

 **Fomesoutra.com**
ça soutra !

Laetitia
SIMONET

L E S
CARRÉS
DCG

1

Introduction *au* droit

100 %
utile

26 fiches de cours
avec applications corrigées
pour réussir votre épreuve

2^e édition
2014-2015

 *Gualino*

lextenso éditions

Laetitia Simonet

Introduction *au* droit

26 fiches de cours
avec applications corrigées
pour réussir votre épreuve

2^e édition
2014-2015

 *Gualino*

lextenso éditions

LES CARRÉS DCG

De véritables fiches de cours pour :

- acquérir toutes les connaissances qui figurent au programme, les revoir facilement à tout moment et les mémoriser ;
- savoir bien utiliser vos connaissances pour résoudre avec succès les applications proposées (les corrigés sont fournis).

Laetitia Simonet

est professeur agrégée d'économie gestion et enseigne l'unité Introduction au droit en classes préparatoires au DCG. Elle est correctrice aux examens DCG et DSCG.

Retrouvez tous nos titres

**Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien**

sur notre site

@ www.lextenso-editions.fr

Retrouvez l'actualité

Gualino éditeur

sur Facebook



© Gualino éditeur, Lextenso éditions 2014
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux cedex
ISBN 978 - 2 - 297 - 03309 - 1
ISSN 2269-2304

1 Introduction générale au droit

Fiche 1	Introduction au droit	5
Fiche 2	Les sources du droit	9
Fiche 3	La preuve des droits	15
Fiche 4	Les juridictions	21
Fiche 5	Le personnel de justice	35
Fiche 6	Le droit commun des procès	41
Fiche 7	Les modes alternatifs de règlement des conflits	49

2 Les personnes et les biens

Fiche 8	La personne juridique	57
Fiche 9	Les commerçants	65
Fiche 10	Les autres professionnels de la vie des affaires	75

Fiche 11	La théorie du patrimoine	81
Fiche 12	La propriété	89
Fiche 13	Le fonds de commerce et la propriété commerciale	97
Fiche 14	La propriété intellectuelle	103
Fiche 15	Les entreprises en difficulté	111

3 L'entreprise et les contrats

Fiche 16	La formation du contrat	123
Fiche 17	L'exécution du contrat	131
Fiche 18	Le contrat de vente	141
Fiche 19	Le contrat d'entreprise	147
Fiche 20	Les contrats relatifs au fonds de commerce	151
Fiche 21	Les contrats relatifs à la consommation	159
Fiche 22	Le compte de dépôt bancaire et les transferts de fonds	167
Fiche 23	Les contrats de crédit aux entreprises	175
Fiche 24	Les sûretés	183

4 L'entreprise et ses responsabilités

Fiche 25	L'entreprise et la responsabilité civile délictuelle	191
Fiche 26	L'entreprise et la responsabilité pénale	197

Introduction au droit

FICHE 1

1 ♦ LES FINALITÉS DU DROIT

Dans toute société, des règles de conduite doivent être instaurées afin que les relations entre les individus soient possibles et que chacun puisse se réserver un espace de liberté sans nuire à autrui. Les finalités de ces règles, qui constituent le droit, sont diverses et répondent à la multitude des enjeux induits par la vie en société.

En premier lieu, le droit vise à assurer d'une manière générale *l'ordre social* afin d'éviter tout système anarchique. Il vient régir les rapports humains et les relations entre les individus et la société sur le plan économique, politique et social. Il protège *l'intérêt général* et assure le bien commun.

Le droit vient également *organiser la société* par la mise en place de services publics (l'éducation, l'armée ou la justice) et permet de rétablir l'équilibre entre les individus lorsque celui-ci est remis en cause. Il garantit aux personnes une justice non-arbitraire.

Enfin, le droit *protège* les individus contre toute atteinte à leur personne ou à leurs biens et *assure la sanction* de ceux qui n'observent pas les règles de conduite sociale.

La société qui est en perpétuelle évolution implique une adaptation constante du droit, ce qui conduit à une multiplicité des règles. Le législateur tente d'œuvrer aujourd'hui pour une simplification du droit.

2 ♦ LA DÉFINITION DU DROIT

La diversité des finalités du droit explique que cette notion recouvre deux concepts distincts : **droit objectif et droits subjectifs** :

- **le droit objectif** est l'ensemble des règles de conduite dans les rapports sociaux, par exemple les règles issues du Code de la route ;
- **les droits subjectifs** : ce sont les prérogatives dont peuvent se prévaloir les individus (sujets de droit) dans leurs relations avec les personnes ou les choses, par exemple le droit de propriété.

3 ♦ LES CARACTÈRES DE LA RÈGLE DE DROIT

Le droit est **un ensemble de règles** dites juridiques qui ne doivent pas se confondre avec les règles morales, de bienséance ou de politesse. Peuvent être qualifiées de règles de droit celles qui répondent aux trois caractères énoncés ci-après.

A – Le caractère général et abstrait

La règle de droit (ou juridique) s'applique à toute personne sans distinction ou à une catégorie de personnes déterminée qui se trouvent dans une situation juridique identique, par exemple les règles de droit du travail applicables aux salariés en contrats à durée déterminée.

Ce caractère général permet d'assurer une **égalité** entre les individus, la loi étant la même pour tous.

B – Le caractère obligatoire

La règle de droit s'impose aux individus. Toutefois, ce principe est à nuancer puisqu'il existe deux catégories de règles juridiques : **les règles impératives et les règles supplétives** :

- **les règles impératives** sont les règles auxquelles les individus ne pourront jamais déroger. Ainsi, l'article 6 du Code civil précise qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » ;
- **les règles supplétives** sont les règles qui peuvent être écartées par la volonté d'un ou plusieurs individus. Par exemple, deux commerçants peuvent, par voie d'accord, décider de ne pas saisir la justice en cas de différends à naître entre eux et de recourir à un arbitre.

C – Le caractère contraignant

À chaque règle de droit est attachée *une sanction ou une contrainte* qui viendra s'appliquer, par le biais de *l'autorité publique*, en cas de non-respect de celle-ci. La sanction a d'abord pour objectif principal d'être dissuasive.

Lorsque la règle est transgressée, la sanction peut être soit civile, soit pénale, ou les deux à la fois.

La sanction civile a pour objet :

- de contraindre une personne à s'exécuter (ex. : le versement d'une pension alimentaire) ;
- de mettre fin à un acte pris en violation de la loi (ex. : l'achat d'une maison par un mineur non émancipé) ;
- d'obliger une personne à réparer le préjudice qu'elle a causé (ex. : l'indemnisation d'une victime d'accident de la circulation).

La sanction pénale a pour objet la *punition* de celui qui a violé la règle de droit. Ainsi, le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

4 ♦ LES BRANCHES DU DROIT

Le droit intervient dans des domaines extrêmement variés, ce qui engendre un nombre de règles conséquent. Il régit à la fois les rapports des individus entre eux mais aussi les relations des individus avec l'État, ce qui a conduit à la distinction droit privé et droit public. De plus, chaque État ayant une législation qui lui est propre, la distinction droit national et droit international s'est avérée nécessaire.

A – La division droit public et droit privé

Le *droit privé* est constitué de l'ensemble des règles qui concernent les actes et la vie des particuliers ou des personnes morales privées (sociétés, associations).

Le *droit public* est composé de l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'État, des collectivités territoriales et de l'administration, ainsi qu'à leurs relations avec les personnes privées.

Certaines branches du droit relèvent à la fois du droit public et du droit privé. Il s'agit des *droits mixtes* dont on peut citer pour exemple le droit judiciaire (ensemble des règles gouvernant l'organisation et le fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire).

1) Les branches du droit privé

Le droit privé se subdivise lui-même en plusieurs branches dont les principales sont : le droit civil, le droit commercial et le droit social.

Le droit civil	Il régit les liens personnels ou patrimoniaux entre des personnes privées, qu'elles soient personnes physiques ou personnes morales. Il comprend notamment : <ul style="list-style-type: none"> – le droit des personnes, le droit au respect de la vie privée ; – le droit des obligations (ex. : le droit des contrats) ; – le droit des biens (ex. : le droit de propriété) ; – le droit de la famille et le droit des successions (ex. : le droit de la filiation) ; – le droit de la responsabilité (ex. : le droit à réparation du fait d'une perte subie).
Le droit commercial	Il s'applique aux commerçants dans l'exercice de leur activité professionnelle.
Le droit social	<ul style="list-style-type: none"> – Le droit du travail : il s'applique dans le secteur privé et régit les relations individuelles et collectives de travail. – Le droit de la protection sociale : il est destiné à protéger les individus contre la survenance d'un ensemble d'événements ou risques sociaux.

Il existe beaucoup d'autres branches de droit privé : droit de la concurrence, droit de la consommation, droit bancaire...

2) Les branches du droit public

Le droit public se subdivise en plusieurs branches qui concernent les institutions politiques de l'État, les administrations et les rapports entre l'administration et les personnes de droit privé.

Le droit constitutionnel	Il définit l'organisation et le fonctionnement des institutions politiques d'un État (gouvernement, Parlement, juridictions).
Le droit administratif	Il s'applique à l'Administration dans sa gestion des services publics et dans ses rapports avec les particuliers.
Le droit fiscal	Il permet à l'État d'imposer l'activité économique des particuliers et des entreprises.
Le droit pénal	Il a pour but la sanction des infractions. Pour certains, le droit pénal est également considéré comme un droit mixte.

B – La division droit national et droit international

Le **droit national** est le droit qui ne s'applique que dans un État alors que le **droit international** traite des relations entre États ou entre personnes appartenant à des États différents.

Les sources du droit

L'étude des sources du droit revient à se demander comment et où les règles juridiques prennent naissance. S'agissant du cadre géographique, elles peuvent être créées au niveau national, international ou au niveau de l'Union européenne, ce qui permet de différencier les sources internes et les sources externes à un État. En droit interne français, il existe des sources dites formelles (écrites) ou non formelles.

1 ♦ LES SOURCES INTERNATIONALES

Certaines règles juridiques issues de traités internationaux s'appliquent dans notre droit positif (droit constitué de l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans un État ou dans la communauté internationale à un moment donné).

Un traité international se définit comme un accord conclu entre des États souverains en vue de produire des effets de droit dans leurs relations mutuelles. La Constitution française de 1958 fixe les conditions pour que ces traités soient applicables en France :

Article 52	La négociation et la ratification des traités appartiennent au chef de l'État. Pour les accords internationaux, le chef de l'État est simplement informé de toute négociation tendant à leur conclusion.
Article 53	Certains traités doivent être soumis à une autorisation législative (du Parlement) avant leur ratification ou conclusion (les traités de commerce par exemple).
Article 54	Pour que les traités ou accords internationaux soient applicables en France, ils doivent être conformes à la Constitution française.
Article 55	Les traités ou accords internationaux qui sont régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication au <i>Journal officiel</i> (JO), une autorité supérieure à celle des lois.

2 ♦ LES SOURCES DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Différentes institutions participent à l'élaboration du droit de l'Union européenne qui est constitué du *droit primaire* et du *droit dérivé*. Le droit de l'Union européenne doit respecter un certain nombre de principes.

A – Les institutions de l'Union européenne

La Commission européenne	Elle est composée de 27 commissaires européens choisis par les gouvernements en fonction de leurs compétences. La commission prépare les « lois européennes » et les propose au Parlement européen. Elle est le gardien des traités et veille à la bonne application du droit européen au sein des États membres.
Le Conseil de l'Union européenne	Il est composé de représentants des États membres qui sont des ministres issus de leur gouvernement. Le Conseil adopte les propositions de loi élaborées par la commission et exerce la fonction législative de manière conjointe avec le Parlement européen.
Le Parlement européen	Dans le Traité de Lisbonne de 2007, le nombre maximal de députés est fixé à 751. Le Parlement examine et adopte les actes législatifs européens avec le Conseil.
Le Conseil européen	Il est composé de l'ensemble des chefs des États membres. Il définit les orientations politiques générales mais n'exerce pas de fonction législative.

B – Le droit primaire

Il se compose des différents traités européens dont :

- *le Traité de Rome* de 1957 qui institue la Communauté économique européenne (CEE) aussi appelée « marché commun » ;

- *l'Acte unique européen* de 1986 qui réforme les institutions européennes, supprime les entraves à la libre circulation des marchandises au sein de l'UE et donne naissance au « marché unique » ;
- *le Traité de Maastricht* de 1992 qui participe à la création de l'Union monétaire européenne et fixe les bases d'une union politique (citoyenneté européenne, politique étrangère et de sécurité commune, coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures) ;
- *le Traité d'Amsterdam* de 1997 qui réforme les institutions européennes en vue de l'adhésion de nouveaux États membres. Le traité met en place un processus de co-décision (Parlement/commission) ;
- *le Traité de Nice* de 2001 qui réforme les institutions européennes afin que l'UE continue à fonctionner efficacement après l'élargissement à 25 États membres ;
- *le Traité de Lisbonne* de 2007 qui réforme les institutions européennes, clarifie les domaines de compétences attribuées à l'Union européenne, aux États membres et détermine les compétences partagées ;
- *le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance de l'Union économique et monétaire* du 2 mars 2012 qui instaure une discipline budgétaire au sein de la zone euro.

C – Le droit dérivé

L'Union européenne adopte différents types d'*actes législatifs* destinés à atteindre les objectifs fixés dans les traités. Ces actes forment le droit dérivé et n'ont pas tous la même force obligatoire.

Règlements	Ce sont des actes législatifs qui doivent être mis en œuvre dans leur intégralité, dans toute l'Union européenne et qui ont un effet immédiat, par exemple le règlement de 2006 sur les bagages à main lors de transport aérien.
Directives	Elles fixent des objectifs à tous les pays de l'UE, mais laissent à chacun des États membres le choix des moyens et de la forme pour les atteindre ; par exemple, la directive du 25 octobre 2011 sur le droit des consommateurs (contrats à distance).
Décisions	Elles sont obligatoires et ne concernent que les destinataires (État membre, entreprise ou particulier) auxquelles elles s'adressent. Elles sont directement applicables, par exemple les décisions négatives de la commission en matière de concentration sur le secteur audiovisuel.
Recommandations	Ce sont des conseils qui n'ont aucune force obligatoire pour leurs destinataires.
Avis	Ils permettent aux institutions européennes d'exprimer leur point de vue sans imposer d'obligations à leurs destinataires.

D – Les principes du droit de l'Union européenne

1) Le principe de primauté

Le droit européen a une valeur *supérieure* au droit national des États membres que la disposition nationale soit antérieure ou postérieure au texte communautaire (*Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), Arrêt Costa contre Enel du 15/07/1964 et Arrêt Simmenthal du 09/03/1978*).

2) L'effet direct

Il permet aux particuliers d'invoquer directement certaines normes européennes devant une juridiction nationale ou européenne (*CJUE, Arrêt Van Gend en loos du 05/02/1963*).

3 ♦ LES SOURCES NATIONALES

Il existe un principe en droit français selon lequel un texte de catégorie inférieure ne peut déroger aux textes de catégories supérieures. Il existe donc une hiérarchie des sources du droit dont la déclinaison, par ordre d'importance, est la suivante : **le bloc de constitutionnalité, la loi, les ordonnances et les règlements**.

Le *Conseil constitutionnel* a pour rôle de contrôler le respect de cette hiérarchie. Il peut être saisi par le président de la République, le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, soixante députés ou sénateurs.

A – Les sources formelles

1) Le bloc de constitutionnalité

Il comprend :

- la Constitution française actuelle du 4 octobre 1958 qui est **au sommet** de la hiérarchie des textes du droit français. Elle constitue le **pacte social** entre gouvernants et gouvernés. Elle organise la répartition des pouvoirs entre **l'exécutif** (chef de l'État et gouvernement) et le **législatif** (le Parlement lui-même composé de l'Assemblée nationale et du Sénat) ;
- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 fondant la IV^e République ;
- la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 ;
- la charte de l'environnement de 2004 ;
- les « principes fondamentaux » reconnus par les lois de la République.

La Constitution est complétée par des *lois organiques* qui précisent les modalités d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics (ex. : la loi organique sur l'organisation du Conseil des ministres). Elle peut être modifiée par le Parlement réuni en congrès ou par référendum (ex. : la modification en février 2007 du statut pénal du chef de l'État).

2) La loi

La loi est un texte écrit qui est voté par le Parlement. Elle peut être à l'initiative du gouvernement (*projet de loi*) ou des parlementaires (*proposition de loi*). Les textes de loi sont réunis sous forme de codes (ex. : le Code civil ou le Code de commerce).

a) Domaine de la loi

Selon *l'article 34* de la Constitution, le Parlement a seule compétence dans certains domaines pour fixer les principes fondamentaux et leurs règles d'application ; par exemple, en matière de capacité des personnes. Cet article précise également que, pour certaines matières, le Parlement ne fixe que les principes fondamentaux et le gouvernement prend les mesures d'application. Par exemple, dans le domaine du droit de la propriété.

b) Élaboration de la loi

Le projet ou la proposition de loi est examiné successivement par les deux assemblées du Parlement afin que le texte soit adopté en *termes identiques*. En cas de désaccord, le Premier ministre peut réunir une *commission paritaire* qui va proposer un texte commun sur les points de désaccords. Si cette commission échoue, le texte est transmis à l'Assemblée nationale qui statue définitivement.

Lorsque la loi est votée, le président de la République doit la promulguer. La *promulgation* est l'acte par lequel le président de la République constate officiellement l'existence de la loi et la rend exécutoire. Une fois promulguée, la loi doit être publiée au JO (Journal officiel). Elle devient obligatoire pour tous.

La loi s'applique à toute personne sur le territoire français (*principe de territorialité*) et à tous Français même hors de France (*principe de personnalité*). La loi n'a d'effet que pour l'avenir (*principe de non-rétroactivité*) sauf exceptions, par exemple pour les lois pénales « plus douces ». La loi nouvelle a, en principe, un effet immédiat.

3) Les ordonnances

Selon *l'article 38* de la Constitution, le gouvernement est autorisé à « légiférer par ordonnances ». Cette faculté de prendre des mesures qui sont du domaine de la loi doit être autorisée par le Parlement et concerner l'exécution d'un programme détaillé par le gouvernement. Ces ordonnances n'ont force de loi qu'après avoir été ratifiées par le Parlement.

4) Les règlements

Selon *l'article 37* de la Constitution : « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ». Les règlements sont constitués de l'ensemble des décisions du pouvoir exécutif et des autorités administratives et portent le nom de l'autorité qui les édicte.

Il s'agit :

- des décrets du président de la République ou du Premier ministre : les décrets délibérés en **Conseil des ministres**, les décrets en Conseil d'État, les décrets simples. Ces décrets peuvent être destinés à l'application d'une loi ou être pris à titre exclusif dans les matières autres que celles réservées à la loi. (ex. : décret du 1^{er} février 2011 sur l'information concernant le crédit à la consommation) ;
- des arrêtés ministériels ou interministériels, préfectoraux, municipaux (ex. : arrêté ministériel du 26 août 2011 relatif aux éoliennes terrestres) ;
- des actes unilatéraux émanant des autorités administratives indépendantes comme la CNIL (Commission nationale de l'information et des libertés), l'AMF (Autorité des marchés financiers) ou le CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel).

B – Les sources non formelles

1) La jurisprudence

Au sens large, la jurisprudence désigne l'ensemble des décisions rendues par les juridictions (tribunaux et Cours) à propos d'affaires similaires. Ces juridictions peuvent relever de l'ordre judiciaire, administratif ou européen. La jurisprudence n'a pas, contrairement à la loi, un caractère général et obligatoire.

2) La doctrine

Il s'agit de l'ensemble des opinions émises par des *juristes spécialisés*.

3) La coutume

Elle peut être considérée comme une règle non édictée par les pouvoirs publics mais issue d'un usage prolongé, répété dont l'application apparaît comme obligatoire avec la croyance en l'existence d'une sanction en cas d'inobservation de cet usage. Par exemple, est une coutume le fait pour une femme mariée de prendre le nom de son mari.

La preuve des droits

Les individus sont titulaires de droits subjectifs. En conséquence, ils doivent pouvoir faire valoir l'existence de leurs droits en toutes circonstances. Cette faculté est offerte grâce au système de la **preuve** qui a deux acceptions :

- elle est la démonstration de la réalité d'un fait ou de l'existence d'un acte qui produisent des effets juridiques ;
- elle est un procédé technique permettant de démontrer la réalité d'un fait ou l'existence d'un acte juridique.

Pour maîtriser le droit de la preuve il faut savoir répondre à trois questions :

- **qui doit prouver ?** (il s'agit de la charge de la preuve) ;
- **que doit-on prouver ?** (il s'agit de l'objet de la preuve) ;
- **comment doit-on prouver ?** (ce sont les modes de preuve).

1 ♦ LA CHARGE DE LA PREUVE

A – Le principe

Selon l'article 1315 du Code civil, « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

La charge de la preuve appartient au **demandeur** en justice (celui qui saisit le tribunal). Toutefois, le **défendeur**, lorsqu'il se considère libéré, est également chargé de le prouver.

Selon **l'article 9** du Code de procédure civile, « *il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». La prétention est la demande faite en justice par une partie (ex. : la revendication d'un droit) sur laquelle le juge doit se prononcer.

B – Les exceptions

Il existe des situations où la preuve peut être difficile à apporter par l'une des parties. La loi prévoit alors un autre mécanisme lié à la charge de la preuve, celui des **présomptions légales**.

Ces présomptions, qui sont des conséquences que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu, permettent à la partie qui en bénéficie d'être **dispensée de faire la preuve** de ce qu'elle prétend :

- dans certains cas, la partie adverse peut apporter la preuve contraire : la présomption est dite **présomption simple** (ex. : les enfants nés pendant le mariage sont présumés être ceux du mari. Ce dernier peut toutefois en apporter la preuve contraire) ;
- dans d'autres cas, il est interdit à la partie adverse d'apporter la preuve contraire : la présomption est dite **présomption irréfragable**. La remise par un créancier d'un titre libératoire (ex. : une quittance de loyer) à son débiteur constitue une présomption irréfragable de paiement. Le créancier ne peut plus prouver que, dans la réalité, il n'a pas été payé.

2 ♦ L'OBJET DE LA PREUVE

Les parties n'ont pas à rapporter la preuve de l'existence de la règle de droit. Elles doivent prouver le fait ou l'acte qui a fait naître un droit ou une obligation. Selon qu'il s'agit d'un fait ou d'un acte, les moyens de preuve sont différents.

Acte juridique	Volonté d'une personne qui se manifeste en vue de produire des effets de droit ; par exemple, la conclusion d'un contrat de travail.
Fait juridique	Événement qui produit des effets juridiques non recherchés. Il peut être : <ul style="list-style-type: none"> – volontaire (ex. : un automobiliste qui renverse un piéton) ; – involontaire ou naturel (ex. : une personne qui décède d'une crise cardiaque).

Les actes juridiques sont divers et peuvent être classés de la manière suivante :

Selon le nombre d'auteurs	<i>Acte unilatéral</i> : acte qui émane d'une personne (ex. : un don).
	<i>Acte bilatéral</i> : acte qui émane de deux personnes (ex. : un contrat de bail).
	<i>Acte multilatéral</i> : acte qui émane de plusieurs personnes (ex. : une convention collective).
Selon les effets sur le patrimoine	<i>Acte conservatoire</i> : acte qui a pour objet d'empêcher la perte d'un droit ou d'un bien dans le patrimoine d'une personne ou qui maintient le patrimoine en état (ex. : publication d'une hypothèque).
	<i>Acte d'administration</i> : acte qui a pour objet la gestion courante des biens (ex. : vente d'un meuble à usage courant).
	<i>Acte de disposition</i> : acte modifiant la composition du patrimoine (ex. : vente d'un immeuble).

3 ♦ LES MODES DE PREUVE

Les modes de preuve sont différents selon qu'il s'agit de prouver un *fait juridique* ou un *acte juridique*.

A – La preuve des actes et des faits juridiques

1) Les faits juridiques

La preuve est libre et se fait donc par tous moyens.

2) Les actes juridiques

Principe	La preuve n'est pas libre. L'acte doit se prouver <i>par un écrit</i> (preuve littérale) lorsqu'il concerne une chose qui a une valeur <i>supérieure à 1 500 €</i> . Pour être parfait, l'écrit doit comporter la signature de ses auteurs. Dans certains cas, certaines mentions doivent apparaître.
----------	--

Exceptions	<p>Dans certaines situations, la preuve peut être apportée par d'autres moyens que par écrit :</p> <ul style="list-style-type: none"> – l'acte juridique est <i>inférieur ou égal à 1 500 €</i> ; – en cas de commencement de preuve par écrit (écrit imparfait, c'est-à-dire ne respectant pas les conditions de fond ou de forme imposées par la loi et détenu par l'adversaire), par exemple une reconnaissance d'enfant naturel faite sous-seing privé et non en la forme authentique ; – lorsqu'il existe une impossibilité matérielle (ex. : un sinistre) ou morale (ex. : un lien de parenté) de se procurer un écrit ; – lorsque l'original est perdu, présentation possible d'une copie (reproduction fidèle et durable) ; – entre commerçants ; – lorsque les auteurs de l'acte ont décidé que la preuve serait apportée par un autre procédé que celui de l'écrit.
------------	--

B – Les procédés de preuve

Il existe en matière de preuve plusieurs procédés afin de faire valoir ses droits et que l'on peut classer en deux catégories : les modes de **preuves parfaits** et **imparfaits**.

1) Les modes de preuve parfaits

Ce sont des modes de preuve qui se suffisent à eux-mêmes et n'ont pas besoin d'être complétés.

L'acte authentique	<p>Il s'agit d'un écrit rédigé selon des formes prescrites par la loi et authentifié par un officier public (notaire, greffier, huissier ou officier d'état civil), par exemple un contrat de mariage. Cet acte doit comporter la date, la signature et le cachet de l'officier public. Il peut être remis en cause par une action en inscription de faux. La force probante est absolue pour les éléments constatés par l'officier public et relative lorsque l'officier public se contente d'effectuer une transcription.</p>
L'acte sous-seing privé	<p>Il s'agit d'un écrit rédigé par des particuliers et qui tire sa force probante de la signature des parties à l'acte ou de leur représentant. La forme est libre. Il existe des exceptions, par exemple lorsque l'acte est une promesse unilatérale de versement d'une somme d'argent (signature nécessaire du débiteur de l'engagement, mention de la somme en lettres et en chiffres). Il fait foi de son contenu et de sa date jusqu'à preuve contraire. La partie signataire peut toujours désavouer sa signature (procédure de vérification d'écriture).</p>

L'écrit électronique	La loi du 13 mars 2000 admet la valeur de <i>l'écrit électronique</i> comme mode de preuve. Il a la même force probante qu'un écrit papier si son auteur peut être identifié et que l'écrit est établi et conservé dans des conditions de nature à garantir son intégrité. La signature électronique consiste en l'usage d'un <i>procédé fiable d'identification</i> garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache.
L'aveu judiciaire	Déclaration par laquelle la partie adverse reconnaît un fait qui peut produire contre elle des conséquences juridiques.
Le serment décisoire	Une partie demande à l'autre d'affirmer, en prêtant serment, la véracité de ses affirmations (demander à son adversaire, par exemple, de jurer qu'il ne lui doit rien).

2) Les modes de preuve imparfaits

Ce sont des modes de preuve qui laissent au juge un large pouvoir d'appréciation.

Le témoignage	Acte par lequel une personne atteste d'un fait dont elle a eu personnellement connaissance.
Les présomptions de l'homme	La présomption est un mode de raisonnement juridique consistant pour le juge à induire un fait incertain d'un fait certain. Du fait de leur imprécision, le législateur impose que les présomptions retenues par le juge soient « graves, précises et concordantes » (art. 1353, C. civ.).
Le serment supplétoire	Serment que le juge propose à l'une des parties de prêter lorsque les preuves présentées sont insuffisantes.
Le commencement de preuve par écrit	Tout écrit émanant de celui contre lequel la demande est formée mais qui ne peut, pour des raisons de fond ou de forme, constituer une preuve écrite parfaite.

◆ Application

Robin et Delphine, tous deux étudiants, se sont mis en concubinage depuis deux ans. Ils cumulent différents emplois à temps partiel pour payer leurs dépenses de ménage et d'études. Robin a décidé avec un groupe d'amis de partir 15 jours au Mexique. Il demande à Delphine de lui prêter la somme qui lui manque pour pouvoir effectuer son voyage, à savoir 1 000 €. Malgré l'importance de cette somme, Delphine accepte sans hésitation et lui remet cette somme, en chèque lors d'un repas avec un couple d'amis communs. De retour de son voyage, Robin et Delphine se disputent et leur relation prend fin. Delphine souhaite récupérer l'argent qu'elle a prêté à Robin sachant que celui-ci ne veut rien entendre.

Quel mode de preuve peut utiliser Delphine pour faire valoir son droit à remboursement ?

Correction

Un acte juridique est la volonté d'une personne qui se manifeste en vue de produire des effets juridiques. Selon le Code civil, la preuve d'un acte juridique doit être faite par écrit dans la mesure où l'opération est supérieure à 1 500 €. Il existe des situations où la preuve peut être apportée par d'autres moyens que par écrit : l'acte juridique est inférieur ou égal à 1 500 €, en cas de commencement de preuve par écrit (un écrit imparfait, détenu par l'adversaire), en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, lorsque l'original est perdu et qu'il existe une copie, entre commerçants ou lorsque les auteurs de l'acte ont décidé que la preuve serait apportée par un autre procédé que l'écrit.

Le prêt de somme d'argent entre Delphine et Robin est un acte juridique dont le montant est de 1 000 €. La preuve de cet acte, du fait des exceptions, peut se faire par tous moyens. En l'occurrence, Delphine pourra produire une copie du chèque et demander que les amis présents lors de la remise du chèque apportent leur témoignage.

Les juridictions

1 ♦ PRÉSENTATION DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE

La vie en société génère nécessairement des conflits, ce qui explique le recours à la justice qui a pour rôle de protéger les individus et de les rétablir dans leurs droits lorsque ces derniers ne sont pas respectés.

Nul n'ayant le droit de se faire justice soi-même, cette fonction appartient à l'État qui a mis en place toute une organisation judiciaire permettant de répondre à la multitude des différends pouvant naître entre les personnes. En France, cette **organisation judiciaire** est composée de nombreux organes – les **juridictions** – et regroupe deux ordres :

- l'**ordre judiciaire** qui est ouvert aux personnes privées (personnes physiques ou personnes morales) qui souhaitent agir contre leurs semblables ;
- l'**ordre administratif** qui est compétent pour les situations conflictuelles entre les personnes physiques ou morales (de droit privé ou de droit public) et l'administration.

Il existe un principe de **séparation des pouvoirs** selon lequel, l'administration ne peut s'immiscer dans les litiges qui relèvent des juges de droit privé et, inversement, les juges judiciaires ne peuvent sanctionner les actes de l'administration. En cas de conflit de compétences entre les deux ordres, le **tribunal des conflits** désigne l'ordre compétent.

Les juridictions françaises doivent tenir compte du droit de l'Union européenne (voir Fiche 2) qui peut être invoqué par les justiciables. Les États membres ainsi que les citoyens européens peuvent également, dans certaines situations, saisir les juridictions de l'Union européenne.

2 ♦ LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE EUROPÉEN

L'ordre européen est constitué de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui siège à Luxembourg. La CJUE est composée de trois juridictions : *la Cour de justice*, *le tribunal de première instance*, qui seront présentés dans cette Fiche, et le *tribunal de la fonction publique*.

A – La Cour de justice

1) La composition de la Cour de justice

Elle est composée de 28 juges et de 9 avocats généraux tous nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres. Leur mandat est de 6 ans renouvelable. Les juges désignent parmi eux un président dont le mandat est de 3 ans.

Les juges sont réunis en <i>Formation</i>	En assemblée plénière : pour les cas particuliers prévus par le statut de la Cour (par exemple, sur la démission d'office d'un commissaire européen).
	En grande chambre (13 juges) : sur demande d'un État membre ou d'une institution qui est partie à l'instance ou lorsque l'affaire est complexe.
	À 3 ou 5 juges : pour les autres affaires.
Avocats généraux	Assistent la Cour en présentant un avis juridique sur les affaires dont ils sont saisis.
Greffier	Secrétaire général de l'institution.

2) Les compétences de la Cour de justice

Différents recours peuvent être exercés devant la Cour de justice : le renvoi préjudiciel, les recours en manquement, en annulation ou en carence et le pourvoi.

Le renvoi préjudiciel : la Cour peut être saisie par les juges nationaux en cas de problème d'interprétation du droit de l'Union européenne ou de validité d'un acte de l'Union. La décision de la Cour (arrêt) lie le juge. Le citoyen européen peut se joindre à cette procédure.

Les recours directs :

Le recours en manquement	La Cour contrôle le respect par les États membres des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union européenne. Ce recours est engagé par la Commission ou par un État membre. En cas d'inexécution des arrêts constatant le manquement, l'État concerné peut être condamné à une amende ou à une astreinte.
Le recours en annulation	La Cour est saisie par les États en vue de l'annulation d'un acte d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union.
Le recours en carence	Il permet pour les États de faire sanctionner l'inaction d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union.
Le pourvoi	La Cour peut être saisie de pourvois (recours) contre les arrêts et ordonnances du Tribunal de première instance dans un délai de deux mois. Elle ne juge que le droit.

D'une manière générale, la procédure devant la Cour de justice comporte une phase écrite et orale. Les audiences sont en principe **publiques**. Les délibérations sont secrètes. La décision appelée « Arrêt » est rendue en audience publique.

B – Le tribunal de première instance**1) La composition du tribunal**

Il est composé de 28 juges nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres. Leur mandat est de 6 ans, renouvelable. Ces juges nomment parmi eux un président pour un mandat de 3 ans. Ils sont assistés d'un greffier. Les différentes formations du Tribunal sont identiques à celles de la Cour de justice (Assemblée plénière, formation en grande chambre ou en nombre réduit de juges).

2) Les compétences du tribunal

Différents recours peuvent être formés devant le tribunal de première instance :

Le recours en annulation	Le tribunal est saisi par les personnes physiques ou morales en vue de l'annulation d'un acte d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union.
Le recours en carence	Il permet aux personnes physiques ou morales de faire sanctionner l'inaction d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union.
Autres principaux recours	<ul style="list-style-type: none"> - Le recours formé les États membres contre les décisions de la Commission. - Le recours formé par les États membres contre les décisions du Conseil. Par exemple, en ce qui concerne les mesures de défense commerciale. - Le recours formé en vue d'obtenir la réparation des dommages causés par les institutions de l'Union européenne ou leurs agents. - Le recours en matière de marque communautaire.

3 ♦ LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE JUDICIAIRE

L'ordre judiciaire est constitué de juridictions *civiles et pénales*. Elles s'organisent sous forme hiérarchique permettant au justiciable d'effectuer des recours contre les décisions rendues. Le justiciable va saisir tout d'abord une juridiction du **1^{er} degré** puis, sous certaines conditions, pourra contester la décision rendue devant une juridiction du **2nd degré**. Une troisième voie de contestation lui sera ensuite ouverte devant la juridiction suprême qui est la Cour de cassation (celle-ci ne jugera que le droit et non les faits).

A – Les juridictions civiles du premier degré

Elles sont compétentes pour connaître les litiges entre *particuliers personnes physiques et/ou personnes morales*. Chaque juridiction a des compétences *d'attribution* (liées à la nature et au montant des litiges) et une compétence *territoriale*. Il existe à côté des tribunaux *civils* (tribunal de grande instance et tribunal d'instance), des tribunaux *d'exception* qui se définissent comme des tribunaux auxquels la loi a expressément attribué un domaine de compétence. Il s'agit du tribunal de commerce, du conseil de prud'hommes, du tribunal des affaires de la sécurité sociale et du tribunal des baux ruraux (ce dernier ne sera pas traité dans cette fiche). Ces juridictions rendent des décisions appelées « *jugements* ».

1) Le tribunal de grande instance (TGI)

Il est appelé juridiction de droit commun car il a une **compétence de principe** pour statuer sur toutes les matières de droit privé autres que celles que la loi dévolue à une autre juridiction.

a) La composition du tribunal de grande instance

Chaque TGI comprend plusieurs magistrats professionnels : des **juges**, un **président** et des **vice-présidents**. Selon son importance, le TGI peut être composé de plusieurs chambres. Dans chaque TGI, le **Ministère public** qui défend les intérêts de la société est représenté par le procureur de la République et ses substituts.

Le président a une compétence :

- **administrative** : il assure l'organisation et l'administration interne de la juridiction ;
- **contentieuse** : il rend des ordonnances de référé, des ordonnances sur requête en cas d'urgence. Il est juge de l'exécution des jugements.

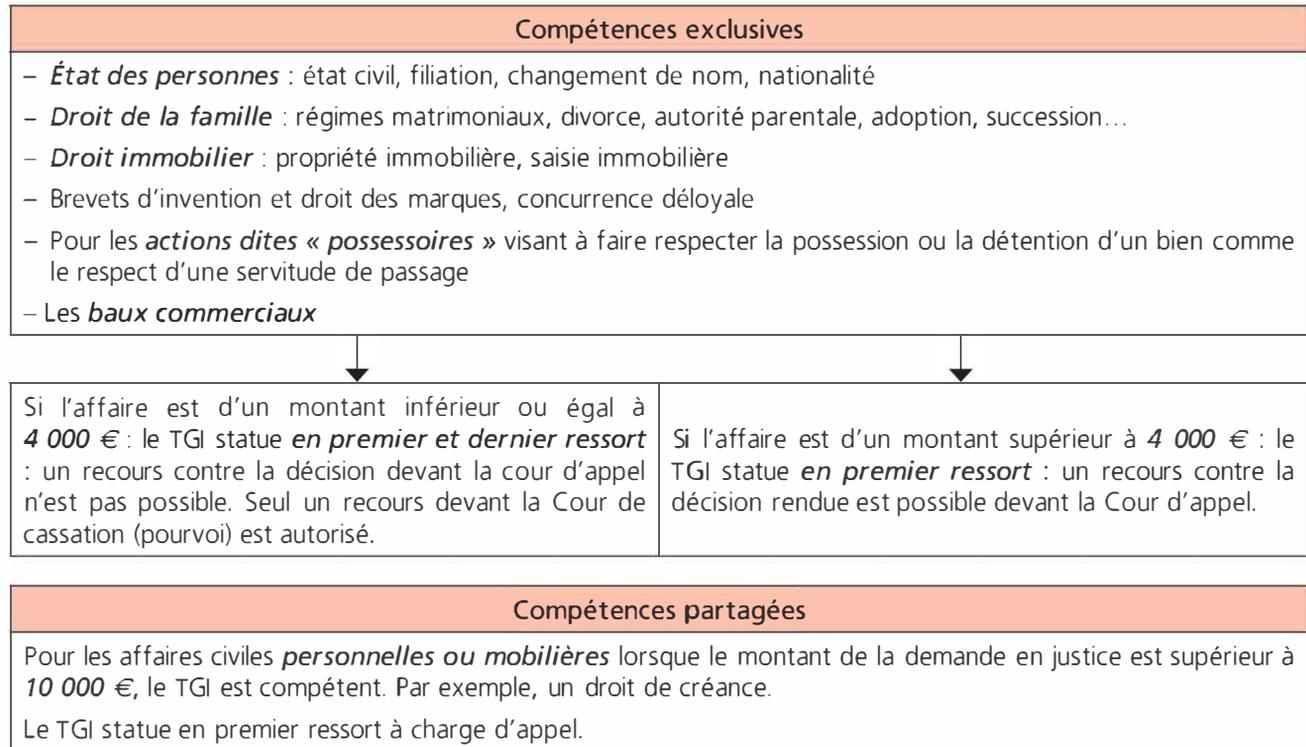
En principe, le TGI statue en **formation collégiale** (trois magistrats du siège qui sont des juges professionnels). Toutefois, il peut être amené à statuer à juge unique dans les cas suivants :

- juge aux affaires familiales en matière de conflits familiaux ;
- juge de l'exécution pour les difficultés nées de l'exécution des décisions de justice ;
- juge des enfants dans le cadre de la protection des mineurs.

b) Les compétences du tribunal de grande instance

■ LES COMPÉTENCES D'ATTRIBUTION

Le TGI a des **compétences exclusives** (il est le seul à pouvoir juger de ces matières) et des **compétences partagées** avec deux autres juridictions, **le tribunal d'instance ou le juge de proximité** selon le montant du litige.



Depuis la loi du 13 décembre 2011, le TGI peut prononcer des injonctions de payer.

■ LA COMPÉTENCE TERRITORIALE

La juridiction territorialement compétente est en principe celle du **domicile du défendeur**.

Par exceptions, la juridiction territoriale peut être rattachée au lieu de situation de l'immeuble, dernier domicile du défunt, lieu du fait dommageable, lieu de livraison ou d'exécution de la prestation.

2) Le tribunal d'instance (TI)

Il traite des petits litiges civils de la vie quotidienne.

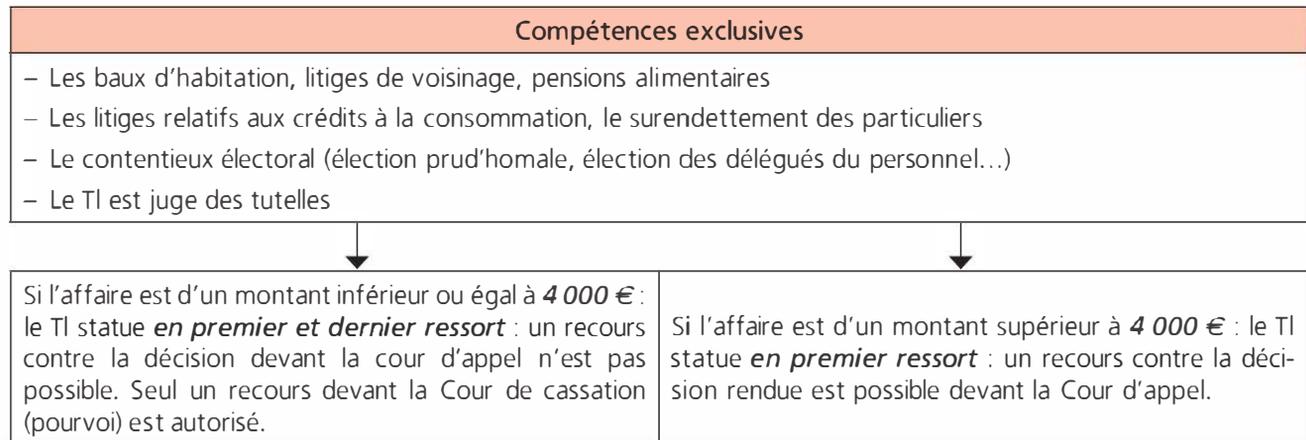
a) La composition du tribunal d'instance

Il comprend un ou plusieurs magistrats professionnels. Les affaires sont jugées par un seul juge d'instance qui est assisté d'un greffier. Il n'y a pas de Ministère public permanent auprès des TI.

b) Les compétences du tribunal d'instance

■ LES COMPÉTENCES D'ATTRIBUTION

Le tribunal d'instance a des compétences exclusives (il est seul compétent pour connaître ce type de litiges) et des compétences partagées (selon le montant de la demande, il peut être ou non compétent).



■ LES COMPÉTENCES PARTAGÉES (VOIR TGI)

Le TI va intervenir pour les litiges de 4 001 à 10 000 €.

■ LA COMPÉTENCE TERRITORIALE

Les règles énoncées pour le TGI sont également applicables au TI.

3) Le juge de proximité

Il traite des petits litiges de la vie quotidienne en matière civile et pénale.

Le juge de proximité qui est un **juge non professionnel** sera rattaché organiquement au TGI à compter du 1^{er} janvier 2013 (application effective au 1^{er} janvier 2015). Le juge de proximité statue seul. Le Ministère public est représenté par le commissaire de police, voire par le procureur de la République.

Compétence civile	Le juge de proximité statue en premier et dernier ressort sur les litiges personnels et mobiliers pour un montant n'excédant pas 4 000 € (sans appel) et sur les demandes indéterminées portant sur l'exécution d'une obligation (appel possible devant la Cour d'appel).
Compétence pénale	Le juge de proximité statue sur les contraventions (infractions les moins graves) des quatre premières classes (ex. : le tapage nocturne).

4) Le tribunal de commerce

a) La composition du Tribunal de commerce

Les juges des tribunaux de commerce sont appelés **juges consulaires et ne sont pas des juges professionnels**. Ce sont des **commerçants** élus par leurs pairs pour deux ou quatre ans. Chaque tribunal est composé d'un président, d'un vice-président et peut être doté de plusieurs chambres. La formation de jugement doit comporter au moins trois juges élus (dont éventuellement le président).

b) Les compétences du tribunal de commerce

Le tribunal de commerce a des compétences d'attribution (liées à la matière) et une compétence territoriale :

- **compétences d'attribution** : le tribunal juge les litiges, entre commerçants, entre commerçants et particuliers, relatifs aux sociétés commerciales, aux actes de commerce et en matière de droit des entreprises en difficulté. Il juge **en premier et dernier ressort** jusqu'à 4 000 €. Au-delà de ce montant, l'appel est possible devant la Cour d'appel ;
- **compétence territoriale** : la juridiction territorialement compétente est celle du domicile (ou siège social) du défendeur. Il existe des exceptions comme par exemple en matière contractuelle : le lieu du tribunal compétent dépend du lieu de livraison ou exécution de la prestation.

5) Le conseil de prud'hommes

Il juge les litiges individuels nés à l'occasion d'un contrat de travail de droit privé.

a) La composition du conseil de prud'hommes

Le conseil de prud'hommes est composé de *juges non professionnels* (conseillers) élus par les salariés et les employeurs tous les cinq ans. Cette juridiction est composée de **5 sections autonomes** (sections de l'encadrement, de l'industrie, de commerce, de l'agriculture et des activités diverses) et d'**une formation de référé** pour les affaires sans contestation sérieuse ou qui révèlent un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser d'urgence.

Un président et un vice-président sont élus tous les ans pour gérer chaque section. Ces fonctions de présidence sont occupées alternativement par un conseiller salarié puis par un conseiller employeur. Chaque section comporte deux bureaux :

- un **bureau de conciliation** qui tente de trouver un accord à l'amiable entre le salarié et l'employeur. Il est composé d'un conseiller employeur et d'un conseiller salarié ;
- un **bureau de jugement** qui juge l'affaire en cas d'échec de la conciliation. Il est composé de deux conseillers employeurs et deux conseillers salariés. En cas d'égalité des votes, un juge du tribunal d'instance est appelé à départager les conseillers. Il est appelé juge départiteur.

b) La compétence du conseil de prud'hommes

Il juge des litiges individuels qui surviennent entre salariés (ou apprentis) et employeurs, à l'occasion du contrat de travail (ou du contrat d'apprentissage). Le conseil de prud'hommes juge **en premier et dernier ressort jusqu'à 4 000 €**. Au-delà de ce montant, l'appel est possible devant la Cour d'appel.

Le conseil de prud'hommes territorialement compétent est en principe celui dans le ressort duquel est placée l'entreprise où est accompli le travail.

6) Le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS)

La formation du TASS est composée de **deux juges non professionnels** sous la présidence d'un magistrat relevant du TGI. Ce tribunal tranche les litiges entre les organismes de sécurité sociale et les assurés sociaux, après l'exercice d'un recours amiable porté devant la Commission de la sécurité sociale.

B – Les juridictions pénales du premier degré

Sur le plan pénal, il existe les *juridictions d'instruction* (juge d'instruction et chambre de l'instruction) et les *juridictions de jugement*. Au sein des juridictions de jugement de droit commun se trouvent : les juges de proximité, les tribunaux de police, les tribunaux correctionnels et les cours d'assises qui sont compétents en fonction des infractions commises. Il existe trois types d'infractions : les contraventions, les délits et les crimes (voir Fiche 26).

1) *Le tribunal de police*

Il juge les contraventions de la *cinquième classe* puisque les 4 premières classes relèvent du juge de proximité. Il est une formation particulière du tribunal d'instance et siège à juge unique en audience publique. Le Ministère public est représenté par le procureur de la République ou l'un de ses substituts. *Le tribunal de police compétent territorialement* est celui du lieu où l'infraction a été commise ou du lieu de résidence du prévenu.

2) *Le tribunal correctionnel*

Il se trouve auprès du TGI et juge les délits commis par des personnes physiques majeures ou des personnes morales. La formation du tribunal correctionnel comprend en principe : un président et deux juges, le procureur de la République ou l'un de ses adjoints (substitut) et le greffier. Toutefois la formation peut être à juge unique (ex. : pour les vols simples).

La participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale a pris fin le 30 avril 2013 (Arrêté du 18 mars 2013).

Le tribunal correctionnel compétent territorialement est celui du lieu où l'infraction a été commise ou du lieu de résidence ou d'interpellation du prévenu.

3) *La cour d'assises*

Elle juge les crimes qui sont les infractions les plus graves. La formation de la cour d'assises est collégiale : 3 juges professionnels et 9 jurés. Elle se réunit en sessions et ses audiences sont publiques. Il y a une cour d'assises par département. Les arrêts rendus par la cour d'assises peuvent faire l'objet d'un recours (appel) devant la cour d'assises statuant en appel composée alors de 12 jurés.

Attention ! Les mineurs qui ont commis une infraction grave qualifiée de crime ou de délit répondent, selon leur âge, de leurs actes devant les tribunaux pour enfants, les tribunaux correctionnels ou la cour d'assises des mineurs.

C – Les cours d'appel : juridictions du second degré

a) *La composition et l'organisation des cours d'appel*

Les juges qui composent les cours d'appel portent le nom de *conseillers*. Les cours d'appel couvrent plusieurs départements et sont organisées en chambres spécialisées (avec notamment une chambre des appels correctionnels).

b) Les compétences des cours d'appel

Elles sont compétentes pour juger des appels interjetés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré qui ont statué *en premier ressort*. Elle réexamine l'affaire tant sur les faits que sur le droit d'où le terme de second degré de juridiction (voir Fiche 6).

Les cours d'appel rendent des décisions appelées « arrêts ». Ils sont soit *infirmatifs* (contraires à la décision précédente) soit *confirmatifs* (identiques à la décision ayant fait l'objet de l'appel).

D – La Cour de cassation

La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. Elle est *unique* et siège à Paris.

Elle est composée de **6 chambres** (3 chambres civiles, 1 chambre commerciale, 1 chambre sociale et 1 chambre criminelle). Chacune des chambres comprend : un président de chambre, des conseillers, des conseillers référendaires, un ou plusieurs avocats généraux, un greffier de chambre.

Elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction car *elle ne juge que le droit* et ne réexamine pas les faits. Elle a pour rôle de juger la conformité des décisions aux règles de droit.

Elle rend des arrêts qui sont soit :

- des **arrêts de rejet** (elle rejette la demande qui est faite devant elle) : la procédure judiciaire est terminée ;
- des **arrêts de cassation** (elle considère que la décision prise par la juridiction précédente n'est pas conforme au droit). L'arrêt de cassation est avec ou sans renvoi. Lorsqu'il est sans renvoi, la procédure est terminée. Lorsque l'arrêt est avec renvoi cela signifie que l'affaire est renvoyée devant une autre juridiction de même degré que celle qui a jugé avant la Cour de cassation.

3 ♦ LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

Elles regroupent les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État.

A – Les tribunaux administratifs

Ils couvrent plusieurs départements. Chaque tribunal se compose au minimum d'un président et de plusieurs conseillers. Les plus importants sont divisés en chambres.

Le tribunal rend des décisions (jugements) qui sont susceptibles d'appel dans les *deux mois* devant la Cour administrative d'appel ou le Conseil d'État, selon l'affaire.

Le tribunal administratif est *juge de droit commun* en matière administrative. Cela signifie que tous les litiges, exceptés ceux que la loi attribue expressément à une autre juridiction administrative, doivent être portés devant les tribunaux administratifs en première instance.

Le tribunal administratif compétent territorialement est celui dans le ressort duquel se situe l'autorité administrative qui a pris la décision attaquée ou a signé l'acte contesté.

B – Les cours administratives d'appel

Il en existe 8. Elles sont compétentes pour les appels formés contre les jugements du tribunal administratif qui se situe dans leur ressort. Chaque cour est divisée en plusieurs chambres. Elles rendent des *arrêts* pouvant faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État dans les *deux mois*.

C – Le Conseil d'État (CE)

Il est la juridiction suprême en matière administrative et siège à Paris. Le CE est divisé en 6 sections (5 administratives et 1 contentieuse) et intervient à deux niveaux :

- *au niveau administratif* : il examine et donne un avis sur les projets de loi et les décrets du gouvernement. Il est consulté par l'administration sur des points juridiques particuliers ;
- *au niveau contentieux* :
 - il est juge en *premier et dernier ressort* pour certains litiges importants (ex. : les recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation d'un décret),
 - il est juge *d'appel* pour les recours contre les jugements des tribunaux administratifs qui ne relèvent pas des cours administratives d'appel (ex. : le contentieux des élections municipales),
 - il est juge *de cassation* pour les recours contre les jugements des tribunaux administratifs statuant en premier et dernier ressort et à l'égard des arrêts des cours administratives d'appel.

D – Les recours devant les juridictions administratives

Il existe différents recours dont trois principaux :

Recours pour excès de pouvoir	Il se définit comme le recours par lequel on demande au juge <i>l'annulation</i> d'une décision administrative du fait de son illégalité.
Recours de pleine juridiction (ou en plein contentieux)	Il est exercé pour faire reconnaître un droit subjectif : par exemple le droit résultant d'un contrat, droit à réparation suite à un préjudice.
Recours en interprétation et en appréciation de légalité	Il s'agit d'interpréter un acte administratif obscur ou de juger si l'acte est légal ou non.

♦ Application

Pour chacune des situations suivantes, précisez la juridiction compétente en première instance et la voie de recours possible en cas de contestation de la décision.

- M. Lornay, magasinier, souhaite contester son licenciement pour faute grave et demander une indemnité de 12 000 €.*
- Mme Felix a acheté un terrain (150 000 €) que le vendeur lui a présenté comme constructible alors que dans la réalité il ne l'est pas. Elle voudrait faire annuler la vente.*
- L'entreprise Vallieres n'a pas payé certaines de ses factures pour un montant de 3 500 €, à son fournisseur, l'entreprise Eusebe. Celle-ci souhaite l'assigner en justice.*
- M. Marigny a commis une escroquerie.*
- M. Moye s'est vu refuser son permis de construire par la mairie et souhaite agir en justice.*
- Mme Bloye, locataire d'un studio à usage d'habitation, n'a pas payé ses loyers pour les mois de septembre et d'octobre (1 200 €) car elle considère que son bailleur a méconnu ses obligations. Le bailleur veut la poursuivre devant les tribunaux.*
- Mme Hauteville ne supporte plus les hurlements incessants de jour comme de nuit du chien de sa voisine. Après plusieurs demandes restées infructueuses afin que ces nuisances sonores cessent, elle voudrait faire condamner sa voisine par un tribunal.*
- M. Alby a vendu à un de ses collègues de travail une télévision quasiment neuve (1 000 €). Ce dernier lui a versé 500 € et refuse de lui régler le complément.*

<i>Correction</i>		
	Juridiction compétente	Voie de recours
1	Conseil de prud'hommes qui va statuer en premier ressort (montant du litige > 4 000 €)	Cour d'appel
2	Tribunal de grande instance (compétence exclusive)	Cour d'appel
3	Tribunal de commerce qui va statuer en premier et dernier ressort (montant du litige < 4 000 €)	Cour de cassation
4	Tribunal correctionnel car l'escroquerie est un délit	Cour d'appel
5	Tribunal administratif	Cour administrative d'appel
6	Tribunal d'instance (compétence exclusive) qui va statuer en premier et dernier ressort	Cour de cassation
7	Juge de proximité car contravention de la 4 ^e classe	Cour d'appel sous certaines conditions
8	Compétence partagée Tribunal de grande instance/Tribunal d'instance/Juge de proximité. Ici le juge de proximité est compétent (montant de la demande 500 €).	Cour de cassation

Le personnel de justice

La justice fait intervenir de nombreuses professions. Le personnel de l'ordre judiciaire diffère de celui de l'ordre administratif.

1 ♦ LE PERSONNEL DE JUSTICE DE L'ORDRE JUDICIAIRE

Il est composé de magistrats et d'auxiliaires de justice.

A – Les magistrats

Les magistrats, professionnels de la justice, sont regroupés en un corps unique et sont chargés de faire appliquer la loi dans les litiges qui leur sont soumis. Ils dépendent du ministère de la Justice, sont rémunérés par l'État et se divisent en deux catégories : les magistrats du siège et ceux du Parquet.

Attention ! Les juges de proximité, les juges consulaires et les conseillers prud'homaux sont des juges non professionnels et ne font pas partie du corps des magistrats (voir Fiche 4).

1) Les magistrats du siège

Ils ont pour rôle de juger les affaires qui leur sont dévolues (ex. : le juge du tribunal d'instance qui est compétent pour les petits litiges de la vie civile). Leur mission est d'appliquer le droit et de rendre une décision.

Pour garantir leur indépendance et leur permettre de rendre leurs décisions sans pression hiérarchique ou politique, **les magistrats du siège (les juges) sont inamovibles**. Cela signifie qu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'une affectation sans leur consentement.

2) Les magistrats du Parquet

Ils sont hiérarchisés et ont pour fonction de représenter *les intérêts de la société*. Ils requièrent au nom de la loi et veillent à l'application de la politique pénale mise en place par le gouvernement.

Ils ne sont pas inamovibles. L'ensemble des magistrats du Parquet forment le *Ministère public*. Ils sont présents en principe auprès de chaque juridiction :

Juridiction du 1 ^{er} degré	Procureur de la République, procureur adjoint (facultatif), vice-procureur de la République et substitut du procureur.
Cour d'appel	Procureur général (chef du Parquet), substitut et avocat général
Cour de cassation	Procureur général, premier avocat général et avocat général

3) Le recrutement des magistrats

Ils sont principalement recrutés par *concours* et sont formés par *l'École nationale de la magistrature* (Bordeaux). Ils sont nommés par *décret du président de la République*, sur proposition du garde des Sceaux et après avis du Conseil de la magistrature. Ils sont ensuite affectés au siège ou au Parquet.

4) Le Conseil supérieur de la magistrature

Organe constitutionnel, il est chargé d'assister le président de la République dans sa fonction de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il gère, en partie, la carrière des magistrats (nomination, sanction disciplinaire...).

B – Les auxiliaires de justice

Ce sont des personnes relevant de statuts professionnels divers qui participent au fonctionnement quotidien du service public de la justice. Certains sont des *fonctionnaires* (greffiers), d'autres ont le statut d'*officiers ministériels* (notaires ou huissiers) car titulaires d'une charge qui leur est confiée par l'État leur donnant un monopole sur leur profession, d'autres enfin sont des *professionnels libéraux* (avocats). Les conciliateurs et les médiateurs (voir Fiche 7) font également partie des auxiliaires de justice.

1) Les greffiers

Les greffiers (excepté ceux des tribunaux de commerce) sont des fonctionnaires qui dépendent du ministère de la Justice. Ils sont divisés en *deux corps* : greffiers en Chef et secrétaires greffiers.

Les greffiers sont responsables du bon déroulement de la procédure judiciaire et de l'authenticité des actes établis par les magistrats au cours du procès. Leur présence est obligatoire à l'audience. Ils enregistrent les affaires, renseignent les parties, contrôlent l'écoulement des délais, mettent en forme les décisions de justice. Le greffe (secrétariat-greffe) est chargé de la tenue de certains registres (ex. : le registre d'audience).

2) Les avocats

Ils exercent une profession libérale et ont une mission :

- **d'assistance** : conseil et plaidoirie ;
- de **représentation des parties** (clients) devant les juridictions : postulation (accomplissement des actes de procédure) et conclusions (rédaction et présentation des prétentions et moyens à la partie adverse).

Ils font partie d'une organisation professionnelle appelée Ordre des Avocats au **Barreau** (regroupement d'avocats) de la ville où se trouve le siège du tribunal de grande instance dont dépend leur cabinet. Chaque barreau est administré par un Conseil de l'ordre lequel est présidé par un **bâtonnier**. Le Conseil de l'ordre a un pouvoir de sanction à l'égard des avocats.

La représentation des parties devant les tribunaux (voir Fiche 4) est la suivante :

TI – Juge de proximité	Les parties peuvent se faire représenter par un avocat, leur conjoint, concubin, ou partenaire d'un PACS, par un parent ou par un allié (membre de la famille du conjoint).
Conseil de prud'hommes	Les parties peuvent se faire représenter par un avocat, leur conjoint, concubin, ou leur partenaire pacsé, par un salarié ou par un employeur appartenant à la même branche d'activité. Ils peuvent également faire appel à un délégué, permanent ou non, des organisations syndicales ou patronales.
TGI	Avocat obligatoire
Tribunal de commerce	Les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter par toute personne de leur choix. Le représentant, s'il n'est pas un avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial.
Tribunal de police	Le prévenu peut, lorsque la contravention n'est sanctionnée que par une peine principale (amende), se défendre lui-même ou se faire représenter par une personne de son choix dotée d'un pouvoir spécial. Dans les autres cas, l'avocat est obligatoire.
Tribunal correctionnel	Le prévenu peut se défendre lui-même ou se faire représenter par un avocat.
Cour d'assises	Avocat obligatoire

Attention ! Pour les cours d'appel, les actes de procédure étaient obligatoirement effectués par un avoué. Cette profession n'existe plus depuis le 1^{er} janvier 2012 ; elle est fusionnée avec celle des avocats. Pour la Cour de cassation, l'assistance et la représentation appartiennent exclusivement à des avocats aux Conseils qui sont des officiers ministériels.

3) Les experts judiciaires

Les experts sont des spécialistes qui sont sollicités par les juges pour donner leur avis sur des points précis et déterminants dans un litige (ex. : un expert médical). Il existe des listes officielles d'experts. Ils doivent prêter serment devant une Cour d'appel.

2 ♦ LE PERSONNEL DE JUSTICE DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

A – Les membres des tribunaux et cours administratives d'appel

Les juges administratifs sont recrutés principalement parmi les énarques. Ils sont *inamovibles* (contrairement aux membres du Conseil d'État) et indépendants de l'administration.

B – Les membres du Conseil d'État

Énarques pour la plupart, ils sont hiérarchisés et se répartissent en 3 catégories :

- *les auditeurs* : ils participent activement à la préparation des affaires ;
- *les maîtres des requêtes* : ils présentent, avant les débats en formation, des conclusions qui proposent des solutions ;
- *les conseillers d'État en service* : ils statuent sur les affaires.

C – Le rapporteur public

Au sein des différentes juridictions, intervient le *rapporteur public* (anciennement appelé « commissaire du gouvernement »). Il est chargé de proposer *publiquement* (le jour de l'audience), en toute indépendance (par rapport à l'exécutif), une solution au litige en donnant lecture à la formation de jugement des conclusions sur les circonstances de fait et les règles applicables. La formation de jugement n'est pas obligée de suivre ses conclusions.

♦ Application

Suite à de graves problèmes de santé, Joséphine n'a pu reprendre son poste de travail et son employeur l'a licenciée. Considérant que ce dernier n'a pas respecté son obligation de reclassement, elle décide de saisir le conseil de prud'hommes. Elle voudrait se faire représenter par son concubin, Alexandre.

Cette représentation est-elle possible ?

Correction

Devant le conseil de prud'hommes, le salarié peut se faire représenter par un avocat, son conjoint, son concubin, ou une personne avec laquelle il est pacsé. Il peut également faire appel à un salarié appartenant à la même branche d'activité ou à un délégué permanent ou non permanent des organisations syndicales ou patronales.

En l'espèce, cette représentation est tout à fait possible.

Le droit commun des procès

1 ♦ LES GRANDS PRINCIPES EUROPÉENS ET FRANÇAIS APPLICABLES AUX PROCÈS

Le droit commun des procès est constitué de l'ensemble des règles qui sont liées aux *formalités nécessaires à l'aboutissement d'une demande faite en justice* et qui donnera lieu à *une décision du juge*. Les principes fondamentaux européens en la matière sont d'application directe au droit judiciaire privé français qui lui-même est gouverné par des principes particuliers.

A – Les grands principes européens

Selon la Convention européenne des droits de l'homme : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi...* ».

1) Le droit à un procès équitable

Le juge se prononce en application du droit, après avoir entendu chacune des personnes concernées, dans le respect des règles de procédure. Le juge a l'obligation de motiver sa décision. Les parties peuvent, sous certaines conditions, contester la décision de juge en exerçant un recours.

2) Le droit à un procès public

Ce principe signifie que les débats ont lieu *publiquement* (sauf cas particuliers) et que la décision de justice est rendue en présence du public.

Ce droit permet de maintenir la confiance que l'on est en droit d'attendre de l'institution judiciaire.

3) La durée raisonnable du procès

Le délai qui s'écoule entre la saisine d'une juridiction et le prononcé de la décision du juge doit être raisonnable. Aucune règle n'existe pour déterminer ce qu'est un délai raisonnable qui dépend largement de la complexité de l'affaire. Toutefois, le justiciable, lorsqu'il estime que ce principe n'a pas été respecté, peut demander réparation.

B – Les grands principes français

1) Le principe du libre accès au droit et à la justice

Ce principe a sa source en droit français dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

a) Le libre accès au droit

« *Nul n'est censé ignorer la loi...* », ce qui signifie que personne ne peut en ignorer son existence et faire abstraction des interdits qu'elle fixe. Chacun doit pouvoir connaître les droits que la loi admet et les obligations qu'elle impose. Un dispositif d'aide à l'accès au droit a été mis en place par le législateur qui vise à informer, orienter, aider et assister les justiciables. Les conseils départementaux de l'accès au droit définissent les politiques d'accès au droit, pilotent et coordonnent les actions qui sont mises en œuvre.

b) L'accès à la justice

Toute personne a le droit :

- d'accéder à la justice ;
- de faire entendre sa cause ;
- de faire examiner son affaire par un juge indépendant et impartial ;
- d'être jugée selon les mêmes règles de droit et de procédure, applicables à tous ;
- de s'exprimer dans sa langue et, si nécessaire ;
- d'être assistée d'un traducteur ou d'un interprète en langage de signes ;
- de se faire assister ou/et représenter par le défenseur de son choix.

2) Le principe de la gratuité de la justice

La justice est dite gratuite car les magistrats sont rémunérés par l'État. Toutefois, chaque partie est amenée à supporter des frais qui sont liés aux actes de procédure et/ou aux honoraires des auxiliaires de justice. La loi prévoit néanmoins, pour le gagnant au procès, de pouvoir se faire

rembourser ses frais par son adversaire : ce sont les *dépens*. De plus, lorsqu'une partie au procès dispose de faibles ressources, elle peut solliciter *l'aide juridictionnelle* (prise en charge par l'État de tout ou partie des frais de justice).

Attention ! La loi de finances rectificative du 29 juillet 2011 avait instauré un timbre fiscal de 35 euros au titre de la « contribution pour l'aide juridique » et qui devait être payé par le justiciable lorsqu'il souhaitait agir en justice. Cette contribution a été supprimée depuis le 1^{er} janvier 2014.

3) Le principe de l'indépendance et de la neutralité du juge

En vertu de ce principe, le justiciable est assuré que le juge prendra sa décision sans être influencé par des pressions extérieures ou par ses propres opinions ou préjugés.

4) Le principe de fixité et de permanence de la justice

La justice est dite permanente car elle est assurée de façon continue (jours fériés et dimanches compris en cas d'urgence). La justice est fixe car les juridictions sont établies en un lieu fixe où le justiciable peut s'adresser pour que sa cause soit entendue.

5) Le principe du contradictoire et d'oralité des débats

Pour garantir la liberté de la défense, chaque partie au procès doit pouvoir *connaître et discuter* les prétentions (questions de fait ou de droit soumises au juge) et les arguments de son adversaire (il s'agit du *principe du contradictoire*). Toute présentation au juge d'une pièce, d'un document, d'une preuve doit être connue des deux parties. Le juge ne peut, en principe, rendre sa décision tant que cet échange n'a pas eu lieu.

Les échanges entre les parties (prétentions et arguments) et ceux effectués avec le juge se font de vive voix (*principe d'oralité des débats*).

6) Le principe de publicité des débats et des décisions

Les salles d'audience sont ouvertes au public, ce qui permet aux citoyens d'exercer un contrôle sur la manière dont la justice est rendue. Cependant, dans certaines circonstances, l'audience peut avoir lieu à *huis clos* (décidé par le tribunal) *ou en chambre du conseil* (imposé par la loi), par exemple pour protéger les personnes ou éviter des troubles à l'ordre public. Dans tous les cas, les décisions du juge sont rendues en audience publique.

7) *L'autorité de la chose jugée et la force exécutoire*

Un jugement, lorsqu'il est prononcé, a *autorité de la chose jugée*. Cela signifie qu'il ne peut être remis en cause en dehors des voies de recours autorisées par la loi.

On parle de *force de chose jugée* lorsque les délais des voies de recours ont expiré ou lorsque les voies de recours ont toutes été épuisées.

La *force exécutoire* est l'effet attaché aux décisions des juges qui permet de les faire exécuter, s'il le faut, par la force publique.

2 ♦ LES PRINCIPALES RÈGLES DE PROCÉDURE

Il existe des règles propres aux procédures administratives et civiles (pour la procédure pénale, voir Fiche 25).

A – La procédure administrative

La procédure administrative est de type *inquisitoire* car le juge exerce un rôle prépondérant dans la conduite du procès et dans la recherche de preuves. La procédure est principalement écrite. La décision du juge administratif est immédiatement exécutoire. Les actions en justice sont appelées *recours*.

B – La procédure civile

Il existe différents types d'actions en justice qui dépendent de la nature ou de l'objet de la demande faite devant les tribunaux. L'action en justice, de manière générale, obéit à certaines conditions pour être recevable et se concrétise par un acte introductif d'instance (assignation ou requête conjointe).

L'instance se définit comme une suite d'actes de procédure allant de la demande en justice jusqu'au jugement. Un lien juridique va donc s'établir entre les parties. Suite à l'audience, le juge rend une décision qui peut, en principe, faire l'objet d'un recours.

1) *L'action en justice*

L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention (*le demandeur*), d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire (*le défendeur*), l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.

a) La double classification des actions en justice

– L'action réelle, personnelle et mixte

Action réelle	Action par laquelle on demande en justice que soit reconnu ou protégé un droit réel (droit sur une chose). Concernant les immeubles (voir Fiche 12), il existe deux catégories d'actions : les actions pétitoires , qui visent à la reconnaissance d'un droit réel (par exemple, l'action en revendication de la propriété d'un bien immeuble) et les actions possessoires qui visent à la protection de la possession (par exemple, la plainte qui vise à protéger la possession contre des troubles actuels).
Action personnelle	Action par laquelle on demande en justice que soit reconnu ou sanctionné un droit personnel (droit d'exiger d'une personne une prestation), par exemple l'action en paiement.
Action mixte	Action qui porte à la fois sur un droit réel et sur un droit personnel. Par exemple, l'action en résolution (anéantissement) d'une vente pour défaut de paiement du prix.

– L'action mobilière et immobilière

Action mobilière	Action qui porte sur un bien meuble (ex. : l'action en recouvrement d'une créance).
Action immobilière	Action qui porte sur un bien immeuble (ex. : l'action en revendication d'un terrain).

b) Les conditions de recevabilité de l'action en justice

Pour agir en justice, trois conditions doivent être remplies.

Un intérêt à agir	L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention. Cet intérêt doit être né et actuel, direct et personnel .
La qualité pour agir	« Nul ne plaide par procureur ». Le plaideur qui se prévaut d'un droit doit avoir le pouvoir d'exercer ce droit, c'est-à-dire être titulaire de ce droit. Dans certains cas, la qualité pour agir est reconnue à d'autres personnes qu'à celui titulaire du droit (ex. : les associations de défense des consommateurs qui agissent en lieu et place des consommateurs).
La capacité pour agir	Sont écartés du droit d'agir en justice les mineurs et majeurs protégés . Ils doivent être impérativement représentés.

c) L'exercice de l'action en justice

La concrétisation de l'action en justice se fait par une demande. Lorsque cette demande déclenche l'instance, elle est dite **demande initiale**. La demande est qualifiée d'**incidente** lorsqu'elle intervient au cours de la procédure. Il existe plusieurs sortes de demandes incidentes :

Demande additionnelle	Il s'agit d'une prétention nouvelle formulée par le demandeur, en cours d'instance. Par exemple, le demandeur fait une demande initiale d'annulation d'un contrat et demande au cours de la procédure la réparation d'un préjudice lié aux circonstances de l'affaire.
Demande reconventionnelle	Elle est formulée par le défendeur qui souhaite obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire.
Intervention volontaire	Elle est une demande formée par un tiers contre l'un des plaideurs, par exemple, un assureur lors d'un procès entre son client et une victime qui lui demande réparation.
Intervention forcée	Il s'agit d'une demande dirigée par l'une des parties contre un tiers.

Le défendeur, quant à lui, dispose de différents moyens de défense :

- la **défense au fond** qui tend à faire rejeter la prétention de l'adversaire ;
- **les exceptions de procédure** : ce sont des moyens qui tendent soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours, par exemple l'exception d'incompétence ;
- les **fins de non-recevoir** : le défendeur soutient que son adversaire ne peut agir en justice, sa demande étant irrecevable, par exemple en cas de prescription de l'action (dépassement du délai légal pour agir).

2) La décision de justice et les voies de recours

a) Le jugement

Il est rendu par les juridictions du premier degré et doit contenir **les motifs** (arguments justifiant la décision des juges) et **le dispositif** (la décision proprement dite). Il est notifié aux parties (signification), ce qui permet de fixer la date d'exécution du jugement et de faire courir les délais de recours. Le jugement a l'autorité de la chose jugée puis force exécutoire (si les recours suspensifs sont expirés ou ont été épuisés).

b) Les voies de recours

En vertu du principe de **double degré de juridiction**, les parties ont la possibilité après un premier jugement de faire appel pour que l'affaire soit réexaminée **en fait et en droit**. Parfois, cet appel n'est pas possible car le juge du premier degré a statué en premier et dernier ressort. L'affaire sera alors portée directement devant la Cour de cassation qui, elle, ne juge que le droit. Il existe deux types de voies de recours :

Les voies ordinaires de recours	<p>L'opposition : elle permet au plaideur défaillant (qui n'a pas comparu) de faire rétracter le jugement rendu par défaut et de demander au tribunal de juger à nouveau l'affaire. Le jugement ne doit pas être susceptible d'appel et le délai d'opposition est d'un mois à compter de la signification. Elle a un effet suspensif (elle suspend, en principe, les effets du jugement qui n'est pas immédiatement exécutoire).</p>
	<p>L'appel : il tend à faire réformer ou annuler un jugement rendu en premier ressort par une juridiction du 1^{er} degré. Le délai pour interjeter appel est d'un mois. L'appel a, en principe, un effet suspensif. Il a aussi un effet dévolutif (l'affaire est rejugée sur les faits et sur le droit).</p>
Les voies extraordinaires de recours	<p>La tierce opposition : voie de recours qui permet à un tiers (personne autre que les parties au procès) d'attaquer un jugement qui lui est préjudiciable. Le délai de recours est de deux mois à compter de la signification.</p>
	<p>Le pourvoi en cassation : il est exercé auprès de la Cour de cassation contre les arrêts des cours d'appel ou les jugements rendus en premier et dernier ressort. Le délai est de deux mois. Lorsque la Cour rend un arrêt de cassation, l'affaire est renvoyée devant une juridiction de même nature et de même degré que celle qui a rendu la décision cassée. Le pourvoi n'est ni suspensif, ni dévolutif.</p>
	<p>Le recours en révision : il permet de demander à un tribunal dont la décision est définitive de statuer à nouveau en fait et en droit à la suite d'une erreur judiciaire.</p>

Les modes alternatifs de règlement des conflits

1 ♦ LES MODES DE RÈGLEMENT AMIABLE DES CONFLITS

Une procédure judiciaire est souvent longue et coûteuse. Il peut être préférable, dans certaines situations, de tenter de régler les litiges à l'amiable. Trois solutions sont possibles : la conciliation, la médiation et la transaction.

A – La conciliation

Il s'agit d'un mode de règlement à l'amiable de certains litiges civils qui s'exerce :

- *lors d'un procès* : les parties s'entendent pour mettre fin à leur différend. Cet accord est constaté par le juge et ne peut faire l'objet d'aucun recours ;
- *en dehors de tout procès* : les parties font appel à un tiers, le *conciliateur de justice*.

Attention ! À ne pas confondre avec la procédure de conciliation qui est imposée aux parties en cas de saisine du conseil de prud'hommes.

1) Le recours à un conciliateur

Le recours à un conciliateur s'effectue de *deux manières* :

- les parties décident d'elles-mêmes de recourir à un conciliateur et font les démarches nécessaires pour qu'il intervienne ;
- le juge (tribunal d'instance, juge de proximité ou le tribunal de commerce) désigne, avec l'accord des parties, un conciliateur.

2) Les domaines d'intervention du conciliateur

Le conciliateur intervient pour des *petits litiges* (ex. : un trouble anormal de voisinage ou des différends entre locataires et propriétaires). Certains domaines sont exclus de sa compétence : les litiges liés à l'état civil ou relevant du droit de la famille, les conflits en matière de droit du travail ou ceux faisant intervenir l'administration. Enfin, il ne peut connaître des litiges relevant du pénal.

3) Le rôle du conciliateur

Le conciliateur est un *auxiliaire de justice*. Il prête serment devant le premier président de la Cour d'appel. Il est tenu au secret et à une obligation de réserve. Son intervention est gratuite. La procédure de conciliation ne peut excéder *un mois* renouvelable une fois.

Le conciliateur va entendre les arguments de chacune des parties, lesquelles peuvent se faire assister ou représenter. Sa mission est de les rapprocher afin que celles-ci trouvent un accord. Il ne peut pas trancher le litige ni imposer une décision. Son rôle est de proposer une *suggestion de conciliation*.

Quel que soit le cadre de la conciliation, les parties peuvent, en cas d'échec de la conciliation, porter ensuite leur différend en justice. Tout ce qui s'est déroulé au cours des négociations entre les parties est *confidentiel* et ne pourra être produit devant le juge.

En cas de succès de la conciliation, un constat d'accord est signé. Seul le juge peut lui donner une force exécutoire.

B – La médiation

Les parties à un litige peuvent être assistées par un médiateur judiciaire en cas de *litiges civils* ou par le défenseur des droits pour les *litiges administratifs*. Il existe également une *médiation pénale*.

Ce mode de règlement des litiges intervient dans le cadre d'une procédure judiciaire. Le juge, saisi d'un litige, peut désigner un médiateur pour favoriser le rapprochement des parties vers une solution équitable. Les parties doivent être d'accord. Lorsque la médiation échoue, la procédure judiciaire reprend son cours.

1) La médiation civile

a) Les domaines d'intervention du médiateur

La médiation n'est pas limitée dans son domaine même si le médiateur intervient majoritairement dans celui du droit de la famille (problèmes liés à l'éducation des enfants, aménagement du droit de garde...).

b) Le rôle du médiateur

La mission du médiateur, sous contrôle du juge, est d'une durée de **trois mois** renouvelable une fois. Le médiateur est rémunéré par les parties. Il a pour rôle d'aider les parties à renouer le dialogue et à trouver leur propre solution. Lorsque la médiation aboutit à un accord, celui-ci est **homologué** par le juge pour lui donner force exécutoire.

2) Le défenseur des droits

Le défenseur des droits est une nouvelle institution dont la mise en place a été finalisée en mars 2011. Il a pour rôle de :

- défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant ;
 - lutter contre les discriminations prohibées par la loi et de promouvoir l'égalité ;
 - veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité ;
 - défendre les droits et libertés individuelles dans le cadre des relations avec les **administrations**.
- Il est doté ici d'un rôle de médiateur.

Sur le terrain de la médiation avec les administrations, il se charge de régler les différends qui n'ont pu aboutir par un arrangement. Ces conflits ont pour origine un mauvais fonctionnement d'un service, une décision inéquitable ou un refus d'exécution d'une décision de justice. Il faut avoir épuisé tous les recours habituels et s'être heurté à un refus de l'administration en cause avant de saisir le défenseur des droits.

3) La médiation pénale

a) L'organisation de la médiation pénale

Le juge peut décider, sur proposition du Ministère public, l'intervention d'un médiateur. Il est mis en place par le Parquet avec l'accord des parties. La médiation pénale est une mesure alternative aux poursuites pénales. Si la médiation se réalise, l'affaire est classée. À défaut, la procédure reprendra son cours.

b) Les domaines de la médiation pénale

La médiation pénale ne peut intervenir que dans des situations précises : injures, menaces, tapage nocturne, violence légère, vol simple, dégradation mobilière, immobilière, non-paiement de pension alimentaire ou non-présentation d'enfant.

c) *L'aboutissement de la médiation pénale*

Lorsque la médiation pénale débouche sur un accord, le médiateur constate cet accord dans un écrit signé par l'auteur et la victime. Il vérifie l'exécution des termes de l'accord et adresse au Parquet un rapport sur l'issue de la médiation. L'affaire est alors classée.

En cas de désaccord ou de non-respect des termes de l'accord signé, le médiateur en rend compte par écrit au Parquet. Il appartient au procureur de la République de décider de la suite de l'affaire.

C – La transaction

Elle figure à l'article 2044 du Code civil. La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une **contestation déjà née** ou préviennent une **contestation à naître** en se faisant des **concessions réciproques**. Elle doit respecter toutes les conditions générales de validité concernant sa formation (voir Fiche 16). La transaction est rédigée par écrit et signée par les parties. Aucun recours n'est possible.

Ce mode de règlement des conflits intervient notamment dans le domaine social, assurantiel, administratif et fiscal. Il est en effet reconnu aux personnes publiques (État, collectivités territoriales, établissements publics) le droit de transiger afin de gérer plus rapidement des litiges lorsque l'administration est assurée que sa responsabilité peut être engagée.

2 ♦ LES RÈGLEMENTS JURIDICTIONNELS : L'ARBITRAGE

Le recours à l'arbitrage peut concerner un litige national ou international. Il est un **procédé par lequel des parties décident de ne pas recourir aux juridictions et choisissent de faire trancher un litige par une personne privée** : un arbitre. Celui-ci bénéficie obligatoirement d'une expérience dans le domaine concerné et doit avoir des connaissances juridiques solides. Ses honoraires sont réglés par les parties.

A – Les domaines de l'arbitrage

Certains domaines juridiques sont **interdits** à l'arbitrage :

- en matière civile : l'état des personnes, la capacité des personnes, le divorce et la séparation de biens ;
- en matière commerciale : dans le cadre des procédures collectives, des marques et brevets ;
- en droit du travail : concernant les litiges individuels entre salariés et employeurs ;
- et d'une manière générale en matière pénale et administrative.

L'arbitrage est pratiqué le plus souvent dans les relations entre commerçants.

Pour faire appel à l'arbitrage, il faut avoir la capacité de compromettre, ce qui exclut les mineurs non émancipés et les majeurs sous tutelle et curatelle (voir Fiche 8).

B – La convention d'arbitrage

L'accord des parties est nécessaire pour que l'arbitrage soit possible. Cet accord peut se concrétiser de deux façons : *par un compromis ou par une clause compromissoire*.

1) Le compromis

Le compromis intervient *après la naissance* d'un litige. Il est un acte écrit (sous peine de nullité) par lequel les parties décident de soumettre ce litige à l'arbitrage plutôt que de déclencher une procédure devant les tribunaux.

Il doit, dans son contenu :

- déterminer l'objet du litige ;
- énumérer les questions posées à l'arbitre ;
- désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

2) La clause compromissoire

Elle est une convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui *pourraient naître* à l'occasion de ce contrat.

La clause doit être *obligatoirement* écrite et doit désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

La clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une *activité professionnelle (commerciale, artisanale, libérale)*, sauf dispositions législatives particulières. Une clause peut donc être valable entre un commerçant et un non-commerçant si ce dernier agit dans le cadre d'une activité professionnelle. L'activité salariée est exclue par la loi du domaine de la clause compromissoire.

C – L'instance arbitrale

1) La désignation de l'arbitre

Le litige va être porté devant un tribunal arbitral composé d'un ou plusieurs arbitres (en nombre impair).

Deux modes de désignation d'arbitres sont possibles :

- désignation par les parties elles-mêmes (arbitrage *ad hoc*) ;
- désignation, à la demande des parties, par un centre d'arbitrage (arbitrage institutionnel).

L'arbitre n'est pas contraint par les impératifs dictés par la procédure civile mais doit respecter les principes directeurs du procès. Ayant le rôle d'un juge, il peut instruire et ordonner des expertises. Les parties **peuvent** comparaître seules, se faire représenter ou assister par un avocat ou une personne de leur choix.

2) La sentence arbitrale

La sentence arbitrale (décision du ou des arbitres) doit contenir :

- le nom du ou des arbitres, l'identification des parties, le nom des avocats ou des personnes ayant assisté ou représenté les parties ;
- la date de la sentence, le lieu où elle est rendue ;
- les prétentions des parties, leurs moyens (arguments) ;
- la décision motivée du ou des arbitres.

L'arbitre doit trancher le litige conformément aux règles de droit, **sauf** si les parties lui ont demandé de statuer comme **amiable compositeur**. Dans ce cas, l'arbitre est autorisé à fonder sa décision sur **l'équité** (traitement juste, égalitaire et raisonnable) même si cela va à l'encontre d'une règle de droit.

La sentence arbitrale est prise à la majorité des voix. Elle a autorité de la chose jugée mais n'a pas la force exécutoire. En principe, les parties s'engagent à respecter la sentence arbitrale. Toutefois, si l'une des parties refuse de l'exécuter, l'autre partie peut obtenir en justice une **ordonnance d'exequatur** (ordre d'exécution qui donne à la décision force exécutoire).

La sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel sauf si les parties y ont renoncé dans la convention d'arbitrage.

♦ Application

M. Fortunet a récemment acquis un immeuble constitué de 6 appartements dans le centre-ville de Bordeaux. Compte tenu de la vétusté de ces appartements, il fait appel à plusieurs corps de métiers pour assurer leur rénovation. L'entreprise Blanc est chargée de refaire les cuisines et salles de bain qui seront toutes rénovées selon un modèle standard. Plusieurs mois s'écoulent et M. Fortunet se rend sur son chantier comme chaque semaine et constate que trois salles de bain ne correspondent pas du tout à ce qui était prévu et décide de ne pas payer la facture correspondante. L'entreprise BLANC qui considère que les différences sont à peine perceptibles voudrait résoudre ce conflit autrement que devant les tribunaux. Il propose à M. Fortunet de recourir à l'arbitrage.

M. Fortunet est-il tenu d'accepter ?

Correction

Le litige né entre M. Fortunet et l'entreprise Blanc peut être soumis à l'arbitrage puisqu'il est lié à leur activité professionnelle. Seul le compromis peut être utilisé pour permettre cet arbitrage puisque le différend vient de naître et qu'il n'y a pas d'information sur l'existence ou non d'une clause compromissoire. L'accord de M. Fortunet est absolument obligatoire pour permettre la mise en place de ce type de règlement des conflits.

La personne juridique

1 ♦ LA NOTION DE PERSONNE JURIDIQUE

A – L'utilité de la notion de personne juridique

La notion de personne est différente selon l'angle d'analyse choisi. En économie par exemple, une personne est un agent économique. En droit, une personne est dite juridique parce que la loi lui accorde des droits et la soumet à des obligations. La faculté de *faire valoir* ses droits et de réaliser des actes juridiques est possible grâce à *l'acquisition* de la *personnalité juridique* qui est différente selon la catégorie de personnes à laquelle on appartient.

B – La diversité des personnes

Il existe en droit deux catégories de personnes : les *personnes physiques* qui englobent tous les êtres humains et les *personnes morales* qui sont constituées de groupements d'êtres humains ou de biens (ex. : les sociétés, les associations, les syndicats, les universités...).

2 ♦ LES PERSONNES PHYSIQUES

A – L'acquisition et la fin de la personnalité juridique

Pour les individus, la personnalité juridique s'acquiert à la **naissance**. L'enfant doit pour cela être « **né vivant et viable** ». La personnalité juridique prend fin avec le décès de l'individu. Il existe des cas où la personnalité juridique prend fin par **jugement du tribunal** :

- en cas d'absence de cadavre suite à une disparition dans des circonstances dangereuses ;
- en cas d'absence prolongée de la personne (dix ans).

B – La capacité de la personne juridique

1) La notion de capacité

La capacité en droit signifie *l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations et à les exercer*. Pour avoir la pleine capacité il faut détenir :

- **la capacité de jouissance** qui est la possibilité d'acquérir et de posséder des droits (ex. : le droit d'être propriétaire d'une maison) ;
- **et la capacité d'exercice** qui est la possibilité d'exercer ses droits (ex. : la possibilité de louer sa maison).

En principe, toute personne juridique est dotée de la pleine capacité. Cependant, dans certaines situations, des individus peuvent ne pas détenir la pleine capacité et être frappés **d'incapacité**.

2) Les incapacités

Les raisons qui entraînent cette diminution de capacité sont *l'âge, l'état physique ou mental* de la personne. Il existe deux catégories d'incapables : les **mineurs** émancipés ou non et les **majeurs** protégés.

a) Le mineur non émancipé

Il s'agit d'une personne de moins de 18 ans n'ayant pas fait l'objet d'une émancipation. Le mineur est alors soumis à l'un de ces **trois régimes de représentation** :

Administration légale pure et simple	Les deux parents exercent l'autorité parentale et accomplissent les actes de la vie civile que le mineur ne peut effectuer seul. Selon la gravité de l'acte, ils agissent seuls ou conjointement. Certains actes requièrent l'autorisation du juge des tutelles (ex. : la vente d'un immeuble appartenant au mineur).
Administration légale sous contrôle du juge des tutelles	L'autorité parentale n'appartient qu'à un seul des parents. Le juge des tutelles doit donner son autorisation pour tous les actes autres que les actes d'administration (voir Fiche 3).
La tutelle	L'autorité parentale ne peut plus s'exercer. Le juge des tutelles constitue un conseil de famille (de 4 membres au moins choisis dans l'intérêt du mineur) qui nomme un tuteur (qui prend soin du mineur, gère son patrimoine et veille à ses intérêts) et un subrogé tuteur (qui contrôle la gestion du tuteur et intervient lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur). Le tuteur doit obtenir l'accord du subrogé tuteur ainsi que du conseil de famille pour les actes de disposition (voir Fiche 3), par exemple la vente d'un bien immobilier.

Certains actes sont autorisés au mineur : il peut accomplir seul certains actes de la vie courante. Il s'agit notamment des actes d'achat dont le montant est raisonnable. Par exemple, l'achat d'un scooter n'est pas considéré comme une dépense raisonnable. Entre 16 et 18 ans, le mineur peut percevoir un salaire, être titulaire d'un compte bancaire après autorisation des parents. Il peut reconnaître un enfant.

Selon le Code civil, un mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé (acte sous-seing privé ou notarié), par ses deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles, à accomplir seul les actes d'administration (et non de disposition) nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une **entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle** dont l'activité est civile.

Par contre, d'autres actes lui sont interdits : il ne peut se marier sans le consentement de ses parents, ne peut exercer de droits civiques et **ne peut devenir commerçant** (voir Fiche 9).

b) Le mineur émancipé

Il s'agit d'une personne ayant 16 ans révolus et qui n'est plus sous l'autorité parentale. Le mineur émancipé est doté de la **pleine capacité** pour tous les actes de la vie civile. Certains actes lui sont néanmoins **interdits** : ceux pour lesquels la loi exige d'avoir 18 ans, par exemple obtenir le permis de conduire ou exercer le droit de vote.

Un mineur peut être émancipé soit de **plein droit** par son mariage, soit par **décision du juge** des tutelles à la demande du ou des parents ou de l'un des membres du conseil de famille.

Un mineur émancipé peut dorénavant **être commerçant** :

- sur autorisation du juge des tutelles au moment de la demande d'émancipation ;
- sur autorisation du président du tribunal de grande instance postérieurement à l'émancipation.

c) Les majeurs protégés

Certains majeurs, en raison de leur **état physique ou mental**, font l'objet d'un régime de protection en ce qui concerne l'exercice de leurs droits. Il existe **trois régimes** :

- **la sauvegarde de justice** : le majeur conserve l'exercice de ses droits sauf s'il a donné mandat d'administrer ses biens ou si un mandataire a été désigné en justice. Les actes qu'il passe sont, par principe, valables ;
- **la curatelle** : le juge nomme un curateur. Il existe 3 régimes de curatelle :

Curatelle simple	Le majeur peut gérer, administrer ses biens, percevoir ses revenus et en disposer librement. Il est assisté d'un curateur, nommé par le juge, pour les actes les plus graves. Il agit seul pour les autres actes, lesquels peuvent, sous certaines conditions, être annulés.
Curatelle aménagée	Le juge des tutelles va énumérer dans son jugement les actes que le majeur sous curatelle peut ou ne peut pas accomplir.
Curatelle renforcée ou aggravée	Le curateur percevra seul les revenus et assurera lui-même le règlement des dépenses à l'égard des tiers. Le majeur est assisté du curateur pour tous les actes de la vie civile. Le curateur doit rendre compte annuellement de sa gestion.

- **la tutelle** : l'ouverture d'une mesure de tutelle peut être demandée au juge des tutelles notamment par la personne à protéger elle-même, son conjoint, un membre de sa famille, une personne proche ou le procureur de la République.

Comme pour la curatelle, la demande doit être assortie d'un **certificat médical**. Le juge examine la demande et nomme un **tuteur** et si nécessaire un **conseil de famille**.

Le majeur sous tutelle prend seul les décisions relatives à sa personne (choix de son lieu de résidence...). Pour se marier ou signer un PACS, il doit obtenir l'autorisation du juge et, le cas échéant, du conseil de famille.

Le **tuteur** peut effectuer seul les actes d'administration. Pour le reste, l'autorisation du juge ou du conseil de famille est nécessaire. La durée de la tutelle est de 5 ans renouvelable.

Attention ! Les majeurs sous tutelle et curatelle ne peuvent exercer le commerce.

C – Les éléments d'identification des personnes physiques

Ce sont principalement : le nom, le domicile et la nationalité.

1) Le nom

Il est l'*appellation* qui sert à désigner une personne. Le nom est composé du *nom de famille* (nom patronymique) qui permet de rattacher l'individu à sa famille et *du prénom* qui permet d'individualiser la personne au sein de sa famille. Le nom s'acquiert par la filiation (nom du père, de la mère ou des deux) et peut être modifié en cas de mariage. Une personne peut changer de nom ou de prénom lorsqu'elle justifie d'un « intérêt légitime ».

2) Le domicile

Il est le lieu où l'individu a son *principal établissement*. En principe, une même personne n'a qu'un seul domicile qui est le lieu où elle s'acquitte de ses obligations et exerce ses droits.

3) La nationalité

La nationalité est le lien juridique entre un individu et un État. La nationalité française s'acquiert :

- *par la naissance* : un enfant a la nationalité française lorsque l'un de ses parents est français. Pour les enfants nés de parents étrangers : ils acquièrent la nationalité française à leurs 18 ans si, à cette date, ils résident en France et ont vécu en France une période d'au moins 5 ans, depuis l'âge de 11 ans ;
- *par le mariage* sous certaines conditions ;
- *par la naturalisation*.

3 ♦ LES PERSONNES MORALES

A – L'acquisition et la fin de la personnalité juridique

Les personnes morales acquièrent la personnalité juridique – *personnalité morale* – après l'accomplissement de formalités de publicité qui dépendent de la forme juridique choisie et qui s'effectuent soit au *Registre du commerce et des sociétés* (sociétés commerciales, civiles...), soit auprès de la *préfecture* (associations), soit auprès d'une *mairie* (syndicats).

La personnalité juridique confère aux personnes morales des droits et des obligations et un véritable patrimoine. Elles disposent de la capacité juridique mais doivent être représentées pour pouvoir exercer leurs droits *par un mandataire* (personne physique qui va agir en leur nom et pour leur compte). La capacité des personnes morales est limitée par le *principe de spécialité* : le groupement est constitué dans un but précis ce qui signifie que sa capacité est limitée à la réalisation de cet objectif.

La fin de la personnalité morale se traduit par la *dissolution* du groupement. Elle peut être *volontaire ou de plein droit* (ex. : la réalisation de l'objet pour lequel il a été créé).

B – Les différentes catégories de personnes morales

Il existe deux grandes catégories : *les groupements privés et les groupements publics*.

1) Les groupements privés

Les personnes morales de droit privé sont divisées en deux groupes en fonction de leur but :

- *but lucratif* : l'objectif est la réalisation de bénéfices qui seront partagés entre les membres ou la réalisation d'économies dont les membres pourront profiter. Entrent dans cette catégorie :
 - les sociétés civiles ou commerciales,
 - le GIE (groupement d'intérêt économique) ;
- *but non lucratif* : l'objectif n'est pas de faire du profit. Il est interdit de partager les bénéfices éventuels entre les membres. Entrent dans cette catégorie :
 - les associations, les syndicats,
 - les congrégations et les fondations.

2) Les groupements publics

Le but exclusif de ces groupements est la satisfaction de *l'intérêt général*. Il s'agit des collectivités publiques, des établissements publics et des entreprises publiques.

C – Les éléments d'identification de la personne morale

La société a tous les attributs juridiques de la personne physique : un nom, un domicile et une nationalité.

1) L'appellation de la personne morale

L'appellation d'une personne morale se dit, en principe, *dénomination sociale*. Celle-ci peut s'inspirer de son *activité économique*, utiliser le *nom* de certains de ses membres, utiliser une

expression de pure fantaisie. La dénomination sociale doit être indiquée explicitement sur tous les actes et documents du groupement destinés aux tiers. L'appellation choisie ne doit pas être *contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs*. Elle doit être *disponible*, c'est-à-dire ne pas reproduire ou imiter un autre nom.

2) Le domicile de la personne morale

Le domicile, appelé *siège social*, est le lieu où se trouve la direction administrative de la personne morale. Il peut être distinct du lieu d'exploitation. Il détermine sa nationalité et donc la loi applicable. Il permet de connaître le lieu d'accomplissement des formalités de publicité imposées aux groupements tout au long de leur existence et du tribunal compétent en cas de litige. De même, le siège social peut être installé au domicile du représentant légal de la personne morale, soit de manière permanente si la loi le prévoit, soit temporairement (dans la limite de 5 ans à dater de l'immatriculation au RCS).

3) La nationalité de la personne morale

Toute personne morale est nécessairement rattachée à un État, ce qui détermine sa nationalité. L'intérêt de ce rattachement est de connaître la loi qui lui est applicable.

♦ Application

Gilles vient de perdre sa femme. Ne supportant pas sa disparition, il sombre dans une profonde dépression. Il se laisse totalement aller à tel point qu'il passe son temps à errer dans les rues de jour comme de nuit. Il rencontre alors deux personnes qui, profitant de son état, s'installent chez lui et lui font faire des dépenses outrancières. Son neveu vient lui rendre visite pour les fêtes de Noël. Il constate avec stupéfaction la situation et vous demande de quelle manière il peut protéger juridiquement son oncle.

Quel régime de protection pouvez-vous lui conseiller ?

Correction

En cas de besoin d'une réelle assistance ou d'une représentation, il existe deux régimes possibles : la tutelle et la curatelle. La différence entre la tutelle et la curatelle repose sur la notion de « besoin ». Si le majeur a « besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile », c'est la tutelle qui s'impose. Par contre, si le majeur a besoin d'être conseillé ou contrôlé, la curatelle est le régime le plus adapté. D'autant que la curatelle peut être renforcée en cas de nécessité de contrôle de l'utilisation des revenus du majeur protégé. La curatelle est un régime moins contraignant et moins restrictif de droit que la tutelle.

En l'espèce, compte tenu de la situation de Gilles, une curatelle est certainement le régime le mieux adapté afin de protéger son patrimoine de manière temporaire.

Les commerçants

1 ♦ LA DÉFINITION DU COMMERÇANT

Selon le Code de commerce « *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». Pour être considéré comme commerçant, il faut exercer une activité de manière répétée, pour son propre compte et en tirer ses principaux revenus de subsistance.

Le commerçant peut être une *personne physique ou une personne morale*. Lorsqu'il est une personne physique, il exploite son activité sous le statut d'*entreprise individuelle*. Le commerçant est le chef de son entreprise et son patrimoine personnel se confond, en principe, avec son patrimoine professionnel. Le commerçant, *personne morale*, est ce que l'on appelle une *entreprise sociétaire* plus communément appelée « *société* ». Contrairement à l'entreprise individuelle, elle est une vraie structure juridique dotée de la personnalité juridique et indépendante des personnes qui l'ont constituée et qui la dirigent.

2 ♦ L'ACCOMPLISSEMENT D'ACTES DE COMMERCE

En droit, il existe trois catégories d'actes : *les actes civils* (réalisés par un particulier ou par une personne exerçant une activité civile (voir Fiche 10)) *les actes mixtes* (réalisés entre un commerçant et un non-commerçant) et *les actes de commerce*. Une personne physique est commerçante si elle accomplit des actes de commerce à titre habituel, professionnel et indépendant. La loi ne définit pas les actes de commerce mais en donne une énumération aux articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce.

A – Les trois catégories d'actes de commerce

1) Les actes de commerce par nature

Ce sont des actes qui sont *répétitifs et spéculatifs*. Selon le Code de commerce, il en existe deux types.

a) Les actes de commerce isolés

Ce sont tout d'abord les achats de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après transformation. Il s'agit ensuite des achats de biens immeubles pour les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux.

b) Les actes de commerce accomplis dans le cadre d'une entreprise

Ce sont des actes qui sont qualifiés d'actes de commerce parce qu'ils sont effectués dans le cadre d'une organisation structurée ayant une activité spéculative. Cette activité est soit de commerce de biens et services, financières ou d'intermédiaire. De manière plus détaillée, il s'agit de :

- toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ;
- toute entreprise de location de meubles, de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau, de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan (ventes aux enchères), de spectacles publics ;
- toute opération de change, banque et courtage ; opérations de banques publiques ;
- toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers.

2) Les actes de commerce par accessoire

Ce sont des actes qui ont une nature civile mais qui deviennent commerciaux parce qu'ils sont accomplis par un commerçant pour les besoins de son activité. Par exemple, M. Roger est vendeur de meubles (*actes de commerce par nature*). Si M. Roger loue un local pour les besoins de son commerce, ce contrat de bail est un *acte de commerce par accessoire* car il répond aux besoins de son activité commerciale.

3) Les actes de commerce par la forme

Ce sont des actes qui sont toujours commerciaux, quelle que soit la qualité de la personne qui les accomplit. Il s'agit notamment des actes effectués par les sociétés commerciales et les lettres de change (voir Fiche 23).

B – Les actes mixtes

Ce sont les actes conclus entre un commerçant et un non-commerçant. Pour le commerçant l'acte est commercial, et pour le non-commerçant l'acte est civil.

Si le non-commerçant souhaite saisir la justice (demandeur), il a le choix de porter son action devant les tribunaux civils (TGI ou TI) ou devant le tribunal de commerce.

Si le **commerçant est le demandeur**, il ne peut agir que devant les juridictions civiles (TGI ou TI). Une clause attributive de juridiction n'est **pas valable** dans les contrats mixtes (clause qui prévoit une autre juridiction territoriale compétente pour les litiges à naître).

C – Les actes interdits ou contrôlés

La liberté du commerce et de l'industrie, instaurée par les décrets d'Allarde de 1791, se compose du principe de la liberté d'entreprendre et du principe de la libre concurrence. En dépit de cette liberté, certaines activités sont :

- **interdites** car contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public (par exemple, la vente d'organes, de drogues...) ou parce qu'elles relèvent du monopole de l'État (vente de tabac) ;
- **soumises à autorisation** (par exemple, la fabrication et la vente d'armes ou les débits de boissons).

3 ♦ LE STATUT PERSONNEL DU COMMERÇANT

Certaines personnes physiques ne peuvent pas exercer le commerce.

A – Les restrictions liées à la capacité

L'exercice du commerce n'est pas sans danger et peut parfois amener l'entrepreneur à une situation d'échec. La loi protège alors les personnes vulnérables en les écartant de l'exercice de cette activité.

Mineur non émancipé	<i>Il ne peut pas être commerçant.</i>
Mineur émancipé	Il ne peut être commerçant que sur autorisation du juge des tutelles ou du président du tribunal de grande instance.
Majeur sous tutelle	<i>Il ne peut pas être commerçant.</i>
Majeur sous curatelle	<i>Il ne peut pas, en principe, être commerçant.</i> Le juge peut de manière exceptionnelle lui permettre d'exercer une activité commerciale.
Majeur sous sauvegarde de justice	Il peut être commerçant.

B – Les incompatibilités professionnelles

Certaines activités professionnelles *ne sont pas compatibles* avec l'exercice du commerce car elles exigent du professionnel une *absence de démarche spéculative*. Il s'agit :

- des *fonctionnaires* (le décret du 20 janvier 2011 prévoit cependant et sous conditions un cumul d'activités) ;
- des *offices ministériels* (notaires, huissiers) et des parlementaires ;
- des *professions libérales réglementées* (voir Fiche 10).

C – Les interdictions et déchéances professionnelles

Elles sont prononcées à l'égard de certaines personnes du fait de leur *manque de moralité* :

- les personnes punies définitivement pour crime ou pour certains délits (par exemple, pour escroquerie) peuvent subir comme *peine complémentaire* une interdiction de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler une entreprise commerciale ;
- les personnes qui par leur mauvaise gestion ont entraîné le redressement ou la liquidation de leur entreprise (voir Fiche 15) peuvent à titre de *sanction personnelle* être interdites de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale.

La violation de cette déchéance est sanctionnée par deux ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende.

D – Les étrangers

Selon la loi, un étranger qui souhaite exercer sur le territoire français, *sans y résider*, une profession commerciale, en tant que personne physique, doit, en principe, *en faire la déclaration au préfet* du département dans lequel il envisage d'exercer la première fois son activité.

La loi prévoit également pour un étranger qui souhaite *résider en France* et exercer une profession commerciale l'obligation de demander une *carte de séjour temporaire (ou carte de résident)* autorisant l'exercice du commerce.

Ces dispositions ne s'appliquent pas *aux ressortissants des États membres* de l'Espace économique européen, aux ressortissants de *certains États* comme, l'Andorre ou la Norvège, et aux *étrangers titulaires d'une carte de résident*.

E – L'incidence du régime matrimonial

Le régime matrimonial peut se définir comme un ensemble de règles destinées à organiser les *rapports des époux entre eux et avec les tiers concernant leurs biens*. Le choix pour une personne physique de devenir commerçant a nécessairement des incidences sur son patrimoine voire, dans certains cas, sur celui de son époux. Il existe différents régimes matrimoniaux dont certains sont à déconseiller aux commerçants. Le régime matrimonial est soit *conventionnel* (intervention d'un notaire), soit *légal*.

1) Les régimes matrimoniaux à conseiller au commerçant

a) La séparation de biens

Dans ce régime *conventionnel*, chaque bien acquis par un époux, à titre onéreux ou gratuit, avant comme pendant l'union, lui appartient exclusivement. Il peut donc librement les utiliser. L'autre époux n'aura pas à supporter les éventuels problèmes financiers liés à l'exploitation commerciale.

b) La participation aux acquêts

Dans ce régime *conventionnel*, le principe de la séparation de biens s'applique pendant le mariage. Par contre, en cas de dissolution du mariage, tous les achats effectués par les époux sont considérés comme *des acquêts* (biens communs) et sont donc partagés *par moitié*.

2) Les régimes matrimoniaux à déconseiller au commerçant

a) La communauté légale

Ce régime s'applique automatiquement aux personnes qui se marient sans conclure préalablement de contrat de mariage devant notaire. Il fait coexister deux catégories de biens :

- *les biens propres* : biens détenus par chacun des époux avant le mariage ou ceux reçus par dons ou legs après le mariage ;
- *les biens communs* : biens acquis à titre onéreux pendant le mariage par les époux et qui appartiennent donc aux deux.

Si une personne décide d'avoir une activité commerciale en employant des biens communs, alors le produit de cette activité appartiendra aux deux époux. De même certaines opérations nécessiteront l'accord du conjoint non commerçant (voir Fiche 19).

b) La communauté universelle

Dans ce régime conventionnel, tous les biens acquis avant et pendant le mariage par les époux, ensemble ou séparément leur appartiennent *pour moitié*.

3) Particularités liées au pacte civil de solidarité (PACS)

Le pacte civil de solidarité (PACS) est un *contrat entre deux personnes majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune et notamment leur patrimoine*. Son régime est fixé par le Code civil (articles 515-1 à 515-7-1). À défaut de convention entre les partenaires d'un PACS, ils sont soumis au régime de séparation de biens.

4 ♦ LE STATUT DU CONJOINT DU COMMERÇANT

Le conjoint du commerçant qui exerce de *manière régulière* une activité professionnelle au sein de l'entreprise de son époux doit opter pour l'un des trois statuts que la loi prescrit.

A – Le statut du conjoint collaborateur

Lorsque des personnes sont mariées ou liées entre elles par un PACS, le conjoint ou le partenaire « pacsé » du chef d'entreprise commerciale a le statut de conjoint/partenaire collaborateur lorsqu'il exerce une *activité professionnelle régulière* dans cette entreprise *sans percevoir de rémunération*. Ce statut doit être mentionné au registre du commerce et des sociétés (RCS). La loi confère au conjoint ou partenaire des *pouvoirs de gestion et d'administration* (actes nécessaires au bon fonctionnement habituel de l'entreprise).

La responsabilité personnelle du conjoint collaborateur ne peut être engagée si les actes de gestion et d'administration sont accomplis pour les besoins de l'entreprise. Le chef d'entreprise est *seul* responsable vis-à-vis des tiers.

B – Le statut du conjoint salarié

Le conjoint ou le partenaire d'un PACS peut prétendre au statut de conjoint salarié lorsqu'il :

- travaille dans l'entreprise à titre *professionnel et habituel* ;
- est titulaire *d'un contrat de travail* correspondant à un *emploi effectif* et perçoit un salaire au moins égal au SMIC. Il est protégé par le droit du travail ;
- est placé dans un état de subordination et ne s'immisce pas dans la gestion de l'entreprise.

C – Le statut du conjoint associé

Pour bénéficier de ce statut, l'entreprise doit être sous la forme sociétaire (voir Carré DCG 2 – Droit des sociétés et autres groupements).

5 ♦ LE STATUT JURIDIQUE ET LES OBLIGATIONS DU COMMERÇANT

A – Le commerçant et les particularités du droit commercial

Il existe un régime juridique particulier qui s'applique aux actes de commerce et qui est moins rigoureux que celui applicable aux actes civils. Cela s'explique par les nécessités propres au commerce et notamment celle de la rapidité des transactions.

La preuve	Entre commerçants, la preuve peut être apportée par tous moyens (voir Fiche 3).
	Pour les actes mixtes, le particulier peut utiliser tous moyens de preuve à sa disposition, mais le commerçant ne peut utiliser envers le particulier qu'un écrit.
La solidarité	En matière commerciale, les codébiteurs d'une obligation (plusieurs personnes qui ont une dette commune) sont tenus solidairement au paiement de la dette. Chacun des codébiteurs peut être contraint de payer la totalité de la dette. Ce paiement libère les autres débiteurs de ce qu'ils doivent au créancier. Celui qui a payé pourra se retourner contre les autres débiteurs pour le remboursement de leur part à la dette.
Le tribunal compétent	Les litiges qui portent sur des actes de commerce relèvent de la compétence du tribunal de commerce.

Les clauses attributives de compétence territoriale et les clauses compromissaires sont **valables** entre commerçants.

B – Le statut juridique du commerçant

1) Le régime social du commerçant

Le Code de la sécurité sociale prévoit que les commerçants sont soumis au régime social des indépendants (RSI). Ce régime couvre différents risques : maladie-maternité, vieillesse, invalidité et décès.

2) Le principe d'unité du patrimoine

Le commerçant, personne physique, est titulaire d'un patrimoine unique. L'ensemble de ses biens répond à l'ensemble de ses dettes, qu'elles soient professionnelles ou personnelles. Ce principe est soumis aujourd'hui à de nombreux aménagements (voir Fiche 11).

C – Les obligations du commerçant

1) L'inscription du commerçant au Registre du commerce et des sociétés (RCS)

Toute personne physique qui souhaite bénéficier du statut de commerçant doit procéder, dans les 15 jours à compter du début de son activité, à son *immatriculation au RCS* auprès du tribunal de commerce du lieu de son exploitation (lieu de son entreprise, de son principal établissement ou de son domicile).

2) Les obligations comptables et fiscales

Le commerçant peut opter pour différents statuts concernant son activité professionnelle : *entreprise individuelle traditionnelle, auto-entrepreneur ou entreprise à responsabilité limitée* (voir Fiche 13). Les obligations comptables et fiscales diffèrent selon le statut d'entreprise individuelle choisi.

D'une manière générale, la loi prévoit que toute personne physique ayant la qualité de commerçant doit enregistrer *comptablement et chronologiquement* les mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Elle doit contrôler par *inventaire* l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise. Elle doit établir *des comptes annuels* à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent *le bilan, le compte de résultat et une annexe*, qui forment un tout indissociable.

En matière de fiscalité, le commerçant est soumis à trois impôts principaux : l'impôt sur le revenu, la TVA, la contribution économique territoriale. Les modalités de déclaration et de paiement de ces trois impôts diffèrent en fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise individuelle.

♦ Application

Thierry a un magasin de maroquinerie dans le centre-ville de Cahors. Le mois dernier, il s'est marié avec Luce qui travaille dans un salon de thé. Thierry souhaiterait agrandir son activité et acquérir un magasin de vêtements en cuir. Il aimerait que Luce s'occupe, en toute autonomie, de la gestion de ce magasin. Cette dernière accepte à la condition de garder un temps partiel au salon de thé d'une durée hebdomadaire de 8 heures.

Quel statut pouvez-vous proposer à Luce ?

Correction

Il existe trois statuts juridiques possibles pour un conjoint de commerçant lorsqu'il souhaite participer à l'activité commerciale de son époux. Le statut de conjoint collaborateur, de salarié ou d'associé. Le statut de conjoint collaborateur peut être retenu lorsque le conjoint exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération. Le conjoint dispose de pouvoirs de gestion et d'administration. En l'espèce, ce statut est possible puisque les 8 heures d'activité salariée au salon de thé demeurent accessoires par rapport à l'activité régulière proposée par Thierry. La réponse aurait été différente si le temps partiel avait été au moins égal à un mi-temps.

Les autres professionnels de la vie des affaires

1 ♦ LES ACTIVITÉS CIVILES : DÉFINITION ET RÉGIME JURIDIQUE

L'activité civile s'apprécie par opposition à l'activité commerciale. Il existe *différentes catégories d'activités civiles professionnelles* : l'agriculture, l'extraction, les activités intellectuelles, les activités libérales, l'immobilier et l'artisanat.

Les litiges liés aux activités civiles professionnelles relèvent de la compétence des tribunaux civils à savoir le tribunal de grande instance ou le tribunal d'instance (voir Fiche 4). Les clauses attributives de compétences sont interdites aux activités professionnelles civiles alors que les clauses compromissoires sont autorisées. La solidarité entre les codébiteurs doit être expressément prévue au contrat contrairement à l'activité commerciale où elle est présumée.

2 ♦ L'ACTIVITÉ ARTISANALE

A – La définition de l'activité artisanale

Selon une loi de 1996, elle se définit comme une *activité professionnelle indépendante* de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services figurant dans le décret de 1998. Celui-ci énumère 250 activités réparties en **4 catégories de métiers** :

- alimentation (boulangerie-pâtisserie, transformation de viande, fabrication de produits laitiers...);
- bâtiment (maçonnerie, couverture, plomberie, chauffage, menuiserie, électricité...);
- fabrication (textile, de meubles, instruments de musique, travail du verre...);
- service (réparation automobile, blanchisserie, coiffure, travaux photographiques, ambulances...).

B – La notion d'artisan

La loi du 22 mars 2012 a créé de nouvelles catégories d'artisan. Aujourd'hui, il existe les statuts suivants :

- **l'artisan** : cette qualité est acquise pour les personnes physiques ainsi que pour les dirigeants sociaux des personnes morales du fait de leur inscription au répertoire des métiers ;
- **l'artisan qualifié** : il est personnellement titulaire d'une qualification professionnelle pour l'exercice de son activité ;
- **l'artisan d'art** : il remplit des conditions de diplôme (ou d'expérience professionnelle) qui seront définies dans un décret à paraître ;
- **le maître-artisan** : il justifie de 10 années d'immatriculation au Répertoire des métiers (ayant un diplôme ou, à défaut, un savoir-faire reconnu au titre de la promotion de l'artisanat) ou bien il est titulaire du brevet de maîtrise dans le métier exercé après 2 ans de pratique professionnelle.

Quel que soit son statut, l'artisan doit répondre aux critères légaux suivants :

- il ne doit pas employer plus de 10 salariés (le conjoint, les ascendants et les apprentis ne sont pas compris dans cet effectif) ;
- il exerce de **façon personnelle**, à titre principal ou secondaire, une activité artisanale ;
- il est immatriculé au **Répertoire des métiers** (tenu par la chambre des métiers et de l'artisanat du lieu d'exercice de son activité) dans le délai d'un mois qui précède ou suit le début de son activité.

Le cumul de la qualité d'artisan avec celle de commerçant est possible. Par exemple, le métier de fleuriste consiste à présenter, vendre des fleurs et à faire de la composition florale. Si le fleuriste, dans son magasin, vend des vases, des éléments de décoration ou d'autres produits qu'il ne transforme pas, il est également commerçant. Il faut que cette activité de commerçant reste **accessoire** (le chiffre d'affaires tiré de l'activité commerciale doit être inférieur à celui issu de l'activité artisanale).

C – Le statut juridique et social de l'artisan

1) Le statut juridique

L'artisan est soumis aux règles **de droit civil** et relève donc des tribunaux civils en cas de litiges. Il existe cependant différentes lois qui ont rapproché le statut de l'artisan de celui de commerçant concernant :

- les règles liées à la propriété commerciale, aux baux commerciaux, à la location-gérance et au nantissement (gage) du fonds de commerce qui sont transposables aux artisans (voir Fiches 13 et 20) ;
- les règles liées aux différents statuts du conjoint du chef d'entreprise commerciale qui s'appliquent aux entreprises artisanales (voir Fiche 9).

2) Le statut social

En ce qui concerne son statut social, le Code de la sécurité sociale prévoit que les artisans sont soumis au régime social des indépendants (RSI). Ce régime couvre différents risques : maladie-maternité, vieillesse, invalidité et décès.

3 ♦ L'ACTIVITÉ AGRICOLE

A – La définition de l'activité agricole

Il s'agit d'une activité correspondant à *la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle végétal ou animal* et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que l'activité exercée par un exploitant agricole qui est *dans le prolongement de l'acte de production* (transformation, vente directe...) *ou qui a pour support l'exploitation* (restauration, hébergement...).

Lorsque l'activité exercée s'éloigne de cette définition, elle peut être requalifiée en activité commerciale ou artisanale avec toutes les conséquences juridiques, fiscales et sociales que cela peut entraîner.

B – La notion d'agriculteur

Un agriculteur est une personne physique ou morale qui exerce une activité agricole. L'agriculteur a le choix entre différents modes d'exploitation et notamment :

- **le faire-valoir direct** : l'agriculteur est propriétaire de son exploitation et la conduit lui-même ;
- **le fermage** : l'agriculteur et le propriétaire de l'exploitation sont liés par un contrat de location (bail à ferme). L'agriculteur (ou fermier) verse un loyer annuel au propriétaire, assume seul les risques et les charges de l'exploitation. Le bail rural se renouvelle par tacite reconduction au bout de **neuf ans** sauf si le propriétaire met fin au bail (envoi du congé 18 mois avant terme) pour un motif légitime (exploitation par le propriétaire, par son conjoint, ses descendants ou pour motifs graves : non-paiement du loyer) ;

- **le métayage** : il repose sur un contrat de location (bail à métayage) par lequel le bien rural est donné à bail à un preneur (le loueur) qui s'engage à le cultiver sous la condition d'en partager les produits avec le bailleur (celui qui loue). Ce bail est résiliable tous les **trois ans** à la volonté du preneur qui doit donner son préavis dans les délais conformes aux usages locaux avant l'expiration de chaque période triennale. Le propriétaire et le locataire assument ensemble les charges et les risques liés à l'exploitation.

Ce sont les tribunaux des baux ruraux qui sont compétents pour connaître des litiges concernant les baux ruraux. Pour les autres litiges, les tribunaux civils restent compétents (voir Fiche 4).

C – Le statut juridique et social de l'agriculteur

L'agriculteur, personne physique ou morale, doit procéder à son immatriculation au **Registre de l'agriculture** qui se trouve à la chambre d'agriculture du lieu de son exploitation. Si l'agriculteur développe également une activité commerciale, il devra procéder à son immatriculation au RCS.

L'agriculteur, concernant son statut social, relève de la MSA (mutualité sociale agricole).

4 ♦ L'ACTIVITÉ LIBÉRALE

A – La définition de l'activité libérale

La loi du 22 mars 2012 donne une définition des professions libérales (dites réglementées). Elles « *groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière **indépendante** et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des **prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins**, mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de **principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle** ».*

Une activité est dite libérale lorsqu'elle repose sur des **services non commerciaux**. Le professionnel libéral effectue une prestation intellectuelle de manière indépendante et perçoit en contrepartie des honoraires.

La plupart des professionnels libéraux doivent respecter **des règles et des devoirs** dictés par leur profession (code de déontologie). Les membres de ces professions libérales sont tenus au **secret professionnel**.

D'une manière générale, le professionnel libéral est spécialisé dans son domaine et justifie d'un diplôme pour pouvoir exercer. Il doit répondre de ses fautes en termes de responsabilité.

À côté des professions libérales dites réglementées, il existe d'autres professions non réglementées qu'il convient également de traiter.

B – La distinction profession libérale réglementée et non réglementée

1) Les professions libérales « réglementées »

La loi qualifie certaines professions *de libérale*, lesquelles peuvent se regrouper en trois catégories :

- les professions organisées en *ordres professionnels* comme les experts-comptables ou les médecins ;
- les professions dites à *statut particulier* comme les administrateurs judiciaires (voir Fiche 15) ;
- et les *officiers publics* ou *officiers ministériels* : notaires, huissiers de justice.

Les membres des professions libérales réglementées sont soumis au contrôle de leurs instances professionnelles (ordre, chambre ou syndicat) et peuvent encourir des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation (exclusion définitive de la profession).

2) Les professions libérales non « réglementées »

Ce sont toutes les activités fondées sur un travail intellectuel et qui ne sont pas des activités commerciales, artisanales, agricoles ou libérales réglementées. Il s'agit, par exemple, des formateurs, consultants, exploitant d'auto-école, etc.

C – Le statut du professionnel libéral

Les règles liées aux différents statuts du conjoint du chef d'entreprise commerciale s'appliquent aux entreprises libérales.

Les professionnels libéraux entrent dans la catégorie des *travailleurs non-salariés* et doivent donc s'affilier obligatoirement au régime social des indépendants pour l'assurance maladie-maternité et à la caisse d'assurance vieillesse (selon la profession de l'intéressé).

◆ Application

Simon est agriculteur depuis une dizaine d'années. Petit à petit, il a orienté son exploitation vers la production de certains fruits qu'il vend sur les marchés. Pour satisfaire tous ses clients, il est obligé d'acheter la plus grande partie de ce qu'il vend à d'autres producteurs.

Simon peut-il être toujours considéré comme agriculteur ?

Correction

Par définition, est agriculteur celui qui exerce une activité correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que l'activité exercée par un exploitant agricole qui est dans le prolongement de l'acte de production comme par exemple la transformation ou la vente directe. La vente doit rester accessoire par rapport à l'activité de production. À défaut, l'activité sera requalifiée en activité commerciale. Un agriculteur qui vend des produits issus de sa propre production n'exerce pas une activité commerciale. Lorsqu'il en achète en dehors de sa propre production pour en revendre plus qu'il n'en produit lui-même, alors son activité sera requalifiée d'activité commerciale.

En l'espèce, l'agriculteur vend sa propre production ainsi que des fruits qu'il a achetés à un autre exploitant (dont la quantité est supérieure à sa propre production) ; son activité sera donc qualifiée de commerciale.

La théorie du patrimoine

1 ♦ LA NOTION DE PATRIMOINE

Elle a été construite par la *doctrine* puisqu'il n'existe pas de définition légale du patrimoine. Deux conceptions doctrinales sont proposées :

- *une conception subjective* : le patrimoine est lié à la personne. Cette conception, qui relève de la théorie classique, est celle qui s'impose en droit français ;
- *une conception objective* : le patrimoine est attaché à un but. Il s'agit de la théorie du patrimoine d'affectation qui trouve application dans notre droit positif dans certains cas exceptionnels.

A – La théorie classique du patrimoine

1) Le contenu de la théorie classique

Cette théorie personnaliste du patrimoine, toujours d'application dans notre droit français, a été construite par deux auteurs, Aubry et Rau. Ces derniers définissent le patrimoine comme un *ensemble de biens et d'obligations (dettes) attachés à une personne*, évaluables en argent. Le patrimoine est pour eux un attribut de la personnalité car il est la conséquence de son existence. En vertu de cette théorie trois affirmations s'imposent :

- le patrimoine est une *universalité de droit*. Il forme un *tout indissociable* au sein duquel l'ensemble des droits (actif) répond de l'ensemble des obligations (passif). Il est une masse autonome ;

- toute personne (physique ou morale) a **un patrimoine et un seul**. Ce patrimoine est **intransmissible** dans sa totalité tant que la personne à laquelle il est attaché est vivante. Même lorsqu'il est vide de tout contenu, il existe malgré tout. Le passif peut être plus important que l'actif. Le patrimoine est également indivisible ;
- le patrimoine n'est composé que d'éléments **évaluables en argent**. Cela permet de faire la distinction entre **droits patrimoniaux** (droits pécuniaires faisant partie du patrimoine) et **droits extrapatrimoniaux** (droits non pécuniaires qui sont par exemple les droits de la personnalité ou le droit à la liberté).

2) Les conséquences de l'application de la théorie classique

Le patrimoine forme un tout indissociable. Tout l'actif qui le compose vient garantir le paiement de toutes les dettes. Les créanciers ont un **droit de gage général** sur le patrimoine. Cela signifie qu'ils peuvent, en cas de défaillance de leur débiteur, saisir n'importe quel bien de son patrimoine pour le paiement de ce qui leur est dû. Cette situation n'est pas forcément sécurisante pour le débiteur et n'assure pas non plus un désintéressement total du créancier lorsque l'actif est insuffisant. Les créanciers peuvent alors, pour assurer le paiement de leurs créances, constituer des sûretés qui sont des garanties (voir Fiche 24) :

- **les sûretés personnelles** : une autre personne est appelée au côté du débiteur afin de payer la créance en cas de défaillance de ce dernier (ex. : le cautionnement) ;
- **les sûretés réelles** : certains biens du débiteur garantissent le paiement de sa dette. Si le débiteur ne paie pas, le bien est vendu et le produit de la vente est remis aux créanciers (ex. : l'hypothèque).

Un créancier dépourvu de toute garantie est appelé **créancier chirographaire**.

B – La théorie du patrimoine d'affectation

1) Le contenu de la théorie du patrimoine d'affectation

Cette théorie, d'origine allemande, repose sur une conception objective du patrimoine. Celui-ci n'est pas lié à l'existence de la personnalité juridique mais à la poursuite d'un but. Les éléments du patrimoine sont **affectés à la réalisation de cet objectif**.

2) Les conséquences de l'application de la théorie du patrimoine d'affectation

Elle permet d'admettre qu'une personne puisse avoir **plusieurs patrimoines** différenciés du fait de l'existence de plusieurs activités. Elle facilite également la transmission entre vifs des activités qui bénéficient chacune d'un patrimoine distinct.

C – Les difficultés d'application de la théorie classique au monde des affaires

La théorie classique a donné lieu à de nombreuses critiques concernant son application dans le monde des affaires. Les risques induits par certaines activités professionnelles (commerciale, artisanale...) sur le patrimoine de l'entrepreneur ont conduit à certains aménagements.

1) Les aménagements liés aux personnes

Les régimes matrimoniaux	Certains de ces régimes permettent de séparer les patrimoines des époux afin de limiter les risques liés à la faillite éventuelle de celui qui est entrepreneur (voir Fiche 9).
La succession	En vertu de la théorie classique, le patrimoine du défunt est transmis à son héritier. Le risque pour l'héritier est de supporter un passif qui peut être bien plus important que l'actif. Le législateur a permis à l'héritier de n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire, ce qui permet de séparer le patrimoine du défunt de celui de l'héritier.

2) Les aménagements liés à la création d'entreprise

a) Les interventions législatives avant 2010

Pour favoriser la création d'entreprises et protéger les entrepreneurs individuels contre les aléas de leur activité, le législateur est intervenu à différentes reprises pour permettre une séparation entre leurs biens personnels et leurs biens professionnels.

Loi relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle du 11 février 1994	L'entrepreneur peut demander à son créancier professionnel que l'exécution de sa créance, <i>en cas d'exécution forcée</i> , soit poursuivie en priorité sur les biens nécessaires à l'activité professionnelle.
Loi pour l'initiative économique du 1 ^{er} août 2003	L'entrepreneur peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa <i>résidence principale</i> (par une déclaration d'insaisissabilité).
Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008	Cette loi a élargi le champ des biens susceptibles d'être déclarés insaisissables à tout ou partie <i>des biens fonciers bâtis ou non</i> que l'entrepreneur n'a pas affectés à son activité professionnelle.

b) La loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée du 15 juin 2010

Ce texte crée un nouveau statut d'entrepreneur individuel, celui d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). L'entrepreneur peut scinder son patrimoine en deux : **patrimoine personnel et patrimoine professionnel** en établissant une liste des biens qu'il affecte à son activité professionnelle.

Le statut de l'EIRL peut être ouvert aux mineurs de 16 ans révolus non émancipés sous certaines conditions (voir Fiche 8) et aux mineurs émancipés ayant obtenu l'autorisation d'exercer une activité commerciale par le juge des tutelles ou le président du TGI.

Les biens affectés	<p>En principe, seul le patrimoine affecté garantit les créances professionnelles. Les biens affectés au patrimoine professionnel doivent être nécessaires et utiles à l'activité (local, matériel, outillage, argent, voiture...).</p> <p>Le bien affecté est un bien commun : accord express du conjoint.</p> <p>Le bien affecté est un immeuble : acte notarié et publication aux hypothèques.</p> <p>Le bien en nature affecté est d'une valeur > 30 000 € : évaluation par un expert qui devra rendre un rapport annexé à la déclaration d'affectation.</p>
La publicité	<p>L'affectation fait l'objet d'une déclaration auprès du CFE (Centre de formalités des entreprises) qui transmettra la déclaration au registre compétent ou d'une déclaration en ligne (informations sur l'entrepreneur, l'activité concernée et les biens affectés).</p>
Les obligations de l'entrepreneur	<ul style="list-style-type: none"> – ouvrir un ou plusieurs comptes bancaires professionnels ; – tenir une comptabilité autonome en respectant les obligations comptables de droit commun (celles relatives aux commerçants) ou les obligations comptables simplifiées ; – déposer les comptes annuels au registre compétent.
Les effets de l'affectation	<ul style="list-style-type: none"> – Elle a des effets uniquement sur les créanciers qui lui sont postérieurs sauf si l'entrepreneur mentionne l'opposabilité dans la déclaration d'affectation ou lorsqu'il en informe individuellement chaque créancier antérieur par LRAR dans le mois qui suit la déclaration. Les créanciers antérieurs peuvent former opposition en justice dans le mois de la réception de la notification s'ils considèrent que l'opposabilité leur est préjudiciable. – Le patrimoine affecté garantit les créances professionnelles et le patrimoine personnel garantit les créances personnelles. Toutefois, si le patrimoine non affecté s'avère insuffisant, les créanciers personnels pourront exercer leur droit de gage sur le bénéfice réalisé par l'EIRL lors du dernier exercice comptable clos.

2 ♦ LA COMPOSITION DU PATRIMOINE

Le patrimoine est composé d'un ensemble de biens et d'obligations. En droit, un bien peut être soit une **chose matérielle** soit un **droit** ayant une valeur pécuniaire.

A – Les biens

Il existe deux classifications possibles : les *biens corporels et incorporels* d'une part et les *biens meubles et immeubles* (classification qui relève du Code civil) d'autre part.

1) Les biens corporels et incorporels

a) Les biens corporels

Ils ont une matérialité (objet matériel, palpable) et doivent être susceptibles d'appropriation (certaines choses en sont exclues comme l'air, la mer...).

Les biens corporels se divisent en deux sous-catégories.

Biens consommables	Ce sont des biens qui sont détruits dès leur premier usage (ex. : un aliment).
Biens non consommables	Ce sont des biens qui peuvent être utilisés plusieurs fois avant leur destruction (ex. : une voiture).
Choses fongibles (choses de genre)	Ce sont des biens interchangeables. Les choses fongibles peuvent être remplacées par n'importe quelle chose du même genre (ex. : une voiture neuve, de série).
Choses non fongibles (corps certains)	Ce sont des biens qui, du fait de leur caractère unique, ne sont pas interchangeables ou substituables (ex. : une voiture d'occasion).

b) Les biens incorporels

Il s'agit d'un droit ou une valeur économique dont une personne est titulaire mais qui n'a pas d'existence matérielle (ex. : une créance, un droit de propriété, un brevet).

2) Les biens meubles et immeubles

a) Les biens immeubles

Selon le Code civil, il existe trois catégories d'immeubles.

Par nature	Ce sont les fonds de terre et les bâtiments et d'une manière générale tout ce qui est <i>incorporé</i> au sol (arbres, puits, moulin, nappes de pétrole...)
Par destination	Ce sont au départ des biens meubles par nature mais qui ont un lien très étroit avec un immeuble : <ul style="list-style-type: none"> – <i>lien matériel</i> : ils ne peuvent être retirés de l'immeuble sans fracture ou détérioration. Par exemple une bibliothèque construite sur mesure, des boiseries ; – <i>lien d'utilité</i> : ils sont nécessaires à l'exploitation ou l'utilisation d'un immeuble. Par exemple, les animaux d'une ferme, un tracteur, des machines dans une usine.

Par l'objet auquel ils s'attachent	Ce sont des biens incorporels qui portent sur un immeuble. Il s'agit : des servitudes (voir Fiche 12), des usufruits sur les choses immobilières (l'usufruit est le droit d'user d'une chose et d'en percevoir les fruits) et des actions qui tendent à revendiquer un immeuble.
------------------------------------	--

b) Les biens meubles

Selon le Code civil, il en existe deux catégories.

Par nature	Ce sont les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit parce qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit parce qu'ils ne peuvent changer de place que par l'effet d'une force étrangère.
Par détermination de la loi	Ce sont des meubles incorporels, sans matérialité (droits) ou reconnu comme tel par la loi : le fonds de commerce, les parts sociales.

La jurisprudence a créé une autre catégorie : **les meubles par anticipation**. Ce sont des biens qui au départ sont immeubles mais destinés à devenir meuble (ex. : les récoltes sur pieds, les lots de bois avant la coupe, des matériaux de démolition avant la démolition).

B – Les droits patrimoniaux

Il en existe trois catégories : les droits réels, les droits personnels et les droits intellectuels.

1) Les droits réels

Ce sont des droits qui portent directement sur une chose. Il en existe deux catégories :

- les **droits réels principaux** : le droit de propriété et ses démembrements (voir Fiche 12) ;
- les **droits réels accessoires** : ils sont liés à l'existence d'une créance dont ils garantissent le paiement. Par exemple, l'hypothèque.

2) Les droits personnels

Un droit personnel permet à une personne (créancier) d'exiger d'une autre quelque chose (débitteur) qui peut être une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. Par exemple, un bailleur a le droit d'exiger de son locataire le paiement du loyer.

3) Les droits intellectuels

Ils regroupent les droits qui découlent d'une œuvre de l'esprit (droit de la propriété littéraire et artistique...), les droits acquis sur une clientèle et les droits liés à la propriété commerciale.

C – Les dettes

Juridiquement, les dettes s'appellent obligations et sont contenues dans le patrimoine d'une personne. Une obligation peut être classée selon son objet entre : obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

Obligation de donner	Une personne est tenue de transférer la propriété d'une chose ou de créer un droit réel sur cette chose.
Obligation de faire	Une personne est tenue d'accomplir un fait positif. Par exemple, exécuter un ouvrage.
Obligation de ne pas faire	Une personne promet de s'abstenir de faire quelque chose. Par exemple, l'engagement pour un vendeur de fonds de commerce de ne pas concurrencer l'acheteur du fonds.

Une obligation peut également être classée selon qu'elle est de résultat ou de moyens.

Obligation de résultat	Une personne est tenue d'un résultat précis. Par exemple, un cuisiniste qui s'engage à livrer et monter les meubles d'une cuisine.
Obligation de moyens	Une personne s'engage à mettre tous les moyens en œuvre pour tendre vers un résultat. Par exemple, le médecin fera tout ce qui est nécessaire pour que son patient guérisse.

♦ Application

Qualifiez les biens suivants (*bien corporel/bien incorporel et bien meuble/immeuble*).

1. Un brevet
2. Un terrain agricole
3. Une machine d'impression textile dans une usine
4. Un cheval
5. Une cheminée scellée dans un mur
6. Un droit de passage
7. Un usufruit portant sur une part sociale

Correction

1. Meuble (par détermination de la loi) incorporel
2. Immeuble (par nature) corporel
3. Immeuble (par destination) corporel
4. Meuble (par nature) corporel
5. Immeuble (par destination) corporel
6. Immeuble (par l'objet auquel il s'attache) incorporel
7. Meuble (par détermination de la loi) incorporel

La propriété

1 ♦ LA THÉORIE GÉNÉRALE DE LA PROPRIÉTÉ

Dans son article 17, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 affirme que la propriété est un **droit inviolable et sacré** et que « *nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

Selon l'article 544 du Code civil : « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements* ». Le droit de propriété est un **droit réel** (droit sur un bien meuble ou immeuble) constitué de trois attributs : le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose. Le propriétaire détient alors **la pleine propriété** du bien.

A – Les attributs du droit de propriété

Ils sont au nombre de 3 :

Le droit d'user de la chose (<i>usus</i>)	Le titulaire du droit de propriété peut utiliser le bien comme il l'entend (ex. : le droit d'habiter ou non sa maison).
Le droit de jouir de la chose (<i>fructus</i>)	Le titulaire du droit de propriété peut percevoir les fruits qui proviennent éventuellement de la chose (ex. : percevoir les loyers en cas de location d'un bien).
Le droit de disposer de la chose (<i>abusus</i>)	Le titulaire du droit de propriété peut disposer juridiquement de la chose (vente, donation, gage...) ou matériellement (destruction, transformation, aménagement...).

B – Les caractères du droit de propriété

Le droit de propriété est un droit absolu, exclusif et perpétuel.

1) Le droit de propriété est absolu

Le propriétaire a en principe une totale liberté d'usage, de jouissance et de disposition du bien. Toutefois, cette liberté souffre de plusieurs restrictions :

- **limites légales** : différentes restrictions sont prévues pour assurer *l'ordre public* (ensemble des règles qui régissent la vie en société) que ce soit pour servir *l'intérêt général* (expropriation, droit de préemption, environnement...) ou *l'intérêt des individus* (règles d'urbanisme...);
- **limites jurisprudentielles** : les juges rendent responsable un propriétaire lorsqu'il commet un abus dans l'exercice de son droit de propriété ou cause un **trouble anormal de voisinage** ;
- **limites conventionnelles** : il est possible par **convention** (accord de volonté conclu entre des personnes) de limiter le droit de disposer de la chose (par exemple, une clause d'inaliénabilité) ou de limiter l'usage d'un bien (par exemple, une servitude conventionnelle).

2) Le droit de propriété est exclusif

En principe, une chose n'est la propriété que d'une seule personne. Il existe cependant des situations dans lesquelles plusieurs personnes ont des droits sur une même chose :

- **la copropriété** : plusieurs personnes sont titulaires du droit de propriété sur une même chose (ce droit est partagé selon une quote-part) ;
- **l'indivision** : la chose appartient à plusieurs personnes qui ont sur elle les mêmes droits (dans leur totalité). Cette situation est en général temporaire et a pour origine une succession, un divorce, une donation ou un achat en commun.

3) Le droit de propriété est perpétuel

Le droit de propriété est attaché à la chose et ne s'éteint que lorsque celle-ci disparaît. Il est donc :

- **imprescriptible** puisqu'il n'est pas affecté par le non-usage de la chose ;
- **transmissible** aux héritiers (en vertu de la loi) ou aux légataires (en vertu d'un testament) ;
- **inviolable** : nul ne peut en être privé sauf pour cause d'**utilité publique**.

2 ♦ L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ

Elle s'opère soit par un *acte juridique* soit par un *fait juridique*.

A – L'acquisition par un acte juridique

Un acte juridique se définit comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. L'acquisition de la propriété repose donc sur une volonté de l'homme et peut s'effectuer :

- par un *acte unilatéral* (manifestation de volonté d'une seule personne), par exemple un testament ;
- par un *acte bilatéral* (manifestation de volonté de deux personnes) appelé convention.

1) L'acquisition par acte unilatéral

L'acte type est le testament qui se définit comme un acte (révocable) par lequel une personne (*testateur*) lègue, *après son décès*, à une autre personne (*légataire*) tous ses biens (legs universels), une partie de ses biens (legs à titre universel) ou un ou plusieurs biens déterminés (legs particulier).

2) L'acquisition par une convention

Par un contrat (forme de convention), la personne titulaire du droit de propriété – *auteur* – transfère ce droit à un acquéreur – *l'ayant cause*. Le contrat peut être à titre gratuit (sans contrepartie) ou à titre onéreux (chacune des parties est tenue à une obligation).

a) Le contrat à titre gratuit

Il s'agit de la donation qui se définit comme un contrat par lequel une personne – le *donateur* – transfère la propriété d'un bien à une autre – le *donataire* – qui l'accepte, *sans contrepartie* et avec une *intention libérale* (volonté et conscience de s'appauvrir). Cet acte entre vifs est en principe irrévocable.

b) Le contrat à titre onéreux

En matière d'acquisition de la propriété, il s'agit le plus souvent d'un contrat de vente. Contrairement au contrat à titre gratuit, il n'est soumis à aucun formalisme pour être conclu. **Le principe du consensualisme** veut que le simple échange des consentements opère un transfert instantané de la propriété à l'égard de l'acquéreur, qui supporte alors les risques liés à la chose.

Les exceptions sont :

- **légales** : pour les choses de genre, le transfert de propriété ne peut s’opérer qu’à la livraison. Pour les immeubles, il n’est opposable aux tiers qu’après accomplissement des formalités de publicité foncière ;
- **conventionnelles** : les parties peuvent, par exemple, introduire une **clause de réserve de propriété** par laquelle la personne qui transfère le bien en reste propriétaire jusqu’au paiement intégral du prix.

B – L’acquisition par un fait juridique

Un fait juridique est un événement susceptible de produire des effets de droit.

1) L’occupation

L’occupation est le fait de prendre possession d’un **bien meuble** qui n’appartient à personne soit parce qu’il n’a jamais fait l’objet d’une appropriation (par exemple, un animal sauvage) soit parce qu’une personne a cessé de se l’approprier (trésor, épave ou objet abandonné).

2) La possession acquisitive

La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit. Elle ne signifie pas que le possesseur est également propriétaire. Dans certaines circonstances, la possession permet l’acquisition de la propriété. Pour cela, elle doit comporter deux éléments et présenter certaines qualités :

Éléments	Matériel , le <i>corpus</i> : le possesseur doit effectuer des actes matériels sur la chose.
	Intentionnel , l’ <i>animus</i> : le possesseur se considère, de bonne foi, comme le véritable propriétaire et agit comme tel.
Qualités	Continue : usage régulier de la chose.
	Paisible : la chose n’est pas possédée par la violence (physique ou morale).
	Non-équivoque : la possession ne doit pas faire penser à l’exercice d’autres droits comme par exemple la location ou le dépôt.
	Publique : connue des tiers.

Les règles de possession sont différentes selon que le bien est immeuble ou meuble.

a) La possession d'un immeuble

Lorsque la possession de l'immeuble dure 30 ans, le possesseur peut devenir propriétaire. On parle alors de *prescription acquisitive ou d'usucapion*. Lorsque le possesseur dispose d'un titre qui lui fait croire (en toute bonne foi) qu'il est le propriétaire du bien, le délai peut être ramené à 10 ou 20 ans.

b) La possession d'un meuble

Selon l'article 2272 du Code civil « *en fait de meuble, possession vaut titre* ». La loi considère que le possesseur de meuble (corporel), lorsqu'il est de bonne foi, est présumé en être le propriétaire. La revendication est possible par le véritable propriétaire (vol ou perte de la chose).

3) L'accession

Le propriétaire d'une chose principale est également propriétaire de tout ce qui s'unit ou s'incorpore à la chose (accessoires). Par exemple, le propriétaire d'un arbre devient propriétaire des fruits qu'il produit.

4) La succession

Le décès d'une personne a pour effet la transmission de la propriété de ses biens. Lorsque le défunt n'a pas fait de testament (succession *ab intestat*), la succession est réglée par la loi.

3 ♦ L'ÉTENDUE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

L'objet du droit de propriété porte sur un bien immeuble (art. 552 du Code civil : « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ») ou meuble (corporels ou incorporels).

A – Les servitudes

Ce sont des *charges* imposées à un immeuble bâti ou non (fonds servant) au profit d'un autre immeuble appartenant à un autre propriétaire (fonds dominant). Les servitudes sont attachées au fonds et sont cédées avec le fonds. Les servitudes peuvent s'éteindre par le non-usage (prescription extinctive de 30 ans). Le propriétaire du fonds servant comme celui du fonds dominant doivent assurer le bon exercice de la servitude. Il existe trois sortes de servitudes :

Naturelles	Elles dépendent de la situation des lieux (ex. : si un cours d'eau qui passe sur plusieurs terrains, l'un des propriétaires ne peut pas en détourner le cours et priver ainsi son voisin d'eau).
Légales	<ul style="list-style-type: none"> – D'intérêt public (passage d'une ligne à haute tension...). – D'intérêt privé (droit de passage, distance de plantations par rapport aux clôtures...).
Créées par l'homme	Elles sont établies par convention ou testament.

Elles peuvent également être classées en :

- servitudes *continues* (action de l'homme non nécessaire, comme la servitude de vue) ou discontinues (action de l'homme nécessaire, comme la servitude de passage) ;
- servitudes *apparentes ou non-apparentes*.

B – La propriété démembrée : l'usufruit

La propriété est dite démembrée lorsque ses trois attributs ne sont pas réunis entre les mains d'une même personne. C'est le cas de l'usufruit. **Une personne – l'usufruitier – détient sur le bien, meuble ou immeuble, l'usus et le fructus et une autre – le nu-propriétaire – détient l'abusus.** La pleine propriété peut être reconstituée car le droit d'usufruit est temporaire : il disparaît avec la personne qui en est titulaire même en cas de cession de ce droit. L'usufruit peut avoir une origine légale (la loi accorde au conjoint survivant un usufruit sur tout ou partie des biens du conjoint décédé) ou *conventionnelle*.

Usufruitier	<p>Droits :</p> <ul style="list-style-type: none"> – d'usage et d'habitation ; – de percevoir les fruits du bien : récoltes (fruits naturels), intérêts d'une somme d'argent, loyers (fruits civils) ; – de se servir de la chose à charge de la rendre en fin d'usufruit en même quantité et qualité en respectant l'usage auquel la chose est destinée ; – de donner à bail son droit d'usufruit, de le vendre ou le céder à titre gratuit ; – de louer le bien, objet de l'usufruit.
	<p>Obligations :</p> <ul style="list-style-type: none"> – prendre la chose en l'état ; – ne pas réclamer d'indemnité pour amélioration du bien ; – effectuer les réparations d'entretien ; – payer les charges liées à la possession (taxe d'habitation...).

Nu-propriétaire	<i>Droit</i> : il peut céder son droit de nu-propriétaire.
	<i>Obligations</i> : – effectuer les grosses réparations (sauf négligence de l'usufruitier) ; – ne pas nuire aux droits de l'usufruitier.

C – L'exercice entravé de la propriété

1) L'abus de droit

Un propriétaire ne peut exercer son droit de propriété afin de nuire aux autres. Pour être condamnable, l'abus, qui provient d'une **activité n'ayant aucune utilité pour le propriétaire**, doit causer un dommage. Le juge peut attribuer des dommages-intérêts à la victime et ordonner des mesures pour faire cesser le trouble.

2) Les troubles anormaux de voisinage

Par principe, « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage* ». La théorie des troubles anormaux du voisinage, construite par la jurisprudence, s'applique dès lors que la victime peut prouver l'existence **d'agissements anormaux ayant causé un préjudice** (ex. : de fortes nuisances sonores, olfactives).

En cas de troubles, la victime peut utiliser une voie de **recours amiable** (conciliation) ou **judiciaire**. L'action en justice peut être engagée sur le **plan civil** (réparation du préjudice) ou **pénal** (punition de l'auteur) selon la nature du trouble invoqué. Par exemple, le bruit (réitéré) peut être considéré comme un délit car il est assimilé par la jurisprudence à des coups et blessures involontaires (infraction punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende).

♦ Application

M. Long est propriétaire d'une parcelle sur laquelle il vient de construire sa maison et qui surplombe celle de M. Dome. Ce dernier constate que, depuis la construction, son terrain est souvent inondé et que l'eau qui se déverse provient bien de la parcelle de M. Long. Il manifeste à M. Long son mécontentement. Ce dernier, après l'intervention d'un expert, propose la pose de drains sur le terrain de M. Dome. Ce dernier refuse et souhaite saisir la justice pour obtenir réparation.

Est-il dans son droit ?

Correction

En cas de servitude naturelle d'écoulement des eaux, le propriétaire du fonds inférieur doit laisser s'écouler les eaux et celui du fonds supérieur doit éviter d'aggraver la servitude du fonds inférieur. En conséquence, le propriétaire du fonds inférieur ne peut être contraint, afin de remédier à une aggravation de la servitude naturelle d'écoulement des eaux causée par le propriétaire du fonds supérieur, d'accepter la réalisation d'un ouvrage sur son propre fonds. Le fait d'apporter une solution qui serait supportée par le propriétaire du fonds inférieur est une atteinte au droit de propriété (*Cour de Cassation, Civ. 3^e, 29 sept. 2010, n° 09-69.608*).

En l'espèce, si M. Dome (propriétaire du fonds inférieur) prouve que l'inondation est bien la conséquence des travaux effectués par M. Long (propriétaire du fonds supérieur), il n'est pas tenu d'accepter la solution du drainage et peut donc demander réparation de son préjudice.

Le fonds de commerce et la propriété commerciale

1 ♦ LE FONDS DE COMMERCE

Il est un concept juridique qui permet d'identifier les éléments (corporels et incorporels) dont dispose un commerçant pour exercer son activité.

A – La composition du fonds de commerce

Le fonds de commerce est composé d'un ensemble de biens corporels et incorporels.

1) *Les éléments corporels*

Il s'agit principalement des éléments suivants :

Le matériel et l'outillage	Ce sont des biens qui sont d'une certaine stabilité et servent à l'exploitation du fonds. Ils comprennent également le mobilier. Ils ne sont des éléments du fonds que si le commerçant est locataire de l'immeuble dans lequel il exerce son activité.
Les marchandises	Ce sont les objets destinés à la vente après avoir été transformés ou non.

2) *Les éléments incorporels*

Parmi les nombreux éléments incorporels qui constituent le fonds de commerce, celui qui est essentiel et conditionne l'existence même du fonds est la *clientèle*.

La clientèle	Elle se définit comme l'ensemble des personnes qui s'approvisionnent habituellement auprès d'un commerçant déterminé. Elle doit être certaine, actuelle, personnelle au commerçant et licite (activité autorisée par la loi).
L'achalandage	Il est constitué de la clientèle de passage, qui est potentielle.
Le nom commercial	Appellation sous laquelle le commerçant exerce son activité. Il permet d'identifier le fonds de commerce et de rallier la clientèle. Il peut être constitué du nom de famille de l'exploitant, d'un nom de fantaisie, du nom de plusieurs personnes. Il est protégé par l'action en concurrence déloyale.
L'enseigne	Il s'agit d'un signe extérieur (emblème, un dessin, un objet) qui permet d'individualiser le fonds. Elle est libre tant qu'elle n'opère pas de confusion avec celle d'un concurrent. Elle est protégée par l'action en concurrence déloyale.
Le droit au bail	Il existe lorsque le commerçant est locataire de l'immeuble dans lequel il exerce son activité.
Les licences et autorisations administratives	Lorsqu'elles sont indispensables à l'activité commerciale, elles font partie du fonds de commerce en cas de cession. Par exemple, licence de débit de boissons.
Les droits de la propriété industrielle	Il s'agit des marques, brevets, dessins et modèles.

B – La nature du fonds de commerce

Le fonds de commerce est considéré juridiquement comme un *meuble incorporel*. Il a une valeur propre, indépendante des éléments qui le composent. Il peut faire l'objet d'opérations juridiques comme une vente, un nantissement. Chacun des éléments pris séparément peut également faire l'objet d'opérations juridiques sans pour autant remettre en question l'existence du fonds exception faite de la clientèle. Le fonds de commerce *n'est pas un patrimoine*, il ne comprend ni les créances ni les dettes.

2 ♦ LA PROPRIÉTÉ COMMERCIALE

Pour assurer une certaine sécurité et stabilité au commerçant qui *loue* l'immeuble ou le local dans lequel il exploite son fonds, le législateur a fixé des règles strictes qui encadrent le droit au bail et qui constituent la propriété commerciale. *Ces règles s'appliquent également au fonds artisanal (établissement artisanal).*

A – Le régime applicable au bail commercial

Un bail commercial est un *contrat qui unit le propriétaire d'un local ou d'un immeuble (le bailleur) et un locataire (le preneur) qui l'occupe dans le cadre d'une activité commerciale*. Sauf stipulation contraire au bail ou accord du bailleur, toute sous-location totale ou partielle est interdite. Le locataire a le droit de céder son bail à un autre exploitant si cette faculté ne lui a pas été expressément interdite dans le contrat de bail. Néanmoins, si le locataire cède son fonds de commerce, le bailleur ne peut s'opposer à la cession du bail.

1) Les obligations des parties

Diverses obligations pèsent d'une part sur le bailleur, d'autre part sur le preneur.

Le bailleur	Il doit être capable juridiquement de conclure le bail. Lorsque l'immeuble loué est un bien commun, chacun des époux doit consentir au bail. Le bailleur doit délivrer la chose louée, c'est-à-dire la mettre à disposition (remise des clés). Il doit assurer les grosses réparations et la jouissance paisible du bien.
Le preneur	Il doit conserver la chose louée et assurer les réparations d'entretien. Il doit user de la chose « en bon père de famille » (homme droit, attentif, diligent et prudent). Enfin, il doit payer les loyers, les charges et restituer la chose en fin de bail.

Une *clause résolutoire* peut être introduite dans le contrat prévoyant sa résiliation (anéantissement du contrat pour l'avenir) en cas de non-respect par le locataire de ses obligations. Le bailleur ne pourra agir qu'après un délai d'un mois suivant la notification d'une mise en demeure adressée au locataire.

2) La durée du bail

Selon une disposition impérative du Code de commerce, la durée du bail ne peut être inférieure à **9 ans**. Il s'agit d'une obligation qui s'impose uniquement au bailleur puisque le preneur peut résilier le bail tous les 3 ans, après notification au bailleur au moins 6 mois à l'avance (sauf si une clause contractuelle prévoit autrement). À la fin du bail initial, il ne cesse pas de plein droit. La partie qui ne souhaite pas poursuivre le contrat devra donner congé à l'autre partie, à défaut le bail se poursuit par *tacite reconduction*.

Le preneur ayant demandé à bénéficier de ses droits à la retraite peut dénoncer à tout moment le bail en respectant le délai des 6 mois concernant la notification du congé.

Attention ! Une exception est prévue par la loi : la durée peut être de deux ans au plus. Si le preneur reste sur les lieux, la durée des 9 ans s'appliquera de droit.

3) Le loyer

Le montant du loyer doit correspondre à la valeur locative qui est déterminée par les caractéristiques du local considéré, la destination des lieux, les obligations respectives des parties, les facteurs locaux de commercialité et les prix couramment pratiqués dans le voisinage. Il est fixé lors de la conclusion du bail. Il est révisé ou augmenté selon le régime légal (révisions triennales) ou selon la volonté des parties (clause d'indexation sur les recettes ou sur un indice lié à l'activité du commerçant).

4) La déspécialisation

Le locataire doit user de la chose louée selon la destination qui lui a été donnée dans le bail, ce qui pose certaines contraintes en cas de changement d'activité. Le moyen de contourner ce problème est de préciser dans le bail que l'exploitation de la chose louée est valable pour tout commerce.

Lorsque le preneur a une nouvelle activité qui est connexe ou complémentaire, il s'agit d'une **déspécialisation partielle**. Le bailleur en est informé et n'a pas à donner son autorisation. Il peut toutefois contester le caractère connexe ou complémentaire dans les 2 mois.

Lorsque le preneur ajoute une activité différente ou change complètement son activité, il s'agit d'une **déspécialisation totale (plénière)**. Le bailleur est informé par acte extrajudiciaire et bénéficie de 3 mois pour refuser. Ce refus doit être fondé sur des motifs graves et légitimes. Son silence vaut acceptation.

5) Le renouvellement du bail et l'indemnité d'éviction

Le preneur bénéficie à l'expiration du bail d'un **droit au renouvellement** lorsqu'il est propriétaire du fonds de commerce exploité dans les lieux loués et qu'il est de nationalité française (sauf exceptions). Il doit avoir exploité effectivement le fonds au cours des 3 dernières années qui ont précédé la date d'expiration du bail.

Le bail ne cesse que par l'effet **d'un congé**. Si ce dernier n'est pas donné, le bail se renouvelle par tacite reconduction. Néanmoins, le locataire a la possibilité de faire une demande de renouvellement par acte d'huissier (au moins six mois avant la date d'expiration du bail) et le bailleur a trois mois pour répondre. À défaut de réponse le bail est renouvelé.

Lorsque le bailleur décide de ne pas renouveler le bail, il doit indiquer le motif de non-renouvellement qui pourra être contesté en justice (TGI) par le locataire. Le bailleur qui refuse le renouvellement doit verser une **indemnité d'éviction** pour compenser le préjudice subi par le locataire. Il existe des cas où cette indemnité n'est pas due :

- manquements par le locataire à ses obligations ;

- la chose louée est insalubre ou dangereuse ;
- le bailleur refuse le renouvellement du bail exclusivement sur la partie concernant des locaux d'habitation aux locaux commerciaux pour habiter lui-même ou les faire habiter par son conjoint, ses ascendants, descendants ou ceux de son conjoint.

Le montant est fixé par le tribunal (TGI) et correspond à la valeur du fonds auxquels peuvent s'ajouter des frais de réinstallation et de déménagement.

Le bailleur peut revenir sur sa décision en exerçant un *droit de repentir*.

♦ Application

M. Gervais exploite un fonds de commerce d'articles ménagers. Il a pris à bail un local dont la propriétaire est Mme Blanc. M. Gervais se marie avec Isabelle qui ne rêve que d'une chose : vendre des vêtements et accessoires féminins. M. Gervais, très amoureux, décide de céder certains éléments de son fonds (du matériel et toutes les marchandises qu'il possède) pour acquérir des lots de vêtements et accessoires féminins. Après quelques petits réagencements, M. et Mme Gervais installent les nouvelles marchandises et font un peu de publicité sur cette nouvelle activité. Mme Blanc se rend un jour au magasin, pour une petite visite de courtoisie et constate avec stupéfaction ce changement d'activité.

Que risque M. Gervais ?

Correction

Dans le cadre d'un bail commercial, il peut arriver que le preneur souhaite diversifier son activité ou en changer totalement. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une **déspécialisation totale**. Le preneur doit alors en informer le bailleur par acte extrajudiciaire. Celui-ci bénéficie de 3 mois pour refuser. Ce refus doit être fondé sur des motifs graves et légitimes. Son silence vaut acceptation. En cas de non-respect de cette formalité, le bailleur pourra demander la résiliation du bail ou refuser le renouvellement du bail pour motif légitime.

En l'espèce, la désécialisation du fonds est totale et doit respecter les formalités sus énoncées. M. Gervais peut être sanctionné de deux manières : résiliation du bail ou refus de renouvellement.

La propriété intellectuelle

1 ♦ LE CONTENU DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La propriété intellectuelle vise à protéger les créations de l'esprit : inventions, œuvres littéraires et artistiques, les symboles, noms, images, dessins et modèles utilisés dans le commerce. Plus simplement elle regroupe, d'une part, la propriété *industrielle*, et, d'autre part, la propriété *littéraire et artistique*.

2 ♦ LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

Elle a pour objet de protéger et de valoriser des inventions, innovations et créations dans les domaines techniques (brevets...), ornementaux (dessins et modèles) et des signes distinctifs (marque, nom commercial, noms de domaines, appellations d'origine...).

A – Le brevet

Le brevet vise à protéger une *invention* qui peut se définir comme une *solution à un problème technique*. L'intervention de l'homme est nécessaire. On distingue les inventions portant sur des *produits* (brevet de produit) et les inventions portant sur des *procédés* (brevet de procédé).

Le brevet est le droit conféré à un inventeur d'empêcher toute autre personne d'exploiter son invention à des fins commerciales pendant un certain temps. L'inventeur peut alors tirer profit de son invention sans compromettre les innovations futures puisqu'elle tombera un jour dans le domaine public. Toutes les inventions ne sont pas brevetables, il faut respecter pour cela certaines conditions.

1) Les conditions de brevetabilité

a) Les conditions de fond

L'invention doit :

- avoir une **utilité pratique** ou être susceptible **d'application industrielle** ;
- être **nouvelle** (caractéristique nouvelle qui ne fait pas partie des connaissances existantes dans le domaine technique concerné) ;
- impliquer une **activité inventive** ;
- être conforme à l'ordre public, aux bonnes mœurs et respectueuse de la santé publique.

b) Les conditions de forme

En France, pour obtenir un brevet, il faut déposer une demande de brevet auprès de **l'INPI** (Institut national de la protection intellectuelle). Cette demande (requête en délivrance) contient :

- le titre de l'invention et l'indication du **domaine technique** dont elle relève ;
- une **description** claire et précise de l'invention pour qu'un homme de métier puisse la réaliser ;
- un **abrégé** (résumé technique de l'invention) ;
- les « **revendications** », c'est-à-dire les éléments que l'inventeur souhaite protéger.

L'INPI va effectuer une recherche **d'antériorité** et établir un rapport de recherche qui expose l'invention et recense les brevets déjà déposés concernant l'état de la technique à la date du dépôt. Ce rapport est publié au **BOPI** (*Bulletin officiel de la propriété industrielle*). L'INPI rendra ensuite sa décision d'acceptation ou de rejet (motivée).

La protection s'opère à partir de la date de dépôt sachant que le droit de propriété industrielle appartient à l'inventeur qui a le premier déposé sa demande.

En cas d'une **pluralité d'inventeurs**, les droits sur l'invention sont en copropriété. Lorsque l'invention est le fait d'un salarié : elle appartient à l'employeur si le salarié a une **mission inventive**. Si l'invention provient de l'utilisation des moyens techniques de l'entreprise et qu'elle est en lien avec son activité, l'employeur est en droit de devenir titulaire du brevet moyennant une compensation financière pour le salarié.

Le déposant peut effectuer une demande de protection de son invention :

- **au niveau international** : par le Traité de coopération en matière de brevets (1970) qui est administré par l'OMPI. Il prévoit le dépôt d'une demande internationale unique qui a le même effet que des demandes nationales qui auraient été déposées dans les pays désignés (144 États signataires) ;
- **au niveau européen** : il existe la Convention sur le brevet européen (1973) qui organise une procédure unique de délivrance des brevets effectuée par l'OEB (Office européen des brevets) sachant que les brevets restent nationaux et donc soumis aux règles nationales. Depuis fin 2012, l'Union européenne a institué un nouveau brevet : le brevet unitaire européen qui est moins coûteux et plus rapide en ce qui concerne sa délivrance par l'OEB. La réglementation de ce brevet repose sur trois textes : deux règlements de décembre 2012 et un accord sur une juridiction unifiée en matière de brevets de janvier 2013. Ce dernier texte est en cours de ratification et conditionne l'entrée en vigueur du brevet unitaire.

2) Les effets de la brevetabilité

a) Les droits du titulaire du brevet

Le titulaire du brevet a un monopole d'exploitation **pendant 20 ans** (non renouvelable). Il peut exploiter lui-même l'invention, céder ses droits à un tiers, apporter son brevet à une société, concéder une licence d'exploitation (autorisation donnée à une tierce personne d'exploiter l'invention contre le paiement d'une redevance) ou donner en gage son brevet pour garantir une dette.

Le titulaire du brevet a le droit d'empêcher les tiers :

- de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer à ces fins le produit (brevet de produit) ;
- d'appliquer le procédé en l'absence de consentement du titulaire et d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer à ces fins les produits qui ont été obtenus directement par ce procédé (brevet de procédé).

Cette interdiction se manifeste par le biais de **l'action en contrefaçon**. Cette action permet d'être dédommagé sur le plan civil (TGI) et de condamner le contrefacteur sur le plan pénal.

b) Les obligations du titulaire du brevet

Le titulaire du brevet paie des taxes à l'INPI en contrepartie de la protection de son brevet. Il doit exploiter son brevet. En cas de non-exploitation pendant **3 ans**, le TGI peut attribuer à toute personne qui en fait la demande une licence.

B – Les dessins et modèles

Selon l'INPI, l'apparence (lignes, contours, couleurs, forme, texture ou matériaux) d'un produit relève d'une protection par « dessins et modèles », selon qu'il se matérialise par des éléments graphiques de deux dimensions, pour les dessins, ou de trois dimensions, pour les modèles.

1) Les conditions de la protection

a) Les conditions de fond

Le dessin ou le modèle doit être *nouveau* et avoir *un caractère propre* (impression visuelle d'ensemble différente de celle des dessins ou modèles antérieurs). Il ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

b) Les conditions de forme

Une demande d'enregistrement, comportant une reproduction du dessin ou modèle revendiqué, doit être déposée à l'*INPI*. Le premier déposant d'un dessin ou modèle est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le créateur et donc le titulaire des droits sur le dessin ou modèle.

2) Les effets de la protection

Les droits conférés par l'enregistrement d'un dessin et modèle permettent au titulaire de s'opposer à toute exploitation non autorisée dudit dessin ou modèle par un tiers. Cette opposition se concrétise par *l'action en contrefaçon*.

Ce monopole est accordé au titulaire pour cinq ans à partir de la publication au BOPI, renouvelable par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de 25 ans.

Le dessin ou modèle peut être librement exploité par son titulaire. Il peut le céder ou concéder une licence sur toute ou partie de ses droits sur sa création.

C – Les marques

Une marque est un titre de propriété industrielle permettant de protéger un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Une marque peut être :

- une *dénomination* : un ou plusieurs mots, un nom patronymique, géographique, de fantaisie, un animal, des lettres, des chiffres, un slogan ;
- un *signe figuratif* : un logo, la forme d'un produit, une couleur ;
- un *signe sonore*.

1) Les conditions de la protection

a) Les conditions de fond

Le signe doit être :

- **distinctif** : ne pas correspondre à une désignation ordinaire du produit ou du service ;
- **disponible** : il ne doit pas exister de droits antérieurs identiques ou similaires portant sur des produits ou services également identiques ou similaires. Lorsque la marque bénéficie d'une grande notoriété, elle reste indisponible même pour des produits ou services différents ;
- **licite** : ne pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Le signe ne doit pas être **déceptif**, c'est-à-dire de nature à tromper le public sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service.

b) Les conditions de forme

En France, la demande d'enregistrement de la marque est déposée auprès de **l'INPI** qui publie celle-ci au BOPI. Dans les deux mois qui suivent la publication, la demande d'enregistrement peut faire l'objet d'une opposition de la part du propriétaire d'une marque antérieure. Cela peut conduire au rejet de la demande d'enregistrement de la marque.

La marque est délivrée après examen sur le fond (validité du signe) et sur la forme.

2) Les effets de la protection

La marque est délivrée pour une durée initiale de **10 ans** (renouvelable indéfiniment), à compter de la date de dépôt de la demande. Les droits conférés par l'enregistrement d'une marque permettent au titulaire de s'opposer à toute exploitation non autorisée de ladite marque. Cette opposition se concrétise par l'action en contrefaçon.

La marque peut être librement exploitée par son titulaire. Il peut la céder ou concéder une licence sur toute ou partie de ses droits. La protection peut être interrompue volontairement par le titulaire de la marque ou par une action en déchéance de la marque formée par toute personne intéressée lorsqu'elle n'a pas été exploitée depuis cinq ans.

3 ♦ LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Elle contient le droit d'auteur et les droits connexes (ou droits voisins).

A – Le droit d'auteur

Il désigne l'ensemble des *droits dont jouissent les créateurs* sur leurs œuvres littéraires et artistiques. Ces œuvres comprennent, entre autres, les *œuvres littéraires* (romans, poèmes, pièces de théâtre, journaux et logiciels), *les bases de données, les films, les compositions musicales et œuvres chorégraphiques, les œuvres artistiques* (peintures, dessins, photographies et sculptures, architecture, et les créations publicitaires, cartes géographiques et dessins techniques). Le droit d'auteur protège la forme d'expression des idées. La qualité d'auteur appartient en principe à celui (ou à ceux) sous le nom de qui (ou desquels) l'œuvre est divulguée.

1) Les conditions de la protection

a) Les conditions de fond

L'œuvre doit être une création *humaine, consciente* (non spontanée) qui modifie le *réel*. Elle doit avoir une *forme* (olfactive, visuelle ou auditive) et une *originalité* (exprimant la personnalité de l'auteur).

b) Les conditions de forme

Le droit d'auteur existe sans que l'auteur n'ait à accomplir une quelconque formalité administrative de dépôt ou d'enregistrement préalable.

2) Les effets de la protection

L'auteur dispose d'un droit exclusif sur son œuvre qui est protégée par *l'action en contrefaçon*. Le droit d'auteur est constitué de deux éléments :

<p>Droit moral (droit extrapatrimonial)</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Droit <i>au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre</i>. – Droit <i>à la circulation ou non de son œuvre</i> (droit de la divulguer librement). – Droit <i>de retrait et de repentir</i> (retirer ou modifier le contenu de l'œuvre). <p>Le droit moral (droit de la personnalité) est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.</p>
<p>Droits patrimoniaux</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Droit de <i>reproduction</i>. – Droit de <i>représentation</i> (communication de l'œuvre au public). <p>Ces droits sont liés à l'exploitation de l'œuvre.</p>

Le plus souvent l'auteur cède contractuellement les droits d'exploitation de son œuvre (contrats d'édition, contrats de représentation). Au décès de l'auteur, les droits d'exploitation sont attribués aux ayants droit pendant l'année civile en cours et les 70 ans qui suivent.

B – Les droits connexes (droits voisins)

Les droits connexes visent à protéger les intérêts juridiques de certaines personnes (physiques ou morales) qui contribuent à mettre des œuvres à la disposition du public ou qui produisent du contenu en effectuant un apport créatif ou en apportant leur savoir-faire. Il s'agit, par exemple, des artistes-interprètes, des entreprises de communication audiovisuelle.

♦ Application

Deux sociétés décident de commercialiser des chewing-gums dans des boîtes revêtues de la mention « MUST ». La société Cartier, titulaire de la marque « Must », agit en justice pour faire interdire l'usage de cette dénomination.

Selon vous, la société Cartier a-t-elle eu gain de cause ?

Correction

Le tribunal de grande instance a prononcé la déchéance partielle de la marque « Must » de la société Cartier pour les produits de confiserie et a estimé qu'il n'y avait pas atteinte à la marque notoire. La Cour d'appel, dans son arrêt du 29 septembre 2004, a infirmé le jugement, en considérant qu'il y avait bien atteinte à la marque notoire de la société Cartier. Certaines marques font l'objet d'une protection renforcée du fait de leur notoriété, peu importe que le produit nouvellement commercialisé soit totalement différent de celui du titulaire de la marque.

Les entreprises en difficulté

1 ♦ LA NOTION D'ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Une entreprise est en difficulté lorsqu'elle rencontre des *problèmes financiers* dont les origines peuvent être diverses :

- *commerciale* : dégradation des relations avec la clientèle, les fournisseurs ou perte d'un marché ;
- *juridique* : action en justice, contrats litigieux, changement de législation ;
- *politique* : instabilité dans un pays avec lequel l'entreprise entretient des relations d'affaires ;
- *naturelle* : tempête, inondation ;
- *économique* : politiques économiques menées par le gouvernement.

Ces difficultés peuvent être de gravité différente, allant d'une situation qui permet à l'entreprise de pouvoir malgré tout payer ses créanciers jusqu'à celle où le paiement de ses dettes n'est plus possible. Dans ce dernier cas, l'entreprise est considérée comme en *état de cessation des paiements*. Cela signifie qu'elle ne peut pas faire face à son *passif exigible avec son actif disponible*. Une entreprise peut donc être à la fois solvable (actif immobilisé important) et en cessation des paiements, faute de trésorerie.

Le législateur s'est donné comme objectif principal de permettre la poursuite de l'activité et la sauvegarde des emplois tout en tenant compte des intérêts des créanciers. Il a mis en place de nombreux mécanismes pour tenter de répondre à la diversité des situations que peuvent rencontrer les entreprises en difficulté. Les dernières modifications du droit des entreprises en difficulté sont intervenues par voie d'ordonnance le 12 mars 2014.

Deux orientations ont été retenues par le législateur : la **prévention** des difficultés et le **traitement** des difficultés (amiable ou judiciaire).

2 ♦ LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS

A – La prévention par l'information comptable, financière et prévisionnelle

1) Obligations générales

Les commerçants sont tenus d'établir des comptes annuels (bilan, compte de résultat et annexe). Les sociétés commerciales sont tenues de déposer un certain nombre de documents (procès-verbaux des assemblées générales statuant sur les comptes, dépôt des comptes annuels, rapport de gestion).

Certaines sociétés commerciales doivent avoir recours à un Commissaire aux comptes pour certifier leurs comptes.

2) Obligations particulières

Les entreprises de **300 salariés et plus ou ayant un chiffre d'affaires supérieur ou égal à 18 millions d'euros** doivent établir :

- une situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible ;
- un tableau de financement (comparaison avec l'exercice précédent) ;
- un plan de financement prévisionnel ;
- un compte de résultat prévisionnel.

3) Obligations liées aux fonds propres

Certaines sociétés :

- doivent avoir un minimum de capital. Par exemple, la société anonyme (37 000 € libérés pour moitié dès la constitution) ;
- ne peuvent émettre de valeurs mobilières ;
- doivent veiller à ce que leurs capitaux propres ne soient pas inférieurs à la moitié de leur capital social.

B – La prévention par le droit d’alerte

Le droit d’alerte est le droit d’interpeller le chef d’entreprise sur un ou plusieurs faits inquiétants et oblige celui-ci à répondre à cette demande d’explications. La procédure d’alerte peut être déclenchée, notamment, par le commissaire aux comptes, le comité d’entreprise, le tribunal et les associés.

1) Le commissaire aux comptes

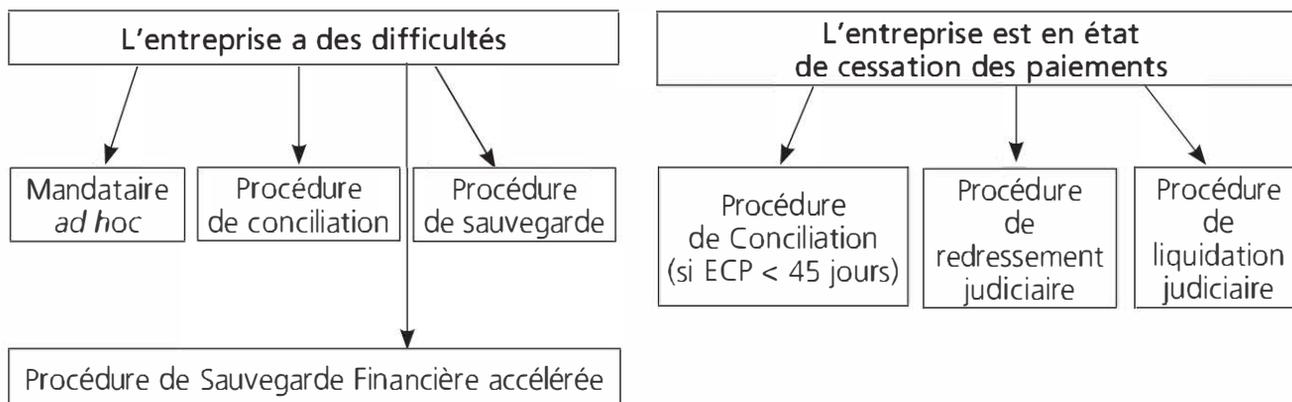
Le commissaire aux comptes (CAC) est un professionnel libéral qui a pour mission de vérifier et certifier exact les comptes de certaines sociétés. Il doit déclencher la procédure d’alerte lorsqu’il constate *tout fait de nature à compromettre la continuité de l’exploitation*. La procédure est détaillée aux articles L. 234-1 à L. 234-4 du Code de commerce. Si le CAC ne déclenche pas la procédure d’alerte à temps, et que la situation de la société se dégrade irrémédiablement, il engage sa responsabilité civile.

2) Le Comité d’entreprise (CE)

Le comité d’entreprise est une institution représentative du personnel dans les entreprises d’au moins 50 salariés. Il dispose, à titre facultatif, du droit d’alerte. Le CE peut l’exercer lorsqu’il a connaissance de faits de nature à affecter *de manière préoccupante la situation économique de l’entreprise*.

3) Le tribunal

Lorsqu’ils l’estiment nécessaire, le président du tribunal de commerce ainsi que celui du tribunal de grande instance peuvent décider de convoquer les dirigeants de l’entreprise afin de leur demander de prendre des mesures pour redresser la situation.



3 ♦ LE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS

Le schéma ci-dessous présente les différentes procédures de traitement des difficultés :

A – L'entreprise a des difficultés

Le dirigeant a le choix entre le mandataire *ad hoc*, la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde. Les deux premières procédures sont ouvertes aux **personnes (débiteurs) physiques ou morales** de droit privé exerçant une activité **commerciale, artisanale ou libérale**. Pour la procédure de sauvegarde, il faut également rajouter les agriculteurs qui peuvent en bénéficier.

1) Le mandat *ad hoc*

Le mandat *ad hoc* (« pour cela ») fait partie des procédures confidentielles de traitement des difficultés qu'une entreprise peut rencontrer.

Définition et objectif	Trouver un accord avec les créanciers pour aider l'entreprise à sortir des difficultés.
Désignation du mandataire	Sur ordonnance, par le président du tribunal de commerce ou du TGI, à la demande (requête) du dirigeant de l'entreprise, dans le délai d'un mois. La désignation ne fait pas l'objet de publicité. La procédure est confidentielle .
Contenu de la requête du dirigeant	Le dirigeant doit exposer notamment : <ul style="list-style-type: none"> – la nature des difficultés et les mesures proposées pour y remédier ; – l'engagement de ne pas être en état de cessation des paiements ; – le plan de financement et le compte de résultats prévisionnels ; – l'état des créances et des dettes et la liste des principaux créanciers ; – l'état de l'actif et du passif des sûretés et un état des inscriptions des privilèges ; – les comptes annuels ; – l'état des cessions d'actifs immobilisés intervenues au cours des 18 derniers mois.
Mission du mandataire (3 mois renouvelables)	Aider le dirigeant qui n'est pas dessaisi de la gestion, à résoudre ses difficultés. Négocier avec les créanciers (remises de dettes ou échelonnements de paiement). La mission prend fin soit par la naissance d'un accord avec les créanciers, soit par l'impossibilité de trouver un accord.

2) La procédure de conciliation

La procédure de conciliation a la particularité d'intervenir dans deux situations bien différentes : l'entreprise est en difficulté ou en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours. Elle permet à l'entreprise de bénéficier d'une confidentialité même en cas de cessation des paiements.

Définition et objectif	Conclure un accord amiable avec les principaux créanciers grâce à l'intervention d'un conciliateur. L'entreprise doit éprouver une difficulté juridique, économique ou financière ou être en état de cessation des paiements <i>depuis moins de 45 jours</i> .
Ouverture et déroulement de la procédure de conciliation	
Désignation du conciliateur	Par le président du tribunal de commerce ou du TGI, à la demande (requête) du dirigeant de l'entreprise. La désignation ne fait pas l'objet de publicité. La procédure est <i>confidentielle</i> . Le contenu de la requête du dirigeant est la même que pour le mandat <i>ad hoc</i> .
Mission du conciliateur (4 mois, prorogeable 1 mois)	<p>Favoriser la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers portant sur des efforts réciproques.</p> <p>Présenter toute proposition susceptible de sauvegarder l'entreprise, permettre la poursuite de l'activité et le maintien des emplois.</p> <p>Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le conciliateur peut se voir confier comme mission la préparation de la cession totale ou partielle de l'entreprise. Le dirigeant n'est pas dessaisi de la gestion de son entreprise qui poursuit son activité.</p> <p>Les poursuites des créanciers pendant la procédure ne sont pas suspendues.</p> <p>La mission prend fin soit par la naissance d'un accord avec tous les créanciers principaux, soit par l'impossibilité de trouver un accord.</p>

Fin de la procédure	
Accord	<ul style="list-style-type: none"> – il est constaté par ordonnance du président du TC ou TGI : ce constat donne force exécutoire à l'accord et met fin à la procédure de conciliation. L'accord et la procédure gardent leur caractère confidentiel. L'appel est impossible. – ou homologué par jugement du tribunal à la demande du débiteur : l'homologation (obligatoire si l'accord concerne tous les créanciers) entraîne la publicité de l'accord. Les créanciers signataires ont l'interdiction de poursuivre en justice le débiteur pendant la durée de l'accord. Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sont informés du contenu de l'accord. <p>Les créanciers qui auront assuré un nouvel apport en trésorerie ou un nouveau bien ou service pour permettre d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient d'un privilege : ils seront payés en priorité sur les créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation en cas de procédure collective. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, il est possible de nommer un mandataire à l'exécution de l'accord chargé de faciliter et de surveiller l'exécution du plan. Ce mandataire peut être le conciliateur.</p> <p>Les créanciers qui ne sont pas parties à l'accord et qui mettent en demeure le débiteur ou le poursuivent en justice peuvent se voir désormais opposer un délai de grâce de deux ans prononcé par le juge à la demande du débiteur.</p>
Inexécution de l'accord	Le tribunal prononce, à la demande d'une des parties, la résolution de l'accord avec déchéance des délais de paiement accordés.

3) La procédure de sauvegarde

La procédure de sauvegarde permet de mettre en place tous les mécanismes d'une procédure collective qui étaient, avant la loi de 2005, réservés aux entreprises en état de cessation des paiements.

Définition et Objectif	Il s'agit d'une procédure collective : le traitement des difficultés est judiciaire et les poursuites individuelles des créanciers sont toutes suspendues . L'entreprise doit éprouver des difficultés mais ne pas être en état de cessation des paiements . L'objectif est la mise en place d'un plan de sauvegarde.
Ouverture de la période d'observation	Le président du tribunal rend un jugement d'ouverture qui marque le point de départ d'une période d'observation dont la durée est de 6 mois renouvelable une fois. Le dirigeant n'est pas dessaisi de sa gestion . La procédure fait l'objet d'une publicité (dans un journal d'annonces légales et au BODACC). Elle n'est donc pas confidentielle . Des comités de créanciers sont constitués, sachant, qu'aujourd'hui, ils sont dotés d'une réelle force de propositions, voire de décisions.

Nomination et mission des organes	
Administrateur Judiciaire (1)	<ul style="list-style-type: none"> – surveille ou assiste le dirigeant ; – établit un <i>bilan économique et social</i> ; – décide de la poursuite ou non des contrats en cours (2) ; – fait des propositions en vue d'arrêter un <i>plan de sauvegarde</i>.
Juge-commissaire	<ul style="list-style-type: none"> – veille au déroulement de la procédure et à la protection des intérêts en présence ; – peut nommer des créanciers contrôleurs pour aider le mandataire judiciaire.
Mandataire judiciaire	<ul style="list-style-type: none"> – représente l'intérêt collectif des créanciers ; – vérifie et établit le passif du débiteur ; – consulte les créanciers sur les modalités possibles de règlement du passif du débiteur (remises et délais).
Représentant des salariés	Seul organe qui n'est pas nommé par le tribunal, il veille aux intérêts des salariés en aidant à la vérification des créances salariales.
Principes applicables à la procédure	
<ul style="list-style-type: none"> – Interdiction de payer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure. Les créanciers doivent déclarer leur créance dans un délai de 2 mois, à compter du jugement d'ouverture. – Paiement à échéance des créances nées pendant la période d'observation. – Poursuite des contrats de travail. – Interdiction des poursuites individuelles des créanciers. 	
Fin de la procédure	
<p>Le tribunal décide du sort de l'entreprise :</p> <ul style="list-style-type: none"> – la mise en redressement ou de liquidation judiciaire ; – ou l'arrêt d'un plan de sauvegarde (durée maximum de 10 ans). Il contient les modalités de maintien de l'entreprise (arrêt ou cession d'une ou plusieurs activités), de son financement, du règlement de son passif et des garanties fournies pour assurer l'exécution du plan. Le tribunal prend acte des délais et remises accordés par certains créanciers et impose des délais uniformes de paiement aux créanciers n'ayant accordé ni délai ni remise (différence notoire avec la procédure de conciliation puisque le président du tribunal ne peut rien imposer aux créanciers non-signataires de l'accord amiable). 	
En cas d'inexécution du plan : le tribunal prononce, à la demande d'une des parties, la <i>résolution</i> de l'accord avec déchéance des délais de paiement accordés.	

(1) Sa nomination est facultative si le nombre de salariés est < 20 et le chiffre d'affaires annuel < 3 millions d'euros. Dans ce cas, le débiteur remplit les missions de l'administrateur.

(2) Ces créanciers qui financent alors la période d'observation, bénéficient d'un privilège pour leurs créances. Elles seront payées avant la plupart des créances nées antérieurement lors de l'apurement du passif.

4) La procédure de sauvegarde accélérée

Il s'agit d'une procédure particulière, mise en place par l'ordonnance du 12 mars 2014, destinée aux débiteurs qui ont engagé une procédure de conciliation et qui justifient avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise. La procédure ne peut être ouverte qu'à l'égard d'un débiteur :

- dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable ;
- qui répond à des conditions d'effectifs salariés et dont le chiffre d'affaires ou le total de bilan sont supérieurs à des seuils qui seront fixés par décret OU qui a établi des comptes consolidés.

Cette procédure accélérée dure 3 mois (non prolongeable) et les **créanciers financiers** de l'entreprise **ainsi que les créanciers fournisseurs de biens et services** se verront imposer une période d'observation avec une suspension de leur droit de poursuites individuelles et une interdiction de recevoir le paiement de leurs créances nées avant le jugement d'ouverture. **Les règles liées à la poursuite des contrats en cours s'appliquent également.**

Le plan de sauvegarde financière est arrêté par le tribunal. Il s'impose à l'ensemble des créanciers financiers, même à ceux qui s'opposaient à un accord amiable lors de la procédure de conciliation.

Lorsque les comptes du débiteur font apparaître que le plan ne sera adopté que par les créanciers financiers, le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée qui n'aura d'effet qu'à l'égard de ces créanciers. Cette procédure est d'une durée d'un mois prorogeable un mois.

B – L'entreprise est en état de cessation des paiements

Lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements, le débiteur doit faire connaître sa situation au tribunal compétent (sauf s'il peut bénéficier de la procédure de conciliation). Le tribunal va décider de la procédure de traitement des difficultés applicable : le redressement ou la liquidation judiciaire. Les entreprises concernées par ces procédures sont les mêmes que pour la procédure de sauvegarde.

1) La procédure de redressement judiciaire

Cette procédure est la plus ancienne en matière de droit des entreprises en difficulté et s'applique en cas d'état de cessation des paiements.

<p>Définition et objectif. Entreprises concernées</p>	<p>Il s'agit d'une procédure collective qui intervient en cas de cessation des paiements et lorsque le redressement est encore envisageable. Le déclenchement de cette procédure doit aboutir à la mise en place d'un <i>plan de redressement</i>. La procédure fait l'objet d'une publicité. Elle est applicable à toute personne exerçant une activité <i>commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute profession libérale réglementée, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé</i>.</p>
<p>Ouverture et déroulement de la période d'observation</p>	
<p>Ouverture de la période d'observation</p>	<p>À la demande du <i>débiteur de l'entreprise, d'un de ses créanciers, du tribunal qui se saisit d'office et du ministère public</i>. Avant de rendre son jugement, le tribunal doit procéder à une information préalable, en consultant obligatoirement le débiteur et les représentants du personnel.</p> <p>Le président du tribunal rend ensuite un jugement d'ouverture qui marque le point de départ d'une période d'observation dont la durée est de 6 mois renouvelable une fois.</p>
<p>Nomination et mission des organes</p>	<p>Les organes et leurs missions sont les mêmes que pour la procédure de sauvegarde : Administrateur judiciaire (facultatif ou non), juge-commissaire, mandataire judiciaire et représentant des salariés.</p> <p>Attention ! L'administrateur peut être chargé de la gestion de l'entreprise en lieu et place du dirigeant qui en est donc totalement dessaisi.</p>
<p>La période suspecte</p>	<p>Le tribunal va fixer la date de cessation des paiements. Cette date détermine le point de départ de la période dite <i>suspecte</i> (qui ne peut excéder 18 mois). Certains actes conclus pendant cette période sont soumis à un régime de <i>nullités</i> qui peuvent être :</p> <ul style="list-style-type: none"> – <i>facultatives</i> : pour le paiement de créances lorsque le créancier connaissait l'état de cessation des paiements ; – <i>obligatoires</i> : pour les actes sans contrepartie, des garanties accordées.
<p>Principes applicables à la procédure</p>	<ul style="list-style-type: none"> – interdiction de payer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure. Les créanciers doivent déclarer leur créance dans un délai de 2 mois, à compter du jugement d'ouverture auprès du mandataire judiciaire ; – paiement à échéance des créances nées pendant la période d'observation ; – poursuite des contrats de travail. L'administrateur peut procéder à des licenciements économiques sur <i>autorisation</i> du juge-commissaire ; – interdiction des poursuites individuelles des créanciers.

Fin de la procédure
<p>Le tribunal décide du sort de l'entreprise :</p> <ul style="list-style-type: none"> – la mise en liquidation judiciaire ; – ou l'arrêt d'un plan de redressement qui détermine les modalités du redressement (continuation ou cession) de l'entreprise. Il est d'une durée maximum de 10 ans. Le tribunal nomme un commissaire à l'exécution du plan.
<p>Inexécution du plan : le tribunal prononce, à la demande d'une des parties, la résolution de l'accord avec déchéance des délais de paiement accordés. La liquidation est prononcée.</p>

2) La procédure de liquidation judiciaire

La procédure de liquidation judiciaire intervient lorsque la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise.

<p>Définition et objectif Personnes concernées</p>	<p>Il s'agit d'une procédure collective applicable à toute entreprise en état de cessation des paiements dont le redressement est <i>manifestement impossible</i>. Elle fait l'objet d'une publicité et est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute profession libérale réglementée, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé.</p>
Ouverture de la procédure	
<p>À la demande du débiteur de l'entreprise, d'un de ses créanciers, du tribunal qui se saisit d'office et du Ministère public.</p> <p>Avant de rendre son jugement, le tribunal doit procéder à une information préalable. Le débiteur est automatiquement dessaisi de la gestion de l'entreprise.</p> <p>Le président du tribunal rend ensuite un jugement d'ouverture qui marque le point de départ d'une période d'observation dont la durée est de 6 mois renouvelable une fois. Il fixe la date de cessation des paiements. Les règles de la période suspecte du redressement judiciaire s'appliquent.</p>	
Nomination et mission des principaux organes	
<p>Liquidateur</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Gère l'entreprise. – Remplit les mêmes missions que l'administrateur et le mandataire judiciaire dans la procédure de redressement. – Procède à la liquidation : réalisation de l'actif (cession des biens) et apurement du passif (paiement des dettes).
<p>Juge-commissaire</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Veille au déroulement de la procédure et à la protection des intérêts en présence.

Principes applicables à la procédure	
<ul style="list-style-type: none"> – Interdiction de payer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure (déclaration dans les deux mois auprès du liquidateur). – Interdiction des poursuites individuelles des créanciers. – Déchéance du terme des créances contractées antérieurement. 	
Fin de la procédure	
Le tribunal décide du sort de l'entreprise : <ul style="list-style-type: none"> – la fin de l'activité (licenciements économiques des salariés) ; – ou la cession de l'activité (transfert d'entreprise donc poursuite des contrats de travail avec le repreneur). 	
Jugement de clôture de la liquidation	<i>Pour extinction du passif</i> : la liquidation a permis le paiement de toutes les créances. La mission du liquidateur prend fin.
	<i>Pour réalisation de l'actif</i> : le tribunal met un terme à la procédure puisque la réalisation de l'actif n'a pas permis de désintéresser tous les créanciers. La mission du liquidateur prend fin.

3) La procédure de liquidation simplifiée

Cette procédure est possible lorsque l'actif de l'entreprise ne comprend pas de biens immobiliers. Elle est obligatoire lorsque le nombre de salariés au cours des 6 mois précédant l'ouverture de la procédure est **au plus égal à 1 et que le chiffre d'affaires HT est égal ou inférieur à 300 000 €**.

Elle est facultative lorsque le nombre de salariés au cours des 6 mois précédant l'ouverture de la procédure est **compris entre 1 et 5 et que le chiffre d'affaires HT est égal ou inférieur à 150 000 €**.

Le liquidateur procède à la vente des biens dans les 3 mois de la publication du jugement d'ouverture de la procédure. Il paye les créanciers. La procédure prend fin au plus tard **un an** après l'ouverture de la procédure.

4) La procédure de rétablissement professionnel sans liquidation

Il s'agit d'une innovation de l'ordonnance du 12 mars 2014. Elle concerne les débiteurs personnes physiques (autres que les EIRL) qui n'ont eu aucun salarié au cours des 6 derniers mois et qui ne disposent pas d'actifs permettant de couvrir les frais de procédure. Si, au cours de la procédure, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier, le juge peut, à la demande du débiteur, reporter le paiement des sommes dues, dans la limite de 4 mois. Il peut également ordonner, pendant cette même durée, la suspension des poursuites d'exécution éventuellement engagées par

le créancier. Les créanciers sont informés de l'ouverture de la procédure et invités à communiquer dans les deux mois le montant de leur créance.

La clôture de la procédure de rétablissement professionnel entraîne, en principe, l'effacement des dettes du débiteur à l'égard de ses créanciers.

◆ Application

Joseph dirige une exploitation agricole. Il cultive des céréales. Suite à un accident domestique, il est très affaibli physiquement et n'arrive plus vraiment à assurer sa production antérieure et donc à honorer ses engagements. Ses clients se détournent de lui petit à petit et, depuis un mois, il ne paie plus ses factures.

De quelle procédure, relevant du droit des entreprises en difficulté, peut bénéficier Joseph ?

Correction

Une entreprise qui est en état de cessation des paiements peut relever de trois procédures différentes : la procédure de conciliation lorsque l'état de cessation des paiements existe depuis moins de 45 jours, une procédure de redressement judiciaire lorsque l'entreprise peut être encore sauvée ou une procédure de liquidation judiciaire lorsqu'il est manifestement impossible de redresser la situation. La procédure de conciliation est ouverte aux personnes physiques ou morales de droit privé exerçant une activité commerciale, artisanale ou libérale. La procédure de redressement et de liquidation est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute profession libérale réglementée, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé.

En l'espèce, Joseph est agriculteur et en état de cessation des paiements. Il sera soumis dans ce cas à une procédure de redressement judiciaire voire de liquidation judiciaire.

La formation du contrat

1 ♦ LA NOTION DE CONTRAT

Le contrat est le véhicule, le support juridique indispensable à la vie des affaires. Selon l'article 1101 du Code civil : « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Le contrat est une source d'obligations.

Une obligation se définit comme *le lien juridique en vertu duquel un débiteur est engagé envers son créancier*.

Obligation de donner	Transfert de la propriété d'un bien à titre gratuit (don) ou onéreux (vente).
Obligation de faire	Le débiteur s'engage à accomplir quelque chose (livraison).
Obligation de ne pas faire	Le débiteur doit s'abstenir d'accomplir quelque chose (non-concurrence).

2 ♦ LES PRINCIPES FONDATEURS DU DROIT DES CONTRATS

A – La liberté contractuelle

Le libéralisme économique ayant pour objectifs de favoriser les échanges, écarter les entraves et laisser contracter a largement inspiré la rédaction du Code civil en 1804. Ce dernier consacre *l'autonomie de la volonté* en matière contractuelle (l'homme est libre et ne peut s'obliger que par sa propre volonté). La liberté contractuelle est une liberté qui a une valeur constitutionnelle.

1) *Le contenu de la liberté contractuelle*

La liberté contractuelle est constituée de :

- *la liberté de contracter ou non* ;
- *la liberté de choisir son cocontractant (l'autre partie au contrat)* ;
- *la liberté du contenu du contrat*.

2) *Les limites à la liberté contractuelle*

L'exercice de cette liberté ne doit pas nuire à autrui. De plus, lors de la conclusion d'un contrat, les rapports entre les individus ne sont pas forcément égaux. Il existe souvent une partie faible qui peut se voir imposer des conditions par l'autre partie de manière discrétionnaire. Le législateur est donc intervenu, par des dispositions **d'ordre public** (impératives), pour empêcher les dérives contractuelles et protéger la partie faible au contrat :

- limites à *la liberté de contracter ou non* : la loi prévoit, par exemple, l'obligation de souscrire des contrats d'assurance pour l'utilisation de véhicules à moteur ;
- limites à *la liberté de choisir son cocontractant* : par exemple, un employeur n'est pas totalement libre d'embaucher la personne de son choix (la discrimination à l'embauche est interdite) ;
- limites liées à *la liberté du contenu* : parfois des clauses sont imposées dans les contrats. Par exemple, dans les contrats de vente à distance, le consommateur dispose d'un « **délai de repentir** ».

Le contrat obéit au principe du **consensualisme** : il n'est soumis à aucune forme particulière pour sa validité. Le seul échange des consentements suffit à engager les parties. Pourtant, de nombreuses exceptions sont prévues afin notamment de protéger la partie la plus faible (ex. : la remise d'une offre écrite en matière de contrat de crédit immobilier entre un banquier et son client).

B – La force obligatoire des contrats

Selon l'article 1134 du Code civil : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que par consentement mutuel, ou par les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

1) *Le contrat est source d'engagements*

Les parties à un contrat (cocontractants) doivent exécuter les obligations pour lesquelles elles se sont engagées. En vertu du principe **d'intangibilité** et **d'irrévocabilité** du contrat, seules les parties peuvent modifier ou mettre fin au contrat et, ce, par **consentement mutuel**. Toutefois,

le législateur a prévu des aménagements dictés par la protection de la partie la plus faible ou par les besoins de la vie des affaires.

a) Les aménagements au principe d'intangibilité

- **La clause de révision** : stipulation par laquelle les parties contractantes s'engagent à renégocier le contrat en cas de changement de circonstances postérieures à sa conclusion.
- **La clause d'indexation** : stipulation par laquelle il est prévu que le prix varie selon un indice de référence.

b) Les aménagements au principe d'irrévocabilité

- **La clause de dédit** : elle permet à une des parties de ne pas exécuter son obligation moyennant le versement d'une somme d'argent, par exemple le contrat de vente avec arrhes.
- **La résiliation unilatérale** : dans certains contrats à durée indéterminée, il est reconnu aux parties le pouvoir de se désengager de façon unilatérale. Ce désengagement ne doit pas être abusif et la partie qui met fin au contrat doit respecter un certain délai. Par exemple, le préavis en cas de démission d'un salarié.
- **Les contrats à durée déterminée** : la loi admet la rupture du contrat par l'une des parties pour certains contrats à durée déterminée, par exemple, le contrat de bail.

2) La notion de bonne foi

Le contrat doit être exécuté de bonne foi ce qui signifie que les cocontractants doivent exécuter fidèlement leurs engagements, ne pas nuire à l'autre partie contractante et ne pas lui rendre difficile l'exécution de son obligation.

3 ♦ LES DIFFÉRENTES CLASSIFICATIONS POSSIBLES DES CONTRATS

Tous les contrats peuvent être classés selon leur mode de formation, leurs effets, leur durée ou leur réglementation.

Classifications	Définitions	Exemples
Selon le mode de formation		
Consensuel	Le simple échange des consentements suffit à rendre le contrat valable (absence de formalisme).	Contrat de vente
Solennel	La formation du contrat est conditionnée par le respect de certaines formalités particulières.	Contrat de mariage
Réel	La formation du contrat est conditionnée par la remise d'une chose.	Contrat de dépôt Gage
Selon les effets		
Synallagmatique ou unilatéral	<i>Synallagmatique</i> : les parties s'obligent réciproquement les unes envers les autres.	Contrat de vente Contrat de bail
	<i>Unilatéral</i> : le contrat ne crée des obligations qu'à la charge d'une des parties.	Donation
À titre onéreux ou à titre gratuit	<i>Onéreux</i> : chacune des parties est assujettie à donner ou à faire quelque chose.	Contrat de vente Contrat de bail
	<i>Gratuit</i> : le contractant s'engage sans contrepartie.	Donation
À titre commutatif ou à titre aléatoire	<i>Commutatif</i> : les parties connaissent dès la conclusion du contrat le contenu de leurs obligations réciproques.	Contrat de vente
	<i>Aléatoire</i> : l'existence ou la valeur d'une obligation dépend d'un événement futur incertain.	Contrat d'assurance
Selon la durée		
À exécution instantanée	L'exécution des obligations se fait en une seule fois.	Contrat de vente
À exécution successive	L'exécution des obligations s'échelonne dans le temps.	Contrat de travail Contrat de bail
Selon la qualité des parties contractantes		
De gré à gré	Les parties discutent, négocient les conditions du contrat.	Contrat de vente
D'adhésion	Une des parties impose à l'autre les conditions du contrat.	Contrat de transport
Selon leur réglementation		
Nommé	Le contrat fait l'objet d'une législation particulière.	Contrat de vente
Innomé	Le contrat n'est régi par aucune disposition particulière.	Contrat de franchise

4 ♦ LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT

A – La condition préalable : la rencontre de l'offre et de l'acceptation

Le contrat naît de la rencontre entre une offre et une acceptation.

1) L'offre (*pollicitation*)

Elle est la manifestation de volonté de celui qui propose la conclusion du contrat et peut s'adresser à une *personne déterminée ou au public*. Les formes de cette offre peuvent être différentes (écrite, orale...). Elle doit être *ferme et précise*. Il faut distinguer suivant que l'offre est :

- assortie *d'un délai d'acceptation*. Elle ne peut être retirée, en principe, avant l'expiration de ce délai ;
- *sans délai d'acceptation*. Elle doit être maintenue pendant un *délai raisonnable* si elle s'adresse à une ou plusieurs personnes déterminées. Dans les autres cas, elle est révocable à tout moment.

La révocation de l'offre permet à la personne qui avait donné son acceptation de percevoir des dommages-intérêts (indemnisation par une somme d'argent) en cas de préjudice.

2) L'acceptation

Elle est la manifestation de volonté par laquelle le destinataire de l'offre accepte la proposition qui lui est faite. Elle détermine le moment de formation du contrat. Elle peut se faire sous diverses formes. En principe, le silence ne vaut pas acceptation.

Connaître le moment de la rencontre des volontés permet de déterminer la loi applicable et d'identifier, pour certains contrats, la partie qui supporte les risques. Tant que l'acceptation n'est pas manifestée, les parties sont libres de se rétracter.

3) Les cas particuliers

- *Les contrats à distance* : le contrat est formé dès qu'il y a émission de l'acceptation.
- *Les contrats électroniques* : le contrat est formé dès lors que le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation (procédure dite du « double-clic »).

B – Les quatre conditions essentielles de validité du contrat

Selon l'article 1108 du Code civil : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le **consentement** de la partie qui s'oblige ; sa **capacité** de contracter ; un **objet** certain qui forme la matière de l'engagement ; une **cause licite** dans l'obligation* ».

1) Le consentement

Le consentement de chaque cocontractant doit être **réel, libre et éclairé**. L'article 1109 précise : « *il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». **Ces vices du consentement** entraînent la **nullité** du contrat.

Erreur	L'erreur est une idée fausse que se fait l'un des cocontractants concernant l'interprétation des éléments du contrat. Pour être un vice du consentement, elle doit être déterminante et porter sur : <ul style="list-style-type: none"> – la substance de la chose objet du contrat (qualités essentielles de la chose) ; – la personne du cocontractant si la considération de la personne a été la cause principale de la convention.
Violence	Elle peut être physique, morale ou économique . Elle doit avoir provoqué une crainte pour soi-même, son conjoint, descendant ou ascendant ou pour ses biens. La personne doit avoir perçu la menace d'un mal considérable et actuel . La violence doit être illégitime (ce qui n'est pas le cas d'une saisie d'un bien suite à une condamnation).
Dol	Il est constitué par des manœuvres frauduleuses qui émanent d'un des cocontractants et qui sont destinées à tromper l'autre afin que celui-ci s'engage. Il s'agit d'un comportement malhonnête par le biais de tromperies, mensonges ou de réticences (silence). L'intention de nuire doit exister et les manœuvres utilisées doivent avoir un caractère déterminant dans la conclusion du contrat. C'est pour cela qu'une distinction est faite entre : <ul style="list-style-type: none"> – dol principal qui porte sur un élément essentiel du contrat et qui a déterminé le cocontractant (annulation de l'acte) ; – dol incident qui porte sur un élément « secondaire » du contrat et qui n'aurait pas fait renoncer la personne de passer le contrat malgré tout ; toutefois, les conditions auraient été certainement différentes.

2) La capacité

Selon l'article 1123 du Code civil : « toute personne peut contracter, si elle n'est pas déclarée incapable par la loi ». La capacité est l'aptitude à être titulaire de droits (capacité de jouissance) et à les exercer (capacité d'exercice). Sont privés de la capacité d'exercer leurs droits les mineurs et les majeurs protégés (voir Fiche 8).

3) L'objet

L'objet du contrat est ce sur quoi les personnes s'engagent et qui peut être, concrètement, une obligation de donner, faire ou ne pas faire une chose. L'objet doit répondre aux conditions suivantes :

Être déterminé	L'obligation doit avoir pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. <i>Pour l'obligation de donner</i> : si l'obligation porte sur un corps certain : il doit être désigné avec précision lors du contrat. Si l'obligation porte sur une chose fongible : elle peut être déterminée seulement en quantité et en qualité. <i>Pour l'obligation de faire ou ne pas faire</i> : elle doit être déterminée ou déterminable.
Exister	Au moment de la conclusion du contrat, voire au moment de son exécution. Le contrat peut porter sur des choses qui n'existent pas encore. L'obligation doit être possible.
Être licite	Ne peuvent faire l'objet d'un contrat : – les choses qui ne sont pas susceptibles d'appropriation privée (ex. : l'air) ; – les biens appartenant au domaine public, les droits incessibles (ex. : le droit d'usage) ; – les biens dont le commerce est illicite ou immoral (ex. : organes, drogue).

4) La cause

La cause qui est la raison pour laquelle les parties s'engagent **doit exister et être licite** (non prohibée par la loi, non contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public).

5 ♦ LA NULLITÉ DU CONTRAT

La sanction pour non-respect des conditions de validité du contrat est la **nullité** (anéantissement du contrat).

Causes de nullité	Conditions de l'action en nullité
Vices du consentement Incapacité	La nullité encourue est dite nullité relative car elle a pour objectif la protection d'intérêts particuliers. Seule la personne (ou son représentant) que la loi protège peut demander la nullité. Prescription : 5 ans
Défaut du consentement Défaut ou illicéité d'objet ou de cause	La nullité encourue est dite nullité absolue car elle a pour objectif la protection de l'intérêt général. Toute personne (cocontractant ou tiers) justifiant d'un intérêt légitime peut demander la nullité (ainsi que le Ministère public). Prescription : 5 ans

La nullité a, en principe, un **effet rétroactif**. Cela signifie que les choses sont remises en leur état antérieur, comme si le contrat n'avait jamais existé. Toutefois, dans les **contrats à exécution successive**, l'annulation n'est pas rétroactive (**résiliation**).

♦ Application

Margot a acheté un véhicule automobile d'occasion qui a 120 000 kms au prix de 7 000 €. Dans ces conditions, le vendeur ne lui a offert aucune garantie de reprise. Toute contente de son acquisition, elle décide la semaine d'après de la montrer à une de ses amies. Cette dernière qui est passionnée de voitures, l'examine attentivement et remarque des éléments suspects. Elle a le sentiment que cette voiture a été accidentée. Le lendemain, son garagiste lui confirme que son véhicule a bien subi un grave accident. Margot veut faire annuler la vente.

Quel vice du consentement Margot peut-elle invoquer ?

Correction

Parmi les vices du consentement se trouve le dol. Il est constitué de manœuvres frauduleuses qui émanent d'un des cocontractants et qui sont destinées à tromper l'autre afin que celui-ci s'engage. Il s'agit d'un comportement malhonnête par le biais de tromperies, mensonges ou de réticences (silence).

En l'espèce, le fait de ne pas avoir informé Margot de l'accident subi par le véhicule constitue une réticence dolosive permettant de faire annuler en justice la vente. Margot restituera la voiture au vendeur et celui-ci lui rendra la somme perçue au titre de la vente.

L'exécution du contrat

1 ♦ L'EFFET RELATIF DU CONTRAT À L'ÉGARD DES TIERS

Selon l'article 1165 du Code civil, le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Il ne peut pas lier ceux qui lui sont étrangers. Les tiers au contrat n'ont pas à en souffrir ni à en bénéficier, sauf exceptions.

A – Les situations où les tiers deviennent parties au contrat

1) *L'ayant cause universel et à titre universel*

Il s'agit d'une personne à laquelle les droits d'une autre personne (auteur) sont transmis suite à un décès, sauf si le contrat initial contient une clause d'intransmissibilité. Il faut distinguer :

- *l'ayant cause universel* : personne qui reçoit l'ensemble du patrimoine de son auteur ;
- *l'ayant cause à titre universel* : personne qui reçoit une partie du patrimoine de son auteur.

2) *Les mandataires*

Un contrat de mandat est *une convention par laquelle une partie (le mandant) donne pouvoir à une autre (le mandataire) d'agir en son nom et pour son compte*. Lorsque le mandataire va conclure des contrats, seul le mandant est engagé. Mais si le représentant agit sans révéler sa qualité ou en dehors des limites de son mandat, le contrat peut lui être opposé.

B – Les situations où les tiers souffrent ou bénéficient des effets d'un contrat

1) L'ayant cause à titre particulier

Il s'agit d'une personne qui reçoit d'une autre (auteur) un ou plusieurs droits déterminés. Par exemple, dans le contrat de vente, l'acheteur est l'ayant cause à titre particulier du vendeur (auteur). En principe, les obligations de l'auteur ne sont pas transmises à l'ayant cause à titre particulier. Il existe des exceptions, par exemple :

- **en cas de cession de bail**, l'acquéreur de l'immeuble est tenu de respecter le droit de jouissance du preneur, lequel doit lui verser les loyers ;
- **en cas de cession d'entreprise**, le repreneur doit poursuivre les contrats de travail déjà existants.

2) Le créancier chirographaire

Il a la particularité de ne bénéficier d'**aucune garantie particulière** pour s'assurer du paiement de ce qui lui est dû. Sa situation est précaire eu égard aux contrats que peut conclure son débiteur et qui viendraient réduire davantage ses chances de se faire payer. La loi lui reconnaît alors **deux actions possibles** :

- **l'action oblique** : le créancier (ayant une créance **certaine, liquide et exigible**) peut exercer, au nom de son débiteur, les droits qu'il néglige de mettre en œuvre et qui appauvrissent son patrimoine. Par exemple, le débiteur loue un bien et ne fait pas le nécessaire pour se faire payer les loyers ;
- **l'action paulienne** : le créancier demande que lui soit rendu inopposable un contrat conclu par le débiteur. Il faut que le débiteur ait eu connaissance du préjudice causé à son créancier du fait de la conclusion de cet acte, par exemple, une donation faite par le débiteur qui sait pertinemment qu'il porte préjudice au créancier chirographaire en faisant cette donation.

3) La conclusion de contrats à l'intention des tiers

a) La stipulation pour autrui

Une personne (le stipulant) contracte avec une autre (le promettant) pour obtenir de celui-ci l'exécution d'une prestation au profit d'un tiers bénéficiaire, par exemple les contrats d'assurance-vie.

b) Les contrats collectifs

Il s'agit de contrats conclus entre deux ou plusieurs personnes, mais dont les clauses s'appliqueront à un ensemble d'individus ayant un intérêt commun, par exemple un accord collectif d'entreprise.

c) La promesse de porte-fort

Elle est un contrat par lequel une personne, le porte-fort, s'engage envers une autre à obtenir d'un tiers qu'il contracte. Si le porte-fort n'obtient pas ce consentement, il sera tenu au paiement de dommages-intérêts à l'égard du cocontractant. Par exemple, lorsqu'un époux, marié sous le régime de la communauté, cède un immeuble commun et se porte fort d'obtenir la ratification de la vente par son épouse.

2 ♦ LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DU CONTRAT

A – Le paiement

Le paiement est *l'exécution de l'obligation* (donner, faire ou ne pas faire) et a pour conséquence l'extinction de la dette et la libération du débiteur.

Les parties	<p>Le payeur (<i>solvens</i>) est en principe le débiteur ou par exception un tiers. Par exemple, une caution. Dans le cas où le solvens paie un créancier en lieu et place du débiteur, il est alors subrogé (mis à la place de) dans les droits du créancier et l'obligation du débiteur reste entière vis-à-vis de ce payeur. En cas de solidarité passive (plusieurs débiteurs sur une même dette), le créancier peut demander à l'un quelconque des débiteurs de payer la totalité de la dette.</p> <p>Le payé (<i>accipiens</i>) est en principe le créancier ou par exception un tiers. Par exemple, un mandataire. En cas de solidarité active (plusieurs créanciers pour une même dette), le débiteur qui paie la dette entre les mains d'un créancier est libéré à l'égard des autres.</p>
Objet du paiement	Le débiteur ne peut modifier l'obligation prévue au contrat. Selon le Code civil, le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due. Le paiement doit être en principe total.
Lieu du paiement	Il est déterminé par le contrat . À défaut, il s'effectue au lieu où se situe la chose ou au domicile du débiteur. On dit que les dettes sont quérables (le créancier vient chercher le paiement) et non portables. Il existe des exceptions comme, par exemple, les dettes d'aliments qui sont payables au domicile du créancier.
Moment du paiement	Une dette se paie à son échéance, qui peut être au moment de la conclusion du contrat ou fixé plus tard. Lorsque l'échéance survient, on dit que la créance est exigible . Pour être considéré en retard, le débiteur doit avoir été mis en demeure de payer par le créancier. Le débiteur peut bénéficier d'un délai de paiement accordé par le juge : délai de grâce .
Preuve du paiement	En cas de litige, celui qui se prétend libéré doit prouver que sa dette est éteinte. La remise par un créancier d'un titre libératoire à son débiteur constitue une présomption irréfragable de paiement.

B – Les autres modes de paiement

Il existe des modes particuliers de paiement autre que la simple exécution de l'obligation. Il s'agit de la novation, la compensation, la confusion, la dation et la prescription.

La novation	Les parties par un contrat prévoient l'extinction totale d'une obligation et son remplacement par une nouvelle obligation (dette nouvelle, créancier ou débiteur nouveaux). La novation crée une nouvelle créance dépourvue des garanties qui entouraient la créance précédente sauf exception.
La compensation	Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, une compensation peut se faire entre elles ce qui éteint leurs dettes. La compensation peut être : <ul style="list-style-type: none"> – légale : les deux dettes ont pour objet une même somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles (interchangeables) de même espèce et sont liquides (déterminées en leur montant), certaines (non contestées) et exigibles ; – conventionnelle : elle est décidée par deux personnes débitrices l'une de l'autre ; – judiciaire : elle est prononcée par le juge au cours d'une instance.
La confusion	Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il y a confusion, ce qui éteint les deux créances, par exemple lorsque le locataire devient propriétaire du logement qu'il loue alors que le bail est en cours d'exécution.
La dation	Le débiteur donne en paiement autre chose que ce qui est dû et le créancier accepte.
La prescription	Elle se définit en partie comme la perte d'un droit par l'écoulement d'un délai défini par la loi. Le paiement de l'obligation s'éteint et le débiteur est libéré, par exemple la prescription quinquennale pour les actions en paiement des salaires.

3 ♦ LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

Il peut arriver qu'une partie, pour diverses raisons, n'exécute pas ou exécute partiellement le ou les obligations prévues au contrat. La partie défaillante peut alors être poursuivie en justice pour inexécution du contrat. Le juge doit faire appliquer le contrat, ce qui l'amène souvent à interpréter la volonté des parties. Le créancier de l'obligation doit, dans la majorité des cas, **mettre en demeure** le débiteur qui est défaillant pour qu'il s'exécute, avant d'agir en justice. La mise en demeure s'effectue par **acte d'huissier ou par simple lettre**. Celle-ci doit être sans équivoque et faire état d'une injonction de faire ou de payer.

A – La théorie du risque

Elle s'applique en cas d'inexécution d'un contrat synallagmatique du fait d'un événement extérieur à la volonté des parties. La question est de savoir qui supporte les risques :

- principe *res perit debitori* : la perte est pour le débiteur, il supporte les risques liés à l'inexécution de l'obligation. Le créancier est, quant à lui, libéré de son obligation, sauf accord contraire des parties ;
- principe *res perit domino* : la perte est pour le propriétaire dans le cadre des contrats translatifs de propriété. Si le bien est détruit, même en cas de force majeure, le propriétaire supporte cette perte, sauf accord contraire des parties (ex. : par l'effet d'une clause de réserve de propriété).

B – Les sanctions destinées à faire exécuter le contrat

1) L'exception d'inexécution

Elle ne peut être utilisée que dans les *contrats synallagmatiques* et ne peut porter que sur les obligations principales. Le défaut d'exécution de l'une des parties entraîne la possibilité pour l'autre de suspendre elle-même l'exécution de ses obligations. Le contrat n'est pas rompu mais simplement suspendu le temps de l'obstacle à l'exécution. Par exemple, si un salarié se met en grève, n'effectuant plus sa prestation de travail, l'employeur n'est plus tenu de lui verser sa rémunération.

2) L'exécution forcée

Le créancier peut demander au juge l'exécution en nature du contrat lorsqu'il justifie d'une créance *certaine, liquide et exigible*. Les moyens permettant l'exécution forcée sont différents selon le type d'obligations :

De donner	<ul style="list-style-type: none"> – <i>L'astreinte</i> : condamnation au paiement d'une somme d'argent journalière tant que l'exécution n'a pas lieu. – <i>Les saisies</i> : saisie-attribution (saisie entre les mains d'un tiers des créances du débiteur portant sur une somme d'argent), saisie des rémunérations, saisie-vente (saisie et vente des biens meubles corporels dont le débiteur est propriétaire), saisie immobilière.
De faire	Le créancier peut faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur.
De ne pas faire	Le créancier peut demander la destruction de ce qui a été fait malgré l'interdiction de ne pas faire.

3) *Les aménagements judiciaires au principe d'intangibilité du contrat*

Il en existe deux :

- *le forçage* du contrat qui consiste pour le juge à ajouter au contenu du contrat certaines obligations non convenues entre les parties. Par exemple, l'obligation de sécurité ou de conseil ;
- *la réfaction du contrat* : lorsque le contrat contient une clause illicite, le juge peut décider le maintien du contrat plutôt que son anéantissement en retirant uniquement ladite clause.

4) *Les actions en paiement du créancier contre des tiers liés au débiteur*

Lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations, et notamment celle en paiement d'une somme d'argent, le créancier dispose d'actions lui permettant d'agir contre les débiteurs de son propre débiteur.

Comme vu précédemment, il s'agit de *l'action oblique et paulienne*. Il faut rajouter *l'action directe*. Elle consiste pour le créancier à agir directement contre le tiers débiteur. La négligence de son débiteur n'est pas nécessaire ni sa mauvaise foi.

C – Les sanctions destinées à anéantir le contrat

Il s'agit de la résolution et de la résiliation.

1) *La résolution*

La résolution est le terme utilisé pour *l'anéantissement des contrats à exécution instantanée*, comme le contrat de vente. Elle a un effet rétroactif, ce qui signifie que les choses sont remises en l'état comme si le contrat n'avait jamais existé.

2) *La résiliation*

La résiliation est le terme utilisé pour *l'anéantissement des contrats à exécution successive*, comme le contrat de bail. L'anéantissement n'a pas d'effet rétroactif, il n'opère que pour l'avenir.

D – La sanction destinée à réparer les conséquences préjudiciables d'une inexécution

Il s'agit de la *responsabilité civile contractuelle*. Une des parties au contrat qui, du fait d'une inexécution de ses obligations, a causé un préjudice au cocontractant et doit le réparer. Cette réparation s'effectue sous forme de dommages-intérêts.

1) Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle

Pour engager la responsabilité civile contractuelle du contractant défaillant, il faut la réunion de trois conditions.

Un fait générateur	Il consiste en une <i>inexécution totale ou partielle</i> de l'obligation prévue au contrat. Le créancier doit apporter la preuve de cette « faute contractuelle ». Cette preuve diffère selon que l'obligation contractuelle est de <i>moyens ou de résultat</i> . <i>Obligation de moyens</i> : le créancier devra prouver que le débiteur n'a pas mis en œuvre tous les moyens dont il disposait. Qu'il n'a pas agi en « bon père de famille », c'est-à-dire en tant que personne <i>prudente, avisée et diligente</i> . <i>Obligation de résultat</i> : dès lors que le résultat n'est pas atteint, la faute du débiteur est présumée.
Un dommage	Il doit être certain, direct et immédiat. Il peut être corporel, matériel ou moral.
Un lien de causalité	Le dommage doit être la conséquence directe de l'inexécution du contrat.

Suite à l'engagement de la responsabilité civile contractuelle, le juge fixe le montant des dommages-intérêts qui peuvent être *compensatoires* (réparation de la perte subie ou du gain manqué) ou *moratoires* (réparation du préjudice lié à un retard d'exécution).

2) Les causes d'exonération de la responsabilité contractuelle

Le contractant défaillant, pour sa défense, peut faire valoir une cause d'exonération. Le juge décidera de la réalité de la cause invoquée et de son étendue (totale ou partielle).

La force majeure	Pour être retenu, le fait qui a empêché l'exécution du contrat doit <i>être irrésistible, imprévisible et extérieur</i> au débiteur de l'obligation, par exemple une tempête, une inondation.
Fait d'un tiers	Lorsque ce fait a les mêmes caractères que la force majeure, l'exonération est totale. Sinon, il y a partage de responsabilité entre le tiers et le débiteur (responsabilité <i>in solidum</i>).
Faute du créancier de l'obligation	Lorsque ce fait a les mêmes caractères que la force majeure, l'exonération est totale. Sinon, il y a exonération partielle selon la gravité de la faute du créancier.

4 ♦ LES CLAUSES CONTRACTUELLES PARTICULIÈRES

Les parties peuvent introduire des clauses particulières dans le contrat qu'elles concluent et qui peuvent concerner son exécution ou leur responsabilité.

Les clauses liées à l'exécution du contrat	
Clause de réserve de propriété	Clause acceptée par l'acheteur d'un bien qui prévoit que la propriété du bien acheté n'est transférée qu'après le paiement intégral du prix. Cette clause doit figurer dans un <i>écrit</i> établi au plus tard au moment de la livraison. La clause de réserve de propriété peut porter sur tout type de biens, meubles et immeubles, corporels ou incorporels. En cas de non-paiement, le bien ne peut plus être revendiqué lorsqu'il a été transformé par le client ou incorporé à un autre bien et que sa récupération ne peut pas s'effectuer sans dommage. En cas de redressement judiciaire (voir Fiche 15), le vendeur a un droit de revendication dans les <i>trois mois</i> de la publication du jugement d'ouverture.
Clause de transfert de risques	Clause qui fait échec au principe <i>res perit domino</i> . Les risques sont supportés par le vendeur tant que la chose n'est pas en possession de l'acquéreur.
Les clauses liées à la responsabilité	
Clause de garantie	En cas de dommage, le débiteur doit procéder à une indemnisation sans pouvoir invoquer une cause étrangère.
Clause exclusive de responsabilité	En cas de dommage, le débiteur est totalement exonéré de sa responsabilité. Clause non valable en cas de faute intentionnelle ou lourde du débiteur.
Clause limitative de responsabilité	Clause qui fixe un plafond de dommages-intérêts.
Clause pénale	Clause par laquelle les parties fixent forfaitairement et par avance un montant d'indemnité à verser en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle.

Attention ! Sont à rapprocher de ce tableau toutes les autres clauses définies dans les différentes fiches de cet ouvrage et qui sont liées au contrat.

♦ Application

Cour de cassation chambre commerciale, 31 janvier 2012

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 21 octobre 2010), que la société Morgan ayant été mise en redressement puis liquidation judiciaires les 24 décembre 2008 et 5 mai 2009, la société Fashion group (société Fashion) a revendiqué des marchandises qu'elle lui avait vendues, en se prévalant de la clause de réserve de propriété figurant sur ses factures ; que le liquidateur a contesté l'acceptation de la clause par l'acquéreur ;

Attendu que le liquidateur fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli la demande de revendication portant sur les marchandises livrées à partir du 30 octobre 2008 et correspondant aux sixième, septième et huitième factures de la société Fashion, alors, selon le moyen, qu'à défaut de contrat-cadre, une clause de réserve de propriété n'est opposable pour des ventes successives et autonomes que si, pour chacune d'elles, la clause a été stipulée par écrit et acceptée par l'acheteur au plus tard au moment de la livraison ; que l'existence d'un courant d'affaires ayant donné lieu à des ventes pour lesquelles une clause de réserve de propriété était stipulée sur les factures correspondantes ne caractérise pas l'acceptation de cette clause pour les ventes suivantes ; qu'en retenant que la société Morgan avait nécessairement eu connaissance de la clause de réserve de propriété figurant sur toutes les factures de la société Fashion, tandis que, à défaut de contrat-cadre, l'existence de ventes antérieures ayant donné lieu, après livraison, à la remise de factures stipulant une clause de réserve de propriété ne caractérisait pas l'acceptation par la société Morgan d'une telle clause pour les ventes postérieures et autonomes des biens revendiqués, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 624-16 du Code de commerce ;

Mais attendu qu'il résulte des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce, rendues applicables à la liquidation judiciaire par l'article L. 641-14, alinéa 1^{er}, du même code, qu'à défaut d'écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, l'acceptation par le débiteur de la clause de réserve de propriété s'apprécie pour chaque vente objet de celle-ci au plus tard à la date de la livraison, cette acceptation pouvant, suivant les circonstances, être déduite de l'existence de relations d'affaires et de la réception par le débiteur, dans le courant de ces relations, de factures antérieures comportant la clause litigieuse, sans protestation de sa part ; qu'ayant relevé que les sociétés Fashion et Morgan étaient en relations d'affaires depuis septembre 2008 et que la société débitrice avait déjà, au 30 octobre 2008, date de la première livraison impayée, reçu cinq factures mentionnant lisiblement la clause de réserve de propriété puis retenu qu'elle en avait eu ainsi connaissance et fait ressortir qu'elle l'avait acceptée par l'exécution du contrat, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Quelle est la position de la Cour de cassation dans cette affaire ?

Correction

La Cour de cassation considère qu'à défaut d'un contrat-cadre entre commerçant prévoyant l'application systématique d'une clause de réserve de propriété, l'acceptation par le débiteur de la clause s'apprécie suivant les circonstances et peut être déduite de l'existence de relations d'affaires et de la réception par le débiteur, dans le courant de ces relations, de factures antérieures comportant une telle clause sans manifestation de sa part d'un désaccord.

Le contrat de vente

Selon l'article 1582 du Code civil, la vente se définit comme la « *convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous-seing privé* ».

1 ♦ LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT DE VENTE

Le contrat est formé et la propriété de la chose est transférée de manière instantanée lorsque les parties conviennent **de la chose et du prix**. Le transfert de la propriété peut être différé (existence d'un terme, clause de réserve de propriété...).

Le contrat de vente est en principe un contrat **consensuel** (voir Fiche n° 16). Il existe certaines dérogations à ce principe. Par exemple, lorsque la vente porte sur un bien immobilier, l'acte de vente est notarié.

Le contrat de vente doit respecter les conditions générales de validité de formation étudiées Fiche 16. Parfois, des avant-contrats peuvent précéder la signature d'un contrat de vente.

A – Les avant-contrats

1) La promesse de vente (ou promesse unilatérale)

Dans la promesse de vente, le propriétaire d'un bien s'engage auprès du futur acheteur, qui versera en contrepartie une indemnité d'immobilisation, à lui vendre son bien à un prix déterminé pendant une certaine période. Le propriétaire s'engage à ne pas renoncer à la vente et à ne pas

proposer le bien à un autre acheteur. L'indemnité d'immobilisation sera imputée sur le montant à payer si l'acheteur décide d'acheter ou sera conservée par le propriétaire, si l'acheteur n'acquiert pas le bien.

Pour être valable, cette promesse doit être constatée par **acte authentique ou sous-seing privé**, enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire.

2) Le compromis de vente (ou promesse synallagmatique)

Dans le compromis de vente, les parties s'engagent mutuellement à conclure la vente à un prix déterminé. Le compromis a la valeur juridique d'une vente. Si l'une des parties décide de renoncer à la vente, l'autre partie peut l'obliger à s'exécuter en saisissant la justice. Lors de la signature du compromis, l'acquéreur verse une partie du prix de vente (dépôt de garantie) qui s'imputera sur la somme à payer lors de la signature du contrat de vente qui opère transfert de propriété.

B – La chose

La chose, objet de la vente, peut être un bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble. Elle doit :

- être dans le commerce et être la propriété de la personne qui la vend ;
- être déterminée ou déterminable ;
- exister ou être définie (pour les choses futures) au moment de la formation du contrat.

C – Le prix

Le prix, matérialisé par une somme d'argent, est en principe **librement déterminé** par les parties. Il est un élément essentiel de formation du contrat de vente. Il doit remplir plusieurs conditions sous peine d'être entaché de **nullité absolue** :

- être **certain** : **déterminé ou déterminable**. À défaut le contrat est entaché de nullité absolue ;
- être **sérieux** : non **simulé** (les parties conviennent de ne pas payer le prix) ou **dérisoire**.

En cas de lésion qui est un déséquilibre entre les obligations réciproques des parties, le contrat peut être annulé ou le prix réduit. Pour un immeuble, le montant de la lésion doit être de plus des 7/12^e de la valeur de l'immeuble. Le délai de l'action en **rescision pour lésion** est de **2 ans** à partir de la vente.

D – Les limites à la liberté contractuelle

Il existe principalement 4 limites :

Au droit d'acheter	Il est interdit pour certaines personnes, du fait de leur <i>qualité</i> , d'acquérir certains biens (ex. : le tuteur concernant les biens du mineur ou du majeur protégé).
Au droit de vendre	Il est interdit à certaines personnes en raison de <i>leur statut</i> , d'acquérir certains biens (ex. : un mineur ne peut pas acheter de lui-même un immeuble).
Au droit de ne pas vendre	Personne ne peut être contraint de vendre un bien. Il existe des aménagements à ce principe (ex. : dans le domaine commercial, un professionnel ne peut refuser de vendre un bien à un particulier sauf <i>motif légitime</i>).
Au choix du cocontractant	Le contractant est tenu de contracter avec une personne déterminée à l'avance (ex. : un contrat qui contient une clause d'approvisionnement exclusif).

E – Le droit à renonciation et le droit à rétractation

Le droit à renonciation	En cas de <i>démarchage à domicile, à résidence ou sur le lieu de travail</i> : l'acheteur a la possibilité de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat <i>dans les 7 jours</i> .
Le droit à rétractation	En cas de vente à distance, le consommateur dispose d'un délai de <i>7 jours</i> pour se rétracter sans avoir à donner de motifs ou à payer des pénalités.

2 ♦ LES EFFETS DU CONTRAT DE VENTE

Lors d'un contrat de vente, le transfert de propriété a lieu, en principe, dès l'échange des consentements. Selon le principe *res perit domino*, le propriétaire supporte les risques liés à la chose. Les parties peuvent y déroger notamment par une clause de réserve de propriété. Les parties au contrat de vente sont tenues chacune à des obligations.

A – Les obligations du vendeur

Le vendeur est tenu à différentes obligations et garanties envers l'acheteur.

1) Les obligations envers l'acheteur

Obligation de délivrance	La délivrance est la remise (ou la mise à disposition) de la chose à l'acheteur pour qu'il en prenne possession. Le vendeur doit délivrer une chose conforme à ce qui a été prévu au contrat. Il doit délivrer les accessoires de la chose et tout ce qui est destiné à son usage. Le lieu de délivrance est le lieu où se situe la chose. La délivrance peut être immédiate ou non. Tant que la chose n'est pas délivrée, le vendeur doit conserver la chose.
Obligation d'information et de conseil	Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige (information précontractuelle). Les informations portent sur le contenu du contrat, les caractéristiques essentielles et les modalités et conditions d'utilisation de la chose ainsi que sur les précautions d'emploi. Le vendeur doit conseiller l'acheteur de manière pertinente par rapport aux objectifs et attentes de ce dernier.
Obligation de sécurité	Le vendeur professionnel est tenu de livrer une chose exempte de tout vice ou de défaut de fabrication de nature à créer un danger.

2) Les garanties envers l'acheteur

La garantie d'éviction	Le vendeur doit, sous peine d'indemnisation, défendre l'acquéreur (de bonne foi) contre le trouble apporté à la possession de son bien. Le contrat de vente peut inclure des clauses qui écartent l'application de cette garantie, par exemple la clause d'achat « aux risques et périls ». Si l'éviction est totale, l'acheteur pourra demander la résolution du contrat de vente en plus de dommages-intérêts.
La garantie des vices cachés	Elle s'impose dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels. Elle couvre les défauts cachés (et non apparents) de la chose vendue qui rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus . Le vice doit être inhérent à la chose, antérieur à la vente et se révéler au moment de se servir de la chose. L'acquéreur dispose de deux actions possibles : l'action réhibitoire (résolution de la vente) ou estimatoire (diminution du prix de la chose). Le délai d'action est de 2 ans à compter de la découverte du vice. Le vendeur peut se soustraire à cette garantie par la preuve du caractère apparent du vice ou de l'expiration du délai pour agir. La garantie des vices cachés peut être étendue ou réduite. Pour le vendeur cette réduction de garantie joue s'il est de bonne foi.

<p>La garantie de conformité</p>	<p>En l'absence de précisions contractuelles, la conformité de la chose s'apprécie au regard de l'usage habituel attendu pour un bien identique. Si le contrat précise les attentes de l'acheteur par rapport au bien : la conformité s'apprécie au regard de ce qui a été prévu contractuellement.</p> <p>Le défaut doit exister lors de la délivrance ou pendant les 6 mois qui suivent. Le délai pour agir est de deux ans. La garantie ne peut être écartée par une clause.</p> <p>L'acheteur peut prétendre à la réparation, au remplacement du bien, à la réduction du prix ou à la résolution de la vente. Il peut également demander des dommages-intérêts.</p>
----------------------------------	--

B – Les obligations de l'acheteur

1) L'obligation principale : le paiement du prix

En principe, le prix est exigible au moment de la délivrance de la chose. En cas de non-paiement par l'acheteur, le vendeur peut refuser de délivrer la chose vendue (exception d'inexécution), agir en exécution forcée ou faire jouer le privilège du vendeur (droit de préférence par rapport aux autres créanciers). Il peut également demander la résolution du contrat.

2) Les obligations complémentaires

Le contrat peut prévoir d'autres obligations supportées par l'acheteur comme le retraitement de la chose ou fixer des modalités de la revente.

♦ Application

M. et Mme Laclaux ont acheté une maison secondaire en pleine campagne qui date de 1940. Lors des travaux de rénovation, ils ont découvert que certaines poutres étaient infestées d'insectes xylophages. Ils souhaitent agir contre les acheteurs sur le fondement de la garantie des vices cachés. Les vendeurs, quant à eux, se prévalent d'une clause d'exclusion de garantie figurant dans l'acte de vente. Les acheteurs font valoir que les vendeurs connaissaient ce vice puisque certains travaux avaient été apparemment réalisés pour soutenir de poutres déjà endommagées par les mêmes insectes.

La clause d'exclusion de garantie peut-elle s'appliquer en l'espèce ?

Correction

Une clause de non-garantie des vices cachés peut être introduite dans un contrat dans lequel le vendeur est un non-professionnel mais ce vendeur doit être de bonne foi. Il ne doit pas avoir eu connaissance du vice avant la vente. Si les acheteurs peuvent apporter cette preuve par un rapport d'expert notamment, alors la clause ne peut s'appliquer en l'espèce.

Le contrat d'entreprise

1 ♦ LA DÉFINITION DU CONTRAT D'ENTREPRISE

Le contrat d'entreprise, anciennement appelé contrat de louage d'ouvrage, est un contrat *par lequel un entrepreneur s'engage, moyennant une rémunération, à exécuter un travail pour son client (maître de l'ouvrage)*. Le contrat d'entreprise se caractérise donc par une obligation de faire qui est la réalisation d'un ouvrage constitué de tâches matérielles (par exemple, la construction d'une maison) ou intellectuelles (par exemple, une étude graphologique).

L'entrepreneur exécute le travail *en son nom*. Il travaille pour son propre compte et au service d'un client. Le contrat d'entreprise n'est donc pas un contrat de travail car il n'existe pas de *lien de subordination* entre l'entrepreneur et le client. Par contre, si au regard d'un faisceau d'indices (mode de rémunération, conditions d'exécution de la prestation...) il s'avère que l'entrepreneur est sous les ordres et directives de son client de telle manière que son indépendance ne peut plus être caractérisée, le juge pourra requalifier le contrat d'entreprise en contrat de travail et faire appliquer la législation correspondante.

2 ♦ LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT D'ENTREPRISE

Le contrat d'entreprise est en principe un *contrat consensuel*, les parties sont engagées par le simple échange des consentements. Le contrat n'est pas soumis à une forme particulière. *Par exception*, la loi exige un *écrit* pour certains types de contrats d'entreprise particuliers, par exemple pour la construction de maison individuelle ou pour les contrats d'entreprise conclus entre professionnel et consommateur (la date limite d'exécution de la prestation doit être indiquée par écrit).

Le contrat d'entreprise doit respecter les conditions de validité de formation (voir Fiche 16). Le contrat d'entreprise a pour objet : un travail sur une chose ou la fourniture d'un service.

La détermination du prix (de la rémunération) de la prestation n'est pas en principe une condition de validité du contrat. **Par exception**, dans les contrats de consommation le prix doit faire l'objet d'une information préalable. Les usages veulent que la conclusion du contrat d'entreprise soit précédée de l'établissement d'un devis (étude descriptive de la prestation à effectuer). Ce n'est donc pas une obligation. Le devis est en principe gratuit. Lorsque les parties sont d'accord sur le devis, le prix mentionné doit être respecté. Si par la suite, l'ouvrage nécessite une augmentation de prix : **le client doit donner son accord**.

3 ♦ LES EFFETS DU CONTRAT D'ENTREPRISE

La conclusion d'un contrat d'entreprise est soumise à différentes obligations.

A – Les obligations de l'entrepreneur

1) L'obligation d'exécuter la prestation et de la livrer

L'entrepreneur doit exécuter la prestation promise selon les règles de l'art exigées par sa profession et conformément aux besoins de son client. L'entrepreneur est tenu à la garantie de **conformité** pour les contrats portant sur la fabrication de biens corporels. Il doit ensuite la livrer (la remettre à son client) en respectant le délai indiqué dans le contrat, sous peine d'indemnité ou de résolution du contrat. En l'absence d'indications particulières, le délai doit être **raisonnable**.

En cas de **défaut d'exécution ou d'exécution partielle**, le client peut demander l'exécution forcée de l'ouvrage ou faire exécuter par un autre entrepreneur la prestation aux frais de l'entrepreneur initial.

En cas de **mauvaise exécution**, le client peut demander à l'entrepreneur de recommencer le travail à exécuter. Il peut également refuser la livraison et ne rien exiger (pratique du « laissé pour compte ») : le client ne paiera pas le prix demandé par l'entrepreneur. Le client peut également demander la résiliation du contrat.

En cas de **préjudice**, le client peut engager la responsabilité de l'entrepreneur. Il faut alors rechercher dans le contrat si l'obligation est de résultat ou de moyens : la faute est présumée lorsque l'obligation est de résultat et reste à prouver lorsque l'obligation est de moyens.

2) **L'obligation de conservation et de restitution de la chose confiée**

Le contrat d'entreprise peut porter sur une chose qui est confiée à l'entrepreneur (ex. : un véhicule donné en réparation à un garagiste). Si la chose est détériorée ou a péri, sa responsabilité contractuelle est engagée à moins qu'il prouve qu'il n'a commis aucune faute.

3) **L'obligation d'information et de conseil**

L'obligation *d'information* est un devoir de renseignement dont l'étendue varie selon le degré de spécialisation de l'entrepreneur.

L'obligation *de conseil* peut être principale (ex. : un conseil dispensé par un avocat) ou accessoire. L'entrepreneur doit conseiller le client (opportunité de la prestation et des objectifs à atteindre...). Il doit attirer l'attention sur les risques, les inconvénients, limites et les conséquences de la prestation. Il doit expliquer le mode d'emploi quand cela est nécessaire.

4) **L'obligation de sécurité**

Elle est une *obligation de résultat* et porte sur les prestations exécutées par l'entrepreneur qui ne doivent causer aucun danger ni sur les personnes ni sur les biens. Comme pour le contrat de vente, il est possible de mettre en œuvre, depuis une loi de 1998, la responsabilité du **fait des produits défectueux** : « *les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes* ».

B – Les obligations du client

1) **L'obligation de réception**

Le client doit reconnaître *la bonne exécution de la prestation*. La réception permet au maître d'ouvrage de constater l'achèvement de l'ouvrage, sa conformité à ce qui a été commandé. La réception sans réserve empêche de faire jouer la garantie de conformité. Le client ne peut plus invoquer de vices apparents et le prix devient exigible. Les risques et la garde de la chose sont transférés au client. Le client peut aller sur le terrain de la responsabilité décennale s'il s'agit d'une construction.

La réception peut se faire en une ou plusieurs fois. Elle peut avoir lieu avant la livraison (le maître de l'ouvrage doit donner son accord avant toute prise de possession) ou après.

2) **L'obligation de paiement du prix**

Le paiement s'effectue après achèvement de la prestation. Les parties peuvent convenir qu'une provision ou qu'un acompte sera versé. En cas de non-paiement, l'entrepreneur a un droit de rétention.

3) L'obligation de retraitement

Le client doit retirer la chose confiée à l'entrepreneur lorsque celui-ci a exécuté sa prestation. Lorsque ce retraitement n'a pas lieu au bout d'un an, l'entrepreneur peut demander en justice la vente de la chose aux enchères publiques pour se faire payer sur le prix.

◆ Application

Arrêt de la Cour de cassation, 3^e chambre civile, 31 janvier 2007

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 14 juin 2005), qu'à la suite de l'édification de logements en bord de mer, des désordres sont apparus affectant notamment les façades et les garde-corps, et donnant lieu à des travaux de réparation à l'occasion desquels le syndicat des copropriétaires a souscrit une police «dommages-ouvrage» auprès de la Société mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics (SMABTP) ; que sont intervenues à cette opération pour les garde-corps, la société Schuco qui en a fourni les sabots la société Fondalu qui les a fabriqués (...) et la société EMGEPE qui les a peints ; qu'à la suite de nouveaux désordres, le syndicat des copropriétaires a demandé réparation du préjudice subi par la copropriété ;

Sur le moyen unique du : Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que pour rejeter les demandes en garantie de la société Schuco International et de la société Fondalu à l'encontre de la société EMGEPE, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que cette dernière n'a aucune obligation de conseil à leur égard ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le devoir de conseil peut s'étendre aux entrepreneurs entre eux, dès lors que le travail de l'un dépend du travail de l'autre, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision, de ce chef ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le moyen unique du pourvoi principal n° 05-19.334 ni sur les pourvois incidents qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE »

Quelle position prend la Cour de cassation sur l'étendue de l'obligation de conseil lorsque plusieurs entrepreneurs interviennent sur un même ouvrage ?

Correction

En l'espèce, trois entreprises intervenaient sur des garde-corps de logements construits en bord de mer : l'une a fourni les sabots, l'autre les a fabriqués et la dernière les a peints. Quel que soit leur degré d'intervention à l'ouvrage, elles étaient toutes trois débitrices d'une obligation de conseil entre elles puisqu'elles étaient, dans leur travail, dépendantes les unes des autres.

Les contrats relatifs au fonds de commerce

1 ♦ LE CONTRAT DE LOCATION-GÉRANCE D'UN FONDS DE COMMERCE

Il s'agit d'un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce ou artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls. Il ne faut pas confondre la location du fonds de commerce et la location du lieu où est exploité le fonds (bail commercial). Le propriétaire du fonds peut ne pas être également propriétaire du lieu où est exploité le fonds. Le contrat de bail (voir Fiche n° 13) liant le propriétaire du fonds de commerce au propriétaire du local commercial peut interdire la location-gérance. L'usufruitier d'un fonds peut le louer sans demander l'accord du nu-propriétaire.

A – Les conditions spécifiques de la location-gérance

1) Les conditions de forme

Le contrat de location-gérance doit respecter les conditions de validité de formation des contrats (voir Fiche 16). Dans les 15 jours de sa signature, le contrat doit faire l'objet d'une **publicité** pour être connu des tiers :

- avis inséré dans un *journal d'annonces légales* (JAL) ;
- demande d'immatriculation au *Registre du commerce et des sociétés* (RCS) ou au répertoire des métiers par le locataire-gérant (non encore immatriculé) dans les 15 jours qui suivent le début de son activité. En effet, le locataire-gérant devient commerçant ou artisan du fait de la conclusion du contrat de location-gérance ;
- avis publié au **BODACC** (*Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*).

Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de **six mois** à compter de cette publication, le loueur du fonds est **solidairement responsable** (voir Fiche 17) avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds.

2) Les conditions de fond

Les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent avoir exploité pendant **deux années au moins** le fonds mis en gérance. À défaut le contrat est **nul**.

Ce délai peut être supprimé ou réduit par ordonnance du président du TGI lorsque le loueur justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de préposés (salariés).

Ce délai n'est pas applicable notamment aux majeurs protégés, aux héritiers ou légataires d'un commerçant ou d'un artisan décédé (article L. 144-5 du Code de commerce).

À l'occasion de la conclusion d'un contrat de location-gérance, les créanciers du propriétaire du fonds peuvent craindre pour le paiement de leurs créances. La loi leur permet de saisir le tribunal de commerce afin que celui-ci déclare **immédiatement exigibles** les dettes lorsqu'il considère que la location-gérance met en péril leur recouvrement. L'action doit être introduite dans le délai de **3 mois** à dater de la publication du contrat de location-gérance dans un JAL.

B – Les effets du contrat de location-gérance

1) Les obligations des parties pendant l'exécution du contrat

Le contrat de location-gérance entraîne des obligations à la charge du propriétaire du fonds et du locataire gérant.

Locataire gérant	Propriétaire du fonds
<ul style="list-style-type: none"> – Payer une redevance – Exploiter le fonds conformément à sa destination et assurer un niveau d'activité et de rendement équivalent à l'exploitation antérieure (si le locataire-gérant n'exploite pas le fonds pendant deux ans, le contrat est entaché de nullité). 	<ul style="list-style-type: none"> – Délivrer le fonds (mettre à disposition) composé des biens nécessaires à son exploitation. – Assurer une jouissance paisible du fonds (absence de concurrence).

Le locataire peut sous-louer le fonds si le propriétaire l'y autorise.

2) Les obligations des parties à la fin du contrat

Le contrat prend fin par l'arrivée du terme, en cas d'inexécution du contrat ou de disparition du fonds. Un avis est inséré dans un *JAL dans les 15 jours* qui suivent la fin du contrat. Le locataire-gérant doit restituer tous les éléments qui composent le fonds.

En cas de moins-values (baisse de la valeur du fonds), le locataire-gérant peut être amené à rembourser le propriétaire si le contrat de location-gérance prévoit la restitution du fonds en l'état.

En cas de plus-values (augmentation de la valeur du fonds), le propriétaire bénéficie de cette plus-value sans avoir à verser d'indemnité au locataire-gérant.

Si le locataire a procédé à une *extension de fonds* ou a réalisé des *apports personnels*, le propriétaire qui souhaite en bénéficier doit verser une indemnité égale à leur valeur.

La fin de la location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes liées à l'exploitation du fonds, contractées par le locataire-gérant pendant la durée de la gérance.

2 ♦ LE CONTRAT DE VENTE DU FONDS DE COMMERCE

Le contrat de vente de fonds de commerce doit respecter les conditions de validité de tous les contrats (voir Fiche 16) mais aussi des conditions spécifiques énoncées par le Code de commerce.

A – Les conditions spécifiques de la vente d'un fonds de commerce

1) Les mentions obligatoires du contrat de vente

Le contrat de vente d'un fonds de commerce doit contenir les mentions suivantes :

- le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;
- l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;
- le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ;
- les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ;
- le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

Si une des mentions manque, la nullité peut être invoquée pour vice du consentement (dol). La nullité encourue est *relative*, cela signifie que seul l'acquéreur a la possibilité d'engager l'action en nullité qui se prescrit par **1 an** à partir du jour de la vente.

Si une des mentions est inexacte, l'acquéreur peut demander la restitution du prix avec la remise du fonds de commerce pour *vice caché*. Il peut également demander la diminution du prix.

2) Les obligations comptables et financières au moment de la vente

Selon les termes du Code de commerce, au jour de la cession, *le vendeur et l'acheteur visent* :

- *tous les livres de comptabilité* tenus par le vendeur durant les 3 exercices comptables précédant celui de la vente (ce nombre est réduit à la durée de possession du fonds si elle a été inférieure à 3 ans) ;
- un document présentant les *chiffres d'affaires mensuels* réalisés entre la clôture du dernier exercice et le mois précédant celui de la vente.

Les livres font obligatoirement l'objet d'un *inventaire* signé par les parties. Le vendeur doit impérativement les mettre à la disposition de l'acheteur pendant **3 ans**, à partir de l'entrée en jouissance du fonds.

3) Les éléments du fonds faisant l'objet de la cession

Les éléments du fonds peuvent être cédés *en totalité ou non*. La cession partielle du fonds est possible si la partie cédée comporte la clientèle et les éléments indispensables à l'exploitation du fonds.

Éléments incessibles	Éléments cessibles
<ul style="list-style-type: none"> – Les créances et les dettes du vendeur – Les livres de commerce – Les immeubles – Les contrats (sauf exceptions) 	<ul style="list-style-type: none"> – Le matériel, l'outillage et les marchandises – La clientèle et l'achalandage – Le nom et l'enseigne commerciale – Certains contrats : le contrat de bail, les contrats de travail, les contrats d'assurance et d'édition

4) La publicité de la vente et le droit d'opposition des créanciers

a) La publicité de la vente

La vente doit faire l'objet d'une publicité dans un *JAL* dans les **15 jours** à compter de la date de l'acte de cession. L'acheteur doit ensuite demander la publication au *BODACC* auprès du greffe du tribunal de commerce.

b) Le droit d'opposition des créanciers

Les créanciers (dont la créance est ou non exigible) disposent d'un **droit d'opposition** (par exploit d'huissier) qui ne peut être exercé que dans les **10 jours** de la publication au BODACC de l'acte de vente. Cette opposition entraîne le blocage du prix de vente du fonds de commerce pour l'acquéreur.

Si l'acheteur paie avant l'expiration de ce délai, il pourra, en cas d'opposition effective, être obligé de verser une **deuxième fois** le prix du fonds.

Lorsqu'un créancier estime que le prix de vente ne peut désintéresser tous les créanciers, il peut faire une **surenchère** du sixième du prix de vente dans les 20 jours à compter de la publication au BODACC. Le fonds est alors remis en vente à ce prix.

Attention ! Le bailleur qui refuse la cession peut racheter lui-même le fonds de commerce.

B – Les effets du contrat de vente de fonds de commerce

1) Les obligations du vendeur

Le vendeur du fonds de commerce est tenu à trois types d'obligations : de délivrance, des vices cachés et de non-concurrence.

Obligation de délivrance	Le vendeur doit, sous peine de résolution de la vente ou de réfaction du contrat, délivrer tous les biens compris dans l'acte de vente (remise du contrat de bail à l'acquéreur, des marchandises et autres biens mobiliers en main propre).
Garantie des vices cachés	Le vendeur est tenu des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. Le vendeur ne peut s'exonérer de sa responsabilité pour force majeure.
Obligation de non-concurrence	Existence d'une clause : elle doit être limitée quant à son objet et à son mode d'exercice et quant à son étendue géographique. En cas de non-respect de cette obligation, des dommages-intérêts peuvent être demandés. Absence ou expiration de la clause : le vendeur peut se rétablir à proximité de son ancien fonds de commerce s'il s'engage à s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé.

2) Les droits du vendeur

Le vendeur bénéficie d'un privilège en cas de non-paiement du prix par l'acquéreur et peut également demander la résolution de la vente.

Le privilège du vendeur	Lorsque la vente a été constatée par acte notarié ou sous-seing privé enregistré au greffe du TC avec <i>inscription du privilège du vendeur</i> dans les 15 jours à compter de la vente : le vendeur a <i>un droit de suite et un droit de préférence</i> (le vendeur est payé par préférence à tous les autres). Le vendeur peut exiger la vente forcée du fonds. Il est garanti sur le paiement du prix et les intérêts sur deux années.
L'action résolutoire	Si l'acheteur <i>ne paie pas le prix</i> , le vendeur peut demander la résolution de la vente. Il faut pour cela que l'action résolutoire soit mentionnée lors de l'inscription du privilège et que le vendeur informe les créanciers inscrits de sa demande de résolution. La résolution peut être <i>amiable ou judiciaire</i> . Le vendeur reprend alors tous les éléments du fonds compris dans la vente. Il doit à l'acquéreur le prix des marchandises et du matériel existant au moment de la reprise. Si le fonds a subi des pertes, l'acheteur doit une indemnité au vendeur.

3 ♦ LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

A – Définition

Le nantissement est une forme de gage et fait partie des sûretés réelles. Le nantissement porte sur des *biens incorporels* comme le fonds de commerce (voir Fiche 13) alors que le gage porte sur des *biens corporels*. Le contrat de nantissement peut donc se définir comme *un contrat par lequel un débiteur remet un bien incorporel à son créancier pour garantir sa dette*. Le nantissement peut concerner un fonds de commerce en totalité ou sur certains de ses éléments. Le fonds est affecté en garantie d'une dette mais il n'y a pas dépossession. Le débiteur continue à exploiter son fonds.

B – Les éléments du fonds de commerce compris dans le nantissement

Peuvent être compris dans le nantissement d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels et de manière générale les droits de propriété intellectuelle. À défaut de désignation expresse et précise dans le contrat de nantissement, il ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

C – Les formalités liées au nantissement

Le contrat de nantissement est constaté par un *acte authentique* ou par un *acte sous-seing privé*. Il est enregistré dans les 15 jours de sa rédaction, sous peine de nullité, au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

D – Les effets du nantissement

Le nantissement assure au créancier un *droit de suite* et un *droit de préférence*. Le créancier nanti est également protégé en cas d'opérations juridiques pouvant diminuer la valeur du fonds.

1) Le droit de suite et le droit de préférence

Ces droits permettent au créancier d'agir en cas de non-paiement du prix par l'acquéreur du fonds de commerce.

Droit de suite	Droit pour le créancier nanti de faire saisir judiciairement le fonds de commerce alors même qu'il a été vendu ou qu'il appartient à une autre personne que son débiteur, à moins que celle-ci ne désintéresse le créancier. Le fonds sera ensuite vendu et le créancier sera payé sur le prix de vente.
Droit de préférence	Droit pour le créancier nanti de se faire payer sur le prix de vente du fonds de commerce avant tous les autres créanciers impayés du débiteur.

2) La protection contre les actes diminuant la valeur du fonds nanti

Cette protection intervient dans plusieurs cas : lorsque l'exploitant du fonds change d'activité ou de lieu d'exercice d'activité mais aussi lorsque le bail est résilié.

Déspécialisation plénière	L'exploitant du fonds souhaite changer d'activité. Il doit informer le créancier nanti de cette déspécialisation. Ce dernier peut demander au tribunal la constitution de garanties supplémentaires.
Déplacement du fonds	L'exploitant du fonds souhaite changer de lieu pour exercer son activité. Il doit en informer le créancier nanti dans les 15 jours avant le déplacement. Le créancier nanti qui n'accepte pas ce déplacement peut demander au tribunal la déchéance du terme de la créance garantie.
La résiliation du bail	Le bailleur qui souhaite résilier le bail doit en avertir le créancier nanti. Le créancier dispose d'un mois pour éventuellement trouver une solution pour que le bail ne soit pas résilié (payer les loyers, par exemple).

◆ Application

M. et Mme Fiole sont mariés sous le régime de la communauté légale. Ils ont créé, il y a trente ans, un fonds de commerce de négoce de vins et spiritueux à Bordeaux (...). Lucien Fiole, qui n'a pas de successeur en vue, confie à sa femme son projet de vendre son fonds de commerce. Mais cette dernière y est fermement opposée. (Sujet examen)

M. FIOLE peut-il vendre son fonds de commerce sans l'accord de son épouse ?

Correction

Pour répondre à cette question, il faut faire référence également aux règles liées aux régimes matrimoniaux (voir Fiche n° 9). En cas de vente d'un fonds de commerce, les pouvoirs des époux dépendent de leur régime matrimonial. Si le régime est celui de la communauté légale, chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer. Toutefois pour certains biens comme le fonds de commerce, ils ne peuvent vendre sans l'accord de l'autre époux. En l'espèce et compte tenu du régime matrimonial des époux Fiole, Mme Fiole doit donner son consentement. Si Monsieur Fiole décide de vendre sans le consentement de son épouse, celle-ci peut demander la nullité de la vente en justice dans un délai de deux ans à compter de la connaissance de l'acte.

Les contrats relatifs à la consommation

1 ♦ LE CONTRAT DE CONSOMMATION

A – Définition

Le contrat de consommation se définit comme un *contrat de vente ou de prestations de services conclu entre un professionnel et un consommateur*. Ce dernier est considéré comme la partie faible au contrat et bénéficie d'une protection. Un consommateur est une *personne qui se procure un bien ou un service pour satisfaire un besoin autre que professionnel*. La Cour de cassation a adopté une définition extensive du consommateur permettant d'appliquer le régime protecteur des consommateurs :

- à un professionnel, qui devient non-professionnel, lorsqu'il conclut un contrat sans lien avec sa compétence professionnelle et son activité avec un autre professionnel ;
- à une personne morale lorsque le contrat est sans lien avec son activité et pour lequel elle fait preuve d'une parfaite ignorance.

B – La protection du consommateur lors de la formation du contrat

Le contrat de consommation doit répondre aux conditions de validité de formation de tous les contrats (voir Fiche 16).

1) Les obligations du professionnel

Le professionnel est tenu à différentes obligations : d'information, de conseil, de conformité du bien ou du service et de sécurité.

Obligation d'information	Sur les conditions de vente
	<p><i>Sur le prix</i> : il est annoncé soit par marquage, étiquetage ou affichage. Il doit être TTC et en euros. Si la chose est soldée, le vendeur doit faire figurer le prix d'origine et le prix réduit.</p> <p><i>Sur les modalités de paiement</i> (acompte, arrhes, délai), <i>les conditions de résolution de la vente, les dispositions liées aux vices cachés</i> (réparation, remboursement) <i>et les délais de livraison</i>. La date limite de livraison doit être indiquée lorsque le prix du bien ou de la prestation est supérieur à 500 €. En cas de dépassement de plus de 7 jours à compter de cette date, le consommateur peut dénoncer le contrat. La sanction au manquement à cette obligation d'information est la nullité du contrat.</p>
	Sur le produit
	<p><i>Les caractéristiques essentielles et la qualité du produit</i> : nature du produit, mode d'emploi, date limite de consommation, lieu de fabrication.</p> <p><i>La sécurité du produit</i> : le vendeur doit attirer l'attention de l'utilisateur d'un produit sur les risques encourus ou les précautions à prendre pour éviter un accident ou une nuisance. La sanction au manquement à cette obligation d'information sur le produit est la réparation sous forme de dommages-intérêts.</p>
Obligation de conseil	Le professionnel est tenu à une obligation de conseil permettant au consommateur de profiter de son expérience et de ses compétences . Elle est principalement exigée lorsque les intérêts vitaux du consommateur sont en jeu.
Obligation de conformité	Au moment de sa délivrance, le bien ou le service doit être conforme au contrat et respecter les normes en vigueur . À défaut, le vendeur doit répondre des défauts de conformité dont la preuve incombe au consommateur. En cas de litige, le juge apprécie la commune intention des parties et le doute profite au consommateur. Depuis la loi Hamon du 17 mars 2014, cette obligation s'étend aux défauts qui apparaissent dans les deux ans de l'achat. L'acheteur peut obtenir la réparation, le remplacement ou la restitution du prix . En cas de non-conformité du bien par rapport à sa destination : la garantie des vices cachés trouve à s'appliquer.
Obligation de sécurité	Le vendeur a une obligation de sécurité des produits (voir Fiche 19) et doit informer le consommateur des risques inhérents au produit. Il engage sa responsabilité civile délictuelle du fait des services et produits défectueux (voir Fiche 25).

2) Les règles liées à la publicité

Le vendeur ne doit pas effectuer de publicité trompeuse sur ce qu'il vend ni utiliser la publicité pour dénigrer les produits ou services vendus par un concurrent.

La publicité trompeuse	La loi interdit les <i>allégations, indications ou présentations fausses ou trompeuses</i> concernant le bien ou le service proposé au client et qui concernent le prix, l'origine, la nature, la composition, les qualités substantielles de l'objet du contrat ou tout élément ayant déterminé la vente.
La publicité comparative	Elle est autorisée si le message est <i>véridique et objectif</i> et que les caractéristiques comparées sont <i>essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables</i> .

Certains produits ne peuvent pas faire l'objet d'une publicité : c'est le cas du tabac. D'autres sont strictement encadrés comme, par exemple, les boissons alcoolisées.

3) Le respect de la liberté de choix du consommateur

Pour respecter la liberté du choix du consommateur, le vendeur est soumis à certaines interdictions. De plus, il ne doit pas abuser de la faiblesse d'une personne pour l'amener à contracter.

a) Les procédés de vente interdits

Le vendeur est soumis à certaines interdictions concernant les procédés de vente. Il s'agit de :

- *l'envoi forcé* : le fait d'adresser un produit, non commandé, à une personne qui n'a d'autre choix que de conserver le bien et en acquitter le prix réclamé ou renvoyer le produit ;
- *la vente par lot ou jumelée* : elle oblige d'acquérir plusieurs exemplaires d'un même bien ou de produits différents qui sont groupés en un seul lot ;
- *la vente avec prime ou cadeau* : les loteries subordonnées à un achat sont en principe interdites ;
- *la vente à boule de neige* : un bien est remis à prix réduit en échange d'un certain nombre de ventes opérées par le client lui-même.

b) L'interdiction du refus de vente

Le refus de vente est en principe un *délict*. Toutefois, par exceptions, le vendeur peut refuser de vendre pour motif légitime. Il peut s'agir notamment de la réglementation (ex. : refus de vente d'alcool à un mineur), de l'indisponibilité du produit en stock ou d'une demande anormale, par exemple une quantité excessive.

c) L'abus de faiblesse

Le Code de la consommation prévoit la sanction des personnes qui auront abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne (âge avancé, maladie, problème de compréhension de la langue

française...) pour lui faire souscrire, notamment, par le moyen de visites à domicile, de démarchage téléphonique ou dans le cadre d'une situation d'urgence **des engagements** au comptant ou à crédit. Ces personnes sont passibles d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 €.

B – Les effets du contrat de consommation

Le consommateur bénéficie d'un droit de rétractation et d'une protection contre les clauses abusives.

1) Le droit de rétractation

La loi admet que le consommateur puisse se rétracter en cas de vente à domicile et de vente à distance ou assimilée (par téléphone ou internet). Le délai de rétractation a été porté à 14 jours par la loi Hamon du 17 mars 2014. Il court à compter de l'engagement du consommateur et n'a pas à être justifié.

2) Les clauses abusives

Une clause devient abusive lorsqu'elle crée un « **déséquilibre significatif** » entre un professionnel et un consommateur. Ce déséquilibre est **caractérisé** par :

- **la suppression ou la réduction** du droit à réparation en cas de manquement du professionnel à l'une de ses obligations ;
- **la modification unilatérale** des caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre.

Sans remettre en cause la validité du contrat, elles **sont réputées non écrites**. Le consommateur qui s'estime lésé peut saisir le tribunal d'instance. Le caractère abusif d'une clause peut également être constaté et dénoncé par un décret pris en Conseil d'État ou par la **commission des clauses abusives** qui a pour rôle d'examiner les « contrats types » des professionnels.

Attention ! La loi Hamon du 17 mars 2014 prévoit la possibilité pour les consommateurs de s'inscrire sur une liste d'opposition en ce qui concerne le démarchage à domicile.

2 ♦ LE CONTRAT DE CRÉDIT À LA CONSOMMATION

Le crédit à la consommation est un **emprunt de somme d'argent par un consommateur auprès d'un établissement de crédit et destiné à l'achat d'un bien meuble à usage courant** (non-professionnel), par exemple l'achat d'une voiture. Le prêteur accorde à l'emprunteur un délai pour rembourser le prêt. Il existe trois sortes de crédits :

- **non-affecté** : qui est accordé par un établissement bancaire (découverts, prêts personnels) ;

- **affecté** : qui consiste à financer un produit ou un service prédéterminé. Le contrat de crédit est lié au contrat principal ;
- **renouvelable (revolving)** : le montant disponible est renouvelé au fur et à mesure des remboursements. La loi Hamon du 17 mars 2014 impose l'obligation aux établissements de crédit de proposer un crédit amortissable comme alternative au crédit renouvelable pour certains achats.

A – La formation du contrat

La loi du 1^{er} juillet 2010 a renforcé la protection du consommateur en matière de crédit à la consommation. Cette loi prévoit, notamment :

- un encadrement plus important de la publicité relative aux crédits ;
- une réglementation plus stricte des crédits renouvelables ou crédits « revolving » ;
- une obligation pour les organismes de crédit à évaluer la solvabilité des emprunteurs ;
- un allongement de 7 à **14 jours** du délai de rétractation dont bénéficie l'emprunteur ;
- une augmentation du montant maximum des prêts à la consommation de 21 500 à **75 000 €**.

1) L'offre de prêt

La publicité concernant un crédit à la consommation doit contenir certaines informations :

- l'identité du prêteur, la nature, l'objet et la durée de l'opération proposée ;
- le coût réel du crédit, le montant et le nombre des échéances.

Lorsque le consommateur est intéressé, le prêteur doit faire une **offre préalable** de prêt qui doit être **écrite** et contenir certaines mentions (identité des parties, le montant du prêt, l'objet et les modalités du contrat et le taux effectif global).

L'offre doit être remise en **double exemplaire** au client avant toute opération de crédit. La remise de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de **15 jours** à compter de son émission. L'offre **doit** faire mention du **droit de rétractation** (formulaire détachable joint au contrat de crédit) et des conditions de sa mise en œuvre. L'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de **14 jours** calendaires à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit.

2) L'acceptation du contrat

Le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à une **double condition** :

- l'emprunteur n'a pas utilisé de sa faculté de rétractation ;

– le prêteur a fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de **7 jours**.

3) Le crédit garanti par une caution

La caution est une personne *qui s'engage à payer à la place d'un débiteur en cas de défaillance de celui-ci*. Elle doit, dans le cadre d'un contrat de crédit, recevoir l'offre préalable. Elle doit faire précéder sa signature d'une mention manuscrite impérative, à peine de **nullité** du cautionnement : « *En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même* ».

Dès le premier incident de paiement, le prêteur doit en informer la caution. À défaut, la caution n'est pas tenue des pénalités ou intérêts de retard. Au minimum **une fois par an**, la caution doit être informée par le prêteur de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires (intérêts) sous peine de **déchéance** de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités. L'établissement de crédit doit avoir vérifié que l'engagement de la caution n'est pas disproportionné à ses biens et ses revenus.

B – Les effets du contrat de crédit à la consommation

1) La mise à disposition et le remboursement des fonds

Pendant un délai de **7 jours** à compter de l'acceptation du contrat par l'emprunteur, aucun paiement ou dépôt ne peut être fait ni par le prêteur, ni par l'emprunteur.

À compter du jour suivant la mise à disposition des fonds à l'emprunteur et en cas de rétractation, l'emprunteur rembourse au prêteur le capital versé et paye les éventuels intérêts cumulés sur ce capital. Le prêteur n'a droit à **aucune indemnité** versée par l'emprunteur en cas de rétractation.

Tant que la chose n'a pas été livrée ou le service fourni, l'emprunteur n'est tenu à aucune obligation envers le prêteur.

Selon l'article L. 311-22 du Code de la consommation, « *L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, le crédit qui lui a été consenti. Dans ce cas, les intérêts et frais afférents à la durée résiduelle du contrat de crédit ne sont pas dus* ».

2) Les particularités du crédit affecté

En cas de crédit affecté, **deux contrats** sont liés entre eux : un **contrat de vente** (contrat principal) et un **contrat de crédit** (contrat accessoire). Le contrat de vente est affecté d'une **condition**

suspensive : il n'est définitivement conclu que si le crédit est octroyé. Le contrat de crédit prend effet à compter de la livraison de la chose ou de l'exécution de la prestation de service.

3) Les conséquences de la défaillance de l'emprunteur

Si l'emprunteur est défaillant (non-respect des échéances), le *tribunal d'instance* peut être saisi dans le délai de **2 ans**. Le juge peut néanmoins octroyer un **délai de grâce** (2 ans maximum).

Le prêteur peut exiger de l'emprunteur défaillant le remboursement du capital restant dû, les intérêts échus mais non payés, les intérêts de retard sur ces sommes et une indemnité plafonnée à 8 % du capital restant dû.

♦ Application

Mme Gaillard a acheté un canapé relaxation pour l'anniversaire de son mari. Elle l'a choisi couleur taupe et a payé la somme de 1 500 €. Le jour de la livraison est enfin arrivé, le transporteur livre le bien et à la grande déception de Mme Gaillard, le canapé est jaune. Elle arrive à joindre le vendeur par téléphone qui lui indique qu'il n'a plus d'autres modèles du fait d'une forte demande. Cette réponse ne la satisfait pas du tout.

Que peut faire Mme Gaillard dans cette situation ?

Correction

Le commerçant est tenu à une obligation de conformité. Le bien vendu doit correspondre à ce qui a été prévu au contrat. Lorsque le débiteur de l'obligation de conformité ne respecte pas ses engagements, plusieurs solutions s'offrent au consommateur. Le créancier peut demander le remplacement du bien ou la restitution du prix. Si le consommateur estime avoir subi un préjudice du fait de l'inexécution du contrat, il pourra également engager la responsabilité contractuelle du commerçant et obtenir des dommages-intérêts.

En l'espèce, la solution concerne davantage une restitution du prix. Soit le commerçant procède spontanément à cette restitution, soit Mme Gaillard devra saisir le juge de proximité (montant < 4 000 €).

Le compte de dépôt bancaire et les transferts de fonds

1 ♦ LE COMPTE DE DÉPÔT BANCAIRE

Il existe deux sortes de comptes bancaires :

- **le compte de dépôt** qui est un compte attribué par un établissement de crédit à un client (personne physique ou morale) pour lui permettre de gérer son argent par des remises et des retraits ;
- **le compte-courant** qui est un compte qui permet à deux parties (banque/ commerçant ou deux commerçants) d'opérer un règlement réciproque et simplifié de leurs créances.

A – La création du compte de dépôt bancaire

La création d'un compte de dépôt repose sur une convention, dite **convention de compte**, conclue entre un établissement de crédit et son client. Toute **personne physique ou morale** domiciliée en France a droit à l'ouverture d'un compte de dépôt dans l'établissement de crédit de son choix. Si cet établissement refuse, la personne concernée peut s'adresser à la Banque de France pour qu'elle lui désigne un établissement de crédit qui devra lui ouvrir un compte.

1) Les conditions de formation de la convention de compte

La convention de compte doit respecter les conditions générales de formation des contrats (voir Fiche 16). Avant toute conclusion de convention de compte, l'établissement de crédit doit :

- **informer** son client sur les conditions générales d'utilisation et les prix des différents services proposés ;

- **vérifier l'identité, le domicile et la capacité du client.** Si celui-ci est un commerçant (personne physique ou personne morale), il doit lui demander un document (Extrait K-Bis) indiquant sa dénomination, sa forme juridique, son siège social et les éléments d'identification du représentant légal pour la personne morale.

2) Le contenu de la convention de compte

La convention de compte doit comporter notamment les mentions suivantes :

- la durée de la convention, ses conditions de renouvellement et ses modalités d'évolution ;
- les services dont le client bénéficie ou peut bénéficier ;
- les modalités d'obtention, de fonctionnement et de retrait des moyens de paiement ;
- les procédures à respecter pour faire opposition à une opération ;
- les modalités d'information du client sur les mouvements de compte.

Le client doit être informé des conséquences d'une situation débitrice non autorisée ainsi que des informations suivantes : modalités de découvert autorisé de moins de 3 mois, modalités de procuration, conditions de transfert, de résiliation et de clôture du compte de dépôt.

B – Le fonctionnement du compte de dépôt bancaire

1) Les obligations des parties

L'ouverture d'un compte de dépôt bancaire crée des obligations à la charge du client et de l'établissement de crédit.

Obligations de l'établissement de crédit	Obligations du client
<ul style="list-style-type: none"> – Tenir le compte : assurer les encaissements, effectuer les paiements et exécuter les ordres reçus du titulaire du compte. – Fournir au client au moins une fois par mois un relevé des opérations effectuées. – Restituer les fonds lorsque le client le demande. – Respecter le secret professionnel (sauf cas particuliers). 	<ul style="list-style-type: none"> – Payer les intérêts sur les soldes provisoires débiteurs ; – Payer les commissions de fonctionnement prévues par la convention de compte.

La loi impose aux établissements bancaires un ensemble de *prestations de base gratuites* et notamment : la délivrance de RIB, un changement d'adresse au maximum une fois par an, l'encaissement de virements reçus et de chèques déposés sur le compte, le dépôt et le retrait d'espèces à la banque, un moyen de consulter à distance le solde du compte et une carte de paiement permettant de régler les achats ou, à défaut, une carte autorisant des retraits d'espèces hebdomadaires sur les distributeurs de billets des banques.

Depuis 2005, il n'est plus interdit aux établissements de crédit de rémunérer les comptes de dépôt.

2) La clôture du compte de dépôt bancaire

Il existe différents cas de clôtures :

- d'un *commun accord* entre les parties ;
- par *décision unilatérale* de l'une ou de l'autre partie lorsque la convention est à durée indéterminée. Un préavis doit être respecté ;
- *absence de mouvements bancaires* sur le compte. Les fonds détenus par la banque sont déposés à la Caisse des dépôts et consignations quand ils ne font pas l'objet d'opération ou de réclamation depuis 10 ans. Ils sont définitivement acquis à l'État dans un délai de 30 ans ;
- *décès du titulaire du compte* (ou dissolution de la personne morale titulaire du compte).

La banque va procéder au calcul du solde du compte qui devient *immédiatement exigible* par le client. Elle ne peut facturer des frais de fermeture.

2 ♦ LES TRANSFERTS DE FONDS

Les transferts de fonds s'effectuent par différents moyens de paiement : virement, chèque et carte.

A – Le virement bancaire

1) Le virement classique

Le virement est une *opération de transfert de fonds d'un compte bancaire ou postal vers un autre compte bancaire ou postal*. Cette opération s'effectue par l'inscription d'une écriture au débit du compte d'un donneur d'ordre et d'une écriture au crédit du compte d'un bénéficiaire.

Le débiteur émet un ordre de virement, écrit ou non, qui est révoquant jusqu'au débit du compte. Le banquier doit exécuter l'ordre de virement.

Le virement vaut paiement lorsque la somme a été créditée au compte du bénéficiaire. L'opération devient alors *irrévocable*.

2) Les modalités particulières de virement

Il existe deux modalités particulières de virement très utilisés : l'avis de prélèvement et le titre interbancaire de paiement.

L'avis de prélèvement	<p>Il est utilisé pour des transferts périodiques. Par exemple, le paiement de factures de téléphone. Il repose sur un double mandat :</p> <ul style="list-style-type: none"> – le créancier est autorisé par le débiteur à s'adresser directement à la banque pour se faire payer la créance qui lui est due ; – le débiteur autorise le banquier à débiter son compte du montant des sommes à payer.
Le titre interbancaire de paiement	<p>Le TIP est un ordre de paiement préétabli et rédigé par le créancier qui l'adresse au débiteur avec une facture. Le débiteur, lorsqu'il accepte ce mode de paiement, le retourne au créancier signé et daté.</p>

B – Le chèque

Le chèque est un écrit par lequel **le titulaire d'un compte bancaire (le tireur) donne l'ordre à sa banque (le tiré) de payer une certaine somme à un bénéficiaire**. L'établissement de crédit doit vérifier avant la remise de formules de chèques que le demandeur ne fait pas l'objet d'une **interdiction bancaire ou judiciaire**. Le tiré est forcément un établissement de crédit, un prestataire de service d'investissement, le trésor public, la caisse des dépôts et consignations ou la Banque de France.

1) L'émission du chèque

Le chèque doit revêtir certaines mentions **obligatoires** :

- la dénomination de chèque ;
- le mandat pur et simple de payer une somme déterminée (indiquée en chiffres et en lettres) ;
- le nom de l'établissement de crédit qui doit payer (le tiré) ;
- le lieu de paiement – la date et le lieu de création du chèque ;
- la signature du tireur.

Si l'une de ces mentions n'apparaît pas, le titre de paiement **ne vaut pas chèque**.

Le chèque peut indiquer le nom du bénéficiaire ou laisser en blanc cette indication. Dans ce cas, le chèque est dit « au porteur ». Il est réputé être émis à l'ordre de celui qui le détient.

2) La provision

Elle est la *somme suffisante et disponible que le tireur doit avoir sur son compte bancaire au moment où il signe le chèque*. Cette provision est alimentée notamment par des dépôts d'espèces et des chèques encaissés.

Si le compte bancaire n'est pas approvisionné, le tireur peut être poursuivi pour émission de chèque *sans provision*. Lorsque le banquier constate l'absence ou l'insuffisance de provision lors de la présentation d'un chèque au paiement (montant supérieur à 15 €), il doit adresser au titulaire du compte une lettre d'injonction pour l'avertir des conséquences du défaut de provision et des moyens possibles de régularisation de sa situation. Le chèque est présenté une *seconde fois* et si la banque refuse de payer, on parle *d'incident de paiement*. Le banquier peut alors demander au tireur de restituer les formules de chèques qu'il possède et de ne plus émettre de chèques. À *défaut de régularisation*, une procédure d'*interdiction bancaire* est déclenchée : information de la Banque de France, interdiction d'émettre des chèques pendant 5 ans. La régularisation peut avoir lieu à tout moment.

3) La transmission du chèque

Le tireur peut remettre matériellement le chèque au bénéficiaire (par tradition) ou procéder à son *endossement*. Il s'agit, pour une personne (l'endosseur), d'apposer sa signature au dos du chèque pour en permettre le paiement à un nouveau bénéficiaire (l'endossataire).

Il existe deux types d'endossement :

- *translatif* : l'endosseur (le porteur du chèque) transmet la propriété du chèque à un endossataire. Il peut y avoir plusieurs endossataires successifs sachant que tous les endosseurs seront *garants solidaires* du paiement du chèque. Un chèque portant la mention « non à ordre » ne peut être endossé ;
- *de procuration* : le porteur du chèque donne mandat à une autre personne de présenter le chèque à l'encaissement.

4) Le paiement du chèque

Il est possible de refuser le paiement par chèque sauf dans les cas où ce mode de paiement est imposé par la loi. Le chèque est payable à vue (sur présentation). Il doit être présenté au paiement chez le banquier tiré, dans le délai *de 8 jours* de son émission. À compter de l'expiration de ce délai, le banquier, qui doit vérifier l'authenticité de la signature, doit en assurer le paiement pendant *un délai d'un an*. La propriété de la provision est transmise au bénéficiaire dès la remise du chèque. Le paiement du chèque libère le débiteur de son obligation de paiement.

5) L'opposition au paiement du chèque

Lorsque le tireur fait opposition, le banquier a l'interdiction de payer le chèque qui lui est présenté. Si le banquier effectue malgré tout le paiement, il devra recrediter le compte bancaire de la somme correspondante. L'opposition est strictement encadrée par la loi et ne peut intervenir que dans des situations particulières : **vol, perte, utilisation frauduleuse du chèque, redressement ou liquidation judiciaire**. Lorsque le titulaire du compte fait opposition et utilise malgré tout son chéquier, il peut être poursuivi pénalement pour **escroquerie** à l'égard du bénéficiaire du chèque et pour **abus de confiance** à l'égard de sa banque.

C – La carte bancaire

Elle est délivrée par un établissement de crédit et permet, selon les prestations choisies, d'effectuer des retraits dans les distributeurs de billets et/ou des retraits et des paiements auprès des commerçants.

1) Les différentes cartes bancaires

Les principaux types de cartes bancaires sont :

- **les cartes de retrait** : elles sont émises par les établissements de crédit. Le titulaire de cette carte ne peut effectuer que des retraits d'espèces ou des transferts de fonds ;
- **les cartes de paiement** : elles sont émises par les établissements de crédit. Elles permettent au titulaire de la carte de payer des achats de biens ou prestations de services directement au professionnel ;
- **les cartes de crédit** : elles sont émises par les établissements de crédit ou les commerçants. Elles offrent au titulaire de la carte la possibilité d'effectuer un paiement différé de ses achats.

2) Les contrats régissant les relations liées aux cartes bancaires

a) Le contrat porteur

Il est conclu entre l'établissement de crédit et le client. Il existe dans tous les cas et détermine les conditions d'utilisation de la carte. Il implique des obligations réciproques :

- le banquier s'engage à **payer** les factures issues de l'utilisation de la carte bancaire. En cas de non-approvisionnement du compte, le banquier se doit de payer à hauteur d'un **plafond fixé dans le contrat** ;

- le client doit **approvisionner** son compte, ne pas divulguer son code confidentiel, signer sa carte au verso et signer le ticket de caisse ou facturette (si montant > 1 500 €), déclarer immédiatement le vol ou la perte de sa carte.

b) Le contrat fournisseur

Il est conclu entre un **établissement de crédit et un professionnel** (commerçant, artisan, professionnel libéral...).

Le professionnel doit vérifier la validité de la carte, demander une autorisation spéciale au centre gestionnaire de la carte lorsque le montant de la facture est supérieur à un certain plafond prédéterminé. Le professionnel doit verser une commission à l'établissement de crédit sur les transactions effectuées.

L'ordre de paiement donné par carte est en principe **irrévocable**. Lorsque le professionnel informe ses clients qu'il est adhérent d'un système de paiement par carte, il ne peut refuser ce type de paiement. Toutefois, le professionnel peut exiger un **montant minimum** d'achat pour accepter le paiement par carte sachant que le client doit en avoir été informé.

3) L'opposition

L'opposition interdit à l'établissement de crédit de payer les factures présentées. Cette opposition intervient en cas **de vol, de perte ou d'utilisation frauduleuse de la carte** (par exemple sur Internet). L'opposition doit intervenir dans les plus brefs délais. La banque vérifiera si le client a été ou non négligent.

Le banquier supporte les conséquences des opérations postérieures à l'opposition. Néanmoins, si l'utilisateur a demandé l'opposition dans des délais convenables, les paiements correspondant à des opérations effectuées sans son accord lui sont remboursés dans la limite de **150 €**. Lorsque le titulaire de la carte fait opposition et utilise malgré tout sa carte de paiement, il peut être poursuivi pénalement.

◆ Application

Mme Martin vend un scooter à un particulier pour la somme de 1 200 €. Elle présente le chèque au paiement et apprend que l'acheteur a fait opposition à son chéquier pour vol. Mme Martin est persuadée de la mauvaise foi de l'acheteur car, au moment de la vente, ce dernier a rempli le chèque sous ses yeux. Mme Martin avait d'ailleurs confronté les informations portées sur ce chèque avec celles inscrites sur la pièce d'identité de l'acheteur.

Que doit-elle faire ?

Correction

On peut conseiller à Mme Martin dans un premier temps de se rapprocher de l'acheteur pour obtenir, à l'amiable, le paiement en espèce de la somme due. En cas d'impossibilité, Mme Martin pourra se présenter à la gendarmerie ou à la police nationale et porter plainte pour escroquerie.

L'escroquerie est « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ».

L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.

Les contrats de crédit aux entreprises

1 ♦ LE CONTRAT DE PRÊT D'ARGENT

Il se définit comme un *contrat par lequel une personne, le prêteur, remet une somme d'argent à une autre personne, l'emprunteur, qui s'engage à la rembourser dans un certain délai et à payer les intérêts convenus.*

Ce contrat a la particularité d'être qualifié de *contrat réel* (la remise des fonds est une condition de formation du contrat) lorsqu'il est consenti à un particulier et de *contrat consensuel* lorsqu'il est conclu avec un professionnel.

A – Les conditions de formation du contrat de prêt

Le contrat de prêt doit respecter les conditions de validité de formation des contrats (voir Fiche 16).

Il doit contenir certaines mentions comme le montant de la somme empruntée, les modalités de remboursements, le terme convenu et le taux effectif global (TEG). *Il s'agit du taux conventionnel auquel sont rajoutées toutes les charges liées au prêt* (frais, commissions ou rémunérations de toute nature).

Le prêt ne doit pas être *usuraire*, c'est-à-dire consenti à un TEG qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques identiques.

Lorsqu'un prêt est usuraire, les perceptions excessives doivent être reversées au capital de la créance. Si celle-ci a été totalement remboursée, le prêteur doit restituer les sommes indûment perçues, avec intérêts.

L'usure est un **délit pénal** (punissable d'un emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 45 000 €) et peut ouvrir droit à une **sanction civile** (dommages-intérêts) du fait du préjudice subi. Toutefois, l'usure n'est plus aujourd'hui un **délit pénal** pour les prêts consentis à des personnes morales exerçant une activité commerciale, industrielle ou financière et pour les personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels.

B – Les effets du contrat de prêt

Les parties au contrat de prêt sont tenues à différentes obligations.

Obligations de l'emprunteur	Obligations du prêteur
<ul style="list-style-type: none"> – Rembourser le capital emprunté. – Payer les intérêts. 	<ul style="list-style-type: none"> – Mettre à disposition la somme convenue à la date prévue. – Indiquer par écrit le TEG.

2 ♦ LE CRÉDIT AVEC MOBILISATION DE CRÉANCES

Il s'agit pour les entreprises d'utiliser les créances qu'elles détiennent pour se procurer des fonds à court terme et ainsi financer leur activité. Trois mécanismes sont mis à leur disposition : l'escompte, l'affacturage et le bordereau Dailly.

A – L'escompte

1) Définition

L'escompte est une **opération par laquelle le client d'une banque remet à cette dernière un effet de commerce afin qu'elle lui en paie immédiatement le montant.**

L'effet de commerce et le titre de paiement comportant une échéance pouvant être escomptés sont la lettre de change et le billet à ordre :

- **la lettre de change (traite)** : titre par lequel une personne (le tireur) donne l'ordre à l'un de ses débiteurs (le tiré) de payer une certaine somme à une certaine date à une tierce personne (le bénéficiaire ou le porteur du titre) ;
- **le billet à ordre** : titre par lequel une personne, le souscripteur, s'engage à payer à une date déterminée une somme d'argent à une autre personne (le bénéficiaire).

2) Le contrat d'escompte

L'escompte repose sur un contrat et peut concerner un ou plusieurs effets de commerce. Le plus souvent, la banque et le professionnel concluent un **contrat-cadre** qui permet d'escompter les effets de commerce remis par le client jusqu'à un certain plafond (fixé en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise et de la durée du crédit). Le crédit se reconstitue au fur et à mesure du paiement des créances transférées. Le banquier perçoit des intérêts (liés à la rémunération du crédit fourni) et des commissions appelées agios.

3) Les effets de l'escompte

Le banquier devient **propriétaire** de la créance. À l'échéance de l'effet de commerce, il pourra réclamer le paiement au tiré ou au souscripteur du billet à ordre. Le porteur peut bénéficier immédiatement de la somme sans avoir à attendre l'échéance de l'effet de commerce pour l'encaisser.

Si le débiteur a accepté l'effet de commerce, il ne peut opposer au porteur les litiges éventuels (par exemple, la mauvaise qualité de la marchandise reçue) qu'il rencontre avec le créancier. On parle **d'inopposabilité des exceptions**. À l'inverse, si le débiteur n'a pas accepté l'effet de commerce, le tiré peut refuser de payer en opposant les exceptions liées à la dette. Lorsque le tiré ne paie pas, le porteur peut agir contre tous les signataires de l'effet de commerce qui sont **solidaires** du paiement.

B – L'affacturage (ou factoring)

1) Définition

L'affacturage est un **contrat par lequel un établissement de crédit** (l'affactureur ou le factor) **se charge moyennant rémunération** (commission de factoring) **d'opérer le recouvrement des créances qui lui ont été transférées par un adhérent**. Le factor fait l'avance des fonds à l'adhérent et supporte le risque d'être impayé.

2) Le contrat d'affacturage

Le contrat d'affacturage a pour objet la gestion des créances que l'adhérent cède au factor, leur garantie de bonne fin et leur financement.

En principe, la cession est faite en **exclusivité ou en globalité** : l'adhérent s'engage à transférer toutes les factures et ne peut sélectionner les créances ou en céder une partie à un autre prestataire (sauf accord contraire des parties). Le factor, quant à lui, se réserve le droit d'opérer un tri entre les créances et ne garder que celles dont il est assuré du recouvrement.

L'adhérent doit remettre au factor les factures qui justifient ses créances et une **quittance subrogative** permettant au factor de se substituer à lui pour exiger le paiement de la créance. Le factor devient propriétaire de la créance et des éventuelles sûretés qui la garantissent.

Lorsque le factor a approuvé la créance qui est certaine et exigible, il doit en régler immédiatement le montant même en cas de non-paiement du débiteur (garantie de bonne fin). Lorsque la créance n'est pas approuvée, le factor ne paiera que si le débiteur règle sa dette.

3) Les effets pour le débiteur

L'adhérent se doit de notifier la subrogation à ses clients pour qu'ils paient directement le factor. Lorsque la subrogation n'a pas été portée à la connaissance du débiteur, celui-ci peut se libérer auprès du créancier initial.

Le débiteur peut opposer **toutes les exceptions** qu'il aurait pu faire valoir auprès du créancier.

C – Le bordereau Dailly

1) Définition

Le bordereau Dailly permet à une entreprise individuelle ou une personne morale **de nantir ou de céder ses créances professionnelles** à un établissement de crédit qui lui en verse immédiatement le montant. Ce bordereau est une forme simplifiée de cession de créances. Les créances sont transférées avec les sûretés qui les garantissent.

2) Le contrat-cadre et les conditions liées au bordereau

Le banquier signe avec son client une **convention-cadre** dans laquelle il fixe les conditions de mobilisation, d'utilisation et de recouvrement des créances. La cession ou le nantissement est matérialisé par la remise d'un bordereau qui doit contenir certaines mentions :

- dénomination « actes de cession de créances professionnelles » ;
- le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire de la cession (cessionnaire) ;
- la désignation ou l'individualisation des créances cédées (nom du débiteur, lieu de paiement, montant ou évaluation des créances, échéances éventuelles) ;
- la signature manuscrite de celui qui cède (le cédant) ;
- la date de cession qui est inscrite par le cessionnaire. La cession prend effet et est opposable aux tiers à compter de cette date.

Lorsqu'une de ces mentions manque, le titre ne vaut pas comme acte de cession de créances professionnelles.

3) *Les effets de la cession Dailly*

Les effets sont différents selon le type de bordereau :

- ***bordereau simple*** : le cédé (débiteur de la créance) n'est pas informé de la cession. Il peut valablement se libérer (payer) entre les mains du cédant ;
- ***bordereau avec notification de la cession au débiteur cédé*** : celui-ci se doit de payer le cessionnaire. Il n'y a pas d'effet libératoire lorsque le débiteur a payé le cédant. Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions ;
- ***bordereau avec acte d'acceptation de la cession par le cédé*** : celui-ci se doit de payer le cessionnaire. Le cédé ne peut opposer au cessionnaire des exceptions liées au contrat initial.

Dans tous les cas, le cédant est ***garant solidaire*** du paiement des créances cédées : si le cédé ne paie pas, le cédant est tenu de payer à sa place.

3 ♦ LE CRÉDIT SANS MOBILISATION DE CRÉANCES : LE CRÉDIT-BAIL

A – Définition

L'opération de crédit-bail ***permet à une entreprise de se procurer des biens sans investir de fonds***. Une entreprise de crédit-bail achète, sur la demande d'un client, un bien d'équipement ou un immeuble à usages professionnel pour le lui donner en location pendant une durée déterminée. Le client paie en contrepartie un loyer ou une redevance.

Au terme convenu, le locataire bénéficie d'une ***option*** : restituer le bien à l'entreprise de crédit-bail ou l'acquérir à un prix prenant en compte les versements effectués à titre de loyer.

Il existe deux situations particulières :

- ***la cession-bail (lease-back)*** : le propriétaire d'un bien d'équipement ou d'un immeuble industriel ou commercial le vend à une entreprise de crédit-bail qui lui en confère aussitôt la jouissance par un contrat de crédit-bail ;
- ***le crédit-bail adossé*** (crédit-bail fournisseur) : un fournisseur vend un bien à un établissement de crédit qui le lui reloue immédiatement en crédit-bail. Le fournisseur sous-loue ensuite le bien à l'utilisateur.

B – Les contrats nécessaires à la mise en place d'un crédit-bail

Dans cette opération, trois parties interviennent : *l'utilisateur futur du bien* (crédit-preneur), *l'établissement de crédit qui achète le bien* (crédit-bailleur) et le *vendeur de bien*. Deux contrats sont donc nécessaires à la mise en place du crédit-bail : un contrat de crédit-bail et un contrat de vente.

1) Le contrat de crédit-bail

Il est conclu entre le crédit-preneur et le crédit-bailleur. L'établissement de crédit met à la disposition de l'utilisateur le bien et celui-ci doit en prendre livraison. Le crédit-preneur verse un loyer pendant une *période irrévocable* prévue contractuellement au cours de laquelle il ne peut pas mettre fin à la location. Le crédit-preneur doit assurer le bien et en faire bon usage. Il ne peut sous-louer le bien (sauf crédit-bail adossé), à défaut il peut être poursuivi pour abus de confiance. Le crédit-preneur qui ne lève pas l'option à la fin du contrat doit restituer le bien.

Le crédit-bailleur a une obligation de délivrance du bien, il doit en assurer la jouissance paisible.

En cas de non-paiement des loyers par le crédit-preneur, l'établissement de crédit peut demander la *résiliation* du contrat. Celle-ci peut également intervenir en cas de résolution du contrat de vente, de force majeure ou de dissolution de la personne morale.

Le crédit-bailleur doit s'assurer des capacités de remboursement du crédit-preneur, à défaut il engage sa responsabilité.

2) Le contrat de vente

Il intervient entre le crédit bailleur et le vendeur du bien. Lorsque le crédit-bail est mobilier, l'opération doit être inscrite sur un registre spécial auprès du greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social de l'utilisateur. Lorsque le crédit-bail est immobilier, la publication au bureau des hypothèques est *obligatoire* lorsque la durée du contrat est *supérieure à 12 ans*. Le vendeur est tenu à toutes les obligations induites par le contrat de vente (voir Fiche 18).

♦ Application

Par une convention-cadre, la SARL Alix, dont l'activité est la vente de matériel électrique, s'est engagée à céder ses créances professionnelles par bordereau Dailly (avec notification de la cession aux débiteurs cédés) à la Banque de Savoie. Parmi les créances cédées se trouve celle concernant une vente de tableaux électriques à la SARL JF Elec dont l'échéance est le 28 août 2012.

Le 28 août 2012, la Banque de Savoie se tourne donc vers la société JF Elec pour le paiement de la créance. Le dirigeant de la société refuse de payer au motif que les tableaux ont été renvoyés pour défauts de fabrication.

Que peut faire la Banque de Savoie ?

Correction

Il existe différents bordereaux Dailly dont celui avec notification de la cession au débiteur cédé. Le débiteur se doit de payer le cessionnaire de la créance. Toutefois, il peut lui opposer toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer à son créancier (vices liés à la vente, causes de nullité, compensation...). Le cédant reste alors garant du paiement.

En l'espèce, le dirigeant de la SARL JF Elec peut tout à fait opposer à la banque de Savoie les défauts qui ont affecté la vente pour ne pas payer sa dette. La Banque de Savoie doit se retourner contre le cédant (SARL Alix) pour le paiement de sa créance.

Les sûretés

1 ♦ LES SÛRETÉS

Une sûreté est une garantie accordée à un créancier pour le recouvrement de sa créance. Il en existe deux catégories :

- **les sûretés personnelles** : elles résultent de l'engagement d'une tierce personne au côté du débiteur pour assurer le paiement de sa dette en cas de défaillance de celui-ci ;
- **les sûretés réelles** : le débiteur offre en garantie un bien meuble ou immeuble pour assurer le paiement de sa dette.

2 ♦ LES SÛRETÉS PERSONNELLES

Il existe trois types de sûretés personnelles : le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention.

A – Le cautionnement

1) Définition

Le cautionnement est un contrat unilatéral (et accessoire à un contrat principal) par lequel une personne (la caution) s'engage **à exécuter l'obligation d'un débiteur** (la personne cautionnée) lorsque celui-ci est **défaillant**.

2) La formation et l'exécution du contrat de cautionnement (ou cautionnement)

Le contrat de cautionnement doit être **express** mais pas forcément écrit. Dans certains cas, la loi exige un formalisme pour sa validité. Par exemple, pour les cautionnements dans le cadre du crédit à la consommation (voir Fiche 21).

Le cautionnement doit être donné pour une **somme déterminée ou déterminable**, pour une **durée limitée ou non**. Il ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal.

Le créancier a une obligation d'information sur l'évolution de la dette garantie, à l'égard de la caution.

Cautionnement simple	Une seule caution	Le créancier n'a le droit de demander à la caution de payer que si le débiteur ne paie pas. La caution a un bénéfice de discussion . Elle peut exiger que les biens du débiteur soient vendus en premier lieu avant d'être appelée à payer.
	Plusieurs cautions	La caution poursuivie peut demander le bénéfice de division au créancier afin qu'il divise ses poursuites entre les cautions.
Cautionnement solidaire	Une seule caution	Le créancier a le choix de demander le paiement au débiteur ou à la caution (absence du bénéfice de discussion).
	Plusieurs cautions	Le créancier peut s'adresser à n'importe quelle caution et lui demander de payer la totalité de la dette. À charge pour celle-ci de se retourner contre les autres cautions pour se faire rembourser le montant dû par chacune (le bénéfice de division est écarté).

Lorsque plusieurs cautions sont engagées pour le paiement d'une dette, elles sont dites **cofidéjuseurs**.

La caution peut opposer au créancier **toutes les exceptions** que le débiteur auraient pu faire valoir concernant la dette. Lorsque la caution effectue le paiement, elle dispose d'un recours contre ce dernier pour se faire rembourser la somme versée (recours personnel ou subrogatoire).

Il y a extinction du cautionnement lorsque l'obligation principale s'éteint ou lorsque la caution a payé le créancier.

B – La garantie autonome

Elle se définit comme un contrat par lequel une personne, le garant, prend l'engagement **de payer une somme d'argent à un tiers, le bénéficiaire (le créancier) à la demande d'un débiteur (le donneur d'ordre)**, sans pouvoir opposer d'exceptions. Le paiement peut être effectué dès la première demande (garantie à première demande) ou suivant ce qui a été convenu. **Le garant ne se substitue pas au créancier une fois le paiement effectué.** Le garant n'est pas tenu de payer en cas d'abus ou de fraude manifeste du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

La garantie est dite autonome car elle est indépendante de l'obligation garantie.

C – La lettre d'intention

Il s'agit de l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet **le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier.** La lettre d'intention peut comporter une **obligation de moyen** (tout faire pour que le débiteur honore le paiement de sa dette) ou d'une **obligation de résultat**. Dans ce dernier cas, le garant n'est pas tenu d'exécuter les obligations du débiteur mais doit simplement indemniser le créancier impayé pour le préjudice subi.

3 ♦ LES SÛRETÉS RÉELLES

Il existe deux types de sûretés réelles : mobilières et immobilières.

A – Les sûretés réelles mobilières

La sûreté peut porter sur des meubles corporels (gage) ou incorporels (nantissement).

1) Le gage

Il se définit comme la convention par laquelle le constituant accorde à un créancier (gagiste) le droit de **se faire payer par préférence à ses autres créanciers** sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. Les créances garanties peuvent être présentes ou futures (dans ce cas, elles doivent être déterminables). Le contrat doit respecter les conditions de validité de formation des contrats (voir Fiche 16). Le gage peut être **avec ou sans dépossession** du bien (ex. : un gage des stocks).

a) Le gage avec dépossession du débiteur

Lorsque le gage est avec dépossession, le débiteur (personne qui est propriétaire du bien et qui est libre d'en disposer) remet le bien gagé entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu (entièrement). Le contrat doit **être écrit** et désigner le bien gagé et la dette garantie.

Le créancier gagiste qui reçoit le bien en acquiert la possession et peut en percevoir les fruits (cela viendra en déduction des intérêts ou, à défaut, du capital de la dette). Il doit assurer **sa conservation et son entretien**. Il sera remboursé des dépenses utiles et nécessaires à cette conservation par le débiteur.

Le créancier dispose d'un **droit de rétention** qui lui permet de conserver le bien jusqu'au paiement intégral. Si le débiteur ne paie pas à l'échéance, le créancier gagiste a deux possibilités :

- **faire vendre le bien gagé** et se faire payer sur le prix de vente. Lorsque le **gage est civil**, la vente se fait aux enchères publiques sur autorisation judiciaire. Lorsque le **gage est commercial**, 8 jours après le défaut de paiement, le créancier gagiste peut mettre le bien gagé en vente après une simple signification au débiteur. Le vendeur, du fait de son **droit de préférence**, sera payé en priorité sur le prix de vente ;
- **conserver le bien gagé** sur décision de justice ou en application d'une clause du contrat (pacte compromissoire).

Une fois le paiement effectué, le créancier doit rendre le bien gagé. Si le bien gagé n'est pas rendu en bon état, le constituant peut réclamer des dommages-intérêts.

b) Le gage sans dépossession du débiteur

Ce type de gage nécessite une **publicité par l'inscription du gage sur un registre spécial**. Cette publicité s'effectue par le créancier gagiste. En cas de plusieurs gages sans dépossession sur le même bien, les créanciers gagistes sont classés en fonction de leur date d'inscription sur le registre.

Le débiteur doit conserver le bien. À défaut, le créancier peut faire valoir la **déchéance du terme** de la créance garantie (elle devient immédiatement exigible). Le créancier gagiste dispose **d'un droit de suite** qui lui permet de réclamer la chose en quelque main qu'elle se trouve.

2) Le nantissement

Le nantissement est une sûreté qui porte sur des meubles incorporels (fonds de commerce, brevet, créance, parts sociales). Il peut être **conventionnel ou judiciaire**. Le créancier dispose d'un **droit de suite** et d'un **droit de préférence** (voir le gage).

D'une manière générale, le nantissement obéit aux règles du gage (avec ou sans dépossession).

Pour le nantissement de créance : il doit être constaté par *écrit* et doit désigner les créances garanties et les créances nanties qui peuvent être présentes ou futures. Dans ce cas, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance. Lorsque la créance nantie est future, le créancier acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci. Le nantissement est opposable aux tiers à la date du contrat. Les sommes dues au titre de la créance nantie doivent être payées entre les mains du créancier nanti. Si la somme versée est supérieure à ce qui est dû, le créancier nanti doit rembourser le surplus (pour le nantissement de fonds de commerce, voir Fiche 20).

B – Les sûretés réelles immobilières

Le débiteur garantit le paiement de sa créance par un bien immobilier. Il existe principalement trois sortes de sûretés réelles immobilières : *les hypothèques, l'antichrèse et le prêt viager*.

1) Les hypothèques

Elles peuvent être conventionnelles, légales ou judiciaires. Le dispositif de l'hypothèque rechargeable est supprimé par la loi Hamon du 17 mars 2014.

<p>Hypothèque conventionnelle</p>	<p>L'hypothèque est consentie par un contrat entre le débiteur (constituant) et le créancier pour garantir une créance (montant principal et intérêts). L'hypothèque doit faire l'objet d'un acte notarié et être inscrite au bureau des hypothèques du lieu où se trouve l'immeuble. Un bien immobilier peut faire l'objet de plusieurs hypothèques. Le rang de chaque hypothèque dépend de la date de son inscription.</p> <p>Le créancier hypothécaire a un droit de suite et un droit de préférence.</p> <p>Lorsque le débiteur a remboursé sa dette, l'hypothèque fait l'objet d'une mainlevée.</p> <p>Il y a réalisation de l'hypothèque en cas de défaut de paiement. Le créancier hypothécaire a le choix entre :</p> <ul style="list-style-type: none"> – la vente forcée de l'immeuble ; – l'attribution de l'immeuble en pleine propriété (sauf si l'immeuble est la résidence principale du débiteur).
<p>Hypothèque légale</p>	<p>L'hypothèque est accordée de plein droit par la loi dans certains cas. Par exemple, l'hypothèque légale d'un époux sur les biens de son conjoint.</p>

Hypothèque judiciaire	Lorsqu'un débiteur est condamné en justice, le créancier peut demander au juge l'autorisation d'inscrire une hypothèque pour garantir l'exécution de la décision de justice.
-----------------------	--

2) L'antichrèse

Elle se définit comme *l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation*. Elle emporte dépossession de celui qui la constitue. Le débiteur doit être le propriétaire de l'immeuble et doit pouvoir en disposer.

L'antichrèse est constituée par un *contrat établi par un notaire* qui doit faire l'objet d'une publicité foncière au bureau des hypothèques dans les **3 mois** de sa signature.

Le *créancier antichrèsiste* a les mêmes obligations qu'un créancier gagiste dans le cadre du gage avec dépossession. Il peut louer l'immeuble dont le débiteur s'est dépossédé à titre de garantie mais ne peut en percevoir les loyers (sauf convention contraire). Il a un **droit de suite et de rétention**.

L'antichrèse s'éteint :

- par le paiement total de la dette garantie ;
- par la volonté du créancier d'y mettre fin ;
- par le manquement du créancier à son obligation d'entretien (déchéance de l'antichrèse).

En cas de non-paiement de la dette à l'échéance, le créancier antichrèsiste a le choix entre :

- la vente forcée de l'immeuble ;
- l'attribution de l'immeuble en pleine propriété.

3) Le prêt viager hypothécaire

Par un contrat, *un établissement de crédit consent à une personne physique un prêt qui est garanti par une hypothèque constituée sur un immeuble*. Ce prêt ne sera remboursable (capital et intérêts) qu'au moment du décès de l'emprunteur ou lors de la vente de l'immeuble hypothéqué. L'emprunteur peut bénéficier d'un prêt en offrant son immeuble d'habitation en hypothèque sans le rembourser de son vivant. Le montant du prêt contracté ne peut être supérieur à la valeur de l'immeuble. Si l'immeuble prend de la valeur au fil des années, après remboursement de la dette, le surplus est reversé aux héritiers.

♦ Application

Oriane Clément est commerçante. Elle gère un magasin de vêtements de marque au centre d'Annecy. Elle a obtenu de sa banque un prêt de 20 000 € remboursable en 24 mensualités. Oriane Clément a demandé à une cousine, Justine, de se porter caution solidaire. Le paiement des cinq premières mensualités s'effectue correctement puis le chiffre d'affaires ayant subitement diminué, elle ne peut plus payer celle qui arrive à échéance. La banque se tourne alors directement vers Justine pour le paiement de la sixième mensualité.

Justine doit-elle payer ?

Correction

La caution peut être simple ou solidaire. Lorsqu'elle est solidaire, le créancier a le choix de demander le paiement au débiteur ou à la caution. La caution ne peut pas faire jouer le bénéfice de discussion qui consiste à faire vendre des biens du débiteur et ne payer que si cette vente ne permet pas de désintéresser complètement les créanciers.

La banque peut tout à fait se retourner contre Justine qui ne peut refuser le paiement.

L'entreprise et la responsabilité civile délictuelle

1 ♦ LA DISTINCTION ENTRE RESPONSABILITÉ CIVILE ET RESPONSABILITÉ PÉNALE

Il existe deux grandes formes de responsabilités : *la responsabilité civile et la responsabilité pénale*.

La responsabilité pénale a pour but la protection de la société, au sens large, contre le délinquant qui se définit comme l'auteur d'un acte puni par la loi pénale. L'existence de la responsabilité pénale permet dans un premier temps de dissuader une personne de commettre un acte répréhensible (fonction de prévention) et dans un second temps de la réprimer (fonction de punition) lorsque cet acte est commis.

La responsabilité civile a pour *objectif principal* la réparation par l'auteur du préjudice (dommage) qu'il a commis à l'occasion d'un *acte* (responsabilité civile contractuelle) ou d'un *fait* (responsabilité civile délictuelle). La prévention est également une fonction de la responsabilité civile. Le cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle est *impossible*.

La *responsabilité civile contractuelle* peut être engagée en cas d'inexécution d'une ou plusieurs obligations nées d'un contrat ou en raison d'un retard d'exécution (voir Fiche 17).

En ce qui concerne la responsabilité civile délictuelle, lorsque le fait est :

- volontaire, la *responsabilité est dite délictuelle*, par exemple un piéton qui se promène sur une autoroute et cause un grave accident ;
- involontaire, la responsabilité est qualifiée de *quasi délictuelle*, par exemple un échafaudage qui s'effondre et blesse des personnes.

2 ♦ LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTEUELLE ET QUASI-DÉLICTEUELLE

Selon l'article 1382 du Code civil, « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». La loi fonde, en principe, la responsabilité sur la notion de **faute**. Toutefois, de nombreuses situations se sont développées, pour lesquelles la preuve de la faute est difficile à apporter. La jurisprudence, pour permettre d'assurer malgré tout une réparation à la victime, a consacré une théorie permettant d'engager la responsabilité sur le fondement du **risque**.

A – La faute

L'approche de la faute est subjective. Le fait personnel, pour être constitutif d'une faute, doit causer un préjudice. La faute peut résulter **d'un agissement, d'une abstention ou d'une omission**. Elle peut consister en une simple **négligence** ou **imprudence**. La faute peut être **intentionnelle** ou **non-intentionnelle**. Elle doit être prouvée par la victime.

B – La théorie du risque

Selon cette théorie objective, initiée par la doctrine (Saleilles et Josserand) et utilisée par les juges, les individus sont tenus des conséquences liées aux **risques générés par l'activité** qu'ils pratiquent. La faute personnelle ici n'est pas recherchée. Cela permet d'indemniser des situations particulières comme, par exemple, les effets de la pollution engendrée par une entreprise, d'indemniser les salariés victimes d'accidents du travail.

3 ♦ LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTEUELLE

Pour que la responsabilité civile délictuelle puisse être engagée, il faut que **trois conditions** soient remplies : l'existence d'un **fait générateur**, d'un **dommage** (préjudice) et d'un **lien de causalité** entre le fait générateur et le dommage. Le délai pour agir en réparation est en principe de 5 ans. La réparation repose le plus souvent sur l'octroi de **dommages-intérêts**.

A – Le dommage

Il peut être **matériel** (détérioration d'un bien, perte de revenus...), **corporel** (atteinte à l'intégrité physique, préjudice esthétique...) ou **moral** (atteinte à l'honneur...).

Le dommage doit être **certain** (prouvé et évalué), **actuel** (au moment des faits), **direct** (la conséquence directe de la faute) et porter atteinte à un **intérêt légitime** (intérêt sérieux, conforme aux bonnes mœurs et à l'ordre public).

La victime peut être **directe ou par ricochet**, par exemple les parents proches de la victime décédée.

B – Un fait générateur

À côté de la responsabilité du fait personnel, le Code civil prévoit d'autres régimes de responsabilité :

- **du fait d'autrui** : une personne va être responsable des agissements d'une autre personne ;
- **du fait des choses** : la personne qui a la garde d'une chose est responsable du dommage que celle-ci peut causer.

1) La responsabilité du fait personnel

Comme dit précédemment, le fait personnel est constitutif d'une faute lorsqu'il cause un dommage. La personne peut néanmoins s'exonérer de sa responsabilité dans certaines circonstances (causes étrangères) : **force majeure, fait de la victime ou fait d'un tiers**.

Force majeure	Il s'agit d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à la personne. Par exemple, une tempête, une inondation. Exonération totale.
Fait de la victime	La victime a contribué à la réalisation du dommage. Par exemple, le fait pour un enfant blessé à l'occasion d'un jeu de paint-ball de s'être exposé délibérément au risque très aggravé de blessures, en retirant son casque protecteur. L'exonération peut être totale ou partielle.
Fait d'un tiers	Le tiers est à l'origine ou a contribué à la réalisation du dommage, par exemple, un automobiliste qui emboutit un portail après avoir voulu éviter un automobiliste qui n'a pas respecté un stop. L'exonération peut être totale ou partielle.

Il existe par ailleurs des **faits dits justificatifs** qui peuvent atténuer la responsabilité de l'auteur comme, la légitime défense ou l'état de nécessité (voir Fiche 26).

2) La responsabilité du fait d'autrui

Selon l'article 1384 du Code civil, « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre* ». Cet article de loi vise (entre autre) la responsabilité :

- des **parents** du fait de leurs enfants mineurs ;
- des **artisans** et **instituteurs** du fait de leurs apprentis et élèves ;
- des **commettants** (donneur d'ordre) du fait de leurs préposés, par exemple un salarié.

Ce sont des cas légaux de **responsabilité sans faute**. Nous traiterons exclusivement des deux dernières situations.

a) La responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis

Selon les termes du Code civil, les artisans sont responsables du dommage causé par leurs apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La présomption de responsabilité est **simple** car l'artisan peut, pour se décharger de sa responsabilité, apporter la preuve qu'il n'a pas pu empêcher le fait qui donne lieu à responsabilité ou que le dommage est dû à une cause étrangère. Le fait de démontrer l'absence de faute de surveillance ne suffit pas à l'exonération.

b) La responsabilité des commettants du fait de leurs préposés

L'illustration la plus courante du lien entre commettant et préposé est celle qui relève du contrat de travail. L'employeur (commettant) doit répondre des fautes commises par son salarié du fait de l'existence entre eux **d'un lien de subordination**. Ce lien est caractérisé par l'obligation pour le salarié de respecter les ordres et les directives de son employeur. Le salarié est soumis au contrôle de son employeur, lequel peut le sanctionner en cas de mauvaise exécution de ses tâches.

Le salarié doit avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions. La présomption de responsabilité est **simple** car l'employeur peut apporter la preuve que le salarié a agi en dehors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions ou que le dommage est dû à une cause étrangère.

3) La responsabilité du fait des choses

a) Les principes généraux

Selon l'article 1384 du Code civil « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». La chose est un bien **meuble ou immeuble**.

Est considéré comme le gardien d'une chose, celui qui détient le pouvoir **d'usage, de contrôle et de direction de la chose** au moment du dommage. La chose doit avoir eu un rôle actif dans la réalisation du dommage. La présomption de responsabilité est **simple**, ce qui permet au gardien de prouver que la garde de la chose avait été transférée (volontairement ou non) au moment des faits, que le dommage est dû à une cause étrangère ou que la chose a joué un rôle passif.

b) Les situations particulières

Il convient d'étudier deux cas particuliers de responsabilité : celle du producteur du fait des produits défectueux et celle des animaux.

Responsabilité du producteur du fait des produits défectueux	<p>Le producteur (ou distributeur) est responsable du dommage causé par un défaut de son produit qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime. Le produit défectueux se définit comme tout bien mobilier mis en circulation, <i>n'offrant pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et mettant en danger la sécurité des personnes ou des biens</i>. La victime doit apporter la preuve du défaut de sécurité. L'exonération intervient si le producteur peut apporter la preuve qu'en l'état des connaissances scientifiques et techniques, le producteur ne pouvait pas connaître la dangerosité du produit.</p> <p>Par exception, le délai pour agir est de 10 ans à partir de la mise en circulation du bien et de trois mois pour la victime du dommage.</p>
Responsabilité des animaux	<p>Le propriétaire d'un animal (bien meuble) est responsable du dommage qu'il cause <i>lorsqu'il en a la garde</i>. Il en est de même lorsque l'animal s'est échappé ou égaré.</p>

C – Un lien de causalité

Il faut qu'un lien de causalité existe entre le fait générateur et le dommage. Il s'agit de prouver que le fait générateur est bien à l'origine du dommage.

Le lien de causalité doit être *certain* (le fait générateur doit avoir été nécessaire à l'existence du dommage) et *direct*.

En cas de *pluralité de causes*, le juge retiendra celle qui est à l'origine immédiate du dommage. En cas de *pluralité d'auteurs* (faute collective), le juge peut condamner l'ensemble des auteurs considérés comme responsables. Ils sont tenus à une obligation *in solidum* : la victime peut poursuivre l'un quelconque des auteurs qui l'indemniserà en totalité. À charge pour celui qui a dédommagé la victime de se retourner contre les autres pour se faire rembourser leur part dans le dommage causé (action récursoire).

◆ Application

Patrick et Isabelle, une jeune couple, viennent de s'installer dans leur première acquisition : un appartement de 70 m² en plein centre de Nantes. Ils ont confié quelques travaux de plomberie à l'entreprise Percefort. Un des salariés, Romain, a malencontreusement percé un tuyau dans le sol causant une panne générale de chauffage dans toute la montée de l'immeuble. La copropriété se retourne contre l'entreprise Percefort pour qu'elle prenne à sa charge la réparation des dégâts causés. Le dirigeant considère que la responsabilité est imputable au salarié qui n'a pas exécuté correctement les consignes données par son chef de chantier.

L'entreprise Percefort est-elle responsable ?

Correction

Selon le Code civil, l'employeur doit répondre des fautes commises par son salarié dans l'exercice de ses fonctions. La présomption de responsabilité est simple et l'employeur peut apporter la preuve que le salarié a agi en dehors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions ou que le dommage est dû à une cause étrangère (force majeure, fait de la victime ou fait d'un tiers).

Aucune de ces causes d'exonération ne peut être avancée en l'espèce. Le salarié a commis une faute dans l'exercice de ses fonctions. Le fait qu'il n'ait pas agi selon les consignes données importe peu. Ce manquement aux consignes relève du pouvoir disciplinaire de l'employeur. L'employeur est tenu de réparer le préjudice causé.

L'entreprise et la responsabilité pénale

1 ♦ LE DROIT PÉNAL

Le droit pénal est l'ensemble des règles de droit ayant pour but de sanctionner des infractions qui se définissent comme des actions ou omissions interdites et punissables par la loi pénale. Il se compose :

- **du droit pénal général** qui définit la notion d'infraction, ses éléments constitutifs, sa classification (crimes, délits ou contraventions), les personnes responsables à poursuivre (auteur, complice...), la notion de peine et sa nature ;
- **du droit pénal spécial** qui est l'ensemble des infractions dont le contenu est précisé ainsi que la peine. Par exemple, article 311- 1 du Code pénal : « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* » et article 311-3 du Code pénal : « *le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

Son punissables aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Ces dernières peuvent être poursuivies pour toutes les infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants.

Toute infraction pour être retenue comme telle doit réunir trois éléments : un élément **légal, matériel et moral**. Lorsque l'infraction est constatée, son auteur encourt une peine.

A – L'infraction : les éléments constitutifs et sa classification

1) Les éléments constitutifs de l'infraction

L'infraction est constituée de trois éléments : l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral.

a) L'élément légal

L'article 111-3 du Code pénal pose le principe de la **légalité des infractions**. Pour pouvoir être réprimés, les faits doivent relever d'une infraction prévue par un texte. La loi est en principe **non-rétroactive**. Elle n'a d'effet que pour l'avenir. Par exception, lorsque la loi pénale nouvelle est plus « douce » que l'ancienne et si l'auteur de l'infraction n'est pas définitivement condamné, elle a un effet rétroactif.

b) L'élément matériel

Chaque infraction se caractérise par des faits précis qui doivent être commis pour que la personne soit poursuivie. L'infraction est dite **consommée** (par commission ou abstention) lorsque l'acte interdit a été commis. L'infraction est dite **tentée** lorsque la personne a **commencé à exécuter** des faits interdits mais a été interrompue de **manière involontaire** et n'a donc **pas pu atteindre le résultat** recherché. La tentative d'infraction est punissable systématiquement pour les crimes, parfois pour les délits, jamais pour les contraventions.

c) L'élément moral

La personne qui commet l'infraction doit avoir conscience que ce qu'elle fait est interdit (faute intentionnelle). Pour certaines infractions, **l'imprudence, la négligence ou un manquement** à une obligation de prudence ou de sécurité suffit à incriminer l'auteur des faits (faute non intentionnelle).

Il existe cependant des cas (faits justificatifs) où l'altération voire l'absence de discernement permet d'écarter la responsabilité pénale ou de l'atténuer.

Les causes d'irresponsabilité pénale ou d'atténuation de responsabilité sont les suivantes :

Les troubles psychiques ou neuropsychiques	Les facultés mentales doivent être temporairement (crise de démence) ou définitivement abolies (schizophrénie...) ce qui peut conduire à une irresponsabilité ou à une atténuation de responsabilité pénale.
Le commandement de l'autorité légitime	Un ordre donné par une autorité publique et compétente ne peut constituer un acte répréhensible. Par exemple, un gendarme qui ordonne à un automobiliste d'effectuer un acte contraire au Code de la route pour contourner un accident. L'autorité doit être légitime et l'ordre ne doit pas être manifestement illégal (question de fait) .
La force ou la contrainte	Une personne commet une infraction sachant qu'il était impossible pour elle de faire autrement, par exemple une violation de domicile pour sauver la vie d'une personne.

La légitime défense	Elle est une réponse à une agression. Celle-ci doit être dirigée contre la personne ou ses biens. Elle doit être réelle, actuelle et injuste (une saisie d'un bien suite à décision de justice n'est pas constitutive d'une agression). La défense doit répondre à une nécessité, être simultanée et proportionnée .
L'état de nécessité	Situation de danger imminent qui menace la sauvegarde d'un intérêt supérieur concernant la personne elle-même, un bien ou autrui et qui conduit à commettre une infraction pour éviter ce danger. Par exemple, voler du pain pour ne pas mourir de faim. Le danger doit être actuel, imminent, certain et injuste . L'acte de sauvegarde doit être nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, être le seul moyen d'éviter la réalisation du danger du danger actuel et être proportionné .
La minorité	Les mineurs jusqu'à 13 ans sont couverts par une présomption d'irresponsabilité pénale. La responsabilité est atténuée lorsque le mineur a entre 13 et 18 ans.

2) La classification de l'infraction

a) Les différentes infractions

Il existe trois sortes d'infractions classées par ordre croissant de gravité : **les contraventions les délits et les crimes**. Cette classification se fait à partir des peines prévues par les textes.

b) Les intérêts de cette classification

Elle détermine les délais de prescription de l'action en justice, la nature de la peine et la juridiction compétente.

B – Les personnes responsables : auteur et complice

1) L'auteur

L'auteur est celui qui a commis l'infraction ou a tenté de la commettre. Il peut y avoir plusieurs auteurs (coauteurs). Concernant les groupements d'affaires, l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale en tant qu'auteur n'est possible que si l'infraction a été commise pour **son compte et qu'elle a servi ses intérêts** (ex. : une escroquerie).

2) La complicité

Un complice est une personne qui « *sciemment, par aide ou assistance, a facilité la préparation ou la constitution (de l'infraction)* » ou « *qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ».

Pour que la complicité soit retenue il faut :

- un fait principal ***pénalement punissable*** ;
- un acte matériel de complicité ***aide ou assistance, provocation*** (incitation, le fait d'inspirer une personne à commettre une infraction) ***ordre, abus de pouvoir*** (nécessité de l'existence d'un lien de subordination), ***instructions*** (renseignements ou indications utiles à la réalisation de l'infraction) ;
- une ***participation intentionnelle*** (connaissance du caractère interdit des actes que l'auteur souhaite commettre).

Le complice est passible des mêmes peines que l'auteur de l'infraction.

C – La peine

1) La définition de la peine

La peine est la sanction que le juge pénal va prononcer pour réprimer la personne, auteur ou complice, d'une infraction. Comme pour l'infraction il n'existe pas de peine sans texte.

2) La nature de la peine

a) Les peines principales

Elles sont strictement liées à l'infraction. Elles permettent de déterminer si l'infraction est un crime, un délit ou une contravention.

Pour les personnes physiques :

- ***le crime*** : la peine est dans ce cas la réclusion (crime de droit commun) ou la détention criminelle (crime politique). Elle peut être à perpétuité ou à temps. Le minimum est de 10 ans et les maximum de 15, 20 et 30 ans ;
- ***le délit*** : la peine est l'emprisonnement jusqu'à 10 ans maximum avec des paliers : 2 mois, 6 mois, 1 an, 2 ans, 3 ans, 5 ans et 7 ans. L'amende est de 3 750 € minimum. Il existe d'autres peines : le ***jour-amende*** (contribution financière versée au Trésor Public par jour, maximum un an), le ***travail d'intérêt général*** (non rémunéré, au profit d'une association ou d'une personne morale de droit public), ***suspension du permis de conduire, interdiction d'émettre des chèques*** ;
- ***la contravention*** : la peine est uniquement une amende. Il existe 5 classes de contraventions (1^{re} classe : 38 €, 2^e classe : 150 €, 3^e classe 450, 4^e classe 750 € et 5^e classe 1 500 €).

Pour la personne morale, **les crimes** sont sanctionnés par une amende de 1 000 000 € maximum ; lorsque l'infraction est un **délit ou une contravention**, l'amende est le quintuple de celle prévue pour les personnes physiques.

b) Les peines complémentaires

Elles s'ajoutent (facultativement ou obligatoirement) aux peines principales et sont prévues par le texte qui réprime l'infraction. Elles ont pour objectif de dissuader la personne de récidiver.

Pour la **personne physique**, il peut s'agir **notamment** de la confiscation d'un bien, de l'affichage de la décision de condamnation, de l'interdiction d'exercer une activité, ou de la déchéance des droits civiques, civils et de famille, fermeture d'établissement...

Pour la **personne morale**, elle subit les mêmes peines complémentaires que les personnes physiques ainsi que d'autres qui lui sont spécifiques (ex. : la dissolution de la société).

c) Les peines alternatives

Elles sont prévues par des dispositions générales. Le juge peut les substituer à une ou plusieurs peines principales pour les délits et les contraventions de 5^e classe.

d) Le cumul des peines

Les peines liées aux crimes et aux délits **ne se cumulent pas**. Si plusieurs peines de même nature sont encourues, le juge ne pourra prononcer qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal de la peine la plus élevée.

Par exemple, un dirigeant d'une entreprise est condamné pour abus de confiance à 3 ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende et pour abus de pouvoir et de voix à 5 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende : ne pourront être retenus finalement que 5 ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende.

e) L'atténuation et l'aggravation des peines

Il existe différentes causes d'atténuation et d'aggravation des peines dont les principales sont le sursis et la récidive.

Le sursis	Dans certains cas la personne condamnée peut bénéficier d'une peine avec sursis (dispense d'exécution).
La récidive	Lorsqu'une personne commet à nouveau la même infraction la peine est doublée.

f) La personnalisation des peines

Dans certains cas, la peine peut être aménagée. Parfois même le prononcé de la peine peut être ajourné.

La semi-liberté	Le condamné est autorisé à exercer, en dehors d'un établissement pénitentiaire, une activité professionnelle, de suivre un enseignement ou de bénéficier d'un traitement médical. Le soir, il rejoint l'établissement pénitentier.
Le fractionnement de la peine	Le fractionnement consiste à faire exécuter la peine par fractions (en plusieurs fois) dont la durée ne peut être inférieure à deux jours . La suspension consiste à suspendre l'exécution de la peine pendant une durée limitée.
La dispense de peine	Le prévenu est déclaré coupable mais n'a pas à exécuter sa peine car son reclassement est acquis et le dommage est réparé. (peine correctionnelle et contraventionnelle).
L'ajournement du prononcé de la peine	Le juge diffère le prononcé de la peine lorsqu'il apparaît que le reclassement du prévenu est en voie d'être acquis et que le dommage est en voie d'être réparé (pour les peines correctionnelle et contraventionnelle).

g) L'extinction des peines ou l'effacement des condamnations

Les causes principales d'extinction des peines sont le décès du condamné et la prescription de la peine. On peut citer également l'amnistie et la grâce présidentielle :

- **l'amnistie** fait l'objet d'une loi votée par le parlement et qui a pour conséquence l'effacement de la peine et de la condamnation ;
- **la grâce présidentielle** est une mesure, prise par le Président de la République, qui a pour effet de supprimer ou de réduire la peine qu'un condamné aurait dû subir.

2 ♦ LA PROCÉDURE PÉNALE

La procédure pénale est l'ensemble des règles à respecter pour constater les infractions, poursuivre le délinquant et le juger.

A – La distinction action civile et action publique

L'action publique est exercée, au nom de la Société, devant une juridiction pénale pour **l'application d'une peine** ou d'une mesure de sûreté à l'encontre de l'auteur d'une infraction.

L'action civile est exercée pour la **réparation d'un dommage** causé par une infraction.

Les règles applicables à ces deux actions :

	Action publique	Action civile
Mise en mouvement	<p>Par le Ministère public : Le procureur recueille les plaintes et décide de poursuivre ou de classer sans suite.</p> <p>Par la victime :</p> <ul style="list-style-type: none"> – dépôt d'une plainte auprès du commissariat de police, de la gendarmerie ou du Parquet ; – envoi d'une plainte avec constitution de partie civile au juge d'instruction du TGI compétent. 	<p>Devant la juridiction pénale : <i>L'action publique n'est pas encore exercée :</i> la victime agit par voie principale dans le cadre d'une citation directe. <i>L'action publique est déjà exercée :</i> la victime agit par voie d'intervention et se constitue partie civile.</p> <p>Devant la juridiction civile : par voie d'assignation.</p>
Personnes exerçant l'action	Ministère public. Administrations habilitées (par exemple, administration fiscale).	Victime et ses héritiers. Tout groupement ayant intérêt (par exemple, une association).
Prescription	Crimes : 10 ans - Délits : 3 ans - Contraventions : 1 an	
Extinction	Causes communes : Prescription de l'action, transaction, chose jugée.	
	Décès de la personne poursuivie Amnistie. Abrogation de la loi pénale. Retrait de la plainte.	Décès de la victime et de ses héritiers. Désistement. Acquiescement (on laisse passer le délai d'appel).

B – Le Ministère public

1) La définition du Ministère public

Il est constitué de l'ensemble des magistrats du parquet qui sont chargés de requérir l'application de la loi et de veiller aux intérêts généraux de la Société.

2) La représentation du Ministère public

TGI	Substituts, procureurs de la République adjoints et premiers substituts, procureur de la République.
Cour d'appel	Substituts généraux, avocats généraux et procureur général.
Cour de cassation	Avocats généraux, premier avocat général et procureur général.

3) Les moyens d'action du Ministère public

a) Les mesures alternatives aux poursuites pénales

Il existe deux alternatives aux poursuites pénales :

- **la composition pénale** : elle ne s'applique que pour les contraventions et les délits sanctionnés par une peine inférieure à **5 ans d'emprisonnement**. La personne poursuivie doit reconnaître les faits. Le procureur choisira de lui faire exécuter certaines obligations (ex. : le paiement d'une amende). La personne peut refuser. L'exécution de la composition pénale éteint l'action publique ;
- **la médiation pénale** : elle est organisée par le procureur de la République en accord avec les parties. Cette mesure doit assurer la réparation du dommage causé à la victime, mettre fin au trouble lié à l'infraction et permettre de reclasser son auteur. Le procureur va faire appel à un médiateur chargé de rapprocher les parties. Si la médiation aboutit, le dossier est classé sans suite.

b) Les moyens de poursuite du Ministère public

Il existe différents moyens de poursuite que le Ministère public peut utiliser pour faire comparaître en justice un suspect.

L'avertissement	Il est délivré par le Ministère public et dispense de faire une citation si la personne comparait volontairement. Il indique l'infraction commise et le texte qui l'incrimine.
La citation directe	Acte de procédure par lequel le Ministère public (ou la victime) saisit directement la juridiction de jugement et signifie par acte d'huissier à l'auteur d'une infraction : les faits reprochés, le texte qui les incrimine et la date de l'audience. Elle ne peut concerner que des contraventions et des délits.
La convocation par procès-verbal	Elle permet au Ministère public d'inviter un suspect à comparaître devant le tribunal correctionnel dans un délai compris entre dix jours et deux mois .
La comparution immédiate	Elle permet au Ministère public de traduire sur-le-champ devant le tribunal correctionnel un suspect lorsque les charges apparaissent suffisantes.
La reconnaissance préalable de culpabilité *	Procédure à l'initiative du Ministère public (à la demande de l'auteur présumé des faits ou de son avocat). Le procureur propose l'exécution d'une peine qu'il fixe lui-même. L'amende prononcée ne pourra être supérieure à la moitié de l'amende encourue pour l'infraction et l'emprisonnement sera limité au maximum à un an sans excéder la moitié de la peine encourue pour l'infraction incriminée. Cette procédure n'est applicable que pour les infractions punies de 5 ans d'emprisonnement maximum .
Le réquisitoire introductif d'instance	Pièce de la procédure écrite qui permet de saisir le juge d'instruction.

*Différence avec la composition pénale : le procureur peut dans cette procédure de reconnaissance préalable demander une peine privative de liberté.

C – L'instruction préparatoire

En cas de poursuite, l'affaire fera l'objet d'une enquête préalable et, dans certains cas, sera soumise à une instruction (pour certains délits et obligatoirement pour les crimes).

1) L'enquête préalable

En matière pénale le principe qui s'applique est celui de la *liberté de la preuve*. À partir de là, le juge se prononcera d'après son intime conviction ? Toutefois, cette preuve ne peut être obtenue par n'importe quel moyen. Il est notamment interdit d'utiliser des moyens déloyaux afin d'obtenir la preuve.

La *police judiciaire* (police nationale et gendarmerie) réalise l'enquête préalable à l'ouverture de l'instruction et procède à un certain nombre d'actes : prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens, relevés signalétiques, visites domiciliaires, perquisitions, saisies de pièces à conviction, réquisition des données informatiques des organismes publics et de la plupart des personnes morales de droit privé, mise en garde à vue...

2) L'instruction

L'instruction est une procédure qui permet d'établir l'existence d'une infraction et de déterminer si les charges relevées à l'encontre des personnes poursuivies sont suffisantes pour que l'affaire soit envoyée devant une juridiction de jugement. Elle est menée par un juge d'instruction. Les pouvoirs du juge d'instruction sont :

- *des pouvoirs d'enquête* : audition de personnes, comparution de témoins, délivrance de mandats (de perquisition, d'amener, de recherche), désignation d'experts... Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux officiers de police judiciaire par *commission rogatoire* ;
- *des pouvoirs judiciaires* : mise en examen d'une personne, saisine du juge des libertés et de la détention pour placer une personne en détention provisoire (mandat de dépôt).

Une fois son instruction terminée, le juge d'instruction prononce soit une *ordonnance de non-lieu* soit une *ordonnance de renvoi* devant une juridiction de jugement.

3) La chambre d'instruction

Elle est une section de la Cour d'appel. Son rôle, entre autre, est de contrôler l'instruction. Elle est compétente notamment pour les appels contre les décisions des juges d'instruction.

D – Les juridictions de jugement en matière pénale

1) Les compétences d'attribution des juridictions de jugement

La juridiction compétente se détermine par rapport à la *gravité* de l'infraction.

Cour d'assises	Elle juge les <i>crimes</i> . Sa formation est collégiale (3 juges et 6 jurés).
Tribunal correctionnel	Il juge les <i>délits</i> . Sa formation est collégiale. Il est une formation particulière du TGI. La constitution d'avocat n'est pas obligatoire
Tribunal de police	Il traite des <i>contraventions de la 5^e classe</i> . Il est une formation particulière du Tribunal d'instance qui siège à juge unique. La constitution d'avocat n'est pas obligatoire.
Juge de proximité	Il juge les <i>contraventions des 4 premières classes</i> .

2) La compétence territoriale des juridictions de jugement

La juridiction compétente est celle du lieu de l'infraction. Parfois, la résidence du prévenu ou le lieu d'arrestation sera retenu plutôt que le lieu de l'infraction.

3) Les voies de recours

Plusieurs voies de recours sont ouvertes à la personne qui fait l'objet d'une condamnation pénale.

L'appel	Les arrêts rendus en matière criminelle sont susceptibles d'appel devant <i>la cour d'assises statuant en appel</i> composée de 9 jurés. La constitution d'avocat est obligatoire. Peuvent interjeter appel sur les arrêts de condamnation : le prévenu, le Ministère public et la partie civile. En matière correctionnelle, l'appel s'effectue devant la <i>chambre des appels correctionnels</i> . Peuvent interjeter appel : le prévenu, le Ministère public et la partie civile. L'appel s'effectue dans les 10 jours à compter du prononcé du jugement.
Opposition	Cette voie de recours est utilisée lorsque le jugement a été rendu <i>par défaut</i> (problème lié à la citation à comparaître). Le délai est de 10 jours à compter de la signification du jugement.
Pourvoi en cassation	Lorsqu'il existe une <i>erreur de droit</i> (ex. : l'incompétence d'une juridiction). Le pourvoi s'effectue dans les 10 jours à compter du prononcé du jugement.
Pourvoi en révision	L'affaire est rejugée car un <i>fait nouveau</i> est susceptible d'établir l'innocence du prévenu qui a été définitivement jugé.

♦ Application

Gilles a décidé de cambrioler un petit magasin d'électroménager en centre-ville pour revendre les produits sur Internet. Il fait appel à son ami Robert afin que celui-ci l'attende dans un véhicule à proximité, prêt à partir dès le larcin effectué. Gilles pénètre dans le magasin et commence à remplir son sac. Alors qu'il s'apprête à poursuivre son vol, il entend les sirènes de police retentir. Gilles sort en courant du magasin, il est arrêté au moment où il pénètre dans la voiture où se trouve Robert, lequel se voit également mettre les menottes au poignet.

Gilles et Robert peuvent-ils être tous deux poursuivis pénalement ?

Correction

L'auteur d'une infraction est celui qui l'a commise ou a tenté de la commettre. Un complice est une personne qui « sciemment, par aide ou assistance, a facilité la préparation ou la constitution (de l'infraction) » ou « qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». En l'espèce, Gilles pourra être poursuivi comme auteur et Robert comme complice, sachant qu'ils encourent les mêmes peines.

Cet ouvrage a été achevé d'imprimer dans les ateliers de Leitzaran (Espagne)

Numéro d'impression : 207

Dépôt légal : août 2014

Imprimé en Espagne



2^e édition
2014-2015

150 heures de cours – 12 ECTS

Introduction au droit

26

fiches de cours pour réussir votre examen

Ce livre est un véritable **outil d'acquisition** des connaissances pour préparer votre épreuve.

L'auteur y a mis l'expérience qu'il a de l'examen pour vous permettre :

- **d'acquérir** toutes les connaissances qui figurent au programme, les revoir facilement à tout moment et les mémoriser ;
- **de savoir bien utiliser** vos connaissances pour résoudre avec succès les applications proposées (les corrigés sont fournis).

Le public

- Candidats au DCG
- Étudiants de l'INTEC
- Étudiants de l'enseignement supérieur de gestion
- Étudiants des licences économie-gestion et des licences professionnelles



Prix : 15 €

ISBN 978-2-297-03309-1

www.lextenso-editions.fr

Gualino
lextenso éditions

