

Le Droit, une boîte à outil essentielle pour les entreprises

La COVID-19, s'est rapidement propagée à travers le monde. Pour faire face à la crise sanitaire, les pays ont fermé leurs frontières, et des territoires entiers ont été mis en quarantaine. L'effet désastreux du « *Grand Confinement* » comme le désigne désormais le FMI, n'épargne aucune économie, dévastant les entreprises et paralysant la croissance.

* * *

La crise actuelle liée à cette situation et les profonds changements sociétaux de ces dernières années exigent une réflexion constante des entreprises sur leur modèle économique. Celles-ci sont appelées à devoir s'adapter aux besoins des clients, aux aléas du marché et à la concurrence dans un contexte où planent une grande insécurité et une incertitude sur l'avenir.

Dans la mesure où, historiquement, la crise accélère et amplifie les tendances, il y a toujours dans une crise profonde, la possibilité de chercher à changer, de s'ouvrir à autre chose, d'en comprendre les causes et d'essayer d'en tirer les conséquences. Chaque crise doit être appréhendée comme une prise de conscience et une opportunité pour développer un modèle économique pleinement en phase avec les nouvelles réalités du marché.

* * *

S'il est toujours difficile d'opérer des changements radicaux dans une entreprise pour ne pas entraver son activité courante, les périodes de crises, comme celle que nous vivons actuellement, peuvent être des périodes propices pour envisager un virage important des pratiques.

Ainsi, on le voit, la crise économique et sociale que nous abordons a déjà conduit beaucoup de chefs d'entreprise à s'interroger sur la robustesse et la pertinence de leur *business model*. De nombreux webinaires et vidéos ont été diffusés sur l'intérêt d'adopter des modèles économiques dits hybrides – qui consistent à additionner plusieurs sources de chiffres d'affaires et à se diversifier. L'*hybridation* s'avère ainsi un puissant levier de création (ou recréation) de valeur dans un environnement économique qui se caractérise par une incertitude croissante.

En quelques semaines, et dans cette droite ligne de cette diversification, la digitalisation de la société et des entreprises s'est considérablement accélérée mettant en exergue l'impératif de s'appuyer sur les outils technologiques en phase avec les objectifs de l'entreprise et surtout avec son marché.

Par ailleurs, l'enseignement que nous pouvons tirer de ces derniers mois est que le changement des modes de consommation doit conduire les entreprises / groupe d'entreprises à recentrer leurs activités sur leurs principaux vecteurs de profit et ainsi se séparer / transformer / moderniser leurs activités déficitaires.

Enfin, la période actuelle et notamment la vague de défaillances attendue, doit conduire les sociétés disposant d'un socle d'activité solide à s'intéresser à la mise en œuvre d'un plan de croissance externe notamment par la reprise d'activités ou d'actifs dans le cadre de plan(s) de cession à des prix plutôt attractifs.

La croissance externe offre en effet l'opportunité de mettre la main sur de nouveaux savoir-faire, et ainsi de diversifier l'activité sans pour autant investir massivement en R&D. La croissance externe

permet également de capter rapidement des parts de marché et augmenter sa visibilité auprès de nouveaux clients et partenaires.

* * *

De façon pragmatique, le droit constitue aujourd'hui une boîte à outils essentielle devant permettre aux entreprises de disposer des leviers juridiques et financiers pour favoriser l'ajustement de leur modèle économique.

C'est ainsi dans cette optique que le Cabinet CARBONNIER LAMAZE RASLE (CARLARA) a renforcé ses équipes dédiées au traitement des difficultés des entreprises et notamment :

- Son pôle social en vue d'accompagner les entreprises dans le cadre notamment de la redéfinition des conditions de travail ou de façon plus contextuelle, la mise en place de l'activité partielle longue durée (APLD) ;
- Son pôle M&A / Distressed M&A afin de proposer aux clients des solutions optimales permettant d'améliorer leurs performances et d'anticiper leurs difficultés ; et,
- Son pôle Restructuring en vue d'accompagner les clients du Cabinet (i) dans le traitement amiable ou judiciaire des difficultés rencontrées par les entreprises, (ii) dans la restructuration / renégociation de leur dettes ou (iii) dans le cadre de leur projet de croissance externe (reprise d'actifs en plan de cession).

Les équipes dédiées au M&A, au traitement des difficultés des entreprises et au droit social entendent ainsi mettre au service des clients du cabinet CARLARA leurs expertises respectives afin de les accompagner dans leur réorganisation, leur projet de croissance externe ou plus largement, dans la protection de leur acquis et le traitement de leurs activités déficitaires ou en déclin.

Dans le cadre de la présente Newsletter, seront abordés différents thèmes qui relèvent de l'objectif d'accompagnement des entreprises dans cette période complexe.

* * *

Rôle fondamental des DRH et RRH pendant la période de crise sanitaire

La pandémie de Covid 19 a fait évoluer le droit social à grande vitesse.

Un ensemble de règles d'adaptation considérable a été préparé en peu de temps sur la base d'ordonnances du Gouvernement, de lois et de décrets, pour répondre à la crise sanitaire et pour permettre aux entreprises de continuer à travailler ou, pour celles qui ont dû cesser toute activité, pour les aider à passer la période de suspension d'activité forcée.

Certaines adaptations ont en réalité modifié de manière durable la façon de considérer l'organisation du travail, en particulier avec le développement massif du télétravail et des nouvelles mesures sanitaires.

Des sujets de réflexion et de négociations majeurs vont devoir être traités en droit social et les DRH et RRH vont continuer un travail de fond et de longue haleine.

Le rôle fondamental des DRH et RRH – assistés de leurs Conseils - s'impose tout autant dans le cadre des opérations de restructurations des entreprises.

Nécessité d'un diagnostic social en amont d'une opération de restructuration : un CSE a-t-il été institué ?

Les entreprises et les professionnels du droit qui les assistent vont continuer à avoir du pain sur la planche dans les premiers mois de 2021 : une vague de restructurations est attendue, dans le cadre de procédures amiables / collectives ou en-dehors de celles-ci.

Dans une telle situation, où la restructuration, quelle que soit sa forme, se profile, un travail important doit être accompli dans un laps de temps resserré.

L'aspect social doit absolument être envisagé et ne pas être négligé. Dans ce laps de temps souvent court, l'on découvre parfois que l'entreprise qui envisage sa restructuration, n'est pas prête sur le plan social.

Il ne s'agit pas seulement de procéder à un audit social et de connaître les caractéristiques des contrats de travail transférés, qui demeurent lors d'une cession hors procédure collective, mais d'identifier si l'entreprise concernée a satisfait à son obligation d'organiser des élections pour la mise en place d'un Comité Social Economique (CSE).

Cette vérification s'impose en amont de tout projet de restructuration car deux conséquences fâcheuses découlent de l'absence d'organisation d'élections.

Risques liés à l'absence d'organisation d'élections en vue de la mise en place d'un CSE

L'organisation d'élections avant le 1er janvier 2020, sous le régime du Comité Economique, et un éventuel procès-verbal de carence dressé en 2019 (et dûment notifié à l'administration) ne suffisent pas.

Il s'agit d'ailleurs d'une croyance erronée au risque potentiellement lourd : l'absence d'organisation d'élections du CSE et l'absence d'élus ou de procès-verbal de carence constituent un délit d'entrave dont le représentant légal et la société, en tant que personne morale, sont potentiellement responsables.

De nouvelles élections pour assurer la mise en place d'un CSE doivent être organisées, si elles ne l'ont pas été depuis le 1er janvier 2020.

L'entreprise doit pouvoir être en mesure de montrer qu'elle a organisé le processus électoral pour la mise en place d'un CSE, même si le processus se solde par un procès-verbal de carence, faute de candidatures.

A défaut, et il s'agit de la seconde conséquence fâcheuse, toute restructuration comportant une suppression de postes se heurtera de plein fouet au refus de la Direccte, lors du dépôt d'une demande de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi.

Ces cas de figures risquent d'autant plus de se poser dans le cas d'une cession dans le cadre d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire, dans lequel le repreneur a le choix du périmètre de reprise.

Autrement dit, dans une telle situation, le repreneur peut prévoir un plan de reprise avec un nombre limité d'emplois, qu'il aura déterminés, et un nombre de suppressions de postes pour motif économique.

Le repreneur peut également poser des limites à la reprise des emplois qu'il souhaite conserver, en prévoyant d'exclure expressément une ancienneté, des avantages, des congés payés acquis, etc., bien que la concurrence d'offres mieux-disantes selon l'appréciation du Tribunal de Commerce, notamment en termes d'emploi, limite quelque peu la liberté théorique sur ce point.

Une entreprise à effectif limité n'encourrait pas un risque moindre : un licenciement pour motif économique en l'absence avérée d'organisation d'élections pour la mise en place d'un CSE, et sans procès-verbal de carence régulier, serait considéré comme dénué de cause et réelle sérieuse en cas de contestation initiée par un salarié licencié pour motif économique devant le Conseil de Prud'hommes compétent.

Le CSE n'a pas qu'un rôle à jouer au regard de potentiels licenciements pour motif économique dans le cadre d'une opération de restructuration.

En amont d'une telle opération, il est partie prenante de l'analyse des offres de reprises qui devront obligatoirement lui être soumises. En effet, comment envisager la reprise d'une entreprise ou d'une reprise partielle sans s'assurer de la volonté des salariés qui y resteront d'y participer ?

Il est important, en envisageant une opération de restructuration, de poser un diagnostic sur le plan social et de prévoir de planifier, si besoin, les mesures d'ordre social qui permettront de faciliter l'opération, ou de ne pas la gêner, et en aval, d'éviter de créer de nouvelles difficultés postérieures.

Opérations haut de bilan : APA, scissions et/ou fusions à l'ordre des mois à venir ?

En cette période compliquée et qui ne permet que peu (voire pas) de visibilité à moyen / long terme dans un certain nombre de secteurs, il semble nécessaire et parfois indispensable de considérer les différentes options permettant de restructurer son groupe afin de préserver certaines activités ou d'en soutenir et pérenniser d'autres.

La recherche de moyens de financement (réinvestissement des actionnaires historiques, entrée d'investisseurs externes et/ou octroi de crédits bancaires) n'étant pas nécessairement aisée actuellement (sauf à cocher toutes les cases permettant de limiter, voire faire disparaître tout risque, ce qui est malheureusement assez compliqué aujourd'hui et/ou va le devenir de plus en plus), il peut être opportun de s'interroger sur la pertinence de procéder à certaines réorganisations intra-groupes : scission, fusion et/ou apport partiel d'actif afin de bénéficier des effets de levier liés à ces opérations. Dans la même veine, mais par la voie de la croissance externe, ces réorganisations peuvent aussi être des moyens de grandir en minorant les besoins en financement externe.

Les modalités et la nature de ces réorganisations vont devoir être réfléchies et travaillées tant d'un point de juridique que financier, social et fiscal. Et le choix devant être opéré *in fine* en fonction des objectifs poursuivis : préservation de certaines activités en les protégeant d'autres en difficulté ou en passe de l'être ou au contraire soutien de certains secteurs/branches en difficulté grâce à la bonne santé financières d'autres.

En effet une scission, une fusion et/ou un apport partiel d'actif revêtent bien sûr beaucoup de facettes et peuvent par suite respectivement prendre plusieurs formes juridiques (et, pour une fusion, être effectuée dans plusieurs sens), chacune de ces formes ayant des implications financières bien sûr mais également sociales et/ou fiscales assez prégnantes et différentes les unes des autres (transfert automatique des salariés avec l'activité apportée, régime fiscal de faveur du transfert effectué, report ou sursis d'imposition, etc.).

Compte tenu de ce qui précède, nous ne pouvons que recommander à tout groupe d'anticiper et commencer à réfléchir bien en amont au sujet, dans la mesure où un tel projet de réorganisation, qu'elle soit interne ou au contraire tournée vers l'extérieur, nécessite une anticipation, une préparation et par suite un temps d'exécution certain (sans évoquer ici la dimension salariale de toute réorganisation qui est un chantier en soi).

Pour ce faire, il lui sera nécessaire, voire indispensable, de s'entourer de personnes habilitées, à même de l'assister dans la définition des objectifs à atteindre et ainsi déterminer les meilleurs choix à faire à ces fins mais également de l'accompagner dans la mise en œuvre de la réorganisation.

Les clauses d'earn out

L'*earn out* est un mécanisme contractuel organisant une partie variable du prix de vente d'une société. La clause d'*earn out* organise ainsi un paiement du prix de vente des titres en plusieurs temps, un premier paiement du prix de vente au moment de la vente des titres (généralement autour de 80%/90% du prix convenu), complété par un ou plusieurs paiement à des échéances préétablies et, car il ne s'agit pas d'un crédit vendeur, sous réserve de l'atteinte de certains objectifs prédéfinis (liés notamment à la performance de la société acquise).

Cette mécanique contractuelle permet ainsi de concilier les prévisions du vendeur et les doutes de l'acquéreur ou, dit autrement, les intérêts de l'acquéreur dont le souci est de ne pas payer trop cher la cible et du vendeur qui peut avoir tendance à enjoliver les résultats potentiels de son entreprise.

La période que nous vivons actuellement va très certainement être source d'opportunités de croissance externe pour certains mais avec, compte tenu de l'incertitude ambiante sur le court / moyen terme dans de nombreux secteurs, de réelles difficultés pour déterminer la valeur des cibles et pour financer de telles opportunités de croissance.

Ainsi, il semble que la mécanique d'*earn out* soit une des pistes à conserver en tête car elle permet de palier à ces 2 difficultés. En effet, elle permet un paiement du prix étalé dans le temps et un alignement d'intérêt entre l'acquéreur et le vendeur : l'acquéreur ne pourra qu'être satisfait de payer un complément de prix dans la mesure où les objectifs « assignés au vendeur » dans le cadre de la mécanique d'*earn out* auront été remplis. À noter à cet égard que, qui dit clause d'*earn out* dit très souvent implication et présence du vendeur dans l'entreprise cédée le temps du jeu de la clause d'*earn out* et de l'atteinte des objectifs arrêtés. Ce qui peut par ailleurs être considéré comme un atout car permet de traiter, en partie, la problématique de transition vendeur/acquéreur.

On comprend donc bien l'importance de passer du temps dans la négociation et la rédaction contractuelles des objectifs devant être atteints, de leur échéance et de la conséquence de leur atteinte : paiement, ou pas, de tout ou partie du complément de prix, motivation du vendeur pour atteindre ces objectifs (ils devront être raisonnables et atteignables), confiance du vendeur en l'acquéreur et sa solidité financière, etc. Mais de manière plus générale, la clause d'*earn out* devra être suffisamment précise, détaillée et équilibrée au risque de tomber sous le coup de la nullité de la clause, pouvant entraîner une indétermination du prix, cette indétermination entraînant elle-même la nullité de la vente des titres.

Devront ainsi être organisés et précisés, indépendamment des spécificités et besoins de chaque cas d'espèce, le mode de calcul du prix et plus précisément du complément de prix (éléments à prendre en compte, éventuels plafond ou plancher, etc.), les modalités permettant de constater que les objectifs définis ont été atteints de manière objective, la durée ou les échéances auxquelles lesdits objectifs devront avoir été atteints, et le mode de gestion de la cible pendant la durée du jeu de la clause d'*earn out* (le vendeur reste impliqué dans la société ou pas, quelles décisions sont susceptibles d'avoir une incidence sur le complément de prix et qui pourraient le cas échéant faire l'objet de contestations de la part du vendeur, etc.).

Il est important de souligner que la négociation et la rédaction d'une telle clause d'*earn out* reste assez complexe et qu'il sera toujours rassurant, voire indispensable dans certains cas, de s'entourer de professionnels lorsqu'un tel mécanisme est discuté.

Traitement des dettes fiscales et sociales constituées pendant les périodes de restrictions administratives

Depuis le début de la crise sanitaire de la COVID-19, l'État et ses démembrements ont mis en place diverses aides visant à soutenir, à court terme, notamment le besoin en fonds de roulement des sociétés et partant, de prévenir une vague de défaillances d'entreprises.

C'est ainsi que l'Etat a notamment mis en place un dispositif de report des cotisations fiscales et sociales et d'exonérations pour les entreprises intervenant dans les secteurs particulièrement affectés.

S'agissant spécifiquement du premier confinement, l'Etat avait accordé aux entreprises la possibilité de reporter les différentes cotisations fiscales et sociales sans préciser les modalités de remboursement des cotisations non payées.

A la suite de la mise en place du deuxième confinement, l'Etat a réinstauré le dispositif de report des cotisations fiscales et sociales tout en offrant aux entreprises affectées par une fermeture administrative une possibilité d'exonération partielle ou totale de leurs cotisations fiscales et sociales sous réserve de remplir certaines conditions.

De façon générale, l'Etat a également suspendu toute procédure d'exécution forcée portant sur le recouvrement des cotisations fiscales et sociales non réglées pendant les deux phases de confinement.

Le dispositif mis en place par l'Etat prévoit que chaque entreprise sera tenue de se rapprocher des différents organismes de l'Etat (URSAFF, SIE ...) en vue d'obtenir un moratoire pour chaque type de cotisation non payée.

Nous constatons aujourd'hui qu'une infime minorité d'entreprises se sont d'ores et déjà rapprochées des différents services de l'Etat en vue d'obtenir des moratoires.

Il est pourtant essentiel de mettre en place le plus tôt possible des mesures préventives afin d'éviter un mur de dettes.

Il ne faut pas attendre que ces dettes soient exigibles pour agir.

Par ailleurs, un déclin progressif du soutien de l'Etat en fonction des secteurs d'activité est à craindre dans les prochains mois.

Cette situation devrait conduire (i) à de nombreuses actions en recouvrement de la part des services de l'Etat à compter du troisième trimestre 2021 et (ii) à une importante vague de défaillances en 2021.

Afin d'éviter cette situation, il est fortement conseillé de saisir la Commission des Chefs de Services Financiers¹ (CCSF) en vue d'entamer des négociations pour l'ensemble des cotisations fiscales et sociales non réglées. Les négociations avec la CCSF peuvent d'ailleurs être organisées dans le cadre d'une procédure préventive de conciliation afin de maximiser les chances d'obtenir un moratoire compatible avec les contraintes de trésorerie de chaque société.

¹ La CCSF réunit les représentants des créanciers publics : directeurs des services fiscaux, de l'Urssaf et des représentants des différents régimes de Sécurité sociale obligatoires de base

L'anticipation des négociations dans le cadre d'une saisine de la CCSF doit permettre de faciliter les discussions et d'obtenir des accords identiques pour chaque cotisation non réglée.

La croissance externe, un outil indispensable au soutien du redéploiement de l'activité

La croissance externe recouvre toutes les opérations menant au rapprochement de deux sociétés (fusion, acquisition, prise de participation, reprise d'actifs etc.) et constitue un véritable accélérateur de développement lorsqu'elle est bien menée.

Selon une étude récente du cabinet Xerfi, les opérations de croissance externe constituent une véritable tendance de fond. Sur la période 2015/2020, la croissance externe a ainsi représenté entre 54% et 62 % de l'investissement total des entreprises en croissance.

Une stratégie d'acquisition ciblée permet de gagner du temps. Acquérir une entreprise, un fonds de commerce, ou plus largement les actifs d'une société en procédure collective permet de capter des parts de marché rapidement et augmenter sa visibilité auprès de nouveaux clients et partenaires.

La croissance externe offre aussi l'opportunité de mettre la main sur de nouveaux savoir-faire, et ainsi de diversifier l'activité sans pour autant investir massivement en R&D.

Enfin, une acquisition, peut aussi permettre de réaliser des synergies, ou encore rationaliser ou mutualiser des coûts, notamment en matière d'achats...

* * *

La reprise d'une activité ou d'actifs dans le cadre d'un plan de cession s'inscrit pleinement dans cette démarche d'opportunité de croissance et de développement.

La crise prévisible de 2021 devrait favoriser les opportunités de croissance externe.

Si la reprise d'actifs en plan de cession a longtemps souffert d'une image de reprise d'actifs et d'activité dégradés, où seuls les fonds de retournement spécialisés et certains concurrents pouvaient voir un intérêt à se positionner sur ce type de dossier. Cette situation a largement évolué notamment en raison de la démocratisation de la reprise d'actifs en plan de cession.

S'il est vrai que la plupart des opportunités en plan de cession nécessite un véritable savoir-faire pour redresser une activité en difficulté (ayant justifié l'ouverture d'une procédure collective), la crise actuelle devrait conduire à l'ouverture de procédures collectives à l'encontre de sociétés n'éprouvant pas de difficultés structurelles mais uniquement conjoncturelles du fait de la crise sanitaire.

Ce nouveau paysage des entreprises en difficulté devrait faire naître des opportunités d'acquisition d'actifs ayant une forte valeur financière et stratégique. Au regard de ce constat, le cabinet CARLARA assure pour ses clients un travail de suivi des opportunités qui pourraient se présenter dans le cadre d'un plan de cession.

Disposant d'un outil « *Kairos Opportunities*² » lui permettant d'avoir une vision exhaustive des sociétés ayant sollicité l'ouverture d'une procédure collective par secteur d'activité, le cabinet propose ainsi à ses clients la mise en place d'une veille relative à ces opportunités de reprise.

² <https://www.kairos-opportunities.com/>

Associés responsables :

Droit Social : Caroline RAMUS / Isabelle QUENET-CHABRUN / Béatrice DI SALVO

M&A : Constance LE VERT / Christophe LACHAUX

Financement / Renégociation de dettes : Emmanuelle BISMUTH

Restructuring : Amandine ROMINSKYJ / Antoine POULAIN