

## ÉTUDE SOCIÉTÉS ET PROCÉDURES COLLECTIVES

SOCIÉTÉ/ENTREPRISE

La loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire a institué un droit d'information directe et préalable des salariés concernant la cession de leur entreprise, assortie d'une sanction.

1434

# L'obligation pour le cédant d'informer les salariés de sa volonté de céder le contrôle de l'entreprise



Étude rédigée par Alain Couret et Vincent Delage



Alain Couret est professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, IRJS – Sorbonne Affaires / Finance, avocat associé CMS-BFL ; Vincent Delage est avocat associé CMS-BFL

1 - La loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire<sup>1</sup> comprend dans son titre II des dispositions relatives à la création d'un droit d'information directe et préalable<sup>2</sup> des salariés concernant la cession de leur entreprise<sup>3</sup>. Le spectre des entreprises concernées excède largement le domaine de l'économie sociale et solidaire ce qui a été plusieurs fois relevé au cours des débats parlementaires par les élus hostiles au projet de loi. Ce titre contient trois articles numérotés 18, 19 et 20.

1 JO 1<sup>er</sup> août 2014, p. 12666.

2 D. Payet et J. Folgoas, « Cession de PME : vers une information directe et préalable des salariés » : *Le Cercle des Echos* 13 juin 2014.

3 Ce droit trouvera application s'agissant des cessions conclues trois mois au moins après la date de publication de la présente loi (art. 98), soit à partir du 2 novembre 2014. Cette disposition de droit transitoire fait naître diverses interrogations quant aux contours de la notion de conclusion de la cession. *Quid* des cessions conclues sous condition suspensive ? Manifestement, la cession est conclue dans ce cas. Si une promesse unilatérale de céder a été signée, il semble également clair que la cession n'est pas conclue. Par ailleurs, la mise en œuvre du texte dépend de détails d'application qui ne sont pas publiés à l'heure actuelle.

2 - L'article 18 a une vocation pédagogique et générale. Les entreprises de moins de 250 salariés doivent organiser au moins une fois tous les trois ans une information sur les possibilités de reprise d'une société par les salariés ; l'information doit porter en particulier sur les conditions juridiques de la reprise d'une entreprise par les salariés, sur ses avantages et difficultés, ainsi que sur les dispositifs d'aide dont ils peuvent bénéficier. Un décret doit venir définir le contenu et les modalités de l'information qui prendra en compte la taille des entreprises concernées.

3 - L'article 19 traite de l'information des salariés préalablement à la cession d'un fonds de commerce ; l'article 20 est plus spécifiquement dédié à l'information des salariés en cas de cession de parts sociales, d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès à la majorité du capital. On observera que cet article 20 mérite une considération toute particulière. Le fait qu'un chapitre soit consacré au transfert par cession de droits sociaux<sup>4</sup> n'est pas indifférent. Il s'agit d'une très rare disposition du Code de commerce concernant l'opération de cession selon ce procédé. Ce code ne connaît que les cessions de fonds de commerce dont il a consacré le régime juridique plus particulièrement en 1935<sup>5</sup>. Au travers d'une contrainte inspirée par des considérations informatives à l'attention des salariés, on voit apparaître un premier bloc de règles spécifiques aux cessions de droits sociaux, au demeurant symétrique du bloc concernant la cession d'actifs.

4 - On est bien ici dans le **Code de commerce** et non dans le Code du travail<sup>6</sup>. Ces articles qui dans l'ensemble de la loi sont ceux le plus à même de faire polémique ont paru avoir l'espace d'un moment un avenir incertain compte-tenu de la recomposition du gouvernement intervenue pendant le processus parlementaire : l'inspirateur du projet, Benoît Hamon, a changé de portefeuille ministériel. Mais le processus législatif a en fait continué et la loi a été facilement adoptée. L'idée est d'obliger les propriétaires désireux de céder leur entreprise à informer les salariés de ce projet de manière à ce que ces derniers puissent présenter un projet de reprise, éventuellement sous la forme d'une SCOP<sup>7</sup>. Toutes les entreprises ne sont pas concernées : seules celles qui emploient moins de 250 salariés le sont et le dispositif comporte deux branches selon que l'entreprise emploie ou non moins de 50 salariés.

4 Article 20 de la loi qui introduit après le chapitre IX du titre III du livre deuxième du code de commerce un chapitre X intitulé « De l'information des salariés en cas de cession de leur société ».

5 L. 29 juin 1935.

6 On notera que le Code du travail n'a pas été modifié par les articles 18 à 20 et que le principe d'une information directe et préalable des salariés est assez surprenant dans la mesure où, dans la majorité des cas, les institutions représentatives du personnel sont les interlocuteurs privilégiés de l'employeur et les destinataires des informations concernant, notamment, la marche générale de l'entreprise et donc le ou les projets de cession dont elle peut faire l'objet.

7 Par ailleurs, pour consolider ce nouveau droit, la loi prévoit la création du statut de SCOP (Sociétés coopératives et participatives) d'amorçage, qui accroît la capacité entrepreneuriale des salariés (art. 15).

5 - Les raisons d'être de cette réforme ont été abondamment expliquées par l'exposé des motifs du projet. Bon nombre d'entreprises périmeraient chaque année du fait qu'elles n'auraient aucun repreneur à même d'assurer leur destin de manière durable.

« La non-transmission d'entreprises saines est une source croissante de pertes d'emplois. De nombreuses entreprises cessent en effet leur activité faute de repreneurs. Si les « pépites » très rentables trouvent facilement preneur, le propriétaire d'une entreprise faiblement rentable a peu d'offres de reprise... Dans ce contexte, la reprise par les salariés peut-être une solution pour préserver la viabilité de l'entreprise et assurer la pérennité de l'activité et de l'emploi »<sup>8</sup>.

6 - Par ailleurs, d'un point de vue plus idéologique, quelques occasions pourraient être données à des salariés ou des équipes de salariés de prendre en main sous la forme juridique d'une SCOP, par exemple, une entreprise plus ou moins délaissée par ses propriétaires. « En effet, les salariés ont une bonne connaissance de l'entreprise, de ses clients, ses fournisseurs et de ses points forts et de ses faiblesses. Correctement accompagnés, ils peuvent reprendre avec succès leur entreprise »<sup>9</sup>.

7 - Ces dispositions nouvelles pourraient a priori apparaître comme quelque peu anecdotiques et s'ajouter simplement à des obligations sans cesse croissantes pesant sur les entrepreneurs. Mais en réalité, la sanction qui est prévue par la loi est suffisamment redoutable pour inciter à la prudence : le défaut d'information des salariés est sanctionné par la **nullité de la cession** (C. com., art. L. 141-23, al. 5 ; L. 141-28, al. 4 ; L. 23-10-1, al. 4 ; L. 23-10-7, al. 3) qui peut être demandée par tout salarié. L'action en nullité se prescrit toutefois dans le délai de deux mois à compter de la publicité de la cession<sup>10</sup> ou de l'information de tous les salariés (C. com., art. L. 23-10-1 ; art. L. 23-10-1).

8 - Une sanction aussi dissuasive invite d'emblée à ne pas sous-estimer l'importance de l'obligation nouvelle. Elle invite à s'interroger d'abord sur le domaine d'application du texte car, en dépit du risque que l'on vient d'évoquer, ce domaine n'est pas parfaitement délimité et il suscite diverses interrogations (1). Elle invite ensuite à s'interroger sur le régime même de l'obligation nouvelle (2).

## 1. Le domaine d'application

9 - Le domaine d'application doit être déterminé à partir de deux critères. L'obligation nouvelle ne concerne que les cessions opérées au sein de certaines entreprises (A). De même ne concerne-t-elle que certains types d'opérations (B).

8 Exposé des motifs.

9 Exposé des motifs.

10 Pour un fonds de commerce à compter de la date de publication de l'avis de cession du fonds (C. com., art. L. 141-23, dernier al. et L. 141-28, al. 5) ; pour une cession de droits sociaux, à compter de la date de publication de la cession de la participation (C. com., art. L. 23-10-1, dernier al. et L. 23-10-7, dernier al.).



## A. - Les entreprises concernées

10 - La loi indique que l'obligation d'informer les salariés est applicable aux cessions de participations détenues dans les entreprises de moins de 50 salariés ainsi que dans celles soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2322-1) et se trouvant à la clôture de leur exercice dans la catégorie des petites et moyennes entreprises au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Cette catégorie est déterminée par le décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique. Le décret indique que la catégorie des petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui, d'une part, occupent moins de 250 personnes, d'autre part, ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros. Ainsi les entreprises de plus de 250 salariés sont exclues du dispositif. Il en est de même pour les entreprises qui emploient entre 50 et 249 salariés si celles-ci ont un total de bilan qui excède 43 millions d'euros ou un total de chiffre d'affaire qui excède 50 millions d'euros.

11 - Dans le silence de la Loi, les seuils d'effectifs semblent pouvoir être déterminés par référence aux principes retenus pour la mise en place des instances représentatives du personnel (C. trav., art. L. 1111-2). Ainsi, seuls les salariés de droit français seront comptés y compris les salariés de la société employés hors de France tant que leur contrat de travail n'est pas rompu<sup>11</sup> mais les salariés des succursales étrangères ne seront pas pris en compte par application du principe de territorialité. Par ailleurs, ces derniers ne bénéficieront pas de l'information sur la cession.

Sans référence à la nature du contrat dans les textes, il n'y a pas de raison d'exclure les salariés employés sous contrat de travail à durée déterminée.

À l'inverse, les mandataires sociaux non titulaires d'un contrat de travail ne sont pas concernés.

12 - Cette réglementation nouvelle ne semble a priori concerner que les PME. À y regarder de près, les choses sont sans doute un peu plus complexes. Un certain nombre de sociétés holdings peuvent correspondre aux critères ci-dessus évoqués. On peut imaginer plusieurs cas de figure où le doute pourrait s'introduire.

11 *Rep. min.* n° 11046, 7 avr. 1983 ; *JO Sénat* 2 févr. 1984 ; tout salarié employé à l'étranger, d'une entreprise située en France bénéficie de la législation française sur les institutions représentatives du personnel dès lors qu'il est lié par un contrat de travail à cette entreprise ; doivent être compris dans l'effectif de l'entreprise établie en France : les salariés recrutés en France pour l'exécution d'un travail hors de France (Cass. soc., 4 mai 1994, n° 91-60.008 ; *JurisData* n° 1994-000970) et les salariés détachés à l'étranger demeurant sous la subordination de l'entreprise établie en France, peu important qu'ils soient également liés par un contrat de travail avec l'établissement situé à l'étranger (Cass. soc., 29 janv. 1992, n° 90-60.526 ; *JurisData* n° 1992-000180).

Par exemple, qu'en est-il de la cession d'une société holding qui n'emploie aucun salarié mais dont les filiales ont des salariés ? La cession qui interviendra ne sera pas soumise à l'obligation d'information, faute de salarié. Mais il convient également de garder à l'esprit la problématique de l'unité économique et sociale. Bien que celle-ci ne semble intéresser que la consultation du comité d'entreprise et non l'information des salariés (concernant l'UES : « lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire » (C. trav., art. L. 2322-4), on pourrait s'interroger sur le point de savoir si des salariés des entreprises composant l'UES, parce qu'ils appartiennent tous à une communauté « sociale » (comité d'entreprise commun, accord de participation commun si les effectifs cumulés atteignent 50 salariés pendant au moins 6 mois au cours de l'exercice), pourraient bénéficier du droit à l'information préalable sur la cession de l'une des sociétés de l'UES à laquelle ils n'appartiennent pas. La lettre du texte incline toutefois à répondre par la négative.

13 - De même s'agissant d'une société holding qui n'emploierait qu'un seul salarié, la loi incontestablement trouve à s'appliquer. Comme elle peut trouver à s'appliquer dans un processus d'offre publique d'achat ou d'échange. Dans le cadre d'une OPA sur une holding qui emploie par exemple dix salariés, l'obligation d'information devra être respectée dans l'hypothèse où un actionnaire déciderait de céder un bloc de plus de 50 % des actions de la holding.

14 - À supposer même que les critères de taille soient satisfaits, toutes les formes sociales n'obligent pas à appliquer la nouvelle réglementation. La loi vise les parts sociales de SARL, les actions et les valeurs donnant accès au capital d'une société par actions. La cession d'une société en nom collectif n'est donc pas concernée, ce qui paraît logique compte tenu de la responsabilité indéfinie et solidaire de ses membres qu'il ne paraît pas souhaitable de faire endosser par des salariés. De même n'est pas concernée la cession d'une société en commandite dès lors que le contrôle est d'abord le fait des commanditaires.

## B. - Les opérations en cause

15 - S'agissant du domaine d'application de la mesure quant aux opérations concernées, la loi donne quelques indications. D'abord négativement, l'obligation d'information ne s'applique pas « en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession du fonds ou de la participation à un conjoint, à un ascendant ou à un descendant » (C. com., art. L. 141-27 ; art. L. 141-32 ; art. L. 23-10-6 ; art. L. 23-10-12). Ensuite, elle ne s'applique pas « aux sociétés faisant l'objet d'une procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire régies

# Le défaut d'information des salariés est sanctionné par la nullité de la cession

par les dispositions du livre VI du Code de commerce » (C. com., art. L. 141-27 ; art. L. 141-32 ; art. L. 23-10-6 ; art. L. 23-10-12).

Très sagement, le législateur n'a pas souhaité remettre en cause la primauté des liens familiaux dans le processus de transmission de l'entreprise ; de même n'a-t-il pas souhaité remettre en cause les règles fixées par le droit des procédures collectives. Ensuite, positivement, l'obligation d'information s'applique à la cession d'un fonds de commerce ou d'une participation dans une société soumise à une réglementation particulière prescrivant que tout ou partie de son capital soit détenu par un ou plusieurs associés ou actionnaires répondant à certaines conditions en termes notamment de qualification professionnelle, sous réserve soit qu'un au moins des salariés pouvant présenter l'offre d'achat remplisse les conditions requises, soit que la cession ne porte pas sur la partie du capital soumise à la réglementation et détenue par l'associé ou l'actionnaire répondant aux conditions requises (C. com., art. L. 23-10-4 ; art. L. 23-10-10). Par exemple, dans une SARL d'architectes, le capital doit être détenu en majorité par des architectes.

16 - Tel que rédigé, le texte laisse place à des incertitudes. Par exemple, que se passe-t-il si l'on est en présence d'une cession de droits sociaux intervenant au sein d'un même groupe ? Imaginons que l'on soit en présence d'une restructuration décidée par la société holding. Dès lors que l'opération porte sur plus de 50 % du capital, faut-il donner aux salariés la possibilité de faire une offre ? Il n'y a pas de réponse dans la loi. Formellement, rien ne semble permettre d'écarter l'application du texte nouveau. Pour autant, ce n'est pas l'esprit de la loi et si l'on se replonge dans l'exposé des motifs, on ne voit pas bien sur quel fondement pourrait prendre appui l'information des salariés à l'occasion d'une opération de restructuration. Reste que dans des cas où la restructuration laisse augurer d'une marginalisation de l'entreprise dans le groupe, des salariés pourraient arguer de l'intérêt d'une reprise par certains d'entre eux.

17 - Si l'opération est un apport, faut-il ouvrir le droit de faire une offre ? Que se passera-t-il si l'on agit maintenant d'une transmission universelle de patrimoine : fusion, scission, apport partiel d'actions ? Sans doute pourra-t-on se prévaloir de la jurisprudence déjà rendue en ces matières. L'apport n'est pas assimilable à une cession<sup>12</sup>. Il en va de même pour les opérations assorties de la transmission universelle du patrimoine qui, selon une jurisprudence constante, ne sont pas réductibles à une simple cession<sup>13</sup>. Au demeurant, dans ces derniers cas de figure, on voit assez mal ce que pourrait être la proposition de reprise faite par des salariés, sauf peut-être à réserver le cas de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

12 *Cass. com.*, 15 déc. 2009, n° 08-21.037, F-PB ; *JurisData* n° 2009-050882.  
13 *Cass. com.*, 28 avr. 2004. - *Cass. com.*, 12 févr. 2008, n° 06-20.966 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 74, note R. Mortier ; *JCP E* 2008, 2209, note Y. Pédrot.

18 - De même les textes n'autorisent pas à prendre en considération des cessions indirectes de titres, par exemple lorsque la cession d'une entreprise se fait au travers de la cession des titres de la société holding de contrôle. On doit pouvoir ici encore se référer à la jurisprudence passée<sup>14</sup>.

19 - On retrouvera également la problématique que l'on a connue sous l'angle du droit boursier en matière de cession de bloc de contrôle lorsque le cédant cède ses titres à un acheteur qui détient déjà un certain pourcentage de la société. Celui qui cède 40 % à un actionnaire qui détient 10 % ne sera-t-il pas cédant d'une participation de plus de 50 % ? Il est peu probable que la jurisprudence éventuelle s'engage cependant dans cette voie. En matière de cession de blocs de contrôle, il s'agissait d'éviter que les droits des actionnaires minoritaires soient par trop méconnus. Ici, la lettre des textes n'est pas véritablement favorable à une telle interprétation : « lorsque le propriétaire d'une participation représentant plus de 50 % des parts sociales ou des actions... ».

20 - En revanche, il semble bien que la cession ne pourra être le fait que d'un seul cédant car la loi indique : « le propriétaire d'une participation »<sup>15</sup>. Dès lors, la cession de plusieurs participations pour un total excédant 50 %, même opérée de concert, ne saurait susciter le déclenchement de l'obligation d'information des salariés.

21 - La référence aux valeurs mobilières donnant accès au capital d'une société en actions est, elle aussi, source de quelques difficultés. Il faut imaginer que la cession de valeurs composées soit susceptible d'entraîner un transfert potentiel de plus de 50 % du capital social. Ce genre de situation sera probablement très rare dans une PME.

## 2. Le régime de l'obligation

22 - La loi organise deux processus d'information des salariés concernant la cession d'entreprise en fonction de la taille de cette entreprise. Mais il faut aussi observer que chacun de ces deux processus connaît des nuances selon qu'il s'agit de céder un fonds de commerce ou de céder des droits sociaux.

23 - On s'interrogera successivement sur les modalités de déclenchement de l'obligation (A), et sur l'étendue de l'information délétable et les modalités de sa délivrance (B).

14 *Affaire Mongoual, Cass. com.*, 15 sept. 2009, n° 08-11.627 ; *JurisData* n° 2009-051606 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 27, obs. D. Galois-Cochet ; *RJDA* 2/10, n° 154.

15 *C. com.*, art. L. 23-10-1 « lorsque le propriétaire d'une participation... » ; *C. com.*, art. L. 23-10-7 « lorsqu'il veut céder une participation... le cédant notifie sa volonté de céder à la société ».



## Les salariés n'ont aucun droit de préférence ou de préemption sur le fonds de commerce ou les droits sociaux

ment avancé. Il convient de garder à l'esprit que le texte crée cette obligation en vue de permettre aux salariés de faire une offre.

L'information semble donc devoir être assortie de diverses considérations sur l'entreprise elle-même, mais jusqu'où ? L'employeur est-il tenu de délivrer à l'ensemble des salariés les informations relatives à l'entreprise et qui par exemple justifient le prix ?

**32 -** Le texte n'est pas éclairant sur ce point car sans préciser plus avant, il ne renvoie au décret que la possibilité de prévoir les modalités de la délivrance de l'information aux salariés, afin qu'elle ait date certaine, et non le contenu même de l'information.

Or, au-delà du bon sens, si on raisonne par analogie avec les droits du comité d'entreprise, celui-ci ne peut émettre un avis motivé sur un projet que s'il a été destinataire d'informations précises et écrites lui permettant d'appréhender clairement l'opération envisagée.

Ne pourrait-il pas en être de même pour les salariés ? Ceux-ci ne pouvant valablement émettre une offre que sur la base d'informations détaillées ? Si cette question pourrait être en partie résolue pour les entreprises de plus de 50 salariés dotées d'un comité d'entreprise périodiquement destinataire de données économiques et financières, notamment, concernant l'entreprise, susceptible d'éclairer les salariés leur permettant ainsi de formuler une offre pertinente, il n'en sera pas de même s'agissant des salariés occupés au sein des entreprises dont l'effectif est inférieur à 50 salariés dans la mesure où l'employeur n'est pas assujéti aux mêmes obligations de communication d'informations économiques et financières.

**33 -** On peut penser que l'obligation d'informer les salariés devrait être organisée en deux étapes : une première information sur l'intention de céder puis, seulement si le salarié est intéressé pour faire une offre, se poserait la question d'une offre supplémentaire, de l'obligation de respecter l'égalité de traitement entre les potentiels repreneurs. Les salariés devraient ainsi deux droits : le droit à une première information (accompagnée des modalités permettant d'avoir une information supplémentaire) puis un droit à être en mesure de faire une offre d'achat.

À noter toutefois qu'une forme d'information échelonnée peut conduire à s'interroger sur le point de départ du délai de deux mois, le salarié pouvant tenter de soutenir que c'est seulement lorsqu'il est pleinement informé sur les tenants et aboutissants de l'opération de cession, et seulement à partir de ce moment, que court le délai de deux mois et non lors de la délivrance d'une information générale antérieure.

**34 -** La loi ne précise pas la nature des vecteurs possibles de l'information des salariés. Elle s'en remet à la voie réglementaire pour définir tous les moyens qui seront de nature à rendre certaine la réception de l'information par les salariés (*C. com.*, art. L. 141-25 ; L. 141-30 ; L. 23-10-3 ; L. 23-10-9).

processus de cession du fonds de commerce ou des droits sociaux l'information doit-elle être effectuée ? Faut-il informer dès la naissance chez le cédant d'une intention de céder ou lorsque les principaux éléments de la cession sont déjà déterminés ?

**29 -** En présence d'un comité d'entreprise, l'information doit être délivrée « au plus tard en même temps » que la consultation du comité d'entreprise sur le projet de cession conformément aux dispositions de l'article L. 2323-19 du Code du travail. Dans la mesure où l'information peut être donnée avant la consultation du comité d'entreprise, on peut s'interroger sur la possibilité de purger de façon périodique l'obligation d'information des salariés, tous les deux ans conformément aux articles L. 141-26, L. 141-31, L. 23-10-5 et L. 23-10-11 du Code de commerce. En effet, le texte indique que « la cession intervient dans un délai maximal de deux ans après expiration du délai » de deux mois qui court à compter de l'information des salariés. Toutefois, le second texte indique seulement que la cession sera de nouveau soumise à l'obligation d'information si le délai de deux ans a expiré.

**30 -** On pourrait imaginer d'informer dans un premier temps les salariés et le comité d'entreprise tout en précisant à ce dernier que la consultation interviendra lorsque le projet sera plus abouti. Toutefois, il est délicat de consulter le comité d'entreprise seulement sur une simple intention de céder alors que les principaux éléments relatifs à la cession doivent être réunis<sup>16</sup>. Par ailleurs et de principe, les salariés n'ont pas à être informés avant le comité d'entreprise, celui-ci demeurant le primo-destinataire des informations intéressant la marche générale de l'entreprise, notamment. Partant, le cédant devrait semble-t-il garder l'information jusqu'à ce qu'il ait les moyens d'effectuer l'information-consultation du comité d'entreprise et la pratique conduira sans doute à ce que l'information des salariés s'effectue en même temps que s'engagera le processus d'information et de consultation du comité.

### B. - L'étendue de l'information et les modalités de sa délivrance

**31 -** S'agissant de l'étendue de l'information, est-ce suffisant d'informer seulement de l'intention de céder ses titres ou est-il nécessaire d'informer les salariés sur le contenu des offres (acquiescent pressenti, prix, etc.) ? Logiquement, le déclenchement de l'information se fera au moment où ces informations seront réunies et l'information ne sera due qu'en présence d'un projet suffisamment

<sup>16</sup> Sans nier les difficultés inhérentes au moment opportun de la consultation dans la mesure où selon une jurisprudence constante : un projet et des orientations même formulées en des termes généraux, doivent être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque leur objet est assez déterminé pour que leur adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion, la marche générale de l'entreprise, peu important qu'ils ne soient pas accompagnés de mesures précises d'application dès lors que la discussion ultérieures de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause dans son principe le projet ou les orientations adoptés.

### A. - Les modalités de déclenchement de l'obligation

**24 -** Lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce employant moins de 50 salariés souhaite céder sa participation, il notifie son intention à l'exploitant du fonds et un délai de 2 mois court à compter de la date de cette notification (*C. com.*, art. L. 141-23). L'exploitant du fonds porte sans délai à la connaissance de l'ensemble des salariés cette notification, en les informant qu'ils peuvent présenter au cédant une offre de rachat. Lorsque le fonds est exploité par son propriétaire, celui-ci notifie sa volonté de céder directement à l'ensemble des salariés en les informant qu'ils peuvent lui présenter une offre de rachat, et le délai court à compter de la date de cette notification (*C. com.*, art. L. 141-23, al. 3).

**25 -** Si la même entreprise est exploitée en société, les salariés doivent être informés au plus tard deux mois avant la cession de ce que le propriétaire d'une participation représentant plus de 50 % de parts, d'actions ou de valeurs donnant accès à la majorité du capital veut les céder (*C. com.*, art. L. 23-10-1). Le représentant légal notifie sans délai à l'ensemble des salariés cette information, en leur indiquant qu'ils peuvent présenter au cédant une offre d'achat.

**26 -** Lorsque la société emploie entre 50 et 249 salariés et entre dans la catégorie des petites et moyennes entreprises, le cédant notifie sa volonté de céder à l'exploitant du fonds ou au représentant légal de la société (*C. com.*, art. L. 141-28, al. 1 ; L. 23-10-7). Au plus tard en même temps qu'il procède, en application des dispositions de l'article L. 2323-19 du code du travail à l'information et à la consultation du comité d'entreprise, l'exploitant du fonds ou le chef d'entreprise portent à la connaissance de l'ensemble des salariés la notification reçue et leur indique qu'ils peuvent présenter au cédant une offre de rachat (*C. com.*, art. L. 23-10-1, al. 2 ; L. 23-10-7, al. 2). Ici encore, lorsque le fonds est exploité par son propriétaire, celui-ci notifie directement à l'ensemble des salariés sa volonté de céder, en les informant qu'ils peuvent lui présenter une offre de rachat (*C. com.*, art. L. 141-28, al. 3).

**27 -** Le délai de deux mois imposé par les divers textes n'est pas incompressible. La cession peut intervenir avant l'expiration du délai lorsque chaque salarié fait connaître au cédant sa décision de ne pas présenter d'offre d'achat. En pratique, il pourra être intéressant de solliciter une réaction rapide de la part des salariés notamment via un émargement, sans nier les difficultés pratiques de mise en œuvre s'agissant notamment des entreprises dont l'effectif avoisine les 249 salariés.

On relèvera que les salariés doivent se manifester auprès du cédant qui, selon les cas, ne sera pas nécessairement l'employeur.

**28 -** La lecture de ces dispositions soulève un certain nombre d'interrogations. Le texte n'est pas suffisamment explicite en ce qui concerne le déclenchement de cette obligation. À quel moment du

**35 -** Pour aider les salariés, l'assistance d'un professionnel est possible : Le texte prévoit que les salariés auront la possibilité de se faire assister d'un « représentant de la chambre régionale d'agriculture, de la chambre régionale d'agriculture, de la chambre régionale de métier et de l'artisanat territorialement compétentes en lien avec les chambres régionales de l'économie sociale et solidaire et par toute personne désignées par les salariés » en vue de présenter une offre de rachat (*C. com.*, art. L. 141-24 et L. 141-29 ; L. 239-6-1 et L. 23-10-8).

Se pose la question du périmètre de l'information à donner à ce représentant mais aussi celle de savoir sur qui pèsera le coût de son intervention.

Cette question est d'autant plus délicate que l'ajout du membre de phrase : « et par toute personne désignées par les salariés » dans le dernier état du texte revêt une importance notable en ce qu'il ne semble pas exclure qu'un expert-comptable puisse être désigné par les salariés pour les assister.

**36 -** La question de la confidentialité sera ici essentielle. Lorsqu'ils reçoivent l'information, les salariés sont tenus d'une obligation de « discrétion » (*C. com.*, art. L. 141-25 al. 2 ; L. 141-30 ; L. 23-10-3 ; L. 23-10-9) dans les conditions de l'article L. 2325-5 du Code du travail relatif à l'obligation de discrétion du comité d'entreprise à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur. La sanction de la violation de l'obligation de discrétion semble être la même que celle qui pèse sur le comité d'entreprise à savoir que le non-respect de l'obligation de discrétion n'étant pas assorti de sanctions pénales, l'employeur pourra demander des dommages-intérêts au responsable de la divulgation ou appliquer une sanction disciplinaire.

### Conclusion

**37 -** Ce texte qui a déjà suscité et continuera sans doute de susciter une résistance violente des milieux patronaux est moins exigeant qu'il y paraîtrait parfois paraître. Sans doute l'objectif du législateur est-il d'encourager l'achat de l'entreprise par ses salariés. L'information qui est donnée est de nature à susciter les offres de rachat sous l'égide d'une SCOP ou d'une autre forme. Pour autant, on ne saurait se méprendre sur la portée réelle du texte<sup>17</sup>.

Le cédant garde la liberté de céder sa participation à qui il le souhaite. Il avait été proposé d'inscrire dans la loi une priorité donnée aux salariés dès lors que leur offre est au moins égale à celle formulée par d'autres repreneurs et que leur projet vise à organiser une reprise sous forme de coopérative<sup>18</sup>. Ceci n'a pas été retenu.

Les salariés n'ont aucun droit de préférence ou droit de préemption sur le fonds de commerce ou les droits sociaux. Sur ce point,

<sup>17</sup> V. J.-P. Raillard sur le *Monde*, fr. 3 oct. 2013.

<sup>18</sup> Intervention A. Chassigne : JOAN séance 15 mai 2014.

certaines parlementaires auraient souhaité aller plus loin. Le vœu étant émis que soit accordé aux salariés un droit de rachat prioritaire des salariés de leur entreprise sous forme de coopérative<sup>19</sup>. Le vendeur des droits peut mener des négociations en parallèle avec d'autres acquéreurs. Sur ce point également, le Conseil Economique et Social avait fait une proposition différente : « *pendant ce délai (3 mois dans la proposition), au cours duquel cédants et salariés reprennent les conditions*

*de transmission, aucune offre de reprise d'un repreneur externe ne pourra intervenir* »<sup>20</sup>. À supposer que des offres lui parviennent d'autres que les salariés, il n'est pas tenu d'en révéler le contenu.

**38** - Il n'y a donc pas d'atteinte véritable à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété. Ce qui est ici redouté, et sans doute justement redoutable, est l'atteinte à la confidentialité qui est susceptible de faire échouer certaines opérations tout comme le retard que pourrait entraîner la révélation de certaines informations et l'application des divers délais d'attente sur la réalisation de l'opération.

<sup>19</sup> Voir ici les observations de M. André Chassaing à l'Assemblée Nationale, 2<sup>e</sup> séance 21 juillet 2014 qui évoque une promesse du Président de la République faite pendant la campagne électorale. Voir également l'Avis du Conseil Economique et Social favorable à un droit de reprise préférentiel lorsque la reprise est envisagée par des fonds prédateurs concevant la reprise dans une logique purement spéculative (*Entreprendre autrement*, p. 30).

<sup>20</sup> *Entreprendre autrement : l'économie sociale et solidaire*, janv. 2013, p. 29.