

1346

Droit d'information préalable des salariés en cas de cession de leur entreprise, après l'arrêt du Conseil d'État du 8 juillet 2016

Yves SEXER,

avocat associé, Marceau Avocats

Jean-François BINET,

avocat associé, Marceau Avocats

Le droit d'information préalable des salariés des entreprises de moins de 250 salariés instauré par la loi du 31 juillet 2014, dite loi Hamon se heurte à de multiples difficultés. La loi du 6 août 2015 dite loi Macron en a allégé le régime sans lever toutes les interrogations, d'autant qu'une disposition de son décret d'application a été annulée par un arrêt du Conseil d'État en date du 8 juillet 2016. La loi du 6 août 2015 a cependant restreint le champ d'application du droit d'information préalable tout en introduisant une dispense dans le cas où l'information triennale sur les possibilités de reprise d'une société par les salariés, désormais obligatoire, aura été effectuée moins d'un an avant la vente.

1 - L'objectif annoncé de la loi du 31 juillet 2014, dite loi « Hamon » instaurant une obligation d'information préalable¹ était de permettre aux salariés des entreprises employant moins de 250 salariés d'être informés de la cession de leur entreprise afin de leur donner la possibilité de présenter une offre de rachat². Ce dispositif – qui ne confère pas de droit de priorité aux salariés – a été assorti d'une sanction lourde : la nullité de la cession.

Les imperfections du texte rendant son champ d'application particulièrement incertain et ses modalités impraticables ont été d'autant plus vivement critiquées que la sanction était forte³. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionna-

lité, a jugé que cette sanction, disproportionnée, était contraire à la Constitution⁴.

Puis, la loi du 6 août 2015 dite loi Macron⁵ a substitué à la nullité une amende civile et a amendé à la marge le droit d'information, suivant les préconisations du rapport parlementaire Dombre-Coste⁶.

2 - Les modalités d'information, même allégées par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 et le décret n° 2015-1811 du 28 décembre 2015 restent excessivement formalistes alors même que le Conseil d'État a jugé dernièrement⁷ que la loi n'impose pas la prise de connaissance effective de l'information par chaque salarié (1).

Comme pour contrebalancer la lourdeur de mise en œuvre de ce droit nouveau, la loi du 6 août 2015 s'est employée à restreindre le champ d'application du texte tout en introduisant une nouvelle possibilité de dispense (2).

1. L. n° 2014-856, 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art 18 et s.

2. *Étude d'impact du projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire*, p. 50. – *Exposé des motifs de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*.

3. B. Dondero, *L'information des salariés sur la cession d'entreprise issue de la loi ESS* : Bull. Joly Sociétés 2014, p. 408. – D. Poracchia, Ph. Portier et N. Goetz, *Loi ESS et l'option d'achat de l'entreprise par les salariés : un choc de complexité* : Bull. Joly Sociétés 2014, p. 454. – N. Borga, *Droit d'information des salariés en cas de cession de l'entreprise. – Quand le guide s'égare...* : CDE 2015, dossier 9. – Ch. Frouin et L. Bensoussan, *Obligations d'information des salariés en cas de reprise de l'entreprise* : JCP S 1016, 1161.

4. *Cons. const.*, 17 juill. 2015, n° 2015-476 QPC.

5. L. n° 2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

6. F. Dombre-Coste, *rapp.*, *Favoriser la transmission d'entreprise en France : diagnostic et propositions*, 7 juill. 2015.

7. CE, 8 juill. 2016, n° 386792 : *JurisData* n° 2016-014797.

1. Un régime allégé mais porteur d'interrogations

3 - Les modalités de la délivrance de l'information restent d'application délicate notamment quant au délai (A) tandis que la sanction, pour plus mesurée qu'elle soit, peut être significative (B).

A. - Modalités de l'information

4 - L'impression de simplicité des conditions de l'information qui se dégage d'une première lecture du texte (1°) s'avère trompeuse tant il est délicat de déterminer le moment à prendre en compte pour respecter le délai (2°) et appliquer les formes imposées par voie réglementaire (3°).

1° Une apparence simplifiée

5 - Les questions de savoir qui doit procéder à l'information et à qui elle doit être délivrée ne posent pas de difficultés. C'est au propriétaire de la participation cédée ou du fonds cédé d'informer. Il doit informer « le chef d'entreprise » (C. com., art. L. 23-10-1) ou « la société » (C. com., art. L. 23-10-7) dans le cas où celle-ci est dotée d'un comité d'entreprise (pour les cessions de titres) ou bien l'exploitant (pour les cessions de fonds) (C. com., art. L. 141-23 et L. 141-28), lesquels à leur tour doivent informer les salariés. Lorsque le propriétaire de la participation est également le chef d'entreprise ou si le propriétaire du fonds en est également l'exploitant, il procède directement à l'information des salariés.

6 - Ce sont **tous les salariés** qui doivent être informés. Sans plus de précision, il faut donc informer tous les titulaires d'un contrat de travail. Selon une jurisprudence bien établie, sont pris en compte tous les titulaires d'un contrat de travail, y compris les salariés dont le contrat est suspendu. Il en va de même des salariés en période d'essai ou en période de préavis. La règle posée inclut également les apprentis⁸ mais exclut les intérimaires⁹.

S'agissant des fonds de commerce on peut penser que doivent être informés les salariés attachés au fonds, c'est-à-dire ceux dont le contrat de travail serait transféré en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail¹⁰. Toutefois, le ministère de l'Économie a mis en ligne sur son site une « FAQ » selon laquelle lorsqu'une entreprise possède plusieurs fonds, tous les salariés de l'entreprise doivent être informés de la vente du fonds, et pas seulement ceux affectés au fonds¹¹. Dans la mesure où le texte vise en plusieurs endroits le droit d'information des salariés en cas de cession de « leur entreprise », on comprend mal cette position.

7 - Le contenu de l'information est singulièrement sommaire : la seule information qui doit être communiquée est relative à **l'intention de vendre la participation ou le fonds de commerce**. Il n'est pas nécessaire de communiquer le prix de vente, l'identité de l'acquéreur... ce qui permet de s'interroger sur la portée du droit ainsi conféré aux salariés. Selon le Premier ministre, « la seule obligation que ces dispositions prescrivent est d'informer les salariés avant la cession de la société. Cette obligation d'information ne remet pas en cause le

patrimoine du chef d'entreprise. Ce dernier reste libre de vendre au prix qu'il souhaite et à qui il veut en cas de meilleure offre tierce »¹².

8 - Les salariés bénéficiaires de l'information sont tenus à une obligation de discrétion¹³.

À leur demande, les salariés peuvent se faire assister¹⁴. Dans ce cas ils doivent en informer le chef d'entreprise ou l'exploitant¹⁵.

Pour les cessions de sociétés soumises à la réglementation sur les abus de marchés, l'information des salariés devra être accompagnée d'une note rappelant les principales dispositions applicables à la détermination, la communication et l'exploitation d'une information privilégiée¹⁶.

C'est la question de l'événement à prendre en compte pour calculer le délai dans lequel l'information doit être délivrée qui cristallise les plus grandes difficultés¹⁷.

2° Quand l'information doit-elle être délivrée ?

9 - Il faut distinguer selon que la société cédée ou l'entreprise qui exploite le fonds cédé sont soumises ou non à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise.

a) La société ou le fonds n'est pas doté d'un comité d'entreprise

10 - La notification au chef d'entreprise ou à l'exploitant doit être faite deux mois avant la vente lorsque le propriétaire de la participation ou du fonds n'est pas le chef d'entreprise ou l'exploitant. Le chef d'entreprise ou l'exploitant doit alors, à son tour, informer sans délai les salariés. Lorsque le propriétaire de la participation est également le chef d'entreprise ou lorsque le propriétaire du fonds en est l'exploitant, l'information doit être délivrée directement aux salariés au plus tard deux mois avant la vente.

11 - Reste donc à savoir ce qu'il faut entendre par « la vente ». La date à prendre en compte pour calculer le délai préalable de deux mois a été fixée, dans l'article D. 23-10-1 du Code de commerce pour les sociétés et D. 141-3 du même Code pour les fonds de commerce.

La première version du texte faisait référence à la « date du transfert de propriété de la société ou du fonds »¹⁸ puis le décret du 28 décembre 2015 a visé la « date de conclusion du contrat »¹⁹, c'est-à-dire celle de la signature de l'accord.

12. Observations du Premier ministre relatives à la question prioritaire de constitutionnalité n° 2015-476 QPC

13. C. com., art. L. 23-10-3 et L. 23-10-9 (pour les sociétés) et C. com., art. L. 141-25 et L. 141-30 (pour les fonds de commerce).

14. Aux termes des articles L. 23-10-2, L. 23-10-8, L. 141-24 et L. 141-29 du Code de commerce, les salariés peuvent se faire assister par un représentant de la chambre de commerce et de l'industrie régionale, de la chambre régionale d'agriculture, de la chambre régionale de métiers et de l'artisanat territorialement compétentes en lien avec les chambres régionales de l'économie sociale et solidaire et par toute personne désignée par les salariés.

15. Aux termes des articles D. 23-10-3 et D. 141-5 du Code de commerce, le salarié informe dans les meilleurs délais et par tout moyen le chef d'entreprise lorsqu'il se fait assister. La personne qui assiste le salarié est tenue à une obligation de confidentialité en ce qui concerne les informations qu'elle reçoit.

16. Selon l'article 223-2 du règlement général de l'autorité des marchés financiers, un émetteur doit s'assurer de la confidentialité d'une information privilégiée non encore portée à la connaissance du public notamment en veillant à ce que les personnes qui ont accès à cette information connaissent les obligations légales qui en découlent.

17. Le ministre de l'Économie a lui-même qualifié cette question de « débat juridique indébrouillable » (Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, CR n° 32, 10 juin 2015).

18. D. n° 2014-1254, 28 oct. 2014.

19. D. n° 2015-1811, 28 déc. 2015.

8. Les apprentis sont liés à un employeur par un contrat de travail selon l'article L. 6221-1 du Code du travail.

9. En vertu de l'article L. 1251-1 du Code du travail, les travailleurs temporaires sont salariés de l'entreprise de travail temporaire et non de l'entreprise utilisatrice.

10. V. communication ANSA 2015-1, n° 14-062.

11. <http://www.economie.gouv.fr/droit-d-information-prealable-salaries-cas-cession-entreprise>

En dernier lieu, par une décision en date du 8 juillet 2016²⁰, le Conseil d'État a annulé l'article 1^{er} du décret insérant l'article D. 23-10-1 dans le Code de commerce, applicable aux sociétés.

Même si cet article avait été modifié par le décret du 28 décembre 2015, entre la date du recours et l'arrêt du Conseil d'État, il a été rayé du Code de commerce. L'article D. 23-10-1 dans sa rédaction issue du décret du 28 décembre 2015, se trouve donc annulé par ricochet.

Il faut dès lors distinguer entre les cessions de fonds de commerce et les ventes de participations.

12 - Cession de fonds de commerce. – Pour les fonds de commerce, l'article D. 141-3 du Code de commerce trouve application. C'est la date de conclusion du contrat, qu'il faut prendre en compte. Quoique le texte ne soit pas très explicite, ses premiers interprètes ont considéré que la date de conclusion du contrat doit s'entendre comme celle de signature du contrat de vente²¹, c'est-à-dire, en cas de passage par une promesse de vente, la date de signature de la promesse²². **L'information doit donc être réalisée deux mois avant la signature de la promesse.**

13 - Cession d'une participation de plus de 50 %. – Pour les sociétés, le Conseil d'État dans son arrêt du 8 juillet 2016 a affirmé que l'information devait être donnée dans un délai permettant aux salariés de formuler une offre, soit avant la conclusion de la vente. Il a rappelé qu'en vertu de l'article 1583 du Code civil, « la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix ». D'où la solution retenue : « l'obligation d'information prévue par l'article L. 23-10-1 du Code de commerce avait pour objet de garantir aux salariés le droit de présenter une offre de reprise sans que celle-ci s'impose au cédant ; l'effectivité de ce droit implique qu'il puisse être exercé en temps utile pour que le cédant, sans y être tenu, soit en mesure d'accepter une offre de reprise présentée par les salariés ; il suit de là que la date de la cession, par rapport à laquelle le délai de deux mois est déterminé, doit nécessairement s'entendre comme la date de conclusion de la vente, et non comme celle du transfert de propriété, dont les parties ont la faculté de convenir qu'il interviendra plus de deux mois plus tard ». Il convient en conséquence **d'informer les salariés de la vente deux mois avant qu'elle soit formée par accord de volontés.**

Il reste possible de délivrer l'information deux mois avant la signature d'un accord en vue de la vente telle qu'une promesse. La délivrance de l'information deux mois avant la signature du contrat de vente, comme le voulait la disposition réglementaire annulée, respecte a fortiori l'exigence d'information deux mois avant la formation du contrat.

Les parties à une opération de vente seront cependant réticentes à délivrer une information sur un événement qui reste incertain. Elles préféreront signer un accord sous condition et procéder à l'information deux mois avant la formation définitive de la vente. Cependant cette date pourra être difficile à déterminer à l'avance.

En pratique dans le cadre d'une opération de cession, la date de réalisation de la vente (ou « closing ») est souvent déterminée dans un certain délai suivant la réalisation de la dernière des conditions suspensives. La date de formation de la vente, généralement celle de réalisation de la dernière condition suspensive, n'est pas nécessairement déterminable. Ainsi, la date d'obtention d'un financement bancaire à laquelle peut être subordonnée la vente ne peut pas être connue à l'avance.

De plus, il convient de respecter le droit pour les salariés de présenter une offre.

Pour résoudre cette équation, la vente peut être soumise à la condition que s'écoule un délai de deux mois après la réalisation de l'information des salariés et qu'aucune offre émanant de ces derniers ne soit acceptée par le vendeur dans ce délai (sauf abrégement de délai en cas de renonciation de chaque salarié). Cette condition respecte à notre sens l'intention du législateur mise en exergue dans l'arrêt du Conseil d'État du 8 juillet 2016 puisqu'elle permet aux salariés de présenter une offre et laisse la possibilité au vendeur de l'accepter.

À compter du 1^{er} octobre 2016, entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations, l'accomplissement de la condition n'a plus d'effet rétroactif²³. Ainsi, grâce à la condition suspensive de réalisation de l'information des salariés, la vente ne pourra mécaniquement être formée que deux mois après celle-ci²⁴.

Une autre difficulté est levée avec cette réforme. Seules sont prohibées désormais les obligations purement potestatives, ne dépendant que de la seule volonté du débiteur²⁵. Or, dans le schéma suggéré, la condition n'est pas purement potestative puisque l'offre d'un ou plusieurs salariés ne dépend pas de la volonté du vendeur.

Une autre difficulté se présente concernant les promesses unilatérales de ventes ou pactes d'actionnaires renfermant de telles promesses. La formation de la vente sera réalisée au moment de la levée de l'option. Il sera prudent de prévoir dans ces promesses la condition suspensive d'information préalable des salariés deux mois avant la formation définitive de la vente, sous réserve d'un abrégement du délai.

14 - Abrégement du délai de deux mois. – Aussi bien pour les cessions de fonds de commerce que pour les cessions de sociétés, le délai de deux mois peut être abrégé. La vente peut intervenir avant l'expiration du délai de deux mois si chaque salarié a fait connaître sa décision de ne pas présenter d'offre²⁶. Il est donc possible de proposer à chaque salarié de signer un courrier ou une attestation selon lequel il indique avoir été informé de la vente et renoncer à présenter une offre.

La vente doit intervenir dans un délai de 2 ans. Au-delà de ce délai, l'information doit être réitérée²⁷.

b) L'entreprise qui exploite le fonds est dotée d'un comité d'entreprise

15 - Dans les entreprises soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise, le délai d'information n'est pas fixé à deux mois. L'information des salariés doit avoir lieu au plus tard en même temps que celle du comité d'entreprise²⁸.

Lorsque le propriétaire de la participation n'est pas le chef d'entreprise ou si le propriétaire du fonds n'en est pas l'exploitant, il doit procéder à l'information de la société ou de l'exploitant du fonds, sans précision de délai.

16 - Le chef d'entreprise ou l'exploitant du fonds doit informer les salariés au plus tard au moment où il procède à l'information et à la

20. CE, 8 juill. 2016, n° 386792, précité note 7.

21. http://www.gide.com/sites/default/files/gide_france_alerteclient_ma_decretapplicationmacronloihamon_jan2016.pdf

22. <http://www.august-debouzy.com/fr/flash/001191-obligation-information-des-salari-s-dans-le-cadre-de-la-cession-entreprise-la-lumi-re-d>

23. C. civ., art. 1304-6 nouveau : « L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive ».

24. En vertu de l'article 1179 du Code civil dans son ancienne rédaction, « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ». Cela signifie avec la solution proposée que la vente devenait rétroactivement parfaite à la date de sa conclusion sous condition. L'information des salariés pouvait donc être considérée comme réalisée après la vente.

25. C. civ., art. 1304-2 nouveau : « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ».

26. C. com., art. L. 23-10-1, al. 5 pour les sociétés et C. com., art. L. 141-23, al. 5 pour les fonds de commerce.

27. C. com., art. L. 23-10-5 pour les sociétés et C. com., art. L. 141-26 pour les fonds de commerce.

28. C. com., art. L. 23-10-7 pour les sociétés et C. com., art. L. 141-28 pour les fonds de commerce.

consultation du comité d'entreprise conformément à l'article L. 2323-33 du Code du travail²⁹.

Lorsque le propriétaire de la participation est également le chef d'entreprise ou si le propriétaire du fonds en est également l'exploitant, il procède directement à l'information des salariés dans le même délai.

17 - La procédure d'information et de consultation doit être engagée avant que les conditions du projet ne soient définitivement arrêtées³⁰. En pratique, dans les sociétés dotées d'un comité d'entreprise, il convient de l'informer et le consulter avant la signature de l'acte de cession, ou, le cas échéant, de la promesse de vente. L'information communiquée au comité d'entreprise doit permettre à celui-ci de connaître les raisons qui ont présidé à l'élaboration du projet de cession de l'entreprise, la teneur de celui-ci ainsi que les conséquences attachées à sa mise en œuvre.

18 - L'articulation entre l'information individuelle et l'information de l'institution représentative du personnel peut s'avérer délicate puisque le comité d'entreprise bénéficie du droit d'être informé précocement de tout projet. Selon la Cour de cassation, « rien ne s'oppose (...) à l'information directe du personnel »³¹. Mais le principe demeure que l'information du personnel ne saurait être antérieure à celle des instances représentatives³². Il faudra donc sans doute procéder à l'information « parallèlement à la consultation du comité d'entreprise ».

Compte tenu de la difficulté prévisible de synchronisation des dates de réception ou de première présentation de lettres recommandées adressées à au moins 50 personnes, il faudra envisager de recourir à l'information sur la vente dans les conditions de l'article 18 de la loi.

3° Un formalisme lourd et inadapté

19 - Selon la loi du 31 juillet 2014, l'information doit être communiquée par tout moyen, précisé par voie réglementaire, « de nature à rendre certaine la date de sa réception par » les salariés. Alors que, selon l'exposé des motifs de la loi, « cette obligation d'information ne comporte pas de formalisme particulier. Elle peut être remplie par tout moyen, notamment par voie d'affichage », les articles D. 23-10-2 et D. 141-4 du Code de commerce ont imposé la preuve de la réception de l'information par chaque salarié (signature d'un registre de présence à une réunion, remise en main propre contre décharge, accusé de réception, par acte d'huissier ou « par courrier électronique, à la condition que la date de réception puisse être certifiée »...). Le pouvoir réglementaire est donc allé au-delà de ce qui était nécessaire, rendant ainsi l'organisation de cette information particulièrement lourde³³. Selon le Conseil d'État, « il résulte de ces dispositions que les salariés doivent être informés individuellement, c'est-à-dire directement, et non le cas échéant par l'intermédiaire de leurs représentants, de la cession envisagée, par un moyen permettant de conférer date certaine

à cette information ; elles n'imposent pas nécessairement que les modes collectifs d'information susceptibles d'être prévus soient assortis de l'exigence que l'employeur s'assure de la prise de connaissance effective de l'information par chaque salarié ».

« La liste des modalités d'information prévue à l'article D. 23-10-2 du Code de commerce est de nature à rendre certaine la date de sa réception par les salariés et, dès lors, ne méconnaît pas les dispositions législatives pour l'application desquelles elle a été fixée ». Les dispositions réglementaires exigeant la preuve de la réception de l'information par chaque salarié ont donc été maintenues.

C'est par la loi du 6 août 2015 qu'a été apporté un assouplissement : « lorsque l'information est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la date de réception de l'information est la date de la première présentation de la lettre »³⁴. Cet assouplissement est heureux puisqu'il permet d'éviter la sanction dans le cas où un ou plusieurs salariés ne retireraient pas le courrier qui leur a été adressé en recommandé avec accusé de réception. Il est d'autant plus heureux que la lettre recommandée paraît le seul moyen effectivement utilisable lorsqu'il ne sera pas possible de recueillir la signature de chaque salarié³⁵.

Subsiste une difficulté : l'information par courrier suppose de connaître avec exactitude les coordonnées de chaque salarié. Or, la cour d'appel de Versailles a récemment jugé, sur le fondement de l'article 9 du Code civil et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme³⁶, que « l'employeur ne peut obliger ses salariés à communiquer leur changement d'adresse ou leur situation familiale ».

À défaut de pouvoir exiger des salariés qu'ils informent leur employeur de tout changement dans leur situation personnelle, il sera prudent de préciser dans les contrats de travail que les notifications faites au domicile indiqué dans celui-ci, à défaut de notification à l'employeur d'un changement, seront réputées valables.

B. - Sanction du défaut d'information

1° Une sanction plus mesurée

20 - La sanction qui consistait en la nullité de la vente n'est plus. À défaut de respect de l'obligation d'information préalable, un salarié non informé pourrait engager une action en responsabilité contre le propriétaire de la participation ou du fonds cédé ou le chef d'entreprise ou l'exploitant du fonds sur qui repose l'obligation d'information.

Il sera, à notre sens, difficile pour un salarié de démontrer un préjudice dans la mesure où l'information est limitée à l'intention de céder et où les salariés ne bénéficient d'aucun droit de préemption.

Toutefois une autre sanction est encourue sous la forme d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 % du montant de la vente ; cette amende peut être prononcée à la demande du ministère public. Le législateur n'a pas précisé qui, du cédant, du chef d'entreprise, de la société ou du cessionnaire, peut être ainsi sanctionné. Ces deux derniers pourraient, s'ils étaient menacés d'une telle sanction, invoquer une atteinte au principe de personnalité des peines (qui pourrait être l'objet d'une nouvelle QPC...).

La prescription est celle de droit commun³⁷.

29. L'article L. 23-10-7 du Code de commerce fait référence à l'article L. 2323-19 du Code du travail alors que cet article a été transféré à l'article L. 2323-33 du même code par l'article 18 V de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

30. Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-17.642. – F. Froment-Meurice et R. Chiss, *Les attributions du comité d'entreprise à l'occasion d'opérations de cessions de parts ou d'actions* : JCP S 2009, 1051.

31. Cass. crim., 9 févr. 2016, n° 12-86.016 : *JurisData* n° 2016-001956 ; JCP S 2016, 1144, note Y. Pagnerre.

32. Y. Pagnerre, note ss Cass. crim., 9 févr. 2016, n° 12-86.016, préc. note 31.

33. Dans sa rédaction initiale, le texte relatif à la nullité, indiquait que l'action était prescrite à compter de l'information de tous les salariés (C. com., art. L. 23-10-1, al. 4). C'est sans doute ce qui avait conduit les rédacteurs du décret à imposer une information à date certaine de chaque salarié. Cette disposition ayant été abrogée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 juillet 2015 – et pour les fonds de commerce – supprimée par la loi « Macron », cette contrainte législative n'existe plus.

34. C. com., art. L. 23-10-3, al. 2 et L. 23-10-9, al. 2 (pour les sociétés), C. com., art. L. 141-25, al. 2 et L. 141-30, al. 2 (pour les fonds de commerce).

35. On voit mal un chef d'entreprise s'adresser aux salariés par huissier ; quant au courrier électronique le décret ne précise pas ce qu'il faut entendre par certification de la date de réception (D. Poracchia, Ph. Portier et N. Goets : *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 729).

36. CA Versailles, 14 oct. 2015, n° 14/01865.

37. Dans le texte initial, l'action en nullité se prescrivait par deux mois à compter de la date de publication de la cession de la participation ou de la

L'enjeu reste en général modeste dans le cadre des cessions de fonds³⁸ mais il peut être bien plus important lors d'une cession de société.

2° Une compétence juridictionnelle incertaine

21 - Il est permis de se demander si c'est le tribunal de grande instance qui est compétent ou le conseil de prud'hommes, voire le tribunal de commerce si un salarié agit en responsabilité contre son employeur pour défaut d'information.

Le conseil de prud'hommes est compétent pour « *les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* » (C. trav., art. L. 1411-1). En l'espèce, c'est la qualité de salarié qui permet de bénéficier de ce droit d'information préalable.

Cependant le siège des dispositions relatives au droit d'information est le Code de commerce.

De plus, dans le cas de la cession d'une participation, le cédant et le cessionnaire n'ayant pas de lien de droit avec les salariés, il serait incongru qu'ils soient attraités devant le conseil de prud'hommes.

2. Un champ d'application restreint

22 - Ne sont concernées que les sociétés qui, à la clôture de leur dernier exercice, se trouvent dans la catégorie des petites et moyennes entreprises, c'est-à-dire qui occupent moins de 250 personnes et ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros ou un « total bilan » inférieur à 43 millions d'euros³⁹. En outre, en ce qui concerne les cessions de participations majoritaires, ne sont concernées par le dispositif que les SARL et les sociétés par actions ce qui exclut notamment les SNC et les sociétés en commandite simple.

La loi du 6 août 2015 a restreint le champ d'application du dispositif aux ventes mais des doutes subsistent sur certaines opérations (A). Par ailleurs, la nouvelle exonération liée à l'information triennale est à manier avec prudence (B).

A. - Un dispositif restreint à certaines ventes

23 - La loi écarte clairement certaines opérations (1°) tandis que d'autres échapperaient au dispositif dans la mesure où n'est concerné que le propriétaire d'une participation de plus de 50 % (2°).

1° Les opérations exemptées par la loi

24 - La loi du 6 août 2015 a apporté une limitation bienvenue puisque ne sont désormais visées que les ventes alors que le dispositif « Hamon » s'appliquait aux cessions, ce qui pouvait inclure, selon certaines interprétations, les donations, apports, échanges...

Depuis l'origine, les sociétés ou entreprises qui font l'objet d'une procédure de conciliation ou d'une procédure collective sont exclues du dispositif, comme les transmissions familiales⁴⁰.

Il en va de même d'une cession de participation de société exerçant une profession réglementée exigeant un niveau de participation minimum au capital de la société, à moins qu'un salarié possède la qualité requise (C. com., art. L. 23-10-4 et L. 23-10-10).

date à laquelle tous les salariés en ont été informés. Faute de publicité des cessions d'actions ou de parts de SARL, l'action en nullité ne se prescrivait donc qu'à compter du moment où l'obligation qu'elle sanctionne est respectée.

38. Selon le baromètre BODACC, le prix moyen des cessions de fonds réalisées en 2015 s'élève à 179 874 €.

39. L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 51. – D. n° 2008-1354, 18 déc. 2008, art. 3.

40. C. com., art. L. 23-10-6 et L. 23-10-12 (pour les sociétés) et C. com., art. L. 141-27 et L. 141-32 (pour les fonds de commerce).

En revanche, la loi n'a pas prévu de dispositif d'exemption pour les cessions intragroupes. Il est donc nécessaire d'intégrer l'obligation d'information des salariés dans le cadre des opérations de restructuration qui comportent des ventes de sociétés ou de fonds.

Le dispositif s'applique aux ventes de fonds de commerce ou d'une participation représentant plus de 50 % des parts ou actions d'une société, ce qui, pour les cessions de participation, laisse place à interprétation.

2° Participations inférieures à 50 %

25 - Dans l'hypothèse d'une cession de concert de plusieurs participations chacune inférieure mais ensemble supérieures à 50 % des parts ou actions, l'on peut légitimement se demander si le dispositif trouve à s'appliquer.

Autre question : les salariés doivent-ils être informés en cas de cession d'une participation minoritaire qui permet à l'acquéreur de devenir majoritaire ? Le texte ne visant que « *le propriétaire d'une participation représentant plus de 50 %* », nous partageons l'avis que, dans ce cas, le dispositif ne trouve pas à s'appliquer⁴¹.

Le ministère de l'Économie a mis en ligne sur son site une « FAQ » qui répond à ces questions dans le même sens restrictif⁴². Quoique ce document n'ait pas de valeur légale particulière, il serait choquant que le ministère public requière la condamnation à une amende civile dans des cas où le pouvoir exécutif considère que le droit d'information ne s'applique pas.

B. - L'information triennale, une nouvelle exemption pour les sociétés ?

26 - L'article 18 de la loi du 31 juillet 2014 impose une information périodique (1°) qui, lorsqu'elle est réalisée moins d'un an avant une cession, dispense de l'information individuelle en cas de cession (2°).

1° Information triennale sur les possibilités de reprise d'une société par les salariés

27 - La loi « Hamon » impose, pour les sociétés de moins de 250 salariés, une information triennale des salariés sur les « *possibilités de reprise [de la] société* » par ces derniers. Contrairement au dispositif d'information préalable en cas de cession, cette information triennale concerne l'ensemble des sociétés commerciales. En revanche, elle n'est pas applicable aux fonds de commerce. Elle est entrée en vigueur le 6 janvier 2016.

L'information doit avoir lieu au moins une fois tous les trois ans. Il est donc nécessaire de procéder une première fois à cette information d'ici le 5 janvier 2019.

Ce dispositif a été précisé par décret du 4 janvier 2016 qui définit le contenu de cette obligation d'information.

28 - Il convient d'expliquer de façon générale comment se déroule l'acquisition d'une société par des salariés, par qui ils peuvent être accompagnés, de quelles aides ils peuvent bénéficier⁴³.

De façon plus spécifique les deux derniers alinéas de l'article 1^{er} du décret commandent d'intégrer à l'information périodique : « *5° Une information générale sur les principaux critères de valorisation de la société, ainsi que sur la structure de son capital et son évolution prévisible ; 6° Le cas échéant, une information générale sur le contexte et les conditions d'une opération capitalistique concernant la société et ouverte aux salariés* ».

41. ANSA, comité juridique, PV réunion, 4 févr. 2015, n° 15-011.

42. <http://www.economie.gouv.fr/droit-d-information-prealable-salaries-cas-cession-entreprise>

43. D. n° 2016-2, 4 janv. 2016.

Cette information, qui s'apparente plus à une formation, peut être présentée par écrit ou lors d'une réunion à laquelle les salariés sont tous convoqués « *par tout moyen leur permettant d'en avoir connaissance* ».

Le formalisme ici requis est donc bien plus souple que celui de l'information en cas de cession.

En outre, ni la loi ni le décret ne prévoient de sanction en cas de défaut de réalisation de l'information.

2° Dispense d'information des salariés en cas de cession lorsque l'information périodique a été délivrée dans l'année précédant la vente

29 - La loi du 6 août 2015 a introduit un nouveau cas d'exonération de l'obligation d'information des salariés : si, au cours des douze mois qui précèdent la vente, celle-ci a déjà fait l'objet d'une information dans le cadre de l'information triennale⁴⁴. Cette dispense est applicable, selon la lettre des articles L. 141-27 et L. 141-32 du Code de commerce, aux cessions de fonds de commerce lorsqu'une information périodique a été délivrée en application de l'article 18 de la loi. L'application de la dispense aux cessions de fonds de commerce pose une sérieuse difficulté car cet article 18 ne s'applique qu'aux sociétés et pas aux fonds de commerce... Eu égard au contenu de l'information périodique, on voit mal du reste comment il serait possible de délivrer une information sur la structure du capital s'agissant d'un fonds de commerce, exploité le cas échéant par un entrepreneur individuel. Tout au plus peut-on penser que la dispense pourra jouer pour les ventes de fonds de commerce exploités en société dans l'hypothèse où la société a réalisé l'information périodique sur une vente éventuelle qui peut inclure une information sur la vente du fonds de commerce qu'elle exploite.

Les fonds non exploités en société pourront plus difficilement bénéficier de la dispense à moins qu'il soit considéré qu'il leur est possible de se soumettre spontanément aux dispositions de l'article 18 de la loi « Hamon ».

30 - Par ailleurs, il faut se demander si le simple fait de réaliser cette information triennale permet de s'exonérer de l'obligation d'information préalable en cas de cession ou s'il est nécessaire que, lors de l'information triennale effectuée moins d'un an avant la vente, il soit fait part aux salariés de l'intention de céder la société ou le fonds. L'examen des travaux parlementaires relatifs à la loi du 6 août 2015 laisse penser que l'information préalable en cas de cession n'est pas obligatoire si les salariés ont bénéficié de l'information triennale comportant les éléments visés par l'article 1^{er} du décret du 4 janvier 2016, dans l'année qui précède la vente⁴⁵.

44. C. com., art. L. 23-10-6, L. 23-10-12, L. 141-27 et L. 141-32 : « *La présente section n'est pas applicable :*

...

3° *Si, au cours des douze mois qui précèdent la vente, celle-ci a déjà fait l'objet d'une information en application de l'article 18 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire* ».

45. Extrait du rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi, modifié par le Sénat en première lecture, pour la croissance l'activité et l'égalité des chances économiques (n° 2765), tome I, examen des articles, enregistré à la

Toutefois, compte tenu de la lettre du texte, il faut que « la vente » ait fait l'objet d'une information dans le cadre de cette information triennale. Lors des débats parlementaires, Monsieur Macron lui-même a indiqué que le droit d'information sera satisfait si, lors de l'information triennale, l'entreprise a informé les salariés sur les possibilités de reprise, voire l'éventualité d'une cession⁴⁶.

On comprend ainsi que l'information périodique, pour être exonératoire d'information individuelle, ne devra pas porter seulement sur la structure du capital, le contexte et les conditions d'une opération capitalistique ouverte aux salariés mais aussi sur l'éventualité d'une vente.

31 - La réunion d'informations peut donc, pour les sociétés, se substituer à l'information individuelle dès lors que, dans ce cadre, les salariés auront été informés de l'éventualité de la vente (ou de l'intention de vendre du propriétaire d'une participation) et que l'entreprise se sera ménagée la preuve de la tenue de cette réunion. En théorie, cette information pourrait être délivrée sans aucune condition de délai, pourvu qu'elle soit délivrée avant la vente. Toutefois, l'objectif de la loi étant de permettre aux salariés de présenter une offre, il serait prudent de respecter les délais prévus pour l'information individuelle.

32 - En conclusion, même partiellement abrogé, censuré et restreint dans son champ d'application le dispositif reste contraignant et porteur d'incertitudes, avec une efficacité douteuse.

Si le droit d'information préalable devait être maintenu, le pouvoir réglementaire pourrait à tout le moins suivre l'invitation du Conseil d'État à alléger la forme de l'information individuelle en permettant un affichage ou une réunion, sans exiger une signature contre décharge par chaque salarié. Dans l'attente de cette hypothétique évolution, l'information sur l'intention de vente d'une participation de plus de 50 % dans une société par actions ou une SARL pourra être délivrée lors d'une réunion d'information sur les « possibilités de reprise d'une société par les salariés » à laquelle les salariés seront convoqués par tout moyen.

MOTS-CLÉS : *Transfert d'entreprise - Reprise d'entreprise - Obligations d'information de l'employeur des salariés*

TEXTES : C. com. art. L. 141-23 et s. – C. com. L. 23-10-1. – art. D. 141-3 et D. 23-10-1.

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, Fasc. 31-3, par Patrick Morvan. – Travail Traité, Fasc. 1419 (formules)*

présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2015 : « À cette fin, l'amendement met en place un dispositif incitatif, favorisant la sensibilisation des salariés aux réalités économiques et financières de l'entreprise. Dès lors, les dispositions du Code de commerce relatives à l'information des salariés en cas de cession de leur entreprise sont modifiées pour les rendre inapplicables si cette démarche pédagogique a déjà été faite au cours des douze derniers mois ».

46. Extrait de déclarations de M. Macron, ministre de l'Économie dans le cadre de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, 10 juin 2015, compte-rendu n° 32 : « Tout d'abord, ce droit d'information sera satisfait si l'entreprise a procédé dans l'année à une information des salariés sur la reprise et notamment sur l'éventualité d'une cession ou de toute modification substantielle du capital de la société »... « Nous souhaitons élargir le champ de l'information pour y inclure des éléments juridiques et économiques, afin qu'elle ne se résume pas uniquement à l'intention de vendre ».