

Transmission d'Entreprises : les risques et incertitudes liés aux nouvelles obligations d'information des salariés

Christophe Pichard,
Avocat Associé, Pichard & Associés

La loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 impose de nouvelles obligations d'information des salariés en cas de cession de titres de la société qui les emploie. Si cette loi a pour but de faciliter la transmission d'entreprises à leurs salariés, comme le rappelle l'intitulé du Titre II, ces nouvelles dispositions créent des risques et des incertitudes, tant dans leurs champs d'application que lors de leurs mises en œuvre.

Rappelons tout d'abord que cette loi instaure :

- un dispositif d'information triennale des salariés sur les possibilités de reprise des sociétés (article 18 du Titre II) ;
- une information permettant aux salariés de présenter une offre en cas de cession de fonds de commerce dans les entreprises employant moins de deux cent cinquante salariés (article 19 du Titre II) ;
- une information similaire en cas de cession de parts sociales, actions ou valeurs mobilières donnant accès à la majorité du capital dans les sociétés de même taille (article 20 du Titre II).

Ce texte vise les sociétés de moins de deux cent cinquante salariés, en opérant une distinction entre les entreprises de moins de cinquante salariés et les autres. Pour ces dernières, sont concernées les entreprises ayant un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas cinquante millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas quarante-trois millions d'euros (décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008).

Au premier abord, on pourrait considérer qu'il s'agit là d'une formalité inutile mais sans grande portée puisque le texte ne prévoit pas de droit de préemption en faveur des salariés et qu'ils ne peuvent donc pas empêcher la transmission projetée. Toutefois, ce texte pourrait soulever de sérieux problèmes.

Nous nous attacherons ici à souligner un certain nombre de risques et incertitudes liés à ces nouvelles obligations d'information en cas de transmission d'entreprises dans le cadre du nouvel article 20.

Remarques liminaires

Selon l'étude d'impact (paragraphe état des lieux), des milliers d'entreprises disparaissent faute de repreneurs. L'exposé des motifs précise que la non-transmission d'entreprises saines est une source croissante de pertes d'emploi. A lire ces deux documents, il s'agit au moins partiellement de remédier à ce problème d'absence de repreneurs. Il est cependant curieux que la loi instaure alors un droit d'information lorsque une cession est déjà projetée, c'est-à-dire lorsque justement un repreneur a été trouvé et que les négociations avec lui sont très avancées.

Conscient sans doute de cette apparente contradiction, l'exposé

des motifs nuance cette première présentation en indiquant qu'il s'agit d'encourager la reprise des entreprises par les salariés.

I. Champ d'application

A. Opérations concernées

Dans le cas d'une transmission d'entreprise, ce texte est susceptible de s'appliquer. En effet, les articles L. 23-10-1 et L.23-10-7 nouveaux du Code de commerce visent les cessions, sans en donner de définition précise. On sait que ce terme est ambigu : les donations et les apports seront-ils assimilés à une cession pour l'application de ce texte ?

Par analogie, on pourrait alors se référer à l'interprétation de ce terme en matière de clause d'agrément et de droit de préemption :

- L'article L.228-23 du Code de commerce détermine les règles applicables dans le cas où il est prévu une clause d'agrément en cas de cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital. Ce texte écarte d'ailleurs cette clause en cas de succession, liquidation de régime matrimoniaux ainsi que les cessions à un conjoint, un ascendant ou un descendant. Pour l'application de ce texte, la doctrine considère que le terme « *cession* » recouvre les actes de transmission tels que les donations ou apports isolés, étant précisé que les fusions et transmissions universelles de patrimoine ne seraient pas concernées.

- En matière de droit de préemption, la jurisprudence avait pu se prononcer en faveur d'une interprétation large de la notion de cession en assimilant un apport à une cession (cour d'appel de Versailles du 30 octobre 2008). Toutefois cette décision a été censurée par la Cour de cassation (15 décembre 2009). De même, la Cour de cassation a confirmé un arrêt de la cour d'appel de Paris considérant qu'une clause visant toute cession, échange, apport en société, nantissement, donation n'évoque qu'une cession isolée qui ne saurait concerner un cas de transmission à titre universel résultant d'une fusion. Dans ce contexte, même si la jurisprudence à ce jour semble favorable à une interprétation restrictive de la notion de cession pour l'exercice d'un droit de préemption, il n'est pas certain que, dans le cadre de ce nouveau droit à l'information, elle adopte la même approche.

A cet égard, il faut noter que les nouveaux articles L.23-10-6 et L.23-10-12 excluent du champ d'application de ce droit à l'information, les successions et les liquidations de régimes matrimoniaux et les cessions à un conjoint, un ascendant ou un descendant comme en matière de clause d'agrément (ainsi que les sociétés faisant l'objet d'une procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires).

C'est donc que le terme de cession devrait être entendu comme pour les clauses d'agrément. En particulier, il devrait alors s'appliquer aux donations. Ainsi, en cas de donation à un membre de la famille qui ne serait ni le conjoint, ni un ascendant, ni un descendant, le droit à l'information s'appliquera. De même, si la transmission s'effectue par l'intermédiaire d'une holding de reprise et comprend un apport, elle devrait rentrer dans le champ d'application de ce droit à l'information.

Le texte est donc susceptible d'intervenir dans le cadre d'une transmission d'entreprises pour laquelle il n'y a pas de problème de repreneur, en particulier en cas de transmissions familiales, alors que ces transmissions conduisent en outre rarement aux destructions d'emploi redoutées.

A cet égard, on ne peut exclure que certains entrepreneurs, en toute bonne foi, n'aient pas conscience que ce texte est susceptible de s'appliquer à eux, par exemple si une holding familiale est constituée ou si l'entreprise est donnée à un neveu.

B. Les seuils d'effectifs

La loi ne précise pas comment les seuils d'effectifs de cinquante et deux cent quarante-neuf salariés doivent être déterminés. Ainsi, dans le cas d'une société holding pure sans salariés qui détient des filiales opérationnelles, on peut se demander par exemple s'il faut tenir compte de l'effectif des filiales lorsque l'opération de cession concerne les seuls titres de la holding ou encore si les salariés de chaque filiale devraient être informés même si cette dernière hypothèse donnerait une interprétation très élargie de cette obligation.

Dans la mesure où le texte de loi opère une distinction selon que les sociétés ont l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise, il faut peut-être retenir les règles applicables en la matière pour déterminer le seuil déclenchant l'obligation d'information.

C. Le pourcentage de la participation cédée

La rédaction du texte pourrait aussi prêter à des problèmes d'interprétation sur le pourcentage cédé. Il est en effet prévu une mise en œuvre du droit à l'information lorsque la cession de la participation représente 50 % des parts sociales ou des actions ou valeurs mobilières donnant accès au capital. On peut alors se demander si le texte devra s'appliquer en cas de transmission en plusieurs étapes sans jamais qu'aucune d'elle ne représente 50 % et si une telle transmission ne pourrait pas être considérée comme une fraude aux droits des salariés.

De même, si une participation de plus de 50 % est transmise à la fois à des descendants (exclus du champ d'application de ce texte) et des neveux ou des tiers, sans que la participation transmise à ces derniers excède le seuil de 50 %, il faudra peut-être respecter ce droit à l'information pour éviter tout risque de nullité (comme exposé ci-après).

La rédaction du texte pourrait également soulever des difficultés dans la mesure où sont visées les valeurs mobilières donnant accès au capital. La détermination du seuil de 50 % risque dans certains cas de créer des incertitudes, par exemple si des bons de souscription d'actions complexes ont été émis.

D. Sociétés exclues : les SNC

On s'étonnera enfin de constater que l'obligation d'information des salariés prévue à l'article 20 de la nouvelle loi ne concerne

pas les mêmes sociétés que l'information triennale prévue à l'article 18. En effet, le dispositif d'information triennale vise toutes les sociétés de moins de deux cent quarante-neuf salariés soumises au Livre II du Code de commerce, ce qui inclut les SARL et les sociétés par actions mais également les SNC. En revanche, l'article 20 qui instaure le droit d'information des salariés en cas de cession de participation vise seulement les SARL et les sociétés par actions, les SNC en étant donc exclues.

On ne comprend pas bien la logique qui sous-tend ces distinctions : on peut certes comprendre que le législateur n'ait pas voulu étendre ce droit à l'information pour permettre aux salariés de formuler une offre de reprise dans le cadre d'une SNC, dans la mesure où les associés d'une telle société répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Ce serait peut-être faire supporter un risque trop grand pour les salariés repreneurs, mais dans ce cas on se demande pourquoi avoir maintenu l'information triennale de l'article 18 pour ce type de société.

En tout état de cause, cette restriction risque de créer des tensions au sein des SNC. En effet, conformément aux nouvelles dispositions, ils seront informés au moins tous les trois ans sur les possibilités de reprise de leur société mais en revanche ne seront pas informés en cas de cession de façon à leur permettre de formuler une offre : quel est alors l'intérêt de l'information triennale. Celle-ci risque de créer un climat de suspicion vis-à-vis du chef d'entreprise lors de la transmission des parts sociales de la SNC si les salariés ne sont pas en mesure de formuler une offre.

II. Mise en œuvre

A. La valorisation de la société par les salariés

On peut aussi s'inquiéter de la valeur que les salariés pourraient donner aux titres. Rien ne les oblige à se faire accompagner de professionnels. Ils pourraient ainsi donner des valeurs hors de proportion avec la réalité (aussi bien à la hausse qu'à la baisse). De telles valeurs pourraient cependant être considérées comme des valeurs de marché, puisque correspondant au prix qu'un tiers accepterait de payer. Ainsi, une surévaluation pourrait être utilisée par l'administration fiscale pour majorer les droits et le coût de la transmission initialement envisagée, par exemple si la transmission comprend des donations. De même, si les titres ont été assujettis à l'ISF, l'administration pourrait utiliser ces valeurs comme référence.

Cette nouvelle évaluation, par définition, interviendrait alors que la transmission serait très avancée. Si elle était par trop différente des évaluations retenues, elle pourrait remettre en cause les équilibres alors trouvés, tant avec des repreneurs tiers par exemple en cas de sous-évaluation par les salariés qu'en cas de transmission familiale, surtout si tous les membres de la famille ne participent pas à la reprise. Cette nouvelle évaluation pourrait donc susciter de nouvelles discussions avec les repreneurs tiers et/ou des conflits familiaux.

B. Le rejet de l'offre des salariés

Le nouveau texte prévoit l'instauration d'une simple obligation d'information des salariés afin de leur permettre de présenter une offre. L'étude d'impact avait examiné la possibilité d'accorder un droit de préférence au profit des salariés. Cette option n'a pas été retenue car elle s'avérait « lourde et complexe à mettre en œuvre et fragile juridiquement ». Dans ces conditions, le cédant a toute latitude pour rejeter l'offre des salariés même si, par exemple en

termes de valorisation, elle devait s'avérer plus intéressante que la valorisation retenue initialement par le cédant.

Cette hypothèse est ainsi envisageable avec des investisseurs offrant de meilleures garanties de financement et de pérennité si le cédant reste associé ou intéressé aux résultats futurs, par exemple en cas de transmission en plusieurs étapes ou de clauses d'*earn out*.

Cette hypothèse est aussi parfaitement envisageable dans le cas d'une transmission d'entreprise familiale puisqu'il ne s'agit pas simplement d'une opération de cession de titres mais bien d'une transmission de l'entreprise au sein de la famille pour laquelle de nombreuses variables entrent en ligne de compte et notamment des conditions de transmission différentes de celles en cas de cession à un tiers par exemple en termes de garantie.

Le rejet d'une offre présentée par les salariés pourrait ainsi être mal vécu par eux, venant ainsi tendre les relations sociales. Ce sera notamment le cas si ces salariés estiment leur offre équivalente, voire meilleure que celle choisie par le chef d'entreprise. Par exemple, on peut s'interroger sur la réaction des salariés si le chef d'entreprise préfère donner à des neveux ou nièces, alors que les salariés lui ont proposé de racheter ses titres. Ils pourraient y voir une forme de népotisme.

Le texte ne vise pas plus le cas où plusieurs groupes de salariés présenteraient chacun une offre de reprise. Rien ne semble obliger les salariés à se regrouper. On y imagine toutefois les conséquences sur le climat social si plusieurs offres sont présentées, ce qui conduira nécessairement au rejet d'au moins l'une d'entre elles.

C. Le contenu de l'information

L'article L.23-10-1 applicable aux sociétés de moins de cinquante salariés, stipule que les salariés sont informés de la volonté du cédant de procéder à la cession de sa participation afin de permettre à un ou plusieurs salariés de présenter une offre de rachat de cette participation. L'article L.23-10-7 pour les entreprises de cinquante à deux cent quarante-neuf salariés stipule lui que cette information est notifiée par le cédant à la société, le chef d'entreprise portant alors à la connaissance des salariés cette notification en leur indiquant qu'ils peuvent présenter une offre de rachat au cédant.

Selon une interprétation stricte de ces deux textes, le cédant serait donc simplement tenu d'informer de sa volonté de céder sa participation. On peut alors se demander si le cédant a d'autres informations à donner à ce titre. Le texte ayant pour but de permettre aux salariés de présenter une offre d'achat, ils devraient disposer d'un minimum d'informations au moins sur l'entreprise dont les titres sont cédés. Le texte ne donne aucune indication sur l'étendue de ce droit à l'information sur l'entreprise elle-même. Le texte ne précise pas plus si le cédant devrait aller jusqu'à notifier les conditions de la cession projetée même si cette interprétation semble peu probable. Compte tenu de la rédaction du texte, seuls les moyens de communication ont fait l'objet de précision par voie réglementaire (décret n°2014-1254 du 28 octobre 2014) mais non le contenu de cette

information.

Pour les sociétés disposant d'un comité d'entreprise, un certain nombre d'informations seront communiquées aux membres dudit comité dans le cadre de l'information et de la consultation prévues par le Code du travail. Toutefois seuls ces membres disposeront alors de ces informations. On peut se demander s'ils auront le droit et/ou l'obligation de les communiquer aux autres salariés afin de leur permettre de disposer des mêmes informations et d'être sur un pied d'égalité pour pouvoir présenter une offre de rachat ?

A cet égard, les articles L.23-10-3 et L.23-10-9 stipulent que les salariés sont tenus à une obligation de discrétion s'agissant des informations reçues en application de ces dispositions, ce qui suppose bien qu'un certain nombre d'informations doivent leur être divulguées.

On peut s'interroger enfin sur la protection légitime des intérêts de la société qui serait alors tenue de divulguer des informations sensibles la concernant à un nombre important de personnes. En effet, l'obligation de discrétion et de confidentialité de ces informations pourrait se révéler difficile à faire respecter, notamment en raison de la difficulté de prouver l'origine d'un manquement à ces obligations.

D. La sanction : nullité de la cession

Au-delà de ces questions de principe, la mise en œuvre proposée par le texte pourrait fragiliser les transmissions, en laissant planer un risque de contestation, pouvant intervenir dans un délai mal défini. Il est en effet prévu que les salariés peuvent engager une action en nullité en cas de cession intervenue en méconnaissance des nouveaux textes. Cette action se prescrit par deux mois à compter de la date de publication de la cession de la participation ou de la date à laquelle tous les salariés en ont été informés (articles L.23-10-1 dernier alinéa et L.23-10-7 dernier alinéa également). (1)

Notons d'abord que la référence à une publication est pour le moins surprenante puisque si les cessions de fonds de commerce sont soumises à une telle obligation de publication, tel n'est pas le cas des cessions d'actions par exemple. Ce premier mode de prescription par publication paraît donc mal assis. Le deuxième mode par l'information des salariés risque lui aussi de poser des problèmes de preuve. Pour être bien sûr que tous les salariés ont eu connaissance de la cession (et non pas seulement leurs représentants), il faudrait obtenir confirmation écrite de chacun d'eux à ce sujet. Naturellement certains pourraient refuser. (2)

Conclusion

L'objectif du législateur tel qu'il résulte de l'exposé des motifs et de l'étude d'impact est certainement très louable. En pratique, la mise en œuvre de ce texte, on l'aura compris, va susciter un certain nombre de risques et d'incertitudes qui pourraient aller à l'encontre même du but poursuivi. Il appartiendra donc aux chefs d'entreprise cédant leur participation d'être attentifs à ce nouveau texte compte tenu des sanctions qui y sont attachées en cas de manquement.

1) Le décret du 28 octobre 2014 se limite à préciser que : « Le délai de deux mois mentionné au premier alinéa de l'article L.23-10-1 du présent code s'apprécie au regard de la date de cession, entendue comme la date à laquelle s'opère le transfert de propriété. », sans d'ailleurs viser l'article L.23-10-7.

2) Les modalités d'information précisées dans le décret du 28 octobre 2014 n'apportent pas plus de sécurité juridique sur ce point.