoir si le cédant a mis en place toutes les mesures permettant :

- d'évaluer les risques,
- de combattre les risques à la source,
- d'adapter le travail à l'homme,
- de tenir compte de l'état d'évolution de la technique,
- de remplacer ce qui est dangereux par ce qui ne l'est pas ou, du moins, par ce qui est moins dangereux,
- de planifier la prévention en y intégrant dans un ensemble cohérent la technique de l'organisation du travail, des conditions de travail et des relations sociales,
- de prendre des mesures de protections collectives,
- de donner des instructions appropriées aux salariés,

En effet, les risques dans ce domaine sont extrêmement importants, tant sur le plan financier que sur le plan pénal.

Il convient aussi de s'assurer que l'entreprise ne fait pas l'objet de poursuites devant le Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale sur le fondement de la faute inexcusable (Article L.452-1 à 4 du Code de la Sécurité Sociale).

En effet, outre le fait qu'un salarié, victime d'un accident du travail, peut solliciter la réparation de son préjudice non couvert par les prestations légales, il peut solliciter également la majoration de sa rente ce qui entraîne l'imposition de la société au paiement de cotisations supplémentaires.

Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence intervenue en 2002 (Cass. Soc. 28.02.2002 et 11.04.2002) au sujet de l'amiante et qui a étendu à tout employeur une obligation de sécurité et de résultat, il est indispensable de faire un diagnostic très précis du respect par l'entreprise des règles d'hygiène et de sécurité.

IV - LE DIAGNOSTIC DES RELATIONS COLLECTIVES DU TRAVAIL

Cette dernière phase d'audit permet de s'assurer que le cédant est à jour des diverses cotisations sociales dues, d'évaluer les avantages découlant des accords collectifs, de s'assurer que l'entreprise applique correctement les dispositions de la convention collective, et de faire le point sur la représentation du personnel.

4.1 Les cotisations sociales

Le changement d'employeur entraîne l'exigibilité des cotisations en cours, l'obligation d'effectuer des opérations de régularisation et l'établissement de la DADS arrêtée au jour de la cession ou de la fusion.

Il convient non seulement de s'assurer que cela a bien été effectué, mais également que le cédant est à jour du paiement de toutes les cotisations sociales dues par l'entreprise (sécurité sociale, retraite, etc.).

Une attestation des différents organismes sociaux est la plus sûre des garanties.

Concernant plus particulièrement l'URSSAF, il convient de savoir si la société a déjà fait l'objet de contrôle et, si tel est le cas, en connaître l'issue.

Il est évident qu'il s'agira d'être d'autant plus vigilant si l'entreprise a fait l'objet d'un redressement. Dans cette hypothèse, il faudra s'assurer non seulement du paiement intégral du montant du redressement, mais aussi que les erreurs ayant causé le redressement ont été corrigées et n'ont pas été répétées par la suite.

4.2 L'application de la convention collective

Il convient de vérifier que les dispositions essentielles liées tant à l'exécution qu'à la rupture des contrats de travail sont correctement appliquées comme par exemple :

- heures supplémentaires,
- taux erroné d'ancienneté,
- primes diverses non versées,
- congés payés,
- indemnités diverses,
- coefficient erroné, etc.

En effet, la prescription des salaires et accessoires de salaires qui était de 5 ans jusqu'au 17 juin 2013, date de la réforme de la prescription et qui depuis lors est de 3 ans, les risques de réclamations restent envisageables.

Par ailleurs, si votre convention collective n'est pas la même que celle de la société cible, il faudra envisager la mise en place d'une négociation afin d'harmoniser le statut collectif, sachant que pendant 15 mois, les deux conventions collectives seront appliquées parallèlement. En cas d'échec des négociations, les salariés conserveront leurs avantages individuels acquis.

4.3 Les accords collectifs

Il est important de se faire remettre les accords d'entreprise signés afin de connaître les engagements pris, leur durée, leur coût et leur validité juridique.

Les accords à étudier sont notamment les suivants :

- accord d'intéressement,
- accord de participation,
- mise en place des 35 heures,
- compte épargne temps,
- droit syndical,
- accord de salaire,
- accord égalité hommes/femmes,
- accord sur la formation,
- plan d'épargne d'entreprise.

Il faudra ensuite s'interroger sur le point de savoir s'il est possible ou non de poursuivre ces accords au vu de ceux existants d'ores et déjà dans votre société, et s'il faut mettre en place de nouvelles négociations.

Il est important de s'arrêter plus particulièrement sur la gestion de la durée du travail :

⇒ y a-t-il des modalités d'enregistrement du temps de travail pour les salariés dont le temps a été annualisé ?

- ⇒ les documents d'enregistrement du temps de travail sont-ils à jour ?
- ⇒ les cadres au forfait jour ont-ils bien tous signé un avenant à leur contrat de travail en ce sens ?
- ⇒ La convention collective de la société cible a-t-elle été invalidée ou non par la Cour de Cassation ?
- ⇒ enregistrent-ils leurs jours travaillés ?
- ⇒ y a-t-il des entretiens sur leur charge de travail ?
- ⇒ En cas de réclamation d'heures supplémentaires par les salariés itinérants dont le temps de travail est de 151h57, y a-t-il des documents retraçant leur durée du travail ?

Les réponses à ces questions pour le moins épineuses donneront un aperçu des éventuelles erreurs à corriger avant la cession ou à évaluer en terme de risque à couvrir.

4.4 La représentation du personnel

Il convient de distinguer entre le sort des institutions représentatives et celui des salariés mandatés.

4.4.1 Les institutions représentatives

Le principe découlant de l'article L.1224-1 du Code du Travail est le maintien des mandats.

La cession entraîne généralement l'augmentation de l'effectif qui se calcule sur les 12 mois consécutifs au transfert. Dans cette hypothèse, des élections devront peut-être être envisagées au moins un an après l'opération.

Afin de tenir compte des dates habituelles des élections, et afin d'harmoniser le calendrier, un accord peut intervenir pour réduire ou proroger la durée des mandats.

L'état des lieux à effectuer est le suivant :

- consulter les procès-verbaux de réunions (DP, CE, CHSCT, etc.). Une telle lecture pourra donner une idée du climat social, des questions qui se posent et des réponses qui sont apportées ;
- dans quel climat se déroulent habituellement les élections ? Y a-t-il déjà eu des contentieux électoraux ?
- sur quels sujets portent principalement les revendications ?
- quel est le poids des institutions représentatives du personnel à l'égard des salariés ? Y a-t-il une réelle représentativité ?

- les règles légales pesant sur le dirigeant sont-elles respectées et n'y a-t-il aucun risque d'entrave ?

4.4.2 Les salariés mandatés

Ces salariés se trouvent quasiment dans la même situation que les autres salariés transférés : maintien du contrat de travail et de leur protection.

La seule différence avec les autres salariés réside dans le fait que le transfert de leur contrat de travail vers une autre société doit être préalablement autorisé par l'Inspecteur du Travail.

Il convient d'obtenir du cédant un historique des mandats par salarié (date d'élection, dans quelles institutions représentatives ils ont été élus, etc.).

Il faut également s'assurer que les mandats n'ont pas eu d'impact négatif sur le parcours professionnel (les procédures en discrimination syndicale « fleurissent » depuis quelques temps).

Il est recommandé aussi de vérifier la régularité des éventuelles procédures disciplinaires et/ou de licenciement intervenues à l'encontre de salariés mandatés.

Il faut également s'enquérir du caractère définitif de l'autorisation de licenciement donnée par l'Inspecteur du Travail. En effet, si cette autorisation a été attaquée dans le délai de 2 mois par le salarié et qu'une décision contraire est finalement arrêtée, le salarié sera réintégré s'il le demande, ce qui entraîne un coût financier qui peut s'avérer important.

CONCLUSION

Les textes législatifs, la jurisprudence, l'administration tentent d'imposer aux chefs d'entreprises, dans le cadre de leur gestion quotidienne, une obligation « zéro défaut » qui, malgré la meilleure des volontés, est difficile à remplir.

Parmi toutes les procédures « ISO » et certifications en tous genres, la technique de l'audit se révèle aujourd'hui comme un instrument de qualité, de « chasse aux risques » et de base de négociation pour obtenir une garantie d'actif et de passif la plus large possible ou se donner des marges de manœuvre pour discuter le prix de cession.

Florence MERCADE-CHOQUET
Avocat au Barreau de VERSAILLES