

N°141 — Mai 2020

Après la crise... toujours la crise !

Le 13 avril 2020, le Président de la République a annoncé une possible sortie du confinement imposé depuis le 17 mars, et une reprise d'activité de certaines entreprises le lundi 11 mai 2020.

Toutefois, toutes les entreprises ne sont pas concernées par cette éventuelle fin de confinement, notamment celles dans les domaines de la restauration, de l'hôtellerie et du spectacle.

Le 14 avril suivant, le Ministre de l'Economie, Bruno Le Maire, précisait que la crise économique du Coronavirus engendrerait, selon les estimations, une diminution du PIB de 8%, alors que le Haut Conseil des Finances Publiques (HCFP) estimait pour sa part que cette chute serait encore plus importante en cas d'absence d'un retour rapide à la normale au-delà du 11 mai. Selon une estimation provisoire de l'INSEE, le PIB a baissé de 5,8 % au cours du premier trimestre, soit la baisse la plus importante depuis les premières mesures du PIB (1949).

Or, le retour rapide à la normale est loin d'être acquis dans ce contexte, la crise va perdurer et les entreprises doivent se donner les moyens de survivre de longs mois avant d'envisager un retour à la normale.

Bien sûr, l'activité partielle compte parmi les outils phares, promus par le gouvernement, et spécialement adaptés à l'urgence. Or, c'est non seulement dans le cadre des mesures de confinement mais également dans l'optique d'une reprise difficile que sa durée a été portée à un an au lieu de six mois (1).

Mais l'activité partielle n'est pas le seul outil mis à disposition des entreprises, les procédures collectives peuvent être utilement actionnées, en particulier conciliation et procédure de sauvegarde de l'entreprise. L'ordonnance 2020-341 du 27 mars 2020 a d'ailleurs adapté ces dispositifs à la crise sanitaire afin d'en faciliter le recours. Sans oublier le report du paiement des charges fiscales et sociales autorisé à titre exceptionnel permettant de soulager une trésorerie mise à mal par le confinement et ses répercussions sur l'activité économique (2).

Enfin, en interne, il est possible de s'appuyer sur le dialogue social et d'utiliser les outils créés justement pour faire face à des difficultés économiques, comme les accords de compétitivité voire les plans sociaux (3).

I/ Une reprise progressive de l'activité, au travers du dispositif d'activité partielle

Au 12 avril 2020, plus de 700 000 entreprises avaient demandé le bénéfice du dispositif de l'activité partielle.

Une reprise d'activité à compter du 11 mai prochain pose la question du sort de l'activité partielle pour les entreprises y ayant recouru. Et cette aide restera vraisemblablement une nécessité pour bon nombre d'entre elles.

En effet, la reprise d'activité espérée après la fin du confinement, ne pourra intervenir que dans un contexte garantissant « la sécurité des salariés », imposant le respect de règles de sécurité, et notamment celle de la distanciation sociale.

En outre, la crise économique provoquée par cette pandémie laisse planer une incertitude importante sur la façon dont l'activité va reprendre ; une réadaptation à un nouveau marché est à envisager pour les entreprises.

Ainsi, selon le contexte, tous les salariés ne reprendront pas en même temps, et le gouvernement a souligné, dans son plan de « déconfinement » présenté devant le parlement le 28 avril, que le télétravail serait maintenu dans la mesure du possible.

Le choix des salariés en reprise, de ceux qui restent en chômage partiel ou total, devra être fait en raison de données totalement objectives et justifiables, ne laissant pas de place à une éventuelle discrimination.

Néanmoins, l'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020, prévoit un nouvel assouplissement du système d'activité partielle. Elle permet, sur le fondement d'un accord collectif ou, à défaut d'accord, après **avis favorable** du comité social et économique ou du conseil d'entreprise, le placement en activité partielle de salariés de façon individualisée ou selon une répartition non uniforme des heures chômées ou travaillées.

Les critères objectifs, liés aux postes, aux fonctions occupées ou aux qualifications et compétences professionnelles, justifiant la désignation des salariés maintenus ou placés en activité partielle ou faisant l'objet d'une répartition différente des heures travaillées et non travaillées, devront être définis précisément avec le CSE et ce afin de se prémunir de tout contentieux (notamment relatif à la revendication d'un motif discriminatoire).

II/ Le reports des dettes, le gel des créances Donner une bouffée d'oxygène pour permettre une reprise crescendo

1° Le report des impôts, cotisations...

Le dirigeant peut d'abord solliciter les mesures mises en place par le gouvernement et destinées à préserver la trésorerie des entreprises (report du paiement de certaines échéances fiscales et sociales, report de paiement des factures d'eau, gaz et électricité, suspension du paiement des loyers des locaux commerciaux ou professionnels sans risque de pénalité, de résiliation du bail ou de mise en œuvre des garanties, dispositif de chômage partiel).

S'agissant des impôts directs, les entreprises en difficulté sont légitimes à solliciter un plan de règlement afin d'étaler ou reporter le paiement de la dette fiscale en cas de difficultés de paiement liées au virus et ce jusqu'à trois mois, sans pénalités et sans intérêts.

Dans l'hypothèse où malheureusement, les difficultés ne peuvent être résorbées par un tel plan, il leur est possible de solliciter une remise des impôts directs (impôt sur les bénéfices, contribution économique territoriale,...) auprès de ce même SIE.

Notons que le bénéfice de cette mesure fait l'objet d'un examen individualisé, tenant compte de la situation et des difficultés financières de l'entreprise demandeuse. Il est alors nécessaire de fournir tout élément de nature à justifier la remise d'impôts.

S'agissant des cotisations URSSAF, un report du paiement des cotisations a pu être institué jusqu'à 3 mois et ce sans aucune pénalité à l'égard des employeurs, dont les dates d'échéance arrivaient au 15 mars, date prolongée récemment jusqu'au 15 avril par un communiqué du Gouvernement¹.

2° La procédure de conciliation

¹ Communiqué du Ministère des Finances du 3 avril 2020 annonçant un prolongement des possibilités de report des cotisations sociales et impôts directs des entreprises pour tout le mois d'avril

Cette procédure permet à l'employeur d'obtenir en justice la désignation d'un conciliateur, qui aidera ce dernier à négocier avec les créanciers et les cocontractants de l'entreprise (fournisseurs, clients, bailleurs).

En principe, la durée de la procédure est d'au maximum 5 mois (prolongation incluse), l'ordonnance du n° 2020-341 du 27 mars 2020 prévoit que pendant l'état d'urgence, la durée de conciliation est prolongée de plein droit d'une durée équivalente.

Si un accord est trouvé, le risque de poursuite sera suspendu à compter de l'homologation de l'accord par le juge.

La procédure ne met donc l'entreprise à l'abri qu'à condition d'aboutir à un accord, ce qui dépend de la bonne volonté de chacun.

3° La procédure de sauvegarde

Prévue à l'article L.620-1 du code de commerce, cette procédure collective offre une perspective intéressante, en cas de problèmes insolubles de trésorerie, pour se donner une bulle indispensable à une reprise d'activité sur fond de crise économique.

Selon ce texte, la procédure de sauvegarde vise, lorsque l'entreprise n'est pas (encore) en cessation de paiement mais rencontre des difficultés économiques qui ne peuvent pas être surmontées, *à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.*"

Or l'ordonnance du 27 mars 2020 gèle l'appréciation de l'état de cessation des paiements d'une entreprise au 12 mars 2020. Ainsi, jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, les entreprises ne sont pas considérées comme étant en état de cessation des paiements si elles ne l'étaient pas à la date du 12 mars 2020, et pourront donc mettre en œuvre une procédure de sauvegarde.

Rappelons qu'à la différence d'une procédure de redressement judiciaire, seul l'employeur peut demander l'ouverture de la procédure, et c'est lui qui continuera à gérer l'entreprise.

Le jugement d'ouverture de la procédure emporte interdiction de payer :

- les créances antérieures au jugement d'ouverture ;
- les créances postérieures au jugement d'ouverture, à l'exception des « *créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, (qui) sont payées à leur échéance* » (articles L. 622-7 et L. 622-17 du Code de commerce).

Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement.

Il arrête également le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tout intérêt de retard et majoration, (sauf contrats de prêts).

Les créances de l'entreprise seront payées selon les modalités fixées par le plan de sauvegarde dans des délais qui ne peuvent excéder 10 ans.

III. Les solutions négociées en interne

1° La conclusion d'un accord de performance collective

Par définition, un accord de performance collective désigne toute convention conclue entre une entreprise et ses

organisations syndicales représentatives dont les dispositions s'imposent à celles du contrat de travail « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* », conformément à l'article L.2254-2 du Code du travail².

Notons qu'un accord de performance collective est également susceptible d'être conclu avec des acteurs non syndicaux, suite à la décision du Conseil constitutionnel venue consacrer la légitimité des négociateurs non syndicaux (Conseil Constitutionnel 21 mars 2018 déc. n°2018-761 DC).

Le contenu d'un tel accord est très étendu.

Aux termes de l'article L.2254-2 du Code du travail, cette convention doit, en effet, permettre aux entreprises :

- d'aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- d'aménager la rémunération dans le respect des salaires minimaux hiérarchiques ;
- de déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise...

Les dispositions de l'accord priment de plein droit sur celles des contrats de travail qu'il modifie (rémunération, durée du travail...). Le salarié peut refuser, dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle il a été informé du contenu de l'accord. Il peut alors être licencié pour motif personnel, qui sera considéré comme réel et sérieux du fait de la loi.

L'accord de performance collective permet ainsi de prendre des mesures temporaires nécessaires à la poursuite de l'activité sans risquer d'avoir à mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'entreprise (PSE). PSE qui reste toutefois une alternative pour permettre la continuation de l'entreprise dans un contexte de reprise de l'activité économique très perturbé.

2° Mettre en œuvre un PSE

Pour rappel, aux termes de l'article L.1233-61 du Code du travail, l'élaboration d'un PSE est requise pour « *les entreprises de cinquante salariés et plus, lorsque le projet de licenciement concerne dix salariés ou plus dans une même période de 30 jours* », et lequel s'inscrit dans un contexte économique défavorable.

Ces difficultés économiques peuvent être démontrées par :

- l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes, du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation, une dégradation de la trésorerie ou encore de l'excédent brut d'exploitation,
- tout autre élément de nature à justifier ces difficultés, conformément aux dispositions de l'article L.1233-3 1° du Code du travail.

Le texte considère que lorsque la baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est établie sur un certain temps (un trimestre pour les TPE, et jusqu'à quatre trimestres pour les entreprises d'au moins 300 salariés), en comparaison avec la même période de l'année précédente, les difficultés sont réputées établies.

Cette facilité accordée par le législateur, qui musèle en quelque sorte l'appréciation des juges sur la réalité du motif économique, ne pourra pas être utilisée rapidement pour les entreprises dont l'effectif est supérieur à 11 salariés.

² L'accord de performance collective a été institué par l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017. Il remplace désormais les anciens dispositifs d'accords dits « de flexibilité », à savoir les accords de maintien de l'emploi, les accords de préservation ou de développement de l'emploi, les accords de réduction du temps de travail, de maintien de l'emploi et de mobilité interne.

Toutefois, pertes d'exploitation, dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, ou tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés peuvent également établir la réalité des difficultés économiques.

Mais, si la mise en œuvre d'un PSE est possible, le motif économique devra être particulièrement étoffé.

En effet, le gouvernement a établi un plan d'action visant à limiter le nombre de licenciements dus à la crise sanitaire : report du paiement des charges, recours facilité à l'activité partielle, prolongation des délais, fixation des dates de cessation de paiement...

En contrepartie, des annonces ont été faites sur les consignes données à l'administration en cas de PSE et selon le *Questions/Réponses* publié sur le site du ministère du travail, l'administration « *se montrera extrêmement vigilante sur les dossiers qui pourraient « sortir » dans les prochaines semaines* ».

Par ailleurs, il sera probable que l'appréciation judiciaire de la réalité du motif se fera à l'aune des mesures d'aides mises à disposition par l'Etat pour aider les entreprises à surmonter la crise.

Le motif de la réorganisation pour assurer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise risque également d'être difficile à établir, toutes les entreprises du secteur étant vraisemblablement logées à la même enseigne.

Ainsi, si le PSE reste un moyen de permettre une reprise dans des conditions qui assurent la pérennité de l'entreprise, il semble être à nos yeux un recours à manier avec une extrême prudence.