

### **Rôle du droit dans la société**

Dès qu'une personne entre en contact avec une autre, naît entre eux un ensemble de relations.. Ces relations exigent une coordination et corrélativement, naît une possibilité de conflits imputables aux divergences d'intérêts ou à l'absence de coordination spontanée et naturelle entre les actions respectives.

La société ainsi formée éprouvera donc le besoin d'un corps de règles destinées à organiser les relations humaines et à prévenir et apaiser les conflits susceptibles de survenir.

Ce corps de règles est le droit.

C'est ainsi qu'on peut définir le droit comme un ensemble de règles et d'institutions destinées à organiser une société donnée.

Parmi ces règles, on peut en distinguer deux types :

1. Les règles dont l'objet immédiat est de prescrire une conduite déterminée (droit pénal qui interdit certains comportements, règles du droit civil relatives à la famille, au statut des biens et à la force obligatoire des contrats)
2. Dans une seconde catégorie figurent des règles dont l'objet n'est pas de prescrire des comportements mais bien de régir le fonctionnement au sens large des règles de la première catégorie.

Il s'agira de dispositions constitutionnelles qui instituent les différents pouvoirs et prescrivent la manière dont certains de ceux-ci peuvent produire des règles. Il s'agira également des règles qui organisent la manière de trancher des conflits (ce sont les règles relatives à l'organisation, la compétence des cours et tribunaux).

On trouvera également dans cette seconde catégorie, les règles qui gouvernent les conflits entre règles.

Par exemple, une loi peut entrer en conflit avec une disposition constitutionnelle.

## **1. L'Etat, notions et fondement**

### **1. La notion d'Etat**

D'un point de vue juridique, l'Etat est un pouvoir souverain et institutionnalisé, exercé sur la population d'un territoire déterminé.

Cette définition contient quatre éléments importants, à savoir la souveraineté et l'institutionnalisation du pouvoir ainsi que la population et le territoire.

On définit également l'état comme étant le produit de trois éléments constitutifs : la population, le territoire et la puissance publique.

#### *A. La souveraineté est la qualité propre au pouvoir étatique d'être suprême et indépendant*

La souveraineté (qui est le pouvoir dont dispose l'Etat de commander, contraindre et réprimer) est absolue dans sa sphère interne et relative dans sa sphère externe où elle rencontre son alter-ego, la souveraineté d'un autre état.

#### *B. Un pouvoir institutionnalisé*

Il est un pouvoir permanent, continu, stable.

Qui dit institutionnalisation dit soumission à un statut et en ce sens, on peut dire que tout état est par définition un état de droit.

La constitution est un instrument de limitation de la puissance des pouvoirs publics.

C'est ainsi que l'on doit comprendre l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme de 1789, qui précise : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution.* »

La constitution se définit donc comme un ensemble de règles, ayant pour objet l'organisation, le fonctionnement et les compétences des organes supérieurs d'un état, d'une part et les droits fondamentaux des individus et des groupes d'autre part.

#### *C. Origine historique*

En démocratie, la souveraineté appartient à la nation.

Celle-ci dispose du pouvoir constituant originaire et en établissant la constitution, la nation dit comment les pouvoirs seront exercés dans l'Etat.

Elle délègue l'exercice de ses pouvoirs aux organes qu'elle crée.

Ceux-ci sont appelés pouvoirs constitués.

Mais qui peut concrètement adopter une nouvelle constitution ?

La question se pose dans des circonstances exceptionnelles : soit au moment où l'Etat se donne une constitution alors qu'il n'en existait pas auparavant, soit au moment où la constitution en vigueur n'est plus respectée du fait d'une révolution ou d'une rupture juridique de nature révolutionnaire.

Dans la mesure où le pouvoir constituant originaire appartient à la nation, il est logique qu'une nouvelle constitution ne puisse pas être adoptée sans l'assentiment du peuple lui-même, exprimé au moyen d'un referendum de ratification.

C'est la constitution qui institue les organes de l'état et qui prévoit l'organisation du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, qui a créé les communautés et les régions, et qui détermine leurs compétences.

La législation belge est basée sur un principe hiérarchique et la constitution établit deux hiérarchies :

- la première concerne les règles de droit et sont applicables sur l'ensemble du territoire et ces règles sont : la constitution, les lois ordinaires et spéciales, les arrêtés royaux et les arrêtés ministériels
- la seconde ordonne les règles de droit dont la portée territoriale est restreinte. Il s'agit des règles de droit communautaire et régional (décret et arrêtés des gouvernements communautaires et régionaux), des règlements provinciaux et des règlements communaux.

Les sources formelles du droit belge sont donc

- la constitution
- Les lois spéciales
- Les lois
- Les arrêtés royaux (mesure d'exécution d'une loi)
- Les arrêtés ministériels (pris en application d'un Arrêté royal)
- Les décrets (des parlements flamand et wallon, et du conseil de la communauté germanophone)
- Les ordonnances de la région de Bxl capitale
- Les règlements provinciaux
- Les règlements communaux

## **2. Branches du droit : Distinction entre droit public et droit privé**

Le droit peut être divisé en deux grandes branches, le droit public et le droit privé.

Le droit public vise l'ensemble des règles régissant :

- l'organisation, le fonctionnement et les attributions des pouvoirs institués dans l'état d'une part,
- les relations entre ces pouvoirs et les particuliers d'autre part.

Il est traditionnellement opposé au droit privé, qui rassemble les règles régissant les relations entre les particuliers.

### **1. Droit public**

Le droit public est l'ensemble des règles qui régissent d'une part la constitution de l'Etat et d'autre part les relations de l'Etat en tant que puissance publique avec les particuliers.

Le droit public comprend donc :

- Le droit constitutionnel est une branche du droit public et il se limite aux règles de base du droit public, celles qui régissent les organes supérieurs de l'état et de ses composantes et qui déterminent les droits fondamentaux des individus et des groupes. La Constitution belge crée l'ordre juridique de l'Etat, définit ses structures, le mode d'organisation des pouvoirs et le statut de ceux-ci.  
C'est aussi elle qui garantit les droits les plus fondamentaux des individus qui y vivent.
- Le droit administratif qui règle et organise l'exercice de la fonction gouvernementale dans l'Etat, et ce tant au niveau de l'Etat central mais encore de l'Etat décentralisé (provinces, communes, communautés, régions)
- Le droit fiscal qui détermine comment les finances publiques sont perçues et quelles sont les autorités compétentes.
- Le droit pénal qui détermine les infractions et les peines qui leur sont attachées (principe de la légalité des infractions et des peines) :
  - un fait n'est qualifié d'infraction que si une loi le prévoit explicitement
  - un fait ne peut être puni que de la peine prévue par la loi
- La procédure pénale qui règle l'organisation et le fonctionnement des institutions de jugement
- Une partie du droit social : le droit de la sécurité sociale.

## 2. Droit privé

Il comprend plusieurs branches :

- a. Le droit civil est le berceau du droit privé qui recouvre diverses matières se trouvant d'une part dans le code civil (droit des personnes, droit des biens, droit des obligations et des contrats, droit des successions, droit des régimes matrimoniaux) mais aussi dans d'autres lois particulières (par exemple, la loi du 27 juin 1921 sur les ASBL, la loi du 30 juin 1994 sur les droits d'auteur)
- b. Le droit commercial, initialement conçu comme le droit professionnel des commerçants et des opérations commerciales
- c. Le droit du travail, régissant les relations individuelles qui naissent entre les employeurs et leurs travailleurs
- d. Le droit judiciaire privé qui régit la procédure à suivre pour obtenir la reconnaissance d'un droit devant les tribunaux,
- e. Le droit international privé qui permet de déterminer dans des situations caractérisées par un élément d'extranéité le juge compétent et la loi applicable pour trancher un litige.

Cette division binaire entre droit public et droit privé est critiquée dans la mesure où, avec l'évolution du droit moderne, certaines branches de droit ne peuvent pas être classées de manière aussi catégorique.

Je pense à la transformation progressive du droit commercial en droit économique, c'est-à-dire le droit relatif à la constitution ou à la régulation du marché concurrentiel ou encore à l'intervention des autorités publiques dans le cadre de la sauvegarde des grands équilibres macro-économiques (ex. lois sur les OPA).

On peut se poser la même question à propos du droit du travail, qui n'est pas seulement le droit des relations individuelles du travail (droit privé) mais aussi le droit des relations collectives de travail qui font apparaître des acteurs collectifs dits représentatifs (syndicats, FEB,...). Cfr loi sur les licenciements collectifs – Loi Renault qui constitue une intervention de l'Etat dans des relations privées.

## LA CONSTITUTION

Les règles de base sont en Belgique, comme dans la plupart des autres états, inscrites dans un ensemble normatif bien particulier, qui s'appelle la Constitution.

La constitution belge est très progressiste pour l'époque, elle passe pour la meilleure de son temps.

- elle organise un régime parlementaire : les ministres sont responsables devant les chambres
- Elle instaure la monarchie constitutionnelle : Le Roi n'est plus souverain, c'est la nation qui est souveraine. Le Roi n'a que les pouvoirs que la constitution lui octroie
- La constitution belge est une constitution rigide ce qui permet une certaine stabilité.

La rigidité de notre constitution est le résultat des règles strictes imposées pour sa révision

- **L'auteur de la révision** : Si la loi peut être modifiée par le pouvoir législatif, la Constitution qui est l'œuvre du congrès national ne peut être modifiée que par le pouvoir constituant dérivé, c'est à dire les chambres renouvelées
- **La procédure** : Il faut une déclaration de révision par les chambres à la majorité ordinaire qui ouvre la possibilité d'une révision d'un certains articles expressément visés. Ensuite une dissolution des chambres, des élections et ensuite l'acte de révision qui doit être adopté par les chambre à une majorité qualifiée (2/3 des présence et 2/3 des suffrages)

La Constitution belge a été adoptée le 7 février 1831 par l'assemblée constituante et entre sa naissance et l'année 1967, on ne compte que deux révisions : la première en 1893, et la seconde en 1920-1921.

Ces 2 révisions visaient principalement le régime électoral qui à l'origine était un système censitaire : Il fallait payer pour voter

En 1893 instauration du suffrage universel masculin plural (en F° du niveau d'instruction, des charges de familles du niveau de fortune)

C'est en 1921 que fut instauré le suffrage universel pur et simple pour les hommes. Nous sommes au lendemain de la guerre

C'est par une loi de 1948 que le droit de vote pour les femmes a été instauré.

A partir de 1967, les révisions se sont accélérées. 1970 est une date pivot : L'Etat belge entame un virage vers le fédéralisme

En 1971, l'assemblée constituante institue notamment les trois communautés appelées à l'époque française, néerlandaise et allemande et elle crée aussi les trois régions, wallonne, flamande et bruxelloise.

En 1981, l'assemblée constituante étend les compétences des communautés et crée la Cour d'arbitrage (devenue Cour d'Arbitrage)

En 1991, les compétences des communautés sont encore élargies, la Région de Bruxelles Capitale est mise sur pied, les fonctions de la Cour d'Arbitrage sont étendues et le système de financement des communautés et régions est revu.

L'assemblée constituante de 91-95 modifie la constitution sur 45 points et le 17 février 1994, le Moniteur publie la constitution coordonnée.

Différentes modifications interviendront encore, et une nouvelle modification est en discussion à l'heure actuelle. (arrondissement Bxl-Hal-Vilvorde, Monarchie et sénat)

#### Différence entre la constitution et la loi

- du point de vue de leur auteur : chambre et sénat pour la loi / assemblée constituante dérivée pour la constitution
- du point de vue formel : majorité simple pour la loi / majorité des 2/3 pour la constitution

## **CHAPITRE 1 : LA PERSONNE OU LE SUJET DE DROIT**

Le terme « personne » désigne tout être susceptible d'avoir des droits et des obligations.

C'est le synonyme de « sujet de droit » et tout ce qui ne relève pas de la catégorie des personnes (les animaux par exemple) entrent dans la catégorie des choses, lesquelles ne sont qu'objet de droit.

### **Section 1 Catégories de personnes**

On distingue les personnes physiques et les personnes morales.

#### **1. Les personnes physiques**

- a. tous les êtres humains (mais seuls les êtres humains) ont la personnalité juridique

Il convient de distinguer la **personnalité juridique** (aptitude à être sujet actif ou passif de droit) et la **capacité** qui n'est que l'aptitude à jouir et exercer soi-même les droits dont on est investi.

Il est évident que les enfants ou les malades mentaux sont des personnes juridiques même s'ils ne sont pas pleinement capables de jouir et exercer leurs droits.

La volonté n'est pas indispensable pour être titulaire de droit mais elle peut être nécessaire pour exercer les droits.

#### **b. Début et fin de la personnalité juridique**

L'enfant né vivant et viable est doté de la personnalité juridique tandis que la mort met fin à la personnalité juridique.

#### **c. L'état des personnes**

L'état fixe la situation de l'individu dans la cité, dans la famille, dans le déroulement de leur existence propre.

On distingue donc

- état dans la cité : l'individu est national ou étranger, citoyen ou non citoyen
- état dans la famille : l'individu est époux, parent, enfant, etc...
- un état individuel dans lequel interviennent les causes physiques comme l'âge et le cas échéant, les désordres mentaux.



d. L'identification des personnes

4 éléments servent à identifier les personnes physiques :

- le nom
- le domicile
- le sexe
- la nationalité

2. Les personnes morales

En dehors des personnes physiques, le droit accorde à des entités abstraites qui sont des pures constructions juridiques, la personnalité juridique et certains droits qui s'y attachent.

**Définition** : La personne morale peut donc être définie comme un groupement de biens ou de personnes formé par la volonté de l'homme, affecté à la poursuite d'un but déterminé, et opérant sur le plan du droit comme une personne physique.

a. Avantages et inconvénients de la personnalité morale

La reconnaissance de l'existence des personnes morale garantit à celles-ci une autonomie à l'égard des personnes physiques qui en font partie.

- Autonomie d'action : une personne morale dispose d'une autonomie d'action qui l'autorise à agir indépendamment (et parfois à l'encontre) de la volonté de ceux qui en font partie ou d'un certain nombre d'entre eux.
- Autonomie patrimoniale : la personne morale dispose de son propre patrimoine qui constitue le gage de ses créanciers tout comme elle est personnellement titulaire de droits et d'obligations totalement différents des droits et obligations des personnes physiques qui la composent.

b. Types de personnes morales

- Personnes morales de droit public créées par l'autorité publique et ont pour objet de contribuer à l'administration du pays (l'état fédéral et toutes ses subdivisions, la régie des bâtiments, l'ONSS, les intercommunales, la SNCB, la Poste, etc...)
- Personnes morales de droit privé, créées à l'initiative de particuliers.  
Il s'agit soit d'un groupement de personnes (le plus fréquemment) ou d'un groupement de biens.

Comme groupement de personnes, nous avons les sociétés et les associations, comme groupement de biens, nous avons les fondations, qui constituent un groupement de biens par le biais duquel une ou plusieurs personnes entendent affecter une partie de leur patrimoine respectif à la poursuite d'un but désintéressé.

c. Identification des personnes morales

On retrouve les mêmes critères d'identification que pour les personnes physiques, à savoir :

- le nom,
- la forme juridique,
- le siège social
- la nationalité.

**Section 2 : La capacité juridique**

Les personnes physiques et les personnes morales sont donc des sujets de droit.

Elles sont donc en principe habilitées à mettre en œuvre les droits qui sont les leurs, à répondre des obligations qu'elles ont contracté.

Les personnes morales jouissent en principe de la même capacité que les personnes physiques, sous réserve de certains droits tels que ceux liés à l'état des personnes (la filiation, le mariage, le droit à l'intégrité physique, etc...)

**Section 3 : Le patrimoine**

- La notion de patrimoine n'est pas définie par le code civil qui s'y réfère cependant (cc 1398 et 724).

Elle a été dégagée par la doctrine et la définition se formule comme suit :

« Le patrimoine d'une personne consiste en l'ensemble, envisagé comme universalité, de ses biens, droits et obligations à un moment donné. Envisagé en ce sens, tout sujet a par hypothèse un patrimoine.

Il est distinct de l'individualité des droits ou des biens qu'il peut contenir ».

- Éléments constitutifs : Il s'agit des biens, des droits et des obligations évaluables en argent dont un sujet de droit peut être propriétaire ou titulaire. Le contenu est en permanente mutation.
- Caractéristiques : le patrimoine est un et indivisible.  
En cas de constitution d'une personne morale, les apports des fondateurs ou les apports ultérieurs constitueront le patrimoine de la personne morale.

## **CHAPITRE 2 L'OBLIGATION JURIDIQUE**

Trois grandes classifications :

- les engagements conventionnels (les contrats)
- les engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi
- les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé (les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits).

### **SECTION I : L'ACTE JURIDIQUE**

#### **§ 1. Engagements conventionnels : principe général de la convention loi**

L'article 1134 du code civil énonce :

*« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise.*

*Elles doivent être exécutées de bonne foi. »*

Cet article énonce donc le principe qu'une convention, lorsqu'elle est légalement formée, revêt la force obligatoire d'une loi à l'égard des parties qui la concluent.

Si le contrat a la force obligatoire d'une loi, c'est en raison du principe de la libre volonté des parties qui s'y expriment.

##### **a) Principes généraux**

- autonomie de la volonté
- consensualisme par opposition au formalisme : ce principe signifie que les contrats sont légalement formés par la seule rencontre des volontés, par le seul échange des consentements, sans que d'autres formalités soient nécessaires pour en assurer la validité (attention au problème de preuve)
- il y a des exceptions pour les contrats dits solennels que nous n'aborderons pas ici (ex contrat de mariage)

##### **b) Les conditions de validité**

Pour que le sujet de droit puisse être à l'origine d'une convention ayant force obligatoire, il faut remplir différentes conditions :

- capacité
- consentement
- objet
- cause

- **la capacité** cfr section 2 page 10
- **le consentement** : le code civil fixe la validité du consentement par la négative en énumérant les différents éléments qui peuvent constituer un vice du consentement.
  - 1. l'erreur
  - 2. la violence
  - 3. le dol : le dol est défini comme des manœuvres malicieuses émanant de l'une des parties et par laquelle cette partie parvient à obtenir le consentement de l'autre
- f. **l'objet** : il constitue la matière même du contrat, à savoir la prestation à accomplir, la chose à livrer, le prix à payer.  
L'objet doit être dans le commerce, il doit être déterminé ou au moins déterminable.  
Enfin, l'objet doit être licite, il ne peut être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (ex prostitution).
- g. **La cause** : l'article 1131 expose : « *l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* ».  
Un engagement sans justification ou sans justification légalement admissible ne peut être revêtu de la force obligatoire du principe de la convention loi.  
Dans les contrats synallagmatiques, c'est-à-dire ceux qui entraînent des obligations réciproques pour les deux parties, la cause de la convention pour une partie correspond à l'objet de la convention pour l'autre.  
Exemple  
Si je m'engage dans un contrat de vente parce que je veux devenir propriétaire de l'objet que l'autre souhaite vendre ;  
de même si celui-ci le vend, c'est parce qu'il souhaite obtenir le prix que je vais lui en donner.

## § 2 La formation des contrats

Tout commence par une **période pré-contractuelle**, c'est-à-dire la période pendant laquelle les parties ne sont pas encore engagées dans les liens de l'acte juridique, c'est la période pendant laquelle les parties n'émettent que des propositions, ce sont les pourparlers.

Il y a ensuite **l'offre et l'acceptation**.

On entend par offre l'expression par un sujet de droit d'une volonté unilatérale, inconditionnelle et définitive qui exprime tous les éléments nécessaires et suffisants pour la formation de l'acte juridique.

Lorsqu'une telle offre est émise, il suffit qu'elle soit acceptée par un autre sujet de droit pour que l'acte juridique naisse.

Il faut évidemment que l'offre soit suffisamment complète et précise, de même il n'y a acceptation que si les exigences de l'offre sont rencontrées sans réserve.

Sinon, il n'y a pas acceptation, mais une simple ouverture de négociations ou contre-offre.

Il est important de préciser que les conditions communiquées postérieurement à l'échange des consentements sont inopposables. (A titre d'exemple, en matière de vente immobilière, les clauses figurant dans l'acte authentique alors qu'elles ne se trouvaient pas dans le compromis sont inopposables et peuvent donc être refusées – je pense aux clauses exonérant le vendeur de la garantie des vices cachés)

Il en va de même par exemple pour l'inopposabilité des conditions générales figurant au verso d'un document lorsque l'attention du co-contractant n'est pas attirée sur leur existence au recto ou si ces conditions générales ne figurent qu'au verso de la facture puisque la facture, par définition, intervient après la naissance du consentement.

### § 3 Les effets du contrat

Tout contrat est nécessairement générateur de droits et/ou d'obligations à charge de l'une, de l'autre ou des deux parties.

Ces droits et/ou obligations constituent dès lors les effets du contrat intervenu entre deux ou plusieurs parties.

Il peut évidemment y avoir des difficultés susceptibles de compliquer quelque peu cette règle qui semble évidente :

D'une part, la difficulté peut provenir de la manière de déterminer avec précision les droits et obligations de chacune des parties et ce parce qu'il peut y avoir

- des lacunes ou imprécisions au niveau de la rédaction du contrat
- une violation de certaines règles légales impératives, (bail)
- une nécessité d'interpréter le contrat
- la détermination des exigences de bonne foi.

D'autre part, les droits et obligations nés d'un contrat peuvent parfois indirectement **concerner d'autres personnes** que les parties contractantes.

1165 du cc instaure le **principe de la relativité des effets** du contrat

*« les conventions n'ont d'effet qu'entre parties contractantes. Elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».*

Il est évident que certaines conventions peuvent avoir des effets à l'égard des tiers.

Exemple : les droits et obligations à l'égard d'un voisin pour l'acquéreur d'un immeuble, le droit à la garantie à l'égard du fabricant ou l'acheteur d'un objet ou d'un immeuble d'occasion.

L'article 1121 traite de la stipulation pour autrui.

C'est l'exemple même de l'assurance vie où les contractants sont le preneur et l'assureur mais le bénéficiaire est un tiers.

#### § 4 L'exécution des contrats et la responsabilité contractuelle

Dans la grande majorité des cas, l'exécution des obligations s'effectue par le paiement d'un prix d'une part et par la livraison d'une chose ou d'un service d'autre part.

Les principaux contrats sont

- la vente,
- le louage de chose,
- le louage de services (le mandat, contrat d'entreprise)
- le contrat de société
- le prêt
- le dépôt
- le mandat
- le cautionnement
- la transaction

##### A) INEXECUTION

La responsabilité contractuelle naît en raison de l'inexécution d'une obligation.

Cette inexécution peut être totale ou partielle, elle peut être défectueuse et/ou tardive.

Ces différentes hypothèses sont susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle du débiteur mais l'appréciation de ces hypothèses s'avèrera délicate lorsque la portée exacte des obligations à assumer par l'une ou l'autre des parties contractantes aura été imprécise.

##### B) MISE EN DEMEURE

Pour engager la responsabilité du contractant, un préalable s'impose, c'est **la mise en demeure**.

La mise en demeure comporte deux aspects : d'une part elle **constitue une sommation** que le créancier de l'obligation fait au débiteur d'exécuter les obligations mises à sa charge.

D'autre part, elle **constate soit l'inexécution totale** ou l'inexécution partielle ou l'exécution défectueuse ou tardive des obligations mises à charge d'une partie.

Il n'y a aucune disposition légale qui détermine le contenu exact de la mise en demeure et c'est ce qui a amené la cour de cassation à préciser que la mise en demeure ne doit pas contenir plus que l'expression claire et non équivoque de la volonté du créancier de voir exécuter l'obligation principale..

### C) LES MOYENS D'ACTION DU CRÉANCIER

Après avoir mis le débiteur en demeure d'exécuter l'obligation, le créancier de l'obligation inexécutée peut avoir recours à trois moyens d'action :

- **L'exception d'inexécution** : c'est la possibilité pour le créancier de ne pas exécuter l'obligation qui pèse également sur lui (le maître de l'ouvrage refuse de payer les travaux mal exécutés, le locataire refuse de payer son loyer si l'appartement n'est pas en état d'être habité). Cela ne s'applique évidemment que dans les contrats synallagmatiques (c-à-d avec des obligations réciproques des 2 parties). Il y a évidemment un certain bémol à la règle, à savoir que l'inexécution doit être grave ou sérieuse et qu'il faut une certaine proportionnalité entre le manquement allégué et la suspension des obligations corrélative par l'autre partie (le locataire ne peut suspendre le paiement de la totalité de son loyer parce qu'un seul radiateur ne fonctionne pas).
- **L'action en exécution forcée ou la résolution** : l'article 1184 du code civil dispose : *« la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. »*

Cet article donne donc au créancier le choix entre deux solutions

Si le créancier choisit de poursuivre l'exécution du contrat, on privilégie l'exécution en nature, ce qui signifie que le débiteur devra accomplir l'obligation promise.

Lorsque cela n'est plus possible, le créancier devra réclamer l'exécution par équivalent, consistant dans l'octroi de dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice causé par l'inexécution

#### Comment y a-t-il moyen de garantir l'exécution en nature ?

Lorsqu'un créancier sollicite l'exécution en nature d'une prestation (autre que le paiement d'une somme d'argent) il peut demander au juge de condamner le débiteur au paiement d'une **astreinte** dans l'hypothèse où il ne satisferait pas à la condamnation principale. Elle consiste en une condamnation pécuniaire. Elle ne peut être prononcée d'office. Elle revêt un caractère définitif mais le débiteur peut cependant solliciter du juge la suspension ou la suppression de l'astreinte dans l'hypothèse où il établit qu'il est dans l'impossibilité temporaire ou définitive d'exécuter le jugement.

Le créancier dispose également de la possibilité de demander le **remplacement du débiteur** lorsque celui-ci se dérobe à son obligation de l'exécution en nature. Cette faculté est prévue par les articles 1143 et 1144 du Code civil (exemple en matière de bail).

### **L'exécution par équivalent**

Ce principe consiste à réparer le dommage résultant pour le créancier impayé de l'inexécution de l'obligation convenue. Cette réparation consiste généralement dans l'octroi d'une somme d'argent exigible de la part du débiteur dont la responsabilité contractuelle a été mise en cause.

La responsabilité contractuelle requiert la réunion de trois conditions :

1. L'existence d'**une faute** qui consiste à ne pas avoir exécuté une obligation résultant du contrat. Il est donc requis de déterminer avec le plus de précision possible l'obligation qui pèse sur le débiteur ainsi que l'intensité de cette obligation (contrat d'entreprise ou contrat de bail).
2. Le créancier impayé doit établir l'existence d'**un dommage** et en établir l'importance.
3. Le créancier doit établir **le lien de causalité** entre la faute commise par son cocontractant et le dommage qu'il a subi. En d'autres termes il faut que la faute du débiteur soit décisive dans la survenance et l'étendue du dommage subi par le créancier.

Il peut également y avoir un cumul de l'exécution en nature et de l'exécution par équivalent. Exemple type : exécution de l'obligation principale et dommages et intérêts pour compenser le retard.

### **L'action en résolution judiciaire**

L'article 1184 du Code civil permet au créancier de demander au juge de prononcer la résolution du contrat intervenu. Dans la mesure où le débiteur n'exécute pas l'obligation convenue, le créancier peut préférer obtenir la mise à néant de ce contrat afin de pouvoir lui-même libérer des obligations qui pèsent sur lui et pour pouvoir conclure le même contrat avec un autre débiteur. Exemple : achat d'une voiture non livrée dans les délais ou convention avec un entrepreneur.

### **Les conditions**

Il faut un contrat synallagmatique c'est-à-dire entraînant des obligations pour les deux parties :

- l'inexécution du débiteur doit être fautive
- la résolution judiciaire doit être demandée par le créancier au juge. Le juge n'est pas tenu de faire droit à la demande et il dispose d'un pouvoir d'appréciation pour accorder ou non la résolution du contrat. (Exemple : retard dans la livraison d'une voiture neuve mais le vendeur offre une voiture de remplacement : le juge pourrait refuser d'accorder la résolution du contrat).



### Quels sont les effets de la résolution judiciaire

- la résolution judiciaire entraîne la mise à néant du contrat c'est-à-dire sa disparition rétroactive. Chaque partie est donc fondée à exiger la restitution de ce qu'elle a déjà amené à prêter en exécution du contrat. Lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive, cette restitution pose problème et la résolution ne produira donc ses effets que pour l'avenir ;
- l'article 1184 prévoit que le créancier impayé peut, en plus de la résolution judiciaire obtenir des dommages et intérêts à charge du débiteur et ce pour réparer le préjudice qu'il subit et résultant de l'inexécution par le débiteur.

### Les moyens de défense du débiteur

Dans l'hypothèse où le débiteur est effectivement en défaut d'exécuter son obligation que peut-il faire :

- Il **demande un délai** pour l'exécution de son obligation. Ce délai peut évidemment être demandé directement au créancier avant la procédure judiciaire ou au juge après l'introduction de la procédure.

Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation et doit évidemment tenir compte des délais dont le débiteur a déjà usés et accorder des délais modérés ;

- La **cause étrangère exonératoire** (ou libératoire). Ce sont le cas fortuit et la force majeure qui englobent des situations divers parmi lesquelles des circonstances naturelles (inondation, verglas, tremblement de terre), le fait de tiers (vol, émeute, guerre) ou des faits de l'autorité publique (expropriation, retrait d'autorisation).

Pour permettre au débiteur de s'exonérer sur base d'une cause étrangère l'événement doit répondre à cinq conditions :

- l'imprévisibilité au moment de la conclusion du contrat (voyage annulé en raison d'une guerre ou d'un coup d'état)
- l'inévitabilité : le débiteur doit tout mettre en œuvre pour éviter la survenance de l'événement (camion bloqué sur la route par la police parce qu'il n'est pas en ordre de contrôle technique n'est pas une cause exonératoire)
- l'indépendance de la volonté du débiteur (avions dans l'impossibilité de décoller en raison du brouillard par contre l'overbooking n'est pas une cause étrangère exonératoire)
- l'impossibilité d'exécution : cette impossibilité doit être absolue, le débiteur ne peut pas invoquer une plus grande difficulté d'exécution de son obligation (exemple : un camion perd son chargement sur la route : il ne s'agit pas d'une impossibilité absolue d'exécution mais une impossibilité temporaire)
- la cause étrangère exonératoire ne pourra être invoquée par le débiteur s'il a déjà été mis en demeure de s'exécuter.

**Quels sont les effets de la cause étrangère exonératoire ?**

- elle va libérer le débiteur qui ne sera plus tenu d'exécuter l'obligation sauf évidemment si la clause étrangère n'a qu'un caractère temporaire
- l'exonération aura une incidence sur l'obligation corrélatrice de l'autre partie au contrat.

**§ 5 La dissolution des contrats**

Il y a dissolution d'un contrat lorsque celui-ci prend fin autrement que par la voie normale (échéance du terme, exécution de l'obligation) et en dehors de hypothèses liées à la responsabilité contractuelle.

On distingue plusieurs mécanismes de dissolution

- la résiliation qui est propre au contrat à prestations successives
- la résiliation peut être unilatérale ou de commun accord
- la résolution
- la révocation propre au contrat à titre gratuit
- les nullités qui supposent qu'au moment de la formation du lien contractuel un des éléments constitutifs ait fait défaut ou été vicié.

La nullité peut être absolue lorsqu'elle viole les normes strictement impératives et elle est relative lorsqu'elle peut être couverte par la confirmation du cocontractant protégé.

## SECTION 2 : LE FAIT JURIDIQUE

Contrairement à ce que nous venons de voir à propos de l'acte juridique, les droits et obligations n'ont pas été recherchés ni voulus par le sujet de droit contrairement à l'hypothèse du contrat.

On parlera tantôt de la responsabilité pénale et civile tantôt la responsabilité contractuelle et quasi délictuelle.

Ces différentes sources de responsabilité proviennent du fait de l'homme qui n'est pas contractuel.

### A. Responsabilité pénale et civile

On doit répondre de son comportement soit parce que l'on a nui à autrui en raison d'un comportement fautif qui n'est pas sanctionné pénalement soit parce que l'on a violé une règle considérée comme décisive et au manquement de laquelle s'attache une sanction qui s'appelle une peine.

Dans le premier cas, lorsqu'en raison de notre comportement on nuit à autrui on parle de responsabilité civile. Dans le deuxième cas, dans le cadre de la poursuite et des peines infligées à ceux qui commettent des contraventions, délits ou crimes on parle de responsabilité pénale.

Dans le premier cas, dans l'hypothèse de la responsabilité civile on répare le dommage causé à autrui.

Dans le second cas, dans l'hypothèse de la responsabilité pénale c'est une peine d'amende, une peine privative de liberté ou une peine alternative telle que l'accomplissement de travaux d'intérêt général qui sanctionne le comportement illicite.

Il peut évidemment y avoir des comportements illicites qui occasionnent également un dommage à autrui. Dans ce cas une peine sanctionnera le comportement illicite et en outre l'auteur de ce comportement devra réparer le dommage qu'il a causé à autrui.

### B. Les responsabilités civiles : contractuelle et quasi délictuelles

On a dit ci-avant qu'il y avait matière à responsabilité contractuelle chaque fois que dans le cadre d'un contrat une partie n'exécute pas ou exécute mal des engagements qu'elle avait souscrits.

Les articles 1382 et suivants du Code civil énoncent un principe ainsi que différents régimes de responsabilité non contractuels. C'est un principe de responsabilité qui entre en jeu à défaut de tout accord de volonté entre parties par le fait de la loi.

L'article 1382 énonce *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

C'est donc la loi qui attache à la réalisation de certains faits des conséquences juridiquement obligatoires. On parle de responsabilité quasi délictuelle ou de responsabilité acquilienne.

Le siège de la matière se trouve dans les articles 1382 à 1386 du Code civil.

### **§1 Le droit commun des articles 1382 et 1383 cc**

Il y a différents facteurs qui commandent le régime de la responsabilité

#### **a) La faute**

Le premier facteur recouvre en réalité trois notions distinctes :

- il faut que le fait générateur soit un fait fautif à savoir une faute personnelle commise par un sujet de droit
- il faut que cette faute puisse être imputable à un sujet responsable
- il faut que le sujet responsable ne puisse se libérer par une cause de justification

##### **1) La faute personnelle**

**Définition** de la faute : est constitutive de faute tout manquement si minime soit-il, volontaire ou involontaire par acte ou par omission à une norme de conduite préexistante.

Cette norme de conduite à sa source soit dans la loi ou les règlements soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenance ou de technique non formulées en texte législatif : loyauté, bienséance, sang froid (accident mortel provoqué en tentant d'éviter un chien), prudence (cigarette au lit) , diligence, vigilance, habilité (maladresse : nez cassé par un coup de raquette de squash), déontologie professionnelle... le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque du milieu et de la région.

On le voit, la notion de fautes est variable et il appartiendra au juge d'apprécier au cas par cas.

Il y a donc matière à responsabilité non seulement en cas de faute volontaire mais également en cas de manquement involontaire, le cas échéant par simple abstention ou négligence. Il s'agit de manquement à ce que l'on appelle généralement l'obligation générale de prudence.

##### **2) L'imputabilité**

Il faut que le comportement fautif soit imputable à une personne susceptible d'être considérée comme responsable. (dément, l'enfant non doué de discernement, auteur victime de crise cardiaque ou d'accident cérébral)

##### **3) Il faut absence de cause de justification**

Exemple de cause de justification : accident provoqué suite à un car Jacking, le conducteur agressé lache son embrayage et emboutit la voiture devant lui, accident suite à une manœuvre d'évitement justifiée : le conducteur enfonce une voiture stationnée parce qu'il tente d'éviter

un enfant qui traverse sans regarder, état de nécessité : la personne qui saute sur une voiture pour échapper à un incendie dans son immeuble, obéissance à une autorité légitime (injonction d'un agent qui vous impose de brûler un feu rouge)

**b) Le lien causal**

Il faut que le dommage soit né en raison de la faute commise par la personne. Principe de l'équivalence des conditions : divers facteurs sont généralement à l'origine des conséquences dommageables. Ces différents facteurs en tant qu'ils ont chacun constitué une des causes du dommage, doivent être retenus

Il peut y avoir une rupture du lien causal :

la cause étrangère libératoire : exemple de la voiture qui fonce dans un immeuble et l'immeuble s'effondre en raison d'un défaut de construction et qui se serait de toute manière effondré même sans l'accident selon un expert en bâtiment. La cause de l'effondrement n'est donc pas l'accident lui-même (qui est le « déclencheur » mais bien le défaut de construction de l'immeuble.

**c) Le dommage et sa réparation**

Le dommage consiste en la lésion d'un droit subjectif ou d'un intérêt protégé. Le principe essentiel en matière de responsabilité quasi délictuelle est celui de la réparation intégrale du dommage.

Pour qu'il soit réparable le dommage doit être personnel et certain :

- personnel : seule la victime peut demander réparation de son dommage
- certain : c'est le préjudice réellement subi qui doit être réparé. Un préjudice hypothétique n'est pas susceptible d'être réparé, un dommage futur bien.

Quel est le mode de réparation du dommage ?

La victime a le choix de poursuivre la réparation intégrale de son préjudice en nature ou par équivalent. (la victime ne peut abuser de son droit)

Le second principe fondamental est que la victime lorsqu'elle est indemnisée par une somme d'argent, est libre de disposer du montant qui lui est alloué comme bon lui semble. Le bailleur peut utiliser comme il veut l'indemnité pour dégâts locatifs. (double évaluation)

### **Les dommages peuvent être causés soit au bien soit aux personnes**

En ce qui concerne le dommage aux personnes, on distingue les dommages matériels (frais vestimentaires, frais médicaux, frais de déplacement, préjudice ménager, perte d'une année scolaire, aide d'une tierce personne, frais funéraires.

Les dommages non matériels comprenant le préjudice moral, le préjudice esthétique, le préjudice d'affection.

### **Hypothèse de réparation du dommage en cas de pluralité d'auteur**

Il n'est pas rare que plusieurs faits fautifs ait chacun contribué à la survenance du dommage. Les différents auteurs seront considérés comme chacun responsable de la survenance du dommage et ils assument une responsabilité in solidum, cela signifie que chacun est tenu à l'égard de la victime pour l'intégralité du préjudice subi. Cependant celui qui paie l'intégralité du dommage a la possibilité de se retourner contre les autres responsables : c'est ce qu'on appelle l'obligation à la dette et la contribution à la dette.

Obligation à la dette : il s'agit des rapports entre les différents responsables et la victime.

La contribution à la dette concerne les rapports des co-responsables entre eux.

### **§ 2 : les régimes des articles 1384 à 1386 du Code civil**

Ces trois articles du Code prévoient que l'on peut être responsable des conséquences dommageables de faits causés par autrui ou de conséquences dommageables causées par des biens dont on est responsable.

#### **A. Responsabilité du fait d'autrui**

1. L'article 1384 enseigne qu'on peut être responsable des conséquences dommageables résultant de fautes commises par autrui. Ce régime instauré en faveur des victimes avait pour premier objectif d'ouvrir aux victimes la possibilité d'un recours contre une personne plus solvable que le seul auteur du fait générateur de responsabilité.

Quels sont les éléments constitutifs ?

- Le premier élément est bien entendu que le fait générateur de responsabilité constitue bel et bien une faute imputable au sens de l'article 1382
- Le deuxième élément est une présomption de responsabilité.

Si le civilement responsable doit répondre des conséquences dommageables d'un fait commis par autrui, c'est parce qu'on présume qu'il a manqué à un devoir qui était sien

- Le troisième élément considère que ce manquement du civilement responsable est présumé se trouver dans un lien causal avec le dommage subi (défaut de surveillance des instituteurs ou artisans, manquement à l'obligation de bonne éducation des parents).

## **B. Responsabilité du fait des choses**

La jurisprudence et la doctrine ont puisé dans le texte de l'article 1384 un principe général de responsabilité du fait des choses dont on a la garde. L'article 1385 instaure la responsabilité du propriétaire ou de gardien d'un animal.

L'article 1386 du Code civil instaure la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment pour le dommage causé par la ruine du bâtiment lorsque celle-ci est arrivée par suite d'un défaut d'entretien ou par un vice de construction.

Le propriétaire pourra donc s'exonérer de sa responsabilité si la ruine est imputable à la force majeure.

De même la victime devra prouver l'existence du vice de la chose et le lien causal entre le vice et son dommage pour obtenir indemnisation à charge du gardien de la chose. Une fois que la preuve du vice est faite, la présomption de faute est irréfragable.

### **Qu'entend-t-on pour vice de la chose**

Selon la Cour de cassation une chose est affectée d'un vice si elle présente une caractéristique anormale qui la rend en certaines circonstances susceptible de causer un dommage.

La jurisprudence considère que le vice ne doit pas être permanent et ne doit pas nécessairement être un élément inhérent à la chose

Exemple : charrettes de supermarché traînant sur les parkings, accident dans les supermarchés en raison de la présence de déchets sur le sol, défaut de la voirie (nids de poule) et des voies navigables (poutre de bois flottant entre deux eaux), accident dans la cour de récréation (goal mal fixé qui tombe sur un élève).

## **CHAPITRE III : LA PREUVE**

La matière de la preuve revêt une importance capitale puisque, si, en théorie, le droit et la preuve sont deux choses fort différentes, en pratique l'absence de preuve entraîne l'absence de reconnaissance du droit.

Un adage dit d'ailleurs qu'avoir un droit sans être en mesure d'en prouver l'existence revient en pratique au même que ne pas avoir de droit du tout.

### **Section I : Principes généraux**

#### **1. L'objet de la preuve**

Prouver c'est établir devant un juge la véracité d'un fait de nature à faire reconnaître un droit ou à faire écarter l'existence d'un droit.

L'article 870 du Code judiciaire dispose chacune des parties à la charge de prouver les faits qu'elle allègue.

Il va de soi que seuls les faits contestés doivent faire l'objet d'une preuve.

Enfin, les parties doivent prouver des faits mais ne doivent pas prouver le droit parce que le juge est censé connaître le droit et son rôle est d'appliquer le droit aux faits qui lui sont soumis.

#### **2. Preuve libre ou preuve légale**

Il y a deux grands systèmes de preuve.

a). la preuve libre : la preuve libre qui est l'hypothèse où le juge dispose de la liberté de déterminer quels sont les modes de preuve admissibles et quelle est la valeur probante qu'il attachera à cette preuve.

Dans notre système, c'est le régime qui est applicable au droit pénal et au droit de la responsabilité quasi délictuelle, le juge statue en fonction de son intime conviction au regard des éléments qui lui sont soumis.

Certaines limites restreignent cependant la liberté du juge, notamment l'interdiction d'avoir égard à des preuves obtenues par des procédés illégaux ou déloyaux.

b). la preuve réglementée : c'est le système adopté par notre code civil qui précise quels sont les modes de preuve admissibles et qui en détermine la valeur et établit entre eux une hiérarchie.

Dans notre système, c'est le régime qui est applicable au droit des contrats



### 3. Le rôle du juge

#### *Procédure accusatoire et procédure inquisitoire*

La grande différence entre ces deux procédures est le rôle du juge et des parties dans le déroulement du procès.

##### a). Procédure accusatoire

Les parties sont maîtres de la procédure et dans ce cadre, le rôle du juge est passif et son intervention a pour objet de départager les parties, un peu comme un arbitre.

##### b). Procédure inquisitoire

C'est celle au sein de laquelle le juge joue le rôle de véritable moteur en ce qu'il dirige le procès en vue d'aboutir à son issue.

En droit pénal, la procédure est inquisitoire.

Par contre, la procédure civile est essentiellement accusatoire, quoi que le juge ne soit pas tout à fait passif puisque le code judiciaire lui laisse la possibilité d'ordonner diverses mesures d'instruction s'il l'estime utile.

Comme initiatives on retient :

- le fait de pouvoir exiger la production de documents,
- la possibilité d'ordonner la tenue d'enquêtes (c-à-d l'auditions de témoins)
- la possibilité de désigner un expert judiciaire,
- la possibilité d'ordonner la comparution personnelle des parties,
- la possibilité d'ordonner une descente sur les lieux.

#### *Le principe du contradictoire*

Il s'agit d'un principe général qui s'impose tant aux parties qu'au juge durant tout le déroulement de la procédure.

En vertu de ce principe, aucune pièce du dossier ou de procédure ne peut être soumise au juge sans avoir été communiquée préalablement à toutes les parties à la cause.

De même, toutes les parties doivent être informées des arguments qui vont être développés par la partie adverse.

Ce grand principe est le corollaire du principe du respect des droits de la défense.

#### **4. La charge de la preuve**

##### **A. Principes généraux**

L'article 1315 du code civil dispose :

*« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».*

En d'autres termes, il incombe au demandeur de démontrer l'existence du fait ou de l'acte juridique sur lequel est basée sa prétention.

D'autre part, celui qui se prétend libéré de l'obligation qui pèse sur lui doit prouver l'élément ou le fait qui aurait entraîné l'extinction ou la modification de ce droit.

##### **B. La collaboration des parties dans l'administration de la preuve**

L'article 871 du code judiciaire exige que toutes les parties collaborent à l'administration de la preuve.

Le juge peut ordonner à toutes les parties de produire des éléments de preuve dont elle dispose, tout comme il peut même ordonner aux tiers la production d'un document contenant la preuve d'un fait.

##### **C. Les prescriptions légales**

La loi instaure des présomptions qui ont pour conséquence qu'une des parties peut être déchargée de la charge de la preuve.

On peut citer l'article 1384 du code civil qui instaure une présomption de responsabilité à charge des parents au profit de la victime d'un dommage dû à l'acte illicite de leur enfant.

Une autre présomption est la présomption de filiation : un enfant est présumé être le fils du mari de sa mère même s'ils sont séparés (mais non divorcés) depuis dix ans.

Certaines présomptions peuvent être renversées et l'on parlera de présomption simple tandis que d'autres sont des présomptions absolues ou irréfragables, c'est-à-dire qu'elles ne sont susceptibles d'aucune preuve contraire.

## **Section II : Admissibilité des modes de preuve**

### **1. Principe de l'article 1341 C.c. : Prééminence de l'écrit**

L'article 1341 nous enseigne :

*« Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toute chose excédant une somme ou valeur de € 375, même pour dépôt volontaire ; Il n'est reçu aucune preuve par témoin contre et outre le contenu aux actes. »*

L'article précise : *« le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».*

L'article 1341 parle de « chose ».

Cette disposition s'applique aux actes juridiques (conventions) de nature patrimoniales mais ne s'applique pas aux actes juridiques relatifs à l'état des personnes dont la preuve doit être apportée par acte authentique

L'article 1341 ne vaut pas pour les faits juridiques qui, eux, peuvent être établis par toute voie de droit.

De même, l'article 1341 ne s'applique pas à la preuve :

- de la fraude,
- des délits et quasi-délits,
- des vices de consentement,
- de la force majeure.

La seconde règle de l'article 1341 précise que lorsqu'un écrit a été dressé, on ne peut pas prouver par témoin ou par présomption contre le contenu de cet écrit, et ça même si la valeur en jeu est de moins de € 375. (c'est le principe de la prééminence de l'écrit)

### **2. Exception générale à l'article 1341**

#### **1. La preuve en matière commerciale**

L'article 25 du code de commerce nous dit :

*« Indépendamment des moyens de preuve admis par le droit civil, les engagements commerciaux peuvent être constatés par la preuve testimoniale, dans tous les cas où le*

*tribunal croira devoir l'admettre, sauf les exceptions établies pour des cas particuliers. »*

Le régime de preuve est donc plus souple en matière commerciale qu'en matière civile mais il ne s'agit pas du principe de la preuve libre inconditionnelle.

En effet, le juge reste libre d'apprécier si la preuve par témoin ou par présomption est admissible en fonction des circonstances.

La jurisprudence a dégagé certaines règles :

- la preuve par témoin et par présomption doit être écartée lorsqu'il est d'usage de se procurer par une preuve par écrit,
- de même, elle doit être écartée lorsqu'il s'agit de marchés importants,
- la preuve par témoin et par présomption ne sera admise que si les faits offrent un minimum de vraisemblance ;

## 2. Existence d'un commencement de preuve par écrit

Il faut :

- un écrit,
- émanant du débiteur,
- rendant vraisemblable l'élément à établir ;

A cette condition, la loi autorise la preuve par témoin ou par présomption.

Par exemple une note d'un entrepreneur à un architecte peut constituer pour le maître de l'ouvrage un commencement de preuve par écrit lui permettant de prouver par témoins contre son entrepreneur

Autre exemple la reconnaissance de dette qui ne contient pas la mention « lu et approuvé, bon pour la somme de ....€ » qui n'est pas valable en tant que telle pourra constituer un commencement de preuve par écrit permettant de prouver par témoins

## 3. Impossibilité de se procurer un écrit

Soit :

- à l'origine il n'a pas été possible de rédiger un écrit, il s'agit soit d'une impossibilité matérielle et la jurisprudence admet l'impossibilité morale Ex. On appelle un hélico pour un sauvetage en montagne
- la jurisprudence admet également l'usage : exemple : relations entre l'avocat (ou le médecin) et son client, convention avec le garagiste...,
- La perte de l'écrit par force majeure, ce qui veut dire que la perte ne peut pas être imputable au créancier

### ***Section III : les principaux modes de preuve***

#### **1. L'acte authentique**

- selon l'article 1317 du code civil, l'acte authentique est celui qui a été reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises (*notaire, huissier, juge, officier de l'état civil*);

Parmi les actes authentiques on range les actes suivants :

- actes notariés,
- assignations en justice et significations faites par huissier,
- procès-verbaux d'audience établi par le greffier,
- les jugements,
- les actes d'état civil,
- les procès-verbaux des officiers de police.

L'acte dressé par l'officier public n'aura la valeur probante d'un acte authentique que si l'officier public est compétent (compétence matérielle : ce qu'il constate et compétence territoriale).

La force probante de l'acte authentique est renforcée mais pas absolue.

Elle peut être attaquée par une procédure spéciale, celle d'inscription en faux.

#### **2. L'acte sous seing privé**

C'est l'acte que les parties dressent elles-mêmes pour faire preuve d'un acte juridique ou de certains faits.

Comme conditions de validité on retiendra qu'il faut

- L'existence d'un écrit,
- Une signature qui permet d'identifier l'auteur et d'exprimer sa volonté.

A propos de signature électronique, il y a un nouvel article 1322 du code civil qui assimile à la signature manuscrite : 1. un ensemble de données électroniques, 2. pouvant être imputées à une personne déterminée, 3. établissant le maintien de l'intégrité de l'acte.

Les articles 1325 et 1326 du code civil imposent certaines conditions.

- la règle selon laquelle il faut autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. La sanction de cette règle est la nullité mais il importe de rappeler que ce n'est pas l'acte juridique qui est déclaré nul mais le moyen de preuve.

Et si ce document ne vaut pas preuve en tant que tel, il vaudra comme commencement de preuve par écrit.

L'article 1326 du code civil prévoit que les engagements unilatéraux doivent être écrits en entier de la main de celui qui s'engage ou il faut au moins qu'il ait écrit avant sa signature un bon pour ou un approuvé pour portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose pour laquelle il s'engage.

A défaut de cette mention, la sanction est la même : c'est la nullité relative.

Le code civil prévoit que l'acte sous seing privé a la même force probante que l'acte authentique pour autant qu'il soit reconnu par celui à qui on l'oppose.

C'est la différence entre l'acte authentique et l'acte sous signature privée, c'est que ce dernier ne prouve pas lui-même son authenticité.

Cette reconnaissance peut se faire :

- de manière tacite (absence de contestation),
- de manière expresse,
- soit judiciairement par une procédure en vérification d'écriture.

Une autre différence entre l'acte privé et l'acte authentique concerne la date de l'acte, mais cela surtout à l'égard des tiers.

On parlera de « date certaine ».

L'acte authentique a date certaine parce qu'il a été daté par un officier public.

L'acte sous seing privé n'est pas date certaine mais peut acquérir date certaine de différentes manières :

- par l'enregistrement,
- par le décès de l'un des signataires,
- par la constatation de l'acte dans un acte authentique Ex on fait référence à l'acte dans une citation en justice ou dans un jugement.

Cette énumération est limitative et aucun autre événement ne peut donner à l'acte la date certaine, ni cachet de la poste ni légalisation à la commune.

## 2. Les autres moyens de preuve

### *A. La preuve testimoniale (par témoignage)*

Les formalités d'audition des témoins sont prescrites par le code judiciaire et le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation.

### *B. Les présomptions de l'homme*

Pour que le juge puisse retenir comme preuve une présomption, il faut plusieurs présomptions que la loi qualifie de « graves », « précises » et « concordantes ».

### *C. L'aveu*

L'aveu est une reconnaissance par une des parties de l'exactitude des allégations de l'autre.

Il peut être judiciaire ou extra-judiciaire.

L'aveu judiciaire est celui qui est fait en justice et il fait foi (ce qu'une partie a reconnu devant le Juge ou ce qu'une partie a reconnu par écrit dans un acte de procédure comme des conclusions ou une note déposée au tribunal)

L'aveu extra-judiciaire est celui qui est fait en-dehors de la présence du juge et il aura la même valeur probante qu'un témoignage.

### *D. Le serment*

Le serment est l'information solennelle de la réalité d'un fait.

Le serment litisdécisoire fait foi et le juge sera lié par son résultat. Une partie peut demander au Juge de déférer à la partie adverse le serment litis décisoire sur un fait bien déterminé. Dans le cas d'une dette dont on ne retrouve plus la preuve du remboursement, on peut demander au Juge d'inviter le créancier à venir affirmer sous serment qu'il n'a jamais obtenu remboursement. Si le créancier accepte de jurer, il gagne son procès mais attention, le faux serment est puni pénalement par des peines de prison. La prudence s'impose donc.