

## Les risques psychosociaux dans l'entreprise : Un enjeu prioritaire et redéfini

Les risques psychosociaux font la une des médias en raison d'une vague de suicides survenus sur le lieu de travail. Parallèlement, des accords nationaux interprofessionnels (ANI) sur le stress, la violence et le harcèlement au travail viennent d'être négociés.

Les notions de risques psychosociaux que sont le stress, le harcèlement et la violence au travail ne cessent d'être élargies, facilitant ainsi leur reconnaissance et la sanction des employeurs.

Le stress et le harcèlement moral peuvent trouver leur source dans le mode d'organisation même de l'entreprise (ANI 2/07/08 et 26/03/10), ce qui constitue une innovation très importante. L'ANI du 26 mars 2010 a également précisé la nature des agissements répétés caractérisant le harcèlement moral en visant le simple abus, les menaces ou les humiliations répétés et délibérés au travail. Quant à elle, la violence au travail s'étend du manque de respect à la manifestation de la volonté de nuire, de détruire, de l'incivilité à l'agression physique. La banalisation des incivilités favoriserait l'émergence d'actes plus graves de violence et de harcèlement (ANI 26/03/10).

Par deux arrêts (03/02/10), la chambre sociale de la Cour de cassation est venue assouplir le régime de la preuve en matière d'obligation de sécurité de l'employeur et de risques psychosociaux. Le seul constat d'actes de harcèlement ou de violence au travail suffit à démontrer la violation de l'obligation de sécurité de l'employeur et donc à justifier, par exemple, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié aux torts de l'employeur sans que ce dernier puisse s'exonérer en rapportant la preuve qu'il a pris les mesures nécessaires pour faire cesser ces agissements.

Cette transition vers une véritable obligation de sécurité de résultat expose davantage l'employeur à une mise en cause de sa responsabilité civile et pénale à l'égard des salariés qui se prétendraient victimes de risques psychosociaux, résultant notamment de la mise en place d'une organisation du travail dont ils estimeraient qu'elle met en péril leur sécurité.

Par ailleurs, la violation de l'obligation de sécurité fonde également la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur demandée par les victimes d'accidents du travail et des maladies professionnelles. Le régime de la preuve n'a pour l'heure pas été modifié et il appartient toujours au salarié de prouver que l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires.

La formation, la prévention en concertation avec le médecin du travail, le CHSCT (Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) et l'analyse des risques pour la mise en œuvre d'actions correctives au travers notamment du document unique d'évaluation des risques sont autant de responsabilités pesant sur l'employeur. Attention toutefois à choisir les bons outils d'évaluation du stress au travail afin qu'ils ne se retournent pas contre celui qui les a mis en œuvre.

Nicolas Gacia

137, rue de l'Université, 75007 Paris tél. 01 58 56 97 00 fax 01 58 56 97 01

[www.alerionavocats.com](http://www.alerionavocats.com)

## SOMMAIRE

Les risques psychosociaux dans l'entreprise	PAGE 1
La valeur probante du SMS est contestable	PAGE 2
Les marchands de biens peuvent demander le remboursement de la TVA sur marge acquittée depuis 2008	PAGE 3
L'actualité du cabinet	PAGE 4

## DÉPARTEMENTS

DRIT DES SOCIÉTÉS, FUSIONS-ACQUISITIONS, PRIVATE EQUITY

IMMOBILIER, CONSTRUCTION ET ASSURANCES

DRIT FISCAL

DRIT SOCIAL

DRIT BANCAIRE ET FINANCIER

CONTENTIEUX DES AFFAIRES

CONCURRENCE, DISTRIBUTION, CONSOMMATION, CONTRATS

PRODUITS, RISQUES INDUSTRIELS, ASSURANCE

ASIAN DESK

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE / IT

DRIT PUBLIC ET DRIT DE L'ENVIRONNEMENT

## AVOCATS ET JURISTES

Jacques Bouyssou	Coralie Dupin
Pierre-Olivier Brouard	Nathalie Dupuy-Loup
Nelly Darmon	Nicolas Gacia
Dominique Doise	Fahima Gasmi
Christophe Gerschel	Nadine Ghorayeb
Joël Heslout	Sophie Guerrieri
Joong-Ho Kim	Aude Hernal
Gérald Lagier	Ronan Kervadec
Philippe Mathurin	Karine Khau Castelle
Jacques Perotto	Eric Khau
Philippe Pescayre	Christian A. Kim
Catherine Robin	Lucien Lacroix
Frédéric Saffroy	Julien Lebel
Asim Singh	Virginie Le Bourdon
Stanislas Vailhen	Mathieu Le Rolle
	Jérémie Mancel-Cottrel
	Sophie de Marne
Sibylle Mareau	Julie Ménétrier
Nicolas Mathey	Laetitia Mespouilles
Valérie Mayer	Coralie Morineaux
Jean-Louis Paturaud	Samia Msadak
	Vincent Poirier
Delphine d'Aspe	Hélène Riahi
Mathilde André	Séverine Rizo Sanchez
Augustin Brajeux	Antoine Rousseau
Loullig Bretel	Aude Savopoulos
Céline Burac	Cécile de Smet
Thomas Debiesse	Jérôme Werner
Sébastien Deboffle	Edith Yapo
Natalia Dingé Sklenarikova	

ALERION

## LA VALEUR PROBANTE DU SMS EST CONTESTABLE



La presse a commenté l'été dernier une décision de la Cour de Cassation (17 juin 2009) sous ce titre : "les SMS sont maintenant une preuve". La récente actualité people est venue y ajouter quelque piment, jusqu'à donner lieu au développement d'une application iPhone nommée *TigerText* (en référence à un sportif professionnel mis en défaut en décembre dernier par des SMS explicites). Cette application permet de paramétrer une autodestruction des SMS un certain temps après leur lecture par le destinataire...

La décision du 17 juin 2009 avait quant à elle trait à une procédure de divorce dans laquelle l'épouse avait découvert sur le portable professionnel perdu par son mari des SMS échangés avec sa maîtresse. Elle avait donc pris soin de les faire constater par huissier pour obtenir que le divorce soit prononcé aux torts exclusifs du mari.

La Cour de cassation, contredisant la Cour d'appel, a fait preuve d'une certaine modernité en appliquant strictement les principes déjà appliqués au secret des correspondances, en précisant deux éléments. Elle a d'abord affirmé qu'en matière de divorce, une correspondance privée peut être produite sans le consentement des intéressés à condition qu'elle ait été obtenue sans violence ni fraude avant de rappeler qu'un SMS est une correspondance. Elle a enfin précisé qu'un SMS peut être produit à titre de preuve dans un divorce.

Il paraît cependant dommage que le débat, voué à l'échec en soutenant que le SMS était une correspondance inviolable, n'ait pas porté sur la recevabilité du SMS en application de l'article 1316-1 du Code civil qui précise les critères pour que soit déclarée valable une preuve par écrit électronique. Comment un SMS peut-il être considéré comme une preuve valable répondant aux critères posés par cet article : que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane, qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ? Comment être certain de l'authenticité d'un SMS stocké dans la mémoire d'un téléphone alors qu'on ne peut avoir aucune garantie sérieuse que le message a réellement été adressé ou reçu par les personnes mises en cause. Des sites expliquent comment écrire des fichiers dans la mémoire des téléphones, alors que les opérateurs ne peuvent garder trace du contenu des messages.

Il semblerait préférable de considérer que le SMS ne peut constituer une preuve valable qu'à condition que toutes les précautions aient été prises, comme pour toute preuve électronique, pour que sa vraisemblance ne puisse être mise en doute. De telles précautions pourraient prendre la forme d'un constat entre les mains de son propriétaire conservé chez l'huissier en attendant qu'un débat contradictoire ait lieu sur la confidentialité par exemple.

 JOËL HESLAUT

### EN RÉSUMÉ

- 1 Les principes du secret des correspondances s'appliquent au SMS,
- 2 Un SMS peut être produit à titre de preuve dans un divorce s'il a été obtenu sans violence ni fraude,
- 3 L'examen de l'intégrité de cette preuve électronique est indispensable s'il y a la moindre contestation.

## LES MARCHANDS DE BIENS PEUVENT DEMANDER LE REMBOURSEMENT DE LA TVA SUR MARGE ACQUITTÉE DEPUIS 2008



La réforme récente de la TVA immobilière, entrée en vigueur le 11 mars dernier, a mis en évidence une incompatibilité entre le droit français et le droit communautaire, qui offre aux marchands de biens la possibilité d'obtenir la restitution de la TVA sur marge acquittée.

Cette action, qui prend la forme d'une réclamation contentieuse, devrait permettre pour l'instant d'obtenir la restitution de la TVA sur marge payée depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, augmentée des intérêts de retard, calculés au taux de 4,80% par an.

Il n'existe, en droit communautaire, aucun mécanisme d'imposition systématique des marchands de biens sur leur marge, comme il en existait en droit français avant réforme de la TVA immobilière. Seule une option est offerte par les dispositions de l'article 137 de la Directive TVA du 28 novembre 2006.

En outre, l'article 392 de la Directive TVA limite l'application d'un régime de TVA sur marge (option offerte aux Etats membres) aux seules livraisons de bâtiments et de terrains à bâtir achetés en vue de la revente par un assujetti, lorsque l'acquisition du bien n'a pas ouvert droit à déduction, indépendamment de toute référence à une quelconque qualité de marchand de biens.

Il en résulte que les marchands de biens qui réalisent des opérations d'achat revente portant sur des immeubles, autres que des terrains à bâtir ou des immeubles neufs (immeubles achevés depuis plus de 5 ans), qui par définition sont automatiquement soumises à la TVA immobilière, ne sont pas assujettis à la TVA de manière automatique mais uniquement sur option.

Les marchands de biens qui souhaiteraient obtenir la restitution de la TVA sur marge doivent présenter une réclamation contentieuse, dans le respect des délais contentieux, c'est-à-dire avant le 31 décembre de la deuxième année qui suit le paiement (soit par exemple avant le 31 décembre 2010 pour la TVA payée en 2008).

La TVA sur marge qui sera restituée au titre des années précitées, augmentée des intérêts de retard, constitue toutefois un produit imposable. Sous réserve des déficits fiscaux, après paiement de l'impôt sur les sociétés, le montant net encaissé par les marchands de biens au titre de la TVA sur marge restituée, représentera 2/3 du montant de la TVA sur marge payée.

Préalablement à la mise en œuvre de l'action en restitution, il convient de procéder à un chiffrage des conséquences défavorables que pourrait avoir la réclamation d'une part, sur les droits à déduction de la TVA pratiqués au titre de l'opération, et d'autre part, sur la taxe sur les salaires le cas échéant.

STANISLAS VAILHEN

### EN RÉSUMÉ

- 1 La loi de finances rectificative pour 2010 met le régime français applicable aux marchands de biens en conformité avec le droit communautaire en prévoyant désormais que les opérations d'achat-revente d'immeubles anciens ne sont imposables à la TVA que sur option,
- 2 Au titre des années 2008, 2009 et 2010, les marchands de biens peuvent demander la restitution de la TVA sur marge acquittée,
- 3 L'opportunité de présenter une réclamation doit s'apprécier au cas par cas, en fonction des circonstances particulières de chaque opération.

## LA VIE DU CABINET



### Renforcement du département Droit bancaire et financier.

Nelly Darmon devient associée du département droit bancaire et financier, aux côtés de Dominique Doise, l'un des associés fondateurs du cabinet. Après avoir débuté sa carrière comme collaboratrice de Bertrand Moreau en 1987, elle devient associée du cabinet Moreau Bernard Amigues Darmon et Associés de 1993 à 2001. Elle participe ensuite à la création du cabinet Sigrist Darmon et Associés. Nelly Darmon est titulaire d'un DESS de Carrières Juridiques du Commerce International de l'Université de Bourgogne. En conseil, comme en contentieux, elle intervient en droit bancaire interne (responsabilité bancaire, instruments de paiement, garanties et crédits) et international (arbitrage international, exequatur, crédits documentaires et garanties autonomes notamment). Elle assure des séminaires dans le cadre du Master 2 de Juristes d'affaires inter-



nationales de l'Université de Bourgogne en matière de crédits documentaires et de garanties bancaires autonomes, sujet pour lequel elle est rédactrice pour les Editions Lamy Contrats Internationaux. Le département droit bancaire et financier compte désormais deux associés, trois of counsel et trois collaborateurs.

■

### Le département Concurrence Distribution s'étoffe.

Frédéric Saffroy vient renforcer le département concurrence-distribution de Catherine Robin. Après des débuts chez Dunlop France, il intègre le cabinet Thomas et Associés en 1993, puis le cabinet Hoche en 1996. Il rejoint Hammonds Hausmann en 2000 et en devient associé en 2002. Spécialiste du secteur industriel et des hautes technologies (défense, aéronautique & spatial, énergie, sciences de la vie). Frédéric Saffroy a développé une expertise à la croisée de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence (R&D, joint-ventures, importations parallèles, etc.), ainsi que dans le droit réglementaire (Informatique & Libertés, contrôle des exportations, conformité des produits, etc.). Diplômé de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris (Eco Fi), Frédéric Saffroy est titulaire d'un DEA de droit communautaire de l'Université Paris II Panthéon Assas. Il est accompagné de deux collaborateurs, Sophie Guerrieri et Ronan Kervadec.



Le département concurrence-distribution compte désormais deux associés et quatre collaborateurs.

## LES PUBLICATIONS



### Vers la remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ?

Etude de Nicolas Mathey, in JCP EA du 10 juin 2010.

### ■

#### Autour de la rupture brutale de relations commerciales : compétence et délais de préavis

Note de Nicolas Mathey, in JCP E 21 du 27 mai 2010, 1504.

### ■

#### Modification des contrats et rupture du contrat : conséquences

Commentaire de Nicolas Mathey sous CA Paris, 17 décembre 2009, Sté Laurice El Badry Rahme Limited c/ SA HJC et CA Versailles 7 janvier 2010, SAS Sté Française d'équipement bureautique SOFEB c/ SAS Canon France, in CCC, mai 2010, pp. 16 et s.

### ■

#### Agent commercial et pouvoir de négociation

Commentaire de Nicolas Mathey sous CA Paris, 28 janvier 2010, Sté Exan Limited c/ Sté Cephalon France, in CCC, mai 2010, pp. 15 et s.

## ACTIVITÉS INTERNATIONALES



Jacques Bouyssou, membre du Directoire d'Alérion, s'est rendu à Washington du 12 au 16 avril 2010, afin de représenter Alérion pour une conférence de l'International Bar Association.

■

Asim Singh, associé au sein du département Propriété intellectuelle, a représenté Alérion au congrès de l'International Trademark Association (INTA) du 22 au 26 avril 2010. Cette réunion réunissait des juristes spécialisés en droit des marques du monde entier.

■

Alérion a organisé le 10 juin 2010 avec son partenaire, le cabinet d'avocats canadien Lette, un petit-déjeuner dédié à l'investissement sur le marché canadien. André Begin représentant le cabinet Lette tandis que Catherine Robin, avocate associée, représentait Alérion.

## À SUIVRE...



ALERION poursuivra ses petits déjeuners thématiques dès la rentrée 2010. Une série de petits déjeuners thématiques sur les mesures "intrusives" de l'administration sera organisée. Vous pouvez vous renseigner dès maintenant en vous adressant aux équipes avec lesquelles vous avez l'habitude de travailler.