

REVUE de

DROIT du TRAVAIL

mensuel - n° 1 - janvier 2014

**DROITS D'ICI,  
DROITS D'AILLEURS**

→ L'appel aux droits d'ailleurs dans les décisions judiciaires rendues en matière sociale au Togo : critiques d'une méthode judiciaire singulière

*Élise Panier*

**CHRONIQUES**→ **Emploi**

Consécration judiciaire de l'obligation de consultation du comité d'entreprise sur les projets de licenciements économiques en période d'observation d'un redressement judiciaire

*Laetitia Driguez*

→ **Libertés et pouvoirs**

La confirmation de l'assouplissement du critère de la mise à pied conservatoire

*Christelle Varin*

→ **Conditions de travail**

Le rapport Bailly sur le travail le dimanche : simplification limitée et subsistance des inégalités

*Marc Véricel*

*Toute l'équipe  
de la Revue de Droit du Travail  
vous présente ses meilleurs vœux  
pour l'année 2014*

**CO**  
CONTROVERSE

→ Faut-il encourager le rachat des entreprises par leurs salariés ?

*Thierry Jeantet et Bruno Dondero*

**ET**  
ÉTUDES

→ Le contrat de salarié-actionnaire

*Pascal Lokiec*

→ Détachement et fraude à la loi

*Étienne Pataut*

**IN**  
INDEX ANNUEL 2013

Sous la responsabilité de Cyril Wolmark, Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense et Tatiana Sachs, Maître de conférences à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

## Faut-il encourager le rachat des entreprises par leurs salariés ?

*Plus que jamais l'emploi semble être une victime de la prévalence accordée à la valorisation du capital de l'entreprise. Dépasser un tel antagonisme pour assurer la pérennité de l'entreprise et le maintien de l'emploi : tel est l'enjeu qui se trouve au cœur des opérations de rachat d'une entreprise par ses salariés. De telles opérations peuvent-elles constituer une riposte efficace face aux pratiques des groupes qui décident de céder, voire de cesser, les activités de filiales rentables ? Sur le point d'adopter deux dispositifs qui facilitent l'éclosion de projets de rachat des entreprises par leurs salariés, le législateur en fait le pari. Nos deux contributeurs, Thierry Jeantet – directeur général d'un groupement européen d'entreprises d'économie sociale et président du Forum international des dirigeants de l'économie sociale et solidaire – et Bruno Dondero – professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et directeur du département Sorbonne affaires/finance de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS) – livrent chacun leur analyse, très contrastée, de ces dispositifs.*

### Pour la création d'un droit de préférence

Par Thierry Jeantet, Directeur général d'un groupement européen d'entreprises d'économie sociale et Président du Forum international des dirigeants de l'économie sociale et solidaire

Sur 200 000 entreprises de type PME et ETI, les opérations de cession en 2010 ont concerné 1,4 million d'emplois pour 12 000 sociétés reprises. Malheureusement plusieurs milliers d'entreprises ne font l'objet d'aucune reprise. C'est au moins 50 000 emplois qui disparaissent ainsi chaque année ; 10 % des PME ferment faute de repreneurs. À cela s'ajoutent les entreprises, filiales de groupes qui veulent se séparer d'une activité et qui parfois préfèrent mettre fin à celle-ci, alors qu'elle est saine, plutôt que de la céder.

Pour tenter de remédier à cette situation, deux textes ont été présentés au Parlement. Le premier, la proposition de loi appelée « Florange » par la presse et les partenaires sociaux, oblige les entreprises de plus de 1 000 salariés qui envisagent de cesser leur activité à rechercher un repreneur sous peine de pénalités. Une entreprise ne respectant pas cette obligation pourra être condamnée à verser jusqu'à 20 SMIC mensuels par emploi supprimé et à rembourser des aides publiques perçues les deux dernières années. Cette avancée ne réglant pas le cas, en particulier, des entreprises de taille moyenne, un second texte, le projet de loi portant « reconnaissance et développement de l'économie sociale et solidaire (ESS) », tente d'y remédier. En effet, durant la campagne présidentielle M. François Hollande dans le cadre de ses dix engagements en faveur de l'Économie sociale et solidaire avait défendu la notion de « droit de préférence ». Ceci non

pour créer deux catégories de repreneurs : les salariés d'un côté qui auraient été avantagés, les autres types de repreneurs d'un autre côté qui auraient, alors, pu se sentir gênés dans leur capacité d'agir. L'objet était, clairement, de mettre les salariés sur un pied d'égalité avec les repreneurs entrepreneurs ou financiers : de les traiter comme des investisseurs. La notion de droit de préemption n'avait pas été envisagée pour ne pas proposer une disposition pouvant être censurée par le Conseil constitutionnel ; ceci même si un tel droit est prévu par d'autres textes pour des motifs différents et bien cernés (v. par exemple, le droit de préemption du locataire). Instaurer un droit de préférence apparaissait alors comme une démarche « raisonnée » pour maintenir vivante la partie concernée du tissu entrepreneurial existant.

Mais le texte va moins loin. Il vise uniquement à créer : « un nouveau droit d'information préalable des salariés en cas de transmission d'une entreprise ». Selon les termes du projet de loi ESS, « la reprise par les salariés [pouvant] être une solution pour viabiliser l'entreprise et assurer la pérennité de l'activité et de l'emploi », « [...] afin d'encourager la reprise d'entreprise par les salariés, il est donc proposé de créer un droit d'information préalable... » (v., en particulier, art. 11 A, 11 et 12). Des modalités distinctes sont prévues dans le texte initial pour les entreprises de moins et plus de 50 salariés : un « délai d'information préalable de deux mois » pour les premières et une « information directe » aux salariés complétant l'obligation d'informer le comité d'entreprise pour les secondes. Ces dispositions restent donc limitées à cette notion de droit d'information et prévoient un délai fort court pour des salariés qui ne sont pas des professionnels de la reprise d'entreprise et qui disposent de moyens généralement modestes pour se faire conseiller et accompagner dans une telle situation.

« Il ne peut être justifié de cantonner le droit de reprise d'entreprise à des repreneurs extérieurs et donc à confisquer le droit des salariés à être candidats à la reprise. Ce à quoi s'attachent, en définitive, celles et ceux qui critiquent même le principe du droit à l'information. »

Notons, au passage, que cette disposition vise la reprise d'entreprise sous toute forme de statut, société coopérative de production ou non. Pour autant, il est bien compréhensible que cette disposition figure dans le texte consacré à l'économie sociale et solidaire. En effet les sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP), avec les autres entreprises de l'économie sociale et solidaire, représentent bien un modèle moderne, innovant, d'entreprises participatives, reposant sur des valeurs communes : libre adhésion, gestion démocratique (une personne, une voix), juste répartition des excédents, propriété privée mais collective (réserves impartageables dans le cas des SCOPs), solidarité. En somme, des entreprises à des responsabilités et résultats partagés. Il en existe dans presque tous les pays européens.

Le dispositif prévu a certes été amélioré lors du vote de la loi en première lecture au Sénat (6 et 7 nov. 2013) afin que les salariés, à leur demande, puissent se faire assister par « un représentant de la CCI régionale, de la chambre

d'agriculture, de la chambre régionale des métiers et de l'artisanat territorialement compétente en lien avec les chambres régionales de l'économie sociale et solidaire... ». Mais le fameux délai (avant la cession) de deux mois n'a pas été modifié ! Il aurait, au moins, fallu le porter à cinq mois afin de placer les salariés dans des conditions optimales de reprise d'entreprise alors que les entrepreneurs repreneurs et autres types d'acheteurs ont d'autres voies que les leurs pour se préparer. Les « clauses de confidentialité » (sans cesse agitées pour réduire à zéro le droit de reprise par les salariés) peuvent s'imposer aux repreneurs salariés comme à tout autre repreneur ; nier cela est faire peu de cas du sens de la responsabilité des salariés !

Il ne peut être justifié de cantonner le droit de reprise d'entreprise à des repreneurs extérieurs et donc à confisquer le droit des salariés à être candidats à la reprise. Ce à quoi s'attachent, en définitive, celles et ceux qui critiquent même le principe du droit à l'information. Reconnaître ce principe n'est pourtant que le minimum du plus petit minimum sans aucunement constituer une solution solide et opérationnelle. Plus largement, ne pas offrir aux salariés des conditions décentes de reprise de leur entreprise constitue une atteinte flagrante à la liberté d'entreprendre. Et comme le souligne le rapport de G. Ferrero et A. De Loubens, (« Faut-il favoriser la transmission d'entreprise à la famille ou aux salariés », Documents de travail de la DG Trésor, <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/392491>) une erreur de fond : « la participation accrue des salariés pouvant être bénéfique sur les plans économique et opérationnel ». Une partie du patronat français, a décidément du mal à comprendre que la croissance se co-construit, en particulier dans le monde des entreprises, entre les différents acteurs de celles-ci, salariés compris. C'est d'autant plus étonnant de la part de dirigeants d'entreprises qui souvent, et avec des arguments intéressants,

vantent les mérites industriels et économiques de l'Allemagne. Ils oublient curieusement que son succès doit depuis fort longtemps, beaucoup à la co-gestion et même à la notion d'économie sociale de marché (pourtant ébréchée ces derniers temps). La modernité réside dans la capacité à mobiliser tous ceux qui font ou peuvent faire l'entreprise et non d'en écarter certains. La Banque publique d'investissement (BPI) semble bien, d'ailleurs, vouloir s'y employer. Des conseils régionaux ont créé des dispositifs spécifiques d'aide aux salariés pour la constitution du capital social d'une SCOP. La Confédération des SCOP l'ayant d'ailleurs fait la première. Sur le terrain, un dialogue PME/SCOP s'est établi dans plusieurs régions à ce sujet. C'est pourquoi il faut espérer que lors de l'examen en première lecture à l'Assemblée nationale du projet de loi ESS, un débat serein permettra de mettre au point un texte respectant le droit d'entreprendre de tous, y compris des salariés. Il faut aller ainsi vers un véritable droit d'accès des salariés à l'achat d'une entreprise.

## Les méfaits d'un formalisme excessif

Par Bruno Dondero, Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et Directeur du département Sorbonne affaires/finance de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS)

Le rachat d'une entreprise par ses salariés ne fait pas l'objet d'un cadre juridique autonome, ce qui ne veut pas dire que le législateur se désintéresse de cette hypothèse de transmission de l'entreprise. On fait remonter à une loi n° 84-578 du 8 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique l'introduction du concept de rachat de l'entreprise par les salariés dans notre droit des affaires (V. ainsi D. Vidal, *Droit des sociétés*, 7<sup>e</sup> éd., 2010, n° 1013), mais cette loi comportait avant tout des mesures fiscales. C'est, en effet, au moyen de telles mesures que la loi de 1984, qui sera suivie de plusieurs autres dispositifs, entendait inciter les salariés à racheter leur entreprise. L'un des apports de cette loi était de reconnaître la technique du holding de reprise créé par les salariés (loi du 8 juill. 1984, art. 11, I). Au-delà de cette loi, et sans conduire à la « reprise » de l'entreprise par ses salariés, de nombreux mécanismes conduisent par ailleurs à rapprocher les salariés de la société qui les emploie, et ces mécanismes sont extrêmement divers, allant des dispositifs permettant d'attribuer des actions aux salariés (v., par ex., les dispositifs d'options de souscription ou d'achat d'actions [C. com., art. L. 225-177 s.], et les dispositifs d'attributions gratuites d'actions [art. L. 225-197-1 s.]), aux mécanismes d'intéressement et de participation (sur ces régimes, v. l'énumération faite par M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 26<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2013, n° 811 s.), en passant sur les dispositifs de représentation des salariés au sein des conseils d'administration ou de surveillance (v. en dernier lieu l'obligation de représentation instituée par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 dans les sociétés anonymes, sociétés européennes et sociétés en commandite par actions dépassant certains seuils d'effectifs; sur cette loi, v. G. Auzero, « Les salariés au conseil: utopies et réalités », RTDF n° spéc. 2013, p. 98; B. Dondero, BJS 2013. 471), sans oublier bien entendu l'institution des Sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP).

« Sans conduire à la "reprise" de l'entreprise par ses salariés, de nombreux mécanismes conduisent par ailleurs à rapprocher les salariés de la société qui les emploie et ces mécanismes sont extrêmement divers, allant des dispositifs permettant d'attribuer des actions aux salariés, aux mécanismes d'intéressement et de participation. »