

Magazine d'actualités juridiques

Produit par la Faculté de Droit Virtuelle de l'Université Jean Moulin - Lyon 3
Sous la direction du Professeur Hervé Croze et de Mme Céline Wrazen, Docteur en droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3

Avril 2013

Auteurs :

Stéphanie ARIAGNO PRACCA
Carine COPAIN
Mehtap KAYGUSUZ
Camille KUREK
Patrick LAVALLEE
Pierre-Alexandre LEY
Valérie MARTEL
Aurélien ROCHER
Fanélie THIBAUT
Céline WRAZEN

Table des matières

Conditions de la contrefaçon d'une " oeuvre de magie "	p. 2
I - Actualités jurisprudentielles.....	p. 4
Règles applicables au procès civil en matière de presse	p. 4
Transsexualisme et modification de la mention du sexe à l'état civil	p. 6
Nouvelle condamnation d'un Etat par la CEDH pour discrimination à l'adoption par un couple homosexuel.....	p. 7
Le message téléphonique : un mode de preuve loyal	p. 8
Le dirigeant n'est pas systématiquement une caution avertie.....	p. 9
L'interdiction des ventes en liquidation et des soldes flottants soumise aux conditions des pratiques commerciales déloyales	p. 10
Un affront supplémentaire au délit d'offense au Président de la République	p. 11
II - Actualités législatives.....	p. 13
Alourdissement progressif de la fiscalité des non-résidents.....	p. 13
L'acceptation par le Rwanda de la saisine de la Cour africaine par des individus et des ONG.....	p. 13

Conditions de la contrefaçon d'une " oeuvre de magie "

TGI Tarascon, 21 septembre 2012, n° 09-02027

L'expression " propriété intellectuelle " renvoie à deux idées : celle de la propriété et celle des créations d'oeuvres de l'esprit. Dans le jugement n° 09-02027 rendu par le Tribunal de grande instance de Tarascon, le 21 septembre 2012, il est question de la propriété d'une création en matière de magie et de son éventuelle contrefaçon.

Les créations sont susceptibles de revêtir différentes formes. Elles peuvent être des œuvres littéraires (écrits de littérature, journalistiques, scientifiques...), des œuvres dramatiques, des œuvres musicales, des œuvres audiovisuelles, des œuvres d'art plastique, des logiciels, des œuvres multimédias ou des bases de données...

Les numéros d'illusionniste et les tours de magie appartiennent à la catégorie des œuvres dramatiques protégés par l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, en ce qu'ils sont des spectacles vivants interprétés par des artistes sous quelle que forme que ce soit (chants, mouvements gestuels, danse...), au même titre que " les oeuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en oeuvre est fixée par écrit ou autrement. "

Le Dictionnaire Le Petit Robert définit le tour de magie comme étant celui " fait par un illusionniste, [et] renvoie à l'idée de prestidigitation et de magie de scène. Il s'agit d'un numéro de grande illusion exécuté à distance des spectateurs (disparition, lévitation...) ". Une première difficulté semble apparaître puisque la notion d'oeuvre de magie est composite : un ou plusieurs tour(s) dans un numéro, un aspect apparent et un aspect dissimulé, secret. Le tour de magie est associé à l'effet magique en ce qu'il est le résultat visuel généré devant le spectateur face à une situation impossible : le changement de carte placée derrière une vitre, en référence à l'espèce qui nous intéresse. Le numéro de magie, quant à lui, transcende la notion précédente puisqu'il est généralement composé de plusieurs tours de magie dans le but de réaliser un spectacle vivant sophistiqué, mêlant jeux de lumières, costumes, danse, musique (cf. Guilhem JULIA, L'oeuvre de magie et le droit, Université de Rouen, sous la direction du Professeur COURBE, 2008, à paraître aux Editions Larcier, Collection « Création, information, communication »).

En l'occurrence, c'est un tour de magie (effet magique) qui est reproduit et non un numéro de magie comme le souligne Pierre FLEURY-LE GROS (in " Contrefaçon des oeuvres de magie : « effet magique » et « numéro de magie », Fenêtre sur tour ", Recueil Dalloz, 2013, p. 164). Un magicien, Mickael C., réalise la conception d'un tour de magie baptisé WINDOW, en référence au matériel utilisé : une vitre ou fenêtre. Une carte, que le magicien et le spectateur voient, est fixée derrière une vitre, empêchant ainsi ces derniers d'y avoir accès. Pourtant, lorsque l'illusionniste cache la carte, main devant la vitre, celle-ci se transforme immédiatement en une autre carte (cliquez ici pour visualiser la vidéo dudit tour). Mickael C. décide de commercialiser son oeuvre sur le marché et de céder les droits de représentation à d'autres magiciens. Jean-Pierre V., un autre magicien dépose également sur le marché une de ses oeuvres, basée sur le même concept et baptisée WINDOW PRO - une carte placée derrière une vitre et qui se transforme elle aussi en une autre carte - tout en y ajoutant plusieurs éléments supplémentaires, comme la signature de la carte par un spectateur (cliquez ici pour visualiser la vidéo de cet autre tour).

C'est à ce titre que Mickael C., créateur de WINDOW, assigne en contrefaçon Jean-Pierre V., créateur de WINDOW PRO, tandis que ce dernier avance, pour sa défense, qu'il existe plusieurs différences entre les deux tours et qu'ainsi il n'y a pas contrefaçon.

Pour le Tribunal, l'effet magique WINDOW, tel qu'expliqué sur le DVD didacticiel fourni lors de l'achat des droits de représentation, ne serait pas une oeuvre susceptible d'être protégée par le droit d'auteur : " le contenu du support numérique WINDOW ne répond pas à la définition des oeuvres protégées au titre de l'article L. 112-2-4° du Code de la propriété intellectuelle " ; le plus curieux étant la reconnaissance par les juges de l'identité de " la finalité du tour de magie dans les deux supports numériques WINDOW et WINDOWPRO : escamoter une carte à jouer derrière un support vitré par un mouvement sur la surface ". Les accessoires et la présentation diffèrent donc, le tour WINDOWPRO ayant des spécificités propres, absentes du tour WINDOW, comme par exemple le fait que la carte à jouer puisse être librement choisie par le spectateur, signée et être donnée à la fin du tour aux fins de renforcer l'illusion selon les juges du fond.

Le Tribunal ne retient donc pas la contrefaçon et rappelle qu'elle doit s'apprécier par " des ressemblances et non par les différences et qu'en l'espèce si la finalité d'illusion est la même entre les deux présentations ", il est possible de distinguer les deux tours ainsi non assimilables : " « WINDOWPRO » ne peut donc être considéré comme la copie servile de « WINDOW » ", qu'il s'agisse du procédé utilisé, de l'éventuelle antériorité de son invention, de sa mise en situation et de son mode

opératoire. Ainsi, le TGI utilise les termes " tour de magie (effet magique) ", " support video WINDOW " et " numéro de magie " de la même manière pour ne pas reconnaître à l'effet magique WINDOW, finalité du numéro, le caractère d'oeuvre de l'esprit, collective, nouvelle et originale, protégeable au titre du droit d'auteur et de la propriété intellectuelle. L'effet magique ne serait ainsi qu'un élément parmi d'autres pour constituer la contrefaçon, oeuvre dont il convient d'identifier l'esprit. Pourtant, pour savoir si les oeuvres en présence étaient différentes, il ne fallait pas se fonder sur des éléments qui caractérisent leur esprit mais sur des éléments qui caractérisent leur qualité d'oeuvre de l'esprit. Le raisonnement des juges serait donc inacceptable pour Pierre FLEURY LE-GROS (Pierre FLEURY-LE GROS (in " Contrefaçon des oeuvres de magie : « effet magique » et « numéro de magie », Fenêtre sur tour ", ibidem).

Il semble donc utile de mieux circonscrire la notion de création de magie, objet de droit, afin de la doter d'un régime spécifique permettant de la protéger, tant le raisonnement des juges en la matière " conduit à une protection imparfaite car insuffisante de l'oeuvre de magie : seul le numéro de magie serait susceptible de protection, et non le tour pris dans son individualité " (cf. Guilhem JULIA, L'oeuvre de magie et le droit, ibidem). Dans le jugement de 2012, c'est " au terme de différentes confusions " que les juges ont rendu leur décision (Pierre FLEURY-LE GROS (in " Contrefaçon des oeuvres de magie : « effet magique » et « numéro de magie », Fenêtre sur tour ", ibidem). C'est aussi ce qui ressort des rares décisions dans ce domaine (T. corr. Seine, 10e ch., 9 février 1957, JCP 1957. II. 10031 (numéro de transformisme) ; Paris, 4e ch. B, 30 avril 1998, RIDA 4/1998, p. 155, obs. A. KEREVER (affaire de l'homme volant) ; Paris, 17 décembre 2003, Recueil Dalloz 2004. Jur. 1588, note P. FLEURY LE-GROS (affaire du piano volant, Dominique W. contre Dani L.). Dans cette dernière affaire, la Cour a jugé que si le numéro de magie constitue une oeuvre de l'esprit protégeable au titre du droit d'auteur (oeuvre originale en ce qu'elle porte l'empreinte de leur auteur), il n'y avait pas contrefaçon car le numéro en question était différent et marquait une évolution notable du genre portant l'empreinte de la personnalité de son concepteur. Qu'en est-il de l'effet magique ?

Une telle décision n'est peut-être pas sans rappeler ce qu'a pu écrire Philippe MALAURIE à propos du droit : " Dès qu'on songe, si peu que ce soit, à ce qu'est le droit, on en mesure les insuffisances, les verbalismes et parfois les hypocrisies et les contre-mots " (in Philippe MALAURIE, " L'humilité et le droit ", Petites affiches, 01 juin 2006, n° 109, p. 6). Oeuvre de l'esprit et esprit de l'oeuvre doivent être distingués. Et pourquoi maintenir une telle différence de traitement entre " numéro de magie " et " effet magique " ou tour de magie ? On peut ainsi regretter la prise en compte des différences de réalisation technique d'un effet pour constituer la contrefaçon d'une oeuvre par rapport à une autre. Quelle protection pour l'oeuvre de magie ? La manipulation secrète du l'illusionniste devrait pouvoir être protégée par le droit d'auteur, et bénéficier d'une " protection autonome vis-à-vis de celle octroyée à la partie visible de l'oeuvre de magie " (Guilhem JULIA, " La protection du secret du magicien par la chorégraphie de l'invisible ", Gazette du Palais, n° 205/206, juillet 2009, p. 3). Les demandeurs, ainsi déboutés, prévoiraient d'interjeter appel du jugement du TGI de Tarascon. Dans cet univers de la " chorégraphie de l'invisible " (Guilhem JULIA, " La protection du secret du magicien par la chorégraphie de l'invisible ", ibidem), on peut se demander si le Tribunal n'était pas dans l'illusion...

Céline WRAZEN

Docteur en droit, Université Jean Moulin Lyon 3

I - Actualités jurisprudentielles

Règles applicables au procès civil en matière de presse

Cass. Ass. plén., 15 février 2013, n° 11-14637

L'apport de la décision rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 15 février dernier dépasse le simple cadre procédural dans lequel elle semble, à première vue, être circonscrite. Comme l'a souligné dans son avis M. Marin, procureur général près la Cour de cassation, cette décision touche à des enjeux bien plus importants, à savoir, « celui, d'une part, juridique, du principe d'uniformisation, sous la bannière de la loi du 29 juillet 1881, du droit, notamment processuel, de la presse et celui, d'autre part, sociétal, de la protection de la liberté d'expression qui relève de l'essence même de nos démocraties, l'un et l'autre étant intimement liés ». Les règles régissant l'assignation en matière de presse contribuent à protéger la liberté d'expression en constituant autant de limitations que le caractère fondamental de la liberté d'expression l'impose.

L'affaire opposant le Docteur X à Mme Y et au site internet « Auféminin.com » permet, en effet, à l'Assemblée plénière d'apporter un éclaircissement attendu s'agissant des règles applicables aux procédures civile et pénale en matière de presse et plus particulièrement de diffamation et d'injures.

En l'espèce, Mme Y, mécontente des soins reçus au sein d'un centre d'épilation définitive, saisit l'ordre des médecins et diffusa cette plainte ainsi que des commentaires peu élogieux sur le forum du site « Auféminin.com », ces propos faisant état de pratiques commerciales malhonnêtes de la part de M. X. Ce dernier, ainsi que sa société, assignèrent Mme Y et la société « Auféminin.com » pour diffamation et injures devant les juridictions civiles.

En effet, en la matière, les actions civiles et pénales sont indépendantes, la victime ayant le choix de saisir soit les juridictions pénales soit les juridictions civiles afin d'obtenir réparation de son préjudice. Toutefois, le juge de la mise en état, le 19 décembre 2007, annula cette assignation dans son ensemble en raison de son imprécision. Cette annulation fut confirmée par la Cour d'appel de Paris le 19 mars 2009 aux motifs que l'article 53 de la loi de 1881, applicable aux instances civiles, impose, à peine de nullité, que l'assignation précise et qualifie les faits incriminés et indique le texte applicable permettant ainsi au défendeur de faire la distinction et de savoir en quoi les passages similaires sont susceptibles de caractériser soit la diffamation soit les injures. A défaut, il en résulte, selon la Cour d'appel une incertitude contraire aux exigences de la loi de 1881 et aux droits de la défense.

A la suite d'un pourvoi en cassation du Docteur X et de sa société, la première chambre civile de la Cour de cassation, le 8 avril 2010, cassa la décision de la Cour d'appel, estimant qu'il n'est pas nécessaire que la citation précise ceux des faits qui constitueraient des injures et ceux qui constitueraient des diffamations. Saisie sur renvoi, la Cour d'appel de Paris, le 15 février 2011, confirma cependant sa première décision, estimant que, y compris lors des instances civiles, la précision de l'assignation était nécessaire à la préparation de sa défense par le défendeur, celui-ci pouvant notamment, en vertu de l'article 55 de la loi de 1881, prouver la véracité des faits diffamatoires dans le délai de dix jours. Saisie d'un second pourvoi, la première chambre civile de la Cour de cassation, le 29 mars 2012, décida de renvoyer l'affaire à l'Assemblée plénière. Remettant en cause la décision de cassation de la première chambre, la réponse de cette dernière est sans équivoque : « selon l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, qui doit recevoir application devant la juridiction civile, l'assignation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait incriminé et énoncer le texte de loi applicable ; qu'est nulle une assignation retenant pour le même fait la double qualification d'injure et de diffamation ; [...] ayant constaté que des propos identiques ou quasiment identiques, même figurant pour certains dans des commentaires publiés à des dates distinctes, se trouvaient poursuivis sous deux qualifications différentes, la Cour d'appel en a déduit à bon droit, sans encourir les griefs du moyen, que ce cumul de qualifications étant de nature à créer pour les défenderesses une incertitude préjudiciable à leur défense, l'assignation était nulle en son entier ».

Par cette décision, l'Assemblée plénière rappelle les règles applicables aux procès civil et pénal en matière de presse, telles que mises en place progressivement par la Cour de cassation depuis le début des années 1990 (V. notamment Civ. 2ème, 5 février 1992, Bull. n° 44 ; et plus particulièrement Civ. 2ème, 6 mai 1999, Bull. n° 79, et Ass. Plén. 12 juillet 2000, Bull. n° 8). L'Assemblée plénière réaffirme ainsi l'application au procès civil des exigences résultant de l'article 53 de la loi de 1881 régulièrement rappelées par la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière pénale (V. notamment Crim., 20 mai 1958, Bull. n° 410 ; Crim., 8 novembre 1983, pourvoi n° 82-93992 ; Crim., 7 décembre 2010, Bull. n° 197). Elle confirme l'extension à l'action civile du principe reconnu par la chambre criminelle en matière pénale de la prohibition des qualifications alternatives en matière d'injure et de diffamation pour des propos uniques (V. notamment Crim., 27 mai 1999, pourvoi n° 98-83943 ; Crim., 30 mars 2005, Bull. n° 111). La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans trois

arrêts du 14 mars 2002 (Civ. 2e 14 mars 2002, pourvoi n° 00-13917), avait déjà appliqué les exigences de l'article 53 et la prohibition des qualifications alternatives au procès civil. Pourtant, dans son arrêt du 8 avril 2010, la première chambre civile avait cassé la décision de la Cour d'appel de Paris au motif qu'en « statuant ainsi quand satisfait aux prescriptions du texte précité la citation qui indique exactement au défendeur les faits et les infractions qui lui sont reprochés, et le met ainsi en mesure de préparer utilement sa défense sans qu'il soit nécessaire que la citation précise ceux des faits qui constitueraient des injures, et ceux qui constitueraient des diffamations, la Cour d'appel a violé ce texte ». Certes, la première chambre civile semblait ainsi s'inspirer de l'interprétation de l'article 53 de la chambre criminelle de la Cour de cassation, puisque selon cette dernière cette prohibition des qualifications alternatives n'implique pas que la citation précise de manière distincte les faits considérés comme constituant des injures et les faits constituant une diffamation (V. notamment Crim., 11 mars 1976, Bull. n° 94). Toutefois, si la chambre criminelle n'impose pas de préciser la qualification exacte de chacun des faits, encore faut-il que de manière générale le fondement textuel des poursuites soit parfaitement clair : une qualification alternative crée une incertitude dans l'esprit de la personne poursuivie, préjudiciable à la préparation de sa défense. Or, les juges de la Cour d'appel de Paris avaient relevé le caractère pour le moins confus de l'assignation, les mêmes propos étaient alternativement qualifiés de diffamation et d'injures. Dès lors, la première chambre civile semblait, en réalité, revenir à l'application des règles de droit commun du procès civil, laissant au juge le soin de requalifier les faits (V. en ce sens Paris, 13 novembre 1995, BICC 1996. 262).

Cette position de la première chambre civile a été largement critiquée comme remettant en cause l'équilibre établi par la Cour de cassation entre la protection de la liberté de la presse et les droits des victimes des abus de presse (V. sur ce point la synthèse des critiques doctrinales établie par M. Marin dans son avis). En effet, la protection de la liberté de la presse impose de poser des conditions très strictes à la mise en cause de la responsabilité de celle-ci et notamment un strict respect des droits de la défense. Cette solution de la première chambre civile s'inscrivait d'ailleurs dans un courant jurisprudentiel plus large, par lequel la première chambre civile semble progressivement revenir à l'application des règles de droit commun en matière de presse (V. notamment C. Bigot, « La procédure en matière de presse en proie aux contradictions », D. 2011, p. 1467). Cette solution est toutefois mise à mal par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Par ailleurs, la chambre criminelle impose d'étudier pour chaque fait l'atteinte portée à cette prohibition des qualifications alternatives : il n'y a pas nécessairement nullité de l'ensemble de la citation (V. notamment Crim., 11 mars 1976, Bull. n° 94). Tel était en l'espèce l'un des moyens soulevés par le Docteur X et sa société : les juges du fond auraient dû, selon eux, procéder à une vérification distributive du respect des exigences de l'article 53 et n'annuler que les passages de l'assignation contraires. Dans un premier temps, il peut sembler que l'Assemblée plénière rejette une telle appréciation distributive des vices de l'assignation. Pourtant, une lecture plus approfondie de la motivation de cette décision permet de relativiser ce constat. En effet, les juges du fond ont en l'espèce souligné que les propos dénoncés tantôt au titre de la diffamation, tantôt au titre de l'injure, étaient en réalité identiques même s'ils ont été diffusés à des dates différentes. Il y a par conséquent, selon les juges du fond, indivisibilité et identité des propos. Cette identité et cette indivisibilité font, dès lors, obstacle à une nullité seulement partielle de l'ordonnance contestée.

Par cet arrêt du 15 février 2013, l'Assemblée plénière rappelle ainsi à l'ordre la première chambre civile et réaffirme la construction progressive d'un droit spécifique aux procès en matière de presse. La large diffusion choisie par la Cour de cassation souligne, d'ailleurs, l'importance accordée à cette décision (P+B+R+I). La première chambre civile ne semble, toutefois, pas s'avouer vaincue. En effet, le 20 février 2013, elle a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité tendant à un contrôle de constitutionnalité notamment de l'obligation de préciser la qualification du fait incriminé dans la citation. Selon cette QPC, l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 serait contraire au principe constitutionnel garantissant le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction et à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Affaire à suivre...

Carine COPAIN

Docteur en droit, Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Transsexualisme et modification de la mention du sexe à l'état civil

Cass. civ., 13 février 2013, n° 12.11-949 et n° 11.14-515

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/106_13_25450.html

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/108_13_25451.html

Il est désormais admis qu'une personne puisse changer son apparence sexuelle mais la modification du sexe à l'état civil comporte certaines contraintes.

En vertu du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, la Cour de cassation s'est d'abord opposée aux demandes de modification de la mention relative au sexe sur l'état civil des transsexuels. Puis, suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en 1992 (la France fut condamnée sur le fondement du non-respect du droit à la vie privée), la Haute juridiction a consenti à un revirement de jurisprudence en date du 11 décembre 1992 : « lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence. » (Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373). Dernièrement, par deux arrêts en date du 7 juin 2012 (Civ. 1ère, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490), la Cour de cassation a adopté une position sans équivoque : la rectification de la mention du sexe à l'état civil est soumise à deux conditions cumulatives, à savoir la nécessité de prouver la réalité du syndrome du transsexualisme, ainsi que le caractère irréversible de la transformation.

Par conséquent, la preuve d'un traitement hormonal suivi ne suffit plus, encore moins le fait d'appartenir au sexe féminin aux yeux des tiers. La Cour de cassation a pu en effet confirmer sa jurisprudence du 7 juin 2012 par deux autres arrêts en date du 13 février 2013 (pourvois n° 12-11949 et 11-14.515). En l'espèce, M. X demandait la rectification de la mention de son sexe sur son acte de naissance et ainsi être déclaré de sexe féminin (pourvoi n° 12-11949). Pour ce faire, M. X avait produit un certificat médical attestant qu'il était suivi par un endocrinologue pour une dysphorie de genre, et qu'il suivait un traitement hormonal depuis 2004. Parallèlement, le deuxième arrêt rendu par la Haute juridiction (pourvoi n° 11-14.515) présente des faits similaires : M. X demandait également la rectification de la mention de son sexe sur son acte de naissance, en se fondant sur le fait qu'il appartenait clairement au sexe féminin aux yeux des tiers.

A ces deux pourvois, la Cour de cassation répond que « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ». Ainsi, le seul certificat médical n'atteste pas de la réalité du syndrome ni de l'irréversibilité de la transformation ; de la même manière, le fait d'appartenir au sexe féminin aux yeux des tiers ne suffit pas car l'intéressé ne rapporte pas « la preuve, de nature intrinsèque à sa personne, du caractère irréversible du processus de changement de sexe... ». Etant entendu que le tout ne porte pas atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni aux articles 16 et 16-1 du Code civil, dès lors que cela est fondé sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, et de protection de la vie privée d'autre part. La Cour de cassation profite alors de cette occasion pour rappeler le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, et pour refuser de laisser une part trop importante à l'autonomie de la volonté. Ceci étant, deux différences avec les arrêts du 7 juin 2012 sont à noter : d'une part, la Cour de cassation ne se réfère plus à l'exigence d'une expertise judiciaire, qui semble donc bel et bien abandonnée, et d'autre part, elle justifie ces deux solutions par rapport aux exigences européennes de respect de la vie privée et de la non-discrimination.

Alors certes, la solution peut paraître sévère à bien des égards, et notamment parce que le seul moyen d'établir l'irréversibilité du syndrome est de subir une opération médico-chirurgicale. Et c'est sans doute cela qui justifie la formulation employée par la Cour de cassation lorsqu'elle relève une absence de preuve « de nature intrinsèque à sa personne » (pourvoi n° 11.14-515). Il s'agit bien de l'état civil des personnes, non pas de l'état civil d'un esprit. Or, une personne se définit par l'union d'un corps et d'un esprit, et c'est d'ailleurs ce qui constitue le syndrome du transsexualisme : le sujet a le sentiment que son corps n'est pas en concordance avec son sexe « psychologique » mais appartient au sexe opposé. Dès lors, aussi contraignante soit-elle pour les transsexuels, cette solution reflète néanmoins une certaine logique : l'état civil d'une personne doit correspondre à la personne elle-même, prise dans sa globalité. Le corps doit correspondre à l'esprit, et leur union, leur concordance formera la personne, de sexe masculin ou féminin. Dès lors, nous pouvons comprendre pourquoi la Cour de cassation ne peut se contenter d'une union en cours de formation. L'état civil n'est pas l'état d'esprit.

Camille KUREK

Doctorante, Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Nouvelle condamnation d'un Etat par la CEDH pour discrimination à l'adoption par un couple homosexuel

CEDH, 19 février 2013, Aff. X et autres/Autriche, n° 19010/07

Pour la première fois, la CEDH ne se prononce pas sur une affaire impliquant des requérants français. Il s'agit en effet de ressortissantes autrichiennes. Néanmoins, la solution reste identique. Le refus d'accès à l'adoption pour les couples homosexuels constitue une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette décision ne constitue donc pas une nouveauté dans la jurisprudence de la CEDH. Cependant, les contextes politique et juridique européens dans lesquels cette décision intervient rendent intéressante une analyse de ses motifs.

La CEDH rappelle avec force le principe selon lequel des individus placés dans une situation juridique identique doivent bénéficier des mêmes droits. En l'espèce, une femme vivant en concubinage stable et continu avec une autre femme, mère d'un enfant dont la filiation était reconnue et établie, souhaitait adopter l'enfant de sa compagne. Cette adoption n'aurait pas privé d'effets la filiation paternelle. Cette possibilité est prévue par le Code civil autrichien pour les couples hétérosexuels. Dans ce cas, une convention d'adoption doit être homologuée et signée par l'autre parent biologique, en l'espèce, le père de l'enfant. Devant le refus du père, les requérantes se sont tournées vers les tribunaux estimant être victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Si la CEDH ne suit pas complètement les motifs invoqués à l'appui de la demande des requérantes, la Cour opère une comparaison entre la situation d'un couple homosexuel – par définition non marié puisque le droit autrichien ne reconnaît pas le droit au mariage homosexuel – désirant procéder à une adoption coparentale avec la situation d'un couple hétérosexuel non marié souhaitant procéder aux mêmes démarches. Dans cette hypothèse, le droit autrichien comporte alors une discrimination. En effet, seul le couple hétérosexuel non marié pourrait procéder à une adoption coparentale. La CEDH reproche alors au droit autrichien de rendre irrecevable toute demande en ce sens d'un couple homosexuel sans même s'interroger sur le bien-fondé de la demande. C'est ce refus automatique, sans preuve d'un quelconque préjudice pour l'enfant, qui constitue une discrimination.

Pour bien comprendre la position de la CEDH, il est utile de mettre cette décision en parallèle de la décision du 15 mars 2012 (CEDH 15.03.2012, n°25951/07, aff. Gas et Dubois/France). Dans cette affaire, la Cour précisait qu'une discrimination ne pouvait intervenir que pour des personnes placées dans une situation identique. En l'espèce, le droit français réservant l'adoption aux seuls couples mariés ou aux personnes célibataires, les couples homosexuels ou hétérosexuels non mariés se trouvaient bien dans une situation juridique comparable, à savoir le refus de la possibilité d'adopter un enfant car ces couples n'étaient pas mariés. Dans ce cas, il n'y avait pas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes.

La CEDH se garde bien de donner une appréciation générale concernant l'adoption par les couples de même sexe, cependant, cette décision va dans le sens de décisions récentes, affirmant toutes un certain droit à l'adoption pour les homosexuels (CEDH, 22.01.2008, n° 43546/02, aff. EB/France).

Preuve que la question est d'actualité et que l'ensemble des juridictions européennes semblent avancer dans le même sens. Le jour du rendu de cette décision, la Cour constitutionnelle allemande a déclaré inconstitutionnelle la loi interdisant aux homosexuels le droit d'adopter l'enfant de leur partenaire alors même que cette faculté est ouverte aux partenaires d'un

couple hétérosexuel. Quant à la France, si la loi adoptée par l'Assemblée Nationale poursuit son parcours législatif sans encombre, de telles affaires n'auront bientôt plus à se résoudre devant la Cour garante du respect des droits de l'Homme en Europe.

Stéphanie ARIAGNO PRACCA
Doctorante, Chargée d'enseignements à l'Université Lyon 3

Le message téléphonique : un mode de preuve loyal

Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-23738

L'arrêt n° 11-23738 du 6 février 2013 de la chambre sociale de la Cour de cassation fait la démonstration de l'inévitable évolution du régime de la preuve en matière prud'homale.

En l'espèce, un salarié, licencié pour faute grave, saisit la juridiction prud'homale, estimant avoir fait l'objet, quelques semaines plus tôt, d'un licenciement verbal. Pour apporter la preuve de ce licenciement abusif, il demande à un huissier de justice de retranscrire le message vocal laissé par son employeur sur le répondeur de son téléphone portable.

La Cour d'appel de Grenoble fait droit aux demandes du salarié et considère le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il convient de rappeler que l'employeur qui envisage de licencier un salarié doit respecter les dispositions de l'article L. 1232-2 du Code du travail : « L'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable. La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge (...) de la lettre de convocation ». Le problème juridique soulevé était de savoir si la retranscription des messages vocaux était un procédé déloyal. En matière prud'homale la preuve est libre. Cependant, les éléments de preuve doivent être obtenus de manière loyale et non frauduleuse. Par conséquent, " si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ".

Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation en 2007 (pourvoi n° 06-43209), avait déjà rendu un arrêt ouvrant l'évolution du régime de la preuve en matière prud'homale. La Cour a admis le SMS (Short Message Service) comme mode de preuve, au même titre que n'importe quel écrit. A ce titre, elle a déjà pu considérer en 2007 que « Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ». Dans cette affaire, la Cour pose ainsi les conditions relatives à un procédé déloyal et un mode de preuve recevable dès lors où l'auteur du message a connaissance de son enregistrement.

En l'espèce, la chambre sociale se prononce sur la reconnaissance du message vocal comme mode de preuve. En effet, l'auteur du message ne peut pas ignorer l'enregistrement de celui-ci par le destinataire. Il en résulte que le salarié a bien été licencié verbalement et le licenciement est qualifié sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Désormais, il est possible d'établir l'existence de faits en dévoilant le contenu d'un message téléphonique enregistré par l'appareil récepteur. Toutefois, il faut que l'auteur soit informé de l'enregistrement. Il convient de préciser que l'employeur ou le salarié peuvent valablement produire en justice le contenu du message verbal ou écrit (SMS).

Les employeurs comme les salariés sont donc prévenus. Une expression juridique consiste à dire « La parole est libre et la plume est servie », en d'autres termes, le meilleur mode de preuve est l'écrit. « Une preuve vocale mise par écrit n'est jamais qu'une preuve vocale » selon Montesquieu dans L'esprit des lois.

Patrick LAVALLEE
Doctorant, Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Le dirigeant n'est pas systématiquement une caution avertie

Cass. com., 5 février 2013, n° 11-26.626

Lorsque le dirigeant sollicite un prêt pour sa société, l'établissement bancaire exige le plus souvent en contrepartie qu'il soit caution de ce prêt, en général pour une certaine somme. Cela permet à la banque d'obtenir le paiement de sa créance alors même que la société est en liquidation judiciaire.

En effet, la suspension des poursuites suite à l'ouverture de la liquidation judiciaire ne s'applique pas à l'égard de la caution. Or, de nombreux dirigeants, suite à la liquidation judiciaire de la société en ces temps de conjoncture économique difficile, se trouvent contraints de payer une certaine somme au titre de leur engagement de caution.

Ces dirigeants rencontrent alors des difficultés pour régler les sommes dues, leur situation personnelle étant déjà affectée par la liquidation judiciaire de la société. Le cautionnement est ainsi un engagement personnel dont la portée est généralement sous-estimée par les chefs d'entreprise au moment de leur décision. Et leur statut de dirigeant ne leur permet pas toujours de faire valoir la protection des cautions développée par la jurisprudence bienveillante à l'égard des non-professionnels, ou des consommateurs.

Néanmoins, face à la recrudescence de la mise en jeu des cautions des dirigeants, ayant des répercussions sur leur situation personnelle, la jurisprudence a pu nuancer la qualité de dirigeant comme caution avertie quant au devoir de mise en garde imposé à la banque.

C'est le cas d'espèce qui a fait l'objet d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 5 février 2013 (n° 11-26.262). Dans cette affaire, le cogérant, qui s'est engagé à titre de caution pour la société auprès de la banque, était âgé de 23 ans et n'a exercé ses fonctions de dirigeant que pendant 9 mois à titre de remplaçant.

Ces faits ont été pris en compte par les juges du fond et ont permis d'écarter l'engagement de caution, le gérant n'étant pas considéré comme une caution avertie uniquement par sa qualité de dirigeant.

La Cour de cassation a validé cette position protectrice. Or, une telle position a des conséquences multiples. De nouveau, la jurisprudence s'inscrit dans un mouvement protecteur des personnes physiques qui s'engagent personnellement à titre de caution mais qui induit nécessairement une casuistique. En effet, l'engagement du dirigeant à titre de caution est efficace selon des critères subjectifs, en particulier âge et durée des fonctions de dirigeant. Or, si l'âge est un élément connu de la banque, la durée du mandat du dirigeant ne peut être prévue. En outre, si l'âge de la caution est pris en compte, à quel âge un dirigeant peut être considéré comme caution avertie, 30 ans, 35 ans, 40 ans....

Cette casuistique implique donc encore une insécurité juridique des engagements de caution, l'évolution jurisprudentielle remettant en cause les sommes réclamées par les banques, même concernant des dirigeants semblant avoir les qualités et les compétences suffisantes pour appréhender de tels engagements.

Ainsi, au regard de l'obligation d'information de la caution (information annuelle et information du premier incident de paiement) à la charge de la banque, l'interprétation par la jurisprudence des articles L. 313-22 du Code monétaire et financier et L. 341-1 du Code de la consommation permet aux dirigeants de s'en prévaloir.

Le cautionnement des dirigeants est donc une source intarissable de contentieux qui complique davantage les relations entre les banques et les entreprises dans un contexte économique difficile.

Fanélie THIBAUD

Avocate au Barreau de Valence, Chargée d'enseignements aux Facultés de droit de Valence et Jean Moulin Lyon 3

L'interdiction des ventes en liquidation et des soldes flottants soumise aux conditions des pratiques commerciales déloyales

CJUE, 17 janvier 2013, Aff. C-206/11

La Cour de Justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur la directive 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Elle a jugé qu'elle doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce qu'une juridiction nationale ordonne la cessation d'une pratique commerciale ne relevant pas de l'annexe 1 de cette directive, au seul motif que ladite pratique n'a pas fait l'objet d'une autorisation préalable de l'administration compétente, sans pour autant procéder elle-même à une appréciation du caractère déloyal de la pratique concernée (articles 5 à 9 de la directive).

L'annexe 1 de ladite directive établit une liste « complète » de toutes les pratiques commerciales réputées déloyales en toute circonstance. Elle concerne ainsi les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives. Désormais, les juridictions nationales sont prévenues. Elles ne peuvent plus « ordonner la cessation » d'une pratique qui n'a pas reçu une autorisation préalable de l'administration compétente. Seule l'appréciation du caractère déloyal de la pratique visée pourrait justifier qu'elle cesse.

En l'espèce, un ressortissant autrichien avait fait paraître dans un journal d'annonce légale une annonce de vente-liquidation, sans pour autant avoir fait l'objet d'une autorisation administrative préalable, alors même que cette autorisation était une obligation légale.

Afin de mieux cerner la portée de cette jurisprudence européenne, les pratiques qui relèvent d'une autorisation préalable de l'administration doivent être déterminées. Le droit français impose aussi une déclaration préalable en cas de soldes « flottants » et de liquidation totale, notamment en cas de cessation ou de changement d'activité.

L'article L. 310-1 du Code de commerce soumet les liquidations à « déclaration préalable auprès de l'autorité administrative dont relève le lieu de la liquidation ».

L'article L. 310-3 du même code prévoit que les soldes dits « flottants », « d'une période d'une durée maximale de deux semaines ou deux périodes d'une durée maximale d'une semaine (...) sont soumis à déclaration préalable auprès de l'autorité administrative compétente du département ».

La Cour de Justice de l'Union Européenne encadre l'inexécution de l'obligation de déclaration préalable auprès de l'administration compétente de l'Etat souverain concerné. A l'avenir, pour sanctionner l'absence de déclaration préalable, la qualification de pratiques commerciales déloyales à l'égard du consommateur devient désormais un critère substantiel.

En droit français, la définition des pratiques commerciales déloyales est issue de la transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 du Parlement européen par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008. Elle a introduit à l'article L. 120-1 du Code de la consommation une définition de ces pratiques. Il dispose qu'une pratique commerciale est « déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Ainsi, les entreprises pourront éviter toute sanction en s'abritant sur les conditions de qualification des pratiques commerciales déloyales.

Cette jurisprudence s'inscrit dans le mouvement d'harmonisation européenne du droit de la consommation. En se fondant sur la directive du 11 mai 2005, la CJUE poursuit une harmonisation initiée par cette directive dite « totale ».

Ce type d'harmonisation s'oppose à des travaux « a minima » qui se limiteraient à fixer des principes directeurs. La Cour tend, ici, à lisser les pratiques commerciales au sein de l'Union Européenne. Sont écartés les risques de distorsion entre les différentes administrations qui pourraient autoriser, ou non, telle ou telle pratique.

Mais gare au retour de manivelle ! Les pratiques commerciales déloyales ont pour dessein d'accentuer les ventes au-delà du respect des diligences professionnelles et de la protection du comportement économique du consommateur. Au contraire, les ventes de stocks en liquidation ou les soldes « flottants » sont de simples moyens de gestion des stocks accordés en faveur des commerçants.

La finalité de la sanction d'une pratique commerciale déloyale diffère de celle de l'autorisation donnée par l'administration compétente pour permettre les ventes de stocks en liquidation ou par le biais des soldes « flottants ». Bien que cette jurisprudence sonne le glas de l'autorisation administrative donnée par l'autorité compétente, il faut se rappeler que cette autorisation n'était pas sans intérêt pour la protection du consommateur.

Pierre-Alexandre LEY

Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Un affront supplémentaire au délit d'offense au Président de la République

CEDH, 14 mars 2013, Aff. Eon c/ France, n° 26118/10

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#%7B%22itemid%22:%5B%22001-117137%22%5D%7D>

La Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) a, par un arrêt en date du 14 mars 2013, considéré que la condamnation d'Hervé Eon pour délit d'offense au Président de la République était intervenue en violation de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH).

Un peu moins de cinq ans auparavant, le 28 août 2008, Monsieur Eon avait brandi lors de la visite à Laval du Président Sarkozy un petit écriteau sur lequel figurait les termes : « casse toi pov'con ». Ce faisant, il faisait référence à un évènement s'étant produit plus tôt, le 23 février 2008, lors du salon de l'agriculture à Paris lorsqu'un agriculteur avait notamment refusé de serrer la main de ce Président, lequel lui avait alors adressé ces mots. Cet acte a conduit à ce que Monsieur Eon soit poursuivi pour offense au Président de la République.

Le Tribunal de grande instance de Laval le condamna, le 6 novembre 2008, mais seulement à une amende " de principe ". C'est pourquoi tant Monsieur Eon que le Ministère public interjetèrent appel devant la Cour d'appel d'Angers qui confirma le jugement par un arrêt du 24 mars 2009. La Cour de cassation jugea ensuite, le 27 octobre 2009, le pourvoi non admis, faute de moyens présentés.

Monsieur Eon saisit alors, le 12 avril 2010, la Cour de Strasbourg en vertu de l'article 34 de la CESDH qui permet, depuis 1981 notamment à un particulier de saisir directement cette juridiction après l'épuisement des voies de recours internes.

C'est dans ces circonstances que la CrEDH a eu à se prononcer sur le délit d'offense au Président de la République.

Prévu et réprimé par l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881, " L'offense au Président de la République par l'un des moyens énoncés dans l'article 23 est punie d'une amende de 45 000 euros... " et l'article 23 sus-mentionné énonce que : " Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet... ". Ce délit (qui n'est plus puni de peines d'emprisonnement depuis la loi du 15 juin 2000) se justifie par la nécessité de protéger la fonction de Président de la République. Pour autant, il est perçu comme une transposition du crime de lèse-majesté de l'Ancien Régime, et n'est quasiment plus utilisé depuis la fin du mandat du Général de Gaulle. Il a par ailleurs fait l'objet de plusieurs propositions de loi visant à l'abroger ; la dernière ayant été déposée le 19 novembre 2008

Bien que contesté, le délit d'offense au Président de la République était-il constitué ?

Sur le fond, l'offense est le " nom donné autrefois à toute atteinte de peu de gravité touchant l'honneur des personnes (alors que l'injure couvrait les atteintes légères - qui - n'est plus employé, en droit positif, que dans le cas de propos outrageants ou méprisants, injurieux ou diffamatoires, visant le chef de notre État ou celui d'un État étranger " (Jean-Paul Doucet, Dictionnaire de droit criminel). Dès lors, l'élément matériel de l'infraction était constitué en l'espèce puisqu'il recouvre " toute expression offensante ou de mépris, par toute imputation diffamatoire qui, à l'occasion tant de l'exercice de la première magistrature de l'État que de la vie privée du Président de la République, ou de sa vie publique antérieure à son élection, sont de nature à l'atteindre dans son honneur ou dans sa dignité " (Cass. crim., 12 avril 1967, Bull.crim. n° 117 p. 267 ; Rev. sc.crim. 861 obs. Vitu).

S'agissant de l'élément intentionnel, il semble que sa constitution était moins évidente mais les juges l'ont déduit notamment de l'engagement politique de Monsieur Eon et des termes mêmes mentionnés sur le petit écriteau.

Enfin, il est notable que Monsieur Eon avait refusé de présenter des excuses, ce qui excluait la possibilité de prononcer une dispense de peine.

Pour autant, le requérant a notamment soulevé devant la CrEDH le moyen tiré de la violation de l'article 10 de la CESDH qui stipule que : " 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression...". Cela a conduit la CrEDH à estimer que la condamnation du requérant constituait une " ingérence des autorités publiques dans son droit à la liberté d'expression " et qu'elle se devait d'examiner si cette ingérence était " prévue par la loi, inspirée par un ou des buts légitimes [...] et nécessaire dans une société démocratique pour les atteindre ". C'est ce dernier point qui a conduit la Cour à juger " disproportionné " le recours à une sanction pénale. Elle estime en effet que cela pourrait avoir " un effet dissuasif sur des interventions satiriques qui peuvent contribuer au débat sur des questions d'intérêt général ". Ce faisant, la CrEDH admet - comme l'avaient fait les juges français - que l'inscription sur le petit écriteau en cause était " littéralement offensante " mais - contrairement aux juges français - exonère Monsieur Eon de peine dans la mesure où il s'agissait d'une critique "de nature politique ". Aussi il est observable que la liberté d'expression a réduit à néant les conséquences du délit d'offense au Président de la République. Toutefois, la Cour a rendu un cas d'espèce et n'a pas considéré que le délit d'offense au Président de la République conférait à ce dernier un " privilège exorbitant " (ce qu'elle avait fait pour le délit d'offense au chef d'Etat étranger : CrEDH, 25 juin 2002, Aff. Colombani - Le Monde c. France). Dès lors, l'Etat français reste libre de savoir la place qu'il accorde au débat démocratique...

Verra bien qui sera cassé le dernier !

Valérie MARTEL

Chargée d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

II - Actualités législatives

Alourdissement progressif de la fiscalité des non-résidents

CGI, 238-0 A

La fiscalité, dans ses dernières évolutions, a considérablement été modifiée avec une ambition de traitement fiscal égal des revenus du travail et de ceux du capital. Alourdie pour les résidents fiscaux de France, elle commence également à l'être progressivement pour certains non-résidents. Une récente actualisation de la base documentaire de l'administration fiscale (le 1er mars 2013, BOI-RFPI-PVINR-20-20) a fait état du relèvement de l'un des nombreux taux des prélèvements à la source effectués sur certains revenus des contribuables non fiscalement domiciliés en France.

Elle offre ainsi l'occasion de revenir sur les principales nouveautés intervenues en la matière.

Relèvement du taux des prélèvements à la source pour certains revenus de source française versés dans un Etat non coopératif (ETNC), qui s'élève désormais, à compter des opérations dénouées au 1er janvier 2013, uniformément à 75 %. Nous rappelons que ces différents prélèvements à la source étaient auparavant fixés au taux de 50 % ou 55 %, selon les cas. La base BOFIP s'actualise donc progressivement en ce sens, étant entendu que sont notamment concernés le prélèvement sur les plus-values immobilières réalisées à titre occasionnel par des personnes physiques ou morales domiciliées, établies ou constituées dans un ETNC (CGI art. 244 bis A, I-1) ou encore la retenue à la source sur les revenus distribués lorsque les sommes correspondantes sont payées dans un ETNC (CGI art. 187, 2).

Hausse considérable du taux de prélèvement à la source, s'agissant des cessions de participations substantielles (supérieures à 25 %) dans des sociétés françaises effectuées par des non-résidents (détenant la participation directement ou par le biais de leur groupe familial), le taux étant porté de 19 % à 45 % pour les gains réalisés à compter du 1er janvier 2013 (CGI, art. 244 Bis B), hors le cas vu ci-dessus où le cédant est établi ou constitué dans un ETNC.

Nous rappelons également, à toute fin utile, que, au cours de l'année 2012, au travers de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012, l'assujettissement aux prélèvements sociaux (au taux global de 15.5 %) a été prévu pour les revenus fonciers et plus-values immobilières des non-résidents, afférents à des immeubles détenus en France, majorant donc d'autant le poids de l'imposition des contribuables fiscalement domiciliés à l'étranger.

L'année 2012 aura donc été douloureuse pour le contribuable non-résident et l'administration fiscale commence à actualiser sa base suite à la dernière salve de modifications, issues de la loi de finances pour 2013 et de la troisième loi de finances rectificative pour 2012.

Aurélien Rocher

Elève-Avocat, DJCE, Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

L'acceptation par le Rwanda de la saisine de la Cour africaine par des individus et des ONG

Déclaration du Rwanda, 22 janvier 2013

Le Rwanda a accepté que les individus et les ONG puissent saisir la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (<http://www.african-court.org/fr/index.php/news/latest-news/298-le-rwanda-autorise-ses-citoyens-et-ong-a-saisir-directement-la-cour-africaine-des-droits-de-l-homme-et-des-peuples>).

L'article 5 § 3 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci- après « Protocole ») prévoit la saisine de ladite cour par des individus et des ONG ayant le statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Cependant, l'application de cette disposition nécessite la déclaration de reconnaissance de la compétence de la Cour (art. 34 § 6 du Protocole). Il est à noter que la Cour a déjà été saisie plusieurs fois de requêtes mettant en cause des Etats qui n'ont pas encore déposé une telle déclaration (cf. la liste des affaires à l'adresse suivante : <http://www.african-court.org/fr/index.php/2012-03-04-06-06-00/list-cases>).

La Cour, quant à elle, s'est déclarée incompétente pour recevoir des réclamations, en se basant sur les deux articles susmentionnés. On peut citer en exemple l'affaire Convention nationale des syndicats du secteur éducation (CONASYSED) c. République du Gabon du 15 décembre 2011. Dans cette affaire, la Cour a souligné que la République du Gabon n'avait pas déposé la déclaration visée à l'article 34 § 6 et que la CONASYSED n'avait pas le statut d'observateur et a par conséquent déclaré la requête irrecevable (requête n° 12/2011, décision du 15 décembre 2011, §§ 10-12). Il convient de préciser que la déclaration visée à l'article 34 § 6 a déjà été mise en cause devant la Cour à l'occasion d'une requête individuelle (Affaire Femi Falana c. Union africaine, requête n° 001/2011, arrêt du 26 juin 2012). Femi Falana, ressortissant du Nigéria alléguait que ledit article du Protocole était incompatible avec les articles 1, 2, 7, 13, 26 et 66 de la Charte africaine, car selon lui, « exiger d'un Etat qu'il fasse une déclaration permettant aux individus et aux organisations non gouvernementales (ONG) de saisir directement la Cour [était] une violation des droits du requérant à la non-discrimination, à l'égalité devant la loi, à l'égalité de traitement et à ce que sa cause soit entendue » (op. cit., § 3).

Ainsi, après le Burkina Faso, le Ghana, le Malawi, le Mali et la Tanzanie, le Rwanda est le sixième pays à effectuer la déclaration autorisant les requêtes des individus et des ONG (<http://www.african-court.org/fr/index.php/news/latest-news/298-le-rwanda-autorise-ses-citoyens-et-ong-a-saisir-directement-la-cour-africaine-des-droits-de-l-homme-et-des-peuples>).

Parmi les affaires pendantes, certaines concernent des Etats ayant fait cette déclaration, à savoir le Malawi, la Tanzanie et le Burkina Faso. Notons que selon l'article 6 § 2 du Protocole, pour décider de la recevabilité des requêtes, la Cour prend en compte l'article 56 de la Charte. Ce dernier, prévoyant d'autres conditions de recevabilité des requêtes, précise que l'identité de l'auteur doit être indiquée et que la communication doit être compatible avec la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine ou avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et ne doit pas comprendre « des termes outrageants ou insultants à l'égard de l'Etat », ni à l'égard de l'Organisation de l'Unité africaine (art. 56 § 1-3 de la Charte). Le même article prévoit l'épuisement des recours internes et l'introduction de la requête « dans un délai raisonnable » (art. 56 § 5, 6 de la Charte). Par ailleurs, la requête ne doit pas « concerner des cas qui ont été réglés conformément soit aux principes de la Charte des Nations Unies, soit de la Charte de l'Unité africaine et soit des dispositions de la présente Charte » (art. 56 § 7 de la Charte).

Depuis la déclaration du Rwanda, la Cour n'a pas " encore " été saisie par des individus ou des ONG contre cet Etat.

Mehtap KAYGUSUZ

Doctorante à l'Université Jean Moulin Lyon 3