ADAMAS
AVOCATS ASSOCIES

LETTRE D'INFORMATION

ACTUALITES JURIDIQUE FISCALE ET SOCIALE

AVRIL 2009

LES OUTILS JURIDIQUES DE LA CRISE

■ Sauvegarder les Entreprises

Une réforme bienvenue (L'Ordonnance du 18 décembre 2008)

Souhaitant poursuivre l'effort engagé dans l'accompagnement des entreprises en difficultés, l'Ordonnance du 18 décembre 2008 rend plus attractive la Procédure de Sauvegarde en renforçant son accessibilité et son efficacité.

Rendre la procédure de sauvegarde plus attractive

- Pour ouvrir la procédure, le chef d'entreprise n'a plus à démontrer que ses difficultés sont de nature à conduire l'entreprise à la cessation des paiements ; il doit désormais justifier de « *difficultés insurmontables* ».

- Il revient au chef d'entreprise de préparer le projet de plan de sauvegarde et de le proposer aux créanciers.

Maintenir les dirigeants en place et accroître leurs prérogatives

- Le chef d'entreprise est désormais assuré de rester à la tête de son entreprise si un plan de sauvegarde est arrêté.

- Les dirigeants voient leurs rôle et prérogatives étendus. Ils peuvent désormais procéder eux-mêmes à l'inventaire du patrimoine de l'entreprise et passer seuls certains actes de disposition.

Faciliter la négociation avec les créanciers

Les règles concernant les comités de créanciers ont été remaniées en profondeur.

- Des Comités de Créanciers plus largement ouverts :

  - Sont désormais membres du comité des établissements de crédits, toutes les entités assimilées, incluant certains investisseurs (type « *hedge funds* »)) dont le rôle n'avait précédemment pas été pris en compte ;

  - le seuil pour être membre de droit du comité des principaux fournisseurs a été abaissé de 5% à 3% du total des créances HT des fournisseurs de l'entreprise.

  - Les créanciers obligataires sont désormais pris en compte. Un dispositif de consultation est mis en place après l'adoption du Plan de Sauvegarde par les Comités de Créanciers.

A D A M A S

55, boulevard des Brotteaux – 69455 LYON Cedex 06
Tél. 04 72 41 15 75 / Fax 04 72 41 15 69

5, rue de Castiglione – 75001 PARIS
Tél. 01 53 45 92 22 / Fax. 01 53 45 92 20

http://www.adamas-lawfirm.com
@ : infocom@adamas-lawfirm.com

- L'accès des créanciers au capital

L'Ordonnance innove en profondeur en instaurant, pour les sociétés par actions, la possibilité de prévoir dans le plan la conversion des créances en capital, immédiatement ou à terme, par l'attribution d'actions ordinaires ou de préférence.

Sur proposition du dirigeant ou de l'administrateur et, sous certaines conditions, des créanciers eux-mêmes, banques et fonds d'investissement peuvent ainsi accéder au capital de la société en difficulté et, le cas échéant, en prendre le contrôle.

■ La fiscalité au service de la trésorerie des entreprises

Dans le cadre du plan de relance de l'économie et pour améliorer la trésorerie des entreprises, l'Etat rembourse désormais plus rapidement ses dettes.

Selon un récent communiqué de Bercy, sur 5,4 milliards d'euros de demandes déposées, des remboursements ont déjà été réalisés pour 3,9 milliards d'euros.

Ces mesures sont d'une durée limitée. Ne seront concernées que les créances déclarées au titre des exercices qui seront clos au plus tard le 30 septembre 2009.

La restitution du crédit d'impôt recherche

- Au titre des années 2005, 2006 et 2007

L'entreprise peut obtenir la restitution de son crédit d'impôt recherche disponible, auprès de son service des impôts même par simple demande écrite.

En revanche, ce droit à restitution immédiate n'est pas applicable lorsque les créances nées de l'option pour le crédit d'impôt recherche ont été cédées à un organisme financier.

- Au titre de l'année 2008

La demande de remboursement du crédit d'impôt s'applique dans les mêmes conditions, mais en utilisant un imprimé spécifique.

La restitution des créances de report en arrière des déficits

- Pour les créances de report en arrière de déficits déjà déclarées et toujours disponibles

A défaut d'avoir été imputées sur l'Impôt sur les Sociétés, l'entreprise peut en obtenir la restitution auprès de son service des impôts par simple demande écrite.

- Pour les créances de report en arrière non déclarées

La demande de restitution doit être faite à l'aide d'un imprimé spécifique.

La restitution des acomptes d'Impôt sur les Sociétés

Anticipant une baisse de cet Impôt, les acomptes d'Impôt sur les Sociétés excédant l'impôt définitivement dû par les entreprises sont, sur la simple demande écrite de la société à l'aide d'un imprimé spécifique ou par voie dématérialisée, immédiatement restituables.

Le remboursement des crédits de TVA

- Jusqu'à présent, les assujettis à la TVA pouvaient demander le remboursement de leur crédit de taxe existant soit au terme de chaque année civile, soit à l'issue de chaque trimestre.

- Il est désormais possible d'obtenir le remboursement mensuel des crédits de TVA.

Néanmoins, ce nouveau droit concerne les assujettis qui déposent des déclarations mensuelles et dont le montant du crédit à rembourser est au moins égal à 760 €.

Les sanctions en cas de restitutions excessives

Pour éviter les abus, des sanctions sont prévues si le remboursement obtenu de l'Etat excède l'impôt effectivement dû. Sur cet excédent s'appliqueront une majoration de 5% (portée à 10% pour le crédit d'impôt recherche des entreprises relevant de l'impôt sur le revenu) et un intérêt de retard (0,40% par mois). Il convient donc de recourir à de telles demandes avec prudence.

Le projet de suppression de la taxe professionnelle

Enfin, une réforme d'envergure destinée à alléger le poids de l'impôt sur les entreprises est envisagée avec la suppression de la taxe professionnelle.

Objectif dont personne ne conteste la légitimité, mais dont on peut penser qu'elle ne verra le jour que lorsque le rôle des différentes collectivités territoriales aura été redéfini.

■ En matière sociale : faire face aux réductions temporaires d'activité

Des mesures récentes ont été prises afin de soutenir les entreprises souffrant des effets de la crise.

L'amélioration des conditions de recours au chômage partiel

Pour faire face temporairement à une période de faible activité, deux dispositifs sont à la disposition des entreprises.

Dans les deux situations, la consultation du comité d'entreprise et une autorisation de la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi (DDTEFP) sont nécessaires.

➢ Le chômage partiel

Les entreprises confrontées à des difficultés passagères sont autorisées à réduire temporairement les horaires de travail dans la limite d'un contingent annuel. Le nombre d'heures indemnisables est désormais fixé à 800 (soit 22 semaines) par salarié et par an (1.000 heures par an dans le secteur de la sous-traitance automobile).

Le salarié concerné perçoit pour chaque heure chômée une indemnité égale à 60% du salaire brut, sans que celle-ci puisse être inférieure à 6,84 euros (SMIC horaire net).

Cette indemnité est financée à la fois par l'Etat et les entreprises. La prise en charge de l'Etat a été portée depuis le 1er février 2009 à 3,84 € par heure chômée pour les entreprises occupant entre 1 et 250 salariés, et à 3,33 € pour les entreprises occupant plus de 250 salariés.

Ces indemnités de chômage partiel ne sont pas assujetties aux cotisations sociales.

A titre exceptionnel, l'Etat peut prendre en charge une partie des indemnités versées par l'employeur et le taux de prise en charge par l'Etat peut être porté à 80%, voire 100% dans certains cas, notamment en vue d'éviter des licenciements.

➢ Le chômage partiel total

Les entreprises peuvent cesser temporairement leur activité, ou fermer un site, dans la limite de 6 semaines consécutives et dans la limite du contingent annuel d'heures indemnisables (800 ou 1.000 heures par an).
Cette fermeture s'accompagne de la mise en place d'un dispositif d'indemnisation du salarié par l'assurance chômage (Pôle Emploi).

Les entreprises sont tenues de compléter l'indemnisation versée par le Pôle Emploi afin de garantir, à chaque salarié concerné, une indemnisation similaire à celle du simple chômage partiel.

L'optimisation des accords ARTT

La période actuelle peut utilement être mise à profit pour conduire une optimisation de l'organisation du temps de travail par la renégociation des accords de RTT en vigueur.

Une loi du 20 août 2008 a regroupé tous les dispositifs d'aménagement du temps de travail et permis de fixer, au niveau de l'entreprise, des règles moins favorables que celles de la branche.

La négociation d'un accord ou sa révision offre ainsi de nombreuses opportunités : organiser le travail sur une période pluri-hebdomadaire, ramener l'horaire collectif hebdomadaire à une durée égale ou inférieure à 35 heures hebdomadaire en prévoyant une baise de rémunération, prévoir la libération des Comptes Epargne Temps, redéfinir les forfaits horaires, etc.
Autant de mesures visant à atténuer les impacts des baisses d'activité
tout en laissant une flexibilité suffisante pour faire face à la reprise le moment venu.

Le recours à la formation obligatoire et à la mise à disposition de personnel

Outre la faculté de limiter le recours aux CDD et aux missions d'intérim, il est fréquemment demandé aux salariés de liquider leurs jours de RTT, de congés payés ou les jours inscrits sur les CET.

Cette période de faible activité peut également être mise à profit pour organiser des formations obligatoires ou permettant aux salariés de gagner en employabilité. Ce dernier critère sera d'ailleurs étudié en cas de licenciement pour motif économique. Dans le même sens, le salarié peut être invité à utiliser les heures acquises au titre du Droit individuel à la formation (DIF).

Il peut également être pertinent de redéployer les salariés dans des établissements ayant plus d'activité au travers du prêt de la main-d'œuvre ou de la mise à disposition de personnel.

■ Rémunération des dirigeants – Les effets de la crise

Interdire le cumul entre contrat de travail et mandat social

Cette recommandation du MEDEF présentée en octobre 2008 est très novatrice et remet en cause de manière profonde une pratique aujourd'hui bien établie.

Ce n'est pas pendant l'exercice du mandat que le cumul pose le plus de difficulté puisque, pendant cette période, sous réserve de quelques exceptions, le contrat de travail est suspendu.

C'est lorsqu'il y est mis fin qu'il devient paradoxal d'appliquer au dirigeant le statut protecteur des salariés. Le niveau élevé de la rémunération des dirigeants est censé être notamment justifié par la prise de risque liée à la précarité supposée du statut de mandataire social.

En pratique, le dirigeant révoqué réintègre rarement ses fonctions salariées et la société qui souhaite s'en séparer le licencie (alors même que, le plus souvent, elle ne dispose pas de motifs suffisants, le contrat de travail venant à peine de reprendre ses effets).

Ce cumul, aujourd'hui possible, atténue très fortement cette précarité et la portée du principe de révocabilité *ad nutum*. Il est source

d'abus, notamment lorsque le contrat de travail est conclu quelques jours avant l'entrée du dirigeant dans ses fonctions de mandataire social (sans que ce contrat ait été soumis au contrôle du Conseil d'administration et ensuite des actionnaires, puisque conclu antérieurement à sa nomination).

La portée actuelle de cette recommandation

Le MEDEF recommande que les dirigeants de sociétés cotées mettent un terme à leur contrat de travail, avant d'accepter un mandat social, soit par rupture conventionnelle, soit par démission.

Le non-respect de cette recommandation n'a d'autre effet que d'obliger le Président du Conseil d'Administration d'une société qui a fait le choix d'appliquer le code de bonne conduite du MEDEF, à préciser dans le rapport sur la gouvernance remis aux actionnaires, les raisons pour lesquelles cette mesure n'est pas mise en œuvre au sein de la société.

Il n'est cependant pas à exclure que le gouvernement cherche à légiférer en la matière, s'il constate de trop fortes réticences des sociétés concernées pour adhérer à ces recommandations et à les mettre en œuvre. Le Décret du 31 mars 2009 prévoit déjà que les sociétés cotées du secteur public doivent s'inspirer de cette recommandation.

Les difficultés posées par la remise en cause du contrat de travail

L'introduction dans notre droit de l'obligation de mettre un terme au contrat de travail, lors de l'acceptation du mandat social, pourrait créer des difficultés importantes qui justifieraient que cette mesure s'inscrive dans une réforme plus vaste du statut des dirigeants.

C'est en effet la question du régime juridique fiscal et social de la résiliation du contrat de travail existant qui se pose.

Celle-ci pouvant intervenir après de nombreuses années travaillées au sein de la société dont il devient mandataire, ou d'une société qu'il quitte pour en diriger une autre, le salarié peut avoir accumulé d'importants droits qu'une démission peut remettre en cause. Le sacrifice consenti par le salarié qui renonce à son contrat de travail pourrait justifier que celui-ci bénéficie d'une forme de compensation, celle-ci pouvant prendre la forme d'une indemnité versée lors de sa nomination à ses fonctions de mandataire.

Une autre difficulté réside dans le risque pour le salarié, en ne disposant plus que d'un mandat social, de perdre le bénéfice des régimes de retraite complémentaire, lesquels prévoient le plus souvent que l'intéressé, s'il dispose d'un mandat social, doit également disposer d'un contrat de travail.

L'absence de contrat de travail risque donc d'être une entrave à la constitution d'un tel complément de retraite et l'adhésion à la recommandation du MEDEF obligera les sociétés concernées à reconsidérer les modalités d'attribution de ces retraites complémentaires à leurs dirigeants.

La nécessaire adaptation du statut des dirigeants mandataires

Si la simple transposition de cette recommandation dans la loi peut paraître séduisante, ne pas mettre en place concomitamment les mesures nécessaires à l'adaptation du statut des dirigeants concernés risque de décourager les candidats.

L'encadrement de la rémunération des dirigeants de sociétés bénéficiant d'aides de l'Etat et des entreprises du secteur public

Le Décret n° 2009-348 du 31 mars 2009 interdit l'octroi en 2009 et 2010 de stock options et d'actions gratuites aux mandataires sociaux des sociétés bénéficiant de certaines aides de l'Etat (les 6 principales banques

françaises) ainsi que des constructeurs automobiles bénéficiant de prêts accordés par l'Etat. Dans ces sociétés, l'octroi de bonus doit être conditionné à des critères de performance qui ne doivent pas être liés au cours de bourse. En outre, la réalisation de licenciement de forte ampleur en interdit l'attribution ou le versement.

Les entreprises publiques sont tenues à des obligations plus vagues qui, au terme du décret, doivent s'inspirer du code de bonne conduite du MEDEF. Il est notamment prévu que les mandataires sociaux qui bénéficieraient du statut de salarié devraient y renoncer.

Le 2 avril les parlementaires ont adoptés un amendement au collectif budgétaire étendant certaines restrictions aux bonus, indemnités de départ et salaires différés (en ce compris les retraites chapeaux) dans tous les établissements aidés directement ou indirectement par l'Etat.

Le renforcement des conditions d'attribution des stocks options aux dirigeants

La loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail conditionne l'octroi de stock options aux dirigeants mandataires sociaux de sociétés cotées à la réalisation d'au moins l'une des conditions suivantes au titre de l'exercice au cours duquel sont attribuées les options :

1° soit l'attribution d'options à l'ensemble des salariés de la société cotée et à au moins 90% de l'ensemble des salariés de ses filiales (pour les salariés des filiales, un seuil de 90% a été retenu) ;

2° soit l'attribution d'actions gratuites à l'ensemble des salariés de la société cotée et à au moins 90% de l'ensemble des salariés de ses filiales ;

3° soit l'existence d'un accord d'intéressement, ou d'un accord de participation dérogatoire ou d'un accord de participation volontaire au bénéfice des salariés de la société et d'au moins 90% de l'ensemble des salariés de ses filiales.

■ **Contacts**

Hervé Le Blanc
herve.leblanc@adamas-lawfirm.com
Denis Santy
denis.santy@adamas-lawfirm.com
Jean-Marie Tocchio
jean-marie.tocchio@adamas-lawfirm.com
Patrice Dalla Pozza
patrice.dallapozza@adamas-lawfirm.com