

La Lettre de Lyon

NOV 2010

DOSSIER SPECIAL

Une nouvelle étape dans la lutte contre les risques psycho-sociaux

Page 3

LE DOSSIER

**La garde à vue
censurée**

Page 4

**Taxe sur la
valeur ajoutée**

5 TVA sur les échantillons

**Taxe sur la
valeur ajoutée**

5 La réforme de la TVA immobilière est entrée en vigueur le 11 mars 2010

**Impôt sur les
sociétés**

5 Sous-capitalisation des sociétés

**Impôt sur les
sociétés**

6 Changement d'activité d'une société filialisant son activité

**Droit de la
Propriété
Industrielle**

6 GOOGLE - Liens commerciaux : Contrefaçon de marque ?

**Droit Public
des Affaires**

7 Photovoltaïque : Ombres et lumières sur les contrats publics

**Droit
des affaires**

7 Bail commercial : Nouvelles obligations pour les bailleurs

Edito

Chers lecteurs,

Nous avons le plaisir de vous adresser le nouveau numéro de notre newsletter pour le mois de Novembre 2010.

Nos équipes ont sélectionné pour vous , plusieurs sujets d'actualité dans chacun des domaines de spécialité traités par notre Cabinet.

Compte tenu de son importance nous avons rajouté à ce numéro un dossier spécial sur la lutte contre les risques psychosociaux.

Nous vous souhaitons bonne lecture.

Jérôme Lucas

Avocat Associé

lalettre@lyon.cms-bfl.com

Dossier Spécial

UNE NOUVELLE ÉTAPE DANS LA LUTTE CONTRE LES RISQUES PSYCHO-SOCIAUX

L'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail a fait l'objet d'un arrêté d'extension le 23 juillet 2010 qui le rend applicable à l'ensemble des entreprises quels que soient leur effectif.

L'objectif de cet accord, dans le prolongement de l'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail, est de sensibiliser les salariés et les employeurs ainsi que les représentants du personnel sur les **phénomènes de harcèlement et de violence au travail**.

Rappelons que, selon l'article L4121-1 du Code du Travail, pèse sur l'employeur une **obligation de sécurité de résultat**, l'employeur devant prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés.

L'employeur est donc responsable des facteurs de risques pouvant affecter la santé mentale des salariés, c'est-à-dire, ceux qui, par le travail, peuvent provoquer, concourir, aggraver ou favoriser l'apparition de risques psycho-sociaux, comme la dépression nerveuse, le suicide à l'occasion du travail, l'atteinte aux droits et à la dignité de la personne (harcèlement moral), l'anxiété reconnue comme préjudice réparable dans les affaires de l'amiante.

Si le pouvoir de direction de l'employeur n'est pas remis en cause, il est toutefois limité par l'interdiction qui lui est faite de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé ou la sécurité des salariés, certaines méthodes de gestion pouvant engager sa responsabilité.

L'ANI recommande donc aux employeurs de prendre les mesures collectives visant à améliorer la santé et la sécurité du travail des salariés et de veiller à l'environnement physique et psychologique de travail.

A côté du **harcèlement** est ainsi reconnue la notion de **violence au travail**, les partenaires sociaux ayant affirmé que l'organisation et l'environnement de travail, comme une mauvaise communication dans l'entreprise, pouvaient avoir une influence sur l'exposition des personnes à ces phénomènes.

Il s'agit de risques pouvant être sanctionnés par la violation de l'obligation de sécurité de résultat, si l'employeur ne prend pas les mesures nécessaires à faire cesser leurs manifestations qui peuvent aller du manque de respect, à la manifestation de la volonté de nuire, de détruire, de l'incivilité à l'agression physique ou verbale, pouvant consister en des incidents ponctuels ou des comportements systématiques. Ils peuvent être exercés par un ou plusieurs salariés, entre collègues, entre supérieurs et subordonnés ou par des tiers (clients, consommateurs, patients, élèves, etc....)

L'entreprise doit donc prendre **les mesures nécessaires de prévention**, en engageant différents processus visant à :

- Recenser ces phénomènes,
- Informer les salariés,
- Former les salariés,
- Améliorer les conditions et l'environnement de travail,
- Définir un environnement de travail équilibré,
- Gérer le harcèlement et la violence au travail.

Différentes procédures et outils doivent donc être mis en place ou adaptés et ce en lien avec les représentants du personnel, tels que charte, règlement intérieur, document unique sur la sécurité, évaluation des risques, procédure dédiée, etc., en les adaptant précisément au contexte de l'entreprise et à ses caractéristiques.

Ne rien faire en la matière exposerait à des coûts sociaux accrus (litiges et contentieux pouvant en découler, faute inexcusable, taux de cotisation accident du travail majoré, prise d'acte de la rupture du contrat de travail,...).■

Françoise Albrieux-Vuarchex

Le dossier

LA GARDE A VUE CENSUREE

La garde à vue est la mesure de contrainte par laquelle, pour « les nécessités de l'enquête », une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, est gardée par les forces de l'ordre pour être entendue, pendant un délai maximum de 48 heures pour les infractions de droit commun.

Pratiquée à la seule initiative de l'officier de police judiciaire, sans aucun contrôle préalable d'un juge, dans des conditions matérielles et psychologiques attentatoires aux droits les plus élémentaires (personne menottée, fouillée à corps, dont les poches sont vidées, isolée de l'extérieur dans des locaux insalubres...), l'année 2009 a connu un record avec plus de 800.000 gardes à vue.

La personne placée en garde à vue dispose de droits limités, en particulier d'une assistance purement formelle d'un avocat, avec qui elle peut s'entretenir en début de garde à vue pour une durée maximum de 30 minutes, sans que ce dernier ait eu accès au dossier.

3 décisions récentes ont censuré la garde à vue.

1 - Le Conseil Constitutionnel, par une décision du **31 juillet 2010**, a jugé la garde à vue contraire à la constitution sur 3 points :

le placement en garde à vue peut être décidé quelle que soit la gravité des faits motivant cette mesure et la prolongation n'est pas réservée aux infractions présentant une certaine gravité, la personne placée en garde à vue ne bénéficie pas de l'assistance effective d'un avocat, elle n'est pas informée de son droit de garder le silence.

Le Conseil Constitutionnel a décidé d'abroger le régime actuel de manière différée, en l'espèce au 1^{er} juillet 2011, afin de laisser le temps au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité.

2- La Cour Européenne des Droits de l'Homme, par arrêt en date du **14 octobre 2010**, a condamné la France, dont les modalités de garde à vue violent la notion de procès équitable : droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, droit de garder le silence et droit d'être assisté d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires.

3- La Cour de Cassation, par 3 arrêts en date du **19 octobre 2010**, a jugé la garde à vue contraire aux dispositions de la convention européenne des droits de l'homme pour les mêmes motifs que le Conseil Constitutionnel. Elle y a ajouté un motif supplémentaire tenant à l'exigence d'une raison impérieuse à la restriction à l'assistance d'un avocat, pour les infractions les plus graves (délinquance organisée, stupéfiants, terrorisme) pour lesquelles les durées de garde à vue sont plus longues.

Au nom du principe de sécurité juridique, la Cour de Cassation n'a pas voulu tirer immédiatement les conséquences de sa décision sur les procédures en cours, en se référant au délai laissé par le Conseil Constitutionnel au gouvernement, expirant le 1^{er} juillet 2011, pour adopter une nouvelle législation.

Dans l'intervalle, le Garde des Sceaux avait déposé un projet de loi modifiant les modalités de garde à vue, notoirement insuffisant et au demeurant rendu caduc par les dernières décisions de la Cour de Cassation.

Le gouvernement doit donc modifier son projet de loi sans délai car les gardes à vue antérieurement et actuellement pratiquées, bien que contraires tant à la constitution qu'à la convention européenne des droits de l'homme, sont validées provisoirement, dans l'attente de la réforme, solution inacceptable dans un état de droit. ■

Xavier Vahramian

Taxe sur la valeur ajoutée

▼ TVA sur les échantillons

En principe la TVA concernant les biens donnés n'est pas récupérable. Il en résulte donc un coût final de TVA pour l'assujetti. Le 30 septembre 2010 (C 581/08 - EMI Group Ltd) la CJUE a eu à se prononcer sur des exceptions à ce principe au sujet de la distribution gratuite, à des fins promotionnelles d'enregistrements musicaux.

Elle a, dans le cadre d'une réelle mise en perspective économique, défini de manière large l'«**échantillon**» : spécimen d'un produit qui vise à promouvoir les ventes de celui-ci et qui permet d'évaluer les caractéristiques et qualités de ce produit sans donner lieu à une consommation finale autre que celle qui est inhérente à de telles opérations de promotion. Cette notion ne saurait être limitée de façon générale : une réglementation doit permettre de tenir compte de la nature du produit représenté et du contexte commercial pro-

pre à chaque transaction dans lequel ces spécimens sont remis.

Elle a, en revanche, été plus restrictive s'agissant des «**cadeaux de faible valeur**» indiquant que, les États membres jouissent d'une certaine marge d'appréciation sur cette notion. Ceci leur permet donc de fixer un plafond monétaire pour les cadeaux faits à la même personne au cours d'une période de douze mois, ou faisant partie d'une série ou d'une succession de cadeaux.

Cette jurisprudence va permettre de limiter les montants de **TVA non déductibles** concernant les échantillons puisque ceux-ci sont ici vus plus largement qu'en application de la position française. ■

Delphine martin-Picod
Charlotte Giuliani-Brichon

Taxe sur la valeur ajoutée

▼ La réforme de la TVA immobilière est entrée en vigueur le 11 mars 2010

Le 10 septembre 2010 est paru un décret (Décret 2010-1075 du 10 septembre 2010) qui fixe différentes règles concernant l'application pratique de la réforme. Tel est le cas des modalités d'option pour la TVA. La cession d'un immeuble bâti achevé depuis plus de cinq ans ou d'un terrain ne constituant pas un terrain à bâtir **est exonérée** de TVA. Les vendeurs assujettis ont toutefois la possibilité d'exercer une **option pour l'imposition** de ces opérations (article 260, 5° bis du CGI). L'intérêt de cette option pour la TVA est qu'elle permet aux opérateurs de choisir le régime fiscal en fonction du contexte de chaque opération s'agissant notamment de la qualité de l'acquéreur, des charges grevées de TVA encourues pour réaliser l'opération et du régime applicable

en amont. Le décret ajoute à cette **souplesse** car il indique que l'option, qui doit être mentionnée dans l'acte constatant la mutation, s'exerce distinctement par immeuble, fraction d'immeuble ou droit immobilier relevant d'un même régime d'assiette. (taxation sur le prix total ou sur la marge selon que l'acquisition à ouvert droit à déduction ou non).

Ce dernier point est susceptible de poser **question**, les précisions de l'administration sur le contour précis de l'option à cet égard seront donc importantes pour son application pratique. ■

Delphine martin-Picod
Charlotte Giuliani-Brichon

Impôt sur les sociétés

▼ Sous-capitalisation des sociétés

Lorsqu'une société est considérée comme sous-capitalisée au regard de certains critères, l'article 212 du Code général des impôts **limite la déduction des intérêts** qu'elle verse à des entreprises liées. Cette limitation ne s'applique pas si la société démontre que son endettement global est inférieur ou égal à celui du groupe auquel elle appartient. L'administration fiscale a récemment

confirmé que tel est nécessairement le cas lorsque la société a des **capitaux propres** positifs alors que ceux de son groupe sont négatifs. ■

Pierre Devis
Jérémy Duret

Impôt sur les sociétés

Changeement d'activité d'une société filialisant son activité

Le Conseil d'Etat, dans une décision du 30 juin 2010, a jugé qu'une société qui cessé d'exercer son activité de *transport routier*, transférée à une filiale détenue à 99 %, et qui se limite désormais à une activité de holding, doit être regardée comme ayant opéré un **changement d'activité** constitutif d'une cessation d'entreprise. Elle **perd** donc le droit d'imputer les **déficits** subis dans le cadre de l'activité initiale sur les bénéfices procurés par l'activité nouvelle.

Dans la **situation inverse** où une *société holding* vient à exercer une activité industrielle ou com-

merciale, le Conseil d'Etat se prononce également en faveur du changement d'activité (CE 10/07/2007 n° 288484). Ces jurisprudences rappellent qu'il convient d'être particulièrement **attentif** aux situations de changement d'activité, notamment à l'occasion d'opérations de restructuration (fusion, apport partiel d'actifs). ■

Pierre Devis
Jérémy Duret

Droit de la Propriété Industrielle

GOOGLE - Liens commerciaux : Contrefaçon de marque ?

Faisant suite à une série d'arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 23 et du 25 mars 2010, la société GOOGLE a récemment modifié les règles de son programme AdWords.

Le programme **AdWords** est destiné aux annonceurs qui veulent faire apparaître leurs annonces sur le moteur de recherche **GOOGLE** dans la partie réservée à cet effet.

Ces « liens commerciaux » apparaissent grâce à la sélection par l'annonceur de certains mots clés qui, lorsqu'ils sont tapés par l'internaute sur le moteur de recherche, vont générer l'annonce correspondante.

Jusqu'au mois de septembre dernier, il était interdit pour un annonceur de réserver à titre de mot clé la marque d'un tiers sans l'autorisation de ce dernier.

La société GOOGLE, tirant les enseignements des arrêts du 23 mars 2010, **permet** aujourd'hui aux annonceurs d'utiliser **librement les marques d'autrui** à titre de mot clé pour vendre des produits identiques ou similaires. La responsabilité de la société GOOGLE ne peut plus être engagée à ce titre sur le terrain de la contrefaçon de marque.

En revanche, tout risque n'est pas exclu pour les annonceurs qui souhaiteraient faire apparaître leurs annonces sur la marque d'un concurrent.

En effet, la Cour de Justice de l'Union Européenne a retenu que si l'annonce pouvait prêter à **confusion** avec le titulaire de la marque, soit par-

ce qu'elle est trop vague, soit car elle laisse supposer l'existence d'un lien avec le titulaire, alors l'annonceur qui utilise la marque comme mot-clé commet un **acte de contrefaçon**.

En outre, la Cour précise qu'elle raisonne sur le seul terrain de la contrefaçon de marque, à l'exclusion d'autres règles de droit telles que la **concurrence déloyale**. Des condamnations restent possibles sur d'autres fondements que la contrefaçon de marque.

Dans ces conditions, l'utilisation de la marque d'autrui à titre de mot clé n'est pas devenue sans risque et il convient notamment d'être vigilant dans la rédaction des annonces. ■

Jean Guillaume Monin
Alice Bornand

Droit public des affaires

PHOTOVOLTAÏQUE : Ombres et lumières sur les contrats publics

L'annulation d'un appel à projets pour l'équipement photovoltaïque des toits des bâtiments du conseil général du Gard par le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Nîmes jette une lumière crue sur les contrats par lesquels les collectivités territoriales et leurs groupements autorisent des opérateurs à exploiter des installations sur leurs biens. En effet, pour établir sa compétence le juge administratif a constaté que la procédure d'appel à projets aboutirait pour chaque site à la conclusion d'une convention portant **occupation du domaine public** (200 000 m² de panneaux) en contrepartie d'une redevance versée par le bénéficiaire, mais également que ces contrats prévoyaient l'exécution de travaux d'installation de matériel photovoltaïque et de **travaux d'entretien** des toitures des bâtiments concernés, en contrepartie desquels le bénéficiaire se voit reconnaître par le département le droit d'exploiter les équipements.

Constatant par ailleurs que le département a prévu une procédure *ad hoc* visant à permettre d'assurer la transparence et l'égalité de traitement des candidats, le juge a considéré que ces conventions constituent, **eu égard à leur objet et à l'existence de cette procédure**, des contrats qui sont au nombre de ceux dont peut connaître le juge du référé précontractuel en cas de manquement aux obligations de publicité et de **mise en concurrence** (TA Nîmes, Ord. du 4 oct. 2010).

Cette décision a notamment pour conséquence de projeter les conventions photovoltaïques à caractère domanial des collectivités locales dans la catégorie des « *contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation des services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation* », c'est-à-dire relevant de la **commande publique** dont le champ ne cesse de s'étendre. Si le juge nîmois n'est pas allé jusqu'à qualifier l'opération gardoise de concession de travaux comme le souhaitait la société requérante, il a toutefois sanctionné la violation par le département du principe d'égalité entre les candidats pour avoir tacitement autorisé l'un d'entre eux à se prévaloir de son autorisation pour déposer des déclarations préalables de travaux avant le terme de la procédure d'appel à projets, sans informer les autres candidats de la possibilité qui leur était ainsi offerte.

Cette décision, qui s'ajoute à la **remise en cause du recours au bail emphytéotique administratif** par la direction générale des collectivités locales au titre du contrôle de légalité et à **l'assujettissement** de la vente d'électricité par les collectivités territoriales aux **impôts** commerciaux qui serait recommandé par la direction générale de la comptabilité publique, invite les praticiens à revisiter leurs pratiques et remet en cause les modèles stéréotypés auxquels ils peuvent être tentés de se référer. ■

Yves Delaire

Droit des Affaires

Bail commercial : Nouvelles obligations pour les bailleurs

La loi portant engagement national pour l'environnement n°2010-788 du 12 juillet 2010, dite "*Loi Grenelle II*", a mis à la charge des bailleurs de locaux à usage de bureau ou de commerce de nouvelles obligations tendant à l'insertion de nouveaux documents et/ou informations dans le contrat de bail.

Le contrat de bail commercial ou professionnel doit dorénavant comporter un diagnostic de performance énergétique (**DPE**), jusqu'alors requis uniquement pour la vente de biens immobiliers ou la location de logement. Seuls les baux ruraux et les locations saisonnières échappent à cette obligation.

A partir de 2011, les annonces immobilières mentionneront le classement du bien loué ou vendu en fonction de sa performance énergétique.

On rappellera également que le bailleur d'un local commercial situé dans une zone à risque désignée

par arrêté préfectoral, doit joindre au contrat de bail un **état des risques naturels et technologiques**.

La loi Grenelle II rend enfin obligatoire l'insertion d'une **annexe environnementale** dans les baux conclus ou renouvelés à partir du 1^{er} janvier 2012 (à partir du 14 juillet 2013 pour un bail en cours) portant sur des locaux de plus de 2.000 m² à usage de bureau ou de commerce (article L.125-9 nouveau du Code de l'environnement). Cette annexe dont le contenu sera défini par décret pourra prévoir les obligations qui s'imposent aux locataires pour limiter la consommation énergétique des locaux.

Aucune sanction spécifique n'est prévue par la loi en cas d'absence d'annexe. On peut cependant légitimement penser que le décret comblera cette lacune. ■

Arnaud Bogeat

Avertissement légal

Ce bulletin d'information ne peut se substituer à des recommandations ou des conseils de nature juridique ou fiscale.

Titularité des droits

Ce bulletin d'information est la propriété de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de son auteur.

Directeur de la publication

Jérôme Lucas

© CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE LYON

174, rue de Créqui, 69396 Lyon Cedex 03, France

Tel. : +33 4 78 95 47 99 - 04 72 61 84 27

CMS Bureau Francis Lefebvre est membre de CMS, regroupement de 9 grands cabinets d'avocats européens indépendants offrant aux entreprises un éventail complet de services juridiques et fiscaux en Europe et dans le reste du monde. Fort de plus de 4600 collaborateurs, dont plus de 2200 avocats et 595 associés, CMS s'appuie sur 48 implantations dans le monde.

Cabinets membres de CMS : CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, CMS Bureau Francis Lefebvre, CMS Cameron McKenna LLP, CMS DeBacker, CMS Derks Star Busmann, CMS von Erlach Henrici, CMS Hasche Sigle, CMS Reich-Rohrwig Hainz.

Implantations mondiales principales et secondaires des cabinets membres de CMS : **Amsterdam, Berlin, Bruxelles, Londres, Madrid, Paris, Rome, Vienne, Zurich**, Aberdeen, Alger, Anvers, Arnhem, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Cologne, Dresde, Düsseldorf, Edimbourg, Francfort, Hambourg, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milan, Montevideo, Moscou, Munich, New York, Pékin, Prague, Sao Paulo, Sarajevo, Séville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Utrecht, Varsovie et Zagreb.

Les cabinets membres de CMS, en association avec The Levant Lawyers, sont présents à Beyrouth, Abu Dhabi, Dubaï et Koweït.

www.cms-bfl.com