

Université de Fribourg
Faculté des Sciences économiques et sociales

BERNARD DUBEY
Chargé de cours

INTRODUCTION AU DROIT
ET AU DROIT DES AFFAIRES

2004 / 2005

2^e partie : Le droit privé

Rappel : Objet et plan du cours en général :

Après quelques notions générales sur l'ordre juridique (Introduction générale), le but du cours consistera à présenter :

- dans une première partie, une introduction au droit public économique applicable en Suisse, à savoir, en particulier, la constitution économique, quelques lois de droit public économique et, enfin, les règles de droit public économique relevant de l'ordre juridique international ;
- dans une seconde partie, une introduction au droit privé, dans laquelle on s'attachera à déterminer quels sont les acteurs, l'objet et les instruments de la vie économique suisse au regard de l'ordre juridique ; y seront également abordées les questions liées aux relations de droit privé avec l'étranger, ainsi que celles liées aux procédures permettant l'application du droit privé et à l'exécution forcée des obligations.

TABLE DES MATIERES

2 ^e PARTIE : LE DROIT PRIVE	6
Introduction	6
Chapitre 1 Les acteurs de la vie économique	7
A. Les personnes physiques.....	7
§ 21. LE DROIT DES PERSONNES PHYSIQUES	7
21.1. La notion de personne	7
21.2 La capacité civile des personnes physiques.....	7
21.3 Les droits de la personnalité	9
21.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	10
B. LES PERSONNES MORALES	11
§ 22 LE DROIT DES PERSONNES MORALES	11
22.1 La notion.....	11
22.2 La capacité civile des personnes morales.....	11
22.3 Les droits de la personnalité de la personne morale.....	12
22.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	12
§ 23 LES FONDATIONS ET LES SOCIETES.....	14
23.1 Les fondations (art. 80 ss CC)	14
23.2 Les sociétés du Code des obligations (bref survol).....	17
23.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	18
C. Les institutions relatives au patrimoine des personnes physiques.....	20
§ 24 LE DROIT DU MARIAGE.....	20
24.1 Le mariage	20
24.2 Les effets généraux du mariage	21
24.3 Le régime matrimonial	22
24.4 La dissolution du lien conjugal	25
24.5 L'union libre et le partenariat enregistré	27
24.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	28
§ 25 LE DROIT DES SUCCESSIONS	29
25.1 La notion.....	29
25.2 La vocation successorale.....	29
25.3 La dévolution successorale	32
25.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	33
Chapitre 2 : les objets de la vie économique	34
A. Les biens matériels (les droits réels)	34
§ 26 LA PROPRIETE	34

26.1	La notion en général.....	34
26.2	La propriété	34
§ 27	LES AUTRES DROITS REELS.....	36
27.1	La notion.....	36
27.2	Les servitudes (art. 730 ss CC).....	36
27.3	Les gages mobiliers et immobiliers.....	36
27.4	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	37
B.	Les biens immatériels (la propriété intellectuelle).....	39
§ 28	LES DROITS IMMATERIELS	39
28.1	La notion.....	39
28.2	L'objet et les sources des droits immatériels	40
28.3	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	43
Chapitre 3 : Les instruments de la vie économique		44
A.	La partie générale du droit des obligations	44
§ 29	L'OBLIGATION ET LA FORMATION DU CONTRAT	44
29.1	La notion d'obligation.....	44
29.2	La créance et la dette	44
29.3	La formation du contrat (mécanisme de conclusion du contrat)	46
29.4	La forme du contrat.....	47
29.5	L'objet du contrat	49
29.6	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	51
§ 30	LES VICES DU CONTRAT	51
30.1	L'erreur (art. 24 CO)	51
30.2	Le dol (art. 28 CO).....	52
30.3.	La crainte fondée (art. 29 s CO)	53
30.4.	La nullité relative et la ratification (art. 31 CO)	54
30.5	Un cas particulier : la révocation du contrat en cas de démarchage à domicile ou de contrats semblables (art. 40a à 40g CO)	54
30.6	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	54
§ 31	L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.....	56
31.1	Généralités.....	56
31.2	Les causes d'extinction de l'obligation.....	56
31.3	La prescription (art. 127 CO)	57
31.4.	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	57
§ 32	LES AUTRES SOURCES (LEGALES) D'OBLIGATIONS	59
32.1	L'enrichissement illégitime (art. 62 à 67 CO)	59
32.2	La responsabilité civile (art. 41 à 61 CO ; bref survol)	60
32.3	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	62
§ 33	L'EXECUTION ET L'INEXECUTION DES CONTRATS	63
33.1	Généralités.....	63
33.2	L'exécution des contrats	64
33.3	L'inexécution des obligations	67

33.4	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	70
§ 34	LA PLURALITE DE PARTIES ET LES TRANSFERTS D'OBLIGATIONS.....	72
34.1	La cession de créance.....	72
34.2	La reprise de dette.....	73
34.3	La solidarité.....	73
34.4	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	74
B.	La partie spéciale du droit des obligations.....	76
§ 35	DE QUELQUES CONTRATS SPECIAUX (SURVOL).....	76
35.1	La vente (art. 184 ss CO).....	76
35.2	Le contrat d'entreprise (art. 363 ss CO).....	77
35.3.	Le mandat (art. 394 ss CO).....	77
35.4	Le contrat de travail (art. 319 ss CO).....	78
35.5	Le contrat de bail (à loyer) (art. 253 ss CO).....	79
35.6	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	80
C.	Les règles du CO sur la publicité relative aux entreprises.....	82
§ 36	LE REGISTRE DU COMMERCE.....	82
36.1.	La notion.....	82
36.2.	L'organisation.....	83
36.3.	L'obligation d'inscrire.....	83
36.4.	Les effets de l'inscription.....	83
36.5.	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	84
§ 37	LES RAISONS DE COMMERCE.....	85
37.1.	La notion.....	85
37.2.	La formation de la raison de commerce.....	85
37.3.	L'inscription et la protection de la raison de commerce.....	88
37.4.	Problèmes particuliers, exercices et jurisprudence.....	88
Chapitre 4 :	Le droit international privé.....	89
§ 38	DE LA REGLE DE CONFLIT A LA LOI UNIFORME.....	89
38.1.	Le DIP (au sens propre) : la règle de conflit.....	89
38.2	Les règles communes adoptées par les Etats.....	90
38.3	Les règles communes adoptées par les particuliers.....	91
38.4	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	92
Chapitre 5 :	La procédure et l'exécution forcée.....	94
A.	La procédure en général.....	94
§ 39	LA PROCEDURE JUDICIAIRE.....	94
39.1.	La notion de procédure (civile).....	94
39.2	La juridiction.....	95
39.3	La compétence.....	95
39.4	L'action.....	98

39.5.	Le syllogisme judiciaire et l'application du droit	98
39.6.	L'interprétation de la règle de droit	101
39.7.	La constatation des faits	102
39.8.	Quelques éléments de procédure (survol)	104
39.9.	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	107
B.	LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE : BREF APERCU ...	108
§ 40	LA POURSUITE	108
40.1	La notion.....	108
40.2	Les organes de la poursuite	108
40.3	L'ouverture de la poursuite	109
40.4	La saisie	111
40.5	Les autres modes de poursuite.....	112
40.6	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	112
§ 41	LA FAILLITE	113
41.1	La poursuite par voie de faillite	113
41.2	La liquidation de la faillite	114
§ 42	LE CONCORDAT (art. 293 ss LP).....	116
42.1.	La notion et le but du concordat	116
42.2	Les différents types de concordat	116
42.3.	La procédure concordataire (concordat préventif de la faillite)...	117
§ 43	L'ACTION REVOCATOIRE (ART. 285 SS LP).....	117

2^{ERE} PARTIE :

LE DROIT PRIVE

Introduction

Cette seconde partie est divisée en cinq chapitres :

Le premier est consacré à l'étude des acteurs de la vie économique et sujets de droit, à savoir les personnes physiques et les personnes morales, ainsi qu'à deux institutions ayant des effets importants sur le régime juridique du patrimoine des personnes physiques : le mariage et les successions.

Le deuxième traite des objets de la vie économique : les biens matériels, faisant l'objet des droits réels, d'une part, et les biens immatériels, faisant l'objet du droit de la propriété intellectuelle, d'autre part.

Le troisième chapitre est consacré aux instruments de la vie économique. On y examinera d'abord les règles générales relatives aux obligations (partie générale du droit des obligations), puis quelques contrats spécifiques, et enfin, brièvement, quelques règles portant sur la publicité des entreprises, soit les règles relatives au registre du commerce et celles relatives aux raisons de commerce.

Dans le quatrième chapitre, on présentera rapidement le droit international privé.

Enfin, le cinquième chapitre nous permettra d'aborder la question de la procédure judiciaire en général et, plus spécialement, de la procédure d'exécution forcée (poursuite pour dettes et faillite).

Chapitre 1

Les acteurs de la vie économique

A. LES PERSONNES PHYSIQUES

§ 21. LE DROIT DES PERSONNES PHYSIQUES

Textes législatifs : Art. 11-19 CC ; 28 ss CC.

Bibliographie : H. DESCHENAUX / P.-H. STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, Berne 2001 ; J.-P. MÜLLER, Introduction aux droits fondamentaux, n° 58 ss, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, T. I, Berne, 1987 ; P. TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich, 1984, p. 75-77.

21.1. La notion de personne

Dans le langage juridique, le terme « personne » désigne un sujet de droit.

C'est le droit positif qui détermine les personnes qui peuvent être qualifiées de sujet de droit.

Les sujets de droit sont :

- a. les êtres humains (personnes physiques) ;
- b. les entités auxquelles le droit reconnaît la qualité de sujet de droit (personnes morales) : art. 52 CC (cf. § 19).

21.2 La capacité civile des personnes physiques

a. La capacité civile

- i. La capacité civile passive ou jouissance des droits civils (art. 11 CC)

Notion : La jouissance des droits civils est la faculté de se voir attribuer des droits et des obligations.

Titulaires : toute personne a la jouissance des droits civils (art. 11 al. 1 CC), sauf : restrictions légales fondées sur l'âge ou le sexe (art. 96 CC) ou la nationalité (art. 711 CO ; sous réserve des conventions internationales !!).

ii. La capacité civile active ou exercice des droits civils (art. 12 CC)

Notion : La capacité civile active est l'aptitude de faire produire à un comportement déterminé des effets juridiques.

Contenu : l'exercice des droits civils comprend :

- la capacité de faire des actes juridiques ;
- la capacité «délictuelle», c'est à dire la capacité d'assumer les conséquences d'un acte contraire au droit.

Titulaires : Ont l'exercice des droits civils les personnes physiques :

- majeures,
- capables de discernement,
- et qui ne sont pas interdites (art. 17 CC).

b. La capacité civile des personnes capables de discernement, mineures ou interdites

i. Principe : Les personnes mineures et les personnes interdites n'ont pas l'exercice des droits civils (art. 17 al. 1 CC) et ne peuvent donc pas, en principe, faire produire un effet juridique à leur comportement.

ii. Les exceptions prévues par la loi (art. 19 CC) :

1° Capacité inconditionnelle (art. 19 al. 2 et 3 CC) : dans certains cas, les actes des mineurs et des interdits peuvent produire des effets sans condition :

- pour les acquisitions à titre gratuit (donations) ;
- pour l'exercice des droits strictement personnels ;
- pour la capacité délictuelle.

2° Capacité conditionnelle (art. 19 al. 1 CC) : dans les autres cas, l'acte juridique du mineur ou de l'interdit ne prend effet que si le consentement du représentant légal est donné.

c. Les incapables de discernement

i. Principe : Comme les mineurs et les interdits, les incapables de discernement n'ont pas l'exercice des droits civils (art. 17).

- ii. Exception : En vertu de l'art. 54 al. 1 CO (responsabilité civile), « *si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé* ».

21.3 Les droits de la personnalité

a La définition

Les droits de la personnalité sont les droits qui ont pour objet les biens qui appartiennent à une personne du seul fait de son existence (intégrité corporelle, honneur, sphère privée, ...) (art. 28 CC).

b. La nature des droits de la personnalité

Comme ils sont intimement liés à la personne humaine comme telle, les droits de la personnalité sont des droits :

- absolus : ils sont opposables à tout le monde (art. 28 al. 1 CC) ;
- extra-patrimoniaux : ils n'ont, comme tels, aucune valeur pécuniaire ;
- inaliénables, c'est-à-dire :
 - incessibles : on ne peut en céder que l'usage, pas le droit lui-même,
 - intransmissibles : ils s'éteignent avec le décès de leur titulaire,
 - imprescriptibles : tout comme les actions défensives qui s'y rapportent,
 - inamissibles : leur titulaire ne peut normalement y renoncer ;
- strictement personnels : ils appartiennent à la personne capable de discernement mineure ou interdite, de par sa qualité d'être humain.

c. La dignité de la personne

Les droits de la personnalité ont pour but de protéger la personne en sa qualité d'être humain (dignité humaine). Cette dignité humaine se compose de multiples facettes protégées par divers domaines du droit, à savoir :

- le droit constitutionnel : liberté personnelle ou droit au minimum vital, interdiction des traitements inhumains ou dégradants ; ...
- le droit pénal : honneur (art. 173, 174, 177 CPS) ; sphère privée (art. 179 ss) ;
- la procédure pénale : droit pour l'accusé d'être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée de la nature de l'accusation portée contre lui et, le cas échéant, le droit à l'assistance gratuite d'un interprète ;
- le droit civil : art. 28 ss CC.

21.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

A partir de quand et jusqu'à quel moment une personne est-elle protégée par le droit ?

b. Exercices

Théo, un adolescent de 17 ans, fête avec ses amis sa majorité un jour à l'avance. A cette occasion, ils fument quelques joints et boivent plusieurs bouteilles. A 23h.30, Théo déclare qu'il est fatigué et décide de rentrer. Ses amis le laissent partir en scooter sans se faire de souci, car ils savent qu'il est habitué à consommer de l'alcool et des drogues. En plus, il paraît en pleine possession de ses facultés. Pourtant, à 23h.45, il renverse Jean-Pierre, qui restera aveugle des suites de l'accident. Quid ?

c. Jurisprudence :cf. Annexes 21

B. LES PERSONNES MORALES

§ 22 LE DROIT DES PERSONNES MORALES

Textes législatifs : art. 52 ss CC ; Loi fédérale sur les fonds de placement (LFP, RS 951.31).

Bibliographie : H. M. RIEMER / E. HAFTER, BKomm vol. I.3.1, ad art. 52-59, Berne 1993 ; S. DU PASQUIER, Fonds de placement : un état des lieux, SJ 1997, p. 197 ss.

22.1 La notion

a. La définition

La personne morale est une entité juridique, pourvue de la jouissance et de l'exercice des droits civils et qui individualise un groupement de personnes ou une masse de biens assujettis à un certain but.

b. Les espèces de personnes morales

Les personnes morales peuvent être de droit public ou de droit privé, de droit cantonal, de droit fédéral ou de droit international.

Parmi les personnes morales de droit privé fédéral, on distingue :

- les corporations : groupement de personnes qui se proposent d'atteindre un but déterminé et qui se donnent à cet effet une organisation appropriée (sociétés) ;
- les établissements : masse de biens qui est mise au service d'un certain but fixé par le fondateur (fondations).

22.2 La capacité civile des personnes morales

a. Les conditions d'acquisition de la personnalité morale

Ces conditions sont données à l'art. 52 CC :

- une existence autonome, par le biais d'organes ;
- un but licite et non contraire aux mœurs ;
- une inscription au registre du commerce.

b. La jouissance et l'exercice des droits civils

La personne morale jouit des droits civils de la même manière qu'une personne physique, sauf quant aux conditions naturelles liées à la personne physique telles que le sexe, l'âge ou la parenté.

La personne morale a l'exercice des droits civils dès qu'elle est organisée selon ses statuts et qu'elle possède des organes.

Sont considérés comme organe(s) d'une personne morale :

- au sens formel, la personne ou le groupe de personnes chargés par la loi ou les statuts de diriger, gérer ou contrôler la personne ;
- au sens matériel, la personne ou le groupe de personnes lié à la personne morale, qui exerce dans une position dirigeante une activité essentielle au fonctionnement de celle-ci.

22.3 Les droits de la personnalité de la personne morale

Toute personne physique jouit des droits de la personnalité pendant toute son existence juridique (art. 28 al. 1 CC). C'est un des aspects de la capacité civile passive.

En revanche, les personnes morales sont aussi titulaires des droits de la personnalité, mais seulement dans la mesure où ceux-ci ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme (art. 53 CC).

Ainsi, seuls les biens de la personnalité sociale sont protégés, comme par exemple l'honneur, la sphère privée, le nom.

22.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Une société X SA a fait l'objet d'une vaste campagne de dénigrement orchestrée, on l'a appris par la suite, par ses principaux concurrents. La campagne a été si violente que le PDG de X SA a fini par se suicider. X SA peut-elle agir en justice pour faire valoir la réparation du dommage causé à son image ? et peut-elle demander une indemnité en tort moral pour la perte de son PDG ?

a. Exercices

- c. Jurisprudence : cf. Annexes 22

§ 23 LES FONDATIONS ET LES SOCIÉTÉS

Textes législatifs : art. 52 ss CC ; Loi fédérale sur les fonds de placement (LFP, RS 951.31) ; art. 530 ss CO

Bibliographie : H. M. RIEMER / E. HAFTER, BKomm vol. I.3.1, ad art. 52-59, Berne 1993 ; S. DU PASQUIER, Fonds de placement : un état des lieux, SJ 1997, p. 197 ss ; F. CHAUDET, Droit suisse des affaires, Bâle, 2004 ; FORSTMOSER/MAYER-HAYOZ, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Berne, 2003

23.1 Les fondations (art. 80 ss CC)

a. La définition

La fondation est une masse de biens individualisée, affectée à un but spécial et dotée de la personnalité juridique (art. 80 CC).

1° Une masse de biens :

Il s'agit d'abord essentiellement d'immeubles, de biens meubles ou de titres.

Mais il peut s'agir aussi d'une créance contre le fondateur ou un tiers.

Il doit s'agir de valeurs actuelles, et non futures.

2° Individualisée :

La masse de biens n'appartient à personne.

Elle est indépendante et possède une existence juridique propre. Pour la rendre indépendante, la loi « personnifie » cette masse de biens en lui attribuant la qualité de sujet de droit.

L'individualisation peut se faire soit par une inscription au registre foncier, soit par l'ouverture d'un compte en banque, soit par le dépôt des titres auprès d'un tiers.

3° Affectée à un but spécial :

La masse de biens doit nécessairement être affectée à un but particulier.

Le choix de ce but est en principe libre pour le fondateur. Il doit cependant être durable, ne pas contrevenir à l'art. 20 CO et être suffisamment déterminé pour pouvoir délimiter clairement le cercle des bénéficiaires.

4° Dotée de la personnalité morale :

La fondation est une personne morale. Comme telle, elle a la jouissance et l'exercice des droits civils, un nom, un domicile et un rattachement national.

b. Les types de fondations

i. Les fondations publiques

Ce sont les fondations qui sont soumises au droit public. Elles sont souvent administrées par une collectivité publique.

ii. Les fondations privées ordinaires

Il s'agit des fondations de droit privé, qui ne sont pas considérées comme spéciales par la loi (cf. ch. 3), et restent donc soumises aux règles ordinaires du Code civil.

iii. Les fondations privées spéciales

Ces fondations privées sont en partie soumises à des règles spéciales par la loi.

Il s'agit des fondations de famille, des fondations ecclésiastiques et des fondations de prévoyance.

Les fondations de prévoyance, ou fonds de placement, sont régies par une loi fédérale spéciale, la loi sur les fonds de placement (LFP, RS 951.31), qui a principalement pour but de protéger les investisseurs ayant placé leur argent dans des fonds gérés par des contrats de placement collectif (art. 1 et 3 LFP).

c. La constitution de la fondation

Pour constituer une fondation, il faut :

- un acte de fondation (acte authentique ou testament du fondateur) ;
- une inscription au registre du commerce, sauf pour les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille.

Si elle ne remplit pas ces conditions, une fondation est nulle de plein droit (« *ab ovo* »).

d. L'organisation de la fondation

i. Les organes

Une fondation doit absolument avoir une administration ou une direction (art. 81 al. 2, 2^e phrase CC). C'est le seul organe indispensable.

L'acte de fondation peut cependant aussi instituer d'autres organes (notamment de contrôle).

ii. La gestion de la fondation

C'est l'administration (ou la direction) qui gère les biens de la fondation et la représente auprès des tiers.

L'administration a pour tâche principale d'appliquer les ressources de la fondation au but désigné par le fondateur, conformément aux règles prévues par l'acte de fondation ou le règlement.

En principe, elle ne doit utiliser que les revenus du capital. Elle ne peut entamer le capital que dans certains cas.

iii. Les bénéficiaires ou destinataires

Il s'agit des personnes à qui la fondation doit profiter en raison de son but.

Les bénéficiaires sont désignés :

- soit expressément par l'acte de fondation,
- soit parce qu'ils remplissent certaines conditions prévues,
- soit indirectement et de manière générale, au vu du but visé par la fondation.

e. La surveillance de la fondation

Toutes les fondations sont soumises à une surveillance de la collectivité publique. En effet, la fondation n'a pas de membre qui puisse contrôler la gestion. Les risques existent alors qu'il y ait des abus de la part de l'administration. Un contrôle officiel est donc nécessaire. La surveillance est prévue à l'art. 84 CC.

La collectivité publique compétente est celle dont les fondations relèvent de par leur but. Les critères pour le déterminer sont l'activité déployée par la fondation et son champ d'application territorial. Il peut s'agir de la Confédération, d'un canton ou d'une commune.

L'autorité de surveillance doit veiller à ce que les biens de la fondation soient employés conformément à leur destination.

23.2 Les sociétés du Code des obligations (bref survol)

a. La notion

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (cf. art. 530 al. 1 CO).

Cette définition comprend trois éléments :

- 1° Le premier élément est donc le but commun (« but social ») : il peut s'agir, parfois, d'un but idéal (sociétés simples) ; mais le plus souvent c'est un but de nature économique au sens large qui est visé, plus spécialement le partage entre ses membres du bénéfice résultant de l'activité de la société.
- 2° Le deuxième élément est la mise en commun des efforts ou des ressources, à savoir les « apports » des associés. Il peut s'agir d'une contribution personnelle (travail, « industrie ») ou d'un bien (matériel ou immatériel, mobilier ou immobilier, créances, ...). Enfin l'apport se fait le plus fréquemment en propriété (mise à la libre disposition de la société), mais il peut aussi se faire « en usage » ou « en jouissance ».
- 3° Enfin, le contrat de société crée une véritable « communauté » sociale entre les associés. La société est donc un groupement de personnes, dont les participants acquièrent la qualité de membres, appelée « sociétariat ».

b. Le catalogue des sociétés

Le Code des obligations définit et réglemente un nombre déterminé de types de sociétés, établissant ainsi un *numerus clausus* : il est donc impossible, en droit suisse, de créer des sociétés non reconnues par le législateur. Ces sociétés sont les suivantes :

- la société simple (art. 530 ss CO) (NB : la société simple est subsidiaire à tous les autres types de société : « la société est une société simple, au sens du présent titre, lorsqu'elle n'offre pas les

caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglées par la loi » ; art. 530 al. 2 CO) ;

- la société en nom collectif (SNC ; art. 552 ss CO) ;
- la société en commandite (SEC ; art. 594 ss CO) ;
- la société coopérative (Scoop ; art. 828 ss CO) ;
- la société à responsabilité limitée (Sàrl ; art. 772 ss CO) ;
- la société anonyme (SA ; art. 620 ss CO).

Les sociétés précitées peuvent être classées en sociétés de personnes (c'est la personne même de l'associé qui joue le rôle prépondérant : *intuitu personae* : SNC), sociétés de capitaux (c'est la participation financière de chacun qui joue le rôle prépondérant : *intuitu pecuniae* : SA, Sàrl, ...) et sociétés « mixtes » (entre les sociétés de personnes et celles de capitaux : SEC).

c. Les règles du CO (aperçu)

De manière générale, la loi :

- 1° donne une définition de la société (art. 530, 552, 594, 620, 764, 772, 828 CO) ;
- 2° règle la constitution et/ou la fin de la société ;
- 3° définit les rapports des associés entre eux ;
- 4° définit les rapports et/ou la responsabilité des associés envers les tiers.

Elle édicte en outre des règles spécifiques, propres à chaque type de société.

23.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Les fonds de placements étrangers peuvent-ils opérer en Suisse ?

L'autorité de surveillance peut-elle exercer un regard sur la politique de placement pratiquée par la direction du fonds ?

b. Exercices

c. Jurisprudence : cf. Annexes 23

C. LES INSTITUTIONS RELATIVES AU PATRIMOINE DES PERSONNES PHYSIQUES

Dans la présente section, nous étudierons brièvement le droit du mariage et le droit successoral.

Le droit matrimonial est l'ensemble des règles juridiques applicables à la naissance, aux effets et à l'extinction des rapports juridiques entre époux (§ 24).

Le droit successoral est l'ensemble des règles juridiques applicables à la succession d'un défunt (*de cujus*), c'est-à-dire aux biens, droits et obligations (patrimoine) existant au moment du décès du *de cujus* et lui appartenant (§ 25).

§ 24 LE DROIT DU MARIAGE

Textes législatifs : art. 90-149 CC ; 159 à 251 CC.

Bibliographie : H. DESCHENAUX / P.-H. STEINAUER, Le nouveau droit matrimonial, Berne 1987 ; H. DESCHENAUX / P. TERCIER / F. WERRO, Le mariage et le divorce, Berne, 1995.

24.1 Le mariage

a. La notion

Le mariage est l'union de deux personnes physiques de sexe différent, célébrée selon les formes de la loi civile.

Le droit du mariage comprend des règles sur le mariage proprement dit, y compris les fiançailles (art. 90 à 110), des règles sur le divorce (art. 111 à 149) et des règles sur les effets généraux du mariage et les régimes matrimoniaux (art. 159 à 251). Ces règles ont récemment remplacé l'ancien droit du mariage et du divorce. Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

b. Les conditions de fond

La loi prévoit un certain nombre de conditions à remplir nécessairement pour contracter mariage :

1° La capacité de contracter le mariage

Pour pouvoir contracter mariage, il faut avoir :

- la majorité matrimoniale fixée à 18 ans pour les hommes et les femmes (art. 94 CC) ;
- la capacité de discernement, qui est présumée (art. 94 nCC).

A noter que l'ancien droit imposait en plus l'absence de maladie mentale (art. 97 al. 2 aCC).

- 2° L'absence d'empêchement fondé sur la parenté ou l'alliance (art. 95 CC).
- 3° La volonté sérieuse et non viciée (erreur, dol, menace) de contracter mariage
- 4° La preuve, le cas échéant, que le mariage antérieur a été dissous (art. 96 CC).

c. Les conditions de forme

Le mariage est un échange public de consentements. C'est pourquoi le contrat de mariage suppose :

- une procédure préparatoire (98 à 100 CC) ; l'ancien droit prévoyait une phase de publication (des tiers peuvent s'opposer au mariage ; 105 ss aCC) ;
- une célébration devant l'officier de l'état civil et en présence de témoins (art. 101 et 102 CC).

24.2 Les effets généraux du mariage

Le mariage crée l'union conjugale, c'est-à-dire une communauté de vie qui engendre des droits et des devoirs pour les époux. Cette partie du droit du mariage n'a pas fait l'objet de la révision précitée.

a. Les rapports personnels des époux

- droits et devoirs des époux : les époux s'obligent mutuellement à assurer d'un commun accord la prospérité de l'union conjugale et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants (art. 159 al.2 CC) ;
- nom de famille : le nom de famille des époux est le nom du mari. Toutefois, la femme peut garder son nom de célibataire, en y adjoignant le nom de famille (sans trait d'union entre les deux ! art. 160 CC) ;
- droit de cité : la femme acquiert le droit de cité de son mari sans perdre le droit de cité qu'elle possédait quand elle était célibataire (art. 161 CC) ;
- demeure commune : les époux choisissent ensemble la demeure commune (Attention : conséquences pour la résiliation du contrat de bail, cf. art. 266m et 266n CO).

b. Les rapports entre la communauté conjugale et les tiers

Selon l'art. 166 CC, les pouvoirs de représentation des époux sont réglés comme suit :

- pour les besoins courants de la famille, chaque époux peut représenter l'union conjugale ;
- au delà des besoins courants de la famille, l'accord des deux époux est en principe nécessaire.

Il appartient au juge de définir ce qu'il faut entendre par « besoins courants de la famille », compte tenu des mœurs, de son expérience, de ce qui se pratique dans la population et, enfin, des facultés économiques des époux et de leur train de vie, pour chaque cas d'espèce.

24.3 Le régime matrimonial

L'union conjugale a des effets sur le patrimoine des époux.

Le droit des régimes matrimoniaux comprend l'ensemble des règles qui déterminent dans quelle mesure les biens des époux sont assujettis aux fins de l'union conjugale.

Les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux n'ont pas non plus été révisées.

a. Généralités

1° L'objet du droit des régimes matrimoniaux

Le droit des régimes matrimoniaux a pour objet :

- La propriété, la disposition, la gestion et la jouissance des biens des époux ;
- La responsabilité des conjoints pour les dettes ;
- La répartition des biens à la fin du régime.

2° Les espèces de régimes matrimoniaux

Les époux peuvent choisir l'un des régimes matrimoniaux ci-après :

- le régime de la participation aux acquêts ;
- le régime de la communauté de biens ;
- le régime de la séparation de biens.

3° Le choix du régime matrimonial

Si les époux ne choisissent pas expressément un régime matrimonial, ils sont automatiquement soumis au régime ordinaire de la participation aux acquêts.

S'ils choisissent un autre régime matrimonial que le régime ordinaire, ils doivent le faire par un contrat de mariage qui doit être passé en la forme authentique (notaire).

b. Les caractéristiques du régime matrimonial de la communauté des biens (art. 221-246 CC)

La communauté des biens est la traduction fidèle sur le plan matériel de l'union personnelle des époux.

Tous les biens acquis durant le mariage deviennent des biens communs. Les époux ont cependant des biens propres qui sont :

- leurs effets personnels ;
- les libéralités reçues de tiers durant le mariage.

1° La propriété des biens :

- Les biens propres : chacun des époux est propriétaire de ses biens propres.
- Les biens communs appartiennent indivisément aux époux.

2° La gestion des biens :

- Les biens propres : chaque époux gère ses biens propres.
- Les biens communs : dans le cadre de l'administration ordinaire, chaque époux peut engager la communauté et disposer des biens communs. Pour l'administration extraordinaire, le consentement des deux conjoints est nécessaire (il est présumé pour les tiers).

3° La responsabilité des époux :

- Pour les dettes générales des époux (cf. l'art. 233 CC), chaque époux répond sur les biens communs et sur ses biens propres.
- Pour les autres dettes (dettes propres), chaque époux ne répond que sur ses biens propres et sur la moitié de la valeur des biens communs.

4° La liquidation (art. 236 à 242 CC) :

Chaque époux reste propriétaire de ses biens propres et a droit à la moitié des biens de la communauté.

c. Les caractéristiques du régime matrimonial de la séparation de biens (art. 247-251 CC)

A l'inverse du régime de la communauté, dans le régime de la séparation, les biens sont totalelement partagés et appartiennent soit à l'un, soit à l'autre des époux.

1° La propriété :

Chacun des époux est propriétaire de ses biens, de ses revenus et des biens acquis avec ses revenus.

2° La gestion :

Chacun des époux gère ses biens.

3° La responsabilité :

Chacun des époux répond de ses propres dettes. Toutefois, l'un des époux peut être tenu des dettes contractées par l'autre époux qui aurait valablement représenté l'union conjugale.

4° La liquidation :

Chacun des époux garde ses biens et il n'y a rien à partager.

d. Le régime matrimonial ordinaire de la participation aux acquêts (art. 196-220 CC)

1° Les caractéristiques générales :

Le régime ordinaire est une sorte de séparation de biens – chaque époux gardant la propriété et l'administration de ses biens durant le mariage – mais avec une participation au bénéfice lors de la liquidation.

2° Les biens des époux :

Chacun des époux a deux sortes de biens : les « propres » et les « acquêts » :

- Les biens propres légaux sont exhaustivement énumérés à l'art. 198 CC. Les époux peuvent aussi encore convenir, par contrat de mariage, que certains biens d'acquêts font partie des biens propres.
- Les acquêts sont énumérés à titre d'exemples (« notamment ») à l'art. 197 CC : il s'agit, de manière générale, des biens acquis par un des époux à titre onéreux pendant le mariage.

3° La propriété et la gestion des biens :

Comme dans le régime de la séparation de biens, chacun des époux a la propriété et la gestion de ses biens (propres ou acquêts).

4° La liquidation du régime matrimonial (art. 204 ss CC) :

La liquidation est réalisée comme suit :

- on établit la composition des masses de biens des époux ;
- chaque époux reprend ses propres ;
- on établit la valeur nette des acquêts de chaque époux, compte tenu des dettes qui les grèvent ;
- lorsqu'il y a un bénéfice (art. 210), chaque conjoint a droit à la moitié du bénéfice réalisé par l'autre ;
- s'il y a un déficit, il est à la seule charge de l'époux qui le subit.

24.4 La dissolution du lien conjugal

a. L'annulation du mariage (art. 104 ss CC)

Dans certains cas (art. 105 et 107 nCC), il est possible de demander l'annulation du mariage.

b. Le divorce et la séparation de corps

1° Les causes du divorce :

Dans l'ancien CC, le législateur distinguait :

- les causes déterminées (art. 137 à 141 aCC) ;
- les causes indéterminées (art. 142 aCC).

Le nouveau droit prévoit trois causes de divorce, dont deux entièrement nouvelles, à savoir :

- le divorce sur requête commune (art. 111 et 112 CC),
- le divorce sur demande unilatérale après suspension de la vie commune durant quatre ans au moins (art. 114 CC).

Le nouveau droit maintient cependant, à titre subsidiaire et à des conditions assez strictes, le divorce pour rupture du lien conjugal, dans les cas où l'on ne peut raisonnablement pas exiger de l'époux demandeur qu'il attende l'expiration du délai de deux ans (art. 115 CC depuis le 1^{er} juin 2004).

L'introduction de ce nouveau système de causes de divorce avait pour but de formaliser le divorce et de supprimer la notion de faute (« dépenalisation » du divorce).

Remarque : Selon le nouveau droit, la séparation de corps peut être demandée aux mêmes conditions que le divorce, et la procédure est la même (art. 117 CC).

2° Les effets du divorce :

- Effets personnels : l'épouse qui a changé de nom conserve en principe le nom de famille qu'elle a acquis lors du mariage, à moins qu'elle ne déclare dans le délai d'une année à compter de l'entrée en force du jugement (art. 119 CC).
- Effets matériels :
 - Le régime matrimonial est liquidé (art. 120 al. 1 CC).
 - Chaque conjoint perd la qualité d'héritier de l'autre (art. 120 al. 2 CC).
 - Selon l'ancien droit, l'époux innocent qui tombait dans le dénuement ou dont les intérêts pécuniaires étaient compromis par le divorce pouvait réclamer une indemnité (art. 151 et 152 aCC).

Le nouveau droit modifie sensiblement les effets patrimoniaux du divorce :

- d'abord, il règle en détails le partage des prétentions en matière prévoyance professionnelle (art. 122 à 124 CC) ;
- ensuite, il modifie partiellement les prétentions d'entretien que pourrait avoir un époux envers l'autre, en fixant une liste de facteurs dont le juge doit tenir compte pour déterminer ces prétentions, à la condition toutefois que l'époux demandeur ne puisse raisonnablement pourvoir lui-même à son entretien (art. 125 CC).

A noter, à ce sujet, que les notions de faute ou d'innocence n'entrent plus en ligne de compte (cp. avec l'art. 151 aCC). On tiendra compte, par contre, de

plusieurs facteurs objectifs, tels que la durée du mariage ou la répartition des tâches pendant le mariage.

3° Le sort des enfants (art. 133 CC)

Dans le jugement de divorce, le Tribunal :

- accorde l'autorité parentale sur les enfants à l'un des conjoints et fixe le droit de visite de l'autre ;
- fixe les contributions à l'entretien des enfants que doit verser le conjoint auquel la garde des enfants n'a pas été attribuée.

Le nouveau droit autorise, sous certaines conditions et sur requête commune des parents, l'exercice en commun de l'autorité parentale. En pratique, ce cas de figure est cependant relativement rare.

4° La procédure

Selon l'ancien droit, la procédure était essentiellement régie par le droit cantonal. Toutefois, afin de veiller à un minimum d'uniformité dans l'application du droit, le législateur fédéral avait imposé certaines restrictions (art. 158 aCC).

Le nouveau droit fédéral impose en revanche de très nombreuses dispositions procédurales fédérales unifiées pour le divorce, réduisant ainsi fortement la compétence cantonale en la matière (135 à 149 CC).

c. Le droit international privé

En droit international privé, le divorce est traité aux art. 59 et 61 LDIP.

La question du régime matrimonial est traitée à l'art. 51 LDIP.

24.5 L'union libre et le partenariat enregistré

a. L'union libre

L'union libre (entre partenaires de sexes différents) n'est, pour l'instant, pas régie par le droit et les règles sur la société simple (art. 530 ss CO) ne sont pas très adaptées à ce type de concept.

b. Le partenariat enregistré

Le partenariat enregistré est l'institution légale permettant, sous certaines conditions, à deux personnes du même sexe de faire enregistrer officiellement leur partenariat et attachant ainsi à un tel partenariat un certain nombre de conséquences juridiques (effets généraux, procédure de dissolution, rapports patrimoniaux, successions, ...).

Le Parlement fédéral a adopté, en juin 2004, le texte définitif de la loi fédérale sur le partenariat entre personnes du même sexe (loi sur le partenariat ; LPart), du 18 juin 2004. Un referendum populaire a été demandé par des partis de droit traditionalistes.

24.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° L'art. 160 al. 2 CC selon lequel seule la fiancée, à l'exclusion du fiancé, a la possibilité de faire précéder le nom de famille de son propre nom, constitue-t-il une discrimination inacceptable fondée sur le sexe, contraire à l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 ?
- 2° Quelles sont les différences existant entre le mariage et le partenariat enregistré ?

b. Exercices

- Marie travaille à Berne, où elle a son domicile. Paul, son mari, travaille à Lausanne et est domicilié à Pully. Ils n'arrivent pas à s'entendre pour le choix de la demeure commune. Quid ?
- Mme G. prétend que la précieuse armoire ancienne du salon a été achetée grâce à des économies dont elle disposait déjà avant son mariage. M. G. assure quant à lui qu'il a payé l'armoire avec le produit de son travail. Ni l'un ni l'autre ne peuvent apporter la preuve de ce qu'ils prétendent. A qui appartient l'armoire ?
- M. Durand épouse Mme Dupont. Quelles sont les différentes possibilités de nom de famille ? Quel sera le nom des enfants ?

c. Jurisprudence : cf. annexes 24

§ 25 LE DROIT DES SUCCESSIONS

Textes législatifs : art. 457-640 CC.

Bibliographie : H. DESCHENAUX / P. H. STEINAUER, Droit des successions, Fribourg, 1993 ; J. GUINAND / M. STETTLER, Droit civil II, Successions (art. 457-640), Fribourg 1993.

25.1 La notion

Le droit des successions règle le devenir du patrimoine du défunt, appelé aussi le « de cuius ».

Les caractéristiques et principes du droit successoral suisse sont les suivantes :

- 1° La succession est universelle. Cela signifie que l'héritier prend la place de la personne décédée (*de cuius*).
- 2° La responsabilité personnelle de l'héritier. En vertu du principe de la fusion des patrimoines de l'héritier avec celui du *de cuius*, l'héritier est tenu solidairement des dettes du défunt (art. 603 CC).
- 3° Succession à titre particulier. Il est possible d'instituer une personne héritière de certains éléments particuliers du patrimoine : il s'agit alors de legs.
- 4° Vocation légale ou volontaire. Un héritier est appelé (« vocation ») à la succession de par les règles prévues dans la loi (vocation légale) ou celles décidées par le *de cuius* (vocation volontaire).
- 5° La communauté des héritiers. Les héritiers forment une communauté (hoirie) jusqu'au moment du partage.

Dans une succession, deux questions doivent être résolues :

- Qui est l'héritier (vocation successorale) ?
- Comment s'acquiert la succession (dévolution successorale) ?

25.2 La vocation successorale

a. La vocation légale

Sont héritiers de par la loi :

- les parents, selon le système de parentales qui repose sur le rapport naturel résultant de la filiation et de la formation des générations successives (art. 458 al. 3 CC) ;
- le conjoint survivant (art. 462 CC) ;
- la corporation publique (art. 466 CC).

b. La vocation volontaire

Le *de cujus* peut désigner lui-même ses héritiers, en respectant certaines règles.

1° Les dispositions pour cause de mort :

Ce sont les déclarations de volonté par lesquelles une personne règle le sort juridique de ses biens après sa mort. Elles sont de deux espèces :

- le testament : c'est un acte unilatéral qui doit respecter certaines formes et qui peut être révoqué librement par le disposant jusqu'à sa mort ;
- le pacte successoral : c'est un acte bilatéral exprimant la volonté de deux parties (au moins). Il n'est plus révocable de par la seule volonté du disposant.

2° La capacité de disposer :

La capacité de disposer est régie comme suit :

- pour le testament : le disposant doit être âgé de 18 ans révolus et avoir la capacité de discernement (art. 467 CC) ;
- pour le pacte successoral : le disposant doit être majeur (art. 468 CC).

3° La quotité disponible (art. 470 ss CC) :

Le disposant n'est pas entièrement libre dans la manière de disposer de ses biens par testament. La loi accorde une réserve minimum à certains héritiers appelés héritiers réservataires.

Les héritiers réservataires sont (art. 471 CC) :

- le conjoint, dont la réserve est de la moitié de son droit de succession ;
- les descendants, dont la réserve est des trois-quarts de leur droit de succession ;
- les père et mère (ascendants) dont la réserve est de la moitié de leur droit de succession.

La quotité disponible correspond à ce qui excède le montant de la réserve, s'il y en a une.

4° La forme des dispositions de dernières volontés :

- Le testament peut être :
 - olographe, soit écrit en entier, daté et signé de la main du testateur (art. 505 CC) ;
 - public, sous la forme d'un acte notarié (art. 499 s CC) ;
 - oral (art. 506 à 508 CC).

- Le pacte successoral doit être passé en la forme authentique (art. 512 CC).

25.3 La dévolution successorale

a. L'ouverture de la succession

Les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte (art. 560 al. 1 CC).

b. Le refus de la succession

L'héritier qui craint de devoir faire face aux dettes de la succession dispose de trois possibilités :

- Il peut purement et simplement répudier la succession (art. 566 CC).
- Il peut réclamer le bénéfice d'inventaire (art. 580 ss CC) ; l'autorité compétente va dresser l'inventaire de la succession ; au terme de cette procédure, l'héritier pourra répudier la succession, l'accepter sous bénéfice d'inventaire, ou l'accepter purement et simplement.
- L'héritier peut enfin requérir la liquidation officielle de la succession (art. 593 ss CC), qui, en cas d'insolvabilité de la succession, est faite selon les règles de la faillite.

c. Le partage de la succession

1° La communauté héréditaire :

Lorsqu'il y a plusieurs héritiers (hoirs), ceux-ci forment une communauté : la communauté héréditaire, et tous les droits et obligations compris dans la succession sont ceux de la communauté jusqu'au partage (masse indivise ; art. 602 CC).

Sauf convention ou disposition légale contraire, chaque héritier a le droit de demander en tout temps le partage de la succession (art. 604 CC).

2° L'exécution du partage :

Afin de partager la succession, il est nécessaire d'établir autant de lots qu'il y a d'héritiers. Sauf disposition contraire du disposant, les héritiers ont, dans le partage, un droit égal à tous les biens de la succession (art. 610 CC).

Les lots seront formés soit selon les règles établies par le disposant (art. 608), soit par les héritiers eux-mêmes, soit, en cas de désaccord des héritiers, par le juge.

Les héritiers conviennent de l'attribution des lots ; à défaut d'accord, les lots sont tirés au sort ! (art. 611 al. 3 CC).

NB : Le droit successoral paysan :

Le droit successoral paysan fait l'objet de règles particulières qui ont pour but de permettre à un héritier d'acquérir l'exploitation agricole à un prix calculé à la valeur de rendement, et non pas à la valeur vénale qui l'obligerait à s'endetter excessivement pour verser la part revenant à ses cohéritiers.

25.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Lorsqu'un des cohéritiers, appartenant à la communauté héréditaire, est l'objet d'une saisie, ce n'est pas sa qualité d'héritier qui est saisie mais bien la part de liquidation afférente à cette qualité. Il faut donc que l'héritier demande la liquidation de la communauté héréditaire. Le tiers acquéreur d'une part de liquidation ne peut pas demander le partage, mais il peut requérir l'intervention de l'autorité.

b. Exercices

- Un mineur de 17 ans peut-il être partie à un pacte successoral ? Peut-il faire un testament sans le consentement des parents ?
- La succession de X s'élève à 1'600'000 CHF. Il dispose par testament de 300'000 en faveur de son fils G., et de 300'000 en faveur de sa fille F. Sachant que son épouse est prédécédée, calculez les parts de chacun. Les réserves sont-elles touchées ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 25

Chapitre 2 : les objets de la vie économique

A. LES BIENS MATERIELS (LES DROITS REELS)

Textes législatifs : art. 641 ss CC

Bibliographie : P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Tome I, Berne, 1985 ; P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Tome II, Berne, 1990 ; P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Tome III, Berne, 1992.

§ 26 LA PROPRIETE

26.1 La notion en général

Un droit réel est un droit absolu qui porte directement sur la chose qui en est l'objet.

La propriété est le droit réel par excellence. Il existe aussi d'autres droits réels appelés droits réels limités tels que le gage, la servitude.

26.2 La propriété

a. La définition

La propriété est le droit réel conférant à son titulaire la maîtrise totale et exclusive d'une chose dans les limites de l'ordre juridique.

Selon l'art. 641 CC, le droit de propriété comprend deux éléments :

- 1° Le pouvoir de disposer librement de la chose : le droit d'en disposer comprend le droit de l'utiliser, d'en tirer des fruits ou de s'en dessaisir. Ce droit n'est cependant pas absolu (« *dans les limites de la loi* »).
- 2° Le droit d'exclusion, c'est-à-dire la faculté d'interdire à quiconque n'est pas propriétaire tout acte d'usurpation ou de trouble, et, si nécessaire, d'exiger la restitution de la chose.

b. La possession et le registre foncier

- 1° Le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire (art. 930 CC). Le possesseur est celui qui a la maîtrise effective de la chose (art. 919 CC).

2° Le registre foncier :

Chaque immeuble fait l'objet d'une inscription au registre foncier (art. 945 CC).

c. La distinction quant à l'objet : propriété foncière / propriété mobilière

1° La nécessité de distinguer :

La distinction entre propriété foncière (ou immobilière) et propriété mobilière est indispensable, car les règles relatives à l'acquisition, la perte ou l'étendue de la propriété ne sont pas les mêmes selon que l'on a affaire à un objet mobilier ou immobilier.

2° L'objet de la propriété immobilière :

Sont qualifiés d'objets immobiliers (art 655 CC) :

- les biens-fonds, c'est-à-dire les terrains ;
- les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier : les droits distincts et permanents sont des droits tels que le droit de superficie ou le droit à une source, lorsqu'ils sont constitués en servitude pour une durée d'au moins 30 ans ;
- les mines ;
- les parts de copropriété d'un immeuble.

3° L'objet de la propriété mobilière :

Selon l'art. 713 CC, la propriété mobilière a pour objet les choses qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, ainsi que les forces naturelles qui sont susceptibles d'appropriation et ne sont pas comprises dans les immeubles.

4° L'acquisition de la propriété :

La propriété s'acquiert :

- pour un immeuble, par l'inscription du nouveau propriétaire au registre foncier (sauf de rares exceptions) ;
- pour un objet mobilier, par le transfert de la possession en exécution d'une cause juridique valable.

d. La distinction quant à la forme de la propriété

1° La copropriété (art. 646 CC) :

Il y a copropriété lorsque plusieurs personnes ont, chacune pour une quote-part, la propriété d'une chose qui n'est pas matériellement divisée.

2° La propriété commune (art. 652 CC) :

Il y a propriété commune lorsque plusieurs personnes sont ensemble propriétaires d'une chose, le droit de chacune de ces personnes s'étendant à la chose entière.

La propriété commune suppose l'existence d'un lien personnel préalable entre les propriétaires communs. Ce peut être une communauté, telle que la communauté des héritiers (hoirie) ou une société simple.

Pendant la durée de la propriété commune, les parts des propriétaires communs restent latentes. Ce n'est que lorsque la propriété commune prendra fin que chacun recevra sa part.

§ 27 LES AUTRES DROITS REELS

27.1 La notion

Alors que la propriété accorde la maîtrise totale et exclusive d'une chose, il existe d'autres droits réels, les droits réels limités, qui ne confèrent à leur titulaire qu'une maîtrise partielle.

27.2 Les servitudes (art. 730 ss CC)

Le propriétaire peut céder à un tiers un droit de jouissance ou d'usage sur sa chose ou son immeuble. Il peut s'agir d'un :

- usufruit (art. 745 ss CC) ;
- droit de passage (art. 781 CC) ;
- droit de superficie (art. 779 ss CC).

27.3 Les gages mobiliers et immobiliers

Le propriétaire d'une chose peut accorder à son créancier un droit de gage sur cette chose en garantie d'une créance dont il est débiteur, en ce sens que si la prestation due n'est pas exécutée, le créancier gagiste peut faire réaliser la chose à son profit.

a. Le gage mobilier

Le gage mobilier se présente principalement sous la forme du nantissement, qui suppose le transfert de la possession du gage au titulaire du droit (art. 884 ss CC), ou sous la forme du droit de rétention (art. 895 ss CC), qui permet à un créancier se trouvant, avec le consentement du débiteur, en possession de choses mobilières ou de papiers-valeurs appartenant à ce dernier de retenir ces choses jusqu'au paiement, sous certaines conditions.

b. Le gage immobilier

Le gage immobilier ne peut être constitué que sous la forme de :

- l'hypothèque (art. 824 ss CC) ;
- la cédule hypothécaire (art. 842 ss CC) ;
- la lettre de rente (art. 847 ss CC).

27.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

La propriété par étages (PPE) – introduite en 1965 – est une copropriété sur un immeuble, organisée «*de manière que chaque copropriétaire a le droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment*» (art. 712a al. 1 CC).

La délimitation entre le domaine exclusif de chaque propriétaire d'étage et le domaine commun est la caractéristique de cette forme particulière de copropriété. La PPE jouit d'une stabilité plus grande que la copropriété ordinaire, dans la mesure où le Code ne prévoit pas de droit au partage.

b. Exercices

- Peut-on transmettre la propriété d'une chose mobilière qui se trouve dans un coffre-fort en remettant simplement la clé du coffre ?
- Une société peut-elle accorder un droit de gage sur son stock de marchandises ?

- c. Jurisprudence : cf. Annexes 26 et 27

B. LES BIENS IMMATERIELS (LA PROPRIETE INTELLECTUELLE)

§ 28 LES DROITS IMMATERIELS

Textes législatifs : de nombreuses lois fédérales, dont : loi fédérale sur les droits d'auteurs et les droits voisins (LDA ; RS 231.1) ; loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM ; 232.11) ; loi fédérale sur la protection des designs (LDes ; RS 232.12) ; loi fédérale sur les brevets d'invention (LBI ; RS 232.14) ; loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241) ; et de nombreuses conventions internationales, notamment les Conventions d'Union de Paris (CUP ; RS 0.232.04).

Bibliographie : K. TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Tomes I & II, Bâle 1996.

28.1 La notion

a. Les biens immatériels

Les objets sur lesquels portent le droit des biens immatériels se distinguent des autres objets de droit par leur caractère spécifique de nature intellectuelle. Les biens immatériels sont des choses incorporelles. Leurs points communs particuliers sont :

- leur création par un ou plusieurs êtres humains ;
- leur nouveauté, c'est-à-dire le défaut d'existence antérieure ;
- et leur indépendance par rapport au temps et à l'espace.

De par leur nature intellectuelle, les biens immatériels jouissent d'une position particulière dans le domaine de la fabrication et de la vente des biens : tous les biens immatériels peuvent en effet être la source d'un usage indéfiniment répété, quantitativement, dans le temps et dans l'espace, sans pour autant perdre en substance ou en qualité. Ce caractère leur confère une valeur énorme, et requiert un besoin de protection élevé.

Sous la dénomination «biens immatériels », on peut ranger pêle-mêle les œuvres littéraires, musicales et artistiques, les inventions, les secrets de fabrication et les secrets commerciaux, les programmes informatiques ainsi que les signes distinctifs.

b. La propriété

La propriété est, on l'a vu, le pouvoir absolu et exclusif, pour le propriétaire, de disposer d'une chose dans les limites de l'ordre juridique.

Toutefois, la maîtrise d'un bien immatériel diffère de la maîtrise d'une chose corporelle, en raison de l'essence même de ce bien.

Il s'agit de la propriété dite intellectuelle, dans ce sens qu'elle dépend de biens créés par l'esprit humain, l'« intellect ».

c. La nature

Le droit des biens immatériels dépend d'abord du droit privé, en tant que droit réglementant les pouvoirs des particuliers sur les biens immatériels qu'ils ont créés ou acquis.

Mais il relève également, dans de nombreux cas, du droit public, dans la mesure où, au nom de l'intérêt public à la préservation de la liberté économique, de la libre concurrence et de la protection du consommateur, les pouvoirs publics instaurent des limites à l'exploitation des droits sur les biens immatériels et prévoient des règles de comportement pour les secteurs économiques.

28.2 L'objet et les sources des droits immatériels

a. En droit suisse

Le droit des biens immatériels dépend de toute une série de lois fédérales, qui varient en fonction du bien juridique à protéger. Ces biens juridiques sont limités (*numerus clausus*) et défini par le droit positif.

i. L'invention

1° La notion :

L'invention consiste en un enseignement sur l'emploi et la maîtrise des forces de la nature, en une règle technique qui a pour conséquence immédiate la mise en oeuvre de force physique, de matières chimiques ou d'autres substances ou éléments matériels ou naturels.

Elle est, comme tous les autres biens matériels, une création intellectuelle. Elle s'en différencie, par contre, par son appartenance au domaine technique.

2° Les sources :

La protection de l'invention est régie par la loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (LBI ; RS 232.14), ainsi que par des ordonnances la complétant.

ii. Les marques, indications de provenance et signes distinctifs d'entreprise

1° La notion

La marque est le signe qui sert à distinguer certaines marchandises ou certains services d'autres marchandises ou services du même genre, mais fabriqués ou rendus par d'autres personnes. Elle individualise les produits en fonction de leur origine et permet d'identifier leurs fabricants. Parallèlement, la marque a également d'autres fonctions, comme la garantie de qualité ou la défense (enregistrement).

Les marques peuvent être verbales, patronymiques, figuratives, visuelles, et parfois même en trois dimensions, acoustiques ou olfactives.

2° Les sources

La protection des marques, indications de provenance et signes distinctifs d'entreprise est assurée par la loi sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992 (LPM ; RS 232.11).

iii. Les créations et prestations d'auteurs (œuvres)

1° La notion

L'œuvre est une création intellectuelle artistique, qui a été exprimée, c'est-à-dire matérialisée et concrétisée par des moyens de communication sensoriellement perceptibles.

L'œuvre est l'ensemble, l'addition de la création intellectuelle, d'une part, et de sa matérialisation (support), d'autre part. Mais l'idée elle-même ne peut être protégée, faute d'être perceptible.

Le style (manière, genre, technique artistique) en tant qu'abstraction générale tirée de plusieurs œuvres individuelles, ne peut également pas être protégé.

Sont notamment reconnues comme œuvres :

- celles qui recourent à la langue (littéraires, scientifiques ou autres),
- les œuvres musicales ou acoustiques,
- les beaux-arts (peintures, sculptures, arts graphiques),
- celles qui ont un contenu scientifique ou technique (dessins, plans, cartes, ...),

- les œuvres architecturales,
- les œuvres d’arts appliqués,
- les œuvres photographiques, cinématographiques ou audiovisuelles,
- les œuvres chorégraphiques et les pantomimes.

A noter que le droit des biens immatériels protège également l’effort et les prestations des artistes interprètes, les prestations des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes, ainsi que des organismes de diffusion (en tant que « droits voisins »).

2° Les sources

Les œuvres et leur interprétation sont protégées par la loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins du 26 avril 1993 (LDA ; RS 231.1), et par l’ordonnance qui la complète.

NB : les logiciels informatiques, sans être à proprement parler des œuvres, sont également protégés par la LDA.

Par contre, la topographie de produits semi-conducteurs (topographie de circuits intégrés) est protégée par une loi spécifique : la loi fédérale sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs du 9 octobre 1992 (LTo ; RS 231.2) et l’ordonnance qui la complète.

iv. Les « designs »

1° La notion

La notion de design correspond à la création de produits ou de parties de produits caractérisés notamment par la disposition de lignes, de surfaces, de contours ou de couleurs, ou par le matériau utilisé.

Comme les autres droits immatériels, un design n’est protégé que s’il est nouveau et original (art. 2 LDes).

2° Les sources

Les designs sont protégés par la loi fédérale sur la protection des designs du 5 octobre 2001 (LDes ; RS 232.12), ainsi que par l’ordonnance qui la complète. Cette loi remplace celle du 30 mars 1900 sur les dessins et modèles industriels (LDMI).

b. En droit international

Le droit de la propriété immatérielle fait également l'objet d'une très importante réglementation internationale.

Contrairement à la plupart des droits nationaux, les différents domaines du droit de la propriété industrielle ne sont pas systématiquement traités séparément, mais sont souvent regroupés dans une seule et même convention. C'est notamment le cas de la très importante Convention d'Union de Paris.

A titre d'illustrations de conventions multilatérales, citons :

- la Convention d'Union de Paris, du 20 mai 1883, plusieurs fois révisée, la dernière fois à Stockholm, le 14 juillet 1967 (CUP ; RS 0.232.01 et 0.232.04) ;
- la Convention du 14 juillet 1967 instituant l'OMPI (RS 0.230) ;
- les Accords OMC sur les aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (TRIPs) du 15 avril 1994.

Il existe aussi toute une série d'accords internationaux limités à un domaine spécifique, ainsi que d'accords bilatéraux.

Enfin, tant le Conseil de l'Europe que l'Union européenne ont établis des conventions notamment en matière de brevets.

28.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Quelle est l'étendue (géographique et temporelle) de la protection de la marque ?

b. Exercices

La société X est titulaire d'une marque qu'elle a fait enregistrer dans plusieurs pays d'Europe. Dans ces Etats, elle a concédé des licences d'usage de sa marque. Peut-elle, en se fondant sur le droit des marques, s'opposer à l'importation de produits portant sa marque ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 28

Chapitre 3 : Les instruments de la vie économique

A. LA PARTIE GENERALE DU DROIT DES OBLIGATIONS

§ 29 L'OBLIGATION ET LA FORMATION DU CONTRAT

Textes législatifs : art. 1 à 142 CO.

Bibliographie : P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997 ; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, Partie générale du droit des obligations, tome 1, 2^{ème} éd., Zurich 1982 ; P. TERCIER, Le droit des obligations, 2^{ème} éd., Zurich 1999.

29.1 La notion d'obligation

L'obligation est un lien juridique entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles est tenue envers l'autre de faire une prestation.

Cette notion ne doit pas être confondue avec :

- la notion spécifique d'obligation de l'emprunt par obligations (art. 1156 ss CC) ;
- l'incombance, c'est-à-dire le comportement que doit avoir une personne pour éviter un désavantage juridique (ex. : l'art. 201 al. 1 CO).

L'obligation doit aussi être distinguée du rapport d'obligations, qui est la relation juridique dans laquelle s'inscrit une obligation au moins. En général, cette relation comprend un faisceau d'obligations (principales et accessoires),

29.2 La créance et la dette

a. La notion de créance

La créance est le droit d'exiger du débiteur la prestation au besoin par une action en justice.

Trois remarques à ce sujet :

- 1° La créance lie toujours deux personnes (ou groupes de personnes).
- 2° La créance a toujours pour objet une prestation qui :
 - doit être déterminée ou déterminable ;

- doit répondre à un intérêt digne de protection (faute de quoi on ne peut exiger la prestation, art. 2 CC).

Quant à l'objet de la prestation, on peut distinguer entre les prestations positives et les prestations négatives :

- Les prestations positives consistent en une action du débiteur. Cette action peut être une prestation matérielle (transférer un bien, payer une somme d'argent) ou bien une prestation personnelle (effectuer un travail). Parmi les prestations matérielles, on peut distinguer celles qui portent sur une chose fongible, c'est-à-dire une chose qu'il est d'usage en affaires de distinguer par le nombre, la mesure ou le poids (de l'argent, du tissu, du charbon) ou sur une chose non fongible, à savoir une chose objectivement individualisée (une œuvre d'art, p. ex.).
- Les prestations négatives consistent en une inaction du débiteur :
 - soit d'une abstention (ne pas faire concurrence, art. 340 CO) ;
 - soit d'une tolérance (le bailleur accepte que le locataire s'installe dans son immeuble).

3° La créance repose toujours sur un titre juridique, une cause.

Selon le système du Code, une obligation peut résulter :

- d'un contrat,
- d'un acte illicite,
- d'un enrichissement illégitime.

NB : l'obligation est imparfaite si elle ne réunit pas toutes les caractéristiques de la créance.

b. La notion de dette

La dette est le devoir du débiteur d'exécuter sa prestation (« *leisten müssen* »), au besoin sous la contrainte.

c. La notion de garantie ou responsabilité

La garantie ou responsabilité est le fait pour le patrimoine du débiteur d'être soumis à la mainmise des créanciers au cas où la prestation ne serait pas exécutée, *i.e.* le devoir de répondre en cas d'inexécution (« *haften müssen* »). C'est dans ce sens que l'on dit que le débiteur répond de ses dettes sur son patrimoine. La garantie est ce qui donne son caractère contraignant à l'obligation.

29.3 La formation du contrat (mécanisme de conclusion du contrat)

a. La notion

Le contrat est un échange de manifestations de volonté concordantes.

b. L'offre

L'offre est la première des manifestations de volonté.

L'auteur manifeste sa volonté de conclure un contrat déterminé, de sorte que la perfection du contrat ne dépend plus que de l'acceptation par l'autre partie de cette offre.

Effet : l'auteur d'une offre est lié par son offre (art. 3, 4 et 5 CO). L'auteur ne peut dès lors plus la révoquer unilatéralement.

c. L'acceptation

L'acceptation est la seconde des manifestations de volonté nécessaires à la conclusion du contrat. Elle a un «effet formateur», en ce sens que le contrat est conclu par la simple formulation et l'expédition de cette manifestation de volonté qu'est l'acceptation.

L'acceptation peut être :

- expresse ;
- tacite.

Sous réserve de la règle de l'art. 6 CO, le silence ne peut pas être considéré comme une acceptation. L'art. 6 CO prévoit cependant que lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusé dans un délai convenable.

NB : en vertu de l'art. 6a CO, l'envoi d'une chose non commandée n'est pas considéré comme une offre. Le destinataire n'est donc pas tenu de renvoyer la chose ni de la conserver. S'il s'agit manifestement d'une erreur, le destinataire doit en informer l'expéditeur.

d. L'accord des manifestations de volonté

1° La constatation de l'accord :

La volonté des parties doit être concordante.

Pour savoir s'il y a concordance des manifestations de volonté, il convient de distinguer les différentes phases de la manifestation de la volonté :

- L'émission de la déclaration de volonté ; elle doit correspondre à la volonté interne de celui qui émet la volonté.
- L'expédition.
- La réception : la déclaration parvient dans la sphère personnelle du destinataire.
- La perception : le destinataire prend connaissance du contenu de la déclaration.

Ainsi, il n'y a concordance que si :

- l'auteur de l'offre manifeste une volonté identique à celle qu'il a voulue ;
- la manifestation de volonté de l'auteur de l'offre est identique à ce qu'a compris le destinataire de l'offre.

Deux cas de figure peuvent se présenter :

- Si chaque partie a effectivement compris l'autre correctement, on ne retient que la volonté réelle (interne) : le destinataire de la manifestation de volonté l'a effectivement comprise ainsi que le voulait son auteur (art. 18 CO).
- Si une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre mais qu'elles entendaient réellement passer un contrat, on élimine la difficulté en appliquant le principe de la confiance (interprétation). Dans ce cas, les manifestations de volonté s'interprètent dans le sens que le destinataire pouvait et devait leur donner selon les règles de la bonne foi. Ce qui compte, c'est le sens objectif que la manifestation de volonté pouvait avoir pour le destinataire.

2° Le contenu de l'accord :

Pour qu'il y ait accord, il faut une volonté concordante des parties sur tous les points essentiels. (Sur la distinction entre les points essentiels et les points secondaires : cf. art. 2 CO). L'essentiel, c'est le contenu minimum de l'accord, à savoir ce qui est indispensable pour que le contrat forme un tout.

A noter qu'il n'est pas toujours nécessaire que tous les éléments soient déterminés : il suffit parfois qu'ils soient déterminables. Par exemple : le cours du jour pour le prix d'une action, et non sa valeur exacte fixée à l'avance.

29.4 La forme du contrat

La forme, c'est le mode d'expression de la volonté. Le principe de la liberté de la forme du contrat découle de l'art. 11 CO. Dans certains cas, cependant, la loi impose le respect d'une forme particulière.

a. La forme écrite

La forme écrite est le mode d'expression de la volonté dans lequel la déclaration de l'auteur est consignée par écrit, et le document rédigé signé par lui (acte sous seing privé).

b. La forme authentique

La forme authentique est le mode d'expression de la volonté dans lequel la déclaration est consignée en un document rédigé par un officier public, selon la procédure et les formes prévues par le droit cantonal.

Par exemple : la vente immobilière (art. 216 al. 1 CO).

Les buts poursuivis par le législateur lorsqu'il impose la forme authentique sont :

- la protection des parties (réflexion) ;
- la sécurité du droit (preuve) ;
- le crédit des registres publics.

c. Le vice de forme

Dans le cas où la loi impose le respect d'une forme particulière, l'acte qui ne respecte pas la forme prescrite est frappé de nullité.

29.5 L'objet du contrat

a. La liberté contractuelle

Le droit des contrats est dominé par le principe de la liberté contractuelle. Ce principe constitue en effet

- un aspect de l'autonomie privée ;
- le prolongement, en droit privé, de la liberté économique.

Le principe est consacré par l'art. 19 CO. La liberté contractuelle comprend :

- le choix du contrat : contrat innommé (p. ex. leasing, franchise), combinaison de contrats (p. ex. conciergerie : contrat de bail et de travail) ;
- sauf cas particuliers, la possibilité de déroger à la réglementation légale ;
- la possibilité de déterminer librement les prestations des parties.

b. Les exceptions des art. 19-20 CO

La liberté contractuelle est cependant partiellement limitée par la loi (« *dans les limites de la loi* », art. 19 al. 1 *in fine* CO). C'est notamment le cas pour :

1° Le contrat à contenu impossible :

Le contrat présente un contenu impossible lorsqu'il est établi qu'au moment de la conclusion, l'une des prestations promises ne peut objectivement pas être exécutée.

Ainsi, le cas de l'impossibilité subséquente, prévue à l'art. 119 CO, est différent.

2° Le contrat à contenu illicite :

Un contrat présente un contenu illicite lorsque ce contenu viole une norme du droit suisse. Il peut s'agir de :

- dispositions impératives de droit privé (contrat de travail, 361 CO ; vente par acomptes, 226a CO) ;
- règles de droit public : les règles du droit administratif, du droit de procédure ou du droit pénal peuvent exclure certaines choses du contenu des contrats.

3° Le contrat à contenu immoral :

L'objet du contrat est immoral lorsqu'une de ses clauses, sans violer formellement une disposition légale impérative, paraît contraire à un principe moral généralement reconnu.

Par exemple :

- contraire aux droits de la personnalité par son objet (engagement de ne pas se marier, de changer de religion) ou par sa durée ou son intensité (art. 340 CO) ;
- toute autre contrariété aux bonnes mœurs, notamment certains actes contraires à la loyauté commerciale (entente dans les enchères ou dans les adjudications).

c. La sanction du non respect de l'art 20 CO

Principe : la nullité du contrat (art. 20 al. 1).

Restriction au principe : la nullité partielle selon l'art. 20 al. 2 CO : Partant de l'idée qu'il convient autant que possible de respecter la volonté des contractants, le contrat est maintenu dans son principe, mais on en retranche les clauses viciées. Mais cela n'est possible que si les clauses viciées peuvent être détachées sans affecter

l'ensemble du contrat. Cela n'est en revanche pas possible s'il y a lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans les clauses viciées.

29.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

- a. Problèmes particuliers
- b. Exercices
- c. Jurisprudence : cf. Annexes 29

§ 30 LES VICES DU CONTRAT

Textes législatifs : art. 23 ss CO.

Bibliographie : P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997 ; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, Partie générale du droit des obligations, tome 1, 2^{ème} éd., Zurich 1982 ; P. TERCIER, Le droit des obligations, 2^{ème} éd., Zurich 1999.

Le contrat est dit « invalide » lorsque :

- le consentement de l'une des parties a été vicié ;
- une condition légale ne s'est pas réalisée.

NB : Cette situation ne doit pas être confondue avec celle du contrat imparfait, c'est-à-dire du contrat dont toutes les conditions ne sont pas remplies et qui reste en suspens (« *claudicans* » ; boiteux), jusqu'à ce que la situation se régularise. Si la situation n'est pas régularisée, le contrat imparfait sera définitivement sans effet.

La loi retient trois formes de vice du consentement : l'erreur, le dol et la crainte fondée.

30.1 L'erreur (art. 24 CO)

- a. La notion

L'erreur est une fausse représentation de la réalité :

- Il n'y a pas de correspondance entre ce que croit une personne et ce qui est (la victime de l'erreur tient pour vrai ce qui est faux ou ignore l'existence d'un fait) ;
- La victime ne doit pas être consciente de son erreur ; en cas de doute, il n'y a plus d'erreur.

L'erreur doit être essentielle, c'est-à-dire qu'elle doit avoir une certaine gravité. L'art. 24 CO donne une liste non exhaustive (« *notamment* ») des cas dans lesquels une erreur est essentielle.

b. Les distinctions

Il faut distinguer :

- L'erreur sur les motifs, qui affecte la formation de la volonté. En principe, l'erreur sur les motifs n'est pas essentielle (art. 24 al. 2) et elle n'affecte pas la validité du contrat. Exceptionnellement, l'erreur sur les motifs est essentielle lorsqu'elle présente un caractère particulièrement fondamental (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) : il s'agit alors de l'erreur de base ou erreur qualifiée sur les motifs.
- L'erreur de déclaration qui affecte le processus de communication de la volonté : la manifestation de volonté retenue ne correspond pas à ce que son auteur voulait communiquer. Dans les cas retenus à l'art. 24 al. 1 ch. 1 à 3 CO, l'erreur de déclaration porte soit sur le contrat conclu (« *in negotio* »), soit sur l'identité de la chose (« *in corpore* ») ou du contractant (« *in persona* »), soit encore sur la quantité (« *in quantitate* »). Si cette erreur est notable, elle peut être invoquée par la partie dans l'erreur et affecter la validité du contrat.

c. Les conséquences

Il faut mais il suffit que la partie dans l'erreur invoque son erreur pour que le contrat soit nul. Il s'agit donc d'une nullité relative.

30.2 Le dol (art. 28 CO)

a. La notion

Il y a dol lorsqu'une partie induit volontairement l'autre en erreur pour l'amener à conclure un contrat.

b. Les conditions

- La victime doit se trouver dans l'erreur.
- Il doit y avoir une tromperie de la part de l'auteur du dol (fausse déclaration ou dissimulation de faits vrais).
- La tromperie doit être intentionnelle.
- La tromperie doit aussi être causale.

c. Les conséquences

Comme pour l'erreur, la conséquence est la nullité relative du contrat, c'est-à-dire qu'il faut, mais qu'il suffit, que la partie victime du dol invoque celui-ci pour que le contrat soit nul.

30.3. La crainte fondée (art. 29 s CO)

a. La notion

Il y a crainte fondée lorsqu'une partie exerce sur l'autre une pression en la menaçant sans droit d'un mal afin qu'elle passe le contrat désiré.

Il y a vice du contrat parce que la personne qui est l'objet de la menace ne prend pas librement la décision de contracter.

b. Les conditions

Pour qu'il y ait crainte fondée, il faut que :

- la victime ait été l'objet d'une menace : on lui a fait savoir, par la parole ou le geste, qu'un préjudice déterminé se réaliserait si le contrat n'est pas conclu ;
- la menace soit grave et sérieuse (« fondée » ; il faut tenir compte des circonstances en se mettant à la place de la victime) ;
- la menace soit illicite en soi (atteinte à la vie ou à la santé) et par l'usage qui en est fait : situation exploitée à des fins lésionnaires (cf. art. 21 CO) ;
- la menace soit causale : sans la menace, la victime n'aurait pas conclu le contrat.

3. Les conséquences

C'est de nouveau la nullité relative du contrat (nécessité de l'invoquer).

30.4. La nullité relative et la ratification (art. 31 CO)

Un contrat entaché d'une erreur, d'un dol ou d'une menace n'est pas nul d'office. Il est frappé de nullité relative. Cela signifie qu'il peut être validé par la ratification de la partie victime de l'erreur, du dol ou de la crainte. La ratification est tacite lorsque la partie qu'il n'oblige pas a laissé s'écouler une année – dès que l'erreur ou le dol a été découvert ou que la crainte s'est dissipée – sans déclarer à l'autre sa décision de ne pas maintenir le contrat.

30.5 Un cas particulier : la révocation du contrat en cas de démarchage à domicile ou de contrats semblables (art. 40a à 40g CO)

a. Le champ d'application

Ces dispositions spéciales s'appliquent aux contrats portant sur :

- des choses mobilières,
- des services destinés à un usage personnel ou familial du client.

Il faut que le fournisseur ait agi dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale et que la prestation dépasse 100 francs (art. 40a al. 1 CO).

b. Les conditions d'exercice

Les articles 40b et 40c décrivent les cas dans lesquels le droit de révocation peut (40b : principe) ou, au contraire, ne peut pas (40c : exceptions) être exercé.

La révocation doit être faite par écrit dans les 7 jours (art. 40e CO).

c. Les conséquences

Les prestations reçues sont restituées (art. 40f CO).

30.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

b. Exercices

c. Jurisprudence : cf. Annexes 30

§ 31 L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

Textes législatifs : art. 114 ss CO.

Bibliographie : P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997 ; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, Partie générale du droit des obligations, tome 1, 2^{ème} éd., Zurich 1982 ; P. TERCIER, Le droit des obligations, 2^{ème} éd., Zurich 1999.

31.1 Généralités

Le mode ordinaire d'extinction des obligations est l'exécution de la prestation. Ainsi, pour les dettes d'argent, c'est le paiement.

Mais le Code des Obligations prévoit également, aux art. 114 à 142, une série d'autres causes d'extinction.

31.2 Les causes d'extinction de l'obligation

a. La remise de dette (art. 115 CO)

La remise de dette est le contrat passé entre le créancier et le débiteur et par lequel le premier annule ou réduit la créance qu'il a contre le second.

b. La novation (art. 116 et 117 CO)

La novation est le contrat par lequel les parties éteignent une dette ancienne par la création d'une dette nouvelle. La nouvelle dette remplace l'ancienne.

c. La confusion (art. 118 CO)

Il y a confusion lorsque les qualités de débiteur et de créancier d'une même dette sont réunies dans la même personne : le créancier unique devient lui-même seul débiteur et il y a extinction de l'obligation (p. ex : successions, reprise de dette, fusion d'entreprises, ...).

d. L'impossibilité de l'exécution (art 119 CO)

En vertu de l'art. 119 CO, l'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur.

e. La compensation (art. 120 CO)

La compensation est l'extinction d'une dette par le « sacrifice » d'une contre-créance dont le débiteur dispose contre le créancier. Elle est soumise à certaines conditions :

- une manifestation de volonté du débiteur à l'égard du créancier ;
- l'identité des personnes créancières et débitrices (réciprocité des créances) ;
- l'identité des prestations dues. Les prestations ne peuvent être compensées que si elles sont de même espèce ;
- l'exigibilité de la créance compensante (l'exigibilité est le moment à partir duquel le créancier est en droit d'exiger la prestation) ;
- la possibilité de faire valoir la créance compensante en justice (*i.e.* le créancier ne doit pas avoir d'exceptions à opposer à la contre-créance) ;
- l'absence de clause d'exclusion : la compensation n'est pas possible si elle est exclue par la loi ou par convention des parties.

Si les deux créances ne sont pas de la même valeur, l'extinction de l'une ne se fait qu'à concurrence de la valeur de l'autre (la plus faible).

31.3 La prescription (art. 127 CO)

La prescription n'éteint pas à proprement parler la créance. Elle a pour effet de paralyser le droit d'action lié à une créance par suite de l'écoulement du temps (10 ans, 5 ans ou 1 an). Il s'agit d'une « exception » que peut invoquer le débiteur.

Le délai de prescription peut être suspendu ou interrompu.

31.4. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° Les conditions générales (CG) sont des clauses contractuelles préformulées (« standardisées ») qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats.

Elles jouent un rôle important pour le complètement des règles légales dans les domaines où la loi est sommaire ou mal adaptée. Elles permettent malheureusement aussi fréquemment à la partie la plus forte d'imposer des

conditions qui peuvent être – en elles-mêmes – abusives (banques, assurances, ...).

Les conditions générales ne sont pas une source du droit des obligations : elles n'ont de valeur juridique que si elles sont intégrées au contrat. Elles peuvent cependant éventuellement être comprises comme l'expression d'un usage, même si elles ne sont pas intégrées au contrat.

- 2° Le développement des techniques modernes de communication soulève de nombreux problèmes en droit des contrats :
- Quels sont le moment et le lieu de formation d'un tel contrat (problème du transfert des risques, de la loi applicable, de la juridiction compétente, du point de départ des intérêts moratoires dus en cas de dommage, etc.) ?
 - Au vu de la facilité d'accès à Internet, comment contrôler la capacité juridique de l'utilisateur (problème de l'âge) ?
 - Comment respecter la forme écrite exigée certains contrats (problème de la signature dite « électronique ») ?
 - Quelle est la valeur probante des documents échangés électroniquement (problème de leur authenticité) ?

b. Exercices

- 1° Distinguez l'offre de la déclaration d'intention, de l'invitation à faire une offre et de la contre-offre.
- 2° L'envoi d'une télécopie est-il suffisant pour respecter l'exigence de la forme écrite ? Peut-on l'assimiler au télégramme ? Qu'en est-il du courrier électronique ?
- 3° Vous trouvez, dans votre boîte aux lettres, un envoi de cinq cartes de vœux et un bulletin de versement de CHF 15.–. Une lettre d'accompagnement précise expressément que la marchandise envoyée sera considérée comme dûment vendue si vous ne renvoyez pas les cartes dans les 30 jours ou ne versez pas les CHF 15.–. Qu'en est-il ?
- 4° CEREAL SA doit à Carlos CHF 100'000.– pour la livraison d'une cargaison d'orge. Carlos réclame ce montant. CEREAL SA répond qu'elle compense cette créance avec celle de 150'000 francs que sa filiale BLE SA a contre Carlos. Cette manière de faire est-elle légitime ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 31

§ 32 LES AUTRES SOURCES (LEGALES) D'OBLIGATIONS

Textes législatifs : art. 41 ss et 62 ss CO ; lois spéciales (responsabilité civile : LCR, LRC, LIE, LRCN, ...).

Bibliographie: HONSELL H., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zurich, 2000; FOEX B./WERRO F., La réforme du droit de la responsabilité civile, Zurich, 2004

A côté des contrats (sources dites « volontaires » d'obligations), la loi prévoit deux autres sources d'obligations : l'enrichissement illégitime et la responsabilité civile. Examinons-en brièvement les principes et éléments essentiels.

32.1 L'enrichissement illégitime (art. 62 à 67 CO)

a. La notion

Il y a enrichissement illégitime à chaque fois qu'une personne bénéficie sans motif d'une augmentation de son patrimoine aux dépens d'autrui. Cette augmentation de patrimoine sans motif donnera alors en principe lieu à une répétition de l'indu.

b. Les conditions

L'article 62 CO énonce le principe général en vertu duquel celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution.

L'art. 63 al. 1 CO traite d'un cas particulier d'enrichissement illégitime : le paiement de l'indu, en restreignant la portée du principe : « *celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé* ».

De manière générale, il faut donc qu'il y ait :

- un enrichissement, à savoir une augmentation (« *lucrum emergens* ») ou une non-diminution (« *damnum cessans* ») du patrimoine ;
- aux dépens d'autrui : il doit y avoir un lien direct entre l'enrichissement de l'un et l'appauvrissement de l'autre ;
- une absence de cause légitime, à savoir l'absence de fondement juridique sur lequel pourrait reposer l'enrichissement ; cela peut se traduire soit par l'absence *ab initio* de toute cause, soit de la non réalisation d'une cause (initialement prévue dans le futur), soit encore de la cessation (extinction) d'une cause (art. 62 al. 2 CO).

NB : en vertu de l'art. 63 al. 2 CO, ce qui a été payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral (soit des obligations imparfaites) ne peut être répété. En outre, l'art. 66 CO limite encore la portée du principe en précisant que qu'il n'y a pas lieu à répétition «*de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs ».*

c. Les effets

Lorsque ces conditions sont remplies, celui qui s'est appauvri dispose d'une action en répétition. L'enrichissement illégitime donne donc naissance à une obligation légale de répéter l'indu afin de rétablir l'équilibre initial.

L'étendue de la créance en restitution dépendra de la bonne ou de la mauvaise foi de l'enrichi :

- s'il est de bonne foi, l'enrichi ne sera tenu à restitution que pour le montant dont il se trouve encore enrichi au moment où la répétition est exigée ;
- s'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il savait ou aurait dû savoir que l'enrichissement était illégitime, il doit la totalité du montant dont il a été enrichi, quelque soit les dépenses déjà effectuées.

32.2 La responsabilité civile (art. 41 à 61 CO ; bref survol)

a. La notion

La responsabilité civile («*Haftpflicht*») est l'obligation faite à une personne de réparer le préjudice causé à autrui. Il s'agit d'une source légale d'obligation, qui trouve son fondement soit, de manière générale, aux art. 41 à 61 CO (régime ordinaire), soit de manière spécifique (régimes spéciaux), dans les Codes (CC, CO) ou dans des lois spéciales (LCR, LRC, LIE, LRCN, ...).

b. Les conditions

Pour que l'obligation de réparer existe, il faut que certaines conditions générales et spécifiques (au régimes spéciaux) soient remplies :

1° Conditions générales (art. 41 CO) :

- l'existence d'un préjudice, à savoir toute diminution involontaire des biens d'une personne ; il peut s'agir d'un dommage au sens strict ou d'un tort moral ;
- l'existence d'un lien de causalité adéquate (cf. la notion en matière contractuelle)

- 2° Conditions spécifiques du régime ordinaire : dans le régime ordinaire (c'est-à-dire non traitée spécifiquement par une loi spéciale), la loi distingue entre deux hypothèses :
- la responsabilité pour le fait personnel (responsabilité aquilienne ; art. 41 CO), qui implique, en sus des conditions générales, deux autres conditions :
 - l'illicéité, c'est-à-dire la transgression d'une défense de nuire à autrui en l'absence de motifs légitimes ; en pratique, il y a illicéité à chaque fois qu'il y a violation d'une norme de droit suisse (conception objective) ;
 - une faute, qui se définit comme un manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique : le responsable du dommage n'a pas agi conformément à ce que l'on pouvait attendre de lui ;
 - La responsabilité pour le fait d'autrui, prévue par l'art. 55 CO (cf. art. 101 CO en matière contractuelle) : la responsabilité dite « de l'employeur », qui vise toute personne qui, pour accomplir une tâche, a recours à des personnes qui lui sont subordonnées : dans ce cas de figure, l'employeur répond du dommage causé illicitement et dans l'accomplissement de son travail, par son auxiliaire, à moins qu'il ne puisse prouver qu'il a fait preuve de toute la diligence requise par les circonstances (« *cura in eligendo, in instruendo et in custodiendo* »).
- 3° Conditions spécifiques des régimes spéciaux, c'est-à-dire de la responsabilité civile résultant de dispositions légales spécifiques. Il en existe deux sortes :
- les responsabilités fondées sur un défaut de diligence (responsabilités objectives simples) :
 - du chef de famille (art. 333 CC) ;
 - du propriétaire d'immeuble (art. 679 CC) ;
 - du détenteur d'animaux (art. 56 CO) ;
 - du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO).
 - les responsabilités fondées sur un risque inhérent à certaines activités (responsabilités objectives aggravées) :
 - du détenteur de véhicule automobile (art. 58 ss LCR) ;
 - de l'exploitant d'une installation électrique (art. 27 ss LIE) ;
 - de l'exploitant d'une entreprise de chemin de fer (art. 1 ss LRC) ;
 - de l'exploitant d'une installation nucléaire (art. 3 ss LRCN).

c. Les effets

Lorsque les conditions remplies, le responsable du dommage (ou celui que la loi désigne) est tenu de le réparer (art. 41 CO). Cela signifie que la victime du dommage dispose, à l'encontre du responsable du dommage, d'une créance tendant au versement d'une indemnité tendant à compenser la perte subie.

Le juge devra alors :

- d’abord, calculer le préjudice subi en fonction du type de préjudice (mort, lésion corporelle, dommage matériel : art. 45 ss CO) ;
- puis, fixer l’indemnité, en tenant compte éventuellement de facteurs de réduction (art. 43 et 44 CO).

32.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

- a. Problèmes particuliers
- b. Exercices
- c. Jurisprudence : cf. Annexes 32

§ 33 L'EXECUTION ET L'INEXECUTION DES CONTRATS

Textes législatifs : art. 68 à 96 CO.

Bibliographie : P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997 ; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, Partie générale du droit des obligations, tome II, 2^{ème} éd., Zurich 1982 ; P. TERCIER, Le droit des obligations, Zurich, 1999.

33.1 Généralités

L'exécution de l'obligation est l'accomplissement de la prestation due par le débiteur qui éteint ainsi sa dette.

La dette n'est éteinte que si la prestation est parfaite, c'est-à-dire qu'elle correspond à ce qui a été convenu.

a. L'auteur de la prestation

En règle générale, le débiteur n'est pas tenu d'exécuter personnellement sa prestation (art. 68 CO). Cependant, une exécution personnelle par le débiteur peut être prévue soit par la loi, soit par le contrat.

b. Les cas particuliers

Les cas particuliers suivants doivent être signalés :

1° La subrogation :

Il y a subrogation lorsqu'un tiers fait la prestation du débiteur au créancier et prend la place de ce dernier dans le rapport d'obligation. Il devient lui-même le créancier du débiteur. La créance n'est pas éteinte, mais son titulaire change. Ce cas de figure est fréquent en matière d'assurances, par exemple.

2° Le devoir de faire la prestation à un tiers :

Le débiteur peut devoir faire sa prestation à un tiers, en vertu soit d'une convention passée entre les parties, soit d'une instruction du créancier, soit encore de la loi.

Le cas le plus important visé par la loi est celui de l'art. 99 LP, qui prévoit que le débiteur d'une créance saisie ne peut plus, lorsqu'il a été avisé de la saisie, se libérer valablement qu'en payant sa dette à l'Office des poursuites.

c. L'exécution simultanée des prestations (art. 82 et 83 CO)

Pour les contrats synallagmatiques, l'article 82 CO pose le principe de la simultanéité : puisque les deux prestations sont dans un rapport d'échange, elles doivent en principe être exécutées simultanément. Le créancier doit donc exécuter sa prestation, ou du moins offrir sérieusement de le faire, sinon le débiteur dispose d'une exception tirée de la non-exécution du contrat.

Dans ces mêmes contrats synallagmatiques, l'art. 83 CO complète la protection des parties au cas où :

- l'une des parties est devenue insolvable, et
- cette insolvabilité met en péril les droits de l'autre (cas de la faillite ou de la saisie infructueuse, p. ex.).

La partie qui risque d'être lésée peut dès lors :

- refuser d'exécuter sa prestation grâce à l'exception d'insolvabilité, tant que l'exécution de l'obligation contractée à son profit n'a pas été garantie (al. 1) ;
- voire, résoudre le contrat si la garantie n'est pas fournie dans un délai convenable (al. 2). Dans ce cas, les prestations déjà effectuées doivent être restituées.

33.2 L'exécution des contrats

a. Le lieu de l'exécution

Le lieu de l'exécution est l'endroit où le débiteur peut valablement et doit exécuter sa prestation. Le lieu peut être déterminé par les parties (art. 74 al. 1 CO) ou résulter des circonstances (usine, cabaret).

La loi contient des règles (subsidièrement) applicables au cas où les parties n'auraient rien prévu. Ces règles sont les suivantes :

- La dette d'une somme d'argent doit être payée au lieu où le créancier est domicilié à l'époque du paiement (art. 74 al. 2 CO : dette portable).
- La dette d'une chose déterminée doit être exécutée au lieu où la chose se trouvait au temps de la conclusion du contrat (art. 74 al. 2 CO).
- Toute autre obligation doit être exécutée au lieu où le débiteur était domicilié lorsqu'elle a pris naissance (art. 74 al. 3 CO : dette quérable).

b. L'époque de l'exécution

La question de l'époque de l'exécution est réglée aux art. 75, 76 et 77 CO. Les principes sont les suivants :

- Si un terme est fixé pour le début ou la fin d'un mois, il s'agira du premier ou du dernier jour du mois ; s'il est fixé au milieu du mois, il s'agira du 15 de ce mois (art. 76) ; dans les autres cas, les règles à appliquer sont détaillées à l'art. 77 CO.
- Un terme peut également résulter de la nature de l'affaire.
- A défaut de terme stipulé ou résultant de la nature de l'affaire, l'obligation peut être exécutée et l'exécution peut être exigée immédiatement (art. 75).

c. L'exécution partielle

Le principe énoncé par l'art. 69 CO est que la prestation doit être exécutée dans sa totalité. L'exécution partielle n'est ainsi pas admise.

Le créancier peut donc refuser la prestation partielle pour autant que le solde de la dette n'est pas contesté. Le créancier peut cependant accepter la prestation partielle, mais il n'y est pas obligé.

d. L'exécution des dettes d'argent

i. La notion

La dette est une dette d'argent ou dette de somme d'argent lorsque l'exécution a pour objet une prestation pécuniaire, soit un paiement.

L'argent consiste dans les instruments d'échange reconnus par l'Etat, à savoir la monnaie de paiement, la monnaie du pays (art. 84 CO).

D'autres moyens de paiement ne peuvent être utilisés que s'ils sont admis par l'usage et pas exclus par les parties. Il peut s'agir de :

- la lettre de change ou l'accréditif ;
- le chèque ;
- la carte de crédit.

ii. La valeur de la dette

La valeur de la dette exprimée en monnaie correspond à la valeur nominale de la somme de monnaie considérée.

Le montant de la dette est invariable quelle que soit la modification du pouvoir d'achat auquel correspond la somme.

Il existe cependant des exceptions à ce principe :

- en cas de dévaluation totale de la monnaie (jurisprudence) ;
- de par la loi : le débiteur en demeure doit des intérêts moratoires et peut être tenu de réparer le dommage éprouvé par le créancier qui serait supérieur à l'intérêt moratoire (art. 106 CO) ;
- de par le contrat, dans le cas où serait prévu une clause-or ou une clause d'indexation (p. ex. les loyers, les pensions alimentaires).

iii. Le paiement de la dette

1° La dette exprimée en monnaie suisse :

Le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en monnaie du pays (art. 84 al. 1 CO).

2° La dette exprimée en monnaie étrangère :

Les parties peuvent prévoir que la dette sera payée dans une monnaie étrangère.

Cependant, selon l'art. 84 al. 2 CO, la dette de monnaie étrangère peut être acquittée en monnaie du pays, pour autant que le débiteur paie en monnaie du pays un montant équivalant à la monnaie étrangère au cours du jour de l'échéance. Toutefois, cette faculté n'est plus offerte au débiteur lorsque le contrat prévoit, par l'utilisation des mots « valeur effective » ou par quelque autre expression analogue, le paiement en monnaie étrangère.

3° Le paiement sans versement de numéraire :

Le paiement sans versement de numéraire est possible pour des échanges entre les personnes qui disposent d'un compte bancaire ou d'un compte de chèque postal.

Le règlement de la dette est alors effectué à la suite d'un ordre de virement (monnaie scripturale).

iv. L'imputation du paiement

Deux cas de figure doivent être considérés :

1° Le débiteur a plusieurs dettes :

Lorsque le débiteur a plusieurs dettes à l'égard du créancier et qu'il effectue un paiement, il convient de déterminer quelle dette est éteinte par ce paiement. Les règles applicables à ce sujet sont données aux art. 86 et 87 CO. Cela dépendra soit d'une déclaration du débiteur ou du créancier, soit, à défaut, de la loi.

2° Le débiteur effectue un paiement partiel :

Le débiteur ne peut imputer un paiement partiel sur le capital que pour autant qu'il ne soit pas en retard pour les intérêts ou les frais (art. 85 al. 1 CO).

33.3 L'inexécution des obligations

a. Les moyens du créancier d'obtenir l'exécution

1° Si le débiteur n'exécute pas son obligation, le créancier a le droit d'agir en exécution. Ce droit d'action, qui fait partie intégrante de la créance, se définit comme le droit du créancier d'exiger des organes compétents de l'Etat qu'ils l'aident à obtenir l'exécution de la prestation due par le débiteur.

Au moyen de l'action en exécution, le créancier demandera au juge :

- de constater qu'il a le droit d'exiger la prestation du créancier ;
- de condamner le débiteur à effectuer la prestation.

2° Si le débiteur refuse de donner suite au jugement, le créancier pourra alors entamer la procédure d'exécution forcée :

- pour la dette d'une somme d'argent ou pour la prestation de sûretés, l'exécution forcée est réglée par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), laquelle permet de saisir et de faire réaliser tout ou partie du patrimoine du débiteur ;
- pour les dettes portant sur d'autres prestations, l'exécution forcée est réglée par la procédure civile cantonale.

b. La réparation du préjudice du créancier

i. Les conditions générales de la responsabilité contractuelle

L'action en responsabilité suppose que les conditions suivantes soient réunies :

- une violation du contrat ;
- un préjudice subi par le créancier ;
- un rapport de causalité ;
- une faute du débiteur.

- 1° La violation du contrat : il y a violation du contrat lorsque le créancier :
- ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ;
 - ne peut l'obtenir qu'imparfaitement ;
 - ne l'a obtenu qu'imparfaitement.
- 2° Le préjudice subi par le créancier : le préjudice est le dommage dans son sens le plus large, c'est-à-dire toute diminution non voulue des biens d'une personne.

Le préjudice peut être :

- un dommage au sens propre, c'est-à-dire la diminution du patrimoine d'une personne qui se produit sans la volonté de celle-ci ;
- un tort moral, c'est-à-dire des souffrances physiques ou psychiques ressenties par la victime à la suite d'une atteinte à sa personnalité.

Quant au dommage, il faut encore préciser deux choses :

- Le dommage peut être une perte éprouvée ou un gain manqué par le créancier :
 - La perte éprouvée (« *damnum emergens* ») est une réduction du patrimoine soit en raison d'une diminution de l'actif, soit en raison d'une augmentation du passif.
 - Il y a gain manqué (« *lucrum cessans* ») lorsque le patrimoine n'est pas accru soit parce que les actifs ne sont pas augmentés, soit parce que les passifs ne sont pas diminués.
 - Il convient de distinguer le dommage positif et le dommage négatif :
 - Le dommage positif correspond à l'intérêt qu'avait le créancier à l'exécution. Le débiteur doit replacer le créancier dans la situation qui serait la sienne si la prestation avait été correctement effectuée.
 - Le dommage négatif correspond à l'intérêt qu'avait le créancier à la non-conclusion du contrat. Le débiteur doit replacer l'autre partie dans la situation qui serait la sienne si les parties n'avaient pas conclu de contrat.
- 3° Le rapport de causalité : il ne peut y avoir obligation de réparer un préjudice que si celui-ci se trouve dans un rapport de causalité adéquate avec la violation du contrat.

La causalité adéquate est le fait que, « *selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la cause envisagée ait été propre à entraîner un effet* »

du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraissait de façon générale favorisée par l'inexécution ». Elle doit donc être différenciée de la simple causalité naturelle.

- 4° La faute de débiteur : En responsabilité contractuelle, la faute du débiteur est présumée (art. 97 CO).

Cette présomption est néanmoins réfragable, c'est-à-dire que le débiteur peut prouver qu'il n'a pas commis de faute. Il supporte néanmoins le fardeau de la preuve, ce qui signifie que, s'il ne peut apporter la preuve qu'il n'a pas commis de faute, la présomption demeure.

A noter que le débiteur est également responsable de la faute de ses auxiliaires (art. 101 CO).

ii. Les conditions et les conséquences de la demeure du débiteur

La demeure est la situation dans laquelle se trouve le débiteur en retard dans l'exécution de son obligation.

- 1° Les conditions de la demeure :

Le débiteur est en demeure si :

- il n'a pas exécuté, sans motif valable, une obligation exigible ;
- il y a eu interpellation au sens de l'art. 102 CO, c'est-à-dire une invitation faite par le créancier au débiteur d'exécuter sa prestation. Exceptionnellement, l'interpellation n'est pas nécessaire (art. 102 al. 2 CO).

- 2° Les conséquences de la demeure :

La demeure ne modifie pas la créance, mais donne au créancier des droits nouveaux :

- L'intérêt moratoire : le créancier est désormais en droit de réclamer au débiteur en demeure le paiement d'un intérêt moratoire. Selon l'art. 104 CO, l'intérêt moratoire est de 5 % l'an (ou entre commerçants, au taux de l'escompte si celui-ci est supérieur à 5 %).
- La responsabilité pour le cas fortuit : si la chose due (qui est encore en mains du débiteur puisqu'il n'a pas exécuté la prestation) est détruite postérieurement au début de la demeure, même sans faute du débiteur, celui-ci doit réparer le préjudice éventuel au créancier (art. 103 CO).

- La responsabilité pour le préjudice découlant du retard : le débiteur est en faute s'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour pouvoir effectuer sa prestation à temps. Il doit alors réparer le dommage subi par le créancier en raison de l'exécution tardive. Le dommage supplémentaire (supérieur à l'intérêt moratoire) peut comprendre, par exemple :
 - d'éventuels frais de rappel ;
 - le cas échéant, la location d'une machine de remplacement ;
 - la prestation que le créancier a éventuellement dû faire à un tiers en raison du retard (peine conventionnelle) ;
 - la possible perte de gain ;
 - la possible perte de change.

iii. La demeure qualifiée

La loi énonce, aux art. 107 et 109 CO, des règles particulières pour le contrat bilatéral :

- La fixation d'un délai de grâce : lorsque l'une des parties est en demeure, l'autre peut lui fixer un délai convenable pour s'exécuter. Toutefois, dans certaines circonstances particulières évoquées à l'art. 108 CO (attitude du débiteur, exécution devenue sans utilité, termes stricts pour l'exécution), la fixation d'un délai de grâce n'est pas nécessaire pour que le créancier puisse bénéficier des options qui lui sont offertes par l'art. 107 CO.
- Les droits d'option du créancier : lorsque la prestation n'a pas été effectuée dans le délai de grâce fixé par le créancier, le débiteur est en demeure qualifiée. Dans ce cas, l'art. 107 al. 2 CO offre au créancier la double option suivante :
 - Le créancier peut : soit agir en exécution et réclamer les dommages-intérêts pour le retard ; soit renoncer à la prestation, s'il en fait la déclaration immédiate.
 - Le créancier qui a renoncé à la prestation peut : soit réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution (dommages-intérêts positifs) ; soit résoudre le contrat et réclamer des dommages-intérêts négatifs.

33.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Les règles décrites ci-dessus s'appliquent pour toute obligation. Il existe toutefois des règles particulières dans la vente commerciale, concernant la demeure du vendeur (art. 190 CO) et celle de l'acheteur (art. 215 CO).

b. Exercices

- 1° Dans quelle mesure l'exécution demeure-t-elle «personnelle» (art. 68 CO) lorsque le débiteur utilise un substitut à l'exécution (art. 399 al. 2 CO) ? ou fait appel à un auxiliaire (art. 101 CO) ?

Quels types de rapports peuvent exister entre le tiers et le créancier dans l'hypothèse où le débiteur doit exécuter la prestation au tiers ?

Peut-on exiger l'exécution d'une prestation lorsque la créance est échue ?

- 2° Le paiement scriptural vaut-il paiement ? A quand remonte le paiement ? Le créancier est-il tenu de l'accepter ?
- 3° Quand peut-on dire que l'échéance est fixée sans interpellation ? Quel est l'objet de l'interpellation ? Donnez un exemple d'interpellation.

Peut-il y avoir des intérêts moratoires sur le paiement d'intérêts ?

- c. Jurisprudence : Annexes 33

§ 34 LA PLURALITE DE PARTIES ET LES TRANSFERTS D'OBLIGATIONS

Textes législatifs : art. 143 à 150 et art. 164 à 183 CO.

Bibliographie : Cf. § 31 et 33.

34.1 La cession de créance

a. La notion

La cession (conventionnelle) est le contrat par lequel une personne cède son droit à un tiers sans le consentement du débiteur (art. 164 al. 1 CO).

b. Les conditions

En tant que contrat, la cession suppose l'existence d'un accord passé entre le cédant et le cessionnaire, soumis aux conditions générales de validité des contrats.

La forme écrite est exigée (art. 165 al. 1 CO).

Le respect des droits de la personne (art. 27 CC) impose certaines limites à l'étendue de la cession, en ce qui concerne par exemple les cessions de créances futures ou de salaires.

c. Les effets

La cession a pour effet qu'un nouveau créancier prend la place du créancier cédant.

Or, le débiteur n'est pas partie au contrat. La question se pose dès lors de déterminer à quelle condition il peut ou il doit reconnaître le cessionnaire comme créancier. A ce sujet, les règles suivantes s'appliquent :

- 1° Tant qu'il n'a pas été informé, le débiteur a le droit de considérer que le cédant est toujours créancier et de lui faire sa prestation avec effet libératoire, pour autant bien sûr qu'il agisse de bonne foi.
- 2° Dès que le cédant lui a fait connaître la cession, le débiteur est tenu de considérer le cessionnaire comme le véritable créancier et de lui faire sa prestation.

34.2 La reprise de dette

a. La notion

La reprise de dette (externe) est un contrat entre le créancier et un tiers, en vertu duquel celui-ci prend la place du débiteur dans l'obligation.

Il faut distinguer la reprise de dette externe de la reprise de dette interne, qui est le contrat passé entre le débiteur et le reprenant en vertu duquel celui-ci promet au débiteur de reprendre sa dette.

b. Les conditions

En principe, toute dette peut être reprise.

La reprise de dette est un contrat qui n'exige aucune condition particulière, si ce n'est l'échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes.

c. Les effets

Le reprenant devient le nouveau débiteur de la dette, et l'ancien débiteur est libéré de la dette.

34.3 La solidarité

a. La solidarité active (art. 150 CO)

Il y a solidarité active lorsque chacun des créanciers peut exiger la totalité de la prestation, et que le débiteur peut se libérer à l'égard de tous en faisant sa prestation à l'un d'eux.

La situation des créanciers solidaires ne doit pas être confondue avec celle des créanciers partiels, qui ne sont autorisés à réclamer qu'une partie de la prestation.

b. La solidarité passive (art. 143 CO)

i. La notion :

Il y a solidarité passive lorsque le créancier peut exiger de chaque débiteur l'exécution de la dette, et que l'exécution faite par l'un deux libère les autres.

Dès lors, le créancier a le choix et peut réclamer :

- soit le tout à l'un ou à l'autre des débiteurs ;
- soit une part de la dette à chacun des débiteurs.

ii. Les rapports internes des débiteurs

Selon l'art. 148 al. 1 CO, chacun des débiteurs solidaires doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier.

Selon l'art. 148 al. 2 CO, le débiteur qui paie plus que sa part peut réclamer cet excédent aux autres débiteurs. Ceux-ci sont des débiteurs partiels, car il n'y a pas de solidarité entre les débiteurs.

iii. La solidarité imparfaite

Il y a solidarité imparfaite lorsque plusieurs personnes sont tenues de mêmes créances, mais en vertu de causes différentes.

34.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° Comparer la situation de l'héritier et celle du débiteur qui reprend la dette.
- 2° Comparer la règle générale de l'art. 143 CO avec celle particulière de l'art. 759 CO sur la responsabilité solidaire des organes de la société anonyme.

b. Exercices

Quatre associés (A, B, C et D) d'une société simple sont débiteurs solidaires d'une dette de CHF 6'000.-. Le créancier ouvre action contre A et obtient la totalité du paiement. A se retourne contre B, C et D pour le paiement de leur part. Or, C est parti à l'étranger sans laisser d'adresse, et D est en faillite (le dividende prévu pour les créanciers de 3^{ème} classe est de 10 %).

Qu'est-ce que A peut obtenir de B ?

c. Jurisprudence : Annexes 34

B. LA PARTIE SPECIALE DU DROIT DES OBLIGATIONS

§ 35 DE QUELQUES CONTRATS SPECIAUX (SURVOL)

Textes législatifs : art. 184 ss, 363 ss, 394 ss, 319 ss, 253 ss CO.

Bibliographie : P. TERCIER, Les contrats spéciaux, Zurich, 2003 ; P. ENGEL, Contrats de droit suisse, Berne, 2000.

35.1 La vente (art. 184 ss CO)

a. La définition

La vente est le contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer (art. 184 al. 1 CO).

b. Les types de vente

1° La vente mobilière et la vente immobilière :

La vente mobilière se définit de manière négative : elle est celle de toutes choses qui ne sont pas des biens-fonds ou des droits immatriculés comme immeubles au registre foncier (art. 187 al. 1 CO). La vente d'immeubles est régie par les art. 216 ss CO (forme particulière du contrat).

Pour la notion d'immeuble, voir l'art. 655 CC.

2° Les autres distinctions :

La loi distingue encore entre la vente ordinaire et :

- la vente sur échantillon
- la vente à l'examen
- la vente à tempérament
- la vente aux enchères.

S'apparentent aussi partiellement à la vente :

- le contrat d'échange (art. 237 CO) : les règles de la vente s'y appliquent en ce sens que chacun des copermutants est traité comme vendeur quant à la chose qu'il promet et comme acheteur quant à la chose qui lui est promise.

- le leasing financier (ou contrat de crédit-bail), qui est considéré soit comme un contrat sui generis (innommé) soit comme un contrat mixte entre la vente, le bail et la mandat : contrat par lequel une personne cède à une autre, pour une période déterminée, l'usage et la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière acquise auprès d'un tiers, moyennant le paiement de redevances périodiques.

35.2 Le contrat d'entreprise (art. 363 ss CO)

a. La définition

Contrat d'entreprise est le contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer (art. 363 CO).

b. L'élément caractéristique

L'élément caractéristique du contrat d'entreprise est l'ouvrage, à savoir le résultat d'un travail qui prend corps en une forme déterminée.

L'ouvrage, à savoir le résultat escompté d'un travail, peut être matériel (chose mobilière ou immobilière) ou immatériel (établissement de plans, de logiciels, expertise, ...).

Le contrat d'entreprise est un contrat de service, qui se distingue d'autres contrats de services en ce sens que l'entrepreneur (débiteur) garantit que son activité aboutira à un résultat (obligation de résultat), alors que, dans d'autres contrats de services (mandat), le débiteur promet une activité en vue d'un certain résultat (obligation de moyen).

35.3. Le mandat (art. 394 ss CO)

a. La définition

Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis (art. 394 al. 1 CO).

b. Les éléments caractéristiques

- 1° Le premier élément caractéristique du mandat est la prestation de service : dans un mandat, le mandataire s'engage nécessairement à rendre un certain service, qui doit être rendu en vue d'un certain résultat (obligation de moyen et non de résultat).
- 2° Le second élément caractéristique est la subsidiarité de la réglementation du mandat par rapport aux autres contrats pour les travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats (art. 394 al. 2 CO).
- 3° Une particularité du mandat figure à l'art. 404 CO, qui prévoit que le mandat peut être révoqué ou répudié sans motif et en tout temps. Cette règle a donné lieu à de nombreuses controverses.

c. Les contrats apparentés

Outre les contrats mixtes (contenant des éléments de mandat), plusieurs contrats sont voisins du contrat de mandat. Ils ne doivent cependant pas être confondus avec ce dernier. Il s'agit notamment des contrats :

- la lettre et l'ordre de crédit (art. 407 ss CO),
- le courtage (art. 412 ss CO),
- le contrat d'agence (art. 418a ss CO),
- la gestion d'affaires (sans mandat) (art. 419 ss CO),
- l'assignation (art. 466 ss CO),
- le contrat de commission (art. 425 ss CO).

35.4 Le contrat de travail (art. 319 ss CO)

a. La définition

Le contrat (individuel) de travail est le contrat par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (travail aux pièces ou à la tâche) (art. 319 al. 1 CO).

b. Les éléments caractéristiques

- 1° L'engagement à fournir un travail régulier : l'employé doit s'engager à rendre un service, selon les instructions de l'employeur (rapport de subordination), pendant une certaine durée.

- 2° Le versement d'un salaire : le service fourni volontairement à titre gratuit ne relève pas des règles sur le contrat de travail (mandat, ou contrat innommé).

NB : Le contrat de travail est un contrat socialement « sensible », en raison du lien de dépendance et de subordination existant entre le travailleur et l'employeur. Pour protéger la partie économique « faible », le législateur a prévu que plusieurs règles du CO doivent être impérativement respectées soit par l'employeur (relativement impératives : seul l'employé peut y déroger) soit par l'employeur et l'employé (absolument impératives : ni l'employeur ni l'employé ne peuvent y déroger).

c. Les types de contrat de travail

La loi prévoit différents types de contrats de travail :

- le contrat individuel et la convention collective (ensemble de clauses déterminant tout ou partie du contenu des contrats individuels, en principe établies de concert entre un ou plusieurs employeurs et des associations de travailleurs) ;
- le contrat-type de travail, dont le contenu est impératif et fixé par l'autorité (agriculture, service de maison ; art. 359 CO) ;
- le contrat de travail à temps partiel (cf. art. 319 al. 2 CO) ;
- le contrat de durée déterminée et le contrat de durée indéterminée ;
- le contrat de travail rémunéré au temps et le contrat rémunéré aux pièces ou à la tâche ;
- le contrat de travail d'apprentissage (art. 344 CO), de voyageur de commerce (art. 347 CO), de travail à domicile (art. 351 CO).

35.5 Le contrat de bail (à loyer) (art. 253 ss CO)

a. La définition

Le bail à loyer est un contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire, moyennant un loyer (art. 253 CO).

Il s'agit d'un contrat dit d'usage.

b. Les éléments caractéristiques

- 1° La cession de l'usage d'une chose : le bailleur doit s'engager à céder l'usage, à savoir un droit personnel (et non réel ; le locataire est donc un possesseur dérivé), sur une chose matérielle (et non des droits), pour une durée limitée.
- 2° Le loyer : le locataire s'engage à verser au bailleur un montant en argent ; en cas de gratuité, il s'agira d'un prêt à usage ; si le loyer ne consiste pas en un montant en argent, mais d'un service, il pourra s'agir d'un contrat mixte (contrat de conciergerie).

NB : Le contrat de bail à loyer est également un contrat socialement «sensible », dans la mesure où, dans certaines circonstances, le locataire peut se trouver en position de faiblesse par rapport au bailleur. Là aussi, le législateur a partiellement dérogé aux principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie des parties, en édictant des règles impératives destinées à protéger les locataires, soit contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives des bailleurs (art. 269 ss CO), soit encore contre les congés contraires à la bonne foi (art. 271 ss CO).

c. Les types de contrats de bail

En matière de bail à loyer, la loi distingue entre :

- le bail immobilier (cf. art. 655 CC) et le bail mobilier (cf. art. 713 CC),
- en matière immobilière, entre le bail d'habitations et le bail de locaux commerciaux,
- le bail de durée déterminée et le bail de durée indéterminée.

En sus du bail à loyer, la loi régit aussi le bail à ferme : contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder au fermier, moyennant un fermage, l'usage d'un bien ou d'un droit productif et à lui en laisser percevoir les fruits ou les produits. il peut s'agir d'un bail d'habitations, de locaux commerciaux ou encore d'un bail agricole (art. 275 ss CO).

35.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° Les règles de la CVIM
- 2° Les Normes SIA

b. Exercices

- 1° Examiner la question de la garantie pour les défauts en matière de vente et en matière de contrat d'entreprise, pour les biens mobiliers et les biens immobiliers.
 - 2° Quelle est la particularité du contrat de mandat par rapport à la plupart des autres contrats, s'agissant de sa résiliation ? Pourquoi ? Quelles sont les limites de cette particularité ?
 - 3° Comparer, dans la loi, la formation, les obligations des parties et l'extinction des contrats de vente, de mandat, d'entreprise, de bail et de travail.
 - 4° Quelle est la particularité des art. 361 et 362 CO ? Quelle est leur fonction ?
 - 5° Montrer la différence entre le contrat de courtage et celui d'agence en comparant leur définition légale.
- c. Jurisprudence : cf. Annexes 35

C. LES REGLES DU CO SUR LA PUBLICITE RELATIVE AUX ENTREPRISES

§ 36 LE REGISTRE DU COMMERCE

Textes législatifs : art. 927 ss CO ; ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1937 (ORC ; RS 221.411).

Bibliographie : M. KÜNG, Berner Kommentar, Bd VIII.1.1, Berne, 2001.

36.1. La notion

a. La définition

Le registre du commerce est une banque de données officielle, gérée par l'autorité étatique, dont l'institution est requise par la loi, et dont les inscriptions sont réglées par loi et produisent les effets juridiques prévues par la loi.

b. Les fonctions

- 1° La fonction de publicité : le registre du commerce a pour fonction principale de rendre public et accessible les données relatives aux entreprises, dans l'intérêt des acteurs économiques et du public en général ; il permet notamment de constater de manière complète et sûre et de rendre notoires et accessibles au public les rapports juridiques présentant un intérêt dans les relations d'affaires (responsabilité, représentation, ...).
- 2° La fonction de rattachement : la loi rattache à l'inscription au registre un certain nombre d'effets juridiques (protection de la raison de commerce ; procédure de faillite ; obtention de la personnalité juridique ; ...).
- 3° La fonction de contrôle du respect de la loi : le Préposé au registre du commerce est tenu de vérifier si les conditions légales de l'inscription sont remplies et de rechercher si les statuts respectent les dispositions légales impératives (art. 940 CO).
- 4° La fonction probatoire : les inscriptions au registre du commerce font foi des faits qu'elles constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée (cf. art. 9 CC).

36.2. L'organisation

Chaque canton doit posséder (au moins) un registre du commerce (art. 927 al. 1 CO). Les cantons désignent les organes chargés de la tenue du registre (le Préposé) et une autorité cantonale de surveillance (art. 927 al. 3 CO).

La loi règle la responsabilité du préposé et de l'autorité de surveillance en cas de dommage causé par leur faute et par celle de leurs employés (art. 928 CO).

Le registre fédéral du commerce n'est pas un registre à proprement parler, mais un Office fédéral, fondé sur la base de l'art. 929 CO, qui a notamment pour fonction d'établir un registre central fédéral et de garantir le bon fonctionnement et le respect des règles en matière de registre du commerce.

36.3. L'obligation d'inscrire

Celui qui fait le commerce, exploite une fabrique ou exerce en la forme commerciale quelque autre industrie est tenu de requérir l'inscription de sa raison de commerce sur le registre du lieu où il a son principal établissement (art. 934 CO).

Les succursales suisses d'entreprises dont le principal établissement se trouve en Suisse sont inscrites au lieu de leur siège après avoir été inscrite au lieu du siège principal. Les succursales suisses d'entreprises dont le siège principal est à l'étranger sont tenues de se faire inscrire (art. 935 CO).

36.4. Les effets de l'inscription

a. Les effets en général

- 1° Publicité : Aux termes de la loi, les tiers auxquels une inscription est devenue opposable ne peuvent se prévaloir de ce qu'ils l'ont ignorée. Inversement, lorsqu'un fait dont l'inscription est requise n'a pas été inscrit, il ne peut être opposé aux tiers que s'il est établi que ces derniers en ont eu connaissance (art. 933 CO).
- 2° Preuve : selon l'art. 9 CC, les inscriptions au registre du commerce font foi des faits qu'elles constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée.

b. Le début des effets

L'inscription n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) où est publiée l'inscription (art. 932 al. 2 CO).

36.5. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

b. Exercices

c. Jurisprudence : cf. Annexes 36

§ 37 LES RAISONS DE COMMERCE

Textes législatifs : art. 944 ss CO.

Bibliographie : M. ALTENPOHL, Basler Kommentar, OR-II, ad Art. 944-956 OR, Bâle, 1994 ; P.-A. KILLIAS, Les raisons de commerce, Répertoire de jurisprudence fédérale et cantonale, Cedidac, Lausanne, 1990 ; <http://www.ofj.admin.ch/themen/ehra/weisungen-f.htm> (cf. notamment le Guide à l'attention des autorités du registre du commerce concernant l'examen des raisons de commerce et des noms, du 1^{er} janvier 1998)

37.1. La notion

a. Les définitions

La raison de commerce est le nom sous lequel un commerçant exploite une entreprise et signe les engagements pris au nom de l'entreprise.

Il y en a deux sortes :

- La raison individuelle est la raison de commerce de la personne physique qui est seule à la tête d'une entreprise (art. 945 al. 1 CO).
- La raison sociale est la raison sociale d'une société commerciale ou d'une société coopérative (art. 947 ss CO).

b. Les distinctions

La raison de commerce doit être distinguée de :

- l'enseigne : la raison de commerce se rapporte à l'exploitant de l'entreprise, alors que l'enseigne désigne spécialement le local affecté à cette exploitation (art. 48 ORC) raison de commerce et l'enseigne sont les mêmes, mais ce n'est pas nécessairement le cas ;
- la marque : la marque est le signe qui distingue un produit ou une marchandise, ou en constate la provenance, mais pas l'exploitant lui-même ; parfois, la raison de commerce peut être utilisée comme marque, mais dans ce cas, elle devra être enregistrée comme marque pour être protégée comme telle.

37.2. La formation de la raison de commerce

a. Le principe

La formation de la raison de commerce est en principe libre, sous réserve de certaines prescriptions de la loi.

Le commerçant peut choisir le nom qu'il veut (son propre nom ou un nom de fantaisie).

b. Les règles générales à respecter

Les raisons de commerce doivent cependant respecter les principes suivants (art. 944 CO) :

- originalité : une raison de commerce doit être suffisamment différentes des raisons existantes pour qu'on puisse bien les distinguer ;
- véracité : une raison de commerce ne doit pas induire en erreur sur les activités de l'entreprise ;
- respect de l'intérêt public : certaines limitations sont prévues : ainsi, en principe, les désignations nationales et territoriales sont exclues, sauf cas particuliers (art. 944 al. 2 CO, 45 et 46 ORC) ; les désignations officielles (fédéral, cantonal, Confédération suisse, Croix-Rouge, organisations internationales, ...) ne peuvent être employés que sous certaines conditions très strictes et ne doivent pas donner à penser qu'il y a un lien officiel avec la raison de commerce ;

c. Les règles spécifiques

La loi pose en outre un certain nombre de règles spécifiques à chaque type d'entreprises :

1° Raison individuelle : en principe, c'est le nom de famille de celui qui est à la tête de l'entreprise, avec ou sans prénom (art. 945 CO).

2° Sociétés commerciales :

- SNC et SEC : l'élément essentiel est le nom de famille : la raison doit indiquer soit le nom de chacun des associés, soit le nom de l'un d'entre eux avec une adjonction montrant l'existence d'une société (Cie, Co, Associés, ...) (art. 947 s CO).
- Sàrl : La formation est libre, mais l'adjonction Sàrl doit y figurer (art. 949 CO).
- SA et Scoop : la formation est également libre ; il est même possible d'y faire figurer des noms de personnes, à condition qu'il y ait l'adjonction SA ou Scoop ; si l'adjonction précède le nom, elle doit être faite en toutes lettres (art. 950 CO).

3° Succursales : la raison d'une succursale est la même que celle de l'établissement principal (art. 952 CO).

37.3. L'inscription et la protection de la raison de commerce

a. L'inscription (rappel)

Selon l'art. 934 CO, celui qui exerce une activité commerciale ou industrielle est tenu de requérir l'inscription de sa raison de commerce sur le registre du lieu où il a son principal établissement.

Pour pouvoir être inscrite au registre du commerce, la raison de commerce doit bien sûr respecter les règles décrites ci-dessus (cf. le Guide à l'attention des autorités du registre du commerce concernant l'examen des raisons de commerce et des noms, du 1^{er} janvier 1998, sur le site : <http://www.ofj.admin.ch/themen/ehra/weisungen-f.htm>).

b. La protection

Dès que la raison de commerce a été inscrite au registre du commerce et a été publiée dans la FOOSC, l'ayant droit en a l'usage exclusif (art. 956 CO). Ce droit est bien sûr protégé judiciairement.

La loi précise, pour chaque type de raison de commerce et chaque forme d'entreprise (raison individuelle, différentes raisons sociales, quelle est l'étendue de la protection conférée par la loi (art. 946 et 951 CO).

37.4. Problèmes particuliers, exercices et jurisprudence

a. Problèmes particuliers

b. Exercices

c. Jurisprudence : cf. Annexes 37

Chapitre 4 : Le droit international privé

§ 38 DE LA REGLE DE CONFLIT A LA LOI UNIFORME

Textes législatifs : Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP ; RS 291) ; Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11) ; Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (RS 0.221.211.1).

Bibliographie : F. KNOEPFLER / P. SCHWEIZER, Droit international privé suisse, Berne 1995 ; B. DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2^{ème} éd., Bâle 1997 ; Y. DONZALLAZ, La Convention de Lugano du 16 septembre 1988, vol. I, Berne 1996 ; H. HONSELL (éd.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin 1997 ; L. VOGEL (dir.), Droit Global, Unifier le droit : le rêve impossible ?, Paris 2001.

38.1. Le DIP (au sens propre) : la règle de conflit

a. La notion

Le droit international privé comprend l'ensemble des règles de droit (interne) qui déterminent quel est le juge compétent et quelle la loi applicable dans les conflits entre personnes privées comprenant un élément d'extranéité (i.e. en rapport avec l'étranger).

En principe, les lois d'un pays sont censées s'appliquer à l'intérieur des frontières de ce pays et aux ressortissants de ce pays. Mais lorsqu'un élément d'extranéité survient, les questions suivantes se posent : ces mêmes règles sont-elles applicables aux personnes de nationalité étrangère qui sont en séjour ou domiciliés dans le pays ? S'appliquent-elles aux ressortissants de ce pays également lorsqu'ils se trouvent à l'étranger ?

C'est la question du choix de la loi applicable. Chaque pays connaît des règles – il s'agit donc de droit interne de ce pays – qui déterminent quelle loi doit être appliquée par le tribunal pour trancher le conflit qui lui est soumis.

Mais savoir quelle est la loi applicable ne suffit pas : il s'agit encore de se demander si le tribunal institué par les lois d'un pays est-il compétent pour juger les ressortissants étrangers. C'est la question du tribunal compétent : est-ce le tribunal suisse ou est-ce un tribunal étranger ?

b. Les sources du DIP (au sens propre)

En Suisse, jusqu'en 1987, on appliquait par analogie à ce genre de situations une loi qui avait été adoptée au siècle passé pour régler les rapports entre ressortissants de différents cantons suisses. En 1987 est entrée en vigueur la LDIP : la loi fédérale sur le droit international privé (RS 291).

Etant donné que les réponses à ces questions sont apportées par différents ordres juridiques nationaux, il est fréquent, en pratique, que ces réponses divergent ; d'où l'existence de conflits de loi ou de conflits de juridiction. Afin d'éviter ces conflits, certains Etats se sont mis d'accord pour uniformiser les règles de DIP, en adoptant des conventions internationales déterminant la loi applicable ou le tribunal compétent. C'est le cas notamment de la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11 ; ci-dessous lettre d).

A noter que, très souvent, dans les contrats internationaux, les parties contractantes adoptent des clauses fixant la loi applicable ou déterminant le tribunal compétent pour trancher un éventuel conflit (en choisissant soit un tribunal étatique, soit un tribunal arbitral).

38.2 Les règles communes adoptées par les Etats

Les règles de DIP sont utiles mais souvent insuffisantes pour réduire l'insécurité des règles qui menace la bonne marche du commerce international. C'est pourquoi, aussi bien les Etats que les marchands eux-mêmes ont adopté des règles communes.

a. Le droit de change

En 1939, un grand nombre de pays européens, dont la Suisse, adoptèrent la loi uniforme (LU) sur la lettre de change.

b. La vente internationale

Après un premier essai infructueux, un grand nombre de pays, dont la Suisse, adoptèrent, le 11 avril 1980, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM ; RS 0.221.211.1).

c. Les transports internationaux

Plusieurs conventions internationales règlent les problèmes relatifs aux transports internationaux par camion, par rail, par bateau, par avion.

d. L'exécution des jugements

Lorsqu'un jugement rendu par un tribunal doit être exécuté dans un autre pays, il s'agit d'obtenir la collaboration des autorités de ce pays pour que ce jugement puisse être exécuté (obtenir le paiement de la somme due ou la prestation que la partie défenderesse a été condamnée à exécuter). Afin d'éviter que cette procédure, dite d'exequatur, ne devienne un procès en soi, certains Etats ont adopté des conventions dans lesquelles sont précisées les conditions auxquelles un jugement rendu à l'étranger sera reconnu et exécuté. Les principales conventions en Europe sont :

- La Convention de Bruxelles (CB ; 1968), signée par les membres de l'Union européenne et qui permet l'exécution des jugements rendus dans un Etat membre dans toute l'Union européenne. Actuellement, la CB a été remplacée, au sein de l'UE, par des règlements communautaires, puisque cette matière est désormais entrée dans la compétence de la CE.
- La Convention de Lugano (CL ; du 16 sept. 1998 ; RS 0.275.11), qui élargit la portée de la Convention de Bruxelles aux pays membres de l'EEE. Malgré le refus de l'EEE, la Suisse a adopté cette convention. Notre pays fait donc partiellement partie de l'espace judiciaire européen. La CL est en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 1992.

38.3 Les règles communes adoptées par les particuliers

Les acteurs de la vie commerciale internationale ont depuis longtemps essayé d'adopter des règles propres régissant leurs relations professionnelles. Ce fut, pendant des siècles, le développement de la « lex mercatoria » (la loi des marchands) concrétisée dans des coutumes et dans les usages du commerce. Au cours du XX^{ème} siècle, les efforts se sont intensifiés.

a. Les INCOTERMS et le crédit documentaire

Afin d'apporter plus de sécurité dans les transactions, il fut décidé de codifier les règles coutumières. Cette codification privée fut réalisé sous l'égide de la Chambre de commerce Internationale (CCI), à Paris, qui a adopté et adapté à plusieurs reprises les INCOTERMS (*International Commercial Terms*).

Ce document décrit très précisément sous une forme quasi législative les obligations des parties (acheteur, vendeur), conformément aux pratiques courantes de la majorité des commerçants ayant des relations d'affaires avec l'étranger (vente FOB, CIF, à l'usine, etc.).

La CCI a également adopté des règles uniformes pour les opérations de crédit documentaire. Ce sont les RUU : les règles et usances uniformes, qui décrivent les obligations des parties et des banques dans les opérations relatives au crédit documentaire.

b. Les principes Unidroit

L'Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT, à Rome, a adopté une série des règles (principes) relatives à la conclusion des contrats entre les commerçants.

Ces principes influencent les législateurs nationaux lorsqu'ils modifient leur code des obligations.

c. L'arbitrage

La Chambre de commerce internationale à Paris (CCI) a également institué une Cour d'arbitrage et adopté un Règlement d'arbitrage. Sa Cour aide les parties à constituer un tribunal arbitral et veille au respect des règles de procédure.

d. Les règles comptables

Le développement des groupes internationaux a rendu nécessaire l'observation de règles comptables uniformes à l'échelon international.

Les grandes sociétés fiduciaires internationales ont largement contribué à l'adoption et à l'influence de ces règles. Selon le règlement de cotation de la bourse suisse, une société ne peut être cotée que si sa comptabilité est tenue selon les règles IAS (*International Accounting Standards*).

38.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Quel sera le droit applicable à un contrat d'échange, en cas de non élection de droit dans le contrat ? Quelle différence avec le contrat de vente ?

b. Exercices

Comment détermine-t-on le juge compétent et la loi applicable dans un litige entre un commerçant établi aux Etats-Unis et une personne, domiciliée en Suisse, qui lui a acheté un bien de consommation, en réponse à une publicité diffusée sur internet ?

Quelle différence si le commerçant est établi en France ? (cf. aussi Annexes 8).

c. Jurisprudence : cf. Annexes 38

Chapitre 5 : La procédure et l'exécution forcée

A. LA PROCEDURE EN GENERAL

§ 39 LA PROCEDURE JUDICIAIRE

Textes législatifs : Codes de procédure cantonaux ; loi fédérale d'organisation judiciaire (OJF ; RS 173.110) ; Concordat intercantonal sur l'arbitrage (CIA ; RSF 279.1) ; loi fédérale sur le droit international privé (LDIP ; RS 291) ; loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors ; RS 272).

Bibliographie : W. HABSCHEID, Droit judiciaire privé suisse, Genève 1981 ; G. PIQUEREZ, Précis de procédure pénale suisse, Lausanne 1994 ; J.-F. POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I à V, Berne 1990-1992 ; F. HOHL, Procédure civile, tomes I et II, Berne, 2001 et 2002.

39.1. La notion de procédure (civile)

a. La définition

La procédure (civile) comprend l'ensemble des règles qui instituent et organisent les moyens que l'Etat met à la disposition des particuliers pour leur permettre d'obtenir le respect de leurs droits subjectifs (privés).

Il s'agit donc de décrire et déterminer par qui et comment le droit (privé) sera dit.

La procédure (civile) au sens large englobe :

- l'organisation judiciaire,
- la procédure civile (au sens étroit),
- la procédure d'exécution.

b. Les caractéristiques

Les règles de procédure civile relèvent du droit public, bien qu'elles soient au service de l'application du droit privé.

Les règles de procédure sont en principe de nature impérative : les parties ne peuvent y déroger, sauf exceptions.

39.2 La juridiction

La juridiction ou jurisprudence est l'activité de l'Etat qui consiste à dire, c'est-à-dire à appliquer aux cas concrets, le droit. L'autorité compétente, soit le juge :

- dit le droit,
- dit tout le droit,
- est tenu de dire le droit.

Remarques : A côté de la juridiction, il existe d'autres méthodes de résolution des conflits :

- La conciliation (ou médiation) : procédure qui consiste à rapprocher les parties pour tenter de trouver avec elles une solution amiable à leur litige.
- L'arbitrage : procédure par laquelle une ou plusieurs personnes choisies par les parties statuent sur la solution du litige qui leur est soumis. L'arbitrage est soit prévu par une clause compromissoire dans un contrat, soit convenue par les parties dans un compromis arbitral. La décision arbitrale est obligatoire et, moyennant le respect de certaines conditions, peut être exécutée comme une décision judiciaire.

39.3 La compétence

a. La notion

La compétence judiciaire est l'aptitude d'une autorité judiciaire à connaître d'un litige à l'exclusion de toute autre autorité.

L'autorité judiciaire examine d'office sa compétence.

b. Les distinctions

- 1° La compétence territoriale : la compétence territoriale est l'aptitude d'une autorité à connaître d'une affaire à l'exclusion d'une autre autorité du même ordre.

L'art. 30 al. 2 Cst prévoit que la personne qui fait l'objet d'une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le tribunal de son domicile (juge « naturel »), sauf disposition contraire de la loi.

Le législateur fédéral a récemment édicté une nouvelle loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (LFors ; RS 272).

Lorsqu'il y a élément d'extranéité, on se rappelle que c'est soit la LDIP, soit la Convention de Lugano qui fixe le for.

- 2° La compétence matérielle : la compétence matérielle est l'aptitude d'une autorité à connaître d'une affaire à l'exclusion d'une autorité d'un autre ordre.

En matière civile par exemple, les affaires sont en effet distribuées par les lois cantonales d'organisation judiciaire entre les diverses autorités, qui sont notamment, dans le Canton de Fribourg :

- le Tribunal civil d'arrondissement,
- le Tribunal des Prud'hommes,
- le Tribunal des baux et loyers,
- la Cour civile du Tribunal cantonal.

La répartition des compétences est faite en fonction de la valeur litigieuse ou de certaines exigences du droit fédéral qui imposent une juridiction unique pour le canton.

Il existe également une répartition des compétences entre différentes autorités en matière pénale et en matière administrative.

c. Les tribunaux cantonaux

Les tribunaux cantonaux sont les 26 autorités judiciaires suprêmes ordinaires en Suisse. Il s'agit le plus souvent de la dernière instance cantonale

Depuis le vote populaire de révision partielle de la Constitution fédérale du 12 mars 2000, la compétence en matière de procédure civile et de procédure pénale a été formellement transférée des cantons à la Confédération. Cette modification n'est toutefois pas encore entrée en vigueur. Malgré des projets de lois fédérales de procédure civile et de procédure pénale, la procédure reste, pour l'instant encore, dans la compétence des cantons. Les règles de procédure ne sont donc pas encore unifiées en Suisse. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision partielle et sa concrétisation par des lois fédérales, chaque canton continue de :

- fixer l'organisation des tribunaux dans une loi d'organisation judiciaire ;
- fixer les règles de procédure (civile, pénale, administrative) à suivre dans le canton dans des codes cantonaux.

NB : le législateur fédéral impose déjà un certain nombre de règles de procédure en matière civile et pénale (cf. par exemple, en matière de divorce (art. 135 ss CC ; cf. l'art. 273 CO en matière de baux à loyer).

d. Le Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral est l'autorité juridictionnelle suprême en Suisse.

Jusqu'à maintenant, il était composée de trente juges à Lausanne pour les affaires civiles, pénales et administratives, et de neuf juges à Lucerne, pour les affaires relatives aux assurances sociales.

Cette organisation est en train de changer avec la nouvelle loi fédérale sur le Tribunal fédéral. En plus du Tribunal fédéral civil à Lausanne, on aura ainsi :

- un Tribunal fédéral pénal, avec siège à Bellinzzone, et
- un Tribunal fédéral administratif, avec siège à Saint-Gall.

La nouvelle loi devrait en outre entraîner une série d'autres modifications destinées à décharger le Tribunal fédéral et à le rendre plus efficace et plus moderne.

La loi fédérale sur l'organisation judiciaire (OJF) explique qui, dans quelles circonstances et pour quels motifs peut :

- recourir au Tribunal fédéral en matière civile (recours en réforme et en nullité), pénale (recours en cassation pénale), administrative (y.c. en matière d'assurances sociales : recours de droit administratif) ou de poursuite pour dettes et de faillite ;
- agir devant le Tribunal fédéral en première instance.

Les art. 84 OJF permettent, par un recours de droit public, de s'opposer aux actes de souveraineté pris en dernière instance cantonale, en application du droit cantonal et qui violent les droits constitutionnels des citoyens.

e. La Cour européenne des droits de l'homme

Renvoi au § 12.

f. L'exécution en Suisse des jugements étrangers

La reconnaissance et l'exécution en Suisse des décisions étrangères est réglée par la loi sur le droit international privé (LDIP ; RS 291 ; cf. § 10) et la Convention de Lugano (CL ; du 16 sept. 1998 ; RS 0.275.11) (cf. ci-dessus, § 38).

En principe, une décision étrangère est reconnue en Suisse (art. 25 à 27 LDIP) si :

- la compétence des autorités qui l'ont rendue est acquise (notamment du fait du domicile du défendeur ;
- elle est définitive et ne viole pas l'ordre public suisse (motifs de refus).

39.4 L'action

Un droit n'existe que s'il est « armé » d'une action, c'est-à-dire que le titulaire du droit a la possibilité de la faire respecter avec l'aide de l'Etat et de ses tribunaux.

a. La notion

L'action est la voie de droit destinée à assurer la sanction du droit avec l'aide des juridictions.

Le système des actions se retrouve en droit civil, en droit pénal et en droit administratif.

b. Les distinctions au sujet des actions civiles

Dans les actions civiles, il convient de distinguer :

- 1° L'action formatrice, qui tend à la création, à la modification ou à la suppression d'un droit ou d'un rapport de droit (exemple : l'action en divorce ou en paternité).
- 2° L'action condemnatoire, qui tend à imposer aux défendeurs une certaine prestation (exemple : l'action en paiement).
- 3° L'action en constatation de droit, qui tend à faire constater par le juge l'existence ou l'inexistence d'un droit.

39.5. Le syllogisme judiciaire et l'application du droit

a. Généralités

La règle de droit est l'expression générale et abstraite d'une situation de fait à laquelle est attaché un effet juridique.

Le syllogisme judiciaire est le raisonnement qui permet d'appliquer à une situation de fait donnée la solution prévue par une règle de droit.

Le raisonnement appliqué est le syllogisme :

- majeure : tous les hommes sont mortels ;
- mineure : or, je suis un homme ;

- conclusion : donc, je suis mortel.

b. L'application du syllogisme judiciaire

Pour le cas, par exemple, d'un accident de voiture ayant entraîné des blessures :

- 1° Art. 125 CP : « *Celui qui, par négligence, aura fait subir à une personne une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé, sera, sur plainte, punie de l'emprisonnement ou de l'amende. Si la lésion est grave, le délinquant sera poursuivi d'office* » : majeure ;
- 2° Or, au cours de l'accident, une personne a été grièvement blessée, sans bien sûr que l'auteur de l'accident ne l'ait voulu : mineure ;
- 3° Donc, l'auteur de l'accident est passible d'une peine d'emprisonnement ou d'amende : conclusion.

Ainsi, la majeure, dans le syllogisme judiciaire, énonce la règle de droit : lorsqu'une situation particulière remplit les conditions de la règle de droit, on lui applique l'effet juridique énoncé dans la règle.

Le point de départ est donc la situation de fait. La constatation des faits n'est cependant pas toujours facile. En effet, seuls nous intéressent les faits pertinents du point de vue juridique : il importe dès lors de faire le tri entre les faits pertinents et les faits n'ayant aucun intérêt juridique. De plus, les faits sont souvent contestés.

Lorsque les faits sont établis, on peut alors procéder à la qualification juridique des faits, c'est-à-dire à l'analyse et la discussion juridiques de la situation. Il s'agit :

- d'identifier les faits susceptibles d'avoir une importance juridique ;
- d'identifier les sources de droit dans lesquelles on va trouver la règle de droit applicable.

c. La détermination de la règle applicable

i. Le texte

Le texte légal lui-même donne de nombreuses indications sur son champ d'application :

- l'intitulé ;
- la forme (loi, ordonnance, arrêté fédéral, loi fédérale urgente) ;
- le préambule ;
- la disposition générale, qui énonce le but de l'acte législatif et figure généralement dans l'article premier.

La version déterminante du texte légal est publiée au Recueil officiel des lois fédérales (ROLF). Le texte est publié en trois langues. A l'échelon fédéral, les trois

langues ont la même force de loi. Dans le canton de Fribourg, les textes sont publiés en français et en allemand.

ii. L'application dans le temps

S'agissant de l'application d'une norme dans le temps, il convient de tenir compte des règles suivantes :

- 1° Un texte doit être entré en vigueur : un texte n'est applicable que s'il est entré en vigueur. Il convient de distinguer les phases de :
 - l'adoption du texte,
 - de sa publication et
 - de son entrée en vigueur.La date de l'entrée en vigueur est publiée dans le Recueil officiel des lois fédérales (RO).
- 2° Un texte ne doit pas avoir été abrogé : Un texte n'est applicable que s'il n'est pas abrogé. Un texte légal est abrogé lorsqu'il a cessé de produire ses effets juridiques, soit en raison de l'écoulement du temps, soit en raison d'une décision de l'autorité compétente.
- 3° Le droit intertemporel : Le droit intertemporel est l'ensemble des règles régissant le passage d'une loi ancienne à une loi nouvelle et le champ d'application de chacune d'elles.

Deux règles du titre final du CC visent à éviter des conflits de loi dans le temps :

- le principe de l'effet immédiat (art. 1^e al. 3 Titre final) ;
- le principe de la non-rétroactivité (art. 1^{er} al. 1 Titre final).

Il est possible que le législateur décide de déroger à ces deux règles en raison de certain motifs.

Il convient de distinguer le droit intertemporel du droit transitoire, qui permet d'atténuer, au cas par cas, loi par loi, les effets du principe de l'immédiateté en fixant un régime transitoire pour donner aux particuliers le temps de s'adapter à la nouvelle législation.

iii. L'application dans l'espace

La législation d'un Etat ne s'applique en principe que sur son territoire : c'est le principe de la territorialité, en vertu duquel la loi régit tous les biens qui se trouvent et tous les faits qui se produisent à l'intérieur des frontières de l'Etat.

iv. L'application quant aux personnes

Dans les siècles précédents, le principe de la personnalité a longtemps prévalu : la loi s'appliquait aussi bien sur le territoire de l'Etat qu'à l'étranger, aux personnes ayant la nationalité de cet Etat.

De nos jours, c'est le principe de la territorialité qui prévaut. Cependant, il existe quelques exceptions : ainsi, la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger est une exception qui applique le principe de la personnalité.

39.6. L'interprétation de la règle de droit

a. Le problème et la définition

Lorsque le texte applicable est déterminé, qu'il a été analysé (conditions et conséquences), il est encore parfois nécessaire de l'interpréter, c'est-à-dire de préciser la signification des termes utilisés, ce qui permettra de dire si l'hypothèse légale régit bel et bien le cas concret.

L'interprétation comprend donc l'ensemble des procédés intellectuels qui servent à déterminer et à préciser le sens des règles applicables à une situation donnée.

Rappel : il ne faut pas confondre l'interprétation et le pouvoir d'appréciation du juge. Parfois, la loi invite le juge à faire usage de son pouvoir d'appréciation lorsqu'elle utilise des termes à contenus indéterminés, tels que «raisonnable », «équitable », « suffisant », etc.

b. Les méthodes et théories d'interprétation

1° La méthode littérale

En application de la méthode littérale, on s'en tient strictement à la lettre du texte légal.

2° La méthode historique

Selon cette méthode, seule est déterminante la volonté du législateur lorsqu'il a adopté la loi. A cet effet, on se fonde alors essentiellement sur les travaux préparatoires.

3° La théorie évolutionniste

La loi doit être interprétée objectivement, selon les conceptions de l'époque où elle est appliquée. Selon cette méthode, le sens de la loi peut donc évoluer avec le temps.

4° La théorie de la volonté reconnaissable du législateur

La loi est une manifestation de volonté destinée à des personnes. Le juge doit alors chercher à dégager de la loi le sens que ces destinataires peuvent raisonnablement lui attribuer. Cette volonté reconnaissable se dégage à partir :

- du texte de la règle (sens, structure de la phrase, contexte) ;
- de la genèse de la règle ;
- du système de la loi ;
- de la finalité (but) de la règle.

39.7. La constatation des faits

a. Le fait et le droit

i. L'intérêt de la distinction

La distinction entre le fait et le droit présente un intérêt pour deux raisons :

- La preuve : les parties doivent prouver les faits qu'elles allèguent, alors que le tribunal applique d'office le droit.
- La procédure de recours : selon les règles de procédure applicables, il est possible de revoir les faits en appel ; mais s'il s'agit d'un recours en réforme ou en cassation (civile), l'instance de recours ne revoit que le droit et non pas les faits.

ii. La distinction

La constatation des faits ressortit aux faits (mineure du syllogisme judiciaire). Alors que la qualification juridique du fait est une question de droit (majeure du syllogisme judiciaire).

Par exemple :

- A quelle vitesse circuliez-vous ? : c'est une question de fait.
- Le fait de circuler à une telle vitesse à cet endroit constitue-t-il une faute grave ? : c'est une question de droit.

b. La preuve du fait

La preuve est établie au cours de la procédure probatoire. Il s'agit de convaincre le tribunal de l'existence d'un fait. Un fait qui n'est pas prouvé est un fait qui n'existe pas pour la procédure.

Deux problèmes sont à distinguer :

- quels faits sont à prouver ?
- qui doit en apporter la preuve ?

1° Les faits à prouver : les faits, c'est tout ce qui se passe dans la réalité. Le plus grand nombre de ces faits n'a aucune importance pour trancher la question en cause. Seuls doivent être prouvés les faits pertinents, c'est-à-dire les faits dont l'existence ou l'inexistence est déterminante pour le sort du litige (cf. p. ex. l'art. 193 CPC fribourgeois).

Les faits notoires ou non contestés n'ont pas à être prouvés.

2° la réponse à la question de savoir qui doit apporter la preuve d'un fait dépend des règles sur le fardeau de la preuve.

c. Le fardeau de la preuve

i. La règle

Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue (cf. aussi l'art. 192 CPC fribourgeois).

Il faut d'abord alléguer des faits, puis les prouver, selon les modes de preuves prévues par les lois de procédure (cf. p. ex. l'art. 198 CPC fribourgeois) :

- l'interpellation des parties,
- les titres (documents écrits),
- le témoignage,
- les expertises,
- l'inspection des lieux.

ii. Les présomptions

La règle de l'art. 8 CC s'applique si la loi ne prescrit le contraire. Elle le fait par le jeu des présomptions.

La présomption est une règle de droit qui prescrit de conclure d'un fait à l'existence d'un autre fait tant que la preuve du contraire ne sera pas rapportée.

La présomption permet de renverser le fardeau de la preuve.

d. L'appréciation des preuves

Lorsque les faits ont été allégués et que la procédure probatoire a suivi son cours, il s'agit pour l'autorité judiciaire d'apprécier les preuves.

La plupart des lois de procédure connaissent le principe de la libre appréciation des preuves administrées devant le tribunal (cf. p. ex. l'art. 203 CPC frib.).

Le principe de l'intime conviction permet au tribunal de tenir un fait pour prouvé même si une certitude absolue n'a pas pu être apportée.

En cas d'appréciation arbitraire des preuves, une partie peut recourir pour violation de l'art. 9 Cst. par un recours de droit public.

39.8. Quelques éléments de procédure (survol)

a. Les parties

- i. Dans un procès civil, on a toujours :
 - d'un côté, le demandeur, c'est-à-dire la personne qui demande au juge la reconnaissance de son droit ;
 - de l'autre côté, le défendeur qui conteste ce droit.
- ii. Dans le procès pénal, on a :
 - en général, le ministère public (procureur) qui soutient l'accusation ;
 - l'accusé et son défenseur (NB : la phase du jugement présuppose de nombreuses étapes antérieures : l'arrestation ou le constat, l'instruction de la cause, l'ordonnance de renvoi devant l'instance pénale compétente).
- iii. Dans le procès de droit administratif, on a :
 - l'administration (ou un établissement assimilé), d'une part ;
 - l'administré, de l'autre.

b. Quelques principes de procédure

Dans le procès civil, les lois de procédure se fondent sur l'un et/ou l'autre des deux principes suivants :

- l'autonomie des parties : les plaideurs sont maîtres du procès ;
- le principe de l'autorité du juge : c'est le juge qui fixe le déroulement de la procédure.

En droit pénal et en droit administratif, le second principe est prépondérant en tout point.

Dans chacun des types de procédure, on retrouve les principes ci-après :

- 1° l'égalité entre les parties ;
- 2° la simultanéité des moyens d'attaque et de défense ;
- 3° la procédure directe orale et / ou écrite ;
- 4° la procédure directe ou principe d'immédiateté.

c. Les phases de la procédure civile

Si l'on admet que l'on se trouve devant un tribunal compétent et que les parties ont la capacité d'ester en justice, les phases seront les suivantes :

- la conciliation : parfois obligatoire, souvent facultative ;
- l'échange des écritures ;
- la procédure probatoire ;
- la plaidoirie (souvent facultative) ;
- le jugement ;
- éventuellement : la ou les voies de recours.

d. Les effets du jugement

i. Le dessaisissement du juge

Le juge ne peut plus modifier sa décision après l'avoir rendue. Seule une instance de recours le pourrait.

ii. La force de chose jugée

Le jugement a force de chose jugée lorsqu'il n'est plus attaqué par une voie de recours ordinaire (soit la décision était de la compétence définitive du juge qui a statué, soit aucun recours n'a été déposé dans le délai utile).

iii. L'autorité de chose jugée

Le jugement passé en force a l'autorité de chose jugée en ce sens que, pour les parties au procès et à l'égard de ce qui a été l'objet de la demande, le droit a été dit. Les mêmes parties ne peuvent plus introduire un nouveau procès sur le même objet.

iv. La force exécutoire

Le jugement qui a force de chose jugée a force exécutoire, c'est-à-dire que son exécution forcée peut être exigée de l'autorité compétente.

e. Les voies de recours

En principe, un recours est toujours possible pour permettre un contrôle du jugement par une autorité supérieure (TC, TF).

Parfois, cependant, les parties prévoient d'éviter toute procédure de recours ou de la limiter strictement. C'est le cas en matière d'arbitrage.

39.9. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° Exemple de qualification problématique : le trust de droit anglo-saxon (JdT 1971 I 322 : note du Prof. Reymond ; ATF 96/1970 II 79 = JdT 1971 I 329).
- 2° Que peut faire le juge s'il ne trouve aucune règle dans la loi pour trancher le cas qui lui est soumis ?

b. Exercices

- 1° Les parties peuvent-elles se choisir elles-mêmes un tribunal ou un juge ?
- 2° Comment trouver la règle applicable à un problème qui comporte un élément d'extranéité ?
- 3° Quelle méthode d'interprétation choisir et pourquoi ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 39

B. LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE : BREF APERCU

Textes législatifs : Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (LP ; RS 281.1).

Bibliographie : W. STOFFEL, Poursuite pour dettes et faillite, 4^{ème} édition, Fribourg 1996 ; W. STOFFEL, Voies d'exécution, Berne, 2002 ; P.-R. GILLIERON, Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes et faillite, 3 volumes, Lausanne 2000/1999/2001.

Lorsqu'une partie a obtenu un jugement favorable d'un tribunal, il faut encore faire exécuter ce jugement s'il n'est pas exécuté volontairement.

Lorsque l'exécution porte sur le paiement d'une somme d'argent, elle est réglée dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1). Celle-ci a été révisée récemment. Les modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

La première étape de l'exécution est toujours la même : la poursuite. La seconde étape varie en fonction de la personne du débiteur :

- si le débiteur n'est pas inscrit au registre du commerce, ce sera la saisie ;
- s'il est inscrit au registre du commerce, ce sera la faillite.

§ 40 LA POURSUITE

40.1 La notion

La poursuite est le recouvrement d'une créance avec l'aide de la puissance publique et par le moyen de l'exécution.

En d'autres termes, le créancier d'une prestation en espèces ou en sûretés qui a requis un organe de la poursuite de sommer le débiteur de fournir sa prestation (commandement de payer) et qui n'a pas obtenu satisfaction de la part du débiteur peut obtenir son dû par le moyen de la poursuite.

40.2 Les organes de la poursuite

Comme en matière de procédure, ce sont les cantons qui ont la compétence de désigner et d'organiser les autorités chargées d'appliquer la LP, sous réserve de quelques dispositions de droit fédéral.

On peut distinguer cinq catégories d'organes :

- les offices de poursuite, dirigés par un Préposé ;
- les offices de faillite, dirigés par un Préposé ;
- la ou les autorités de surveillance, (auprès desquelles on peut déposer plainte contre les décisions des organes précités) ;
- les tribunaux civils, appelés à statuer sur certains conflits de droit de fond ou de droit de procédure qui doivent être tranchés pour que la procédure puisse se poursuivre ;
- les organes auxiliaires, qui ne participent pas à proprement parler à l'exécution forcée, mais dont on requiert la coopération. Ce sont principalement : l'autorité de séquestre, l'autorité concordataire et la police.

40.3 L'ouverture de la poursuite

a. La réquisition de poursuite

La poursuite s'engage par une réquisition que le créancier adresse à l'Office des poursuites.

Il est nécessaire mais suffisant que la réquisition de poursuite contienne les éléments ci-après :

- le nom et le domicile du créancier ;
- le nom et le domicile du débiteur ;
- le montant de la créance en francs suisses ; si la créance est en monnaie étrangère, elle doit être convertie en francs suisses au taux du jour de la réquisition) ;
- la cause de l'obligation ;
- la date et la signature.

b. Le commandement de payer

Après avoir reçu l'avance de frais, l'Office des poursuites notifie un commandement de payer au débiteur sur la base des indications de la réquisition (art. 69 ss LP).

Le commandement de payer est une sommation faite au débiteur de payer le créancier dans les vingt jours en cas de poursuite ordinaire. Il est notifié par la poste.

c. L'opposition

L'opposition est une déclaration faite par le débiteur (le poursuivi), après la notification du commandement de payer, par laquelle celui-ci manifeste sa volonté d'empêcher la continuation de la poursuite parce qu'il conteste la dette (art. 74 ss LP).

L'opposition doit être formulée dans le délai de dix jours dès la notification.

Aucune forme n'est requise, ni aucun motif pour former l'opposition, si bien que celle-ci est le plus souvent manifestée directement au fonctionnaire postal au moment où le commandement de payer est notifié.

Le débiteur inscrit simplement sur le commandement de payer « *il y a opposition totale* » et il signe.

d. La mainlevée

Après l'opposition, la poursuite peut être continuée par la requête de mainlevée de l'opposition. La loi distingue deux situations :

i. La mainlevée définitive

Si le créancier est au bénéfice de ce que la loi appelle un titre ayant force exécutoire (art. 80 al. 2 LP : en principe un jugement), il peut requérir la mainlevée définitive.

La dette ayant déjà été reconnue par un tribunal, l'opposition est écartée d'une manière absolue : la mainlevée est définitive et la poursuite peut continuer.

ii. La mainlevée provisoire

Si le créancier n'est pas au bénéfice d'un titre exécutoire, mais possède une reconnaissance de dette (art. 82 LP), on accordera au créancier la mainlevée provisoire.

La mainlevée n'est que provisoire parce que, dans les vingt jours qui suivent la notification de la décision de mainlevée au débiteur, celui-ci peut introduire une procédure judiciaire appelée action en libération de dette. C'est une action en justice par laquelle le débiteur tente de prouver qu'il n'est pas débiteur du montant réclamé.

40.4 La saisie

a. Généralités

Lorsque la mainlevée définitive a été obtenue, la poursuite peut suivre son cours par la réquisition de continuer la poursuite (art. 88 LP) :

- Si le débiteur est inscrit au registre du commerce, la procédure se poursuivra par la voie de la faillite (cf. § 41 ci-dessous).
- Si le débiteur n'est pas inscrit au registre du commerce, la procédure se poursuit par la voie de la saisie.

La saisie est une mainmise officielle qui a pour but de garantir au créancier la réalisation en sa faveur des objets saisis (art. 89 ss LP).

b. L'objet de la saisie

Le fonctionnaire de l'Office des poursuites vient saisir les biens nécessaires pour satisfaire le ou les créanciers saisissants.

Il procède à une estimation des objets saisis d'après le rendement probable des enchères (art. 95 s LP).

i. L'ordre de saisie

L'ordre de saisie des biens est fixé par l'art. 95 LP, qui invite le préposé à saisir dans l'ordre :

- les biens meubles, c'est-à-dire les objets de valeur courante (argent, billets de banque, titres, créances) ;
- les immeubles ;
- le salaire ;
- les biens séquestrés et ceux dont la propriété est contestée.

ii. Le bénéfice de compétence

L'intérêt du créancier a des limites : on ne peut pas tout saisir. En vertu du principe dit du « bénéfice de compétence », certains biens du débiteur sont insaisissables, d'une manière absolue ou d'une manière relative.

1° Insaisissabilité absolue : sont absolument insaisissables :

- les biens d'absolue nécessité (art. 92 al. 1 LP) ;
- certains autres biens en raison de leur nature : par exemple, l'armement et l'équipement militaire.

- 2° Insaisissabilité relative : le préposé n'ordonnera la saisie des biens que déduction faite du minimum vital nécessaire au débiteur.

c. La réalisation

Une fois les biens saisis, le créancier doit requérir la réalisation des biens saisis (art. 116 LP).

Le mode ordinaire de réalisation est la vente aux enchères publiques (art. 125 al. 1 LP). Le produit de la réalisation est alors versé au créancier pour couvrir sa créance.

40.5 Les autres modes de poursuite

La procédure qui vient d'être décrite schématiquement est celle de la poursuite ordinaire.

La procédure sera différente pour :

- la poursuite pour loyers et fermages (art. 282 ss LP) ;
- la poursuite pour effets de change (art. 177 ss LP) ;
- la poursuite en réalisation de gage (art. 151 ss LP).

40.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

b. Exercices

- 1° Vous recevez de l'Office des poursuites un commandement de payer pour une créance qui n'est pas encore exigible. Que pouvez-vous faire ?
- 2° Vous recevez un commandement de payer pour un montant que vous ne devez pas au prétendu créancier. Cependant, vous laissez s'écouler le délai d'opposition. Que pouvez-vous encore faire ?
- 3° Dans le cadre d'une poursuite, l'ordinateur que M. utilise pour des jeux informatiques pendant ses loisirs est saisi. Toutefois, le préposé de l'Office ne l'emporte pas. La saisie est-elle quand même valable ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 40

§ 41 LA FAILLITE

41.1 La poursuite par voie de faillite

a. La notion

Alors que, dans la saisie, on ne réalise que certains biens en faveur du créancier qui entame la procédure, dans la faillite on procède à l'exécution générale des biens du débiteur à un double titre :

- l'exécution s'étend à tout le patrimoine du débiteur ;
- le produit de la faillite sert à désintéresser tous les créanciers du débiteur.

La faillite est donc un mode d'exécution qui a pour but d'obtenir la réalisation de tout le patrimoine du débiteur au profit de tous ses créanciers.

b. L'introduction de la poursuite (poursuite préalable)

En général, la faillite est précédée d'une poursuite ordinaire (art. 159 ss LP) ou d'une poursuite pour effet de change (art. 177 ss LP). Il existe quelques de faillite sans poursuite préalable (cf. chiffre 4 ; art. 190 ss LP).

c. Le jugement de faillite

Si, à la suite de la notification de la commination de faillite (art. 159 ss LP), le débiteur n'a toujours pas payé, le créancier peut requérir que la faillite soit prononcée (art. 166 ss LP), réquisition qui débouchera sur un jugement de faillite (art. 171 ss LP).

d. La faillite sans poursuite préalable

Dans des circonstances exceptionnelles prévues aux art. 190 à 193 LP (demande du créancier ; demande du débiteur ; selon le CO pour certaines sociétés ; selon le droit des successions), une requête de faillite peut être déposée par le créancier ou le débiteur lui-même, afin que la faillite soit prononcée sans passer par la procédure de poursuite.

41.2 La liquidation de la faillite

a. Généralités

Lorsque la faillite a été prononcée, il s'agit de :

- réaliser les biens du débiteur et, dans ce but, procéder d'abord à l'inventaire des biens du débiteur ;
- distribuer le produit de réalisation aux créanciers, et, dans ce but, d'établir au préalable la liste des créanciers du débiteur et de déterminer l'ordre dans lequel ils seront payés, en tenant compte de la nature de leurs créances et des privilèges ou gages dont ils bénéficient.

b. La masse active

La masse active ou la masse en faillite est composée de l'ensemble des biens saisissables du failli au moment de l'ouverture de la faillite (art. 197 LP).

c. L'état de collocation

A la suite de la publication du jugement de faillite, les créanciers produisent leurs créances, c'est-à-dire les annoncent à l'Office des faillites avec les documents établissant l'existence de la créance (art. 232 ss LP).

L'administration de la faillite vérifie les créances produites et établit alors un état de collocation, c'est-à-dire la liste de toutes les créances admises qui constituent le passif du débiteur (art. 244 ss LP).

d. L'ordre de désintéressement des créanciers

Tous les créanciers ne sont pas placés sur un pied d'égalité parce que certains d'entre eux méritent d'être protégés de manière particulière.

Deux principes sont à retenir :

- les créanciers garantis par gage sont colloqués de préférence sur le produit des gages ;
- pour le surplus, l'art. 219 LP répartit les créances en trois classes.

Ce classement a la portée suivante : tant que les créanciers d'une classe précédente n'ont pas été complètement payés, les classes suivantes ne reçoivent rien. Dans chaque classe, les créanciers concourent à droits égaux (art. 220 LP).

e. La réalisation des biens

La réalisation des biens s'opère comme dans la procédure de saisie (art. 256 ss LP).

f. La distribution des deniers

Lorsque l'état de collocation ne donne plus lieu à discussion, qu'il est passé en force, que les biens ont été réalisés et que le produit de la réalisation a été encaissé, l'administration de la masse en faillite prépare un tableau de distribution (art. 261 ss LP).

Ce tableau indique le dividende revenant à chaque créancier en vertu de l'état de collocation.

§ 42 LE CONCORDAT (art. 293 ss LP)

42.1. La notion et le but du concordat

Le concordat est un accord par lequel la masse des créanciers fait remise au débiteur d'une part proportionnellement égale de chaque créance.

Lorsque le débiteur n'est plus en mesure d'honorer ses créanciers, le concordat est une solution qui peut être préférable à la faillite pour les raisons suivantes :

- Dans la faillite, le débiteur cesse toute activité et on réalise les actifs restants au mieux, alors que dans le concordat le débiteur peut continuer une certaine activité, avec l'accord des créanciers, si cela est plus favorable pour la liquidation de l'entreprise.
- Sans attendre d'être acculé à la faillite, le débiteur peut proposer un concordat pour éviter certaines conséquences de la faillite (action pénale, acte de défaut de biens).

42.2 Les différents types de concordat

a. Le concordat amiable

Le concordat amiable est une convention de droit privé par laquelle le ou les créanciers font abandon d'une partie de leurs créances. Aucune intervention officielle n'est nécessaire.

b. Le concordat préventif de faillite

Il s'agit là de la forme qui est présentée sous chiffre 42.3, ci-dessous.

c. Le concordat après faillite (art. 232 LP)

Alors même que la faillite a déjà été prononcée, le débiteur peut encore demander à ses créanciers de transformer la faillite en concordat.

d. Le concordat par abandon d'actifs (art. 317 ss LP)

Ce n'est pas vraiment une sorte de concordat, mais plutôt une forme particulière d'exécution du concordat.

- e. Le concordat des banques et des caisses d'épargne est réglé par la loi fédérale sur les banques (LB).

42.3. La procédure concordataire (concordat préventif de la faillite)

- a. Le sursis concordataire

La procédure commence par une demande de sursis concordataire déposé par le débiteur (art. 293 ss LP).

- b. L'acceptation par les créanciers (art. 305 LP)

Les créanciers sont invités à produire leurs créances et à se déterminer sur le projet de concordat. Le concordat n'est accepté que :

- si la majorité des créanciers représentant les deux-tiers du montant des créances (les créances privilégiées ne sont pas comptées) y a adhéré ;
- ou si le quart des créanciers, représentant au moins les trois quarts des créances à recouvrer, y a adhéré.

- c. L'homologation par le juge (art. 306 ss LP)

L'autorité compétente décidera de l'homologation du concordat si les conditions suivantes sont remplies :

- la double majorité précitée des créanciers est acquise ;
- le montant offert est proportionné aux ressources du débiteur ;
- le paiement intégral des créanciers privilégiés est assuré.

- d. Les effets du concordat (art. 310 ss LP)

Le concordat homologué est valable pour tous les créanciers.

Le débiteur acquitte ses dettes aux conditions prévues par le concordat.

§ 43 L'ACTION REVOCATOIRE (ART. 285 SS LP)

Le débiteur insolvable qui se sent menacé de poursuites peut être tenté de soustraire ses biens aux poursuites des créanciers. L'action révocatoire a pour but de faire révoquer ces actes pour rendre aux biens leur destination primitive, c'est-à-dire servir à désintéresser l'ensemble des créanciers.

Les actes pouvant faire l'objet d'une telle action sont prévus aux art. 286 à 288 LP.