

Brèves Lamy Lexel

Mars 2011

Droit des Affaires

➤ **Résiliation d'un contrat d'enlèvement de déchets industriels (Cour de Cassation, 3ème chambre civile - 1er décembre 2010 - n° 09-16.516)**

Une société fabricante de dispositifs médicaux confie l'enlèvement de ses déchets à un prestataire spécialisé, qui devait procéder à l'enlèvement et au recyclage.

Ce prestataire est interrogé par le fabricant quant aux modalités et lieux de traitement des déchets et ne donne pas de réponse, commettant une faute contractuelle justifiant la résiliation du contrat.

En effet, l'entreprise productrice de déchets est tenue, en application de l'article L 541-2 du Code de l'Environnement, de s'assurer du suivi des déchets jusqu'à l'étape finale de leur élimination ou du traitement. Elle était donc en droit d'exiger une information sur ces modalités.

➤ **Cessation d'activité d'une installation classée (Conseil d'Etat, 6ème et 1ère sous-sections réunies - 26 novembre 2010 – 323534)**

Le Conseil d'Etat décide qu'une entreprise, dernière exploitante d'un site sidérurgique, peut se voir imposer la réalisation d'un diagnostic de l'état des sols dans un rayon de 500 mètres autour de l'ancien site, et ce, selon les dispositions de l'article L 512-7 du Code de l'Environnement.

Les exploitants d'installations classées sont responsables des conséquences de leurs activités sur l'environnement, même à l'extérieur de l'emprise du site industriel.

➤ **Réservation d'hôtel par Internet : pas de droit à l'erreur (Cour de Cassation, 1ère chambre civile - 25 novembre 2010 - n°09-70.833)**

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

Un particulier réserve, par l'intermédiaire d'une agence de voyages sur Internet, une chambre d'hôtel à Dakar.

Dès le lendemain de sa réservation, il s'aperçoit s'être trompé de dates et sollicite la modification de sa réservation. Cette modification, ainsi que le remboursement des sommes versées, lui sont refusés, à juste titre selon la Cour de Cassation : le délai de rétractation de 7 jours francs ne s'applique pas aux prestations de services d'hébergement, de transport, de restauration ou de loisirs qui doivent être fournies à une date ou selon une périodicité déterminée (Article L. 121-20 du Code de la Consommation).

Droit des Sociétés

➤ Apports en nature consentis à une SARL

Deux conditions cumulatives permettent aux associés de SARL de se dispenser de recourir à un commissaire aux apports en vue d'évaluer les apports en nature consentis à la société (article L. 223-9, aliéna 2 du Code de Commerce) :

- une valeur totale de l'ensemble des apports en nature n'excédant pas la moitié du capital,
- une valeur plafonnée de chacun de ces apports en nature.

La Loi du 15 juin 2010 relative à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) a modifié cette dernière condition en substituant au plafond de 7.500 euros un montant à fixer par décret à paraître, étant précisé que, jusqu'à cette parution, les associés devaient continuer à se référer au montant légal de 7.500 euros.

Le décret du 29 décembre 2010 a fixé ce montant à 30.000 euros (article D 223-6-1 du Code de Commerce).

➤ Précisions de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes sur les fusions et opérations assimilées

La Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC) est récemment intervenue afin d'apporter certaines précisions sur l'impact comptable des fusions et opérations assimilées.

- **Comptabilisation de la charge d'impôt de la société confondue (CNCC, EC 2010-41, décembre 2010)**

Dans un premier temps, la CNCC s'est prononcée sur la comptabilisation de la charge d'impôt sur les sociétés suite à une dissolution sans liquidation (ou « confusion de patrimoine », réalisée dans les conditions prévues à l'article 1844-5 du Code Civil) entraînant la transmission universelle du patrimoine (« TUP ») avec effet fiscal rétroactif : « *Qui de la société confondue ou confondante doit*

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

comptabiliser la charge d'impôt sur les sociétés ? », étant rappelé que la société confondue n'a plus d'existence juridique à la date de clôture de l'exercice en cause.

La CNCC rappelle qu'une TUP n'est réalisée, juridiquement, qu'à l'issue du délai d'opposition des créanciers dont la durée est de 30 jours à compter de la publication de l'opération dans un journal d'annonces légales ; que sur le plan comptable il n'est pas possible de donner un effet rétroactif à l'opération de dissolution par confusion de patrimoine et enfin, qu'en matière fiscale, si un effet rétroactif peut être conféré à une telle opération, la rétroactivité purement fiscale n'a pas d'effet sur le plan comptable.

Elle indique que, conformément au Règlement CRC 04-01, les actifs et les passifs de la société confondue doivent être comptabilisés à la valeur nette comptable au bilan de la société confondante à l'issue du délai d'opposition des créanciers susvisé et que les passifs à comptabiliser comprennent la charge d'impôt sur les sociétés due par la société confondue pour la période ouverte à compter du premier jour de l'exercice. Cette comptabilisation aura donc une incidence sur le mali et/ou le boni de confusion.

Enfin, la CNCC précise que, s'agissant d'une intégrée confondue, intégrée fiscalement, l'on doit comptabiliser la charge d'impôt comme si elle n'était pas membre d'un groupe d'intégration fiscale et était imposée séparément.

- **Valorisation des titres remis en échange suite à une fusion (CNCC, EC 2010-59, décembre 2010)**

Dans un second temps, la CNCC s'est prononcée sur la comptabilisation des titres remis en échange suite à la fusion de sociétés sœurs, toutes deux détenues à 100 % par une même société mère, laquelle avait déprécié les titres qu'elle détenait au sein de la société absorbée : « *À quelle valeur doivent être comptabilisés, chez la société mère, les titres de la société absorbante reçus en échange des titres de la société absorbée, eux-mêmes dépréciés dans la comptabilité de la société mère ?* ».

La CNCC a tout d'abord rappelé les principes selon lesquels :

- les apports doivent être effectués à la valeur comptable lorsque les opérations de fusion impliquent des sociétés sous « contrôle commun »,
- en cas de fusion entre sociétés détenues à 100% où les apports ont été effectués à la valeur comptable, les actions de la société absorbante, remises en échange des actions de la société absorbée, sont évaluées à la valeur comptable de ces dernières.

Par ailleurs, la CNCC rappelle que le Conseil National de la Comptabilité avait confirmé que la valeur comptable des titres de la société absorbée, retenue dans le cadre du calcul du mali, s'entend de la valeur nette comptable, laquelle comprend les éventuelles dépréciations comptabilisées.

En conséquence, la CNCC estime que, dans les comptes de la société mère, l'opération de fusion entre ses deux filiales à 100% se traduit par :

- (i) une sortie des titres de la société absorbée pour leur valeur brute,

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

- (ii) la reprise en résultat de la dépréciation préalablement comptabilisée,
- (iii) l'inscription à l'actif, pour la valeur nette des anciens titres de la société absorbée, des titres de la société absorbante remis en échange.

Elle souligne que l'opération n'a pas de conséquence sur le résultat de la société mère car la moins-value d'échange est compensée par la reprise de la dépréciation, et les nouveaux titres de la société absorbante sont inscrits à l'ancienne valeur nette des titres de la société absorbée.

Droit Social

➤ **L'avis d'aptitude avec réserves : une portée limitée (Cour de Cassation, chambre sociale - 25 janvier 2011 - n°09-72.834)**

L'article L. 1132-1 du Code du Travail dispose qu'« aucune personne ne peut [...] faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...], notamment en matière de [...] renouvellement de contrat en raison de [...] son état de santé ou de son handicap ».

En cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap, l'article L. 1133-3 du Code du Travail apporte néanmoins un tempérament dès lors qu'il prévoit que les différences de traitement opérées en considération de cette inaptitude, lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées, ne constituent pas une discrimination.

La Cour de Cassation a récemment été interrogée sur le fait de savoir si l'employeur pouvait, en cas d'avis d'aptitude avec réserves délivré par le médecin du travail, se fonder sur ce dernier article pour justifier du non renouvellement du contrat de travail à durée déterminée de l'un de ses salariés.

En l'espèce, un employeur avait décidé de ne pas renouveler le contrat de travail à durée déterminée d'un agent de médiation (contrat relatif à des activités d'adultes-relais) compte tenu de l'avis d'aptitude avec réserves rendu par le médecin du travail à la suite d'un arrêt de travail pour maladie. Il soutenait l'applicabilité de l'article L. 1133-3 du Code du Travail dès lors qu'il existait, selon lui et compte tenu de la délivrance d'un avis d'aptitude avec réserves, des raisons objectives, nécessaires et appropriées de nature à justifier du non renouvellement du contrat.

La Cour d'Appel, reprenant l'argumentation développée par l'employeur, avait débouté le salarié de sa demande de dommages et intérêts fondée sur l'existence d'une discrimination directe en raison de son état de santé.

La Cour de Cassation a censuré la décision de la Cour d'Appel et retenu l'existence d'une discrimination directe à l'égard dudit salarié en raison de son état de santé, jugeant, pour la première fois, que l'application de l'article L. 1133-3 du Code du Travail était subordonnée à l'existence d'un avis d'inaptitude régulièrement émis par le médecin du travail.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

Le principe posé par la Cour de Cassation, selon lequel l'avis d'aptitude avec réserves n'est pas de nature à justifier l'existence d'une différence de traitement, aura vocation à trouver application dans bien d'autres cas, eu égard notamment à la généralité des termes de l'article L. 1132-1 du Code du Travail.

➤ **Dénigrer sa hiérarchie par mail justifie un licenciement (Cour de Cassation, chambre sociale - 2 février 2011 - n°09-72.313 et n°09-72.449)**

Le salarié, qui entretient sur son lieu de travail des correspondances privées, introduit sa vie personnelle dans la sphère professionnelle et, de ce fait, l'expose à sa révélation.

L'arrêt Nikon, rendu par la chambre sociale de la Cour de Cassation le 2 octobre 2001 (*Cass.soc.2 octobre 2001, n°99-42.942*), a reconnu l'existence d'une protection particulière au droit à l'intimité de la vie privée du salarié et au secret de ses correspondances, en interdisant à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels émis et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour l'exécution de son travail.

Néanmoins, la Cour de Cassation admet que des restrictions puissent être apportées à ce droit, notamment lorsqu'il s'agit de la nécessité pour l'entreprise de se défendre contre un usage abusif de l'outil informatique.

La Cour de Cassation a en effet estimé, dans deux arrêts du 2 février 2011, qu'un employeur pouvait se prévaloir du contenu de courriels qu'il n'a pas lui-même ouvert pour justifier le licenciement disciplinaire d'un salarié.

Dans la première affaire, un salarié avait envoyé, depuis sa messagerie professionnelle, un mail à sa compagne dans lequel il insultait sa hiérarchie et annonçait qu'il ne serait pas présent à son poste de travail l'après-midi même. Il avait par mégarde mis un autre salarié de l'entreprise en copie de cet échange, lequel l'avait transféré à l'employeur.

Dans la seconde affaire, le courriel, dont l'objet était intitulé « *info* », avait été découvert par le remplaçant du salarié, auteur des propos outranciers.

La Cour de Cassation a considéré, dans ces deux arrêts, que le mail litigieux était en rapport avec l'activité professionnelle du salarié, qu'il ne revêtait pas un caractère privé, et justifiait donc un licenciement disciplinaire.

La solution dégagée ici par la Cour de Cassation est à rapprocher du récent jugement du Conseil de Prud'hommes de Boulogne du 19 novembre 2010, qui a confirmé le licenciement disciplinaire de trois salariés ayant dénigré leur entreprise sur le réseau social Facebook.

Si le principe d'un respect au droit à la vie privée sur le lieu de travail est garanti par la jurisprudence, les salariés doivent néanmoins porter une attention particulière au contenu de leurs échanges !

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

➤ **Chronopost : un nouveau moyen de remise de la lettre de convocation à l'entretien préalable (Cour de Cassation, chambre sociale - 8 février 2011 - n°09-40.027)**

L'article L. 1232-2 du Code du Travail, en son alinéa 2, dispose que la convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement « *est effectué par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge* ».

Cette rigueur formaliste apparaît justifiée pour les raisons suivantes : outre le fait que les textes ne proposent pas, en l'état actuel, d'autres modalités de convocation, elle repose sur des considérations liées à la preuve de la connaissance effective par le salarié de la lettre de convocation, et au caractère d'ordre public du délai de cinq jours ouvrables à respecter avant la tenue de l'entretien préalable.

La Cour de Cassation a insisté à plusieurs reprises sur le caractère substantiel de ces formalités, considérant que l'envoi d'une télécopie ne permettait pas de considérer que les formalités légales avaient été accomplies (*Cass.soc.13 septembre 2006, n° 04-45.698*), ou encore que la remise en main propre sans faire signer de décharge constituait une irrégularité de procédure (*Cass.soc.23 mars 2005, n°02-46.105*).

Dans un arrêt du 8 février 2011, la Cour de Cassation a fait davantage preuve de souplesse en admettant que l'envoi en Chronopost d'une convocation à un entretien préalable ne violait pas les obligations légales.

En l'espèce, un employeur avait convoqué un salarié à un entretien préalable à un licenciement par Chronopost. Le salarié contestait la régularité de la procédure de licenciement au motif que ce mode d'acheminement ne correspondait pas aux prescriptions légales.

Les Hauts-Magistrats ont décidé que « *l'envoi de cette convocation par le système de transport rapide de courrier dit « Chronopost », qui permet de justifier des dates d'expédition et de réception de la lettre, ne pouvait constituer une irrégularité de procédure de licenciement* ».

Par ailleurs, la Haute Juridiction profite de cet arrêt pour apporter une exigence spécifique en cas d'envoi de la convocation par courrier recommandé : l'employeur doit le faire avec « *demande d'avis de réception* ».

➤ **En cas de congé sans solde, les absences n'ont pas lieu d'être prises en compte pour le calcul des heures supplémentaires (Cour de Cassation, chambre sociale - 9 février 2011 - n°09-42.939).**

La Cour de Cassation a récemment été saisie de la question de l'incidence d'une absence non rémunérée et autorisée par l'employeur, dans le cadre d'un accord de modulation, sur le décompte des heures supplémentaires.

En l'espèce, l'entreprise appliquait un accord d'aménagement et de réduction du temps de travail prévoyant, d'une part une modulation du temps de travail répartie sur deux périodes, et d'autre part un lissage de la rémunération. Un salarié, avec l'accord de son employeur, avait bénéficié de deux absences non rémunérées sur une même période : l'une de douze heures le 19 juillet 2005, et

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

l'autre de trois heures le 27 décembre de la même année. Lors du décompte des heures supplémentaires, effectué à l'issue de cette période, l'employeur avait déduit les quinze heures d'absence correspondantes.

Dans un arrêt du 19 juin 2009, la Cour d'Appel de Toulouse avait retenu que si les heures sans solde accordées par l'employeur à un salarié devaient être déduites des mois au cours desquels elles avaient été effectuées, ces heures d'absence ne devaient en aucun cas avoir des conséquences sur le calcul des heures supplémentaires effectuées et payées. L'employeur devait donc leur appliquer la majoration de 25%.

La Cour de Cassation a cassé l'arrêt rendu par les juges du fond et a considéré que les absences non rémunérées autorisées par l'employeur, qui ne peuvent être assimilées à du temps de travail effectif, ne devaient pas être prises en compte dans le calcul des heures supplémentaires, sous réserve de l'existence de dispositions conventionnelles, d'engagement unilatéraux ou d'usages contraires.

Cette solution s'inscrit dans le prolongement d'un arrêt rendu par la Haute Juridiction (*Cass.soc.13 juillet 2010, n°08-44.550*) qui considère que le temps d'absence pour maladie n'est pas assimilé à du temps de travail effectif, sous réserve toutefois de l'hypothèse particulière des absences pour maladie en période haute, lesquelles conduisent à un abaissement du seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

Droit Fiscal

➤ Fiscalité des particuliers

Fiscalité du patrimoine : la réforme annoncée se dessine !

Si la piste de l'exonération des plus-values réalisées à l'occasion de la cession de la résidence principale a été écartée par le gouvernement, la suppression du bouclier fiscal et la réforme de l'ISF sont quant à elles confirmées.

S'agissant de l'ISF, deux scénarios sont à l'étude :

- La première hypothèse est celle de sa suppression et de son remplacement par une imposition qui frapperait annuellement l'augmentation de la valeur des patrimoines supérieurs à 1,3 millions d'euros.
Un tel dispositif, dont la mise en œuvre s'avèrerait complexe, conduirait notamment à une taxation accrue des produits d'assurance vie.
- La seconde hypothèse prévoit la refonte de l'ISF avec l'institution d'un barème comportant deux tranches et conduisant à l'imposition dès le 1^{er} euro des patrimoines

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

supérieurs à 1,3 millions d'euros, excluant du champ de l'ISF bon nombre de contribuables...

Titres de société exonérés d'ISF

Les titres détenus par un associé dirigeant de plusieurs sociétés peuvent être qualifiés de **bien professionnel unique**, exonéré d'ISF, lorsque les sociétés ont des « *activités similaires* » ou « *connexes et complémentaires* ». La connexité s'entend traditionnellement des rapports capitalistiques que ces sociétés entretiennent entre elles.

Dans un arrêt du 28/09/2010 (n°09-68.574), la Cour de Cassation a confirmé que la connexité pouvait aussi s'entendre de la « **dépendance économique** » existant entre les sociétés, et ce en l'absence de tout lien capitalistique. La dépendance économique est ainsi reconnue lorsque l'une des sociétés fournit à l'autre certaines prestations (notamment les prestations de direction générale, financières, commerciales et stratégiques).

Plan d'Épargne en Actions (PEA)

Le Plan d'Épargne en Actions permet aux titres qui y sont logés de bénéficier d'une exonération d'impôt sur les dividendes et plus-values dégagées dans certaines conditions, et ce dans la limite de 132.000 euros de valeur par personne.

Le Comité de répression des abus de droit et la Cour des comptes ayant interpellé le gouvernement sur une pratique visant à minorer la valeur de certains titres inscrits dans le PEA dans le but d'optimiser l'avantage fiscal qu'il procure (notamment en cas de réalisation future d'une plus-value substantielle), le gouvernement pourrait, après avoir plafonné l'exonération des dividendes reçus via un PEA, limiter l'exonération des plus-values réalisées dans le cadre du Plan.

➤ Fiscalité des entreprises

1 Projet d'instruction intéressant le régime fiscal de l'EIRL

L'administration fiscale met actuellement en consultation publique sur son site (www.impot.gouv.fr) un projet d'instruction commentant le régime fiscal de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), tel qu'il ressort de l'article 1655 sexies nouveau du Code Général des Impôts.

Régime d'imposition

Lorsque l'EIRL relève d'un régime réel d'imposition, normal ou simplifié, il est assimilé à une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) : son résultat est en principe imposé à l'impôt sur le revenu en son nom ou, sur option, à l'impôt sur les sociétés.

Déductibilité des rémunérations de l'EIRL

En cas d'option pour l'impôt sur les sociétés, l'EIRL peut déduire de son bénéfice imposable les rémunérations qu'il s'attribue au titre de l'activité professionnelle.

En revanche, les autres sommes que l'EIRL prélève de l'exploitation ne sont pas déductibles du résultat fiscal et sont soumises à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus mobiliers.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

Transferts de biens entre patrimoines

Des règles d'imposition des plus-values d'apport sont prévues en cas d'apport de biens du patrimoine privé de l'entrepreneur au patrimoine d'affectation de l'EIRL ainsi que, à l'inverse, en cas de retrait au profit du patrimoine personnel de l'entrepreneur, de biens inscrits au patrimoine d'affectation de l'EIRL.

2. Simplification des conditions relatives à l'établissement de la DEB

Rappelons tout d'abord que le nombre et la nature des informations que doit comporter la déclaration d'échange de biens (DEB) dépendent du niveau d'obligation dont relève l'opérateur. Jusqu'à récemment, il existait quatre niveaux d'obligations déterminés par des seuils différents selon qu'étaient considérées les opérations d'introductions ou d'expéditions.

Depuis le 1^{er} janvier 2011, le régime est simplifié et il ne subsiste que deux niveaux d'obligations, déterminés par un seuil unique fixé à 460 000 euros et applicable à la fois aux introductions et aux expéditions. Le tableau ci-après récapitule les conséquences de cette réforme.

| | Montant annuel inférieur à 460 000 euros | Montant annuel supérieur à 460 000 euros |
|----------------------|---|---|
| Introductions | Aucune DEB | DEB détaillée (données statistiques et fiscales) |
| Expéditions | DEB simplifiée (données fiscales seules) | |

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com