

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

Mai 2013

Auteurs :

Stéphanie ARIAGNO PRACCA
Carine COPAIN
Shérif ELATAFY
Methap KAYGUSUZ
Camille KUREK
Patrick LAVALLEE
Pierre-Alexandre LEY
Aurélien ROCHER
Céline WRAZEN

Table des matières

A signaler ce mois.....	p. 2
Droit de l'environnement :.....	p. 2
Droit administratif :.....	p. 2
Droit de la famille :.....	p. 2
Droit des successions :.....	p. 3
Droit de la comptabilité publique :.....	p. 3
I - Actualités jurisprudentielles.....	p. 4
Première saisine de la CJUE par le Conseil constitutionnel.....	p. 4
Adoption simple et intérêt de l'enfant.....	p. 7
Le délit d'injure publique n'est pas constitué par la seule publication d'injures sur un réseau social.....	p. 7
Le covoiturage gratuit ne constitue pas une concurrence déloyale.....	p. 8
La portée du principe de laïcité en droit du travail.....	p. 9
La recevabilité du recours d'un redevable malgré une divergence d'interprétation d'un texte non tranchée.....	p. 10
La doctrine administrative reprise au Bofip est la seule opposable à l'administration fiscale.....	p. 12
L'ordonnance des mesures provisoires de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.....	p. 13
II - Actualité législative.....	p. 15
La cybersurveillance des salariés.....	p. 15

A signaler ce mois...

Quelques informations juridiques à ne pas manquer

Droit de l'environnement :

La Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes est parue au Journal Officiel. Vous pouvez retrouver l'intégralité de ce texte ici. Cette loi prévoit :

- l'extension du champ des bénéficiaires des tarifs sociaux de l'énergie ;
- le renforcement de la trêve hivernale énergétique, qui a lieu du 1er novembre au 15 mars, en interdisant l'interruption, par les fournisseurs, de la fourniture d'énergie à toute personne vivant dans sa résidence principale, pour quel que motif que ce soit (résiliation de contrat, non-paiement des factures...) ;
- une expérimentation de 5 ans destinée à mettre en œuvre une tarification sociale de l'eau ;
- la création d'un service public de la performance énergétique destiné à accompagner les consommateurs désireux de réduire leur consommation énergétique (travaux...).

Saisi par plus de 60 députés et sénateurs, le Conseil constitutionnel, qui a rendu sa décision le 11 avril 2013, a censuré l'instauration d'un bonus-malus impactant la consommation d'énergies des ménages - eau, chaleur, électricité - (Cons. const., 11 avril 2013, n° 2013-666 DC).

Droit administratif :

La circulaire d'orientation et de préparation de la rentrée 2013, publiée au Bulletin officiel du Ministère de l'éducation nationale du 11 avril 2013 dresse le bilan des 5 priorités pour la prochaine rentrée scolaire. Vous pouvez retrouver ce texte ici. Cette circulaire :

- souhaite " reconstruire la formation professionnelle des métiers du professorat et de l'éducation " en créant notamment les ESPE, les Ecoles supérieures du professorat et de l'éducation et les MEEF, des masters à vocation professionnelle " Métier de l'enseignement, de l'éducation et de la formation " (circulaire n° 2013-019 du 4 février 2013). Il est également prévu de développer les formations en ligne par le biais d'un " Campus numérique ", aux côtés des ESPE. Il devrait donner accès à " toutes les ressources et à tous les parcours de formation disponibles qui pourront être utilisés par les acteurs impliqués dans les animations et les formations comme par les personnels eux-mêmes " ;
- rappelle que la scolarisation des enfants de moins de 3 ans s'effectue en priorité dans les écoles situées dans un environnement social défavorisé (circulaire n° 2012-202 du 18 décembre 2012). De même, elle envisage, comme le prévoit la circulaire n° 2012-201 du 18 décembre 2012, d'instaurer le dispositif " plus de maîtres que de classes " pour permettre, " dans les secteurs les plus fragiles, d'accompagner des organisations pédagogiques innovantes, afin de prévenir les difficultés et d'aider les élèves à effectuer les apprentissages fondamentaux indispensables à une scolarité réussie ". Enfin, toujours pour les élèves du premier degré, elle organise le temps scolaire sur 9 demi-journées (décret n° 2013-77 du 24 janvier 2013 et circulaire n° 2013-017 du 6 février 2013) afin de mieux respecter les rythmes d'apprentissage et de repos des enfants, et met en place de nouveaux dispositifs d'évaluation ;
- prévoit l'accompagnement des élèves dans l'acquisition des compétences numériques grâce à de nouveaux services dans ce domaine par le biais notamment d'un nouveau service public du numérique éducatif ;
- préconise la réduction du décrochage scolaire avec la mise en place d'un référent et de dispositifs relais (classes, ateliers, internats) et une révision des processus d'orientation entre le collège et le lycée ;
- encourage le développement de l'éducation artistique et culturelle de l'école primaire au lycée.

Droit de la famille :

Adopté par le Sénat le 12 avril 2013, le projet de loi relatif au " mariage pour tous " a été définitivement voté par l'Assemblée nationale le 23 avril 2013. Le texte ainsi adopté, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, l'a été sans modification en deuxième lecture par les députés. Il faut maintenant attendre la décision du Conseil constitutionnel saisi le même jour par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs, en application de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution.

Droit des successions :

La première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé, le 20 mars 2013 (n° de pourvoi 11-28.318), que le délai de prescription quinquennale de l'action d'un héritier, destinée à faire annuler un testament pour cause d'insanité d'esprit, court à compter du décès du testateur. " Ce n'est qu'à l'ouverture de la succession et donc au décès de son auteur, que l'héritier a qualité pour agir et la possibilité d'exercer une action en nullité du testament pour insanité d'esprit ". Le délai de prescription de l'action en nullité du testament ne commence donc pas à courir le jour de l'acte contesté mais à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Vous pouvez retrouver le texte de cette décision ici.

Droit de la comptabilité publique :

Conformément à sa jurisprudence Nicolle (CE, Ass, 12 juillet 1907, Min. Fin. c/ Nicolle, CE p. 656, concl. Romieu : seul le ministre peut recourir à la notion de circonstances de force majeure pour ne pas engager la responsabilité personnelle du comptable, tandis que le juge financier est tenu à un strict contrôle objectif des comptes), le Conseil d'Etat a, par un arrêt du 20 mars 2013 (req. n° 347558), reconfirmé que le juge des comptes " doit s'abstenir de toute appréciation du comportement personnel du comptable intéressé ". Doivent seulement être analysés les éléments matériels des comptes et les règles applicables. Aucune circonstance, tenant notamment au fonctionnement du service public, n'est de nature à justifier le paiement par un comptable d'une dépense en l'absence de budget exécutoire, dépense pouvant être qualifiée d'irrégulière. La responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable peut donc être engagée. Vous pouvez retrouver l'intégralité de cette décision ici.

Haut de page

I - Actualités jurisprudentielles

Première saisine de la CJUE par le Conseil constitutionnel

Cons. const., 4 avril 2013, n° 2013-413 QPC

Le 19 février 2013, la Cour de cassation (Cass. crim., 19 février 2013, pourvoi n° 13-80491) a décidé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du quatrième alinéa de l'article 695-46 du Code de procédure pénale (CPP).

Cet article, introduit par la Loi du 9 mars 2004, est relatif au mandat d'arrêt européen (MAE) institué par la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002. Il prévoit qu'après la remise d'une personne à un autre État membre de l'Union européenne en application d'un MAE, la chambre de l'instruction statue dans un délai de trente jours, « sans recours », sur une demande aux fins, soit d'étendre les effets de ce mandat à d'autres infractions, soit d'autoriser la remise de la personne à un État tiers. Le requérant soutient que l'absence de recours contre la décision de la chambre de l'instruction porte atteinte au principe d'égalité devant la loi et la justice ainsi qu'aux principes du droit à un recours juridictionnel effectif et à un accès égal à la justice, résultant des articles 6 et 16 de la DDHC.

Le 4 avril dernier, le Conseil constitutionnel a, pour la première fois, saisi la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle. Il demande à la CJUE de statuer, selon la procédure d'urgence, sur la question suivante : les articles 27 et 28 de la décision-cadre n° 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que les États membres prévoient un recours suspendant l'exécution de la décision de l'autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande, soit afin de donner son consentement pour qu'une personne soit poursuivie, condamnée ou détenue en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, pour une infraction commise avant sa remise en exécution d'un mandat d'arrêt européen, autre que celle qui a motivé sa remise, soit pour la remise d'une personne à un État membre autre que l'État membre d'exécution, en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant sa remise ? Reconnaisant, de manière strictement limitée, la possibilité d'un contrôle a posteriori des dispositions internes de transposition du droit de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel apporte, par cette décision, sa pierre à la construction d'un véritable dialogue entre juges internes, y compris constitutionnels, et juges européens, participant ainsi au renouvellement des sources du droit. Symbolique par sa portée, la décision du Conseil constitutionnel laisse toutefois sceptique quant à sa formulation.

La reconnaissance d'un contrôle a posteriori des lois d'application du mandat d'arrêt européen

Depuis 1975 (Cons. const., n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse), le Conseil constitutionnel a clairement réparti les compétences : le contrôle de constitutionnalité, tant a priori qu'a posteriori (Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence des jeux d'argent), relève de sa compétence exclusive, alors que les juges administratifs et judiciaires sont seuls compétents pour effectuer un contrôle de conventionnalité. Cette solution a été appliquée de manière constante et uniforme notamment à l'égard du droit de l'Union européenne (Cons. const., n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique ; n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle).

L'introduction de la QPC a, toutefois, soulevé de nombreuses questions quant à l'articulation entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité, et plus particulièrement de communautarité (sur la question de « l'ordre » des contrôles v. articles 23-2 et 23-3 de l'Ordonnance du 7 novembre 1958 ; Cass., QPC, 16 avr. 2010, n° 10-40.001, Melki et Abdeli ; Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence des jeux d'argent ; CE, 14 mai 2010, Rujovic ; CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, Melki et Abdeli ; Cass. ass. plén., 29 juin 2010, n° 10-40.001 et n° 10-40.002, Melki et Abdeli). Le Conseil constitutionnel a, ainsi, refusé de procéder a posteriori à un contrôle de constitutionnalité des dispositions de transposition des directives européennes estimant que « le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives [résultant de l'article 88-1 de la Constitution] ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » (Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence des jeux d'argent). Dès lors, au regard de cette jurisprudence, une disposition de transposition d'une directive promulguée ne pouvait faire l'objet que d'un contrôle de communautarité. La notion de décision-cadre ayant été supprimée par le Traité

de Lisbonne au profit de celle de directive, la QPC soulevée à l'encontre de l'article 695-46 CPP aurait logiquement dû être déclarée irrecevable par le Conseil constitutionnel. Telle n'est pourtant pas la solution adoptée en l'espèce. Se fondant sur l'article 88-2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel affirme que « par ces dispositions particulières, le constituant a entendu lever les obstacles constitutionnels s'opposant à l'adoption des dispositions législatives découlant nécessairement des actes pris par les institutions de l'Union européenne relatives au mandat d'arrêt européen ; que, par suite, il appartient au Conseil constitutionnel saisi de dispositions législatives relatives au mandat d'arrêt européen de contrôler la conformité à la Constitution de celles de ces dispositions législatives qui procèdent de l'exercice, par le législateur, de la marge d'appréciation que prévoit l'article 34 du Traité sur l'Union européenne, dans sa rédaction alors applicable ». L'article 88-2 de la Constitution prévoit que « la loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne ». L'article 88-2 de la Constitution institue ainsi une compétence exclusive et spécifique de la loi en la matière. La loi du 9 mars 2004 n'est ainsi pas seulement l'exercice de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives européennes. Elle est aussi, et surtout, l'exercice de la marge d'appréciation accordée par l'Union européenne aux Etats membres dans le cadre de l'application du mandat d'arrêt européen.

Dès lors, la décision du 4 avril 2013 ne semble pas constituer un abandon de la solution du 12 mai 2010, mais seulement une atténuation. Un contrôle par voie de QPC des actes de transposition des dispositions de l'Union européenne est subordonné à une double condition : d'une part il doit s'agir de dispositions relatives au mandat d'arrêt européen, et d'autre part il doit s'agir d'une disposition par laquelle le législateur procède à l'exercice de la marge d'appréciation reconnue aux Etats membres en la matière. En revanche, s'agissant des dispositions législatives relatives au mandat d'arrêt européen qui ne sont que la simple reprise des textes européens, seul un contrôle a priori paraît possible. Il convient, d'ailleurs, de rappeler que ce dernier contrôle est lui aussi strictement encadré. En effet, il est réservé aux seuls cas de contrariété avec une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (Cons. const., n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi société de l'information) et de disposition manifestement incompatible avec la disposition européenne transposée (Cons. const., n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006). Cette possibilité d'un contrôle a posteriori des dispositions d'application du mandat d'arrêt européen peut s'expliquer par la privation de liberté individuelle que suppose cette mesure.

La consécration d'un dialogue entre CJUE et Conseil constitutionnel

Pour effectuer son contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel reconnaît nécessaire l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, le pouvoir d'appréciation reconnu aux Etats s'agissant de l'application du mandat d'arrêt européen n'est qu'une simple marge. Le pouvoir d'adaptation qui leur est ici reconnu est encadré par l'exigence de respecter le cadre mis en place par les divers actes de l'Union européenne en la matière. La mise en place du mandat d'arrêt européen ayant pour objet de simplifier et d'accélérer les poursuites et de faciliter l'exécution des condamnations pénales à l'encontre d'une personne se trouvant sur le territoire d'un autre Etat de l'Union européenne, la marge d'appréciation laissée aux Etats membres ne saurait servir de prétexte à l'instauration de dispositions internes venant limiter les effets de cette procédure. Le contrôle de constitutionnalité de la disposition doit dès lors être effectué dans les limites des objectifs de la construction européenne. Le mécanisme de la question préjudicielle trouve donc à s'appliquer. Par ce biais, le juge national demande, en effet, à la CJUE de préciser un point d'interprétation du droit de l'Union européenne afin de l'appliquer correctement.

Si la décision du Conseil constitutionnel peut surprendre, elle paraît, somme toute, la conséquence logique. L'enchevêtrement des normes constitutionnelles et européennes applicables en l'espèce conduit à la mise en place expresse d'un dialogue entre le juge constitutionnel et le juge européen (sur cette justification du dialogue des juges v. notamment R. de Gouttes, « Le dialogue des juges », Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008). Reprenant une expression de M. Lecourt, (L'Europe des juges, Bruylant, collection Droit de l'Union européenne, Grands écrits, 2008, réédition de l'ouvrage publié en 1976, p. 266), M. Genevois affirmait, dans ses conclusions relatives à l'arrêt Ministère de l'Intérieur contre Cohn-Bendit rendu par le Conseil d'Etat le 6 décembre 1978, qu'à « l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges [mais plutôt] place pour le dialogue des juges ». Cette notion a depuis été largement étendue, commentée, voire critiquée, certains doutant de l'existence d'un tel phénomène. Certes, bien souvent, il n'y a pas, à proprement parler, « dialogue » mais plutôt « monologues successifs » entre les diverses juridictions. Toutefois, le mécanisme de la question préjudicielle par lequel les juridictions internes peuvent interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation ou la validité du droit communautaire dans le cadre d'un litige dont ces juridictions sont saisies, illustre parfaitement cette idée de dialogue qui renvoie à une coopération entre les diverses juridictions. La décision de la CJUE est obligatoire tant pour la juridiction interne l'ayant saisie que pour toutes les juridictions nationales des Etats membres. Aussi, le Conseil constitutionnel procédera-t-il à son contrôle au regard de l'interprétation donnée par la CJUE de la décision-cadre. Cela n'implique pas, en soi, une primauté du droit de l'Union européenne sur la Constitution mais souligne, au contraire, la conciliation des ordres interne et européen que suppose la construction de l'Union.

Une formulation « maladroite »

La lecture de la décision du Conseil constitutionnel suscite, toutefois, diverses questions.

Tout d'abord, il faut noter que l'article 267 du TFUE précise que toute juridiction d'un Etat membre peut saisir la CJUE d'une question préjudicielle « pour autant qu'elle soit appelée à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel ». Selon les recommandations 2012/C 338/01 de la CJUE à l'attention des juridictions nationales relatives à l'introduction des procédures juridictionnelles, « la qualité de juridiction est interprétée par la Cour comme une notion autonome du droit de l'Union, la Cour tenant compte, à cet égard, d'un ensemble de facteurs tels que l'origine légale de l'organe qui l'a saisie, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par cet organe des règles de droit ainsi que son indépendance ». Même si la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel suscite encore des débats, au regard des critères énumérés par la CJUE, il semble possible de considérer que le Conseil constitue bien une juridiction notamment au regard de l'indépendance de ses membres et du caractère contradictoire de la procédure (v. notamment R. Badinter, « Une longue marche du Conseil à la Cour constitutionnelle », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 25 (Dossier : 50ème anniversaire), août 2009).

De plus, les recommandations de la CJUE à l'attention des juridictions nationales précisent que « conformément à l'article 94 du règlement de procédure, la demande de décision préjudicielle doit contenir, outre le texte même des questions posées à la Cour à titre préjudiciel, un exposé sommaire de l'objet du litige, ainsi que des faits pertinents tels qu'ils ont été constatés par la juridiction de renvoi, ou, à tout le moins, un exposé des données factuelles sur lesquelles les questions préjudicielles sont fondées ; la teneur des dispositions nationales susceptibles de s'appliquer en l'espèce et, le cas échéant, la jurisprudence nationale pertinente ; l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l'Union, ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal ». Or, la décision du Conseil constitutionnel et le dossier documentaire l'accompagnant ne contiennent aucune référence aux faits de l'espèce. L'une des conditions de forme de recevabilité de la question préjudicielle est par conséquent absente. Gageons, toutefois, qu'au regard de l'importance symbolique de cette décision, la CJUE fera preuve de tolérance sur ce point.

Enfin, le Conseil constitutionnel requiert l'application de la procédure d'urgence par la CJUE. Il justifie cette demande par trois motifs : le délai de trois mois dans lequel le Conseil constitutionnel est tenu de statuer sur les QPC, l'objet de la question préjudicielle posée relative à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et enfin la privation de liberté dont le requérant fait l'objet dans la procédure à l'origine de la présente question prioritaire de constitutionnalité. La mise en œuvre de la procédure d'urgence limite le nombre des parties autorisées à déposer des observations écrites, voire, peut permettre, dans les « cas d'extrême urgence », d'écarter la phase écrite de la procédure devant la CJUE. Les recommandations de cette dernière à l'attention des juridictions nationales évoquent divers motifs de recours à cette procédure tels que le cas d'une personne privée de liberté « lorsque la réponse à la question soulevée est déterminante pour l'appréciation de la situation juridique de cette personne ». Au regard tant des circonstances de l'espèce évoquées par le Conseil que des conditions de recevabilité de la QPC, les conditions de cette procédure semblent dès lors être réunies. Toutefois, il est possible de faire un parallèle avec les affaires Melki et Abdeli. En effet, dans ces deux affaires, la Cour de cassation française avait demandé l'application de la procédure d'urgence. Or, le Président de la CJUE a soumis les deux affaires à la procédure accélérée. Cette dernière comprend une phase écrite mais limitée au strict minimum. L'affaire est alors jugée prioritaire. Il a été considéré que le délai imposé par les règles de procédure internes ainsi que la privation de liberté des deux individus justifiaient une certaine urgence. Cependant, le fait que les questions préjudicielles portaient « sur des domaines essentiels de l'activité de l'Union européenne, à savoir, d'une part, la possibilité pour les juridictions nationales de saisir la Cour d'une question préjudicielle et, d'autre part, la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice » justifiait le recours à la procédure accélérée (Ordonnance du 12 mai 2010) ; choix qui permet aux autres Etats membres de présenter leurs observations. Au regard des circonstances de l'espèce qui nous intéresse, le même choix pourrait être fait par le Président de la CJUE.

Si la décision du 4 avril 2013 est remarquable par sa portée symbolique, sa portée réelle doit être relativisée au regard des conditions très strictes que pose le Conseil constitutionnel. Cette décision participe également de l'élaboration progressive du statut juridique du mandat d'arrêt européen. En outre, un certain nombre de points relatifs tant à la recevabilité formelle de la question qu'à la procédure mise en œuvre devant la CJUE sont laissés à l'appréciation de cette dernière. Affaire à suivre....

Carine COPAIN

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

Adoption simple et intérêt de l'enfant

Cass. civ. 1ère, 6 mars 2013, n° 12-17.183

Si l'adoption intrafamiliale n'est pas prohibée par la loi, elle reste néanmoins un sujet relativement délicat compte tenu des différents conflits d'intérêts que l'on peut trouver au sein des familles. Il s'agit alors d'observer ces requêtes avec beaucoup de recul et de soupeser attentivement tous les intérêts en présence, tant les conséquences qui s'y attachent peuvent être lourdes. Et c'est précisément le rôle qui a été confié aux juges dans l'affaire suivante, à savoir d'apprécier l'opportunité d'une adoption par les grands-parents. Ce qui a conduit, une fois de plus, à un refus mais sur un fondement qui nous semble logique et en totale adéquation avec un des objectifs de l'adoption : préserver l'intérêt de l'enfant.

En l'espèce, les grands-parents ont saisi le Tribunal de grande instance d'une demande d'adoption simple de leur petite-fille, alors majeure. Après avoir vu leur requête rejetée en première instance, ils essuient le même refus en appel : la Cour d'appel de Douai, par un arrêt en date du 9 février 2012, rejette leur demande au motif que l'adoption peut provoquer un « bouleversement anormal de l'ordre familial et aurait des effets plus négatifs que positifs », et serait donc contraire à l'intérêt de l'enfant. Le père faisait valoir qu'il avait à cœur de préserver des liens avec sa fille, et la mère arguait du fait que l'adoption ne ferait que nier leur existence en tant que parents. Conflit d'intérêts donc, puisque l'on imagine aisément les parents avoir la sensation d'être dépossédés de leur statut, et les grands-parents persuadés qu'ils peuvent légitimement prétendre au titre de parents.

Dans cette optique, les grands-parents forment alors un pourvoi. Démarche qui n'est pas illogique car, et c'est le moyen que nous retiendrons, dans le cadre d'une adoption simple, le consentement des parents n'est pas requis, contrairement à une adoption plénière. Mais cela ne suffira pas à convaincre les juges de la Cour de cassation, qui rendront un arrêt de rejet en date du 6 mars 2013 : la Cour d'appel a en effet souverainement estimé que l'adoption attenterait au respect qui est dû à la vie familiale, et contrarierait ainsi les intérêts de l'enfant.

L'adoption simple ne modifie pas les liens du sang : elle adjoint simplement une filiation adoptive, ce qui explique qu'elle est soumise à des conditions moins exigeantes que l'adoption plénière. La Cour de cassation rappelle que l'article 360 du Code civil ne comporte aucune condition d'âge pour permettre l'adoption simple ; elle rappelle également que les articles 347 et 361 du même code ne comportent aucune exigence quant au consentement des parents. En l'espèce l'enfant en question était majeure, et consentante. Alors qu'est-ce qui a pu amener les juges à prendre une telle décision ?

Il s'agit de l'intérêt de l'enfant. Mais cette enfant était consentante, et majeure de surcroît. La démarche qui a été effectuée par les juges s'apparente alors à une protection de l'enfant contre lui-même, ou contre ce qu'il croit être dans son intérêt. Les juges ont en effet retenu qu'elle avait déjà une filiation légalement établie, et que les grands-parents bénéficiaient d'une délégation entière de l'autorité parentale. Que cette adoption n'était alors que le résultat d'une guerre familiale qui ne ferait que bouleverser le cours des choses et entraîner une confusion des générations, car si l'enfant était adoptée par ses grands-parents elle deviendrait ainsi la sœur de son père. On comprend alors ce qui justifie de décider à la place d'un enfant, même majeur. Une sorte d'ingérence nécessaire de la justice dans l'opinion que peut se faire un enfant de ses propres intérêts.

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

Le délit d'injure publique n'est pas constitué par la seule publication d'injures sur un réseau social

Cass. civ. 1ère, 10 avril 2013, n° 11-19.530

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 avril dernier, est un arrêt important dans la mesure où il clarifie un certain nombre de questions relatives au caractère public ou privé du profil Facebook.

Ce thème a longuement agité la jurisprudence avec, ces dernières années, une série d'arrêts plus ou moins contradictoires. Il semblerait que cette fois-ci, la Cour permette aux utilisateurs du réseau social d'y voir un peu plus clair. La problématique est d'importance car les affaires relatives à des propos négatifs à l'encontre d'un employeur, d'un professeur ou encore d'un collègue se sont multipliées et ont parfois été la cause de licenciements. Alors peut-on tenir n'importe quel propos sur son

profil Facebook sans risque de lourde condamnation ? La Cour de cassation répond que le profil est un espace personnel donc qu'il n'y a pas à craindre de sanctions. Plus précisément, il n'y a pas à craindre de sanctions a priori...

Les faits de cet arrêt étaient classiques : une employée avait plaidé sur sa page Facebook ainsi que sur le réseau de discussion MSN, pour " l'extermination des directrices comme la (sienne) " et des " patronnes (...) qui nous pourrissent la vie ". Les juges ont estimé que l'employée ne pouvait pas se voir reprocher d'avoir tenu ces propos publiquement puisqu'ils n'étaient accessibles que par ses " amis " ou " contacts " en nombre très restreint. C'est là, le cœur de l'arrêt. Pour ne pas craindre de sanctions, le titulaire du compte doit avoir protégé son compte. Il ne doit pas s'agir d'un profil public et il doit compter peu d'amis.

En effet, la directrice dont il était question invoquait une injure. Or la définition de l'injure ou même de la diffamation, implique un caractère public des propos incriminés. Pour motiver sa demande, la directrice arguait que les " amis " du titulaire du compte ne formaient pas une communauté d'intérêts et qu'à ce titre, les propos devaient être considérés comme publics.

Or, la Cour de cassation retient une argumentation contraire en utilisant à l'appui de son raisonnement le " nombre très restreint " de personnes susceptibles de voir les propos litigieux. C'est en partie en s'appuyant sur ce faible nombre d' " amis " que la Cour a décidé qu'il y avait communauté d'intérêts car peu nombreux, ils étaient forcément liés par des centres d'intérêts, des activités partagées qui constituent la définition juridique de la communauté d'intérêts.

Encore une fois, il s'agit donc de responsabiliser les détenteurs de comptes Facebook. Protéger son profil et ne pas accepter d'ajouter de vagues (ou très vagues) connaissances qui annuleraient la protection du compte. On ne le dira jamais assez, mieux vaut choisir ses amis car en ce domaine ce n'est pas la quantité qui compte... tout particulièrement sur les réseaux sociaux !

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

Le covoiturage gratuit ne constitue pas une concurrence déloyale

[Cass. soc., 12 mars 2013, n° 11-21.908](#)

La chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt de cassation partielle le 12 mars 2013 dans lequel elle reconnaît le caractère licite du covoiturage sous certaines conditions. Il ne constitue pas une concurrence déloyale à l'encontre d'une entreprise de transport public, à la condition qu'il ne soit pas rémunéré ou que les frais avancés par les personnes soient afférents à l'utilisation du véhicule. La loi étant muette sur ce point, il était utile que la Cour de cassation se prononce sur la licéité de cette pratique.

En l'espèce, une société de transport et une société de nettoyage avaient conclu une convention cadre ayant pour objet le transport des salariés de cette dernière résidant en France vers leur lieu de travail, au Luxembourg. Une dizaine de salariés, mais également une certaine Mme F., non salariée de l'entreprise, ont par la suite, organisé un covoiturage, remplaçant ainsi les autocars de la société de transport.

Ayant constaté une baisse de son activité, la société de transport a assigné la société de nettoyage, ainsi que plusieurs de ses salariés, et Mme F., aux fins de leur enjoindre " de cesser tout transport de voyageurs et tout autre acte de concurrence déloyale, de lui payer des dommages-intérêts en réparation de divers préjudices, et subsidiairement de condamner la société de nettoyage à lui payer des dommages-intérêts pour brusque et illégitime rupture des relations commerciales ".

La Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas de concurrence déloyale car les salariés avaient simplement mis en place un système de covoiturage gratuit, chacun utilisant tour à tour son véhicule, ou défrayant le propriétaire de la voiture pour l'ensemble des frais exposés. Ainsi l'indemnisation du conducteur ne permettait pas de considérer qu'elle avait servi à, " au-delà des frais induits par l'utilisation des véhicules, rémunérer l'activité des conducteurs au regard du nombre de passagers transportés et des trajets effectués ". La chambre commerciale précise que les indemnisations ont été versées au titre des frais d'essence, de la dépréciation du véhicule inhérente à son utilisation se traduisant par des frais de réparation et d'entretien, de la consommation de carburant et des frais d'assurance.

La Cour de cassation souligne que les transports étaient donc effectués à titre bénévole, caractère exclusif d'une quelconque concurrence déloyale des salariés à l'encontre de la société de transport.

Le covoiturage, " consistant pour une personne à transporter d'autres personnes à partir ou vers un même lieu ou selon un trajet similaire, constitue un transport pour le compte d'autrui ". Simplement, l'activité ne doit pas être réalisée à but lucratif. La mutualisation du trajet doit avoir pour corollaire une mutualisation des coûts du transport. Cette mutualisation se manifeste par une simple " indemnisation " versée au conducteur et non une réelle rémunération. C'est sous cette condition que la pratique échapperait à l'application du critère érigé par l'article 5 de la loi d'orientation des transports intérieurs du 20 décembre 1982, dite LOTI, qui circonscrit la notion de " service public des transports ", et la définit comme étant " l'ensemble des missions qui incombent aux pouvoirs publics en vue d'organiser et de promouvoir le transport des personnes et des biens ", à savoir tous les transports de personnes ou de marchandises excepté les transports qu'organisent pour leur " propre compte " les personnes publiques ou privées. Ainsi, tout transport pour le compte d'autrui est assimilé à un transport public, soumis à autorisation.

C'est ainsi que, concernant Mme F., la Cour de cassation a pu juger qu'elle commettait des actes de concurrence déloyale vis-à-vis de l'entreprise de transport public car elle assurait régulièrement le transport, rémunéré, de personnes, au moyen d'un minibus. La Haute juridiction casse et annule donc partiellement l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Nancy.

Cette jurisprudence est probablement amenée à appeler d'autres décisions. En l'espèce, l'action en concurrence déloyale n'est pas véritablement rejetée, elle est conditionnée à la rémunération. Mais alors qu'est-ce qu'un transport pour son " propre compte " ?

Pierre-Alexandre LEY
Chargé d'enseignements à l'Université Jean Moulin Lyon 3

La portée du principe de laïcité en droit du travail

[Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845](#)

La chambre sociale de la Cour de cassation a éclairci, dans l'arrêt du 19 mars 2013, la portée de l'application du principe de neutralité et de laïcité en droit du travail. En dépit des aspects politique et social de l'affaire en cause, la Cour de cassation a consacré, une nouvelle fois, l'indépendance du pouvoir judiciaire.

La Haute cour a été amenée à se prononcer sur la licéité du licenciement d'une salariée, travaillant en qualité d'éducatrice de jeunes enfants dans une crèche, licenciement fondé sur le non-respect des dispositions du règlement intérieur de son employeur en portant le voile islamique.

La crèche Baby Loup, l'employeur, prétend que le licenciement de la salariée, exerçant ses fonctions de directrice adjointe de la crèche, résulte d'une faute grave, celle de porter le voile, ce qui est contraire aux dispositions de son règlement intérieur. La salariée, quant à elle, s'estime victime d'un licenciement injustifié fondé sur une discrimination au regard de ses convictions religieuses.

Par suite, elle a saisi la juridiction compétente (Conseil de prud'hommes) en demandant la nullité du licenciement. La Cour d'appel de Versailles a considéré que le licenciement était bien fondé. Selon elle, les dispositions du règlement intérieur de la crèche assurent la neutralité du personnel qui a vocation à accueillir tous les enfants du quartier, quelle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse. Elle a jugé que le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne doit pas faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup.

Malgré l'ampleur politique de cette affaire, la Cour de cassation a courageusement infirmé la décision de la Cour d'appel en soumettant à deux conditions l'application du principe de laïcité en droit du travail. La première concerne le champ d'application dudit principe. L'autre concerne les conditions dans lesquelles ce principe pourrait être mis en œuvre.

Elle précise que le principe de laïcité s'applique à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé. Les salariés travaillant au sein des services publics sont soumis à ce principe. En l'espèce, en dépit de sa mission d'intérêt général, la Cour n'a pas considérée la crèche comme étant une personne privée gérant un

service public. On en déduit que les salariés de la crèche sont dispensés de respecter le principe de neutralité et de laïcité. La deuxième condition a pour objet de concilier deux concepts juridiques délicats : il s'agit de la laïcité et de la liberté de croyance. La Cour de cassation a ainsi jugé que le principe de laïcité, en droit du travail, n'est pas d'application absolue.

En vertu des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du Code du travail, et de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour a rappelé que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché.

Par voie de conséquence, elle a prononcé la nullité du licenciement pour deux raisons. D'une part, les salariés de la crèche ne sont pas tenus par le principe de laïcité car ils ne travaillent ni dans un service public ni dans un organisme privé gérant un service public. D'autre part, la disposition du règlement intérieur ne répond pas aux exigences prévues par les articles précités pour justifier un licenciement, fondé sur un motif discriminatoire.

En revanche, le même jour (pourvoi n° 12-11.690), la Cour de cassation s'est prononcée sur les mêmes faits, mais pour une employée de la CPAM (Caisse primaire d'assurance maladie) de la Seine Saint-Denis, technicienne de prestations maladie. Dans cette affaire, la Cour de cassation déclare le licenciement de la salariée fondé. Elle juge en effet que les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé (comme c'est le cas des CPAM). Si le droit du travail s'applique effectivement aux employés des CPAM, ils demeurent soumis à des contraintes particulières puisqu'ils participent à une mission de service public, au sein de laquelle il est interdit de manifester ses croyances religieuses par des signes extérieurs (notamment vestimentaires).

Shérif ELATAFY

Doctorant à l'Université Jean Moulin Lyon 3

La recevabilité du recours d'un redevable malgré une divergence d'interprétation d'un texte non tranchée

Cass. civ. 2ème, 14 février 2013, n° 12-13.339

La Cour de cassation a été amenée à se prononcer, le 14 février 2013, sur la contestation du montant de ses cotisations par un redevable devant les tribunaux de Sécurité sociale malgré une divergence d'interprétation d'un texte : cette dernière " ne fait pas obstacle à ce que les redevables contestent le montant de leurs cotisations devant une juridiction de sécurité sociale sans attendre que la difficulté d'interprétation soit tranchée ".

En l'espèce, une société (la société SNPE matériaux énergétiques) a demandé, le 27 décembre 2005, à l'URSSAF (Union pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales) de Paris et de la région parisienne (l'URSSAF) le remboursement des cotisations afférentes aux indemnités versées aux salariés en compensation de la perte de rémunération consécutive à la réduction de la durée du travail en application d'un accord conclu, à effet du 1er août 1997, dans le cadre de l'article 39-1 de la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 (dite De Robien). L'URSSAF n'a fait droit à sa demande que pour les cotisations afférentes à l'année 2003 et non pas pour celles afférentes aux années antérieures, soit du 1er août 1997 à 2002.

La société a ainsi introduit une procédure devant une juridiction de Sécurité sociale en restitution de l'indu. Epuisant petit-à-petit les voies de recours, elle s'est pourvue en cassation.

Pour sa défense, elle a notamment fait référence à un arrêt du 20 janvier 2004 rendu par la Cour de cassation qui qualifie l'indemnité compensatrice de la perte de rémunération induite par la réduction du temps de travail versée aux salariés, de dommages-intérêts exclus de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, ce que n'avait pas fait la société. Elle ajoute qu'elle était dans l'ignorance légitime de son droit d'exclure les indemnités compensatrices de l'assiette des cotisations de sécurité sociale antérieurement à cet arrêt.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en ce que l'ignorance de la société ne caractérisait pas à elle seule l'impossibilité absolue dans laquelle elle se serait trouvée d'agir avant l'expiration du délai légal de prescription devant la juridiction de la sécurité sociale. La prescription, caractérisée ici, instituée par l'article L. 243-6 du Code de la sécurité sociale (extrait : "

La demande de remboursement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales indûment versées se prescrit par trois ans à compter de la date à laquelle lesdites cotisations ont été acquittées. Lorsque l'obligation de remboursement desdites cotisations naît d'une décision juridictionnelle qui révèle la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure, la demande de remboursement ne peut porter que sur la période postérieure au 1er janvier de la troisième année précédant celle où la décision révélant la non-conformité est intervenue) ne porte pas atteinte au principe de confiance légitime tel que consacré par les articles 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (principe qui garantirait aux citoyens de pouvoir décider et agir conformément aux règles de droit à un instant T sans redouter un changement postérieur de ces règles susceptible de porter atteinte aux choix ainsi faits). L'arrêt du 20 janvier 2004 a " seulement procédé à une interprétation de la norme applicable et non pas révélé la non-conformité de la règle de droit avec une règle supérieure ".

La Cour de cassation va toutefois considérer que la Cour d'appel a violé deux dispositions légales du Code de la sécurité sociale, à savoir les articles L. 243-6-2 et L. 243-6-3, car la lettre ministérielle du 17 mars 1997 diffusée par circulaire de l'ACOSS (Agence centrale des organismes de sécurité sociale) du 2 juillet 1997 constitue bien une règle de droit en vertu de ces dispositions. Pour autant, la société requérante ne peut toutefois s'en prévaloir car elle a agi spontanément en décidant de soumettre à cotisations les indemnités compensatrices versées à ses salariés dans le cadre de l'accord de réduction du temps de travail.

Un cotisant peut donc valablement se prévaloir d'une circulaire en ce qu'elle est source de droits conformément au premier article précité qui énonce : " Lorsqu'un cotisant a appliqué la législation relative aux cotisations et contributions sociales selon l'interprétation admise par une circulaire ou une instruction du ministre chargé de la sécurité sociale, publiées conformément à la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ou dans les conditions prévues à l'article 5-1 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1, L. 225-1 et L. 752-4 [URSSAF, ACOSS et CGSS - Caisses générales de sécurité sociale] ne peuvent procéder à aucun redressement de cotisations et contributions sociales, pour la période pendant laquelle le cotisant a appliqué l'interprétation alors en vigueur, en soutenant une interprétation différente de celle admise par l'administration. "

De même, lorsque l'organisme de recouvrement doit se prononcer sur la demande d'un cotisant désireux de connaître l'application de certaines règles d'assiette à sa situation personnelle, il effectue un rescrit social tel que défini au deuxième article précité comme suit : " Les organismes mentionnés aux articles L. 213-1 et L. 752-4 [URSSAF et CGSS] doivent se prononcer de manière explicite sur toute demande d'un cotisant ou futur cotisant, présentée en sa qualité d'employeur, ayant pour objet de connaître l'application à sa situation de la législation relative : 1° Aux exonérations de cotisations de sécurité sociale ; 2° Aux contributions des employeurs mentionnées au chapitre VII du titre III du livre Ier ; 3° Aux mesures réglementaires spécifiques relatives aux avantages en nature et aux frais professionnels prises en application de l'article L. 242-1 ; 4° Aux exemptions d'assiette mentionnées à l'article L. 242-1 ; 5° Aux cotisations et contributions dues sur les rémunérations mentionnées à l'article L. 242-1-4 ; 6° Aux règles de déclaration et de paiement des cotisations prévues au présent chapitre. " Prise de position formelle, inspirée du rescrit fiscal, le rescrit social permet donc d'obtenir une décision explicite des organismes de recouvrement sur l'application de certains points de législation à la situation des cotisants ou des futurs cotisants en leur qualité d'employeur. En conséquence, " l'organisme de recouvrement sera lié, pour l'avenir, par la position explicite qu'il prendra [...], sauf changement de législation ou de situation de fait. " Il est précisé que " La position de l'organisme de recouvrement ne sera opposable que pour le cas exposé " (cf. http://www.urssaf.fr/employeurs/services/vos_droits,_vos_obligations/le_rescrit_social_06.html#OG33209).

Pour plus d'informations sur ces deux dispositions relatives à la doctrine administrative, vous pouvez consulter la circulaire n° DSS/5C/2006/72 du 21 février 2006 relative à l'opposabilité des circulaires et instructions ministérielles publiées et au rescrit social (http://www.urssaf.fr/images/ref_lc2006-057.pdf).

Il mérite d'être souligné que le même jour, la Cour de cassation a rendu un autre arrêt (Cass. civ. 2ème, 14 février 2013, n° 12-13.656) intéressant la doctrine administrative. En l'occurrence, il s'agissait de la durée du délai nécessaire entre la réception de l'avis de passage de l'URSSAF, préalable au contrôle, et le commencement dudit contrôle. Une société avait reçu de l'URSSAF un avis, par LRAR (lettre recommandée avec accusé de réception), cinq jours avant le début des opérations de contrôle, alors qu'une circulaire de l'ACOSS recommandait un délai de quinze jours. Selon la Cour, " l'avis préalable prévu par l'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale n'a pour objet que d'informer l'employeur de la date de la première visite de l'inspecteur du recouvrement ; [...] qu'aucun texte n'impose à l'URSSAF de respecter un délai minimum entre l'avis et les opérations de contrôle ". Elle ajoute que la circulaire de l'ACOSS constitue simplement une

injonction interne à l'organisme, qui ne peut donc lui être opposable, en ce qu'elle ne consiste pas en l'interprétation d'un texte supérieur.

Opposabilité de la doctrine administrative sociale, rescrit social, principe de confiance légitime... Si le terme URSSAF est certainement l'un des derniers à contenir l'expression URSS, l'institution qu'il représente ne s'adapte pas moins aux mutations administratives de son temps...

Céline WRAZEN

Docteur en droit, Université Jean Moulin Lyon 3

La doctrine administrative reprise au Bofip est la seule opposable à l'administration fiscale

CE, 27 février 2013, n° 357537

La fiscalité française est particulièrement mouvante et instable. La chose est entendue. Parmi toutes les nouveautés fiscales intervenues au cours de l'année 2012, une place à part doit être réservée à la création de la nouvelle base de l'administration fiscale : la base Bofip-Impôts. Celle-ci se distingue effectivement des habituelles augmentations d'impositions préexistantes et autres nouvelles charges fiscales en ce qu'elle était sensée intervenir à droit constant et n'aurait donc pas eu, en théorie, à impacter les redevables. En réalité, les rapports de ces derniers avec l'administration fiscale ont été considérablement modifiés et les réflexes des praticiens ont dû être repensés.

Rappelons que cette base avait été créée dans un souci de réaliser un travail de « codification » à droit constant de la doctrine administrative des services fiscaux qui était jusqu'alors disséminée dans la documentation administrative de base et d'innombrables instructions fiscales et autres réponses ministérielles. L'objectif avoué était de discipliner cette jungle documentaire pour créer une interface structurée, unique et facile d'accès pour les redevables.

Hormis quelques critiques pouvant être formulées à son encontre, force est de constater que la base Bofip répond, davantage que ne le faisait la situation préexistante, aux objectifs qui lui ont été assignés. Structuré, le site internet offre une navigation relativement aisée.

En revanche, une difficulté importante s'est rapidement révélée. Annoncée comme étant faite à droit constant, cette « codification » de la doctrine administrative implique, dans un souci évident de simplification, que seules les informations contenues sur cette nouvelle base peuvent être opposables à l'administration fiscale et non les références antérieures. L'instruction annonçant la création de la base Bofip du 7 septembre 2012 (13 A-2-12) a effectivement prévu qu'« à compter du 12 septembre 2012, seuls les commentaires publiés dans cette base sont opposables à l'administration fiscale en application de l'article L 80 A, al. 2 du LPF (Livre des procédures fiscales) et que tous les autres commentaires publiés antérieurement sous quelque forme que ce soit sont rapportés ». Hors, les praticiens ont vite pu réaliser que nombreux sont les « portés disparus au Bofip », ces tolérances ou interprétations de l'administration que les redevables pouvaient utilement invoquer et qui n'ont pas été reprises dans la base Bofip. De l'instruction 13 A-2-12 précitée, le Conseil d'Etat a pu tirer la conclusion selon laquelle les dispositions d'une instruction administrative antérieure « non reprises au Bofip-impôts ont ainsi été abrogées à compter du 12 septembre 2012 » et qu'en conséquence un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le refus d'abroger une telle instruction « a perdu son objet » (CE, 27 févr. 2013 n° 357537).

Cette décision du Conseil d'Etat n'étonne donc pas en ce qu'elle se présente comme une application rigoureuse de l'instruction fiscale du 7 septembre 2012 accompagnant le lancement de la base Bofip. En revanche, elle n'est d'aucun secours explicatif pour les praticiens. Effectivement, elle se pose en contradiction avec une prise de position de l'administration fiscale. La Direction générale des finances publiques, sollicitée en octobre 2012 par un cabinet d'avocats, avait confirmé, dans une simple lettre en date du 15 novembre, la solution posée par l'instruction fiscale tout en atténuant sa rigueur en précisant qu'elle avait sommé les services fiscaux, en cas d'erreurs ou d'omissions, de continuer à appliquer la doctrine antérieure tant que celle-ci ne serait pas expressément rapportée et dès lors qu'elle est plus favorable aux contribuables.

Subsistent ainsi trois questions majeures :

Quid du maintien de cette position administrative contenue dans une simple lettre n'ayant pas bénéficié d'une large diffusion ?

Quid des décisions intervenues entre le 12 septembre 2012 et la date de la reprise ultérieure au Bofip d'une doctrine administrative antérieure omise par inadvertance ?

Et enfin, question la plus épineuse : quid des réponses ministérielles (nombreuses comme chacun sait) intervenues depuis le 12 septembre 2012 et qui n'ont pas été intégrées à la base Bofip ?

L'irruption de cette nouvelle base a fait œuvre simplificatrice, sans l'ombre d'un doute. Pour autant, des incertitudes considérables, que l'arrêt ici rapporté ne suffit pas à dissiper, contribuent à accroître le désarroi que peuvent ressentir les praticiens appelés à conseiller leurs clients sur une fiscalité toujours changeante et qui doivent, de surcroît, s'assurer de ce que chaque position administrative à invoquer ait bien été « reprise au Bofip ».

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

L'ordonnance des mesures provisoires de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

[Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya, req. n° 006/2012, Ordonnance portant mesures provisoires du 15 mars 2013](#)

Le 15 mars 2013, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a rendu une ordonnance des mesures provisoires contre le Kenya (Aff. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya, req. n° 006/2012, ordonnance portant mesures provisoires).

L'affaire est relative à un préavis d'expulsion. En 2009, le Kenya délivre aux habitants de la forêt de Mau, incluant les Ogiek, un groupe ethnique minoritaire, un préavis d'expulsion, considérant que cette forêt constitue une zone de captage d'eau (Ibid., § 3). À la suite dudit préavis, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est saisie d'une plainte contre le Kenya, précisant que les Ogiek, « sont tributaires de la forêt de Mau pour leur subsistance traditionnelle et qu'elle est la source de leur identité religieuse » (Ibid., § 3).

La Commission donne suite à la plainte et prend des mesures provisoires. Cependant, puisque ces mesures n'ont pas été appliquées par le Kenya, la Commission saisit la Cour africaine (DIOP Abdou-Khadre, « Ordonnances en prescription de mesures conservatoires de la Cour Africaine des droits de l'homme du 15 mars 20 », accessible à l'adresse internet http://www.sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2013/20130331_bull_341/bulletin_sentinelle_341.php#476).

Selon la Commission, cette expulsion aura des conséquences négatives sur la communauté Ogiek, car elle « aura pour effet la destruction de leurs moyens de subsistance, de leur mode de vie, de leur culture, de leur religion et de leur identité, ce qui constitue une violation grave et massive » de certains droits garantis par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Ibid., § 4). Sont ainsi vidés de leur substance, selon la Commission, les droits garantis par les articles 1, 2, 4, 14, 17(2) et (3), 21 et 22 (Ibidem). Par conséquent, la Commission requiert de la Cour africaine une prise de position en faveur de la communauté menacée, se traduisant par des mesures telles que l'arrêt de l'expulsion des Ogiek, la reconnaissance du droit des Ogiek sur leur terre ancestrale, la délivrance du titre de propriété, le paiement d'une compensation à la communauté (Ibid., § 5).

Quant à la Cour, après s'être reconnue compétente *prima facie* (Ibid., § 21), elle constate « qu'il existe une situation d'extrême gravité et d'urgence et un risque de dommages irréparables aux Ogiek de la forêt de Mau et de préjudice à la question de fond devant la Cour » (Ibid., § 22). En se basant sur l'article 27(2) du Protocole et l'article 51 du règlement intérieur (Ibid., § 23), la Cour rend, à l'unanimité, une ordonnance de mesures provisoires. Ainsi la Cour ordonne au Kenya « la remise en vigueur, avec effet immédiat, des restrictions qu'il avait imposées concernant les transactions foncières dans le complexe de la forêt de Mau et [qu'il] s'abstienne de tout acte ou de toute action susceptible de préjudger irrémédiablement de la requête principale devant la Cour, jusqu'à ce que la Cour ait statué sur ladite requête » et de « faire rapport à la Cour dans un délai de quinze jours (15) de la réception, sur les mesures prises pour mettre en œuvre » ladite ordonnance (Ibid., § 25). Ainsi, la Cour s'est prononcée, pour la première fois, sur la protection des minorités (DIOP Abdou-Khadre, op. cit.).

En ce qui concerne l'application de l'ordonnance par le Kenya, A.-K. DIOP attire l'attention sur le risque de non-application des mesures prévues puisque la Cour n'a pas de pouvoir d'injonction (DIOP Abdou-Khadre, op. cit.). En effet, M. MEITE déplore une faiblesse du droit international dépourvu de moyens contraignants (MEITÉ Mamadou, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour ADHP) : Les mesures provisoires, une technique judiciaire de protection des droits fondamentaux de la Charte africaine des droits de l'homme », accessible sur <http://revdh.org/2013/04/02/cour-adhp-mesures-provisoires-protection-charte-africaine-des-droits-de-homme/>). En cas de non-application de cette ordonnance, le Kenya répondra de sa responsabilité pour violation de son obligation.

Methap KAYGUSUZ

Doctorante à l'Université Jean Moulin Lyon 3

II - Actualité législative

La cybersurveillance des salariés

Recommandation de la CNIL du 20 mars 2013

L'essor des TIC (Technologies de l'Information et de la Communication) dans l'entreprise, a pour conséquence l'utilisation croissante de ces outils par les salariés. La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) est chargée, en sa qualité d'autorité administrative indépendante (AAI) de veiller au respect de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 dite « loi informatique et liberté ».

En ce sens, le 20 mars 2013, la CNIL, a émis une recommandation relative au « Keylogger » qui est un dispositif de cybersurveillance particulièrement intrusif. Il s'agit d'un logiciel qui permet d'enregistrer notamment toutes les frappes effectuées par un salarié sur son clavier. La CNIL fixe deux conditions cumulatives pour permettre le recours à ce type de dispositif. La première condition est que l'utilisation dans un contexte professionnel doit répondre à des impératifs forts de sécurité, et la deuxième est relative à l'information des personnes concernées. Nous pouvons constater que les modalités d'utilisation de ce type de dispositif sont strictes. Pourquoi une telle réticence à l'utilisation de ce logiciel dans la vie professionnelle ? En réalité, cette méthode intrusive de surveillance (Keylogger) n'est pas conforme à l'article L. 1222-4 Code du travail qui énonce : « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ».

Il convient de noter que la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu un arrêt, en date du 14 mars 2000, qui est très clair sur les moyens de surveillance illicites : « L'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite ». Par ailleurs, en matière des échanges de correspondance électronique, le matériel mis à disposition des salariés est destiné à un usage professionnel. Cependant, comme pour la correspondance postale, les mails ont un caractère privé. A cet égard, l'employeur dispose d'un droit de contrôle des mails professionnels ; par contre il ne peut prendre connaissance des informations contenues dans le mail personnel qu'avec l'accord du salarié. En utilisant un système de cybersurveillance intrusif, l'employeur peut consulter le contenu des mail privés de son salarié et par voie de conséquence porter atteinte à sa vie privée. L'article 9 du Code civil énonce pourtant que « Chacun a droit au respect de sa vie privée. » Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. Nous savons que ce dispositif de surveillance permet de consulter et d'enregistrer toute frappe saisie sur le clavier. Il permet aussi de générer des rapports qui récapitulent l'ensemble des actions faites à partir d'un poste informatique.

Le danger de ce type de logiciel est qu'il permet d'exercer « une surveillance constante et permanente sur l'activité professionnelle, mais surtout une surveillance des activités personnelles résiduelles effectuées à partir du poste informatique ». A ce propos, la CNIL précise dans sa recommandation : « les données enregistrées peuvent concerner aussi bien les courriels émis ou reçus, les conversations de messageries instantanées ou des informations personnelles sensibles telles qu'un numéro de carte bancaire ou les mots de passe des salariés lorsqu'ils accèdent, pendant leur temps de pause, à leur compte d'adresse électronique personnelle ».

Sur le plan pénal, depuis le 14 mars 2011, la Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure punit de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende, l'utilisation de certains dispositifs de captation de données informatiques à l'insu des personnes concernées. Les employeurs doivent donc impérativement vérifier leur système informatique et les contrôles mis en place, et ce d'autant plus que la CNIL enregistre un nombre croissant de plaintes : par exemple, en 2011, sur 6000 plaintes, un quart concernait la surveillance au travail.

Patrick LAVALLEE

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