

« La connaissance s'acquiert par l'expérience, tout le reste n'est que de l'information. » A. Einstein

Loi Hamon

Opérations de cessions dans les PME : introduction d'un nouveau dispositif d'information obligatoire à destination des salariés

La loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (dite « Loi Hamon ») a introduit une double obligation d'information à destination des salariés, qui s'inscrit dans le cadre des projets de cession des PME et qui est à la charge des employeurs.

►► **1. Information périodique sur les possibilités de reprise d'une société par ses salariés** - L'article 18 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 instaure l'obligation pour les sociétés commerciales ayant un effectif de moins de 250 salariés d'organiser au moins une fois tous les trois ans une information sur les possibilités de reprise d'une société par ses salariés. L'information doit porter, en particulier, sur les conditions juridiques de la reprise, sur ses avantages et ses difficultés ainsi que sur les dispositifs d'aide dont ils peuvent bénéficier. Le contenu et les modalités de cette information seront définis par un décret qui prendra en compte la taille des entreprises concernées (décret non paru à date).

►► **2. Information ponctuelle et obligatoire afin de permettre aux salariés de faire une offre d'achat dans le cadre d'un projet de cession¹** - Depuis le 1^{er} novembre 2014, les employeurs doivent mettre en œuvre, dans le cadre des opérations de cession, une procédure d'information spécifique à destination des salariés. L'information à communiquer aux salariés est double : ils doivent être informés (i) de la volonté du cédant de procéder à une cession et (ii) du fait qu'ils ont la possibilité de formuler une offre de rachat. L'objectif de la Loi Hamon est ainsi de permettre aux salariés de présenter une offre de rachat. Par exception, le dispositif n'est pas applicable aux cessions intervenues postérieurement au 1^{er} novembre 2014 si un contrat de négociation exclusive a été conclu avant le 1^{er} novembre 2014.

Les imperfections rédactionnelles de la Loi Hamon soulèvent de nombreuses interrogations et incertitudes et ont pour effet de complexifier encore un peu plus les processus de cession des entreprises concernées. Nous n'avons pas abordé dans cet article l'ensemble des difficultés d'interprétation et d'application soulevées par le dispositif de la Loi Hamon (certains points ne sont donc pas abordés, tels que les sujets liés à la notion même de « cession » visée par le texte).

Sociétés visées

Le dispositif est applicable aux PME, notion qui s'entend :

- (i) des sociétés n'ayant pas l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise, ayant donc un effectif de 0 à 49 salariés,
- (ii) des sociétés ayant l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise et qui à la clôture du dernier exercice emploient moins de 250 salariés et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan n'excède pas 43 millions d'euros².

Le Ministère de l'Economie considère que ces seuils doivent être appréciés au niveau de l'entreprise et non pas au niveau du groupe³.

Opérations visées

L'obligation d'information est applicable en cas de cession par le « propriétaire » :

- (i) d'un fonds de commerce,
- (ii) d'une participation représentant plus de 50% des parts sociales d'une société à responsabilité limitée ou plus de 50% des actions ou valeurs mobilières donnant accès à la majorité du capital d'une société par action.

■ Concernant la notion de « propriétaire » détenant plus de 50% du capital

A la lettre des textes, dès lors que la cession majoritaire est le fait de plusieurs cédants dont aucun ne détient plus de 50% du capital, le dispositif n'est pas applicable puisque la loi vise « le propriétaire » détenant plus de 50% du capital et non une pluralité de propriétaires détenant ensemble la majorité du capital. Le Ministère de l'Economie a d'ailleurs confirmé ce point⁴.

Cela étant, dans certains cas de figure un peu particuliers, on pourrait s'interroger sur l'obligation ou non d'appliquer le texte. Il peut en effet exister des situations complexes ou des liens particuliers entre les cédants méritant des solutions nuancées.

...

¹Codifié sous les articles L.141-23 et suivants, L.141-28 et suivants, L.23-10-1 et suivants et L.23-10-4 et suivants du Code de commerce. Le dispositif est complété par un décret d'application n°2014-1254 du 28 octobre 2014.

²Définition des PME au sens de l'article 51 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et du décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008.

³Foire Aux Questions sur la Loi Hamon, disponible sur le site du Ministère de l'Economie.

⁴Foire Aux Questions sur la Loi Hamon, disponible sur le site du Ministère de l'Economie.

On pense notamment au cas des actionnaires agissant de concert ou conjointement dans le cadre d'une opération de cession. Cependant, compte tenu de la nature de la sanction (à savoir, la nullité de la cession), la loi nous semble devoir être interprétée strictement en présence de plusieurs cédants minoritaires, en espérant que les tribunaux de commerce ne choisissent pas d'aller au-delà de la lettre du texte pour élargir le champ d'application de la loi.

■ Concernant le champ des opérations visées

Il est en réalité assez large puisqu'en l'état actuel de la rédaction des textes, le dispositif est applicable à une multitude d'opérations, y compris les opérations de cession s'inscrivant dans le cadre de réorganisations intra-groupes ainsi que celles réalisées par les sociétés cotées (cession d'un bloc de contrôle, par exemple d'une holding).

■ Cas des holdings sans salarié

Doit-on appliquer le dispositif de la Loi Hamon en cas de cession d'une société holding qui n'a aucun salarié mais contrôlant des filiales opérationnelles de moins de 250 salariés ? A notre sens, là encore les textes doivent être interprétés strictement : ils visent à permettre la reprise par les salariés de la société dont les titres sont cédés. Si la holding ne comporte pas de salarié, la procédure n'a pas à être suivie. Toutefois, certaines entreprises pourraient considérer le cas échéant qu'il est opportun de mettre en œuvre la procédure d'information au niveau des filiales opérationnelles de moins de 250 salariés dans ce cas de figure, pour des raisons tenant aux caractéristiques de l'opération envisagée, à une sensibilité sociale qui lui est propre ou à un contexte particulier. En revanche, dès lors qu'il existe au moins un salarié dans la holding, il convient d'appliquer la procédure au niveau de la holding uniquement et non au niveau des filiales opérationnelles.

Opérations exclues

Sont exclues du champ d'application de la loi les cessions de parts sociales des sociétés civiles, des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple. La loi a également expressément exclu l'application de ce dispositif aux cessions intervenant au sein d'un cercle familial⁵ ou portant sur une entreprise en difficulté⁶.

Le moment de l'information

La procédure d'information doit être mise en œuvre avant la réalisation de la cession, c'est-à-dire avant le transfert de propriété. Le moment où l'information doit être fournie⁷ diffère selon la taille de l'entreprise.

■ Dans les entreprises de moins de 50 salariés ou dans celles de 50 à 249 salariés dénuées de représentants du personnel

L'information doit être fournie aux salariés au moins deux mois avant la cession. Le décret d'application n°2014-1254 du 28 octobre 2014 précise que ce délai de deux mois s'apprécie au regard de la date à laquelle le transfert de propriété s'opèrera.

La cession pourra néanmoins intervenir avant l'expiration du délai de deux mois dès lors que chaque salarié aura fait connaître au cédant sa décision de ne pas présenter d'offre.

Dans le cas où la signature du contrat de cession (*signing*) ne serait pas concomitante à la réalisation du transfert de propriété (*closing*), il nous paraît opportun de mettre en œuvre la procédure d'information des salariés avant la signature du contrat de cession (notamment par souci de cohérence avec ce qui est prévu pour les sociétés disposant d'un comité d'entreprise).

■ Dans les sociétés de 50 à 249 salariés qui disposent d'un comité d'entreprise

Les salariés sont informés au plus tard en même temps que le comité d'entreprise est informé et consulté sur le projet de cession en application de l'article L.2323-19 du Code de commerce (procédure d'information-consultation obligatoire en cas de cession), c'est-à-dire au jour de la première réunion d'information du comité d'entreprise. Dans ce cas de figure, aucun délai spécifique n'est prévu par la loi. Le délai laissé aux salariés pour formuler le cas échéant une offre semble être aligné sur le délai de la procédure d'information consultation du comité d'entreprise. En pratique, le délai offert au salarié pourra ainsi être inférieur ou supérieur à deux mois en fonction de la durée de la procédure d'information consultation du comité d'entreprise.

Une fois que tous les salariés ont été informés, le cédant dispose d'un délai maximal de deux ans pour réaliser la cession sans avoir à réitérer cette information.

La forme de l'information

L'information doit être effectuée selon l'un des moyens prévus par le décret d'application (réunion d'information, affichage, remise en main propre, etc.) ou par tout autre moyen de nature à rendre certaine la date de réception de l'information par les salariés.

L'étendue de l'information

En l'état, il est seulement prévu que les salariés doivent être informés de la volonté du cédant de procéder à une cession et de la possibilité de formuler une offre de rachat auprès du cédant. Les salariés sont tenus à une obligation de discrétion (identique à celle des membres du comité d'entreprise) sur les informations qui leur seraient transmises dont le non-respect est uniquement susceptible d'être sanctionné dans le cadre des procédures disciplinaires mises en œuvre par l'employeur.

⁵Cessions intervenant dans le cadre d'une succession, liquidation du régime matrimoniale, au profit d'un conjoint, d'un ascendant ou d'un descendant.

⁶Cessions intervenant dans le cadre d'une procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

⁷En cas de cession de fonds de commerce, l'information est fournie par le propriétaire ou l'exploitant du fonds selon le cas. En cas de cession de titres, l'information est fournie par le représentant légal.



En revanche, ni la loi ni le décret ne fournissent de précision en ce qui concerne la nature ou le contenu des informations à fournir afin de permettre aux salariés de formuler leur offre (telles que des informations comptables, financières, juridiques ou opérationnelles concernant l'entreprise cédée).

A cet égard, le Ministère de l'Economie a confirmé dans un guide d'utilisation⁸ sur la Loi Hamon que la loi n'impose pas la transmission d'autre information ou document relatif au fonctionnement, à la comptabilité ou à la stratégie de l'entreprise.

Cette position est reprise sur le site du Ministère de l'Economie dans une rubrique « Foires aux questions »⁹. En d'autres termes, l'administration considère qu'il n'est pas nécessaire de transmettre des informations / documents aux salariés afin de les aider à formuler une offre de rachat. Nous ne pouvons qu'approuver cette position, tout en précisant que dans la mesure où la doctrine administrative ne lie pas les juges et qu'à ce jour nous ne savons pas si les tribunaux se rallieront à cette doctrine, il est recommandé d'utiliser les positions du Ministère de l'Economie avec prudence.

L'assistance des salariés

A leur demande, 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 des métiers et de l'artisanat ou encore par toute personne désignée par les salariés. Le décret d'application précise que le représentant désigné est lui-même tenu à une obligation de confidentialité.

Le choix des offres

Il ne fait pas de doute que le cédant conserve sa liberté de céder son fonds de commerce ou sa participation à l'acquéreur qu'il aura choisi. L'exposé des motifs de la loi précise bien que ce nouveau droit ne remet pas en cause le patrimoine du chef d'entreprise qui reste libre de vendre au prix qu'il souhaite et à qui il veut, notamment en cas de meilleure offre tierce. En effet, le nouveau dispositif ne confère en aucun cas un droit de préemption ou de priorité au bénéfice des salariés dans le cadre des opérations de cessions de leur entreprise.

Une sanction redoutable : la nullité de la cession

Le non-respect de cette nouvelle obligation d'information est sanctionné par la nullité de l'opération de cession. La sanction est d'autant plus redoutable que la nullité peut être demandée par tout salarié devant les tribunaux de commerce.

L'action en nullité se prescrit dans un délai assez court de deux mois, courant selon le cas :

- (i) soit de la date de publication de l'avis de cession du fonds de commerce (il s'agit donc de l'avis qui est

inséré, dans les quinze jours suivants la date de la cession, dans un journal d'annonces légales en application de l'article L.41-12 du Code de commerce),

- (ii) soit de la date de publication de la cession des titres ou de la date à laquelle tous les salariés en auront été informés.

La détermination des points de départ du délai d'action choisis par le législateur, qui sont alternatifs, n'est pas toujours évidente. S'il s'agit d'une cession de parts sociales, on rappellera que l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 a fait disparaître la publication de la cession de parts sociales au registre du commerce et des sociétés au profit d'une publication des statuts modifiés¹⁰. Il n'y a donc plus en tant que tel de publication de l'acte de cession de parts sociales. Les cessions d'actions ou de valeurs mobilières ne font pas non plus l'objet de publication légale.

Pour cette raison, à notre sens, afin de faire courir ce délai de deux mois, il convient d'informer les salariés de la réalisation de l'opération de cession, en utilisant les mêmes moyens que ceux préconisés pour satisfaire l'obligation d'information (réunion d'information, affichage, lettre remise en main propre ou tout moyen de nature à rendre certaine la date de réception de l'information par les salariés etc.) qui sont listés dans le décret d'application.

Information du comité d'entreprise sur les offres faites par les salariés

Dans les entreprises de plus de cinquante salariés dotées d'un comité d'entreprise, on peut s'interroger sur l'obligation du chef d'entreprise de communiquer au comité d'entreprise les offres faites par les salariés. La Loi Hamon n'aborde pas ce sujet. Les juges pourraient toutefois considérer qu'il s'agit d'informations dont le comité d'entreprise peut légitimement exiger la communication dans le cadre de la procédure d'information consultation.

Au final, nos lecteurs auront certainement compris que la mise en œuvre de ce dispositif n'est et ne sera pas toujours aisée. La Loi Hamon continue d'ailleurs de faire l'objet de nombreuses critiques de la part du patronat et d'une partie de la classe politique¹¹. Une mission parlementaire a été nommée en janvier 2015 afin d'évaluer les conditions concrètes de mise en œuvre du droit d'information et d'émettre des recommandations sur ce sujet. A suivre.

⁸Guide pratique, Droit d'information préalable des salariés en cas de cession de l'entreprise, disponible sur le site du Ministère de l'Economie.

⁹Foire Aux Questions sur la Loi Hamon, disponible sur le site du Ministère de l'Economie.

¹⁰Ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014, article 2, (modifiant l'article L.221-14 du Code de commerce applicable aux SARL sur renvoi de l'article L.223-17 du Code de commerce).

¹¹Le Sénat avait d'ailleurs voté l'abrogation du dispositif le 5 novembre 2014 dans le cadre du vote de la loi sur la simplification des entreprises. Toutefois, la Commission Paritaire Mixte n'a pas suivi le Sénat de telle sorte que la Loi Hamon est demeurée en vigueur.

La loi du 3 décembre 2008 n°2008-1258 (codifiée dans le Code du commerce sous les articles L.225-186-1 (stock options) et L.225-197-6) (actions gratuites)) prévoit que dans les sociétés cotées, les stock-options / actions gratuites ne peuvent être attribuées aux dirigeants que si la société remplit au moins une des conditions suivantes au titre de l'exercice au cours duquel sont attribuées ces options :

- (i) la société procède à une attribution de stock-options ou d'actions gratuites au bénéfice de l'ensemble de ses salariés et d'au moins 90% de l'ensemble des salariés de ses filiales françaises ;
- (ii) lors de la première attribution, un accord d'intéressement ou un accord de participation dérogatoire ou volontaire est mis en place ou amélioré au sein de la société et bénéficie à au moins 90% de l'ensemble des salariés de ses filiales françaises.

Dans son récent bulletin officiel des finances publiques (Bofip) (BOI-RSA-ES-20-10 n°320 et suivants) évoqué dans notre dernière *Ingenews* n°15, relatif au régime fiscal des stock-options et actions gratuites, **l'administration fiscale précise que ce dispositif doit également être respecté par les sociétés cotées étrangères qui attribuent des options/actions gratuites aux dirigeants de leurs filiales dont le siège est situé en France** ou à ceux de leurs succursales situées en France.

Il en résulte que l'une des conditions rappelées ci-dessus doit être remplie pour que le plan puisse bénéficier du régime fiscal de faveur, même si la société émettrice est une société cotée étrangère.

A défaut, la déchéance du régime de faveur est toutefois limitée aux seules attributions d'actions gratuites effectuées au profit des mandataires sociaux concernés. La solution devrait être identique s'agissant des stock-options.

Cette doctrine – discutable – de l'administration fiscale ne peut que jeter un certain trouble car elle est en contradiction avec la position exprimée par la Direction Générale du Travail (« DGT ») dans une lettre du 26 mai 2010 à l'AFEP, dans laquelle la DGT avait clairement indiqué que ce dispositif ne s'appliquait pas aux attributions décidées par les sociétés cotées étrangères.

Cette interprétation de l'administration fiscale est d'autant plus malvenue qu'elle est exprimée tardivement, ce qui constitue une source d'insécurité juridique pour les entreprises qui ont déjà mis en place des plans depuis l'entrée en vigueur de la loi.

Le Chiffre

47 %

des salariés déclarent disposer d'une épargne salariale en 2014* :

- 86 % dans les entreprises de plus de 2000 salariés ; contre
- 19 % dans les entreprises de moins de 50 salariés.

*33 % en 2010

Source : Baromètre de l'épargne salariale – Décembre 2014 – Club de l'Epargne salariale



AyacheSalama

CAPITAL INGENIUM

47, avenue Hoche – 75008 Paris
+ 33 (0) 1 58 05 38 52
contact@capitalingenium.com



Ius Laboris FRANCE

CAPSTAN AVOCATS

Directeurs de la publication : Olivier Tordjman et Jean-Michel Mir

Capital Ingenium est un GIE constitué par les cabinets d'avocats AyacheSalama et Capstan