



01. SOCIAL

Employeurs : prudence dans le recours au contrat à durée déterminée qui demeure un contrat d'exception

(Cass. Crim., 8 juin 2021, n°20-83.574)

Toute entreprise employant du personnel est un jour amenée à recourir au contrat à durée déterminée (ci-après CDD), ne serait-ce que pour remplacer un salarié (maladie, maternité, congé sabbatique).

La Cour de cassation dans un arrêt récent est venue apporter des précisions sur quelques règles applicables aux CDD notamment sur la rédaction du motif de recours et la succession de CDD.

C'est l'occasion de rappeler et d'alerter sur l'exigence du respect des conditions applicables en matière de recours au CDD.

1. Conditions de Recours au CDD

Par un arrêt du 8 juin 2021, la Cour de cassation a précisé et confirmé les conditions de recours au CDD. Dans cette affaire, un EHPAD avait conclu plusieurs CDD entre 2012 et 2014, parmi lesquels 388 d'entre eux avaient été conclus avec 4 salariés seulement. La Cour retient que le recours à ces CDD « était constitutif d'un abus visant, en réalité, à pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'établissement de santé caractérisant l'infraction prévue et réprimée par les articles L.1242-1 et L.1248-1 du Code du travail ».

La solution retenue par la Cour résulte d'une application stricte de la réglementation en vigueur. En effet, il ne peut être recouru au CDD pour pourvoir un emploi durable de l'entreprise. Cela s'explique par le fait que le CDD est par nature un contrat d'exception. À l'inverse, le contrat à durée indéterminée est la forme générale et permanente du contrat de travail, et doit être utilisé chaque fois que l'emploi proposé peut-être stable.

Ainsi, le CDD doit être utilisé par l'employeur uniquement pour faire face à des besoins momentanés de renfort, de transition et remplacement objectivement identifiables.

Pour cela, l'employeur souhaitant recourir à un CDD devra impérativement satisfaire à deux conditions : le contrat devra être conclu pour **l'exécution d'une tâche précise** et seulement **de manière temporaire**.

01. SOCIAL

Employeurs : prudence dans le recours au contrat à durée déterminée qui demeure un contrat d'exception

— 1

C'est principalement au regard de ces deux conditions que la Cour de cassation a, dans cet arrêt du 8 juin 2021, sanctionné l'employeur, en soulignant :

- > D'une part que « Le nombre et la durée des contrats, renouvelés sans interruption, notamment pour quatre des salariés plus particulièrement concernés, pourvoient à des emplois liés à l'**activité générale et permanente** de l'établissement » ;
- > D'autre part, la Cour relève clairement que « le nombre de CDD signés sur la période de prévention, leur durée cumulée, la nature des emplois concernés et la structure des effectifs ne permettent pas de démontrer une raison objective de renouvellement de CDD **pour répondre à des besoins temporaires**, mais caractérisent au contraire une volonté d'avoir à disposition une main d'œuvre flexible ».

2. L'indication d'un motif précis dans le CDD

Le seul respect des deux conditions énoncées précédemment ne suffit pas à recourir au CDD. Le CDD ne peut en effet être utilisé que dans les seuls cas limitativement énumérés par la loi, à savoir :

- > Le remplacement d'un salarié en cas d'absence, de suspension de son contrat de travail, de passage provisoire à temps partiel, de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail, d'attente de l'entrée en service du salarié recruté par CDI appelé à le remplacer ;
- > L'accroissement temporaire d'activité ;
- > Les emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels il est d'usage constant dans certains secteurs d'activité de ne pas recourir au CDI ;
- > Le remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale ou le remplacement du chef d'une exploitation ou entreprise agricole.



C'est ainsi que dans un arrêt en date du 8 septembre 2021 (*Cass. Soc., 8 sept. 2021, n°20-16.324*), à la question de savoir si la mention dans le contrat que le CDD est conclu en vue de la réorganisation d'un service est suffisante, la Cour a répondu par la négative, en relevant que la seule réorganisation d'un service ne constitue pas en soi l'énonciation d'un motif précis.

Par un second arrêt, *Cass. Soc., 15 sept 2021, n°19-23.909*, la Cour de cassation est venue confirmer cette position en soulignant que « la réorganisation du service commercial » ne constitue pas à elle seule un motif valable justifiant le recours à un CDD.

3. Les sanctions encourues en cas de violation des mesures applicables en matière de recours au CDD

Les dispositions relatives au recours d'un CDD sont d'ordre public, et l'on ne peut donc pas y déroger par voie conventionnelle (*Cass.soc., 2 avr 2014, n°1-25.442*).

Ainsi, le non-respect de l'ensemble des mesures évoquées précédemment peut entraîner des conséquences assez importantes.

L'employeur peut s'exposer à des sanctions civiles à savoir la requalification du CDD en CDI (*Article L. 1245-1 du Code du travail*), la requalification de la rupture du CDD en licenciement sans cause réelle et sérieuse avec l'ensemble des conséquences indemnitaires en découlant (indemnité de licenciement, indemnité compensatrice de préavis, dommages et intérêts pour licenciement irrégulier et abusif) ou encore à des sanctions pénales prévues à l'article L1248-1 du Code du travail : 3 750€ d'amende, relevée à 7 500€ en cas de récidive, plus six mois d'emprisonnement.

02. DROIT COMMERCIAL

La réforme du droit des entreprises en difficulté

(Ordonnance du 15 septembre 2021 n°2021-1193)

Dans un contexte de crise sanitaire, le droit des entreprises en difficulté a été bousculé.

C'est la raison pour laquelle, ce droit a été réformé par l'ordonnance du 15 septembre 2021 n°2021-1193 et son décret d'application n°2021-1218 publié le 24 septembre 2021.

Si cette réforme ne bouleverse pas le droit applicable, elle a pour vertu d'entériner certaines mesures prises en période d'épidémie, et a pour objectif d'accompagner les entreprises dans la sortie de crise qui se profile.

Parmi les apports de cette réforme, on relève notamment que le CAC pourra désormais informer directement le Président du Tribunal lorsque la situation du débiteur lui semblera urgente et que les mesures proposées lui apparaîtront insuffisantes.

Dans le même état d'esprit, le Président du Tribunal pourra désormais, dès la convocation du dirigeant à un entretien, solliciter la remise de documents sur la situation économique et financière de l'entreprise.

L'ordonnance reprend également une mesure phare de l'ordonnance du 20 mai 2020 qui permet au débiteur de solliciter du Président du Tribunal l'obtention de délais de grâce à l'encontre d'un créancier qui refuserait de suspendre l'exigibilité de sa créance pendant la période de conciliation.



S'agissant de la procédure de sauvegarde, dans un objectif de célérité, la durée de la période d'observation a été réduite à une durée maximale de 12 mois, alors qu'elle était auparavant de 18 mois.

Un nouveau privilège dit « de post money » est également créé, ayant pour but de lutter contre les refus de financement bancaire auxquels les entreprises se heurtent en raison de leur ratio d'endettement ou de leur côte de crédit de la Banque de France. En effet, désormais, les créanciers ayant réalisé un apport en trésorerie au cours de la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement seront privilégiés et ne pourront se voir imposer des délais et remises non-acceptés.

Enfin, les comités de créanciers sont remplacés par des classes de créanciers créées en fonction de la typologie du passif : actionnaires, établissements bancaires... Les entreprises de plus de 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net, y seront obligatoirement soumises. En deçà de ces seuils, un recours volontaire aux classes de créanciers reste possible.

L'objectif est de permettre l'adoption de plans plus ambitieux, accepté au sein de chacune des classes créées.

Les principales dispositions de cette réforme entreront en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2021 et seront applicables aux procédures en cours au jour de son entrée en vigueur.

03. DROIT DES CONTRATS

Un locataire commercial peut agir en référé contre un autre locataire qui ne respecterait pas ses obligations issues de son propre bail

(Cass. civ. 3, 6 mai 2021, n°19-23145)

En l'espèce, une société avait pris à bail des locaux dans un centre commercial pour y exercer une activité de boulangerie-pâtisserie traditionnelle.

Ultérieurement, le propriétaire du centre concédait à un autre locataire un bail portant sur des locaux situés dans le même centre commercial, pour l'ouverture d'un supermarché. La clause du bail relative à la destination des lieux autorisait les activités « d'alimentation générale et tous commerces, à l'exception de ceux actuellement exploités dans le centre commercial ».

En dépit de cette limitation, l'exploitant du supermarché démarrait la commercialisation d'une gamme de pains et viennoiseries livrés précuits et surgelés, et finis sur place par cuisson dans un four installé dans les lieux par l'exploitant.

Le boulanger faisant état d'une baisse de chiffre d'affaires et considérant cette activité contraire à la clause du bail précitée, saisissait le Président du Tribunal de commerce en référé qui accueillait la demande et enjoignait à l'exploitant du supermarché de cesser toute activité de cuisson de pains ou de viennoiserie destinés à être vendus sur place, et ce sous astreinte de 400 euros par jour de retard.

Sur appel, la Cour infirmait cette décision, estimant que le caractère licite ou illicite de la nouvelle activité constituait une question de fond échappant à la compétence du juge des référés, et qu'en outre l'existence d'un trouble manifestement illicite n'était nullement démontrée.

Ce raisonnement est censuré par la Cour de cassation dans l'arrêt du 6 mai 2021 ici rapporté. La juridiction suprême décide au contraire que la violation par le locataire de ses obligations contractuelles était constitutive d'un trouble manifestement illicite qu'il appartenait aux juges de faire cesser.

S'il est acquis que le tiers à un contrat, qui subit un préjudice du fait de la violation par une partie de ses obligations contractuelles, peut agir en responsabilité civile contre le contractant défaillant, cette action ne permet d'obtenir que l'allocation de dommages-intérêts. **La présente décision semble ouvrir la voie à une possible action en référé, permettant au tiers victime d'une inexécution contractuelle de solliciter du juge des mesures de nature à faire cesser le comportement illicite.**



04. DROIT FISCAL

Crédit d'impôt recherche : Bercy a procédé à d'importants aménagements de sa doctrine

(BOI-BIC-RICI-10-10 s. du 13-7-2021)

Le crédit d'impôt recherche (CIR) a été largement modifié par les dernières lois de finances : nouvelles modalités de prise en compte des dépenses de recherche externalisées, abaissement du taux forfaitaire de la part des dépenses de fonctionnement calculée en fonction des dépenses de personnel, etc.

L'administration commente ces mesures dans une mise à jour de sa base Bofip du 13 juillet 2021 et tire les conséquences de plusieurs décisions du Conseil d'Etat. En particulier, il ressort des précisions apportées que :

- > les dépenses afférentes aux **intérimaires** peuvent être retenues dans l'assiette du CIR dès lors qu'ils sont des personnels de recherche directement et exclusivement affectés aux opérations de R&D (BOI-BIC-RICI-10-10-20-20 no 80). Par ailleurs, la liste d'exemples de personnel de soutien à exclure, selon l'administration, des dépenses de personnel éligibles au CIR est complétée (BOI précité n° 140) ;
- > l'administration distingue désormais **deux types de recherche externalisée**, celle confiée entièrement à un organisme de recherche et celle menée dans le cadre d'une collaboration, et précise les conditions à respecter pour chacun de ces deux types (BOI précité n° 171) ;
- > afin de tenir compte d'une décision du Conseil d'Etat (CE 22-7-2020 no 428127 : FR 35/20 inf. 1), l'administration précise que les dépenses afférentes aux **travaux scientifiques et techniques externalisés qui ne constituent pas en tant que tels des opérations de R&D**, mais qui sont indispensables à la réalisation d'une opération de R&D éligible au CIR menée en interne par le donneur d'ordre, peuvent également être prises en compte dans la base de calcul du CIR de ce dernier (BOI précité n° 172) ;
- > des précisions importantes sont apportées sur la **sous-traitance en cascade** d'opérations de recherche. En particulier, les opérations confiées à un organisme de recherche public permettent au donneur d'ordre de prendre en compte les dépenses correspondantes pour le double de leur montant, y compris pour la part de ces opérations qui serait sous-traitée par cet organisme à un autre organisme de recherche public (BOI précité n° 175 s.) ;



1_

Aucune décision d'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre le dirigeant

(Cass. 3e Civ., 27 mai 2021, n°19-16716, FS-P)

Pour rappel, la règle est directement posée par le troisième alinéa de l'article 1843-5 du Code civil : « Aucune décision de l'assemblée des associés ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour la faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ».

Pourtant, dans le cadre d'une action en responsabilité introduite par la société contre son dirigeant, il est tentant pour ce dernier de se prévaloir du quitus de gestion donné par les associés.

En effet, dès lors que les associés avaient connaissance de l'acte conclu par le dirigeant - en l'espèce une vente immobilière - et des circonstances entourant l'opération, le dirigeant pourrait considérer que ces derniers ont ratifié sa décision et la convention qu'il a conclue.

Il n'en est rien. L'aval des associés n'enlève pas le caractère fautif à un acte commis par le dirigeant au détriment de la société.

2_

L'ordonnance visant à généraliser la facturation électronique entre assujettis à la TVA (« e-invoicing ») et à mettre en œuvre la transmission dématérialisée de certaines données à l'administration (« e-reporting ») est parue au Journal officiel du 16 septembre (ordonnance 2021-1190 du 15 septembre 2021). Ainsi, l'entrée en vigueur varie selon la taille de l'entreprise :

Obligation	Entreprises visées	Application aux factures émises à compter du
Réception de factures dématérialisées*	Tous assujettis établis en France	1 ^{er} juillet 2024
Emission et transmission de factures dématérialisées*	ETI**	1 ^{er} janvier 2025
	PME et micro-entreprises**	1 ^{er} janvier 2026
	Autres entreprises	1 ^{er} juillet 2024
Transmission de données à l'administration	ETI	1 ^{er} janvier 2025
	PME et micro-entreprises	1 ^{er} janvier 2026
	Autres entreprises	1 ^{er} juillet 2024

* sous réserve de l'autorisation du Conseil de l'Union européenne nécessaire en application de l'article 395 de la directive TVA.

** sauf si membre d'un groupe TVA

La transmission et la réception des factures entre assujettis établis en France s'opèrera via la plateforme publique Chorus Pro ou via une plateforme privée qui transmettra les données de facturation à Chorus Pro



LEXCO accompagne Keolis Tours dans la mise en œuvre du RGPD pour le réseau de transports Tours Métropole Val de Loire.

Keolis Tours, filiale du groupe Keolis, exploite depuis 1975 le réseau de transports de Tours Métropole Val de Loire, avec un succès croissant. Une performance qui s'appuie sur la volonté forte de la collectivité de développer le transport collectif et sur l'expertise du groupe Keolis dans la gestion des réseaux multimodaux des grandes agglomérations.

Keolis Tours a choisi le cabinet LEXCO pour l'accompagner dans le cadre de sa conformité au Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD).

Me Olivier DE MATTOS, avocat partenaire du cabinet LEXCO, intervient sur cette mission sous la responsabilité de Jérôme DUFOUR.



Le cabinet LEXCO est fier de vous annoncer avoir remporté le prix d'or aux « Trophées de la Justice bordelaise » organisés par la legaltech PREDICTICE, spécialiste de la recherche et de l'analyse juridique.

Au travers de ce prix, la société PREDICTICE, portant l'une des bases judiciaires les plus nourries, a souhaité récompenser la qualité, la technicité et la visibilité de l'activité judiciaire en droit des affaires et en droit social du cabinet LEXCO.

Ces pôles sont aujourd'hui dirigés par Vimala DE MALET (pôle social) et Fanny PENCHE-DANTHEZ (pôle contentieux des affaires).

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
Vimala de Mallet – vimala.demalet@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

www.lexco.fr