

# L'INTERVENTION DU COMITE D'ENTREPRISE DANS LES OFFRES PUBLIQUES

**Antoine KIRRY**

Avocat à la Cour  
Associé, Debevoise & Plimpton

1. Le législateur donne parfois l'impression de s'employer à démontrer la valeur intemporelle de la remarque de Montesquieu selon laquelle les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires. Il vient de le faire de manière remarquable avec l'article 4 de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

2. Ce texte concerne le déroulement des offres publiques d'acquisition. Dans ses paragraphes I et II <sup>1</sup>, il définit un mécanisme permettant au comité d'entreprise d'une société qui fait l'objet d'une offre publique d'intervenir dans le déroulement de celle-ci <sup>2</sup>.

En bref, le mécanisme prévu par l'article 4 de la loi devrait fonctionner de la manière suivante.

3. Aussitôt que possible après la publication d'un avis de dépôt d'OPA ou d'OPE, le dirigeant de la société visée doit convoquer le comité d'entreprise de celle-ci pour l'informer de ce dépôt. Au cours de cette réunion, le comité doit décider s'il souhaite entendre l'auteur de l'offre, et il peut en outre se prononcer sur le caractère amical ou hostile de celle-ci.

4. L'auteur de l'offre, pour sa part, doit adresser au comité d'entreprise un exemplaire de sa note d'information, cela dans les trois jours de sa publication.

5. Dans les quinze jours suivant la date de publication de la note d'information de l'auteur de l'offre, le comité d'entreprise de la société visée doit être réuni une deuxième fois. L'objet de cette réunion est d'examiner la note d'information de l'auteur de l'offre et le cas échéant de procéder à l'audition de celui-ci. En ce cas, l'auteur de l'offre doit être avisé de la date de la réunion au moins trois jours à l'avance, et il peut se faire assister lors de la réunion par les personnes de son choix.

---

<sup>1</sup> Modifiant les articles L. 432-1 et L. 439-2 du Code du travail.

<sup>2</sup> L'article 4 contient en outre un paragraphe III dont l'objet est d'imposer à l'auteur d'une offre publique d'exposer dans sa note d'information ses "orientations en matière d'emploi".

6. Ce mécanisme est assorti d'une sanction : si le chef de l'entreprise auteur de l'offre ou son représentant (mandataire social ou salarié) ne se rend pas à la réunion du comité d'entreprise, la société auteur de l'offre ne peut pas exercer les droits de vote attachés aux titres de la société visée qu'elle détient ou viendrait à détenir. Il en va de même si l'auteur de l'offre est une personne physique. Cette sanction demeure jusqu'au lendemain du jour où l'auteur de l'offre a été entendu par le comité d'entreprise de la société visée. En outre, elle est levée si l'auteur de l'offre n'est pas convoqué à une nouvelle réunion du comité d'entreprise dans les quinze jours qui suivent la réunion à laquelle il avait été préalablement convoqué.

7. Enfin, ce dispositif est complété par une précision concernant les groupes : lorsqu'une offre porte sur une "entreprise dominante d'un groupe", le chef de cette entreprise doit en informer immédiatement le comité du groupe, et le mécanisme résumé ci-dessus s'applique alors seulement au niveau du comité de groupe.

\*  
\*       \*

8. La nouveauté de ce mécanisme tient à son caractère obligatoire et aux sanctions qui y sont attachées. Auparavant, les dispositions de l'article L. 432-1 du Code du travail prévoyaient une réunion du comité d'entreprise de la société visée dès que son chef d'entreprise avait connaissance du dépôt d'une offre publique, mais ce texte ne créait ni obligation ni sanction à l'égard de l'auteur de l'offre.

On pourrait gloser à l'infini sur le bien fondé de ce mécanisme du point de vue de la politique législative. Les travaux parlementaires montrent que ce débat n'a pas été négligé, même s'il est rarement élevé au-dessus de stéréotypes et préjugés idéologiques concernant les offres publiques en général.

9. En revanche, il semble qu'aient été singulièrement négligées les conditions d'insertion de ce mécanisme dans le corps de règles gouvernant les offres publiques, et les aspects pratiques de son fonctionnement. Parmi les nombreuses questions que posent les dispositions de l'article 4 de la loi concernant le comité d'entreprise, on peut en recenser au moins trois qui entraîneront inévitablement de sérieuses difficultés d'application des nouveaux textes.

- La première concerne la délimitation du champ d'application du nouveau mécanisme ;
- La deuxième consiste à s'interroger sur son utilité pratique;
- La troisième concerne le fonctionnement du dispositif de sanction prévu par le nouveau texte.

## I. À QUELS TYPES D'OFFRES LE NOUVEAU MECANISME S'APPLIQUE-T-IL ?

10. Le nouvel article L. 432-1 du Code du travail vise le cas de dépôt d'une offre publique d'achat ou d'échange. Mais de quoi parle-t-on exactement ? Il peut paraître curieux que la loi vise sans précision une "offre publique d'achat" et une "offre publique d'échange", comme si ces deux expressions avaient un contenu juridique précis résultant d'autres textes législatifs. Or il n'en est rien. Si ces expressions sont parfois utilisées<sup>3</sup>, leur contenu n'est pas défini par la loi. Seul l'article 1 du Règlement 89-03 de la COB semble donner une définition de ce qu'est une offre publique, sans distinguer d'ailleurs entre l'achat et l'échange. Il dispose à cet effet que "*l'offre publique est la procédure qui permet à une personne physique ou morale de faire connaître publiquement qu'elle se propose d'acquérir ou de céder tout ou partie des titres d'une société inscrits sur un marché*", lequel doit être un marché réglementé<sup>4</sup>.

La difficulté en l'espèce est que si l'on prend pour guide la définition donnée par ce texte, l'on est conduit à appliquer le nouveau mécanisme à des cas qui, probablement, n'étaient pas envisagés par le législateur.

11. La question se pose en premier lieu pour les garanties de cours. Si l'on retient la définition d'une offre publique contenue dans l'article 1 du Règlement 89-03 de la COB, la procédure de garantie de cours est bien une offre publique puisqu'elle "*permet à une personne physique ou morale de faire connaître publiquement qu'elle se propose d'acquérir*" les titres d'une société cotée. C'est d'ailleurs sous le titre "*Obligation de déposer un projet d'offre publique*" que l'article L. 433-3 du Code monétaire et financier envisage le cas d'une obligation d'achat résultant de l'acquisition d'un bloc majoritaire. La garantie de cours est donc un cas particulier d'offre publique d'acquisition<sup>5</sup>. On peut souligner à cet égard que le communiqué prévu par l'article 20 du Règlement 89-03 a, en substance, un contenu très voisin de celui d'une note d'information, notamment en ce qui concerne l'avis du conseil d'administration de la société visée<sup>6</sup>.

12. La question du champ d'application du nouveau mécanisme se pose ensuite pour les offres pouvant donner lieu à l'emploi de la procédure simplifiée d'offre publique selon l'article 5-3-2 du Règlement général du CMF. On y trouve notamment les offres de rachat d'actions ou de

---

<sup>3</sup> Notamment dans le titre de la section du Code monétaire et financier contenant les articles L. 433-1 et L. 433-2 et dans les articles L. 225-129 et L. 225-148 du Code de commerce.

<sup>4</sup> Le Règlement 89-03 de la COB vise encore les titres d'une société "*négociés sur le marché hors-cote d'une bourse de valeurs*", mais ce marché a été supprimé. L'article L.433-1 du Code monétaire et financier dispose que "*le règlement général du conseil des marchés financiers fixe les règles relatives aux offres publiques portant sur des instrument financiers négociés sur un marché réglementé*".

<sup>5</sup> T. BONNEAU et L. FAUGEROLAS, *Les offres publiques*, Edition Formation Entreprise, 1999, n°94.

<sup>6</sup> *Généralisation de l'avis du conseil d'administration dans les opérations financières*, Bull. mens. COB n°296, novembre 1995, p.42.

titres donnant accès au capital, les offres visant les actions à dividendes prioritaires, les certificats d'investissement ou les certificats de droit de vote, et les offres visant une participation limitée à 10%. A la lecture des opérations envisagées par l'article 5-3-2 du Règlement général, il paraît presque aller de soi que ce ne sont pas ces opérations que le législateur a entendu viser en prévoyant l'intervention du comité d'entreprise dans les offres publiques. Ce n'est pas, comme l'on dit parfois, "l'esprit de la loi". Ce serait même franchement absurde s'agissant d'une offre publique de rachat, dès lors que cette opération doit de toute manière faire l'objet d'une information du comité d'entreprise<sup>7</sup> à l'occasion de l'adoption de la résolution de l'assemblée générale autorisant le rachat d'actions, de sorte que l'on ne voit pas en quoi la convocation d'une nouvelle réunion du comité d'entreprise (présidée par le chef d'entreprise, mais à laquelle celui-ci pourrait être par ailleurs invité à se présenter en tant qu'auteur de l'offre selon le nouveau dispositif) pourrait ajouter quoi que ce soit à l'information du comité. Il n'en demeure pas moins qu'aucun élément textuel ne permet de refuser à ces opérations la qualification d'offres publiques d'achat<sup>8</sup>. L'adage *Ubi lex non distinguit...*, de même que la prudence face aux sanctions éventuellement encourues en cas de non-respect du nouveau dispositif, devraient conduire en pratique à l'appliquer même aux cas d'offres relevant de la procédure simplifiée.

13. La même question concernant les contours du champ d'application du nouveau mécanisme se pose en ce qui concerne l'offre publique de retrait. Il s'agit bien, là encore, d'une offre d'achat ou d'échange<sup>9</sup> de titres cotés, faite au public. En effet, l'objet de cette procédure est d'offrir la possibilité aux actionnaires minoritaires de céder leurs titres de la société moyennant le paiement d'un prix dont le mode de fixation est entouré de certaines garanties. Or si l'offre de retrait n'est qu'une variante d'offre d'achat ou d'échange, elle devrait tomber dans le champ d'application de l'intervention du comité d'entreprise. On pourrait objecter avec quelque raison que cette lecture du texte aboutirait à faire intervenir devant le comité celui qui par hypothèse contrôle déjà plus de 95% des droits de vote de la société concernée<sup>10</sup>, et qu'il n'est donc pas question ici d'un changement de contrôle qui justifierait que le conseil puisse être informé des intentions du nouvel actionnaire de contrôle. Certes, mais une fois encore la loi ne distingue pas. Le mécanisme nouvellement mis en place s'applique en cas d'offre publique d'achat ou d'échange. Il serait donc périlleux d'exclure, sans la moindre base textuelle, certaines procédures d'offre publique sous le prétexte que leur application ce mécanisme heurterait le sens commun ou l'intention réelle ou supposée du législateur.

14. En bref, l'utilisation des expressions "offre publique d'achat" et "offre publique d'échange" était inopportune. Il aurait fallu en limiter la portée, au moins pour exclure les cas où l'opération de marché n'est pas la cause ou la conséquence d'un changement de contrôle.

---

<sup>7</sup> Mémento Francis Lefebvre Social, 2001, n°8093 ; Mémento Francis Lefebvre Sociétés Commerciales, 2001, n°18607.

<sup>8</sup> L'article 5-3-2 est d'ailleurs placé sous le titre "*Les offres publiques d'achat ou d'échange de titres de capital (procédure simplifiée)*".

<sup>9</sup> A. VIANDIER, *OPA OPE et autres offres publiques*, F. Lefebvre, 1999, n°2710 ; BONNEAU et FAUGEROLAS, *op. cit.*, n°415.

<sup>10</sup> Hors le cas, possible mais jusqu'ici inconnu semble-t-il, où l'offre de retrait est présentée par un tiers. V. VIANDIER, *op. cit.*, n°2709.

## II. A QUOI SERT CE NOUVEAU MECANISME ?

15. Dans sa forme la plus condensée, la réponse à cette question est que ce nouveau mécanisme ne sert à rien. En effet, du point de vue de l'information et des prérogatives du comité d'entreprise, le nouveau mécanisme n'apporte rien de nouveau, si ce n'est la possibilité pour le comité d'entreprise de se prononcer sur le caractère hostile ou amical de l'offre, innovation singulièrement malencontreuse.

### **A L'envoi de la note d'information**

L'obligation faite à l'auteur de l'offre d'adresser une copie de sa note d'information au comité d'entreprise de la société visée "*dans les trois jours suivant sa publication*" ne paraît guère renforcer l'information du comité d'entreprise.

16. En premier lieu, le comité pouvait depuis longtemps avoir accès aux éléments essentiels de la note d'information sans attendre qu'elle lui soit adressée par l'auteur de l'offre. En effet, l'article 8 du Règlement 89-03 fait obligation à l'établissement présentateur de communiquer le projet de note à la société visée le jour de la publication de l'avis de dépôt de l'offre. Or cet avis de dépôt déclenche aussi l'obligation pour le chef d'entreprise de la société visée de réunir le comité d'entreprise<sup>11</sup>. Compte tenu du délai de convocation du comité, on peut tenir pour acquis que lorsque celui-ci tient sa réunion, le chef d'entreprise de la société visée a reçu le projet de note d'information de la part de l'établissement présentateur. Or le chef d'entreprise est tenu d'informer le comité d'entreprise de façon précise et par écrit quant au projet en question, sous peine de délit d'entrave<sup>12</sup>. Il doit remettre les documents qu'il a reçus "*lorsque leur connaissance par les membres du comité conditionne le bon déroulement de la consultation*"<sup>13</sup>. Au minimum, le comité d'entreprise reçoit donc un document rédigé par le chef d'entreprise décrivant précisément le contenu de la note d'information, si ce n'est une copie de la note d'information elle-même<sup>14</sup>. Ainsi, le comité a normalement accès au projet de note d'information, tel qu'il est déposé à la COB et au CMF, bien avant que la note ne soit publiée.

17. En second lieu, on peut se demander ce qu'apporte au comité la remise d'un document qui, au moment où il le reçoit, vient de faire l'objet d'une publication qui est normalement destinée à lui assurer une large diffusion. En effet, une fois visée par la COB, la note d'information fait l'objet d'une publication obligatoire dans au moins un quotidien d'information financière de diffusion nationale, et ce au plus tard le quatrième jour de bourse suivant celui de la

---

<sup>11</sup> Cette obligation résultait déjà de l'ancienne rédaction de l'article L. 432-1 du Code du travail.

<sup>12</sup> M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J., 6<sup>e</sup> éd., 2000, p. 534.

<sup>13</sup> Circulaire DRT n° 12 du 30 novembre 1984 §1.1.2, al. 4.

<sup>14</sup> La lecture d'un document complexe devant le comité par le chef d'entreprise, qui refuse ensuite de remettre ce document au comité constitue, par exemple, un délit d'entrave : Crim. 4 nov. 1982, Bull. Crim. n° 241.

délivrance du visa <sup>15</sup>. Si l'information du public nécessite un délai supplémentaire, la COB peut aller jusqu'à demander au CMF de reporter la date de clôture de l'offre publique à cet effet <sup>16</sup>. Toute note d'information visée par la COB est désormais également publiée sur "SOPHIE", base d'information de la COB disponible sur son site Internet (<http://www.cob.fr>) <sup>17</sup>. Alors, de deux choses l'une : ou bien l'on considère que ces règles assurent une publicité efficace, et l'on ne voit pas ce qu'ajoute le nouveau texte, ou bien l'on considère qu'elles sont insuffisantes, et c'est là qu'il fallait intervenir pour faire en sorte que l'objectif de publicité soit atteint de manière générale, et pas seulement au profit du comité d'entreprise de la société visée. Enfin, on soulignera qu'il est assez invraisemblable qu'aucun membre du comité d'entreprise de la société visée ne suive la presse financière et n'y trouve la note d'information de l'auteur de l'offre <sup>18</sup>, alors que sa publication se situe nécessairement plusieurs jours après la première réunion du comité qui fait suite à l'avis de dépôt <sup>19</sup>.

### **B La qualification d'offre amicale ou hostile**

18. Lors de sa deuxième réunion, le comité d'entreprise examine la note d'information telle que publiée, et peut se prononcer sur le caractère amical ou hostile de l'offre. Cette nouvelle faculté accordée au comité d'entreprise soulève plusieurs difficultés.

19. La première a trait à la procédure de fonctionnement du comité d'entreprise dans laquelle elle s'insère. Jusqu'ici il était clair que la procédure suivie devant le conseil était celle de l'information, qui se distingue de celle de la consultation. La faculté donnée au comité de se prononcer sur le caractère amical ou hostile de l'offre fait-elle basculer son intervention dans le champ des attributions consultatives du comité? Et dans ce cas le chef d'entreprise serait-il tenu de fournir des réponses motivées aux questions que le comité d'entreprise pourrait lui poser préalablement à l'expression de son appréciation sur le caractère hostile ou amical de l'offre? Pour chacune de ces questions, la réponse devrait être négative. En effet la première phrase de nouveau texte dispose que le chef d'entreprise doit réunir le comité d'entreprise pour l'"*informer*". Aucune disposition de ce texte n'impose au chef d'entreprise une démarche de consultation du comité (ni le verbe consulter ni aucun de ses dérivés ne figure d'ailleurs dans le texte). Au demeurant on ne voit pas sur quoi une consultation pourrait porter puisque il n'y a en l'espèce aucun projet de la direction de l'entreprise sur lequel il pourrait être souhaitable de recueillir l'avis du comité. Le nouveau texte paraît donc consacrer la solution déjà connue consistant à permettre au comité d'émettre un avis spontanément dans le cadre d'une procédure d'information, même lorsque le chef d'entreprise n'est pas tenu de recueillir cet

---

<sup>15</sup> Art. 12 al.1 du Règlement 89-03 de la COB.

<sup>16</sup> Article 12 al. 2 du Règlement préc.

<sup>17</sup> Bull. mens. COB n° 342, janvier 2000, p. 1.

<sup>18</sup> Le nouveau texte dispose que le comité se réunit pour examiner la note d'information dans les quinze jours suivant sa publication. Celle-ci paraît donc constituer un point de départ fiable pour l'examen de la note d'information par le comité. Si tel n'était pas le cas, il aurait été cohérent de faire courir ce délai à compter de la réception de l'exemplaire de la note d'information spécialement adressé au comité d'entreprise par l'auteur de l'offre.

<sup>19</sup> L'article 4 de la loi prévoit qu'en cas de dépôt d'une offre publique d'achat ou d'échange, la réunion du comité d'entreprise doit avoir lieu "*immédiatement*".

avis<sup>20</sup>. Les travaux parlementaires confirment à cet égard que l'objet du nouveau texte était de donner une faculté au comité d'entreprise, mais pas d'imposer une obligation à l'employeur<sup>21</sup>. Ces éléments devraient aussi permettre de guider les praticiens lorsqu'un comité d'entreprise refusera de se prononcer sur le caractère hostile ou amical d'une offre. Dans un tel cas, le refus du comité devrait être analysé comme une renonciation à exercer la faculté prévue par la loi, et devrait être sans influence sur l'offre publique, sans qu'il soit nécessaire pour l'auteur de l'offre de faire établir un procès-verbal de carence puisque cela n'est prévu par aucun texte.

20. La deuxième difficulté soulevée par le nouveau texte tient à ce qu'il fait appel à des notions non-juridiques, et en tout cas imprécises. Que signifie le caractère amical ou hostile d'une offre ? Et à l'égard de qui doit-on déterminer si l'offre est amicale ou hostile ? La société, ses actionnaires, ses employés ou ses dirigeants ? Ces questions ont été judicieusement posées lors des débats parlementaires<sup>22</sup>, et l'on s'étonne qu'il n'y ait pas été répondu à cette occasion.

En réalité, elles appellent deux éléments de réponse. D'une part, les notions d'offre amicale ou hostile n'ont aucun contenu juridique précis. Il s'agit de notions qui relèvent plus de la sociologie des affaires que du droit, et d'ailleurs sont inaptes à caractériser la réalité, car bien souvent une offre perçue comme hostile par les uns peut être amicale pour d'autres, même au sein d'un groupe identique (les dirigeants, par exemple<sup>23</sup>), et une offre initialement perçue comme hostile par certains peut ultérieurement devenir amicale pour les mêmes personnes<sup>24</sup>. Le nouveau texte a donc pour résultat d'insérer dans le corps de règles relatif aux offres publiques des notions qui n'y figuraient pas jusqu'ici, et qui ne signifient rien de précis.

D'autre part, à supposer même que l'on puisse attribuer une signification précise aux notions d'offres, amicale ou hostile, le comité d'entreprise n'aurait probablement pas les moyens de se prononcer de manière éclairée sur le caractère de l'offre pour laquelle il est réuni. En effet, selon le nouveau texte, le comité peut se prononcer sur le caractère de l'offre lors de sa première réunion. Or celle-ci suit l'avis de dépôt de l'offre, mais elle précèdera presque

---

<sup>20</sup> COHEN, op. cit., p. 527.

<sup>21</sup> Le gouvernement a obtenu que l'expression "*se prononce sur le caractère amical ou hostile de l'offre*" soit finalement remplacée par l'expression "*peut se prononcer sur le caractère amical ou hostile de l'offre*"; V. Assemblée Nationale, séance du 23 janvier 2001 (deuxième lecture), J.O. Débats Parlementaires, p. 751.

<sup>22</sup> V. Assemblée Nationale, séance du 26 avril 2000 (première lecture), J.O. Débats Parlementaires, p. 3349; Assemblée Nationale, séance du 23 janvier 2001 (deuxième lecture), J.O. Débats Parlementaires, p. 751; Sénat, séance du 18 avril 2001 (deuxième lecture), J.O. Débats Parlementaires, p. 1276.

<sup>23</sup> On observera que pour la perception du caractère amical ou hostile d'une offre publique, la notion de "dirigeants" ou de "management" n'a pas non plus de contenu juridique précis. Il s'agit de tous ceux qui ont intérêt à ce que les mandataires sociaux en place conservent leur poste, ce qui peut aller bien au delà du cercle des personnes directement concernées.

<sup>24</sup> Les exemples du caractère évolutif de la perception d'une offre, notamment par la direction de la société visée, sont abondants. Parmi les cas récents, on peut citer l'offre de Fimalac sur Strafor Facom et celle de Total Fina sur Elf.

toujours la diffusion de la note d'information de l'auteur de l'offre. Certes le comité doit normalement recevoir communication du projet de note d'information adressée à la société visée<sup>25</sup>, mais cette communication interviendra le plus souvent lors de la réunion du comité ou très peu de temps auparavant. S'il souhaite exercer la faculté qui lui est donnée par la loi de se prononcer sur le caractère amical ou hostile de l'offre, le comité disposera donc pour ce faire de l'avis de dépôt publié par le CMF, et au mieux, du texte du projet de note d'information, que l'on doute qu'il ait eu le temps d'étudier. Le comité d'entreprise ne bénéficiera pas, notamment, des éléments que pourraient lui apporter l'audition du chef d'entreprise de l'auteur de l'offre. On peut donc redouter que dans la plupart des cas l'évaluation par le comité d'entreprise du caractère amical ou hostile de l'offre repose sur des éléments d'information très insuffisants.

21. La troisième difficulté tient au fait que l'on ignore tout des conséquences possibles de la qualification d'offre amiable ou hostile décidée par le comité d'entreprise. Le nouveau texte est muet sur ce point, de même que les travaux parlementaires. Les autres textes relatifs au fonctionnement du comité d'entreprise ne permettent pas de discerner ce que pourraient être les conséquences juridiques de cette qualification. On arrive ainsi à la conclusion que cette qualification n'a pas de conséquence, au moins juridiquement. En pratique, elle pourra selon le cas être utilisée par l'auteur de l'offre ou la direction de la société visée pour conforter ses arguments si l'offre s'accompagne d'une bataille de communiqués de presse<sup>26</sup>. En dehors de cette hypothèse, l'utilité de la qualification de l'offre par le comité d'entreprise reste à démontrer.

### **C L'audition de l'auteur de l'offre**

22. Si l'on suit le nouveau texte de l'article L. 432-1 du Code du travail, le comité d'entreprise réuni une première fois doit décider s'il souhaite entendre l'auteur de l'offre. Si tel est le cas, celui-ci est entendu lors de la deuxième réunion, qui a lieu dans les quinze jours suivant la date de publication de la note d'information<sup>27</sup>. En pratique, ce mécanisme va poser plusieurs questions.

23. La première concerne la décision du comité sur l'audition de l'auteur de l'offre. Il arrivera presque inévitablement que lors de la première réunion, un comité d'entreprise décide qu'il ne

---

<sup>25</sup> *Supra*, II (a).

<sup>26</sup> A titre d'exemple, l'offre de Schneider sur Télémécanique reste dans les mémoires comme l'une des opérations où les salariés de la société visée ont pris part publiquement au débat suscité par l'offre. On peut imaginer que dans un cas semblable, la qualification donnée à l'offre par le comité d'entreprise deviendrait un élément de la communication publique des salariés sur l'opération visant leur employeur et aussi de celui qui trouverait avantage à s'appuyer sur la qualification donnée par le comité.

<sup>27</sup> On relèvera incidemment l'étrangeté de la rédaction du nouveau texte. L'article L. 432-1 dans sa nouvelle rédaction dispose dans la première phrase de son cinquième alinéa que le comité d'entreprise est réuni pour procéder (s'il l'a souhaité) à l'"audition" de l'auteur de l'offre, et deux phrases plus loin que lors de la réunion, l'auteur de l'offre "*prend connaissance des observations éventuellement formulées par le comité d'entreprise*", ce qui ne correspond guère à une "audition" de l'auteur de l'offre. On tiendra néanmoins pour acquis que ce dernier est invité pour être entendu, ce qui suppose qu'il s'exprime.

souhaite pas entendre l'auteur de l'offre ou omette de prendre une décision sur ce point. Que se passera-t-il si le comité décide ultérieurement qu'il souhaite entendre l'auteur de l'offre, soit que le comité ait changé d'avis, soit qu'il répare ainsi l'omission commise lors de la première réunion? En d'autres termes, le mécanisme prévu par la loi peut-il être mis en œuvre après la première réunion du comité?

Le nouveau texte ne traite pas directement cette question mais semble guider le lecteur vers une réponse négative. Le texte dispose en effet que c'est "*au cours de cette réunion*" (la première) que le comité "*décide s'il souhaite entendre l'auteur de l'offre*"<sup>28</sup>. On est donc conduit à la conclusion que si le comité souhaite entendre l'auteur de l'offre dans le cadre du mécanisme prévu par la loi, il doit impérativement le décider lors de sa première réunion.

24. La deuxième question posée par le nouveau texte en ce qui concerne l'audition de l'auteur de l'offre a trait à la nature des informations que ce dernier peut donner au comité. En bref, l'auteur de l'offre peut-il donner au comité des informations qu'il ne donne pas par ailleurs aux actionnaires de la société visée et au public en général?

Certaines questions liées à l'articulation des obligations d'information du public et des salariés à l'occasion d'opérations de marché ont déjà été perçues et étudiées. Elles ont notamment fait l'objet d'un rapport d'un groupe de travail de la COB<sup>29</sup> en 1998.

Toutefois, en l'espèce, le cas est un peu différent de celui qui constituait l'objet principal de ce rapport. En effet, le rapport du groupe de travail de la COB s'interrogeait essentiellement sur les moyens dont dispose un chef d'entreprise pour informer et consulter correctement son comité d'entreprise sur une opération qu'il se propose de réaliser. Cette information et cette consultation devant être effectuées alors que l'opération envisagée n'est pas encore rendue publique ni réalisée, elles posent évidemment des difficultés de coordination de la réglementation financière et du droit social, notamment en ce qui concerne la nécessaire confidentialité des informations confiées au comité d'entreprise. Lorsqu'il s'agit de l'audition de l'auteur d'une offre par le comité d'entreprise de la société visée, le problème est différent. Il s'agit dans ce cas de déterminer ce que l'auteur de l'offre peut dire au comité d'entreprise de la société visée. Cette question se pose alors que l'opération est déjà publique puisqu'elle a fait l'objet d'un avis de dépôt, et que la note d'information de l'auteur de l'offre a déjà été publiée.

25. En pratique, l'auteur d'une offre risque de se trouver devant la difficulté suivante : soit il donne au comité d'entreprise des informations qu'il ne donne pas en même temps aux actionnaires de la société visée et au public, et il peut se trouver en défaut par rapport aux règles posées par l'article 6 du Règlement 89-03 de la COB, soit l'auteur de l'offre limite les informations qu'il diffuse au comité d'entreprise "*aux éléments contenus dans les avis publiés*

---

<sup>28</sup> V. Sénat, séance du 11 octobre 2000 (première lecture), J.O. Débats Parlementaires, p. 4954.

<sup>29</sup> Groupe de travail dirigé par C. CUMUNEL, *La communication financière des sociétés cotées vis-à-vis des salariés*, Bull. mens. COB, mars 1998, p. 8.

par la Société des bourses françaises<sup>30</sup> ou dans les notes d'information visées par la Commission des opérations de bourse"<sup>31</sup>, et l'on se demande alors ce que l'auteur de l'offre vient faire devant le comité d'entreprise. Or l'analyse semble conduire vers la seconde branche de cette alternative. En effet, la nouvelle rédaction de l'article L. 621-8 du Code monétaire et financier exige que la note d'information de l'auteur de l'offre énonce spécialement "*les orientations en matière d'emploi de la personne physique ou morale qui effectue l'offre publique*"<sup>32</sup>. Les travaux parlementaires indiquent d'ailleurs que cette nouvelle obligation est destinée à rendre impossible le "double langage" de l'auteur de l'offre, l'un qui serait destiné au comité d'entreprise de la société visée, l'autre qui serait destiné aux analystes financiers<sup>33</sup>. On ne peut évidemment qu'approuver le souci du législateur d'éviter que l'auteur d'une offre puisse présenter une version de son projet au comité d'entreprise, et une autre aux analystes financiers et à travers eux au marché en général. Mais si tel est l'objectif du texte ajouté à l'article L. 621-8 du Code monétaire et financier, alors il devient clair que l'auteur de l'offre ne peut pas, devant le comité d'entreprise de la société visée, s'écarter substantiellement de ce qu'il a écrit dans sa note d'information. Peut-être pourrait-on admettre qu'il le formule différemment, le précise ou l'explique, mais pas au point de donner au comité des éléments qui pourraient déboucher sur une compréhension de son projet industriel ou commercial ou une valorisation de la société visée différente de celle résultant de l'examen de la note d'information. En somme, dans la plupart des cas, l'auteur de l'offre sera bien inspiré de rédiger soigneusement sa note d'information pour pouvoir, s'il est ensuite entendu par le comité d'entreprise de la société visée, se limiter à en faire un commentaire neutre. Cette attitude ne saurait lui être reprochée au regard de la lettre de la loi, qui n'impose de sanction à l'auteur de l'offre que s'il ne se rend pas à la réunion du comité d'entreprise à laquelle il a été invité.

26. On peut enfin s'interroger sur les conséquences que pourrait avoir, au regard du nouveau texte, l'absence de comité d'entreprise au sein de la société visée, lorsque celle-ci devrait en être pourvue en vertu des critères prévus par les textes applicables. Cette carence pourrait-elle entraîner un blocage de l'offre publique? La réponse paraît être évidemment négative. En effet, cette solution ne reposerait sur aucun élément textuel. En outre, elle procéderait implicitement de l'idée selon laquelle l'intervention du comité pourrait déboucher sur un blocage de l'offre, idée qui a été expressément rejetée au cours des débats parlementaires<sup>34</sup>. Enfin, elle ouvrirait la voie à des manœuvres par lesquelles, en ignorant les règles sur la représentation du personnel, une société pourrait se constituer une défense absolue contre les offres publiques (évidemment au prix d'un risque de poursuite pour délit d'entrave), ce qui irait à l'encontre des principes de base admis en la matière.

---

<sup>30</sup> A présent Euronext Paris.

<sup>31</sup> Art. 6 du Règlement 89-03 de la COB.

<sup>32</sup> Il s'agit de la phrase ajoutée au troisième alinéa de l'article L. 621-8 du Code monétaire et financier.

<sup>33</sup> V. Assemblée Nationale, séance du 26 avril 2000 (première lecture), J.O. Débats Parlementaires, p. 3362.

<sup>34</sup> V. Assemblée Nationale, séance du 23 janvier 2001 (deuxième lecture), J.O. Débats Parlementaires, p. 752.

### III COMMENT FONCTIONNE LE MECANISME DE SANCTION ?

27. Le mécanisme de sanction de l'obligation nouvelle pesant sur l'auteur de l'offre pose deux séries de questions. L'une a trait au fonctionnement pratique des nouvelles dispositions sur la privation des droits de vote, l'autre se rapporte à la possibilité d'application concurrente des sanctions du délit d'entrave.

#### A La privation des droits de vote

28. Le nouvel article L. 432-1 du Code du travail dispose que si le chef d'entreprise de la société qui a déposé une offre, ou ses représentants choisis "*parmi les mandataires sociaux ou les salariés de l'entreprise*"<sup>35</sup>, ne se rend pas à la réunion du comité d'entreprise à laquelle il a été invité", la société auteur de l'offre ne peut exercer les droits de vote attachés aux titres de la société visée qu'elle détient ou viendrait à détenir. Cette sanction s'applique également aux sociétés qui contrôlent la société auteur de l'offre ou qui sont contrôlées par elle. Elle s'applique également à l'auteur de l'offre si celui-ci est une personne physique. Cette sanction demeure jusqu'au lendemain du jour où l'auteur de l'offre a été entendu par le comité d'entreprise de la société visée. En outre, elle est levée si l'auteur de l'offre n'est pas convoqué à une nouvelle réunion du comité d'entreprise dans les quinze jours qui suivent la réunion à laquelle il avait été préalablement convoqué.

29. Le fait générateur de la sanction appelle un bref commentaire. Il s'agit du fait que le chef d'entreprise de la société auteur de l'offre ou l'une des autres personnes visées par le nouvel article L. 432-1 ne soit pas présent physiquement à la réunion du comité d'entreprise à laquelle il a été invité dans les conditions prévues par ce texte, c'est-à-dire notamment en recevant communication de la date de la réunion au moins trois jours à l'avance. Comment constate-t-on une éventuelle absence? La loi ne le dit pas. La constatation par acte d'huissier vient immédiatement à l'esprit, mais elle doit faire l'objet d'un accord entre la direction et la majorité des représentants du personnel<sup>36</sup>, qui pourra être difficile à obtenir dans des situations conflictuelles. Dans de telles situations, les parties qui auraient intérêt à faire constater l'absence de l'auteur de l'offre devront, à l'avance, obtenir par voie de requête l'autorisation de faire constater l'absence par un huissier lors de la réunion du comité.

30. A supposer que l'absence de la personne concernée soit constatée, il faut alors déterminer qui demande la privation des droits de vote et qui la constate. Dans le silence du nouveau texte sur ces points, on peut penser que le nouveau mécanisme fonctionnera de la même manière que pour les deux autres cas d'application de ce type de sanction, c'est-à-dire le défaut

---

<sup>35</sup> Bien que le texte ne le précise pas, on peut tenir pour acquis qu'il s'agit de la personne morale auteur de l'offre. La prudence commanderait d'éviter de faire appel à des mandataires sociaux ou salariés de filiales de cette personne morale ou de sociétés qui la contrôlent.

<sup>36</sup> Un accord est nécessaire entre les salariés et l'employeur en ce qui concerne la venue d'une personne étrangère au comité d'entreprise. JCP 1989, éd. CI, II, 15446, note M. Girault.

de déclaration d'un franchissement de seuil<sup>37</sup>, et le défaut de dépôt d'une offre publique obligatoire<sup>38</sup>. Par analogie avec ce qui est pratiqué en cas de franchissement de seuil non déclaré ou en cas de défaut de dépôt d'offre publique obligatoire, cette privation des droits de vote pourrait être "automatique". Cet automatisme se manifeste par la possibilité ouverte à tout actionnaire de la société visée, ayant cette qualité au moment du fait générateur de la sanction ou ultérieurement, de faire constater lors d'une assemblée que l'obligation sanctionnée n'a pas été respectée<sup>39</sup>. Le bureau de l'assemblée doit alors priver l'actionnaire concerné de ses droits de vote<sup>40</sup>.

## **B Le risque de délit d'entrave**

31. La deuxième question que pose le mécanisme de sanction prévu par le nouveau texte est celle de savoir si en ne se présentant pas (en personne ou par un représentant autorisé) devant le comité d'entreprise de la société visée, le chef d'entreprise de la société auteur de l'offre ou l'auteur de l'offre personne physique commet à l'égard de ce comité le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise prévu par l'article L. 483-1 du Code du travail.

32. Bien que le nouveau texte ne fournisse aucune indication sur cette question, la réponse paraît devoir être positive. Deux éléments conduisent à cette conclusion.

D'une part l'intention du législateur sur ce point ressort clairement des travaux parlementaires. Lors de la discussion du texte au Sénat en première et deuxième lectures, le Sénat avait ajouté au paragraphe I de l'article 4 du projet de loi un alinéa prévoyant qu'"*aucune autre sanction que la suspension des droits de vote prévue par le présent article n'est applicable à l'auteur de l'offre*"<sup>41</sup>. Cette disposition ne se trouve pas dans le texte définitif. Les raisons pour lesquelles elle a été supprimée ont été clairement exprimées par le gouvernement au cours des débats sur l'article 4 du projet de loi: "*s'agissant des prérogatives du comité d'entreprise, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer les sanctions de droit commun prévues par le code du travail pour le délit d'entrave*"<sup>42</sup>.

D'autre part, si l'on a parfois mis en doute la possibilité pour une personne extérieure à la direction de l'entreprise d'être responsable pénalement au titre du délit d'entrave, il semble que cette limitation du cercle des personnes susceptibles de commettre ce délit n'ait de fondement

---

<sup>37</sup> Art. L. 233-14 du Nouveau Code de commerce.

<sup>38</sup> Art. L. 433-3 du Code monétaire et financier.

<sup>39</sup> Mémento Lefebvre Sociétés Commerciales 2001, n° 17392 ; Juri-dictionnaire Joly, *Bourse et produits financiers*, V° *Franchissement de seuils*, n° 104.

<sup>40</sup> Selon l'article L. 242-16 du nouveau Code de Commerce, le non-respect des dispositions régissant les droits de vote est puni d'une amende de 25 000 F.

<sup>41</sup> V. Sénat, séance du 11 octobre 2000 (première lecture), J.O. débats parlementaires, p. 4957 et séance du 18 avril 2001 (deuxième lecture); J.O. Débats parlementaires, p. 1277.

<sup>42</sup> V. Assemblée Nationale., séance du 23 janvier 2001 (deuxième lecture), p. 752.

ni dans les textes, ni dans la jurisprudence<sup>43</sup>. L'auteur d'une offre publique ne répondant pas à l'invitation du comité d'entreprise de la société visée pourrait donc faire l'objet de poursuite pour ce délit de la même manière que le chef d'entreprise qui refuserait de réunir le comité ou lui fournirait une information incomplète<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> L'article L. 483-1 du Code du Travail ne précise pas l'auteur du délit d'entrave. En outre, la jurisprudence ne limite pas une telle condamnation au chef d'entreprise. L'auteur d'un délit d'entrave peut aussi être un directeur ayant reçu délégation de pouvoirs de la part du chef d'entreprise : Cass. crim., 22 nov. 1988, RJS 1989.38, n° 51 ; un salarié ou un dirigeant de fait : Cass. crim., 9 déc. 1986, Union Nationale des Chauffeurs Professionnels, Jurisocial 1987.F.12 ; ou "*toute personne autre que le chef d'établissement ou d'entreprise*" : M. COHEN, op. cit., p. 1064. Le principe est en effet que "*la loi n'opère aucune distinction entre les auteurs de l'infraction*" : Cass. crim., 9 déc. 1986, Union Nationale des Chauffeurs Professionnels, préc.

<sup>44</sup> On peut relever plusieurs exemples de commission du délit d'entrave par omission : le cas où le chef d'entreprise ne fournirait pas au comité les informations trimestrielles prévues par les textes (Cass. crim., 29 mars 1973, Bull. crim. n° 162); ou des informations suffisamment précises au sens de l'article L. 431-5 al. 2 du Code du travail (Cass. crim., 6 oct. 1992, Toubol, Bull. crim. n° 305).