

LETTRÉ D'INFORMATION

Novembre/Décembre 2019



**DROIT
SOCIAL**

01-02



**CONTENTIEUX
DES AFFAIRES**

03



**DROIT
COMMERCIAL**

03



**DROIT DES
SOCIÉTÉS**

04

BRÈVES

05



DROIT SOCIAL

Le défaut de mise en place du CSE au 1^{er} janvier 2020 : le ministère du travail a annoncé les sanctions.

Passé le 1^{er} janvier 2020, les anciennes instances représentatives du personnel (DP, le CE et le CHSCT ou le cas échéant la DUP ou l'instance unique) doivent être remplacées définitivement par le comité social et économique (CSE).

Pour rappel, le CSE doit être mis en place au terme du mandat en cours des DP, du CE, de la DUP, de l'instance regroupée ou du CHSCT lors du renouvellement de l'une de ces institutions, et au plus tard le 31 décembre 2019.

Ainsi, **l'entreprise qui continue de fonctionner au 1^{er} Janvier 2020 avec des DP/CE se retrouvera en infraction avec les dispositions légales de la même façon que s'il n'y avait aucune instance représentative du personnel dans l'entreprise.**

Les leaders syndicaux de la CFE-CGC, de la CFTC, de la CGT et de FO avaient adressé, fin octobre, un courrier au ministère du Travail pour demander à ce que les instances représentatives du personnel en place dans les entreprises n'ayant pas respecté l'obligation de mise en place du CSE puissent perdurer après le 1^{er} janvier 2020 et jusqu'à l'organisation des élections.

Cependant, lors du Congrès confédéral de la CFTC, le 7 novembre dernier, la Ministre du Travail Muriel Pénicaud a écarté tout report de l'échéance obligatoire, considérant que les entreprises avaient eu un délai de 2 ans et demi pour s'y préparer.

La Ministre du Travail a d'ailleurs prévenu qu'**en l'absence de mise en place du CSE au 1^{er} janvier 2020 dans les entreprises pour lesquelles sa mise en place est obligatoire, il y aurait délit d'entrave.**

Le délit d'entrave est puni d'un an d'emprisonnement et 7500€ d'amende.

Les anciens élus peuvent en conséquence demander la reconnaissance du délit d'entrave tout comme l'inspection du travail.

Mais d'autres sanctions sont également encourues. En effet, l'employeur qui n'aurait pas mis en place le CSE et qui n'aurait pas de procès-verbal de carence des élections, s'expose à d'autres sanctions de manière indirecte.

Par exemple, des conséquences financières :

- > Tout salarié pourra également réclamer l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'absence de représentation du personnel : L'employeur commet une faute causant nécessairement un préjudice aux salariés, privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts, lorsqu'il n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel et en l'absence d'établissement d'un procès-verbal de carence (Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852).
- > Une organisation syndicale ayant sollicité l'organisation des élections pourra également voir l'employeur condamné à lui verser des dommages-intérêts en raison de la faute commise du fait de l'absence d'organisation des élections.

L'absence de CSE aura également des conséquences en particulier lorsque la consultation des représentants du personnel est obligatoire. A défaut, l'employeur doit justifier l'absence de consultation par la production du procès-verbal de carence des élections.

C'est le cas par exemple de :

• certaines procédures de licenciement :

- > licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle ou non professionnelle : l'employeur est tenu de consulter le CSE sur l'obligation de reclassement et la recherche des postes proposés au salarié en adéquation avec les préconisations du médecin du travail. L'absence de respect de cette obligation rend le licenciement prononcé sans cause réelle et sérieuse ;
- > licenciement collectif pour motif économique : l'employeur doit informer, consulter voire négocier avec le CSE. Toute procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le CSE n'a pas constitué alors qu'elle est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi est irrégulière ;

• **La dénonciation d'un usage :** afin de dénoncer valablement un usage, l'employeur doit informer individuellement les salariés ainsi que les institutions représentatives du personnel. Lorsqu'il n'informe pas le CSE, la décision de dénonciation n'est pas opposable aux salariés malgré leur information individuelle. En l'absence de CSE et donc d'information de la dénonciation d'un usage, cette décision ne sera pas opposable aux salariés.

> la mise en place ou l'opposabilité d'un règlement intérieur : le règlement intérieur ne peut être introduit ou modifié qu'après avoir été soumis à l'avis du CSE. Une entreprise qui dispose d'un règlement intérieur seulement soumis à la consultation du CE et non à celle du CSE ne pourra dès lors lui apporter aucune modification ;

> la mise en place de l'intéressement au sein de l'entreprise et perte des exonérations sociales attachées : la possibilité d'instituer une mesure d'intéressement au sein de l'entreprise est accordée à « toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel. Outre le fait qu'en l'absence de CSE la société ne pourrait valablement conclure un accord d'intéressement avec les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou au sein du CSE, elle ne pourra également pas utiliser la voie de la ratification à la majorité des deux tiers offerte par le législateur.

> L'impossibilité de recourir à l'activité partielle : la consultation du CSE est obligatoire avant d'adresser une demande d'autorisation d'activité partielle ;

> L'impossibilité de négocier un accord d'entreprise avec les membres du CSE : dans les entreprise dépourvues de délégué syndical, en l'absence de procès-verbal de carence établissant l'absence de représentants élus du personnel, il n'est pas possible de négocier et conclure d'accord collectif avec des salariés expressément mandatés par un ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche.

Au regard des multiples risques énoncés ci-dessus, l'employeur peut avoir beaucoup à perdre à refuser de mettre en place le CSE dans son entreprise.

En outre, il se prive d'un outil de dialogue social qui peut être le garant d'un bon climat social.





CONTENTIEUX DES AFFAIRES

Le gérant d'une société civile, même familiale, qui ne rend pas compte de sa gestion encourt la révocation pour cause légitime.

L'article 1856 du Code civil impose aux gérants, au moins une fois dans l'année, « de rendre compte de leur gestion aux associés. Cette reddition de compte doit comporter un rapport écrit d'ensemble sur l'activité de la société au cours de l'année ou de l'exercice écoulé comportant l'indication des bénéfices réalisés ou prévisibles et des pertes encourues ou prévues ».

Mais doit-on tenir compte de la situation particulière de chaque société pour apprécier si le gérant est effectivement tenu ou non à cette obligation ?

Dans un arrêt du 23 octobre 2019 (pourvoi n°17-31.653), la Cour de cassation a répondu par la négative, en rappelant que le caractère familial d'une société et l'absence de demande de rapport de gestion émanant des associés sont impropres à exonérer le gérant de son obligation prévue à l'article 1856 du Code civil.



DROIT COMMERCIAL

L'embauche d'un salarié en connaissance de la clause de non-concurrence qui le lie à son ancien employeur constitue un acte de concurrence déloyale.

(Cass. Com., 16 octobre 2019, n°18-15418).

Quelques mois après avoir démissionné, le salarié d'une entreprise de travail intérimaire était embauché par une autre entreprise d'intérim en qualité de responsable d'agence.

S'appuyant sur la clause de non-concurrence qui figurait dans le contrat de travail de son salarié, l'ancien employeur, qui estimait le débauchage illicite, intentait une action en responsabilité délictuelle à l'encontre du nouvel employeur.

Il versait aux débats le courriel adressé par l'ancien employé au nouvel employeur reproduisant les termes la clause de non-concurrence, ce qui établissait de manière incontestable que celui-ci avait bien eu connaissance de la clause avant de procéder à l'embauche.

En première instance, le tribunal jugeait le débauchage constitutif d'un acte de concurrence déloyale et condamnait le nouvel employeur à des dommages et intérêts.

Le contexte était le suivant : une société civile immobilière avait été constituée en 1998 entre des époux et leurs trois enfants, l'époux ayant été désigné gérant. Après un redressement fiscal sur l'évaluation de la plus-value, intervenu après la vente d'un chalet appartenant à la SCI, les associés ont assigné le gérant (donc leur père) pour voir prononcer sa révocation de ses fonctions.

La Cour de cassation a censuré l'arrêt rendu le 3 octobre 2017 par la Première chambre civile de la Cour d'appel de Grenoble en ce qu'elle avait rejeté la demande de révocation judiciaire pour motif légitime du gérant, en soutenant qu'il devait être tenu compte du fait qu'il s'agissait d'une société familiale, créée par des époux 20 ans avant leur divorce, et qu'aucun associé n'avait réclamé le rapport.

La Cour de cassation fait donc une lecture stricte et jusqu'au-boutiste de l'article 1856 du Code civil : peu importe la personne du gérant, et peu importe qu'aucune demande ne lui ait été faite, **l'obligation du gérant de rendre compte de sa gestion s'impose rigoureusement et annuellement.**

Cette décision était infirmée en appel, la Cour décidant au contraire que le débauchage d'un salarié ne pouvait être considéré comme fautif que s'il était accompagné de manœuvres frauduleuses ayant pour but de connaître les méthodes commerciales de l'entreprise cible de manière illégitime et dans le but de la désorganiser, ce qui n'était pas établi en l'espèce.

Dans son arrêt du 16 octobre 2019, la Cour de cassation a censuré cette décision, rappelant sa jurisprudence constante en la matière : l'embauche d'un salarié en connaissance de l'obligation de non-concurrence souscrite au profit de l'ancien employeur suffit à caractériser un comportement répréhensible, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence de manœuvres déloyales.

Toute entreprise qui sciemment emploie un salarié en violation d'une clause de non-concurrence liant ce dernier, commet donc une faute délictuelle susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de l'ancien employeur.

Il est à noter que la jurisprudence va même jusqu'à imposer au recruteur un devoir de vigilance l'obligeant à prendre l'initiative de vérifier l'existence éventuelle d'une telle clause lorsque les circonstances l'imposent, une abstention pouvant être considérée comme fautive, par exemple dans les secteurs où de telles clauses sont habituelles, ou lorsque l'expérience professionnelle confirmée du candidat laisse supposer la possibilité d'une interdiction de concurrence.



DROIT DES SOCIÉTÉS

ATTENTION AUX ARNAQUES À LA CRÉATION D'ENTREPRISE !

Vous nous confiez régulièrement des missions de constitution de sociétés ou de demande d'enregistrement de marques.

Dans ce cadre, nous sommes conduits à vous indiquer les frais afférents à ces formalités (frais de greffe, frais INPI, frais d'enregistrement auprès du Trésor Public, annonce légale auprès d'un journal habilité, etc.) et à vous demander en amont le règlement de ces frais afin que la formalité souhaitée soit réalisée.

Toutefois, dans les jours qui suivent votre immatriculation, il est très probable que vous receviez des courriers émanant de sociétés vous demandant de régler des sommes d'argent pour de l'affichage indiqué comme obligatoire, ou encore pour le référencement dans des registres d'entreprises ou de marques, ou autres annuaires professionnels.

Parmi les courriers reçus le plus fréquemment suite à la déclaration d'une activité, on trouve notamment : **Info Siren, Info Siret, Info k-bis** ou encore **Info-registre**. Il s'agit dans tous les cas d'une demande de règlement pour un coût de **198€** ou plus. Les courriers émanent de la **SASU Franceref**, basée à Nanterre ou Montreuil, ou d'autres entreprises qui n'hésitent pas à tromper les créateurs d'entreprise en prenant l'apparence d'organismes officiels, et en joignant des formulaires d'inscription à remplir, laissant croire à une démarche obligatoire.

Voici une liste non exhaustive de tels courriers reçus par nos clients, dans les jours suivant une démarche officielle gérée par nos soins : APE, Identification-légale, Protection de la marque, RSI, Affichage légal France, Annuaire du professionnel, Commerce et Industrie – Registre des affaires, Formalitentreprise.com, GAIA almanach, Greffe KBIS, info-kbis, info service, infos-siren, info-siret, IPT-Registre, IPTS Marques, Journal Légal, Kbis entreprises, Kbis info-services, Kbis-infos, Kbis société, Les entreprises européennes Registre Commercial, Recensement des Sociétés et des Indépendants, Registre des brevets et marques ODM, Registre des fichiers d'entreprises, Registre INSEE, Registre Internet Français, Registre Siret des Entreprises, Registre TVA Intracommunautaire, Sérénis, Service SIRENE, Télédéclaration Service, TM Publisher GMBH, VotreExtraitKbis.com, WIPP – World Intellectual Property Publisher.

Ces demandes sont frauduleuses et n'émanent pas d'organismes officiels. Nous vous recommandons donc de n'y donner aucune suite.

N'hésitez pas à nous contacter, nous vous renseignerons sur la véracité de la demande.

BRÈVES

Données personnelles

Vous utilisez le démarchage téléphonique : attention à respecter le RGPD.

(CNIL, 26 novembre 2019)

Une société spécialisée dans l'isolation thermique des domiciles de particuliers a écopé d'une amende de 500 000 € pour démarchage téléphonique illégal. L'entreprise avait recours à plusieurs prestataires centres d'appels, qui effectuaient pour elle des campagnes de prospection téléphonique. Lorsqu'une personne démarchée indiquait ne plus vouloir être appelée, cette opposition n'était pas prise en compte et la personne continuait à être sollicitée. Il est également apparu que les fichiers de l'entreprise contenaient plusieurs commentaires excessifs concernant des clients, ou relatifs à leur état de santé. Les personnes n'étaient pas non plus correctement informées du traitement de leurs données personnelles, ni même souvent de l'enregistrement de la conversation. Face à la mise en demeure de la CNIL de se mettre en conformité, l'entreprise n'a pas fait preuve d'une grande coopération. La CNIL a par conséquent sanctionné à hauteur de 500 000 €.

La CNIL surveille l'usage de la vidéosurveillance des salariés pour tout type d'entreprise.

(CNIL, 10 décembre 2019)

Une entreprise de 7 salariés utilisait un dispositif de vidéosurveillance, notamment à des fins de localisation de l'ensemble des salariés. L'un des salariés était filmé en continu à son poste de travail. Un tel dispositif est contraire au Règlement général sur la protection des données (RGPD). En effet, sauf circonstances particulières, les systèmes de vidéosurveillance qui placent les salariés sous surveillance constante sont excessifs, et portent atteinte à leurs libertés individuelles. La CNIL a donc mis en demeure l'entreprise de redimensionner son dispositif et a relevé d'autres manquements relatifs au défaut d'information des salariés, à la sécurité, à l'absence de tenue d'un registre des activités de traitement et à l'absence de contrat liant l'entreprise et son sous-traitant.

Propriété intellectuelle

Protection de vos marques : de nouvelles possibilités.

(Décret n° 2019-1316, 9 décembre 2019)

La loi PACTE contient des mesures dont l'objectif est de faciliter l'accès à la protection des marques et à leur défense pour les acteurs de l'économie. Ces mesures sont effectives depuis le 11 décembre. On retiendra plus particulièrement l'ouverture à de nouveaux types de marques, répondant aux évolutions techniques et économiques, à savoir, la protection d'une marque sonore, animée ou multimédia par le dépôt d'un fichier MP3 ou MP4 sans l'obligation d'une représentation graphique, et la possibilité de se protéger pour une seule classe de produits et services pour un tarif moindre (190 € au lieu de 210 €). La loi adapte par ailleurs le système des marques collectives pour encourager son utilisation. Elle renforce la procédure d'opposition pour une meilleure adéquation avec la vie des affaires, grâce à de nouveaux droits opposables tels que notamment les dénominations sociales ou les noms de domaine. Enfin, est créée une procédure en nullité et déchéance devant l'INPI pour réduire les coûts et les délais de telles actions. Cette dernière procédure entrera en vigueur le 1^{er} avril 2020.

Droit fiscal

Le juge de l'impôt sursoit à statuer en cas de contestation des opérations de visite et de saisie.

(TA Paris 5-6-2019 n° 1705824)

La jurisprudence a considéré que, lorsqu'une procédure de visite et de saisie prévue par l'article L 16 B du Livre des Procédures Fiscales a été annulée par le premier président de la Cour d'appel, les éléments saisis ne peuvent être utilisés pour établir des impositions (CE 23-11-2016 no 387485). Dans ce cas, il appartient donc au juge de l'impôt de prononcer la décharge des impositions fondées sur ces éléments.

Dans la lignée de cette jurisprudence, le Tribunal administratif de Paris a jugé que, lorsque le premier président ne s'est pas encore prononcé mais que le contribuable justifie l'avoir régulièrement saisi dans le délai légal ou avoir accompli toutes les diligences nécessaires à cette fin, le juge de l'impôt doit, si aucun autre moyen soulevé devant lui n'est de nature à entraîner la décharge des impositions, surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge judiciaire ait lui-même statué sur la régularité des opérations de visite et de saisie litigieuses.



DROIT DES SOCIÉTÉS, FUSIONS-ACQUISITIONS

Le Cabinet LEXCO se distingue par une forte expertise dans l'ingénierie de la « structure sociale » : constitution de sociétés, modifications statutaires, suivi du secrétariat juridique, rédaction de pactes d'associés, création de filiales communes. Le Cabinet LEXCO conseille des sociétés françaises et étrangères dans le cadre d'acquisitions ou de cessions en France et à l'étranger. Le Cabinet LEXCO conseille également des fonds d'investissement, des investisseurs et des groupes industriels et de services ainsi que des dirigeants lors de différentes opérations complexes de « haut de bilan » (LBO, capital développement, capital-risque, etc.).



STRUCTURATIONS DE GROUPES

Le Cabinet LEXCO a développé une expertise de premier plan en intervenant à tous les stades de la structuration ou la restructuration de groupes de sociétés, de l'identification du besoin avec le Client à la définition du schéma puis à sa mise en œuvre.

Ces opérations particulièrement complexes nécessitent d'adopter une approche globale et de prendre en considération une multiplicité de facteurs en intégrant les différents objectifs poursuivis ; en effet, la réflexion sur la structuration juridique, fiscale et opérationnelle d'un groupe de sociétés doit aussi se combiner avec la logique patrimoniale du chef d'entreprise ou l'anticipation d'une transmission familiale ou au profit de tiers.



DROIT FISCAL

Le Cabinet LEXCO est reconnu pour ses interventions dans tous les domaines de la fiscalité des sociétés et des groupes de sociétés (IS, TVA, impôts locaux, fiscalité internationale, plus-values, intégration fiscale, etc.), ainsi que de de leurs dirigeants (IR, revenus de capitaux mobiliers, revenus fonciers, etc.). Cette expertise permet au Cabinet LEXCO de conseiller ses Clients dans la gestion quotidienne des problématiques fiscales ainsi que lors d'opérations ponctuelles (cession, structuration de sociétés, etc.).

En outre, le Cabinet LEXCO conseille ses Clients en matière patrimoniale (transmission d'entreprise, structuration de l'actif professionnel et immobilier, etc.) et assiste les dirigeants dans le cadre de leurs obligations déclaratives (déclaration de revenus et d'ISF).

Le Cabinet LEXCO est également régulièrement saisi en matière d'assistance au contrôle et au contentieux fiscal tant en ce qui concerne les sociétés que les personnes physiques.



NUMÉRIQUE / DONNÉES PERSONNELLES – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Le Cabinet accompagne ses clients dans la conduite de leurs projets numériques, informatiques et de e-commerce (pilotage juridique, accompagnement au déploiement, contractualisation).

Le Cabinet LEXCO propose conseil et assistance dans le domaine des données personnelles (audit, mise en place du RGPD, recours à un délégué à la protection des données – DPO externe).

Enfin, le Cabinet intervient en matière de protection de la propriété intellectuelle (analyse et sécurisation des droits, rédaction de licence et de contrat de cession de droits)

Associés :

Arnaud CHEVRIER – arnaud.chevrier@lexco.fr

Jérôme DUFOUR – jerome.dufour@lexco.fr

Nicolas JOUCLA – nicolas.joucla@lexco.fr

Martin REGEASSE – martin.regeasse@lexco.fr



DROIT SOCIAL

L'exécution et la rupture des contrats de travail, les rédactions d'actes, de contrats et de lettres, le volet social des opérations de restructurations, les systèmes de rémunération et le fonctionnement des institutions sociales (CE, DP, CHSCT...) au sein de l'entreprise constituent les domaines d'intervention principaux du cabinet.



DROIT DES CONTRATS

Le Cabinet LEXCO propose à ses Clients une approche stratégique pour la sécurisation juridique et fiscale de ses accords contractuels de toutes natures : contrats d'affaires de tout type, contrats de distribution, de représentation commerciale, conditions générales de vente, baux commerciaux, etc.

Après avoir accompagné ses Clients dans leurs négociations, le Cabinet LEXCO prend en charge la rédaction de l'ensemble de ces actes.



CONTENTIEUX DES AFFAIRES

Le Cabinet LEXCO conseille ses Clients dans les phases pré-contentieuses (assistance, audit, négociations et rédaction de protocoles transactionnels) et les représente dans les procédures devant les juridictions civiles, commerciales et pénales, ou devant les instances arbitrales.

Les interventions du Cabinet LEXCO couvrent toute la vie de l'entreprise : litiges commerciaux (conflits entre associés, recouvrement, ruptures abusives des relations commerciales établies, etc.), litiges dans le cadre des relations contractuelles, ventes aux enchères, sécurisation des créances des Clients par la mise en œuvre de saisies conservatoires, droit de la construction, litiges avec les assureurs, baux commerciaux, professionnels et immobiliers, etc.



PROCÉDURES COLLECTIVES

Le Cabinet LEXCO présente une offre complète de services (conseil, assistance et représentation) dans le domaine de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises. Pour sauvegarder l'entreprise, et surmonter une dégradation des résultats ou de la trésorerie qui peut n'être que contextuelle, un large panel de procédures est aujourd'hui proposé au chef d'entreprise (mandat ad hoc, sauvegarde judiciaire, redressement judiciaire). Quand les difficultés d'exploitation conduisent à envisager l'ouverture d'une procédure collective, le Cabinet LEXCO conseille ses Clients pour étudier les différentes options envisageables, en fonction de la nature et de l'ampleur de ces difficultés.

Enfin, le Cabinet LEXCO conseille ses Clients dans le cadre de liquidations judiciaires quand les difficultés de l'entreprise l'imposent.

Avertissement : Cette lettre d'information est destinée et réservée exclusivement aux clients et contacts de la société d'Avocats LEXCO et ne saurait constituer une sollicitation ou une publicité quelconque pour le cabinet, ses associés et ses collaborateurs. Les informations contenues dans cette lettre ont un caractère strictement général et ne constituent en aucun cas une consultation ou la fourniture d'un conseil à l'égard des lecteurs.

Cette lettre d'information est éditée par la Société d'Avocats Lexco