

Droit du travail dans le cadre des fusions et acquisitions — réponses à dix questions



► **Sommaire**

Achat d'actions ou d'actifs ?

Due Diligence

Employés à acquérir

Contrat d'achat

Processus à suivre avec les employés

Intégration d'une entreprise acquise

Modification des conditions de travail des employés

Licenciement des employés acquis

Accords de services transitoires

Acquisitions transfrontalières



Introduction

Dans les fusions et acquisitions (F&A), il peut être difficile de s'y retrouver entre les exigences et les ramifications juridiques de la transaction. Cette publication répond aux dix principales questions que les vendeurs et les acheteurs doivent prendre en compte en matière du droit du travail dans les transactions F&A. Nous incluons également quelques informations et conseils, tirés de notre vaste expérience, sur la manière de conclure ce type de contrat.

1. S'agit-il d'un achat d'actions ou d'un achat d'actifs?

Dans le cas d'un achat d'actions, la position par défaut veut que l'identité de la société acquise reste la même avant et après la vente, seul le propriétaire de la société acquise change. Cela signifie que la société employeur reste la même et que les employés restent là où ils se trouvent.

Dans le cas d'un achat d'actifs, les employés peuvent devenir des employés de l'acheteur, en vertu du règlement de 2006 sur le transfert d'entreprises (protection de l'emploi) (TUPE).

Le règlement TUPE stipule que lorsqu'il y a un transfert d'actifs s'élevant à « une entité économique qui conserve son identité », les employés du vendeur qui sont affectés à cette entité économique sont transférés avec elle. Cela inclut une entreprise vendue en tant qu'entreprise en activité (y compris après un achat d'actions). Les employés sont transférés avec leurs conditions de travail existantes, ce qui signifie que les droits et responsabilités sont également transférés à l'acheteur. Cela a des ramifications importantes pour le processus et la documentation.

Le règlement TUPE est modifié lorsqu'une entreprise est rachetée à la suite d'une liquidation ou d'un redressement judiciaire, ce qui permet à l'acheteur de bénéficier d'une plus grande souplesse.

2. De quelle Due diligence doit-on faire preuve?

Un processus de Due diligence solide peut aider un acheteur à exposer tous les domaines clés de responsabilité potentielle en matière de droit du travail au sein de la société/l'entreprise acquise. À cet effet, un questionnaire de Due diligence complet et à jour crucial.

Les éléments clés à privilégier sont les suivants :

- *Conditions générales* : Les contrats de service et les contrats de travail sont-ils adaptés à l'objectif ? Les clauses concernant les périodes de préavis, les restrictions après la cessation de l'emploi, la propriété intellectuelle et la confidentialité sont particulièrement importantes. Vérifiez les clauses de changement de contrôle qui pourraient entraîner des paiements importants. Les politiques et les manuels comprennent-ils des conditions contractuelles ?
- *Programmes d'incitation et avantages* :

Existe-t-il des programmes de primes, d'attributions d'actions ou d'avantages, et ceux-ci peuvent-ils être facilement modifiés si nécessaire ?

- *Droits à des indemnités supplémentaires* : Les employés ont-ils contractuellement droit au paiement d'indemnités de licenciement supplémentaires, par exemple, expressément ou implicitement en vertu des usages et de la pratique ?
- *Plaintes/Conflits* : Y a-t-il des plaintes relatives à l'emploi en cours ou attendues contre l'entreprise ?
- *Statut professionnel et fiscalité* : Y a-t-il un risque que les personnes désignées comme étant des travailleurs indépendants soient des employés, ce qui pourrait donner lieu à des réclamations en matière de droit du travail de fiscalité ?
- *Conventions collectives* : Existe-t-il un syndicat ou un comité d'entreprise ?
- *Retraites* : La société respecte-t-elle ses obligations d'adhésion automatique aux régimes de retraite ? Des régimes d'avantages sociaux définis sont-ils en place ? Les droits relatifs à la retraite anticipée ou au licenciement dans le cadre d'un régime professionnel peuvent être transférés dans le cadre du règlement TUPE.
- *Covid-19* : La société respecte-t-elle les dernières exigences en matière de santé et de sécurité, comme la conduite d'évaluations des risques ? Les demandes en vertu du programme de chômage technique du gouvernement (Coronavirus Job Retention Scheme) ont-elles été faites en bonne et due forme ?

3. Quels employés souhaitons-nous acquérir et comment y parvenir?

Si vous êtes un acheteur, vous devez identifier rapidement qui sont les personnes critiques ou clés dans votre achat. Vous devez confirmer qu'elles sont employées par la société en question et non par une entité en dehors du champ d'application de l'achat. Si les personnes importantes ne se trouvent pas dans la bonne entité, un acheteur doit faire en sorte que le vendeur les déplace au bon endroit, les deux parties devant garder à l'esprit que cela est susceptible de déclencher le règlement TUPE



(même lorsque l'acquisition finale est un achat d'actions).

Dans le cas d'un achat d'actifs, la question se pose également de savoir si les employés sont affectés de manière permanente à l'entreprise acquise. Il doit être facile de répondre à cette question lorsqu'un employé consacre tout son temps à l'entreprise, mais le poste peut être moins clair sur l'endroit s'il travaille également dans d'autres domaines.

Les employés ont le droit de s'opposer au transfert. Un acheteur peut poser comme condition à la conclusion du contrat que certains employés, ou un pourcentage spécifié d'employés, doivent être transférés.

Les travailleurs indépendants et intérimaires ne sont généralement pas couverts par le règlement TUPE et leurs contrats ne sont pas transférés à l'acheteur. S'ils jouent un rôle important dans une entreprise acquise, l'acheteur pourra décider de conclure de nouveaux contrats qui entreront en vigueur après l'acquisition. Lors d'un achat d'actions, aucun changement de partie contractante n'est nécessaire, mais un acheteur doit vérifier si les conditions d'engagement offrent une protection suffisante à la société contre les plaintes relatives au statut d'emploi et à la fiscalité.

4. Que doit-on inclure dans le contrat d'achat?

Les acheteurs doivent examiner attentivement les garanties qui englobent tous les domaines pertinents du droit du travail (et déclencher toute autre divulgation d'informations importantes plus loin dans la lettre de divulgation du vendeur). Un acheteur doit savoir avec certitude quels employés sont acquis, les conditions auxquelles ils sont employés et les sommes auxquelles ils ont droit (y compris les promesses faites).

Une garantie générale de conformité au droit du travail est nécessaire, mais un acheteur devrait envisager d'inclure des garanties spécifiques confirmant que les congés payés ont été calculés correctement (compte tenu de la complexité de la jurisprudence) et que le salaire minimum national a été payé. Une garantie doit également être demandée pour confirmer la conformité à la législation fiscale IR35, y compris que le vendeur a fourni toute déclaration de détermination de statut requise.

Les indemnités sont particulièrement utiles lorsque des risques spécifiques ont été identifiés, tels que les litiges en matière d'emploi, en particulier les plaintes pour discrimination et dénonciation, qui attirent des sentences non plafonnées du Tribunal du travail.

Un contrat d'achat d'actifs doit contenir des stipulations concernant les employés qui seront transférés en vertu du règlement TUPE, les passifs et les affectations en vertu du règlement TUPE, et éventuellement la manière dont les parties collaboreront pendant le processus d'information et de consultation en vertu du règlement TUPE. Les indemnités peuvent généralement couvrir le défaut du vendeur de fournir des informations sur la responsabilité des employés, sur tout transfert involontaire d'employés, et sur le défaut d'information et de consultation (des deux côtés). Ce dernier point peut entraîner des dommages-intérêts punitifs allant jusqu'à 90 jours de salaire brut par employé. En outre, la responsabilité est conjointe et solidaire entre la société cédante et l'acheteur, de sorte qu'un acheteur pourrait éventuellement être confronté à une responsabilité éventuellement importante. Il n'est pas légalement possible d'obliger les employés à renoncer à ces droits.

5. Quel processus devons-nous suivre avec les employés?

Lors d'un achat d'actions, bien qu'il n'existe aucune obligation légale d'informer les employés que la propriété de leur employeur va changer de mains, les entreprises préfèrent généralement communiquer des messages positifs selon leurs propres termes.

Dans le cas d'un achat d'actifs qui déclenche le règlement TUPE, il existe un processus d'information normatif et de consultation à effectuer en temps utile avant l'acquisition avec les représentants de tous les employés concernés. Cela peut impliquer l'élection de représentants des employés.

Les informations à fournir au représentant comprennent : quand et pourquoi un transfert a lieu, les implications juridiques, économiques et sociales du transfert, toutes les mesures que la société acquise ou l'acheteur propose en lien avec le transfert (ou, si aucun transfert n'a lieu, une déclaration à cet effet) et les informations relatives aux travailleurs intérimaires (souvent négligées).

Si des mesures sont proposées, l'employeur doit consulter les représentants afin de parvenir à un accord. Le terme « Mesures » a été interprété au sens large comme les « actions, mesures ou arrangements » pris dans le cadre du transfert. Cela peut inclure des licenciements, des modifications des conditions de travail, de la ligne hiérarchique, des fournisseurs de prestations, des salaires, etc. La consultation doit être authentique, mais il n'est pas absolument nécessaire de parvenir à un accord.

Au Royaume-Uni, il est possible de consulter après la signature de l'accord et avant la fin de la transaction, mais cela peut ne pas être autorisé dans d'autres pays.

6. Pouvons-nous intégrer l'entreprise acquise dans la nôtre?

Si vous êtes un acheteur, vous concentrerez probablement votre attention sur l'intégration de la nouvelle activité dans vos activités existantes après l'acquisition.

Un acheteur doit savoir que, même dans le cadre d'un achat d'actions, certains actes postérieurs à la conclusion du contrat peuvent déclencher un transfert TUPE intra-groupe des employés acquis. Il peut s'agir d'une société mère prenant en charge la gestion quotidienne de l'entreprise, des employés dont le supérieur hiérarchique est un employé de la société mère ou (plus logique) les employés acquis qui signent un contrat avec la société mère.

Lorsqu'un acheteur acquiert une entreprise et qu'après la conclusion de la transaction, il

répartit ses activités entre les sociétés de son groupe, cela peut déclencher des transferts TUPE supplémentaires. Dans la pratique, il est souvent conseillé à un acheteur de présenter ces plans postérieurs à la transaction comme une « mesure » dans le premier processus de transfert TUPE du vendeur à l'acheteur.

7. Pouvons-nous changer les conditions de travail des employés?

En règle générale, les modifications contractuelles peuvent être mises en œuvre en obtenant le consentement des employés. Cependant, lorsque les employés ont été acquis dans le cadre d'un achat d'actifs, le règlement TUPE stipule que leurs conditions de travail ne peuvent pas être modifiées si le transfert est la raison unique ou principale du changement. La

seule exception, rarement applicable, est lorsqu'il existe une raison économique, technique ou organisationnelle (ETO) impliquant des changements dans les effectifs.

Dans la pratique, les employés peuvent accepter les modifications, mais les modifications risquent d'être techniquement nulles. Un acheteur pourrait essayer de maquiller les changements comme étant non liés au transfert, par exemple en les reliant à une promotion ou à un paiement de prime discrétionnaire, en les intégrant à une autre réorganisation, ou même en attendant quelques années avant de les mettre en œuvre.

Il peut être souhaitable d'organiser une discussion officieuse, en particulier avec des personnes plus haut placées, lorsque des modifications des conditions de travail sont demandées (ou lorsqu'un licenciement est requis). Pour s'assurer qu'un employé a renoncé à ses droits statutaires (y compris ceux en vertu du règlement TUPE), il doit signer un accord de règlement qui répond à certaines exigences, y compris que l'employé a obtenu des conseils juridiques indépendants.

8. Pouvons-nous licencier les employés que nous avons acquis?

Habituellement, dans la mesure où un employeur a une raison valable et suit un processus équitable, il est autorisé à licencier des employés. Cela devient toutefois plus difficile dans le cadre d'un achat d'actifs. Le règlement TUPE protège les employés contre le licenciement lorsque la seule raison ou la raison principale est le transfert et lorsqu'il n'y a pas de raison ETO impliquant des changements dans les effectifs.

La redondance peut être ici une raison légitime, mais l'acheteur doit garder en tête que tout processus doit toujours être équitable de la manière habituelle. Cela pourrait signifier regrouper ses employés existants avec ceux nouvellement acquis pour procéder à la sélection des postes à licencier, une solution nullement souhaitable.

9. Avons-nous besoin d'un accord de services transitoires?

Parfois, suite à l'achat d'une entreprise, un acheteur exige de la société vendeur qu'elle lui fournisse des services et un savoir-faire pour une durée limitée afin d'assurer la continuité opérationnelle. Cela peut se faire dans le cadre d'un accord de services transitoires (Transitional Services Agreement, TSA). Les parties doivent prendre bonne note que le début et la fin de la prestation de services peuvent déclencher des transferts TUPE, en fonction de la façon dont l'acquisition et la TSA sont structurées.

10. Une acquisition transfrontalière est-elle différente?

La diligence raisonnable, la protection contractuelle, les processus d'emploi et les capacités postérieures à la transaction dans une acquisition transfrontalière varieront en fonction des juridictions impliquées. De nombreux pays d'Europe appliquent leurs propres versions du règlement TUPE (dérivées dans chaque cas de la Directive sur les droits acquis de l'UE) de sorte que, lors d'un achat d'actifs, des considérations similaires à celles du Royaume-Uni sont susceptibles de s'appliquer. Lorsque le règlement TUPE n'est pas applicable (comme aux États-Unis), un processus de « licenciement et de réembauche » est normalement nécessaire pour transférer les employés à l'acheteur.

Le vendeur et l'acheteur doivent tous deux veiller à ce qu'une personne en interne soit responsable de la gestion centralisée du calendrier d'une acquisition transfrontalière. Ceci est particulièrement important lorsqu'une consultation est nécessaire, afin d'éviter que les communications ou les actions dans un pays soient considérées comme une preuve de prédétermination ailleurs. Il est généralement recommandé d'obtenir des conseils locaux sur les nuances des autres cadres juridiques.

Pour plus d'informations à ce sujet, veuillez contacter :

Richard Moore

Partenaire

+44 (0) 20 7074 8387

richard.moore@lewissilkin.com

Lee Nair

Gérant

+44 (0) 20 7074 8275

lee.nair@lewissilkin.com

