

Éléments de cours de droit (EC11)

Mise en page Florian Prud'homme
à partir du plan de cours de Claudine Guerrier E313 Tél. 4683

avril, mai 2004

I	Introduction au droit	1
1	Les généralités	3
1.1	Introduction : la fonction juridique	3
1.2	Droit objectif	4
1.2.1	Caractère général	4
1.2.2	Caractère obligatoire	4
1.2.3	Droit national	4
1.3	Droit subjectif	5
1.4	Les différentes catégories de personnes	5
1.4.1	Personne physique	5
1.4.2	Personne morale	5
1.5	Les droits de la personnalité	6
1.5.1	Droits extra-patrimoniaux	6
1.5.2	Droits patrimoniaux	6
2	Les sources du droit	9
2.1	Le droit international	9
2.1.1	Le droit onusien	9
2.1.2	L'organisation mondiale du commerce (OMC)	10
2.2	Le droit européen	10
2.2.1	Le conseil de l'Europe	10
2.2.2	L'Union Européenne	11
2.3	Le droit national	12
2.3.1	La Constitution	12
2.3.2	La loi	12
2.3.3	Le règlement	15
2.3.4	La jurisprudence	15
2.3.5	La coutume	16
2.3.6	Les usages de fait	16
2.3.7	La doctrine	16
2.3.8	La pratique	16

3	Les juridictions	17
3.1	Le niveau international	17
3.1.1	Cour de justice de la Haye	17
3.2	Le niveau européen	17
3.2.1	Conseil de l'Europe	17
3.2.2	Union européenne	18
3.3	Le niveau national	18
3.3.1	Les juridictions judiciaires	18
3.3.2	La juridiction administrative	19
II	Les contrats	21
4	Généralités sur les contrats	25
4.1	Définitions	25
4.1.1	l'article 1101 du code civil	25
4.1.2	Personne	25
4.1.3	Obligation	25
4.2	Distinctions entre contrats	26
4.2.1	En fonction des obligations	26
4.2.2	En fonction de la durée	27
4.2.3	Contrat verbal et contrat écrit	27
4.2.4	En fonction de la réglementation	27
4.2.5	En fonction de la forme	27
4.2.6	Contrat de gré à gré, contrat d'adhésion	27
4.2.7	Quelques types de contrats	27
5	Formation et conditions de validité	29
5.1	L'autonomie de la volonté	29
5.1.1	L'article 1134 du Code civil	29
5.1.2	Les principes	29
5.2	Les conditions subjectives de formation	29
5.2.1	Le consentement	29
5.2.2	Les vices de consentement	30
5.2.3	Définition de la capacité	31
5.3	Les conditions objectives du consentement et de la validité des contrats.	31
5.3.1	L'objet	31
5.3.2	La cause	32
5.3.3	La forme	32
5.4	Sanctions des conditions de validité	33
5.4.1	Conditions de nullité	33
5.4.2	Nullité relative	33
5.4.3	Nullité absolue	33
5.4.4	Effets de la nullité	33
6	Les conditions de forme et de preuve des contrats	35
6.1	L'acte authentique	35
6.1.1	Définition	35
6.2	Exemples	35
6.2.1	Force probante	35

6.2.2	Force exécutoire	35
6.3	L'acte sous seing privé	36
6.3.1	Force probante	36
6.3.2	Différence avec l'acte authentique :	36
6.4	Les modes de preuve	36
6.4.1	La preuve littérale (écrite)	36
6.4.2	La preuve testimoniale	36
6.4.3	Les présomptions	36
6.4.4	L'aveu	36
6.4.5	Le serment	36
6.5	La charge de la preuve	36
7	L'exécution	39
7.1	La clause de confidentialité	39
7.2	La réception	39
7.3	La garantie	39
7.4	Garantie des vices cachés	40
7.5	La résiliation et la résolution	40
7.5.1	par la volonté des parties	40
7.5.2	Par le juge	40
7.6	Les litiges : l'attribution de compétences	40
7.7	L'arbitrage	40

III Le droit du travail 43

8	Le contrat de travail	45
8.1	Les caractéristiques du contrat de travail	46
8.1.1	Le régime juridique du contrat de travail	46
8.1.2	La capacité	47
8.1.3	Les éléments constitutifs	47
8.2	L'embauche	49
8.2.1	La détermination du poste à pourvoir	49
8.2.2	La liberté d'embauche	49
8.2.3	Les modalités de recrutement	50
8.2.4	La promesse d'embauche	50
8.2.5	Les formalités liées à l'embauche	50
8.3	Les principales clauses	51
8.3.1	Limites à la liberté contractuelle	51
8.3.2	Clauses spécifiques	51
8.3.3	Clauses spéciales et particulières	51
8.4	L'essai	52
8.5	La vie du contrat	53
8.5.1	La distinction entre CDI et CDD	53
8.5.2	Le contrat de travail à durée déterminée (CDD)	53
8.5.3	Le contrat de travail temporaire	54
8.6	La suspension et la rupture du contrat de travail	55
8.6.1	La suspension	55
8.6.2	la rupture du contrat de travail	56

9 Les conventions collectives	57
9.1 La négociation, le contenu, la publicité	58
9.1.1 La négociation des conventions collectives	58
9.1.2 Le contenu des conventions collectives	59
9.1.3 La publicité	59
9.2 L'application des conventions	59
9.2.1 Les salariés bénéficiaires	59
9.2.2 Les employeurs/conventions collectives, accords collectifs	59
9.2.3 La convention applicable à l'entreprise	59
9.3 L'évolution du domaine d'application des conventions	59
9.3.1 L'adhésion	59
9.3.2 L'extension	59
10 Le licenciement	61
10.1 Le licenciement lié à la personne du salarié	61
10.1.1 Le licenciement sans faute	61
10.1.2 Le licenciement pour faute	62
10.1.3 Le licenciement abusif	62
10.1.4 Le licenciement pour faute grave ou lourde	63
10.1.5 L'autoliquidation	63
10.1.6 Le conseil de Prud'hommes	63
10.2 Les procédures obligatoires en cas de licenciement	64
10.2.1 L'entretien préalable	64
10.2.2 La notification	64
10.2.3 Les suites	65
10.3 Le licenciement économique	65
10.3.1 Le licenciement individuel	65
10.3.2 Le petit licenciement économique	65
10.3.3 Le gros licenciement économique	66
IV Le droit commercial	67
11 Les commerçants et les biens des commerçants	69
11.1 introduction	69
11.1.1 Chambre de commerce et de l'industrie	69
11.1.2 Le tribunal de commerce	69
11.1.3 Définition du commerçant et de l'acte de commerce	70
11.2 Les restrictions	71
11.2.1 Les restrictions liées à la personne du commerçant	71
11.2.2 Les restrictions liées à l'activité	71
11.3 Les obligations	71
11.3.1 Les obligations liées à une profession	71
11.3.2 L'inscription au RCS	72
11.3.3 Les obligations comptables et de gestion	72
11.4 Les biens des commerçants	72
11.4.1 Le fonds de commerce	72
11.4.2 Le bail commercial	73
11.5 Protection à l'encontre des concurrents déloyaux	74
11.5.1 Définition de la concurrence déloyale	74

12 Les titres de la propriété industrielle et de la consommation	75
12.1 Le brevet	75
12.1.1 Les conditions de brevetabilité	75
12.1.2 Le régime des salariés	76
12.1.3 L'invention « hors mission non attribuable »	76
12.2 L'obtention d'un brevet	77
12.2.1 La requête	77
12.2.2 L'exploitation du brevet	77
12.2.3 Les conventions et la stratégie des entreprises	78
12.3 Les marques	78
12.3.1 Les divers signes susceptibles de constituer une marque	78
12.3.2 Les interdits	79
12.3.3 Les appellations d'origine et les labels	79
12.3.4 Le dépôt de marque et le régime d'exploitation	80
12.3.5 La marque communautaire	81
12.4 La consommation	81
12.4.1 La publicité	81
12.4.2 Les prix et le consommateur	82
12.4.3 La vente et le droit	82
12.4.4 Les contrats et le consommateur	82
12.4.5 Les organismes de consommation	82
 V La représentation du personnel et le comité d'entreprise.	 83
13 La représentation du personnel	87
13.1 les délégués du personnel	87
13.1.1 Conditions d'existence	87
13.1.2 Fonctions	87
13.2 les délégués syndicaux	88
13.2.1 conditions d'existence	88
13.2.2 attribution	88
13.3 la représentation du personnel et les élections	88
13.3.1 les personnes concernées	89
13.3.2 le déroulement des élections	89
13.3.3 le contentieux des élections.	90
13.3.4 le statut des salariés protégés	91
13.4 Le comité d'entreprise (CE dans la suite)	91
 VI Annexes	 93
A TD de droit des contrats	95
A.1 1 ^{er} cas	95
A.1.1 Énoncé	95
A.1.2 Solution	95
A.2 2 ^e cas	96
A.2.1 Énoncé	96
A.2.2 Solution	96
A.3 3 ^e cas	96

A.3.1	Énoncé	96
A.3.2	Solution	96
A.4	4 ^e cas	96
A.4.1	Énoncé	96
A.4.2	Solution	96
A.5	5 ^e cas	97
A.5.1	Énoncé	97
A.5.2	Solution	97
B	TD de droit du travail	99
B.1	1 ^{er} cas	99
B.1.1	Énoncé	99
B.1.2	Solution	99
B.2	2 ^e cas	99
B.2.1	Énoncé	99
B.2.2	Solution	99
B.3	3 ^e cas	99
B.3.1	Énoncé	99
B.3.2	Solution	100
B.4	4 ^e cas	100
B.4.1	Énoncé	100
B.4.2	Solution	100
B.5	5 ^e cas	100
B.5.1	Énoncé	100
B.5.2	Solution	100
B.6	6 ^e cas	101
B.6.1	Énoncé	101
B.6.2	Solution	101
C	TD sur le droit commerciale	103
C.1	1 ^{er} cas	103
C.1.1	Énoncé	103
C.1.2	Solution	103
C.2	2 ^e cas	104
C.2.1	Énoncé	104
C.2.2	Solution	104
C.3	3 ^e cas	104
C.3.1	Énoncé	104
C.3.2	Solution	104
C.4	4 ^e cas	105
C.4.1	Énoncé	105
C.4.2	Solution	105
C.5	5 ^e cas	105
C.5.1	Énoncé	105
C.5.2	Solution	106

D	Sujets de l'année 2003	107
D.1	1 ^{er} cas	107
D.1.1	Énoncé	107
D.1.2	Solution	107
D.2	2 ^e cas	107
D.2.1	Énoncé	107
D.2.2	Solution	107
D.3	3 ^e cas	108
D.3.1	Énoncé	108
D.3.2	Solution	108
D.4	4 ^e cas	108
D.4.1	Énoncé	108
D.4.2	Solution	108
D.5	5 ^e cas	109
D.5.1	Énoncé	109
D.5.2	Solution	109
D.6	6 ^e cas	109
D.6.1	Énoncé	109
D.6.2	Solution	109
D.7	7 ^e cas	109
D.7.1	Énoncé	109
D.7.2	Solution	110
D.8	8 ^e cas	110
D.8.1	Énoncé	110
D.8.2	Solution	110
E	Sujets des années précédentes	111
E.1	1 ^{er} cas	111
E.1.1	Énoncé	111
E.1.2	Solution	111
E.2	2 ^e cas	111
E.2.1	Énoncé	111
E.2.2	Solution	112
E.3	3 ^e cas	112
E.3.1	Énoncé	112
E.3.2	Solution	112
E.4	4 ^e cas	112
E.4.1	Énoncé	112
E.4.2	Solution	112
E.5	5 ^e cas	112
E.5.1	Énoncé	112
E.5.2	Solution	112
E.6	6 ^e cas	113
E.6.1	Énoncé	113
E.6.2	Solution	113

F	Session Droit (module DR11)	115
F.1	1 ^{er} cas	115
	F.1.1 Énoncé	115
F.2	2 ^e cas	115
	F.2.1 Énoncé	115
F.3	3 ^e cas	115
	F.3.1 Énoncé	115
F.4	4 ^e cas	116
	F.4.1 Énoncé	116
F.5	5 ^e cas	116
	F.5.1 Énoncé	116
F.6	6 ^e cas	116
	F.6.1 Énoncé	116
F.7	7 ^e cas	116
	F.7.1 Énoncé	116
G	Du côté des managers	119
G.1	1 ^{er} cas	119
	G.1.1 Énoncé	119
	G.1.2 Solution de l'élève	119
G.2	2 ^e cas	119
	G.2.1 Énoncé	119
	G.2.2 Solution de l'élève	120
G.3	3 ^e cas	120
	G.3.1 Énoncé	120
	G.3.2 Solution de l'élève	120
G.4	4 ^e cas	121
	G.4.1 Énoncé	121
	G.4.2 Solution de l'élève	121

Toutes mes félicitations ! Vous avez fait du bon travail. Cordialement.

Claudine Guerrier

Les objectifs du poly

Ce poly a été fait dans le but d'avoir un support de cours unique, complet, suffisant et respectant le plan de M^{me} Guerrier dans le cadre du cours de droit des ingénieurs. Il reprend tous les polys qui nous ont été distribués, et les approfondit. Ce poly éclaircit de nombreux points et le contenu a été mis à jour. Cependant ce poly n'est pas achevé, car il manque l'index, et les renvois de page. Il y a sûrement aussi quelques fautes de frappes qui sont restées (ou d'orthographe). J'espère pouvoir finir l'index pour bientôt.

J'espère que ce poly vous sera utile.

Contact

Ce poly est encore plus qu'imparfait. Pour toutes suggestions, ou en cas de faute d'orthographe, vous pouvez m'envoyer un e-mail à l'adresse :

`florian.prud_homme@int-evry.fr`

Remerciements

Nombreuses sont les personnes qui ont participé volontairement, ou involontairement à l'éla-

boration de poly. Les plus actifs étant Charlotte, Florence, Jean-lou, Mohammad Amir, Seiko, Sismic, Instinct, Marianne, mon binôme, Bottar'int, M^r Collardeau et plein d'autres encore que je ne connais pas, ou que j'oublie. Je tiens à les remercier chaleureusement, pour avoir été en cours le matin dans la pénombre des amphis clairsemés, ou m'avoir donné les bonnes sources d'informations.

Soutien moral

Encore plus nombreuses sont les personnes qui m'ont soutenu moralement dans ce défi difficilement surmontable : tous ceux qui n'était pas en amphitheâtre à 8 h vendredi.

Soutien financier

Vous pouvez faire ce que vous voulez avec ce poly. Si vous avez bon cœur, vous pouvez envoyer vos dons dans ma boîte aux lettres, ou à celle d'EvryOne qui transmettra.

Pourquoi ?

Parce que.

Première partie

Introduction au droit

CHAPITRE 1

Les généralités



1.1 Introduction : la fonction juridique

Le droit est l'ensemble des règles qui s'appliquent dans une société donnée à un moment donné. C'est la définition du droit *positif*, il existe d'autres définitions. Le droit est lié avec les autres sciences humaines et sociales, notamment l'économie, la sociologie, la philosophie et la politique.

La *fonction juridique* ne peut être distincte de son environnement. Elle est exercée dans le « service juridique » des grandes entreprises. Elle dépend de la nature de l'activité, du secteur. Exemple : la déposition des brevets. La fonction juridique est exercée par des avocats en cas de litige avec d'autres entreprises.

Les PME ne peuvent employer un juriste perma-

nent. Ce sont des non juristes qui assurent la fonction juridique dans le suivi et la veille juridique, la négociation et la signature de contrats. L'entreprise peut s'adresser à un avocat pour un problème ponctuel. Elle peut également demander conseil à la chambre de commerce et de l'industrie.

Le droit intervient dans tout les domaines de la vie quotidienne : par exemple pour un bail ou même pour la consommation. Le contrat est un acte juridique. Monter dans un autobus vaut acceptation *tacite* du contrat de transport.

Statut de la France par rapport à d'autres pays développés en matière de droit La France appartient à la famille *romano-germanique*. Les sources et les règles sont écrites. Comme son nom l'indique, il est influencé par le droit latin et le droit Allemand. Les Etats-Unis, le Canada, le Royaume-Uni sont des pays de *Common Law* avec une grande influence de la coutume et des règles non nécessairement écrites. En contrepartie les décisions prises par les tribunaux sont extrêmement importantes.

Avec la mondialisation et la globalisation, on constate actuellement une uniformisation relative de tous les pays vers des systèmes métissant à la fois le système de common law et le système romano-germanique.

Le mot « droit » a deux sens :

- tantôt il désigne l'ensemble des règles générales qui s'appliquent actuellement dans un État : c'est le *droit objectif* ;

- tantôt il désigne les prérogatives particulières dont une personne déterminée peut se prévaloir (et les obligations correspondantes). Ce sont les *droits subjectifs*.

1.2 Droit objectif

La règle de droit présente deux caractères, qui la distinguent d'autres règles de conduite sociale : elle est générale et obligatoire.

1.2.1 Caractère général

La règle de droit ne vise aucune personne déterminée : sa formulation est impersonnelle : « quiconque »... « chacun ».

1.2.2 Caractère obligatoire

Quiconque ne respecte pas la règle de droit encourt des sanctions. Ces sanctions sont de natures diverses. La peine doit réparer le préjudice subi par la société et amender le coupable. Elle a donc également un rôle de prévention.

Dans l'ensemble des règles qui forment le droit objectif, on peut distinguer plusieurs sous-ensembles qui se ramifient en plusieurs branches du droit. On distingue, d'une part, le droit national et le droit international et, d'autre part le droit public et le droit privé.

Le droit international régit les rapports de droit dans lesquels intervient un élément étranger. Exemple : Quelle est la loi applicable à un contrat conclu en Hollande et exécuté en France ?

1.2.3 Droit national

La frontière entre droit public et droit privé est souvent incertaine, en raison de l'immixtion de l'État dans les activités privées (interventionnisme économique).

Droit public

Le droit public est l'ensemble des règles organisant l'État et ses démembrements, et régissant les rapports entre la puissance publique et les particuliers.

Le droit public comprend les branches suivantes :

le droit constitutionnel organise les pouvoirs de l'État : Parlement, gouvernement, administration, justice. C'est l'ensemble des règles juridiques relatives aux institutions grâce auxquelles l'autorité s'établit, se transmet ou s'exerce dans l'État ;

le droit administratif réglemente la structure de l'administration et ses rapports avec les particuliers. C'est l'ensemble des règles du droit privé applicables aux personnes publiques ;

le droit fiscal détermine les conditions et le montant de la participation des sujets de droit aux budgets de l'État et des collectivités publiques. Il est lié au droit administratif.

le droit pénal définit les sanctions pécuniaires ou corporelles dont l'État, par l'intermédiaire des tribunaux répressifs, peut frapper l'individu qui transgresse certaines règles de droit.

la procédure pénale organise le déroulement du procès devant les tribunaux judiciaires répressifs (juge de simple police, tribunal correctionnel, Cour d'assises) lorsque sont réunies les conditions des infractions définies par le droit pénal.

Droit privé

C'est l'ensemble des règles régissant les rapports entre particuliers et les personnes morales privées.

Le droit privé se subdivise également en plusieurs branches :

le droit civil est le *droit commun* : il s'applique chaque fois qu'aucune règle particulière ne régit la situation, soit en fonction de la qualité de la personne, soit en considération de la nature des actes.

Le droit civil détermine les droits dont peuvent se prévaloir les personnes privées sujets de droit et les obligations qu'elles doivent, en contrepartie, assumer.

Le droit civil a ainsi vocation à protéger l'individu, la famille et le patrimoine privé, tout particulièrement lorsque celui-ci est constitué de biens fonciers — immeubles et terrains — qui, historiquement et jusqu'au XX^e siècle, ont représenté l'essentiel des fortunes familiales ;

le **droit commercial** comprend les règles applicables aux commerçants et aux activités commerciales et industrielles.

Il ne constitue pas un corps unique et complet des règles s'appliquant au commerce. Il présente de nombreuses lacunes, souvent comblées par le droit civil, droit commun. Il en est notamment ainsi en matière de contrats ;

le **droit social** englobe le *droit du travail* et le *droit des organismes sociaux* (Sécurité sociale, caisses de retraites etc. . .).

les « **droits spécialisés** » sont des branches du droit détachées du droit civil et du droit commercial : droit rural, droit de l'urbanisme et de la construction, droit des assurances, droit des transports, droit comptable, etc. . . ;

le **droit des affaires** regroupe certaines branches du droit, plus spécialement applicables aux entreprises.

1.3 Droit subjectif

Le droit objectif reconnaît aux individus des prérogatives : ce sont les droits individuels ou droits subjectifs ; la personne qui en est titulaire est sujet de droit. Ces prérogatives lui sont attribuées dans son intérêt et lui permettent de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger une prestation d'autrui. Le terme de « personne » nécessite donc une définition juridique¹.

Les droits subjectifs sont multiples et variés : droits sur les biens, droits de la famille, . . . Ils sont classés en *droits patrimoniaux*² et en *droits extra-patrimoniaux*³.

Pour un sujet de droit déterminé, la naissance des droits subjectifs est liée à certains événements ou comportements, reconnus par le droit objectif et qui en constituent les diverses sources : ce sont les *actes juridiques* et les *faits juridiques*⁴.

¹ voir la section 1.4 page 5.

² voir la section 1.5.2 page 6.

³ voir la section 1.5.1 page 6.

⁴ voir la section 4.1.1 page 25 pour les définitions précises.

1.4 Les différentes catégories de personnes

La personnalité juridique est l'aptitude à être titulaire de *droits* et d'*obligations*. Cette aptitude est

inhérente à la personne humaine, c'est-à-dire que toute personne physique en bénéficie de sa naissance à sa mort. Cette aptitude est également reconnue selon des conditions variables aux *personnes morales*.

1.4.1 Personne physique

Ensemble des êtres humains. La personnalité commence à la naissance à condition que l'enfant soit *vivant* et *viable*. Le fœtus n'est pas une personne. *Exceptionnellement*, l'enfant seulement conçu est considéré comme une personne, s'il y a intérêt.

Exemple : le père de l'enfant conçu meurt ; pour éviter que les biens ne passent à d'autres héritiers, on considère que l'enfant a déjà la personnalité et peut hériter.

1.4.2 Personne morale

La personne morale est un groupement organisé qui se voit accorder la *personnalité juridique* afin d'accomplir la tâche qu'il s'est assignée. La personne morale est un sujet de droit. Une personne morale peut être de droit public ou de droit privé.

De droit public

Ce sont :

- Les collectivités publiques (État et les différents ministères, régions, départements, communes) ;
- Les services publics dotés d'une autonomie budgétaire. On distingue établissement public administratif (EPA) et établissement public à caractère industriel ou commercial (EPIC), en fonction de la nature de leur activité. Les EPA sont majoritairement soumis au droit public et les EPIC au droit privé bien qu'ils bénéficient, en tant que personne morale de droit public, de certains privilèges de droit public. Exemples d'EPA : Universités, hôpitaux, le GET. Exemples d'EPIC : EDF, Ifremer. . .
- Les sociétés nationalisées. Ce sont les sociétés anonymes dont l'État est le seul ou le principal actionnaire. Elles sont soumises au droit privé : SNCF . . .

De droit privé

Ce sont :

- les sociétés civiles ou commerciales. Exemples de société civile : professions libérales, activités agricoles. Exemple de société commerciale : I-car.
- les groupements d'intérêt économique (GIE) ont pour objet de « faciliter ou de développer l'activité économique de leurs membres, d'améliorer ou accroître les résultats de cette activité ».(article 1^{er}, ordonnance du 23 septembre 1967).
- les associations. Les membres, les sociétaires « poursuivent un but autre que le partage des bénéfices »(articles 1^{er}, loi du 1^{er}juillet 1901. L'association peut réaliser des bénéfices, mais elle ne doit pas les distribuer aux sociétaires. On distingue trois catégories d'associations : les associations *non déclarées*, qui n'ont pas la personnalité juridique, les associations déclarées à la préfecture qui ont la « petite personnalité »juridique (exemple : EvryOne Multimédia) et les associations reconnues d'intérêt public qui ont une personnalité étendue. La petite personnalité est l'aptitude à acquérir à titre onéreux les seuls immeubles nécessaires au fonctionnement de l'association. La personnalité étendue permet de recevoir des dons et legs, et d'avoir des immeubles.
- les syndicats professionnels, qui ont pour objectif la défense des intérêts professionnels de leurs membres.

1.5 Les droits de la personnalité

1.5.1 Droits extra-patrimoniaux

Ces droits sont attachés à l'individu, sous ses deux aspects physique et moral. Nul ne peut renoncer, les vendre, ou les donner : ils sont *inaliénables*. Aucun créancier ne peut les saisir (*insaisissables*) et ils ne disparaissent pas par le non-usage : ils sont *imprescriptibles*.

Ces droits sont très nombreux et très diverses :

Droit à l'intégrité physique

Le corps humain est protégé contre les atteintes à un tiers, contre l'individu lui-même. Exception faite

dans le domaine de la santé ou scientifique (les opérations chirurgicales, les dons d'organes sont permis).

Droit à l'intégrité morale

- Droit au nom,
- respect de la vie privé (article 9 du code civil) : ce droit permet à tout individu de s'opposer à la divulgation des secrets de son existence,
- droit à l'image. On peut refuser d'être photographié. Si on l'accepte, on peut refuser que notre image soit commercialisée. Dans le cas d'une photo de groupe, le droit à l'image dépend du degré de distinction des traits des personnes. Ce droit concerne également les immeubles,
- droit à l'honneur (contre les diffamations et injures, droit de réponse...),
- droit moral sur les œuvres de l'esprit (livres, tableaux, logiciels) : le droit moral est perpétuel. A ne pas confondre avec les droits intellectuels qui sont eux prescriptibles (généralement 70 ans après la mort de l'auteur).

Le droit moral est conféré à l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique, qui lui confère notamment le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre ainsi que le droit de sa divulgation.

Droits aux libertés

- la liberté d'aller et venir, c'est-à-dire de circuler et de ne pas être emprisonné arbitrairement.
- la liberté d'opinion. C'est les libertés de la communication, (religieuse, enseignement, presse, association). C'est aussi les libertés économiques et sociales. Elles permettent aux personnes d'exercer l'activité de leur choix dans les conditions qu'elles déterminent.

Il y a évidemment des exceptions : les peines de prison, la réglementation de la circulation routière, etc.

1.5.2 Droits patrimoniaux

Le patrimoine peut être défini comme l'aptitude de tout personne à être titulaire de droits et d'obli-

gations évaluable en argent. Le patrimoine est l'expression économique de la personne.

Les droits patrimoniaux sont divisés en *droits réels*, *droits personnels* et *droits intellectuels*.

Droit réel

Le droit réel consiste en une relation juridique entre une personne — le titulaire du droit — et une chose, objet du droit.

On distingue les droits réels principaux :

- le droit de propriété,
- le démembrement du droit de propriété : (usufruit / nue-propriété, droit d'usage, droit d'habitation)

Et on distingue les droits réels accessoires qui garantissent le paiement d'une créance dont ils sont l'accessoire.

Exemple : le *nantissement*. C'est un contrat réel⁵ par lequel, à titre de sûreté, le débiteur confère au créancier la possession d'un bien mobilier, ou immobilier. Ce procédé est souvent utilisé par les entreprises en situation difficile qui versent des acomptes à une banque pour qu'elle avance ensuite des facilités de trésorerie.

Droits personnels

Le droit personnel est le droit qu'une personne peut exercer à l'encontre d'une autre personne. Il crée donc des *obligations*⁶.

Droits intellectuels

L'objet des droits intellectuels est abstrait, immatériel. Il est le résultat de l'activité créatrice de son titulaire. Ce sont aussi bien les *droits sur une clientèle* que les *droits sur une œuvre intellectuelle* : invention technique, création artistique. . .

Les droits intellectuels confèrent à leur titulaire un *monopole d'exploitation* de sa création. Le délai de prescription pour l'exploitation de l'œuvre est généralement de 70 ans après la mort de l'auteur : sa modification doit passer par le consentement des héritiers.

⁵voir la section 4.2.5 page 27 pour la définition d'un contrat réel.

⁶voir 4.1.1 page 25 pour la définition d'une obligation

Les biens corporels sont constitués par le *droit de propriété* sur les choses *matérielles* (corporelles). Les biens corporels sont donc des droits réels. L'air, la lumière ne sont pas des biens car on ne peut se les approprier⁷.

Les biens incorporels sont immatériels : ils ont une existence abstraite. Il existe deux catégories :

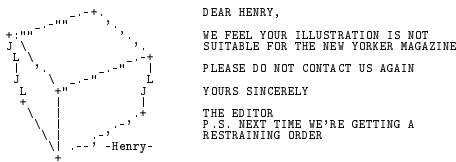
- les droits réels autres que le droit de propriété, qui s'exercent sur une *chose matérielle*,
- les brevets, les marques, les dettes, droits personnels, droits sur une clientèle, fond de commerce, droit d'agir en justice.

Tous les *biens* ne sont donc pas des *choses*.

⁷Voir 5.3.1 page 32 pour une première classification des choses corporelles.

CHAPITRE 2

Les sources du droit



Une source de droit est un organe, une autorité ou mécanisme ayant le pouvoir de créer des règles de droit, c'est-à-dire des règles obligatoires dont le respect sera assuré, si besoin est, par la contrainte étatique.

Les sources du *droit* sont en principe formelles, c'est-à-dire qu'elles sont formulées par un organe créé à cet effet comme la loi par exemple. Mais d'autres éléments contribuent à la formation du droit, comme la jurisprudence, la doctrine que certains classent dans les sources du droit, d'autres leur concédant seulement le titre d'autorité.

2.1 Le droit international

L'ensemble des traités signés par l'ensemble des pays ou simplement bilatéraux représentent les sources du droit international. De plus, beaucoup d'organismes jouent un rôle dans le droit international : ex : l'ONU, l'OMC.

2.1.1 Le droit onusien

Les aspects géopolitiques

L'Organisation des Nations Unies a été fondée le 24 octobre 1945 par 51 pays déterminés à préserver

la paix grâce à la coopération internationale et à la sécurité collective. L'ONU compte aujourd'hui 189 Membres, c'est-à-dire la quasi-totalité des nations du monde.

L'ONU a six organes principaux, dont cinq — l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité, le Conseil économique et social, le Conseil de tutelle et le Secrétariat — se trouvent au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York. Le sixième organe, la Cour internationale de Justice, a son siège à La Haye (Pays-Bas).

le conseil de sécurité est constitué de quinze membres dont cinq permanents. Les membres permanents sont les Etats-Unis, la Russie, la Chine, le Royaume-Uni et la France. Ces derniers possèdent chacun un droit de *veto*. Les dix autres membres sont élus par l'Assemblée générale pour deux ans. Le conseil peut imposer des sanctions économiques à des États, et peut employer une action militaire pour faire appliquer ses décisions.

l'assemblée générale est un parlement des nations qui siège pour examiner les problèmes les plus urgents de l'humanité. Chaque État membre dispose d'une voix.

Mais ce pouvoir est limité car les résolutions adoptées ne sont pas applicables par la force. Elles n'ont qu'une portée morale ou médiatique.

De multiples organisations spécialisées et autonomes sont reliées à l'ONU par des accords spécifiques :

- *l'organisation internationale du Travail (OIT)* élabore des politiques et programmes destinés à améliorer les conditions de travail et les possibilités d'emploi et fixe des normes internationales utilisées par les pays du monde entier dans le domaine du travail. Exemple : interdiction du travail des enfants. . .
- *L'union internationale des télécommunications (UIT)* favorise la coopération internationale en vue d'améliorer les communications, coordonne l'utilisation des fréquences pour la radio et la télévision, encourage l'adoption de mesures de sécurité et organise des travaux de recherche.
- *Le fonds monétaire international (FMI)* facilite la coopération monétaire et la stabilité financière internationales et offre un cadre permanent de consultations, de conseils et d'assistance dans le domaine financier.
- *Organisation mondiale de la santé (OMS)* coordonne des programmes destinés à régler les problèmes de santé et à permettre à tous de parvenir au niveau de santé le plus élevé possible. Ses domaines d'action sont notamment l'immunisation, l'éducation sanitaire et la distribution de médicaments essentiels.

L'ONU et le droit humanitaire

Le droit humanitaire de l'ONU est basé sur la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Voici une petite chronologie :

- 1948** : l'Assemblée générale adopte la déclaration des droits de l'homme qui instaure la liberté de penser, d'opinion, de religion et de propriété.
- 1966** : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, luttant contre les discriminations entre êtres humains.
- 1966** : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

La portée de ces deux pactes est limitée, car ils ne sont pas ratifiés par tous les États.

- 1990** : Déclaration mondiale (et Plan d'action) en faveur de la survie, de la protection et du développement de l'enfant.

2.1.2 L'organisation mondiale du commerce (OMC)

De 1948 à 1994, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) a constitué les règles régissant une grande partie du commerce mondial. Les parties contractantes du GATT (c'est-à-dire la majorité des grandes puissances économiques) ont beaucoup œuvré pour les libertés douanières des marchandises et des biens depuis 1947.

Le principe général de l'OMC, officiellement le sigle de l'Organisation *Multilatérale* du Commerce, est la liberté des échanges. Il lutte donc contre le protectionnisme, la discrimination entre États membres de l'OMC, et pour le droit à l'information.

L'OMC créé en 1995 se base sur ces deux accords généraux : le GATT (pour les marchandises) et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). L'AGCS généralise ce qui s'applique déjà dans le domaine des marchandises et des biens.

L'AGCS porte notamment sur :

- le mouvement de personnes physiques,
- Le transport aérien,
- les services financiers,
- le transport maritime,
- les télécommunications.

L'AGCS permet de libérer l'échange de services, qui représente une très grande part du PIB mondiale. L'OMC a donc un rôle de plus en plus important dans le domaine des services.

Toute une série de protocoles a été mise en place, par exemple en 1997 pour la libération internationale des télécommunications de base.

L'OMC est critiqué sur le plan politique et économique, mais il est efficace sur le plan juridique. En effet le mode de règlement des litiges entre États se fait par voie de consensus.

2.2 Le droit européen

2.2.1 Le conseil de l'Europe

Créé en 1949, le Conseil de l'Europe a pour objectif la protection des droits de l'homme, le renforcement de la démocratie pluraliste, la prééminence du droit, la mise en valeur de l'identité culturelle

européenne dans sa diversité et la recherche de solutions aux grands problèmes de société (minorités, xénophobie, intolérance, protection de l'environnement, drogue, crimes organisés...).

Il compte aujourd'hui 45 pays membres et la coopération qu'il met en place bénéficie à quelques 850 millions d'Européens. La Turquie, la Russie font ainsi parties du conseil de l'Europe.

Le conseil de l'Europe joue un rôle important dans le domaine du droit humanitaire. Ouvert à la signature en 1950, et entrée en vigueur en 1953, la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales s'impose à tous les pays membres.

Cette convention européenne établit :

- le droit à la vie, d'où l'interdiction de la peine de mort en temps de paix,
- la liberté de pensée, d'opinion, d'expression et de religion,
- l'interdiction des actes de tortures et de barbarie,
- le droit à la propriété,
- droit à la famille, au regroupement familial,
- droit à la vie privée¹.

Cette convention est appliquée, et applicable.

2.2.2 L'Union Européenne

Le traité de Rome du 25 mai 1957 a institué la Communauté Economique Européenne. Les traités de Maastricht des 9 et 10 décembre 1991 doivent réaliser l'union politique, économique et monétaire de la Communauté Européenne (CE), sous le nom d'Union Européenne (UE).

Ces traités ont entraînés un transfert partiel de souveraineté, principalement dans le domaine monétaire et économique pour l'instant. Ils ont été complétés par le traité d'Amsterdam.

L'UE comprend actuellement 25 États membres. Elle est régie par des institutions politiques et administratives qui élaborent des textes de droit communautaire et par des institutions judiciaires propres.

Les institutions

L'Union européenne est dotée de cinq institutions, qui jouent chacune un rôle spécifique :

1. Le Parlement européen (directement élu par les citoyens des Etats membres) ;
2. Le Conseil de l'Union européenne (le représentant des gouvernements des Etats membres) ;
3. La Commission européenne (le moteur de l'Union et son organe exécutif) ;
4. La Cour de justice (la garantie du respect de la législation) ;
5. La Cour des comptes (l'organe de contrôle de l'utilisation correcte et légale du budget de l'Union).

Le *Conseil européen* réunit 2 fois par an des chefs de gouvernement et occasionnellement d'État, et les ministres des affaires étrangères. Il détermine les grandes orientations de l'UE.

La *Commission* est formée de commissaires désignés par les Etats et de fonctionnaires. La Commission est indépendante des pays membres. Il existe plusieurs directions spécialisées par domaine. Elle a l'initiative des textes communautaires (directives, règlements).

Le *Parlement* représente les peuples de l'union européenne, il est composé de membres élus au suffrage universel direct, dans chaque pays membre. Le nombre de députés par pays est proportionnel au poids démographique. Le Parlement vote le budget de l'UE.

Les textes du droit communautaire

On peut distinguer différents textes.

Le règlement est une source du droit obligatoire à portée générale, qui s'impose dès la parution du journal officiel de la communauté européenne à tous les États membres (exemple : les prix agricoles). Les règlements sont surtout utilisés dans le droit de la concurrence.

La directive est une source du droit obligatoire pour tous les Etats membres. Elle impose aux États membres un but à atteindre dans un délai donné : elle doit être traduite dans le droit national (loi, décret...), (exemple : la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives). Les directives sont plus utilisées que les règlements surtout dans le domaine des nouvelles technologies : droit intellectuel, télécommunications et commerce électronique.

¹ Tous ces droits sont des droits extra-patrimoniaux, voir la section 1.5.1 page 6

La décision est une source du droit obligatoire s'appliquant à une ou plusieurs personnes, notamment dans le droit à la concurrence. Elle peut s'imposer à un État ou à une société commerciale. Exemple : Microsoft a payé une amende par décision.

Les textes communautaires sont élaborés selon deux procédures. Le début est identique pour chacune de ces procédures. La commission fait une proposition, qui est examinée par le conseil des ministres. Puis le parlement est consulté, et la Commission peut amender la proposition. Enfin cette proposition est réexaminée par le Conseil des Ministres, débouchant sur un règlement ou une directive dans le cas d'une procédure par consultation. Dans la procédure de coopération, des étapes supplémentaires apparaissent, en passant une nouvelle fois par le Parlement, la Commission, et le Conseil des Ministres.

2.3 Le droit national

2.3.1 La Constitution

La Constitution est une organisation du pouvoir public et résulte d'un système de valeurs propre à chaque pays incluant un angle politique et juridique.

En France, la V^e république, déclarée en 1958, introduit une nouvelle Constitution. La Constitution, norme suprême du système juridique français, a été modifiée à dix-sept reprises depuis sa publication par le pouvoir constituant, soit par le Parlement réuni en Congrès, soit directement par le peuple à travers l'expression du référendum. La Constitution détermine la composition et les compétences des trois pouvoirs publics législatif, exécutif et judiciaire, ainsi que leurs relations.

En France, le pouvoir le plus important est l'exécutif. Le pouvoir exécutif comprend le Président de la République et le Gouvernement représenté par le premier ministre. Ils possèdent chacun des pouvoirs différents, mais d'égale importance.

Le pouvoir législatif est incarné par le Parlement. Le Parlement est constitué de l'Assemblée nationale et du Sénat. L'Assemblée nationale seule contrôle l'action du pouvoir exécutif et peut le renverser.

La Constitution française introduit certaines valeurs fondamentales comme :

- le caractère indivisible de la République
- la laïcité (article 1^{er} de la Constitution)

D'autres textes sans être la Constitution jouent un rôle constitutionnel :

- La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en août 1789, d'inspiration plutôt libérale,
- le préambule de la Constitution de 1946 incluant des valeurs sociales apparues après la seconde guerre mondiale.

Préambule de la Constitution

« Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-Mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.

Art. 1. - La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. »

2.3.2 La loi

Les sources écrites du droit sont les lois.

Au sens large, la loi englobe tous les textes formulés par le pouvoir législatif et par le pouvoir réglementaire.

Au sens strict, la loi est l'acte qui émane du pouvoir législatif, conformément aux règles établies par la Constitution (loi ordinaires).

La loi est définie par l'article 34 de la Constitution en précisant les champs d'application de la loi, comme les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice

des libertés publiques, ou encore les principes fondamentaux du droit du travail, de l'enseignement, de la Défense Nationale. . .

Article 34 de la Constitution

Art. 34. - « La loi est votée par le Parlement.

La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales;
- la création de catégories d'établissements publics;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense Nationale;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources;
- de l'enseignement;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmes déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique. »

Élaboration de la loi

Art. 39. - « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier Ministre (*projet de loi*) et aux membres du Parlement (*proposition de loi*).

Les projets de loi sont délibérés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. Les projets de loi de finances sont soumis en premier lieu à l'Assemblée Nationale. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des Français établis hors de France sont soumis en premier lieu au Sénat. »

Art. 44. 1^{er}alinéa - « Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement. »

Il y a très peu de proposition de lois car il faut l'accord nécessaire du gouvernement.

La procédure d'élaboration de la loi comprend les étapes suivantes :

- Dépôt du projet ou de la proposition de loi sur le bureau d'une des deux Assemblées;
- discussion en séance publique du texte et des modifications (amendements) qui sont proposés;
- vote du texte (ou rejet) par l'une des assemblées;
- transmission à l'autre assemblée qui peut adopter le texte, le modifier, le rejeter;

- si la deuxième assemblée modifie le texte, celui-ci revient devant la première, qui vote un nouveau texte renvoyé au deuxième, et ainsi de suite : c'est *la navette* ;
- il est mis fin à la navette par la création d'une commission paritaire mixte, formée de sept députés et de sept sénateurs, qui peut établir un texte de conciliation ;
- en cas d'échec de la commission paritaire mixte, ou si le texte de conciliation ne recueille pas l'adhésion des deux assemblées, c'est l'Assemblée nationale qui statue définitivement.

Art. 41. - « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours. »

Le Conseil Constitutionnel a pour mission de contrôler la conformité des lois à la Constitution. Il est garant de l'État de droit. Le conseil est constitué de neuf membres nommés :

- trois par le Président de la République,
- trois par le Président de l'Assemblée nationale,
- trois par le Sénat.

À ces membres s'ajoutent les anciens Présidents de la République qui sont membres de droit.

Si le Conseil Constitutionnel juge le texte conforme, alors ce texte sera promulgué par le président de la République dans les 15 jours. S'il n'est pas conforme, le gouvernement reprend entièrement l'article.

Équilibre des pouvoirs entre le Parlement le Gouvernement

Art. 49. - « Le Premier Ministre, après délibération du Conseil des Ministres, engage devant l'Assemblée Nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale.

L'Assemblée Nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée Nationale. Le vote ne peut

avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des membres composant l'Assemblée. Sauf dans le cas prévu à l'alinéa ci-dessous, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session extraordinaire.

Question de confiance : Le Premier Ministre peut, après délibération du Conseil des Ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée Nationale sur le vote d'un texte. Dans ce cas, ce texte est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent.

Le Premier Ministre a la faculté de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale. »

Le Conseil d'État

Le Conseil d'État est conseiller du gouvernement. Il examine les projets de loi et d'ordonnance, avant que ceux-ci ne soient soumis au Conseil des ministres, ainsi que les projets de décret en Conseil d'État. Le Conseil d'État émet un avis sur la régularité juridique des textes, sur leur forme et sur leur opportunité administrative. Il peut par ailleurs être consulté par le gouvernement sur toute question ou difficulté d'ordre juridique ou administratif. Il indique au gouvernement quels sont, parmi les projets de textes communautaires, ceux qui touchent à des questions législatives et doivent en conséquence être transmis au gouvernement.

Le Conseil d'État comprend quatre sections administratives, chacune ayant un champ de compétence comprenant plusieurs ministères :

1. section de l'intérieur,
2. section des finances,
3. section des travaux publics,
4. section sociale.

Le Conseil d'État adresse chaque année au Président de la République un rapport public, qui énonce notamment les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif, qu'il propose au gouvernement.

L'ordonnance

Le Gouvernement peut, parfois, se trouver confronté à la lenteur législative, préjudiciable à l'exécution de son programme. Dans ce cas, il peut demander au Parlement de voter une loi d'habilitation qui l'autorise à légiférer dans des domaines qui sont normalement de la compétence parlementaire.

Art. 38. - « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

Exemple : la réforme de la SECU par le premier ministre Raffarin (finalement abandonnée et engageant donc une discussion devant l'Assemblée Nationale et le Sénat).

2.3.3 Le règlement

Le règlement est défini par l'article 37 de la Constitution. Ce qui ne relève pas de la loi relève du règlement. Les règlements comprennent des textes d'origine gouvernementale et législative. Les règlements sont plus détaillés que les lois normalement, de moins en moins cependant.

Elle prennent la forme de décrets pris par le premier ministre le plus souvent ou le Président de la République. Les décrets sont soit adoptés en conseil des ministres, soit en Conseil d'État. L'examen par le Conseil d'État n'est pas obligatoire. Les décrets sans examen sont des décrets simples. Ceux qui ont été examinés avec un avis favorable ont plus de valeur juridique que les décrets simples.

Art. 37. - « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. »

2.3.4 La jurisprudence

Le mot jurisprudence a pour origine étymologique le mot latin *jurisprudentia* (« prudence du droit »). Connaissance avisée, réfléchie, sage du droit justifiant, à l'occasion une activité de consultation.

Ce mot a actuellement plusieurs définitions. La jurisprudence peut être :

1. l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux du pays ;
2. l'ensemble des décisions rendues pendant une certaine période dans une certaine matière.
3. une solution apportée par une juridiction à une question juridique discutée et qui, en raison de l'autorité morale de la juridiction considérée et/ou de la qualité du raisonnement juridique conduit, est reprise par les autres juridictions ou considérée comme devant l'être ;
Si cette influence est incontestée, la reconnaissance de la jurisprudence comme source de droit suscite des discussions, nombreux sont ceux qui la qualifient seulement d'autorité (notamment en raison du principe de séparation des pouvoirs).
4. une tendance des tribunaux à trancher une question toujours dans le même sens.

Le rôle de la jurisprudence est d'interpréter et de combler les lacunes des lois. Un tribunal judiciaire peut proposer une interprétation un texte de loi compliqué et posant problème dans son application. D'ailleurs, une décision prise par les tribunaux peut être à l'origine d'une loi. Les décisions de la Cour de cassation font autorité dans le domaine de la jurisprudence. Des *revirements* de jurisprudence arrivent fréquemment, car les mœurs et les mentalités évoluent. De plus, la jurisprudence n'a pas de *caractère général*.

2.3.5 La coutume

La coutume est une règle de droit non écrite :

- qui se dégage lentement et spontanément des faits et des pratiques habituellement suivis dans un milieu social donné ;
- qui devient obligatoire indépendamment de toute intervention expresse ou approbation, même tacite, du législateur.

Le domaine de la coutume est restreint en droit français. La coutume joue un rôle à *défaut* de réglementation légale.

Exemple : La femme porte le nom patronymique du mari.

Quelques rares usages ont lieu dans le domaine commercial qui sont contraire à une loi civile.

2.3.6 Les usages de fait

Ce sont des pratiques contractuelles souvent spéciales à une région ou à une profession ; on les trouve principalement en matière commerciale : contrats types, clauses habituelles insérées dans un contrat de manière constante et généralisée.

Par exemple, dans un contrat de vente, la marchandise livrée n'est pas conforme à la commande : l'acheteur bénéficie d'un certain délai, qui varie selon le secteur professionnel, pour présenter sa réclamation au fournisseur. En l'absence de toute clause expresse, les parties vont se référer à l'usage.

2.3.7 La doctrine

La doctrine peut avoir plusieurs significations :

1. Ensemble des opinions exprimant la pensée juridique de ceux qui travaillent sur le droit (universitaires, magistrats, praticiens).
2. Ensemble des auteurs exprimant leur pensée juridique.
3. Solution généralement prônée sur une question juridique qui n'est pas clairement tranchée par la loi ou la jurisprudence.
4. Proposition ou analyse particulière d'une question juridique (utilisé dans ce sens, le terme doctrine est suivi d'une précision, soit le nom de l'auteur, chef de file de ce courant, soit un qualificatif reflétant le contenu de la proposition avancée).

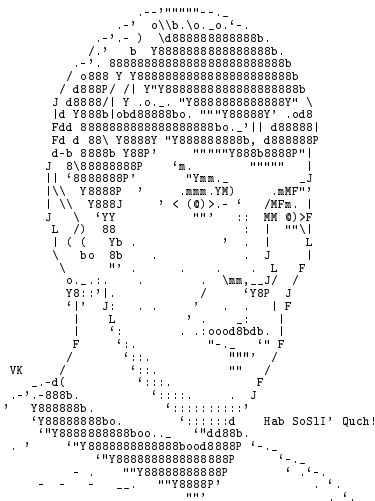
C'est donc l'ensemble des textes sur le droit par des spécialistes du droit, avec des commentaires sur les jurisprudences et publiées dans les revues savantes. S'il existe un vide juridique, ou une obsolescence de certaines règles de loi, les idées émises par les savants sont reprises par les législateurs. Elle assure le progrès du droit et joue un grand rôle dans la recherche. La thèse d'un doctorant en droit doit s'appuyer sur la jurisprudence ou la doctrine.

2.3.8 La pratique

Le rôle des praticiens —notaires, avocats— est d'aider les particuliers à résoudre les difficultés d'ordre juridique qu'ils rencontrent. Ils interviennent comme conseil ou comme défenseur. Ils créent indirectement des règles de droit dans la mesure où les clauses et formules utilisées dans leurs actes finissent par devenir des clauses de style adoptées par tous (à titre d'usage).

CHAPITRE 3

Les juridictions



Une juridiction est un organe doté du pouvoir de trancher un litige, ou qui a pour mission de rendre la justice. C'est aussi l'ensemble de tribunaux dotés du même type de pouvoir juridictionnel déterminé soit en raison de leur *compétence* matérielle, soit en raison de leur *ressort* territorial (exemple : conflit de juridictions).

3.1 Le niveau international

3.1.1 Cour de justice de la Haye

La Cour internationale de Justice (CIJ), qui a son siège à La Haye, est l'organe judiciaire principal de

l'Organisation des Nations Unies. La Cour a une double mission :

1. régler conformément au droit international les différends d'ordre juridique qui lui sont soumis par les États,
2. donner des avis consultatifs sur les questions juridiques que peuvent lui poser les organes ou institutions autorisés à le faire.

Compétences en matière de droit humanitaire

Il existe une cour pénale internationale compétente à l'égard des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Cette cour pénale a été mise en place, bien que le texte de l'ONU de 1998 ne soit pas ratifié par les États-Unis. Le tribunal pénal international juge les crimes de l'ex-Yougoslavie et ceux commis au Rwanda.

3.2 Le niveau européen

3.2.1 Conseil de l'Europe

Tout État contractant (*requête étatique*) ou tout particulier s'estimant victime d'une violation de la Convention des droits de l'Homme (*requête individuelle*) peut adresser directement à la Cour de Strasbourg une requête alléguant une violation par un État contractant de l'un des droits garantis par la Convention.

3.2.2 Union européenne

La Cour de justice des communautés européenne et le tribunal d'instance ont été créées en même temps que le traité de Rome.

Instituée en 1952 par le Traité de Paris, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), située au Luxembourg, est une institution juridictionnelle qui veille au respect du droit communautaire :

- applicabilité directe du droit communautaire dans les Etats membres ;
- primauté du droit communautaire sur le droit national. Les sociétés commerciales ou des personnes physiques peuvent saisir la cour de justice.

Tribunal de première instance

C'est la juridiction compétente pour se prononcer en première instance sur les recours en annulation, en carence, en réparation introduits par des personnes physiques ou morales (particuliers ou entreprises) contre la Communauté européenne.

Le procès de Microsoft : La commission européenne a condamné pour abus de position dominante Microsoft qui a saisi la Cour de Justice des Communautés Européennes.

3.3 Le niveau national

Rendre la justice est l'une des fonctions de l'État prévue par la Constitution : « l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ». Les principes généraux qui régissent l'organisation judiciaire tendent à garantir aux justiciables une justice indépendante, fiable, égale pour tous : l'idéal voudrait qu'elle soit aussi rapide et totalement gratuite.

La distinction entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire est la conséquence du principe de la séparation des pouvoirs : l'exécutif (l'administration) ne peut donner des ordres au pouvoir judiciaire et inversement, le judiciaire ne saurait sanctionner ni critiquer les actes du pouvoir exécutif.

3.3.1 Les juridictions judiciaires

Ces juridictions sont de deux types : elles sont civiles ou répressives.

Ordre civil :

On peut saisir un tribunal de l'ordre civil si on a subi un préjudice. On demande alors une réparation sous forme de dommage et intérêt. Il règle donc des litiges entre particuliers auxquels le droit privé est applicable. Entre ces différentes juridictions, les procès sont répartis en application des *règles de compétence*. Il y a deux types de tribunaux civils :

1. Le tribunal de *grande instance* est compétent en droit commun, dans les affaires de nationalité, de droit de la famille et de propriété individuelle. Il est constitué de 3 magistrats au minimum. La présence de l'avocat est obligatoire.
2. Les tribunaux d'exception sont essentiellement les tribunaux d'instance, les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes. Ils sont compétents dans les matières expressément prévues par un texte.

Le tribunal *d'instance* est compétent pour les petites affaires civiles de montant inférieur à 7600 euros. Les jugements sont rendus par un juge unique, nommé par l'État, qui a pour mission de concilier les deux parties. La présence de l'avocat est facultative.

Le tribunal de *commerce* est constitué de magistrats non professionnels élus par les commerçants et juge les litiges entre commerçants.

Le conseil des *prud'hommes* est élu pour moitié par les employeurs, et moitié par les salariés. Il règle des affaires individuelles et collectives liées au droit du travail, et aux licenciements.

Ordre pénal

Les juridictions répressives ont pour fonction de punir les individus coupables d'infractions, en les condamnant à des peines, corporelles et pécuniaires.

On distingue :

- Les juridictions d'instruction qui comprennent les juges d'instruction et la chambre d'accusation,
- les juridictions de jugement, (tribunal de simple police, tribunal correctionnel, Cour d'assises, chambre des appels correctionnels et chambre criminelle de la Cour de cassation).

Les juges d'instruction réunissent les preuves, prennent des ordonnances de mise en liberté provisoire ; de non-lieu ; de renvoi devant la juridiction de jugement.

Le tribunal de *police* est compétent pour les contraventions avec dispense d'avocat. Il est constitué d'un magistrat. Il juge surtout les infractions du code de la route. Ce tribunal correspond au tribunal d'instance dans l'ordre civil.

Le tribunal *correctionnel* juge les délits. Il est au même niveau que le tribunal de grande instance. Il peut prononcer des peines d'amendes et d'emprisonnement.

La *Cour d'assises* est constituée de magistrats et de jurés et juge les crimes.

Possibilité de faire appel devant la juridiction judiciaire

Si une personne n'est pas satisfaite par la juridiction du premier degré, elle peut faire appel, ce qui rend la décision non applicable pour les jugements rendus dans l'ordre civil ou pénal. On dit encore « suspensif d'exécution ».

Les cours *d'appels* sont constituées de chambres spécialisées : affaires civiles, commerciales, sociales, pénales. Elles sont constituées de magistrats professionnels. L'assistance d'un avoué est obligatoire dans la plupart des affaires.

Si l'appel n'est pas satisfaisant on saisit la *Cour de cassation*, qui occupe le sommet de la hiérarchie des juridictions. La Cour de cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction, car elle ne juge pas le fond du procès. Son rôle est de juger la conformité des décisions aux règles de droit : elle recherche si les jugements et arrêts qui lui sont soumis présentent un vice de forme ou de procédure, ou s'il a été fait une fausse application de la loi. La Cour de cassation est « juge du droit et non du fait ».

Le déroulement du pourvoi en cassation est complexe. Le pourvoi formé contre une décision définitive est porté devant la chambre spécialisée de la Cour de cassation, qui peut :

- le rejeter, si la décision est conforme au droit ;
- casser la décision et renvoyer l'affaire devant une cour d'appel.

La cour de renvoi peut :

- soit s'incliner devant la Cour de cassation : l'affaire est terminée ;

- soit statuer dans un sens différent : les plaideurs peuvent former un nouveau pourvoi.

Celui-ci est porté devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, qui peut

- rejeter le pourvoi : la décision de la Cour de renvoi est définitive ;
- casser et renvoyer devant une autre cour d'appel qui doit s'incliner devant la Cour de cassation ;
- trancher l'affaire sans renvoi.

Les juges de proximité

Le juge de proximité, doté de compétences en matière civile et pénale, s'insère dans l'appareil judiciaire notamment aux côtés des juges d'instance. La loi du 9 septembre 2002 a créé des juges de proximité afin de « désengorger la justice » selon les termes du Président de la République, Jacques Chirac. Nommés pour 7 ans non renouvelables, les juges de proximité ont pour fonction principale de régler les litiges courants et les infractions les moins graves. Ils interviennent en matière civile et pénale.

En matière civile, les juges de proximité sont chargés de régler les litiges du quotidien ne dépassant pas 1500 euros, par exemple des conflits de voisinage ou des actions en paiement d'une somme.

En matière pénale, les juges de proximité peuvent également intervenir par exemple pour juger les infractions les moins graves (contraventions des 4 premières classes) : bruit, tapage nocturne, sécurité routière... Le juge de proximité ne peut prononcer de peines d'emprisonnement, même avec sursis.

Ces juges sont principalement des anciens magistrats retraités entre 65 et 75 ans. Les avocats peuvent également devenir juges de proximité. Ils jugent alors dans une autre circonscription, afin d'éviter les conflits d'intérêts, c'est-à-dire d'être à la fois juge et parti. Les juristes d'entreprises avec des diplômes et une grande expérience professionnelle peuvent également devenir juge de proximité.

3.3.2 La juridiction administrative

En principe, le juge administratif est compétent lorsque l'action est dirigée :

- contre une personne administrative,

- contre une personne privée gérant un service public ou utilisant des prérogatives de la puissance publique.

La hiérarchie des juridictions administratives comprend :

- en premier degré les tribunaux administratifs et le Conseil D'État,
- en second degré les cours administratives d'appel et le Conseil d'État,
- en cassation : encore le Conseil d'État.

Remarque : l'appel n'est pas suspensif d'exécution.

Il existe deux formes de contentieux :

- le contentieux de pleine juridiction, contentieux indemnitaire (cassation au Conseil d'État),
- le contentieux de l'excès de pouvoir : contentieux de l'annulation.

La parole n'est donnée aux justiciables que si le président du tribunal demande des précisions, à la différence de la juridiction judiciaire.

Le Conseil d'État est l'échelon suprême de la juridiction administrative, qui juge les litiges entre les particuliers et l'administration. Il est le juge de cassation des arrêts des cours administratives d'appel et des juridictions administratives spécialisées. Il juge en premier et dernier ressort les recours dirigés notamment contre les décrets, les actes des organismes collégiaux à compétence nationale ainsi que le contentieux des élections régionales et de l'élection des représentants français au Parlement européen. Il est compétent en appel pour les contentieux des élections municipales et cantonales, des reconduites à la frontière.

Premier corps de l'État, le Conseil d'État comprend environ 300 membres dont les deux tiers

sont en activité au sein du Conseil et un tiers à l'extérieur. Le recrutement des membres du Conseil d'État se fait de deux façons :

1. Par concours. Cinq à sept postes d'auditeurs sont proposés chaque année aux élèves qui achèvent leur scolarité à l'École nationale d'administration (ENA).
2. Par le tour extérieur. Un maître des requêtes sur quatre est nommé par le gouvernement. Les intéressés doivent être âgés de 30 ans au moins et avoir accompli 10 ans de service public. Un conseiller d'État sur trois est nommé selon la même procédure, avec pour seule condition celle d'être âgé d'au moins 45 ans.

Le tribunal des conflits est une haute juridiction qui a pour mission de résoudre les conflits de compétence entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif.

Le tribunal des conflits se prononce :

- lorsqu'une juridiction administrative et une juridiction judiciaire veulent juger le même procès (conflit positif) ;
- lorsqu'une juridiction administrative et une juridiction judiciaire se déclarent toutes les deux incompétentes et refusent de juger un procès (conflit négatif) ;
- lorsque les tribunaux de l'ordre administratif et judiciaire ont pris sur la même affaire des décisions contradictoires.

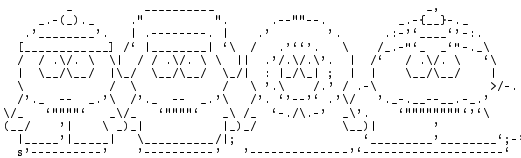
Le tribunal des conflits est composé de 8 juges :

- 3 sont nommés par le Conseil d'État ;
- 3 sont nommés par la Cour de cassation ;
- 2 sont nommés par les 6 autres juges, ainsi que 2 suppléants.

Deuxième partie

Les contrats

-



4.1 Définitions

4.1.1 l'article 1101 du code civil

Une convention est un accord de volontés ayant pour effet de créer, de modifier, de transmettre ou d'éteindre un droit subjectif.

« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

Le contrat est donc un acte juridique bilatéral. Un acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. (par exemple le legs, le testament, le contrat). Les personnes liées par un acte juridique sont appelées parties. Le fait juridique est un événement indépendant de la volonté susceptible de produire des effets de droit. (par exemple : la naissance, un accident) Le contrat fait naître des obligations. Une obligation est le lien de droit entre deux personnes en vertu duquel l'une d'entre elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, l'exécution d'une prestation de faire, de ne pas faire, ou de donner.

- le créancier a droit à une créance,

- le débiteur a une dette.

Comment se situe le contrat par rapport à la loi ?

le contrat peut déroger à la loi quand elle est supplétive, mais pas quand elle est impérative.

Dans le cas du droit de la succession :

- loi supplétive : les cousins en l'absence d'enfants succédant.
- loi impérative : « la part réservataire ». Il existe une part d'héritage qui doit aller aux enfants.

Les droits des contrats dans les marchés publics : le sous-traitant signe souvent des contrats. Le paiement direct par les sous-traitants est une loi impérative.

4.1.2 Personne

Article 1123 du Code civil : « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

Les personnes physiques et les personnes morales ont la capacité de contracter. C'est le représentant légal de la personne morale ou toute personne physique dûment mandatée qui conclut le contrat pour le compte de la personne morale.

4.1.3 Obligation

La classification des obligations est effectuée en fonction de :

L'objet :

obligation de donner : Elle contraint le débiteur à transférer la propriété en livrant la chose promise tout en la conservant jusqu'au moment de la livraison.

obligation de faire : Le débiteur est contraint d'accomplir au profit du créancier un fait positif : exécuter un travail, une livraison. . .

obligation de ne pas faire : Au contraire de la précédente, cette obligation contraint le débiteur à une abstention. Exemple : le vendeur d'un fond de commerce s'engage à ne pas réinstaller un commerce analogue dans un certain périmètre du point de vente.

La bonne foi est un comportement honnête et loyal que doit notamment adopter toute partie à une acte juridique à l'égard des autres parties. Ce qui implique une obligation d'information réciproque. L'obligation de bonne foi est renforcé dans les contrats informatiques :

- Le prestataire, le fournisseur a une obligation de conseil, d'information sur les caractéristiques des fournitures, des prestations et des prix. Il a également une obligation de mise en garde;
- le client doit donner l'expression de ces besoins, sous forme de cahier des charges.

La source

Obligations légales : Elles sont voulues par le législateur. Exemple : l'obligation alimentaire.

Obligations contractuelles : Elles sont voulues par les parties.

Obligations délictuelles : Elles ne sont pas volontaires et résultent d'un dommage causé à autrui.

Distinction entre l'obligation de moyen et l'obligation de résultat :

Le client a toujours intérêt à ce qu'il existe une obligation de résultats. Le prestataire a toujours intérêt à ce qu'il existe une obligation de moyens.

Obligation de moyen : Le débiteur n'est pas tenu d'un résultat précis mais doit tout mettre en œuvre pour exécuter son obligation avec prudence et diligence.

Exemple : le médecin s'engage à tout mettre en œuvre pour exécuter son obligation avec prudence et diligence. Le malade qui estime que l'obligation n'a pas été respectée devra prouver que le médecin a commis une faute.

Obligation de résultat : Le débiteur est tenu à un résultat précis. Exemple : l'obligation du transporteur. Le créancier qui estime que l'obligation n'a pas été remplie devra seulement prouver que le résultat n'a pas été atteint (inexécution).

4.2 Distinctions entre contrats**4.2.1 En fonction des obligations****Contrat unilatéral**

Les obligations sont à la charge d'une seule personne. Exemple : la donation.

Dans le cas de la donation il faut un accord des deux personnes, mais l'obligation pèse sur celui qui donne l'argent (s'il existe une petite contrepartie, on parle de contrat unilatéral imparfait).

Contrat synallagmatique ou bilatéral

Les obligations sont réciproques. La plupart des contrats sont synallagmatique. Il y a obligation de prestation ou de fournir quelque chose pour une partie, et obligation de payer pour l'autre partie. Exemple contrat de vente.

Contrat à titre onéreux

Chacune des parties doit donner ou faire quelque chose. Exemple : le contrat de vente, de louage.

Contrat à titre gratuit

L'une des parties procure à l'autre un avantage sans contrepartie. Exemple : contrat de bienfaisance, donation.

Contrat commutatif

Chacune des parties connaît dès la conclusion du contrat l'importance des prestations réciproques.

Contrat aléatoire

La prestation due par l'une des parties dépend d'un événement incertain. Exemple : contrat de rente viagère, le contrat d'assurance.

4.2.2 En fonction de la durée**Contrat à exécution instantané**

Contrat qui met à la charge des parties une prestation unique qui se réalise en un trait de temps, immédiatement. Par exemple : le contrat de vente, paiement lors de la livraison en une seule fois.

Contrat à exécution successive

: il met à la charge des parties des obligations à renouveler dans la temps. Ex : le contrat de travail, de location. Ce type de contrat se subdivise en :

- contrat à exécution successive à durée déterminée, où la rupture n'est pas autorisée avant l'échéance du contrat,
- contrat à exécution successive à durée indéterminée.

4.2.3 Contrat verbal et contrat écrit

Certains contrats sont forcément écrits, par exemple la vente immobilière.

Dans les contrats commerciaux, ce n'est pas obligatoire mais il est généralement écrit pour prouver qu'il y a un contrat.

4.2.4 En fonction de la réglementation**Contrat nommé :**

La loi prévoit une dénomination propre : le contrat est soumis à une réglementation particulière. Exemple : la vente, le louage, le mandat, le prêt.

Contrat innommé :

Le contrat est mis au point par les parties, il n'est pas soumis à une réglementation spécifique. Exemple : contrat d'édition, contrat de déménagement.

4.2.5 En fonction de la forme**Contrat consensuel**

Sa formation est acquise par le simple échange des consentements sans recours à une formalité. La majorité des contrats sont consensuels.

Contrat solennel

Sa formation est subordonnée à certaines formalités. Il s'agit généralement de la réaction d'un écrit ou d'un acte notarié. Exemple : convention collective de travail, donation, contrat de mariage, achat ou vente de biens immobiliers.

Contrat réel

Sa formation dépend de la remise d'une chose. Exemple : le contrat de dépôt, le contrat de prêt.

4.2.6 Contrat de gré à gré, contrat d'adhésion

Voir la section 5.2.1 sur la constitution du contrat à la page 30.

4.2.7 Quelques types de contrats**Le contrat civil**

Il est passé entre deux personnes civiles (personnes ou sociétés). Exemple : l'achat d'appartement. Le tribunal de grande instance est compétent pour ce type de contrat.

Le contrat commercial

Il est passé entre deux commerçants. En cas de litige, toutes les preuves sont admises, contrairement au contrat civil, où il faut des preuves écrites.

Le contrat administratif

Contrat passé entre deux personnes publiques ou entre une personne publique et une personne privée. Dans ce cas, l'objet du contrat doit être l'exécution d'une mission de service public. Le juge compétent est alors le juge administratif.

Marché public

C'est un contrat administratif conclu entre une personne publique et une entreprise privée. L'entreprise doit fournir des biens ou des services et la personne publique doit payer le prix. Le choix du titulaire est réglementé par le Code des marchés publics (nouveau depuis 2004) qui prévoit des règles de mise en concurrence.

Le contrat de vente

L'article 1582 du code civil : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer ».

trois éléments essentiels caractérisent la vente :

- la chose,
- le prix (déterminé ou déterminable sans nouvel accord des parties),
- le transfert de propriété.

Le vendeur doit délivrer la chose et assurer la garantie des vices cachés : la chose vendue ne doit pas comporter de défaut caché la rendant impropre

à l'usage prévu.

Le contrat d'entreprise

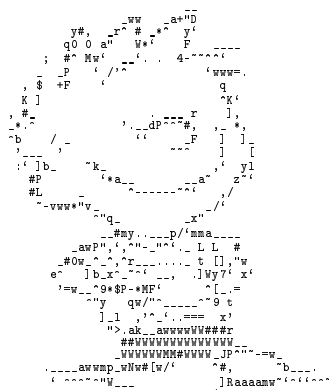
Selon la Cour de Cassation, le contrat d'entreprise se définit comme : « la convention par laquelle une personne s'oblige contre rémunération à exécuter un travail de façon indépendante et sans représenter son contractant ».

Le maître de l'ouvrage est celui qui commande le travail. L'entrepreneur est celui qui exécute le travail. Exemple : entrepreneur de bâtiment, teinturier.

Le prix est un élément important du contrat mais contrairement au contrat de vente, le contrat d'entreprise est valable bien que le prix n'ait pas été fixé par les parties. Le juge peut fixer « la rémunération des prestations fournies ».

La garantie des vices cachés est assurée selon des conditions différentes de la vente. (après négociations) (exemple achat d'un appartement la convention collective dans le cadre du travail. (salariés/employeurs)

Formation et conditions de validité des contrats



Édictées par le Code civil pour les conventions (art. 1108 et suivant), et généralisées par la jurisprudence à tous les actes juridiques, les conditions de validité sont, *toujours* : la volonté, la capacité, l'objet, la cause, et *parfois* la forme.

5.1 L'autonomie de la volonté

Principe suivant lequel la volonté a le pouvoir de se donner sa propre *loi* ; en relation avec l'*individualisme* libéral du XIX^e siècle : l'homme est libre, donc ne peut être engagé que par un acte de volonté libre (article 1134, alinéa 1 du Code civil).

5.1.1 L'article 1134 du Code civil

Le principe de la force obligatoire :

Article 1134 du code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

5.1.2 Les principes

Le principe de la liberté des contrats : A condition de respecter les réserves précédentes, les parties sont libres de contracter comme elles l'entendent.

Principe de l'effet relatif des contrats

Article 1165 du Code civil.

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Cependant, elles ne doivent pas nuire aux tiers ... ».

5.2 Les conditions subjectives de formation du contrat

5.2.1 Le consentement

Définition

Le consentement est une manifestation de volonté par laquelle une personne s'engage dans un acte juridique. Dans un contrat, l'échange des consentements se caractérise par la rencontre de l'*offre* et de l'*acceptation*.

Représentation

Il peut être donné, soit personnellement, soit par l'intermédiaire du représentant légal de la personne.

L'offre se signale par *une signature*. Elle peut être manuscrite ou électronique.

La signature électronique n'était utilisée que dans certains États américains. Ce type de signature est valable depuis que la CNUDCI (Commission des nations unies pour le droit commercial international) a sorti une loi type portant sur l'utilisation de la signature électronique en 1990, et que l'Union Européenne établie une directive en 1999. L'État fédéral des États-Unis lui donne validité en juin 2000.

En France, la loi du 13 mars 2000 rend valable son utilisation s'il y a usage de cryptologie par un prestataire de services de certification et la certitude de validité. L'origine de la signature ne doit pas faire de doute et les conditions de sécurité doivent être respectées. Le décret d'application en mars 2001 permet son utilisation pour tous types de contrat.

La signature manuscrite implique qu'il y ait échange de signature par personnes habilitées, et que l'on garde une trace des signatures. Il faut donc donner le statut de ces personnes. De même pour la « signature abrégée », le paragraphe qui authentifie toutes les pages du contrat.

Constitution

Deux cas sont possibles :

- L'accord est précédé de discussions et s'opère en deux temps. Tout d'abord l'une des parties s'engage, offre. Dans un second temps l'autre l'accepte. Cette opération s'appelle pollicitation. C'est le contrat *de gré à gré*.
- L'accord n'est pas précédé de discussions, les conditions étant fixées préalablement par l'un des contractants. C'est le contrat *d'adhésion* (exemple : contrat d'assurance, contrat téléphonique).

Dans le contrat d'adhésion interviennent les droits du consommateur. Il ne doit pas y avoir de clauses abusives imposées à un consommateur par une personne par un abus de sa puissance économique. Ce sont les magistrats qui se penchent sur le problème.

Accord de principe : *Avant-contrat* par lequel les parties fixent les éléments d'un contrat futur sur lesquels leur consentement est d'ores et déjà acquis et s'engagent, non point à conclure, mais à négocier les éléments sur lesquels leur accord n'est pas encore établi.

Quasi-contrat : C'est une source extra-contractuelle d'obligation dans laquelle une obligation naît d'un fait volontaire et qui regroupe :

- le paiement de l'indu (ce qui a été payé sans fondement doit être restitué),
- l'enrichissement sans cause (une personne qui s'enrichit sans raison juridique au détriment d'autrui doit l'indemniser),
- la gestion d'affaires (le gérant accomplit des actes dans l'intérêt d'une autre sans qu'il en ait chargé).

5.2.2 Les vices de consentement

Article 1109 et suivant du Code civil : Pour être efficace le consentement doit être donné par une volonté éclairée. À défaut, il est vicié et le contrat est annulable. Les vices du consentement portent atteinte à la liberté des contractants. Il existe quatre types de vices de consentement :

L'erreur

L'erreur est le fait de croire vrai ce qui est faux ou inversement. L'erreur est donc un *fait juridique* et non un *acte juridique*. C'est une opinion contraire à la réalité. Une personne consent à un acte mais se *trompe* sur l'un de ses éléments : valeur, authenticité d'une chose : qualités du débiteur). Il y a bonne foi dans l'erreur simple.

L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose (c'est-à-dire une qualité essentielle) qui en est l'objet. Par exemple un individu vend une œuvre d'art d'un peintre très coté dont il possède un certificat d'authenticité; mais après expertise, on découvre que c'est un faux.

Elle n'est pas une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération

de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

Exemple de jurisprudence dans le domaine informatique

La société « Hydrothermique » s'était équipé en matériel informatique avec la société « Honeywell Bull », mais celui-ci ne pouvait pas l'installer car le siège social avait un plancher trop faible. C'est une erreur car :

- « Honeywell Bull » n'aurait pas contracté avec la société « Hydrothermique » s'il avait su ;
- Il y a bonne foi ;
- l'erreur porte sur un élément substantiel, car il a rendu impossible la livraison.

Le dol

Le dol est une manœuvre frauduleuse impliquant l'intention de nuire, émanant d'un contractant et ayant déterminé son partenaire à conclure le contrat.

Le dol doit avoir provoqué l'erreur pour constituer un vice du consentement.

Il y a mauvaise foi de l'un des contractants. On distingue le dol *positif* (manœuvre dolosive) du dol *négalif* (réticence dolosive).

Dol positif : le concessionnaire vend une voiture en bon état mais il y a un problème de compteur trop élevé (trucage du compteur).

Dol négatif : mensonge par omission. le concessionnaire vend une voiture avec un bon compteur mais il cache un défaut à l'acheteur. Ou encore, vente d'un fond de commerce avant le passage d'une autoroute.

Dans le cas de l'erreur, et surtout du dol, il y a souvent un problème de preuve.

La violence

La violence est une contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour l'amener à contracter.

Elle consiste dans l'emploi d'une menace (violence physique ou pression mentale) considérable et déterminante sur le contractant ou son entourage (proche famille, concubin, amis). C'est la crainte qui vicie le consentement. La jurisprudence tend à

faire application de ce vice lorsque l'une des parties se trouve en situation de dépendance économique à l'égard de l'autre. La violence est un vice de consentement même si elle ne profite pas au contractant violent. C'est un cas plutôt rare. Cette violence concerne généralement des affaires immobilières (personne malade).

La lésion

La lésion résulte d'un grave déséquilibre entre les avantages réciproquement stipulés dans un contrat. Elle s'apprécie au moment de la conclusion du contrat. Elle n'est vice de consentement uniquement que dans certains contrats : partage, vente d'immeuble à un prix inférieur à plus de sept dixièmes à la valeur réelle. . .

5.2.3 Définition de la capacité

La capacité est l'aptitude à être titulaire d'un *droit* ou d'une *obligation* et à l'exercer personnellement. Article 1123 du code civil : « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. »

Sont incapables de contracter :

- les mineurs non émancipés,
- les majeurs protégés (sous *tutelle*, *curatelle*).

Il existe une exception majeure cependant pour les personnes habilitées à engager une société commerciale. Seules les personnes désignées par le conseil d'administration peuvent engager une société commerciale.

5.3 Les conditions objectives du consentement et de la validité des contrats.

5.3.1 L'objet

Définition

L'objet du contrat est l'opération juridique voulue par les parties, matérialisée dans l'obligation principale et caractéristique du contrat (exemple : l'objet d'un contrat de vente est le transfert de propriété d'un bien). L'article 1108 du code civil exige que le contrat ait un objet certain qui forme la matière de l'engagement.

Conditions

L'objet doit exister au moment de la formation du contrat et présenter certaines caractéristiques (art 1130). Cependant l'art 1130-1 autorise certains contrats portant sur des obligations futures, mais à condition que la chose finisse par exister.

Chose de genre : Chose mesurée par sa qualité et sa quantité, qualifiée aussi de chose fongible, et susceptible d'être remplacée par une autre (exemples : billets de banque, fourniture courante, meubles, disquettes).

Une chose non fongible, appelée *corps certain*, ne peut être remplacée en raison de ses caractéristiques. Exemples : œuvre d'art ou de l'esprit, commerce de bestiaux (On suppose que chaque animal est unique), la recherche et les contrats d'étude dans les T.I.C.. Les corps certains sont une minorité dans les contrats.

L'objet de l'obligation doit être déterminé ou déterminable. Chaque objet doit être identifié et ceci se fera par sa nature.

- S'il s'agit d'un corps certain, il sera défini et individualisé. Ex. préciser la maison à vendre.
- Si l'objet est une chose de genre, la détermination se fait dans sa qualité et dans sa quantité.
- Si l'objet ne peut pas être déterminé il faut qu'il soit déterminable c'est à dire définir des critères selon lesquels l'objet sera déterminé. Dans le contrat de vente le prix doit être déterminé ou déterminable au moment de la formation du contrat

Deux points sont obligatoires :

- le prix ou le montant,
- la quantité ou le volume.

Possible. L'objet doit être dans le commerce pour pouvoir faire l'objet de transactions. Le nom patronymique ne peut être utilisé pour transaction, mais il peut être utilisé comme marque ou dénomination sociale. Exemple d'objet impossible : vente d'organes en France. (Article 1128). Interdiction en France de la pratique des mères porteuses, à la différence de la Grande Bretagne.

Licite : L'objet du contrat ne peut pas être contraire à l'ordre public. Exemple d'objet illicite :

vente de cocaïne en France.

5.3.2 La cause

Définition

La cause est la raison pour laquelle on s'engage dans un contrat. Elle n'est pas explicite dans le contrat. Elle est obligatoire dans le droit français d'après le code civil, mais il n'y a pas de définition de la cause. La cause a une définition doctrinale.

Selon la conception *classique*, la cause est la raison immédiate de s'engager (exemple : dans un *contrat synallagmatique*, la cause de l'engagement d'une partie réside dans l'engagement de l'autre partie. Ainsi, la cause de l'engagement de l'acheteur est le transfert de propriété du bien par le vendeur, et la cause de l'engagement du vendeur est le paiement du prix par l'acheteur).

Selon la conception *moderne*, la cause est le motif impulsif et déterminant qui pousse une partie à s'engager (exemple : j'achète cette maison pour l'habiter ou pour en faire un tripot).

La cause ne joue pas un rôle très important dans les contrats français.

Conditions

Comme pour l'objet, la cause doit être licite et réelle. Exemple : on ne peut s'engager à verser une somme d'argent en contrepartie d'un assassinat. Par contre, un contrat peut être valable si la cause n'est pas exprimée. Une reconnaissance de dette « je reconnais devoir 10 000 euros à M. ... ».

5.3.3 La forme

La forme est une règle gouvernant la manière dont doit être présentée, extériorisée une situation, une opération juridique, indiquant les formalités qui doivent être accomplies (par opposition aux règles de fond).

Les actes juridiques, sauf disposition contraire, ne sont soumis à aucune règle de forme : principe du *consensualisme* (c'est le consentement, non la forme, qui fait l'acte juridique).

Conséquence : la volonté peut être exprimée en une *forme quelconque*.

Exceptions

Les actes solennels requièrent pour leur *validité*, l'observation de certaines formes. (actes notariés par exemple). La preuve de certains actes juridique doit être établie par *écrit*. À défaut d'écrit, l'acte n'est pas nul, mais la preuve en sera *difficile*, voire impossible. Certains actes doivent être publiés, d'autre enregistrés.

5.4 Sanctions des conditions de validité

5.4.1 Conditions de nullité

Si l'une des conditions, consentement, objet, cause et capacité n'est pas réunie, on peut annuler le contrat. Pour que l'obligation contractuelle soit détruite, il faut :

- soit que le juge constate la nullité à la demande de l'une des parties,
- soit que les parties renoncent aux obligations nées du contrat nul.

Suivant sa gravité, l'imperfection d'un acte juridique est source de nullité relative ou absolue.

5.4.2 Nullité relative

Édictée en vue de la protection d'*intérêts privés*, la nullité est relative en cas de :

- vice du consentement,
- incapacité.

Personnes pouvant invoquer la nullité

Seulement, les personnes ou les protecteurs des personnes que la loi avait en vue de protéger. Quand la cause de nullité a disparu (l'incapable est devenu capable ou le vice du consentement a cessé), la personne peut *renoncer à agir* en nullité et confirmer l'acte juridique (c'est-à-dire lui donner une *force définitive* qui vaudra dès sa date d'origine). Le délai pour agir est de *cinq ans* à compter du jour où la cause du nullité a disparu (on présume que le titulaire de l'action a voulu y renoncer).

5.4.3 Nullité absolue

Édictée en vue de la protection d'*intérêts généraux*, la nullité est absolue en cas de :

- absence de consentement,
- objet inexistant, illicite ou indéterminé (exemples : contrat sur des stupéfiants, ou caractère fictif de la société civile créée dans le but d'écarter un héritier de la succession),
- cause inexistante ou illicite (exemple : convention destinée à faciliter le divorce avant la réforme de celui-ci),
- défaut de forme des actes solennels. Absence d'un contrat écrit entre l'utilisateur et l'entreprise de travail temporaire.

Personnes pouvant invoquer la nullité

- Toute personne ayant intérêt à faire prononcer la nullité,
- Contractants,
- Héritiers,
- Créanciers des contractants,
- Procureur de la République,
- Parties au contrat,
- Tiers justifiant d'un intérêt particulier.

Il y a impossibilité de confirmation : la volonté ne peut donner de la valeur à un acte contraire à *l'ordre public*. Le délai pour agir est de *dix ans* à compter du jour de l'acte.

5.4.4 Effets de la nullité

La principale conséquence de la nullité d'un contrat est son anéantissement rétroactif.

Principe

L'acte annulé est censé n'avoir *jamais existé*.

Conséquence : les parties doivent être *remise dans l'état* où elles se trouvaient avant l'acte. Exemple : en cas d'annulation d'une *vente* d'immeuble, l'acheteur obtient le *remboursement du prix* versé et le vendeur *recouvre* la *propriété* rétroactivement ; donc si l'acheteur avait consenti des droits réels sur l'immeuble (comme une hypothèque), ils sont anéantis rétroactivement.

Exceptions

- Les *actes successifs* (dont les effets s'étalent dans le temps) ne peuvent être anéantis *rétroactivement* (quand un mariage ou un bail est annulé, on ne peut effacer les effets produits, comme les enfants nés ou l'occupation des lieux) : la nullité ne vaudra que pour *l'avenir*.
- Les *incapables* ne doivent restituer que ce qui a tourné à leur *profit* : mesure protectrice.
- La restitution des prestations est exclue en cas d'*immoralité* (nul ne peut invoquer sa propre turpitude) : mesure *dissuasive*.

Les conditions de forme et de preuve des contrats



6.1 L'acte authentique

6.1.1 Définition

Article 1317 du Code civil : « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

6.2 Exemples

- Les actes notariés constatent les conventions conclues entre particuliers.
- Les procès verbaux dressés par les agents de la police judiciaire.
- Les décisions judiciaires.
- Les actes d'huissiers dans le cadre de leur stricte compétence.

Remarque : Les actes importants sont soumis à la rédaction d'un acte authentique comme la vente d'immeuble à construire, la constitution d'une hypothèque, le contrat de mariage.

6.2.1 Force probante

« L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux ». Celui qui conteste doit en prouver la fausseté par une procédure compliquée et périlleuse : l'inscription de faux.

6.2.2 Force exécutoire

Le créancier peut faire saisir d'emblée le débiteur.

La force exécutoire est une qualité attachée à certains titres permettant de procéder à leur exécution forcée. Par exemple la décision de justice revêtu de

la formule exécutoire, procès-verbal de conciliation signé par le juge et les parties. . .

6.3 L'acte sous seing privé

Définition

C'est un écrit établi par de simples particuliers (en général, les parties elles-mêmes) sans intervention d'un officier public.

L'acte sous seing privé n'est pas soumis à des règles de formalisme. La seule condition nécessaire à sa validité réside dans la signature des parties.

Particularité :

- Formalité du double pour les actes relatifs aux contrats synallagmatiques.
- Formalité du « bon ou approuvé » en cas de promesse unilatérale.

6.3.1 Force probante

L'acte sous seing privé fait foi jusqu'à preuve du contraire.

6.3.2 Différence avec l'acte authentique :

L'acte sous seing privé ne fait pas par lui-même preuve de son origine. Il ne bénéficie pas de la force exécutoire.

6.4 Les modes de preuve

6.4.1 La preuve littérale (écrite)

ce sont les :

- actes authentiques,
- actes sous seing privé,
- actes spéciaux,
- lettres,
- livres de commerce,
- copies.

6.4.2 La preuve testimoniale

Preuve constituée par des déclarations écrites ou orales de témoins, c'est-à-dire de tiers qui ont personnellement eu connaissance du fait rapporté. Elle est admise pour les *faits juridiques* et, en principe, écartée pour les *actes juridiques* (sauf faible montant, impossibilité de se procurer un écrit, commencement de preuve par écrit et matière commerciale).

6.4.3 Les présomptions

Mécanisme juridique consistant à induire un fait incertain d'un fait certain. Ce mécanisme est retenu quand la nature du fait incertain le rend très difficile à établir et qu'il découle le plus souvent d'un fait plus facile à établir. Les présomptions peuvent être légales (c'est-à-dire instaurées de manière générale par la loi) ou du fait de l'homme (c'est-à-dire être construites par le juge pour un cas particulier, cette possibilité n'étant admise que lorsque la preuve par témoin est admise).

6.4.4 L'aveu

Reconnaissance par un plaideur de la vérité d'un fait qui lui est défavorable. L'aveu est judiciaire lorsque la reconnaissance est effectuée devant le juge, il est extrajudiciaire dans les autres hypothèses.

6.4.5 Le serment

Affirmation solennelle par une personne de la réalité d'un fait ou d'un acte qu'elle invoque en sa faveur. Le serment peut être *provisoire* : Exemple serments des experts, des jurés. Le serment peut être probatoire. Exemple : plaideur affirmant la réalité d'un fait.

6.5 La charge de la preuve

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

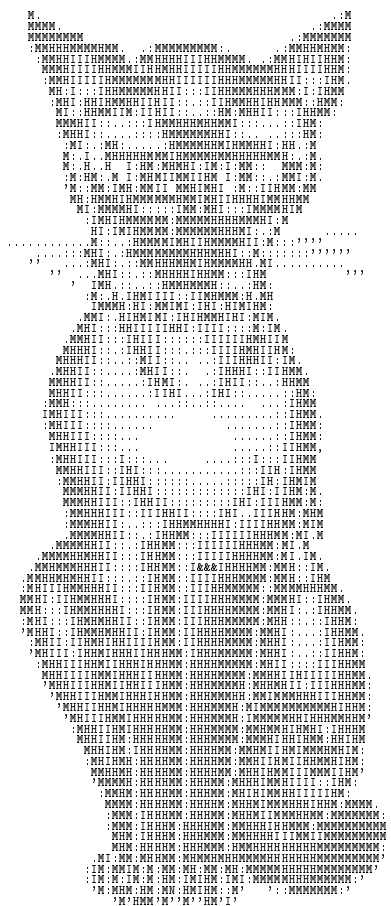
La charge de la preuve de l'existence d'un contrat incombe à celui qui s'en prévaut.

L'article 1341 du code civil : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. »

Cet article exige la production d'une preuve lit-

térale pour établir un acte juridique, un contrat. Cependant déroge à ce principe :

- les opérations commerciales (principe de liberté de preuve en matière commerciale).
- les opérations civiles d'un montant égal ou inférieur à 800 euros. (Montant fixé par décret).
- en cas de commencement de preuve par écrit,
- en cas d'impossibilité de constituer une telle preuve.



ont pris connaissance soit lors de la négociation, soit lors de l'exécution du contrat.

7.2 La réception

La réception est un acte juridique unilatéral par lequel le *maître de l'ouvrage* approuve les travaux accomplis par l'entrepreneur et déclare accepter, avec ou sans réserves, l'ouvrage réalisé.

Le client doit vérifier le matériel lors de la réception. On peut également imaginer une vérification régulière sur une certaine durée, pour voir si le matériel fonctionne bien.

Dans les contrats immobiliers, l'entrepreneur se doit de réparer toutes les erreurs qui apparaissent.

7.3 La garantie

La garantie contre les défauts *évidents* se négocie généralement un an au maximum.

La force majeur est un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à la volonté des parties, qui empêche le débiteur d'exécuter son obligation et l'exonère de toute responsabilité.

Garantie de parfait achèvement : Garantie due par l'entrepreneur d'un ouvrage immobilier l'obligeant à réparer tous les désordres signalés par le *maître de l'ouvrage* dans l'année de la *réception*.

7.1 La clause de confidentialité

Par la clause de confidentialité, les contractants s'engage à garder confidentiel les éléments dont ils

7.4 Garantie des vices cachés

Un **vice caché** est un défaut non apparent rendant la chose vendue ou louée impropre à l'usage auquel on la destine et obligeant le vendeur ou le bailleur à garantie.

La **garantie des vices cachés** est une obligation d'origine légale imposant au débiteur d'une chose destinée à être utilisée, notamment au vendeur et au bailleur, de garantir l'aptitude de la chose à l'usage prévu.

Cette garantie n'est pas dû pour tous les contrats, mais seulement pour les *contrats de vente* et les *contrats d'entreprise*. En cas de problème, le tribunal nomme un expert pour vérifier la présence de vice caché.

Cependant, quand le contrat est passé entre professionnel, la garantie contre les vices cachés n'est pas d'usage, elle doit faire office d'une clause dans le contrat.

7.5 La résiliation et la résolution

7.5.1 par la volonté des parties

La résolution

La résolution est la disparition rétroactive d'un contrat synallagmatique en cas d'inexécution.

Les parties peuvent insérer dans le contrat une clause résolutoire selon laquelle l'inexécution d'une partie entraînera l'extinction du contrat.

La clause résolutoire est parfois interdite ou subordonnée à certains délais ou formalités par la loi (baux).

La résiliation unilatérale

La résiliation est la disparition, produisant ses effets pour l'avenir seulement, d'un *contrat à exécution successive* qui n'est pas exécuté. Par exemple la résiliation d'un contrat de bail.

La rupture du contrat peut avoir lieu par la volonté d'une seule des parties lorsque la loi l'autorise, par exemple lors d'une liquidation judiciaire.

Les contrats à durée indéterminée. Exemple : le contrat de travail, les contrats ayant un caractère spécifique. Le mandat, le dépôt.

7.5.2 Par le juge

La résolution judiciaire : Lorsqu'un contractant n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut demander au juge de prononcer l'extinction du contrat.

L'inexécution doit résulter d'une faute et porter sur une obligation essentielle. Le juge peut assortir la résolution d'une condamnation à des dommages-intérêts.

7.6 Les litiges : l'attribution de compétences

Pour les contrats internationaux, Si les deux contractants sont de nationalité différente, il faut déterminer quelle est la loi qui s'applique.

Pour les contrats français, il faut déterminer l'attribution des compétence, quel est le tribunal compétent.

En cas de litige, le recours à l'autorité judiciaire peut être évité, en ayant recours à l'arbitrage.

7.7 L'arbitrage

L'arbitrage est un mode non étatique de règlement des litiges dans lequel les parties confient le soin de trancher leur différend à des personnes privées.

L'arbitrage peut être prévu dès la formation du contrat par une clause. Cette clause est appelée clause compromissoire.

Les contractants doivent se mettre d'accord sur la qualité des arbitres. Les arbitres doivent être des personnes qui connaissent bien le droit et le domaine d'activité concerné. Le nombre d'arbitres est toujours impair.

L'arbitrage peut être rendu par un *amiable compositeur*. L'amiable compositeur étant le nom donné au juge ou à l'arbitre qui, à la demande expresse des parties, tranche le litige en *équité* et non par application des règles de droit.

L'équité est une notion qui confère la faculté de modérer ou de suppléer le droit en vigueur en raison de considérations liées à un cas particulier.

L'arbitrage est majoritairement rendu selon une règle de droit.

L'arbitrage ne donne pas lieu à une publicité. Si la sentence arbitrale n'est pas acceptée, l'affaire sera jugée par contentieux par le tribunal compétent.

Troisième partie

Le droit du travail

Le contrat de travail



Le droit du travail est régit au niveau international par l'Organisation Internationale du Travail (OIT)¹.

Au niveau de l'Union Européenne, différents textes traitent du droit du travail, mais ils ne sont pas réunis dans un corpus complet. Le nombre de textes est faible et ces textes ont bien plus souvent la forme de directives, que de règlements. tout cela laisse une grande marge de liberté aux

pays membres et de grandes différences dans l'état d'avancement de chacun en matière de droit malgré les textes communs. Par exemple le droit du travail français est beaucoup plus protecteur que celui du Royaume-Uni. La jurisprudence de la cour de Justice européenne joue également un rôle important.

Le principe de la charte en matière de droits sociaux est apparu tôt en 1961, et elle a été ratifiée par les États membres de la C.E.E. de l'époque. La charte communautaire des droits sociaux en 1989 est précise et fixe une direction. Il est question d'intégrer dans la Constitution Européenne la charte des droits sociaux, ce qui serait un pas important pour le droit du travail.

Différents organismes internationaux agissent pour l'élaboration et l'adaptation du droit du travail, pour les salariés (CES, CEC) ou les employeurs (UNICE) :

CES : confédération européenne des syndicats (CGT, CFTC ...)

CEC : confédération européenne des cadres (CFC, CGC ...)

UNICE : organisme qui regroupe les principaux syndicats d'employeurs (MEDEF ...)

En France, sous l'Ancien Régime, le travail, dans le cadre des corporations, était essentiellement artisanal. La Révolution de 1789 supprime les groupements professionnels au nom des principes de liberté et d'égalité. Avec la Révolution industrielle, les conditions de vie des ouvriers sont misérables. l'État intervient en faveur des ouvriers : droit de grève en 1863, droit de se syndiquer en 1884. Au

¹ Voir la section 2.1.1 page 10 pour plus de détails.

XX^e siècle, le rapport de force est transformé par la montée des syndicats. Les conventions collectives se multiplient à partir de 1936. Le droit du travail évolue vers une amélioration des conditions de travail.

Il y a eu un travail législatif et jurisprudentiel important. Le Code du travail (CT), très volumineux (près de 1000 articles pour la partie législative), est divisé en livres (9), titres et chapitres. Il comprend une partie législative : lettre L suivie du numéro de l'article, et une partie réglementaire : R suivie du numéro de l'article pour les décrets portant règlement d'administration publique, lettre D suivie du numéro de l'article pour les décrets simples. La jurisprudence est constituée des jugements des Conseils de prud'hommes, arrêts des Chambres sociales des cours d'appel et de la Cour de cassation.

8.1 Les caractéristiques du contrat de travail

8.1.1 Le régime juridique du contrat de travail

la notion de travail qui régit au plan individuel, les relations professionnelles dans le secteur privé n'est pas définie par la loi. C'est la jurisprudence qui en a dégagé puis affiné les critères spécifiques.

Cette absence de définition légale ainsi que l'enjeu qui s'attache à l'existence d'un tel contrat explique l'importance du contentieux en la matière, d'où l'intérêt d'un contrat en bonne et due forme.

L'existence d'un contrat de travail détermine non seulement le régime juridique applicable aux parties mais également les règles de compétence.

Les conflits générés par le contrat de travail sont en effet du ressort des Conseils de Prud'hommes.

La naissance du contrat

La liberté contractuelle repose sur le postulat de l'égalité des parties. Le contrat est défini par le Code civil (art. 1101) et il suppose un accord des volontés exprimé dans le libre consentement des parties.

Le contrat de travail est :

- signalagmatique
- commutatif

- consensuel
- nommé
- passé de gré à gré
- à titre onéreux
- à exécution successive.
- écrit

Le contrat de travail est soumis à la fois à l'ensemble des règles qui constituent le droit du travail (lois, règlements, conventions collectives) et à défaut, en application de l'article L121-1 du code du travail, aux dispositions du droit civil qui régissent les obligations contractuelles du droit commun.

C'est généralement un contrat d'adhésion car le salarié est le plus souvent en état de domination dans la négociation avec l'employeur et parce que la loi impose des modalités.

Le contrat résulte donc de l'accord des volontés entre l'employeur et le salarié fraîchement recruté. D'un point de vue purement juridique, ce contrat existe dès la rencontre des consentements; l'écrit n'est pas exigé en tant que condition de validité du contrat dans le droit français (du moins pour les contrats à durée indéterminée, tous les autres étant soumis au formalisme de l'écrit).

Mais une directive européenne (donc d'une force supérieure au droit national), du 14 octobre 1991 et appliqué dans tous les États membres fin 1993, impose la remise d'un écrit au salarié, cet écrit pouvant être une lettre d'embauche, une déclaration écrite ou un véritable contrat remis au salarié dans les deux mois de son embauche.

le droit français tolère l'existence d'un seul original du contrat, avec copie pour l'employé, bien que normalement les deux parties doivent avoir un contrat propre. La plupart des conventions collectives imposent cependant clairement la rédaction d'un contrat écrit.

La loi et la réduction de la liberté contractuelle

La loi vise à protéger les plus faibles (les salariés); elle impose elle aussi certaines modalités; on évoque alors « l'ordre public social » qui interdit dans le contrat des clauses moins favorables que les règles légales mais autorise les dérogations plus avantageuses pour les salariés.

Ex : la loi fixe la durée hebdomadaire du travail (35 heures), un salaire minimum...

Il est possible d'accorder un salaire supérieur au salaire minimum, soit par négociation entre les parties soit par respect d'une convention collective.

La conclusion d'un contrat de travail constitue un acte d'adhésion à un ensemble de règles pré-existantes (règlement intérieurs, conventions collectives).

NB. Les travailleurs qui exercent leur activité dans le secteur public bénéficient en principe d'un statut particulier, d'origine législative ou réglementaire relevant en principe du droit public (fonctionnaires, etc.). Toutefois certaines catégories (EDF - GDF) peuvent relever du droit privé.

8.1.2 La capacité

Le contrat de travail est conclu en considération de la personne. Il n'est valable que dans la mesure où le salarié exécute lui-même le contrat de travail qui le lie à l'employeur. Pour avoir la capacité de travailler en France, il faut attendre la fin de l'obligation scolaire, c'est à dire 16 ans.

Cependant :

- Pour les 14-16 ans : il existe une possibilité de réaliser une petite mission professionnelle pendant les vacances scolaires supérieur à 14 jours. L'inspecteur du travail doit donner son accord. La journée de travail doit être inférieur à 8 heures et le salaire minimum à hauteur de 80% du SMIC L'autorisation des parents et la signature du mineur sont nécessaires pour la validité du contrat de travail.
- Les 16 18 ans sont soumis au droit commun, avec l'autorisation des parents et la signature du mineur du contrat de travail.
- Pour certains travaux la limite d'âge est supérieur : exemple obligation de conduire un véhicule particulier qui nécessite 21 ans.

8.1.3 Les éléments constitutifs

Les trois éléments

Le contrat de travail se définit en fonction des trois critères suivants :

1. *Un travail pour le compte d'autrui*

Le salarié se distingue du travailleur indépendant car il exerce son activité au profit d'un

autre, son employeur. C'est l'employeur qui est responsable du salarié et qui doit en assumer les coûts.

2. *Un travail rémunéré*

Le travail fournit doit donner lieu à rémunération. Il faut donc exclure le bénévolat de la relation de travail. Par contre ne rentrent pas en ligne de compte les différentes formes de rémunération possible : en nature (des bouteilles pour la vendange, un logement de fonction...), sous forme monétaire, au forfait (un salaire mensuel), à la commission...

3. *Un lien de subordination*

Le lien de subordination autorise l'employeur à définir le travail, à donner des ordres et à contrôler l'exécution de la mission du salarié. Il organise et gère son entreprise comme il l'entend. D'une façon générale, il y a lien de subordination dès qu'une personne travaille dans un cadre organisé par un employeur (horaires de travail définis, fourniture de matériels divers, existence d'un règlement intérieur, obligation de rendre compte...). Il existe quelle que soit la hiérarchie du salarié. La distinction avec des contrats voisins, tel le contrat de prestation de services ou le contrat de mandat, peut s'opérer sur le critère du lien de subordination.

La réglementation du travail ne s'applique qu'aux personnes titulaires d'un contrat de travail. Dans certains cas les tribunaux sont donc amenés s'interroger sur l'existence d'un contrat de travail avant de pouvoir appliquer une règle de droit du travail. Un contrat peut ainsi se transformer en contrat de fait. Il peut en être ainsi certains prestataires de services qui exercent habituellement dans une entreprise La réponse, qui se fondera sur l'existence ou non de contraintes d'organisation, d'horaires ou encore de contrôles de la part de l'employeur est lourde de conséquences tant pour ce dernier que pour le salarié : application ou non de la législation du travail en cas de licenciement, d'accident du travail, de congés payés, affiliation au régime général de la sécurité sociale et paiement des cotisations afférentes.

Il y a toutefois des dérogations pour les catégories de travailleurs qui n'exercent pas leurs fonctions dans un état de subordination (travailleurs à domicile, VRP, journalistes, artistes de spectacle, mannequin, gérant non salariés).

Exemple : litige enseignant/établissement privé. Un conférencier est allé au conseil des prud'hommes. Il a eu gain de cause car il y avait un lien de subordination dans le contrat liant enseignant à l'établissement privé.

Exemple de requalification en contrat de travail de fait : litige entre un médecin et une clinique : médecin payé par la sécurité sociale. Au conseil des prud'hommes, le magistrat a retenu que le médecin accomplissait les soins à tous et en plus une garde de nuit.

Distinction avec des contrats voisins :

Le contrat d'entreprise et le contrat de travail ont en commun deux éléments importants : la fourniture d'un travail contre le paiement d'une rémunération. Toutefois il diffère en ce que le contrat d'entreprises s'exécute en toute indépendance. Si l'entrepreneur est lié par une *obligation de résultat*, il conserve toute liberté quant aux moyens d'exécution de sa tâche.

Contrat de mandat. - Au terme de l'article 1984 du Code Civil, le mandat est un acte par lequel une personne (le mandant) donne à une autre personne (le mandataire) le pouvoir de faire quelque chose en son nom. Le mandataire représente donc le mandant.

Le véritable critère de distinction entre mandataires et salariés réside dans l'absence du lien de subordination dans l'accomplissement du mandat. Le mandataire agit en effet en toute indépendance dans l'exécution de sa mission même s'il est tenu de rendre compte de son activité.

Exemples :

- Agents commerciaux.
- Mandataires sociaux (nommés par Assemblée) : PDG, Administrateurs, Membre du conseil de surveillance. (possibilité de cumul de contrat)
- Agents Généraux d'assurances.
- Artistes.

Dans un contrat de mandat utilisé pour permettre à une personne d'accomplir des actes ju-

ridiques par l'intermédiaire d'une autre personne : exemple validation d'une invention.

Le contrat de société est celui par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre des biens et/ou leur travail en commun en vue de partager les bénéfices (ou pertes) qui en résulteront.

Le contrat de louage de choses est celui par lequel l'une des parties contractantes permet à l'autre de jouir d'une chose pendant un certain temps moyennant un prix convenu.

NB : liens entre sociétés et salariés pour des logements de fonction, il faut prévoir une spécification au sein du contrat de travail ou un contrat à part/ (lien avec la rupture du contrat de travail).

La convention de stage n'est pas un contrat de travail. Le lien entre l'étudiant et l'établissement d'enseignement supérieur. pas de lien de subordination entre l'étudiant et l'entreprise. Le stagiaire ne perçoit pas de salaire, mais des indemnités facultatives sont possibles. Le montant de l'indemnité dépend du rapport de force entre l'entreprise et l'établissement, et de la cote de chacun. Le stagiaire doit suivre le règlement intérieur : ambiguïté (pas de lien de subordination) : on doit suivre les objectifs fixés.

L'aide bénévole ne pose pas de problème juridique si c'est une vraie aide bénévole, comme par exemple l'aménagement d'un studio avec l'aide de copains.

Mais lorsque l'aide bénévole se révèle être du travail clandestin, au noir, il y a alors de graves problèmes en cas d'accident pendant le travail. En effet sous contrat d'aide bénévole, la personne se blesse sous sa propre responsabilité, et la personne n'aura pas le droit aux indemnités prévues dans le contrat de travail. La Jurisprudence détermine alors si c'est un contrat de travail ou d'aide bénévole, en fonction du lien de subordination, et de la rémunération du travail.

Obligations du salarié et de l'employeur

Le contrat de travail crée des obligations à la charge de l'employeur comme du salarié. La relation de travail qui en résulte est fondée sur l'obéissance et le respect mutuel.

Le salarié doit exécuter le travail demandé.

Le travail demandé par l'employeur doit être exécuté dans les délais convenus et en évitant tout gaspillage. Il ne peut se faire aider ou se faire remplacer par un tiers en l'absence d'autorisation de l'employeur.

Le salarié doit se maintenir en état de faire le travail.

Le salarié a une obligation de maintenir sa forme physique pour assurer le travail demandé. C'est cette obligation qui permet, par exemple, à l'employeur de sanctionner l'ivresse sur le lieu de travail.

L'employeur doit fournir le travail et les moyens nécessaires. L'employeur doit fournir au salarié un travail conforme à la qualification du salarié. Cette qualification n'est pas forcément celle définie par le diplôme du salarié mais c'est celle reconnue par l'employeur sur le contrat (on peut embaucher un bac + 5 en tant que serveur au restaurant). Il doit aussi fournir les moyens nécessaires au travail ce qui, dans certains cas peut signifier une formation ou même la constitution d'une équipe (par exemple autour d'un chef de projet).

L'employeur doit payer le salarié. Une fois le travail accompli le salaire doit être versé au salarié et les charges payées à l'URSSAF. Le salaire doit aussi être payé en cas de suspension momentanée du travail (par exemple une rupture de stock) du fait de l'employeur, sous réserve des règles propres du chômage partiel.

Il a aussi une *responsabilité civile* vis à vis des salariés et aux biens de ses employés : exemple parkings réservés, les efforts pour garder les objets personnels des salariés. Responsabilité des commettants : si le salarié commet un acte répréhensible, l'employeur est responsable. Le commettant est la personne qui charge une autre, le *préposé*, de l'exécution d'une mission et en assume la responsabilité civile.

8.2 L'embauche

8.2.1 La détermination du poste à pourvoir

La détermination du poste se fait suivant différents critères :

- la fonction - la qualification,
- l'horaire,
- le type de contrat en fonction du travail.

Un poste à pourvoir doit être déterminé et connu.

Les offres de postes sont déposés à :

- l'ANPE,
- l'APEC (agence pour l'emploi des cadres).

Différents supports sont disponibles :

- supports papiers,
- internet.

aucun élément discriminant ne doit apparaître dans la détermination du poste à pourvoir.

8.2.2 La liberté d'embauche

La liberté d'embauche est de principe. L'employeur est souverain et n'a pas à justifier de son choix. Cependant l'employeur est tenu de prendre en compte un ensemble de règles venant limiter l'étendue de ce choix.

- le droit de certains salariés prioritaires (réintégration, handicapés) ;
- la réglementation régissant les cumuls d'emplois ;
- le principe de non discrimination (sexe, origine ethnique, opinion politique et religieuse, situation de famille, mœurs, apparence physique. . .) ;
- la réglementation protectrice propre à certaines catégories de salariés (jeunes travailleurs, femmes, ressortissants étrangers).

Jusqu'en 2002 c'était au candidat de prouver que l'employeur l'avait évincé pour cause de discrimination, ce qui est difficile à prouver.

La réforme de 2002 est ambiguë. Si le salarié est victime d'une discrimination il doit à présent présenter des faits tendant à démontrer la discrimination, c'est-à-dire des présomptions. L'employeur doit prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination sur cette base.

Par exemple, une candidate à un poste de vendeuse a eu recours à SOS racisme. Le commerçant avait refusé l'embauche car l'origine de la candidate aurait déplu à la clientèle. Une personne de S.O.S racisme écoutait et a entendu le commerçant. Il y a eu condamnation du commerçant sur le témoignage de S.O.S racisme.

La visite médicale concerne un texte de la fonction publique, mais il n'y a rien au niveau général : La séropositivité ne peut pas être un obstacle à l'embauche. Le contrôle ne peut être fait qu'avec l'accord de la personne concernée. En cas de déclaration du SIDA, par contre, l'employeur peut refuser d'embaucher la personne.

8.2.3 Les modalités de recrutement

Différentes filières de recrutement existent :

- l'ANPE,
- l'APEC,
- les cabinets de recrutements,
- la presse, par l'intermédiaire d'annonces.

Les critères de sélection sont :

- les documents : CV, diplômes, certificats de travail,
- les cartes de séjour pour les ressortissants étrangers,

Le candidat doit envoyer son curriculum vitae (CV) et une lettre de motivation à l'employeur. L'entretien d'embauche se déroule avec un responsable du service des ressources humaines. En théorie l'employeur doit poser des questions exclusivement sur les capacités professionnelles et les diplômes du candidat. Mais en réalité l'entretien est souvent beaucoup plus général avec des questions en relation avec la personnalité du salarié. À partir de quel moment s'imice-t-on dans la vie privée ? (Interdit par l'article 9 du Code civil)

Par exemple, le directeur des ressources humaines (D.R.H.) ne doit pas poser de question sur l'envie de fonder une famille : le candidat peut donc répondre par un mensonge.

Parfois, un échantillon d'écriture est demandé pour une analyse graphologique, ce qui est problématique. Ce genre de test permet peut-être de cerner la personnalité du candidat, mais pas en tout cas son aptitude. Ces pratiques sont courantes, car elles ne sont pas sanctionnées dans les faits.

8.2.4 La promesse d'embauche

La lettre faisant connaître à l'intéressé que sa candidature est retenue comporte tous les éléments d'un contrat de travail dans la mesure où elle précise :

- le poste convenu (qualification)
- le lieu de travail
- le salaire
- la date d'entrée prévue.

En promettant de confirmer par la remise d'un contrat les termes de cette lettre, l'employeur reconnaît que la convention est déjà conclue. L'écrit envisagé non indispensable pour la création du lien de droit entre les parties, ne devant être qu'une confirmation.

C'est un engagement entre l'employeur et le salarié, un quasi-contrat.

Cas de problèmes juridiques. Le non respect de la promesse d'embauche doit entraîner réparation du préjudice subi :

- Si l'employeur ne respecte pas la promesse, cela cause un préjudice au candidat ;
- Si le candidat trouve une meilleure proposition ailleurs, il y a préjudice à l'entreprise. L'employeur peut faire un procès car il y a rupture de la promesse d'embauche.

8.2.5 Les formalités liées à l'embauche

Formalités facultatives

- exemplaire du contrat de travail,
- règlement intérieur,
- convention collective,
- règlement de sécurité.

Formalités obligatoires

- déclaration préalable en cas de première embauche,
- immatriculation du salarié à la sécurité sociale si c'est son premier emploi,
- immatriculation aux caisses de retraite pour les emplois de cadre,
- visite médicale d'embauche,
- etc. . .

La déclaration unique d'embauche

La déclaration unique d'embauche (DUE) permet à l'employeur d'effectuer sept formalités d'embauche sur un support unique, auprès d'un seul interlocuteur. Cette déclaration est une obligation :

des sanctions, notamment pénales, sont prévues pour l'employeur qui ne la remplit pas.

Tous les employeurs de salariés relevant du régime général de sécurité sociale ou du régime des salariés agricoles doivent remplir une déclaration unique d'embauche (DUE). Les particuliers employant des salariés à leur service n'ont pas à remplir de DUE.

En remplissant la déclaration unique d'embauche, l'employeur accomplit en même temps les sept formalités d'embauche suivantes :

1. la déclaration préalable à l'embauche (DPAE) imposée à tout employeur qui envisage de recruter un salarié ;
2. la déclaration de première embauche dans un établissement ;
3. la demande d'immatriculation du salarié au régime général de sécurité sociale ;
4. la demande d'affiliation au régime d'assurance chômage ;
5. la demande d'adhésion à un service de santé au travail ;
6. la déclaration d'embauche du salarié auprès du service de santé au travail en vue de la visite médicale obligatoire ;
7. la déclaration des salariés embauchés pour le préétablissement de la Déclaration Annuelle des Données Sociales (DADS) sur support papier.

La déclaration unique d'embauche (DUE) est à réaliser auprès :

- de l'union de recouvrement des allocations familiales (URSSAF) dont dépend l'établissement qui embauche le salarié (service déclaration d'embauche) ;
- ou de la caisse de mutualité sociale agricole si la personne embauchée est un salarié agricole.

Le registre unique du personnel

Établi par l'employeur, le registre unique du personnel permet de s'assurer de la transparence des emplois dans chaque établissement de l'entreprise.

Les mentions obligatoires portées dans le registre permettent d'identifier le salarié :

- nom et prénom,
- nationalité,

- date de naissance,
- sexe,
- emploi,
- qualification,
- dates d'entrée et de sortie de l'établissement,

Par ailleurs, si le salarié est embauché comme « apprenti », en « contrat de qualification », en « contrat d'adaptation », en « contrat à durée déterminée », comme « travailleur à temps partiel » ou encore « mis à disposition par un groupement d'employeurs », la précision correspondant à cette situation doit être inscrite.

8.3 Les principales clauses

8.3.1 Limites à la liberté contractuelle

Sont en principe illicites les clauses portant atteintes aux libertés fondamentales de la personne et au respect de la vie privée.

8.3.2 Clauses spécifiques

- Entité juridique de la société et nom de son représentant légal,
- coordonnées du salarié,
- durée du travail (indéterminée, déterminée, temps partiel),
- qualification et position,
- fonction,
- convention collective,
- lieu de travail,
- horaire de travail,
- rémunération,
- régime de prévoyance et caisse de retraite,
- visite médicale,
- période d'essai.

8.3.3 Clauses spéciales et particulières

Clause de dédit formation

La clause de dédit formation est une clause qui prévoit le maintien dans l'entreprise pendant une certaine durée du salarié qui a profité d'une formation payée par son employeur sous sanction de devoir en rembourser le coût s'il démissionnait avant.

C'est donc un engagement de fidélité en échange d'un avantage reçu. Cette clause a souvent été validée par la jurisprudence et seul le manque de sérieux de la formation octroyée a permis de la considérer comme nulle.

Exemple - Est licite l'engagement du salarié de rester pendant trois ans au service de l'employeur en contre partie de la formation professionnelle régie et financée par celle-ci.

Clause de mobilité

Elle a pour objet d'anticiper l'acceptation du salarié pour une future mutation professionnelle. Son étendue est librement discutée entre les parties et le refus de l'application peut entraîner le licenciement du salarié. Elle est toutefois suspendue pendant toute la durée du mandat si le salarié devient représentant du personnel dans son entreprise.

clause d'exclusivité

Au cours de l'exécution du contrat de travail, le salarié a une obligation de fidélité et de loyauté envers son employeur. Il s'agit d'une obligation générale qui lui interdit notamment de se livrer à des activités concurrentes. Elle peut être sanctionnée même en l'absence de clauses spécifiques.

Par exemple les enseignants-chercheurs à l'INT ont une clause d'exclusivité. Une dérogation est nécessaire par le directeur pour intervenir ailleurs. (En fait c'est le GET, et non l'INT qui possède la personnalité juridique.)

clause de non concurrence

Très répandue, elle a pour objet d'interdire à un salarié, lors de son départ de l'entreprise, de rejoindre ou de créer une entreprise concurrente. Elle est souvent liée à une indemnité de clientèle. Cette clause peut être redoutable pour le salarié car l'empêche de travailler dans le même secteur professionnel que celui qu'il vient de quitter. Elle n'est valable que lorsque qu'elle comprend :

- une limite dans la durée (1 an généralement),
- une limite de secteur géographique (elle ne peut interdire à un salarié de travailler sur le territoire français),
- une limite de secteur professionnel (celui d'origine du salarié).

Elle doit aussi protéger les « intérêts légitimes » de l'entreprise (son marché, son chiffre d'affaires, son fichier client).

Depuis une série d'arrêts de juillet et septembre 2002, la Cour de Cassation a considérablement limité la portée de cette clause en prévoyant une contre-partie financière pour la salarié et en laissant toutes opportunités au juge du fond de la réviser. Le candidat a tout intérêt à négocier de façon fouillée cette clause.

Clause de responsabilité

Le contrat individuel de travail peut comporter une clause de responsabilité financière mettant à charge du salarié certains déficits (surtout pour les gérants salariés).

Clause de conscience

La clause de conscience est la stipulation en vertu de laquelle le salarié peut quitter son employeur à l'occasion d'un changement notable d'orientation ou de philosophie de l'entreprise, la rupture du contrat étant alors considérée imputable à l'employeur.

La clause de conscience s'applique par exemple en cas de changement d'opinions, de ligne éditoriale pour les journalistes. Elle s'applique également pour un directeur administratif en cas de changement, de modifications structurelles et juridique de l'entreprise.

8.4 L'essai

Le contrat de travail débute généralement par une période d'essai. La durée de cette période varie de quelques jours à quelques mois, généralement définie par la convention collective qui s'applique. En cas d'absence de convention, c'est l'usage, ou le contrat qui précise la période d'essai.

Pendant cette période l'employeur comme le salarié peuvent rompre le contrat à tout moment sans préavis (sauf mention contraire dans la convention collective) et sans possibilité d'obtenir réparation. Il est cependant interdit à l'employeur de rompre l'essai pendant une absence due à un accident du travail ou en raison de l'état de grossesse d'une femme.

La période d'essai peut être renouvelable une fois. Cette renouvelabilité est définie soit dans le contrat, soit avec un préavis, avec un accord contractuel des deux parties. À la fin de l'essai le contrat devient définitif et l'ancienneté du salarié commence à compter à partir de la date du contrat et non de la fin de la période d'essai.

Le but est de déterminer si le salarié est vraiment apte à remplir sa mission. Cette période est obligatoire avec les CDI et facultatif avec les CDD. Sa durée varie en fonction du poste occupé.

Il existe des usages pour la période d'essai :

- 3 mois pour les cadres moyens,
- 6 mois pour les cadres supérieurs.

8.5 La vie du contrat

8.5.1 La distinction entre CDI et CDD

Le CDI

En France le contrat de travail est par défaut un contrat à durée indéterminé (CDI).

le MEDEF est favorable à l'élargissement des motifs de contrat à durée déterminée (CDD), alors que les syndicats des salarié favorables aux CDI. Il est question d'une réforme du droit du travail sur ce point.

8.5.2 Le contrat de travail à durée déterminée (CDD)

Le recours au CDD

Le contrat de travail à durée déterminée ne peut être utilisé que dans les cas suivants :

- remplacement provisoire d'un salarié absent,
- accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise,
- emplois saisonniers ou dans des secteurs où il est d'usage de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée (spectacles par exemple).

Il existe aussi un certain nombre de cas où l'employeur n'est pas autorisé à recourir au CDD :

- remplacement d'un gréviste,
- travaux dangereux,
- poste à pourvoir après un licenciement économique de moins de 6 mois.

Le CDD est obligatoirement établi par écrit. En cas d'absence d'écrit il pourrait être requalifié en CDI par un juge.

La durée du CDD et le statut du salarié

Le CDD a une durée légale maximale de 18 mois sur un même poste (sauf pour une expatriation où elle passe alors à 24 mois), renouvellement compris. Si le contrat est défini pour une durée précise, il est possible de le renouveler une seule fois, pour une durée inférieure, égale ou supérieure à la durée initiale dans la limite des 18 mois. Par contre s'il est rédigé sans terme précis, il doit comporter une période minimale et peut être prolongé jusqu'au retour du salarié malade.

Le salarié sous CDD doit disposer dans l'entreprise des mêmes avantages sociaux que le personnel permanent.

Lors de l'embauche sa période d'essai est extrêmement courte (un jour par semaine dans la limite de deux semaines pour les contrats inférieurs à 6 mois, un mois maximum au delà).

La fin du contrat

Le salarié a droit à l'issue du contrat à une indemnité de fin de contrat égale à 10 % de la rémunération brute totale qu'il a perçue pendant la durée de sa mission. Si le contrat se poursuit après le terme fixé il se transformerait en contrat à durée indéterminée.

Les CDD ne peuvent pratiquement pas être rompus avant leur échéance par l'employeur.

Quatre exceptions existent cependant à ce principe :

1. l'accord commun ;
2. la force majeure dont la définition juridique est très restreinte (un incendie par exemple mais pas une difficulté économique subite) ;
3. la faute grave du salarié ;
4. le fait pour le salarié de signer par ailleurs un contrat à durée indéterminée (loi du 13 décembre 2000).

Les sanctions applicables en cas de rupture injustifiée sont au minimum le versement des sommes normalement dues jusqu'au terme initialement prévu par l'employeur. A contrario le salarié est libre de démissionner sans que son employeur

puisse lui réclamer une compensation sauf si cette démission est vraiment abusive.

Les motifs de CDD :

Le remplacement

La démission d'une personne sous CDI peut ouvrir un poste sous CDD. Si le salarié donne satisfaction le contrat devient un CDI, la période d'essai prenant la forme d'un CDD.

Poste dont la suppression est programmée depuis longtemps : si une personne sous CDI s'en va préalablement, l'employeur embauche un nouveau salarié sous forme de CDD, jusqu'à la suppression du poste.

l'accroissement d'activités temporaires imprévisibles et accroissement d'activité temporelle S'il n'y pas de caractère prévisible, comme des travaux de sécurités à effectuer d'urgence (amiante, commande à l'exportation imprévue).

Les contrats saisonniers

exemple : vendanges, moniteurs de ski, tourisme et hôtellerie ...

Les contrats temporaires d'usage

Activités courantes qui nécessitent un CDD (intermittents du spectacle, sportifs professionnels, exploitation forestière, réparation naval, travaux publics à l'étranger...)

Contrats d'aide à l'emploi

Ce sont par exemple les contrats jeunes d'une durée de 5 ans. Ils facilitent l'insertion ou la réinsertion dans la vie professionnelle des chômeurs.

Il y a actuellement un problème de fond juridique car il a souvent des personnes employées sous CDD en dehors de ces motifs : comment trouver une réponse ?

8.5.3 Le contrat de travail temporaire

Le contrat

Le travail temporaire implique la conclusion de deux contrats différents. Un premier contrat dit

de « mise à disposition » lie l'entreprise utilisatrice et l'agence de travail temporaire ; un deuxième dit « de mission » lie le salarié à l'agence.

Le recours au travail temporaire n'est autorisé que pour faire face à une augmentation temporaire d'activité ou pour remplacer provisoirement un salarié absent (maladie, congé de maternité). Il existe trois cas où il est interdit d'y recourir :

- le remplacement d'un gréviste,
- les travaux dangereux,
- les postes supprimés depuis moins de six mois pour raison économique.

Le véritable contrat de travail (défini par son lien de subordination) est le contrat de mission. C'est donc l'agence de travail temporaire qui est le véritable employeur du salarié et qui le paye. En revanche, c'est l'entreprise utilisatrice qui détient le pouvoir de direction.

Le contrat de travail temporaire est obligatoirement écrit. Le salarié perçoit à la fin de la mission une indemnité de précarité de 10 % des sommes totales perçues.

La responsabilité de l'entreprise de travail temporaire

Elle est le plus souvent évoquée à l'occasion d'une faute commise par le salarié qu'elle a missionné (par exemple lorsqu'il n'est pas apte à tenir le poste proposé). Les tribunaux répondent à cette question en estimant que l'entreprise de travail temporaire a une obligation de moyen et non de résultat. Elle peut être mise en cause si elle a été négligente dans les vérifications de la compétence professionnelle (par exemple ne pas avoir vérifié qu'un chauffeur possède son permis de conduire à jour). Par contre si un salarié temporaire a causé un dommage à un tiers de l'entreprise utilisatrice, c'est cette dernière qui sera responsable.

La responsabilité de l'entreprise utilisatrice

De nombreux droits et obligations existent entre l'entreprise utilisatrice et le salarié temporaire et ce même si celui-ci est juridiquement salarié de l'agence de travail temporaire. L'entreprise utilisatrice détient le pouvoir d'autorité sur le salarié ;

c'est elle qui fixe les conditions de travail et les procédures de contrôle. En contrepartie elle est responsable de l'exécution de ce travail et des conditions de travail proposé au salarié. Elle a dans ce domaine l'obligation d'offrir au salarié temporaire les mêmes avantages qu'à ces propres salariés (installations collectives, transport, repas...).

8.6 La suspension et la rupture du contrat de travail

8.6.1 La suspension

Le contrat ne cesse pas d'exister, mais il ne fait pas sentir ses effets de droit. Exemple : congé maladie, congé maternité, etc.

Le congé pour création ou reprise d'entreprise

Il a été institué pour favoriser les créations d'entreprises, notamment au niveau des PME.

Le salarié qui souhaite créer ou reprendre une entreprise peut demander à bénéficier d'un congé pour se consacrer à sa nouvelle activité. Trois mois avant la fin de son congé, il doit informer son employeur de son intention de revenir ou de quitter l'entreprise. Pour un tel projet, le salarié peut aussi choisir de passer à temps partiel. Dans les deux cas, tous les autres dispositifs d'appui au salarié créateur d'entreprise peuvent être mobilisés.

Le congé pour création d'entreprise s'adresse à tout salarié :

- dont l'ancienneté dans l'entreprise — ou au sein du même groupe — est égale ou supérieure à 24 mois (consécutifs ou non) ;
- dont le projet est de créer ou reprendre une entreprise, individuelle ou en société, qu'elle soit industrielle, commerciale, artisanale ou agricole ;
- détenant le contrôle effectif de l'entreprise créée ou reprise.

La durée du congé pour création d'entreprise est fixée à une année, renouvelable une fois à condition que le salarié en informe son employeur par lettre recommandée avec accusé de réception, trois mois au moins avant le terme de la première année.

Le salarié en congé continue à faire partie des effectifs, mais l'employeur n'est pas tenu de le rémunérer. Il n'acquiert ni ancienneté, ni droit à congés payés et ne peut exiger de réintégrer l'entreprise avant le terme de son congé, sauf mention expresse dans sa demande.

À compter de la réception de la demande, l'employeur dispose d'un délai de 30 jours pour communiquer au salarié :

- soit son accord ;
- soit une demande de report, si un certain nombre de salariés de l'entreprise (2% de l'effectif ou du nombre de jours travaillés, selon que l'entreprise compte plus ou moins de 200 salariés) sont déjà en congé pour création d'entreprise ou en congé sabbatique ou sans justification, dans la limite de 6 mois ;
- soit, dans les entreprises de moins de 200 salariés, son refus s'il estime — après consultation des représentants du personnel — que l'absence du salarié peut avoir des conséquences préjudiciables pour l'entreprise. Il doit alors motiver sa décision.

Trois mois au moins avant le terme du congé, le salarié informe l'employeur de sa décision de :

- réintégrer l'entreprise. Il doit alors retrouver son emploi précédent ou similaire, et sa rémunération ;
- rompre son contrat de travail. Il n'a alors pas à effectuer de préavis.

Le congé sabbatique

Il n'a pas de finalité économique, les conditions prévues sont plus rigoureuses. Tout salarié peut bénéficier d'un congé sabbatique, s'il remplit les conditions suivantes :

- ancienneté dans l'entreprise — ou dans une entreprise du même groupe — d'au moins 36 mois, consécutifs ou non,
- 6 années d'activité professionnelle.

Le salarié ne doit pas avoir bénéficié, au cours des 6 années précédentes, d'un congé sabbatique, d'un congé pour création d'entreprise ou d'un congé individuel de formation de 6 mois ou plus, dans la même entreprise.

Le congé sabbatique est pris pour une durée comprise entre 6 et 11 mois.

Pendant son congé, le salarié peut travailler dans une autre entreprise ou créer sa propre entreprise,

sous réserve de ne pas se livrer à une concurrence déloyale vis-à-vis de son employeur principal. Le salarié n'a pas à indiquer le motif de son congé.

L'employeur peut reporter ou refuser le congé dans des situations précises. Le report est possible lorsque le nombre de salariés bénéficiant déjà d'un congé pour création d'entreprise ou d'un congé sabbatique dépasse les quotas suivants :

- dans les entreprises de 200 salariés et plus, 2 % de l'effectif (ou 1,5 % au titre du seul congé sabbatique).
- dans les entreprises de moins de 200 salariés, 2 % du nombre total de jours travaillés dans les 12 mois précédant le départ en congé (ou 1,5 % au titre du seul congé sabbatique),

Le report est prononcé pour une durée maximum :

- de 6 mois dans les entreprises de 200 salariés et plus,
- de 9 mois dans les entreprises de moins de 200 salariés.

Risque de préjudice dans les entreprises de moins de 200 salariés Le refus peut être prononcé par l'employeur dans les mêmes conditions que celles énoncées dans la section sur le congé pour la création d'entreprise. Le refus d'accorder un congé sabbatique (ou un congé d'entreprise) peut donner lieu à un recours du salarié devant le conseil de prud'hommes.

Suspension du contrat de travail Pendant le congé, le contrat de travail est simplement suspendu : le salarié fait toujours partie des effectifs de l'entreprise mais l'employeur n'a pas l'obligation de le rémunérer (sauf dispositions conventionnelles plus favorables). Durant cette période, le salarié n'acquiert ni ancienneté, ni droit à congés payés.

Sauf s'il a expressément mentionné cette possibilité dans sa demande, le salarié ne peut pas exiger de revenir dans l'entreprise avant le terme de son congé sabbatique.

Et après le congé ? Au terme du congé sabbatique, le salarié reprend son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente.

Le congé de formation

Il a pour but de permettre l'acquisition de nouvelles connaissances par le salarié, voire un nouveau diplôme. Il faut pour en profiter avoir au moins 24 mois d'ancienneté. Il est dure une année, durant laquelle l'entreprise continue de verser le salaire avec une subvention de l'État à hauteur de 50%.

Durant ces congés, le salarié ne peut être licencié, sauf cas de force majeure.

8.6.2 la rupture du contrat de travail

Du fait du salarié

Cette rupture correspond à la démission du salarié, pour laquelle un préavis de trois mois est nécessaire.

du fait de l'employeur

Deux cas se présentent :

- le licenciement (traité dans la suite du cours),
- maladie ou décès de l'employeur.

Induite par une concentration d'entreprises

La rupture correspond à la disparition de l'activité assurée par le salarié dans le cadre de son contrat de travail.

Les conventions collectives

Définition

Une convention collective est un accord collectif de travail conclu entre un employeur ou un groupement d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives en vue de déterminer l'ensemble des droits et obligations des salariés quant aux conditions de leur emploi et de leurs garanties sociales.

La négociation des conditions de travail est un principe constitutionnel. Les conventions collectives et les accords collectifs sont négociés au jour le jour entre organismes d'employeurs et de salariés

Les conventions collectives peuvent être conclues à différents niveaux : interprofessionnel, professionnel, branche, entreprise, établissement. Elles peuvent également avoir un champ d'application territorial variable : national, régional ou local.

Ce qui différencie la convention collective, d'un accord collectif simple est que la convention porte sur l'ensemble des conditions de travail, tandis que l'accord concerne un ou plusieurs points des conditions de travail.

Conventions collectives et lois

La convention collective est un acte juridique, elle peut déroger aux lois supplétives, mais elle ne peut déroger aux lois impératives. Les conventions collectives et accords ne peuvent contenir que des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois en vigueur. La loi et les règlements regroupés dans le Code du travail constituent donc une sorte de protection minimum.

une source du droit

Pivot des Lois Auroux de 1982, la négociation collective entre salariés et employeurs présente deux facettes principales : les conventions et accords collectifs d'une part, les négociations annuelles d'autre part.

Conventions collectives et contrat de travail

Le contrat de travail prévoit des dispositions plus favorables mais jamais plus défavorables que la convention collective pour le salarié.

9.1 La négociation, le contenu, la publicité

9.1.1 La négociation des conventions collectives

L'obligation de négocier périodiquement

La négociation collective peut avoir pour objet de créer un accord au sein de l'entreprise dont le contenu est plus favorable aux salariés que la loi en vigueur. La loi du 12 juillet 1990 précise en outre que tout employeur est tenu, dans certaines conditions, d'ouvrir une négociation annuelle avec les représentants des salariés.

Deux points sont obligatoires :

1. le salaire, négocié annuellement.
2. la classification, c'est-à-dire le positionnement des différents postes dans la hiérarchie, négocié tous les 5 ans.

La notion de « salaires effectifs » est définie selon une circulaire officielle comme « les salaires bruts par catégories y compris les primes et avantages en nature lorsque ces éléments existent dans l'entreprise en vertu de l'application d'une convention collective ou d'un accord de branche ». Par contre l'administration exclue que la négociation puisse porter sur des situations individuelles.

Les notions de durée effective du travail et d'organisation ne posent pas de difficultés particulières d'interprétation puisque le législateur admet tous les thèmes portant sur la durée du travail, les conditions d'hygiène et de sécurité, les congés, les horaires...

L'employeur doit également, tous les cinq ans, ouvrir une négociation avec les organisations syndicales de salariés représentatives dans son entreprise afin de déterminer les priorités et les objectifs en matière de formation professionnelle.

Les parties à la négociation

Syndicats de travailleurs La convention collective ne peut être conclue, du côté des salariés, que par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives (CFTC, CGT, FO, CFDT...). Cette règle de la représentativité permet également à un seul syndicat, représentatif, de signer une convention. Cela signifie qu'une convention collective peut entrer en vigueur si un seul syndicat l'a signé contre tous les autres syndicats même si ceux-ci étaient majoritaires.

La notion de représentativité est très importante pour les syndicats de travailleurs. Les critères de représentativité sont :

- un effectif suffisant (notion tranchée par les tribunaux),
- l'existence d'une cotisation d'adhésion,
- l'expérience ou l'activité,
- l'indépendance vis-à-vis de l'employeur.

Les employeurs, les autres syndicats, et les autres employés de l'entreprises peuvent engager une action contre la représentativité d'un syndicat.

Syndicats représentatifs des employeurs Du côté des employeurs les règles sont plus souples puisque la convention peut être signée non seulement par les syndicats représentatifs mais aussi avec tout autre groupement — par exemple une association loi 1901 — ou même avec un ou plusieurs employeurs.

Les modalités de la négociation

La négociation annuelle obligatoire peut avoir lieu au niveau de l'établissement, de l'entreprise ou d'un groupe d'établissement. L'initiative de la négociation revient à l'employeur et son point de départ est constitué par un délai d'un an après la dernière négociation. En cas de défaillance de l'initiative de l'employeur, celle-ci revient à une organisation syndicale.

Lors de la première réunion de négociation l'employeur doit remettre aux syndicats différentes informations et préciser les dates des réunions ultérieures. Ces informations doivent permettre une analyse comparée de la situation de l'emploi dans l'entreprise : comparaison des qualifications, des salaires, des horaires effectués, de l'organisation du temps de travail concernant les hommes et les femmes. Elles ne peuvent pas être exclusivement

quantitatives mais doivent aussi être qualitatives. L'employeur doit par exemple fournir un état des postes précaires dans l'entreprise en indiquant le nombre de journées de travail ainsi assurées.

Si la négociation aboutit, elle sera formalisée par la signature d'un accord qui devient effectif même si une seule organisation syndicale le signe. En cas d'échec un procès verbal de désaccord sera établi. Ce procès verbal doit préciser la dernière situation à laquelle ont aboutis les négociations ainsi que les décisions unilatérales que l'employeur compte faire appliquer durant la prochaine année.

9.1.2 Le contenu des conventions collectives

Clauses obligatoires :

1. Champs d'applications de la convention collective
2. Conditions de renouvellement et de révision de la convention collective
3. Conditions de dénonciation de la convention collective

Les autres points varient selon les conditions des travailleurs, d'emploi, de la branche ou du secteur d'activité.

9.1.3 La publicité

Conditions obligatoires de dépôt

L'accord ainsi signé est déposé par la partie la plus diligente en cinq exemplaires à l'inspection du travail et au secrétariat-greffe du Conseil des Prud'hommes. Un exemplaire de l'accord doit également être mis à la disposition du personnel ; à cette fin un avis doit être affiché sur les lieux de travail.

Condition de publicité :

- affichage des références de la dénomination de la convention collective dans un endroit d'accès facile,
- un exemplaire de la convention est remis à chaque syndicat représentatif,
- la référence de la convention collective apparaît dans le contrat de travail signé par le salarié avec l'employeur.

9.2 L'application des conventions

9.2.1 Les salariés bénéficiaires

Ils appartiennent aux branches commerciale, libérale, agricole et autre... Ces salariés travaillent soit dans une société commerciale, soit dans une société publique à caractère industriel et/ou commercial.

9.2.2 Les employeurs/conventions collectives, accords collectifs

Ils adhèrent à un organisme ayant signé la convention ou l'accord.

9.2.3 La convention applicable à l'entreprise

La convention concerne l'activité principale de l'entreprise, c'est-à-dire l'activité grâce à laquelle l'entreprise réalise son plus gros chiffre d'affaire.

9.3 L'évolution du domaine d'application des conventions

9.3.1 L'adhésion

La faculté d'adhésion est une des grandes particularités du droit français des conventions collectives puisqu'elle permet à une organisation de rejoindre les signataires initiaux. Tout syndicat de salariés, tout groupement d'employeurs peut adhérer à tout moment à une convention collective même s'il n'a pas été parti au contrat initial. Cette adhésion se fait par simple notification à la direction départementale du travail où le dépôt initial de la convention a eu lieu.

9.3.2 L'extension

Il s'agit d'une procédure tout à fait originale par rapport au droit commun des contrats puisqu'elle permet aux pouvoirs publics de rendre une convention collective applicable à tous les employeurs (donc y compris les non signataires) entrant dans

son champs d'application professionnel et territorial. L'objectif de ces dispositions est d'unifier les conditions de travail des salariés dans une branche donnée en imposant une réglementation commune aux syndicats les plus représentatifs. L'extension de la convention collective est donc une procédure qui rend son application obligatoire à l'intérieur de son champ d'application territorial et professionnel.

La convention étendue produit, dans son champ d'application professionnel ou géographique le même effet qu'un règlement : elle devient obligatoire pour tous les employeurs et pour tous les salariés sans exceptions.

Conclusion

Actualités des conventions collectives :

1. Accord national interprofessionnel concernant le domaine de la formation : institue et organise le droit individuel à la formation (20h par an). Améliore la participation des entreprises dans la formation de ses employés.
2. Projet de loi sur la formation et le dialogue social.

[illegible]

Définition du licenciement Le licenciement est une rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Défini par l'OIT dans la convention 158 ratifiée par la France.

Depuis la loi du 13 juillet 1973, le licenciement doit être fondé :

- soit sur un motif tenant à la personne du salarié concerné,
- soit à des considérations économiques étrangères au salarié.

Dans tous les cas, l'employeur ne peut pas licencier un salarié sans cause réelle et sérieuse, sauf à ce que ce licenciement soit considéré comme abusif et qu'il s'acquitte alors d'indemnités compensatrices élevées à l'égard du salarié concerné.

Toutefois, la loi n'a donné aucune définition de cette notion de « cause réelle et sérieuse ». C'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui en a fixé la notion. Ainsi, la cause est réelle si les faits reprochés au salarié sont exacts, vérifiés, précis et objectifs. La cause sérieuse est celle qui rend impossible, sans dommages pour l'entreprise, la poursuite de la relation de travail.

Tous les moyens de preuves peuvent être présentés mais le motif doit être licite et loyal. Un enregistrement vidéo n'est pas loyal si l'employé n'en est pas averti.

10.1 Le licenciement lié à la personne du salarié

10.1.1 Le licenciement sans faute

Exemple : l'état de santé

L'état de santé d'un salarié peut entraîner un licenciement sans faute.

Ordinairement, à un état de santé défaillant du salarié correspond un congé maladie avec une reprise du travail. Si la maladie est sérieuse, un infarctus par exemple, l'employeur peut demander au médecin du travail d'examiner le salarié à la fin du congé. Le médecin peut considérer alors que le salarié est :

- apte,
- partiellement inapte, l'employeur a alors une mission de reclassement, s'il ne parvient pas à le reclasser, il peut le licencier,

- absolument inapte.

L'absentéisme répété d'un salarié, même pour des raisons de santé, peut être considéré comme une désorganisation de la vie de l'entreprise et peut entraîner le licenciement. Cependant des clauses protectrices existent dans certaines conventions collectives fixant par exemple un nombre de jours incompressibles avant un licenciement.

L'insuffisance professionnelle

Elle peut avoir un caractère qualitatif ou quantitatif.

1. Le licenciement est *qualitatif* si un cadre ne sait pas diriger une équipe, et à se faire obéir par exemple.
2. Le licenciement est *quantitatif* en cas de non réalisation des objectifs ou des quotas, sauf si les objectifs ne sont pas adaptés à l'état du marché. Cependant, si l'ancienneté du salarié est conséquente, ne pas atteindre les objectifs une année ne peut pas être considérée comme une cause réelle et sérieuse.

10.1.2 Le licenciement pour faute

Quelques exemples :

- La non réalisation des objectifs,
- L'adhésion insuffisante à la culture de l'entreprise,

Il y a eu un changement de jurisprudence dans la considération d'adhésion insuffisante à la culture de l'entreprise.

Avant le changement de jurisprudence, toute critique du salarié à l'égard du conseil de direction pouvait être un motif de licenciement.

Depuis, les projets peuvent être discutés librement. Une fois les projets adoptés, la critique devient normalement interdite. Un cadre a critiqué un projet juste après son adoption par le conseil de direction ; Cela n'a pas été considéré comme une faute. Si les critiques d'un cadre porte sur la direction,

- au sein de l'entreprise, c'est une faute professionnelle,
- en public, ou face à un concurrent, c'est une faute grave.

10.1.3 Le licenciement abusif

Lorsque le licenciement se fait sans motif réel ou sérieux, lorsque les règles de droit ne sont pas respectées ou quand il y a eu comportement brutal ou vexatoire de la part de l'employeur, le licenciement est alors abusif.

Le non respect des règles de droit

La discrimination lors du licenciement est interdite.

L'atteinte aux libertés individuelles Les libertés fondamentales protègent le salarié (liberté d'opinion, d'expression, de conscience, le droit de vote, le droit à l'expression syndicale...). La mission professionnelle du salarié doit être compatible avec les trois premières libertés citées. Le droit de vote s'exerce le dimanche mais il peut poser problème à certaines entreprises (ex : hôpitaux).

Un médecin a été licencié car il s'est absenté de l'hôpital pour voter. En effet, on peut s'organiser pour aller voter, mais il ne faut pas laisser le patient sans continuité des soins.

La liberté d'opinion est garantie, mais son expression est limitée pour le cadre qui a un devoir de réserve. Cette liberté d'expression doit être subordonnée au bon accomplissement de la mission professionnelle.

Les mœurs et la situation familiale ne peuvent être des motifs de licenciement.

Le droit à l'expression syndicale est garanti par le droit social : On trouve dans la jurisprudence beaucoup de cas d'employeurs condamnés pour avoir licencié des syndicalistes.

Dans la politique Un homme politique lors d'une campagne électorale a un secrétaire qui lui donne satisfaction. Toutefois, pendant la campagne, il se rend compte que son secrétaire appartient à la partie politique opposée. Le secrétaire a une liberté d'opinion, cependant, l'homme politique ne peut plus avoir confiance en son secrétaire. Le droit est en faveur de l'homme politique.

Le comportement brutal ou vexatoire de l'employeur

brutal : comportement inopiné de l'employeur qui va licencier un employé qui n'a aucune raison d'être licencié. Ca peut être une forme de discrimination déguisée ;

Vexatoire : implique une atteinte à la dignité du salarié (par exemple l'affichage par l'employeur du motif de licenciement d'un salarié, ou encore l'impossibilité d'un salarié licencié de récupérer ses affaires.

Quand il y a licenciement abusif, on a recours aux prud'hommes. Si le conseil des prud'hommes considère qu'il y a eu licenciement abusif, la salarié a droit à des compensations financières (mais il ne peut pas obliger l'employeur à reprendre le salarié) en fonction de différentes choses :

- le seuil d'effectif : entreprise de moins de 10 salariés, les employés ont droit à des dommages et intérêts car ils ont été victimes d'un préjudice. Pour les moyennes et grandes entreprises :
- si la salarié a moins de 2 ans d'ancienneté : dommages et intérêts dans la mesure où il a subi un préjudice
- s'il a deux ans ou plus d'ancienneté, il aura droit à 6 mois d'indemnités de salaire pour les assedics.

10.1.4 Le licenciement pour faute grave ou lourde

L'employeur a tout intérêt à qualifier une faute en tant que faute lourde ou grave, mais la frontière est dure à établir...

licenciement pour faute grave

C'est la conséquence d'une faute contre la discipline ou violation du contrat de travail. Cette faute grave rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Il n'aura droit ni à un préavis, ni à des indemnités de licenciement. Il n'aura droit uniquement qu'à l'indemnité compensatrice de congé payé. En général, ces personnes ont recours aux prud'hommes pour requalifier la faute.

la notion de faute lourde

Pour cela, il faut que le salarié ait voulu nuire par ses actes ou son comportement à l'employeur (cri-

tiques devant un concurrent, transfert de secret de brevet,...). Le salarié perd ses droits aux indemnités de licenciement, au préavis et à l'indemnité compensatrice de congé payé. Il peut parfois même être poursuivi pénalement.

10.1.5 L'autoliquidation

L'autoliquidation se situe à cheval entre la démission et le licenciement qui sont les deux causes de rupture du contrat de travail. La notion de démission implique une manifestation claire et précise par écrit sans reproche à faire à l'employeur. Si il y a des reproches dans la lettre, alors elle peut être assimilée à un autoliquidation. Exemples de reproches retenus :

- la modification unilatérale du contrat de travail,
- le fait de ne pas être payé à l'échéance.

Lorsqu'il a des reproches à faire, le salarié peut saisir le conseil des prud'hommes. S'il n'y a pas de recours au conseil de prud'hommes, cet acte est considéré comme une démission de poste.

10.1.6 Le conseil de Prud'hommes

C'est un tribunal exceptionnel de l'ordre judiciaire qui est composé de magistrats non professionnels. Le conseil est composé de représentants des employeurs et des salariés. Des élections prud'homales sont organisées tous les 5 ans (les dernières ont eu lieu en décembre 2002) avec d'un côté les employeurs et de l'autre les salariés. Le tribunal est composé de cinq sections ou collèges :

1. l'encadrement pour les cadres,
2. l'industrie,
3. le commerce,
4. l'agriculture,
5. activités diverses.

Les représentants des employeurs sont :

- des chefs d'entreprises,
- des cadres dirigeant ayant une délégation de signature.

Les électeurs doivent avoir 16 ans au minimum, il n'y a pas de condition d'ancienneté. Les salariés issus de syndicats et ayant 21 ans révolus.

L'élection a lieu au scrutin proportionnel, il y a en outre parité entre les conseillers prud'homaux salariés et employeurs.

Il y a un conseil de prud'hommes pour chaque tribunal de Grande Instance.

1. Au bureau de la conciliation, les deux parties doivent être présentes physiquement et peuvent être assistées d'un représentant du personnel. Le but en est de rapprocher leurs points de vue. Le seul motif valable d'absence est l'intérêt légitime des parties (le plus souvent : maladie). Dans tous les cas, l'absence doit être justifiée. Faute d'arriver à un accord, on passe au deuxième bureau.
2. Au bureau du jugement, tous les moyens de preuves sont recevables si elles sont licites. Exemple de preuve illicite : une enquête commandée par un employeur à un détective sur un de ses commerciaux qu'il souhaitait licencier. La décision du bureau de jugement est susceptible d'appel à partir de 3720 euros engagés.

L'appel se fait à la chambre sociale de la Cour d'appel, composée par des magistrats professionnels.

le rôle du conseil de prud'hommes en matière de licenciement Le conseil a un rôle de contrôle si l'employeur invoque un motif réel et sérieux de licenciement. Tous les moyens de preuve sont admissibles s'ils sont licites. En ce qui concerne la vidéo, c'est un moyen licite mais susceptible de trucage : c'est donc un témoignage non recevable. En cas de doute du conseil lors de la vérification, la loi du 2 août 1989 stipule que le doute doit profiter au salarié. Si celui-ci a subi un préjudice, il peut toucher des dommages et intérêts s'il a moins de 2 ans d'ancienneté, ou des indemnités s'il a plus de 2 ans d'ancienneté. La réintégration du salarié est possible en cas d'accord entre lui et l'employeur : c'est rare !

10.2 Les procédures obligatoires en cas de licenciement

10.2.1 L'entretien préalable

Convocation à l'entretien préalable

L'employeur doit convoquer l'intéressé pour un entretien. La lettre recommandée (ou remise en

main propre contre signature) doit indiquer l'objet de l'entretien, l'éventualité d'une rupture du contrat de travail, la date, l'heure et le lieu de l'entretien ainsi que la possibilité de se faire assister d'une personne de son choix appartenant à l'entreprise. L'assistance par un conseiller extérieur à l'entreprise, figurant sur une liste officielle est possible s'il n'y a pas de représentant du personnel dans l'entreprise. L'assistance par un conseiller extérieur est souvent moins efficace. .

Déroulement

Lors de l'entretien préalable, l'employeur ou un représentant de celui-ci, responsable du service des ressources humaines est présent. L'employeur peut se faire assister par une personne de l'entreprise (en général par le supérieur hiérarchique du salarié). Cette personne ne peut pas intervenir sans avoir été invitée. Le salarié n'est pas obligé de s'y présenter mais il y est dans 99% des cas et en général, il se fait assister.

Il a uniquement pour objet d'indiquer les motifs du licenciement envisagé et de recueillir les explications du salarié. Il ne peut être notifié de licenciement au salarié à cette étape. Il a lieu pendant les horaires et sur le lieu de travail. Le refus du salarié de se présenter à cet entretien ne modifie pas la suite de la procédure.

Il peut y avoir un procès verbal de cet entretien mais l'employeur et le salarié doivent être d'accord sur son contenu. Généralement, on a plutôt recours à un enregistrement mais les deux vérifient qu'il est intègre.

10.2.2 La notification

Elle ne peut intervenir qu'après un délai d'un jour franc suivant l'entretien (si l'entretien a eu lieu le lundi, la lettre ne peut être expédiée avant le mercredi matin) et au plus tard un mois après. Ce délai est destiné à la prise de décision. La notification doit être faite sous forme d'une lettre recommandée ou remise en main propre contre signature et doit toujours indiquer le ou les motifs du licenciement. Selon la Cour de cassation l'absence d'énonciation

d'un motif précis équivaut à une absence de motif et rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

10.2.3 Les suites

L'indemnité de licenciement

Elle est fonction de l'ancienneté (les conventions collectives la fixent). Elle sont très faibles (10 ans d'ancienneté pour deux mois d'indemnités).

Le préavis

Période pendant laquelle le salarié continue à travailler tout en cherchant un nouvel emploi. La durée est fixée par les conventions collectives et par les usages. Pour les cadres, l'usage fait que le préavis dure 3 mois. Pour les cadres supérieurs c'est souvent 6 mois mais ce n'est pas l'usage. Il peut arriver que les deux renoncent au préavis. Si c'est le salarié c'est qu'il a retrouvé un contrat et il demande l'accord de l'ancien employeur. Si c'est l'employeur, il lui doit une indemnité de préavis égale au montant du nombre de mois pendant lesquels il aurait travaillé.

Le départ

Au moment du départ l'employeur doit remettre au salarié un certificat de travail. Ce certificat ne peut contenir aucune mention susceptible de porter préjudice au (par exemple la raison de son licenciement s'il s'agit d'une faute).

Il remet également le reçu pour solde de tout compte. Celui ci est couvert de la signature du salarié précédée de la mention manuscrite « reçu pour solde de tout compte ». Le reçu pour solde de tout compte est devenu un simple document facultatif sans effet libératoire pour l'employeur. Son effet juridique est celui d'un simple reçu des sommes qui y figurent expressément. Antérieurement, le reçu pour solde de tout compte avait un effet libératoire pour tous les éléments de rémunération qui y étaient mentionnées au terme d'un délai de deux mois. Le salarié doit aussi recevoir son attestation ASSEDIC qui va lui permettre de faire valoir ses droits aux prestations d'assurance chômage.

10.3 Le licenciement économique

Il est régi par 3 lois : celle du 2 août 1989, par la loi de modernisation sociale de 2002 et par la

loi du 3 janvier 2003 (loi Fillon). Selon la loi du 2 août 1989 il correspond à une suppression ou une transformation d'emploi ou modification substantielle du contrat de travail qui doivent être consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

Définition de la loi de modernisation sociale : il doit être consécutif à des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen ou d'évolutions technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise ou de nécessités de réorganisation. Le patronat a demandé plus de souplesse ==> loi Fillon qui fait que l'on revient à la définition précédente.

La notion de modification substantielle du contrat de travail : depuis deux ans, on utilise cette notion. C'est une modification suggérée par l'employeur à l'égard du salarié mais il faut son accord (il a un mois pour accepter ou non). S'il accepte, il y a un avenant. S'il refuse ce sera une cause réelle et sérieuse de licenciement économique.

Les difficultés économiques doivent être sérieuses : endettement de l'entreprise, baisse significative du CA, perte de clients importants,...

Notion de mutation technologique : transformation d'emplois, modifications dans les technologies utilisées par l'entreprise. Une baisse des profits n'est pas un motif de licenciement.

10.3.1 Le licenciement individuel

Licenciement d'une personne pour motif économique, elle suit la même procédure que le petit licenciement économique.

10.3.2 Le petit licenciement économique

Ce type de licenciement s'applique pour moins de 10 salariés sur une période de 30 jours. L'employeur doit convoquer les représentants du personnel et leur remettre un document écrit qui précise l'effectif total de l'entreprise, les raisons du licenciement, le nombre, les critères de choix des salariés susceptibles d'être licenciés et la date des licenciements.

Ils doivent émettre un avis sur le projet de licenciement et sur les mesures d'accompagnement, mais ils n'obligent pas l'employeur qui reste maître du jeu.

Le salarié doit être convoqué à un entretien préalable de licenciement qui doit avoir lieu avant l'envoi de la lettre de licenciement. L'employeur doit, au cours de cet entretien proposer au salarié de bénéficier, au cours de son préavis, des prestations d'aide au retour à l'emploi mises en œuvre par l'ANPE ou dans les entreprises d'au moins 1000 salariés, d'un congé de reclassement. La lettre de licenciement doit préciser les motifs économiques, la proposition relative aux prestations d'aide au retour à l'emploi ou au congé de reclassement ainsi que l'existence d'une priorité de réembauchage valable 1 an. Le salarié peut refuser ce plan d'aide au retour à l'emploi (PARE). Les employeurs sont tentés d'utiliser ce licenciement de façon détournée car il y a moins de problèmes administratifs.

10.3.3 Le gros licenciement économique

C'est un licenciement qui affecte 10 personnes ou plus sur une durée de 30 jours.

L'ordre des licenciements

Les critères de licenciement sont dans les conventions collectives ou dans les contrats de travail :

- les charges de famille : ensemble des personnes qui peuvent vivre sur le salaire de la personne qui va faire l'objet d'un licenciement.
- le critère de l'ancienneté
- les difficultés particulières que peuvent rencontrer certains salariés à se réinsérer
- les qualités ou compétences professionnelles.

Le licencié peut demander quels ont été les critères et l'employeur doit répondre dans les 10 jours qui suivent.

Le plan de sauvegarde de l'emploi ou plan social

Loi du 17/02/2002 : mesure obligatoire prise par l'employeur pour limiter le nombre de licenciements et favoriser le reclassement des salariés. Il y a les préretraites, la RTT, le travail à temps partiel,

le reclassement interne ou externe (recherche faite par l'employeur dans le bassin d'emploi environnant). C'est une prérogative de l'employeur mais il délègue parfois ce travail.

Systèmes d'aide mis en place :

- aide à la mobilité géographique si l'emploi retrouvé est loin
 - aide à la création et à la reprise d'entreprise.
- L'employeur doit justifier ce qu'il a fait en matière d'aide et de recherche.

la priorité de réembauchage

Quand il s'agit d'un licenciement important, le salarié licencié a une priorité de réembauchage pendant un an. Si la situation de l'entreprise s'améliore, les nouveaux emplois doivent être offerts en priorité aux anciens salariés. Mais l'employeur n'est pas obligé de les reprendre au poste équivalent à celui qu'ils avaient. Si le licencié refuse une offre, la priorité de réembauchage tombe.

les procédures obligatoires, le contrôle administratif

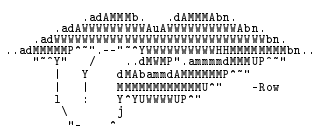
Consultation des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel. Deux réunions où l'employeur explique pourquoi les mesures sont inévitables. Les représentants du personnel ont le droit de faire venir un expert comptable pour vérifier les chiffres donnés par l'employeur (il ne peut pas refuser). A la fin de la première réunion, l'employeur doit obligatoirement envoyer le plan de sauvegarde de l'emploi à la direction départementale de l'emploi et de la formation professionnelle. Elle va l'étudier et vérifier si elle est conforme au droit du travail. Si ce n'est pas bon, il y a un plan de carence pour qu'il le révise. Lors de la deuxième réunion, il y a des discussions de fond mais elles n'engagent pas l'employeur.

Le contrôle administratif est très peu fréquent aujourd'hui, la loi ayant supprimé l'autorisation administrative de licenciement en 1986. Il subsiste toutefois pour les salariés protégés (représentants élus du personnel) pour lesquels il faut une autorisation de l'inspection du travail pour procéder à un licenciement.

Quatrième partie

Le droit commercial

Les commerçants et les biens des commerçants



11.1 introduction

Il existe de nombreux traités et d'organisation régissant les droits commerciaux au niveau mondial.

Au niveau de l'Union Européenne , le droit à la concurrence est très important et défini. Les premiers textes datent de 1962, et de récents textes y ont apportés des modifications. Le traité de Rome a introduit le principe de liberté de circulation des biens, des services et des personnes. Il favorise le droit commercial et mène à une économie libérale.

En France le droit au commerce existe depuis la révolution française. En mars 1791 le décret d'Alarde introduit la liberté commerciale. C'est donc la fin des corporations et le début des commerces).

Les usages commerciaux sont nombreux et utilisés. Le Code du commerce ne se suffit pas à lui tout seul, mais il rassemble la plus grande partie des textes.

11.1.1 Chambre de commerce et de l'industrie

C'est un établissement public administratif composé de commerçants et d'industriels élus pour six

mois par leurs paires. Les chambres de commerce et d'industrie ont pour mission de représenter les intérêts du commerce et de l'industrie auprès des pouvoirs publics, elles assument encore des missions administratives. Elle est financée par un prélèvement sur la taxe professionnelle. Cette établissement n'est pas spécifique à la France.

Fonctions

- Elles sont consultées par le gouvernement pour chaque réforme sur le droit commercial,
- elles conseillent les entreprises
- elles assurent la formation des futurs cadres dans le domaine commercial,
- elle délivre des parères, c'est à dire des certificats attestant l'existence d'un usage professionnel dans une localité.
- elles ont une fonction de gestion car le patrimoine des chambres est important,
- au niveau international, elles ont un rôle de conseil pour les entreprises qui vont s'installer à l'étranger.

11.1.2 Le tribunal de commerce

C'est un tribunal du premier degré et fait partie de la juridiction judiciaire. C'est la juridiction la plus ancienne, instaurée sous le règne de Charle IX.

Le tribunal de commerce juge tous les litiges commerciaux :

- conflits entre commerçants dans l'exercice de leur profession (par exemple, si un marchand conteste la valeur d'une marchandise achetée à un autre commerçant),
- conflits entre associés d'une société commerciale,
- conflits nés de la vente d'un fonds de commerce.
- les conflits concernant les actes de commerce entre commerçants et non-commerçants (par exemple, si vous contestez la qualité d'un produit vendu par un commerçant),
- les conflits liés aux règlements et aux liquidations judiciaires.

Mission administrative

Le greffe du tribunal de commerce tient les actes et délivre les copies des décisions du tribunal permettant leur exécution. Il tient également le registre du commerce et des sociétés où les commerçants sont tenus de s'inscrire.

Composition

Le tribunal de commerce est composé d'un président et de juges non professionnels, en nombre variable. Lorsqu'il statue, il doit comprendre au moins 3 magistrats. Les juges sont élus pour 2 ans ou 4 ans par des représentants des commerçants et des industriels. Les élections sont indirectes.

Au premier tour les commerçants (sauf les étrangers) élisent des juges consulaires. Au deuxième tour, les juges consulaires élisent les magistrats, élus au maximum pour 14 ans.

Ce tribunal de commerce est apprécié par les commerçants.

- procédures orales ou plus souvent écrites.
- pas d'obligation de représentation par un avocat.
- jugements rapides et efficaces,
- en cas d'appel, le jugement se fait avec des magistrats professionnels,
- Tous les moyens licites de preuve sont admis.

11.1.3 Définition du commerçant et de l'acte de commerce

Définition

Le commerçant est une personne qui passe des actes de commerce et qui en fait sa profession ha-

bituelle.

Les actes de commerces sont énumérés dans l'article L110.1

Article L110-1 « La loi répute actes de commerce :

1. Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre ;
2. Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ;
3. Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ;
4. Toute entreprise de location de meubles ;
5. Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ;
6. Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ;
7. Toute opération de change, banque et courtage ;
8. Toutes les opérations de banques publiques ;
9. Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ;
10. Entre toutes personnes, les lettres de change. »

Le terme profession habituelle signifie une répétitivité des actes de commerce, mais le commerçant peut avoir d'autres activités.

Le commerçant agit pour son propre compte. Un salarié ne peut pas être un commerçant.

Distinction entre commerçant et artisan

Un artisan possède des compétences spécifiques dans un domaine donné sanctionné par un ou des diplômes. Il ne peut pas employer plus de 10 salariés.

Un artisan est immatriculé au répertoire des métiers, tandis que le commerçant est immatriculé au registre de commerce et des sociétés. Un artisan peut bien entendu être également commerçant.

11.2 Les restrictions

11.2.1 Les restrictions liées à la personne du commerçant

L'incapacité

La capacité commerciale est différente de la capacité civile. Ici, il faut que la personne soit majeure.

Les incompatibilités

Un commerçant ne peut pas :

- être un fonctionnaire car il y a possibilité de conflits d'intérêts,
- être un officier ministériel, c'est à dire notaire, huissier, avoué,
- exercer une profession libérale comme médecin, avocats, architectes, ...;

Les parlementaires ne peuvent pas être dirigeants de sociétés faisant appel à l'épargne publique.

La nationalité

L'étranger n'a pas le même statut commercial que le ressortissant français :

- d'une part il doit être titulaire d'une carte de commerçant étranger ou d'une carte de résident délivrées par le préfet ;
- d'autre part, le pays d'origine de l'étranger doit accorder aux Français le droit d'être commerçant dans les mêmes conditions (conditions de réciprocité) ;
- enfin certaines dispositions spéciales interdisent l'accès de nombreuses professions aux étrangers (agents de change, banque...]

Par exception le traité de la CEE a institué la liberté d'établissement au profit des ressortissants des états membres pour l'exercice de toute activité économique.

Les déchéances

L'exercice du commerce directement ou par une personne interposée est interdit pour des raisons de morale publique :

- à toute personnes condamnées (emprisonnement pour crime, peine supérieure à trois mois de prison sans sursis pour vol, escroquerie, abus de confiance, délits fiscaux...), faillite personnelle ;
- aux officiers ministériels destitués.

Cette interdiction est valable au moins cinq ans. Mais un commerçant peut demander la relève de sa déchéance par tribunal. Il doit montrer sa moralité.

11.2.2 Les restrictions liées à l'activité

Les activités interdites

Exemple : le trafic de stupéfiants.

Les activités réglementées

Les activités sous monopole sont réglementées.

L'objet social de la profession peut introduire une réglementation spécifique comme les débits de boisson qui doivent posséder une licence, les salles de spectacle, les agences de voyage.

De même, des raisons d'ordre public peuvent intervenir : une piscine privée ne peut être ouverte au public que s'il y a accord du maire. Le cirque doit obtenir l'autorisation du maire pour ses représentations également.

Les grandes surfaces

Loi de 1973, modifié jusqu'en 1996.

Toute grande surface doit obtenir l'autorisation de la Commission départemental d'équipement commercial, avant même sa construction. La Commission cherche un équilibre entre les grandes surfaces et les commerces de proximités. Mais malgré les précautions prises, les commerces de proximité sont de moins en moins nombreux.

11.3 Les obligations

11.3.1 Les obligations liées à une profession

L'interdiction de refus de vendre à un consommateur

Le droit fait la distinction entre un refus de vente à un professionnel et à un consommateur.

Le commerçant peut refuser de vendre à un consommateur exceptionnellement si :

- la marchandise n'est plus en rayon,
- la demande est contraire aux usages commerciaux (On ne peut pas acheter un raisin !).

L'établissement d'une facture, l'affichage des prix

L'établissement de la facture est obligatoire, c'est la preuve de la transaction réalisée, et de l'acceptation du client. De même l'affichage des prix est obligatoire, mais prend des formes différentes suivant le produit proposé. (par exemple, sous forme de tableau)

11.3.2 L'inscription au RCS

Le registre du commerce et des sociétés (RCS) a pour objet de recevoir l'immatriculation des personnes physiques ayant la qualité de commerçant et celle des sociétés commerciales ou autres personnes morales assujetties à l'immatriculation. Il doit être l'image même de la vie du commerçant.

Le RCS comprend un registre local au greffe du tribunal de commerce où s'exerce l'activité commerciale et un registre national à l'INPI.

Aujourd'hui, le centre de formalité des entreprises centralise les différentes formalités. Ensuite l'immatriculation obligatoire au niveau du RCS prend la forme d'une lettre et d'un numéro.

A : personne physique (immatriculation obligatoire 15 jours après l'ouverture).

B : société commerciale (immatriculation obligatoire avant l'ouverture)

C : groupement d'intérêt économique (GIE).

Le numéro est radié à la disparition du commerce.

Une association peut être commerçant de fait, mais n'a pas à être immatriculée, car sa finalité n'est pas de faire de l'argent.

Il y a obligation de publicité au BODACC (bulletin officiel des annonces civiles et commerciales).

11.3.3 Les obligations comptables et de gestion

La comptabilité étant à la fois un outil de gestion et un élément d'information pour les tiers, le Code du commerce l'a rendue obligatoire pour tout commerçant et pour certaines personnes morales de droit privé ayant une activité économique et une certaine taille.

Une série de documents comptables sont demandés (donc le compte de résultat et le bilan). Parfois, une grande quantités sont nécessaires, et demande l'aide d'un comptable. Tout commerçant doit avoir un compte bancaire ou postal.

11.4 Les biens des commerçants

11.4.1 Le fonds de commerce

Le fonds de commerce est une notion juridique née de la pratique commerciale. C'est souvent l'élément patrimonial le plus important d'un commerçant.

La notion de fonds de commerce est difficile à cerner car elle ne se confond, ni avec la « boutique » trop restrictive (le fonds de commerce c'est aussi l'usine), ni avec l'immeuble dans lequel il est exploité, ni même avec l'entreprise qui, elle, est une notion plus large (elle inclut aussi l'élément humain).

Les éléments prédominants sont des biens meubles incorporels.

La clientèle

La clientèle représente l'ensemble des personnes qui ont l'habitude de fréquenter le fonds. L'achalandage vise la clientèle de passage.

Dans les deux cas, il ne s'agit pas d'un bien : on ne peut être propriétaire de ses clients.

Pourtant elle constitue l'élément essentiel du fonds : sans clientèle, il n'y a pas de fonds de commerce.

Lors de la vente d'un fond de commerce, les éléments les plus importants sont la clientèle et le chiffre d'affaire.

En cas de vente, il y a souvent une clause de non-concurrence géographique.

Les marchandises et le matériel

Les marchandises forment le stock du fond de commerce, renouvelé fréquemment, à flux tendu généralement. *Le matériel* est l'ensemble des outils qui permettent au fond de commerce de fonctionner. Ils peuvent être la propriété ou non du commerçant (crédit bail)

L'enseigne, les titres de propriété industrielle

Les titres de propriété industrielle, comme les brevets, les marques font partie du fond de commerce. L'enseigne est un emblème figuratif ou une désignation de fantaisie par lequel un commerçant individualise son fonds. C'est un bien mobilier et abstrait par nature.

Le nom commercial

Pour rallier la clientèle le commerçant personne physique peut user de son nom patronymique, d'un nom composé ou d'un pseudonyme. Lorsqu'il s'agit de personne morale on parle de « dénomination sociale ». Le nom commercial peut être cessible. Servant à attirer la clientèle, il a une valeur patrimoniale. Aussi une action en concurrence déloyale peut être exercée en cas d'usage ou d'imitation par un concurrent.

11.4.2 Le bail commercial

Très souvent le commerçant n'est pas propriétaire des murs dans lesquels il exploite le fonds. Il bénéficie alors d'un droit important : celui au renouvellement du bail.

Ce droit, appelé quelquefois *propriété commerciale* constitue, dans certains commerces, un élément important du fonds puisqu'il permet de conserver la clientèle au même point de vente.

Un régime favorable aux commerçants

La réglementation spécifique des baux commerciaux découle d'un texte de base : le décret du 30 septembre 1953 complété par des réformes plus récentes.

Le contrat initial est fixé librement (loyer libre), et il doit apparaître la destination du contrat commercial avec précision.

Il existe deux régimes différents :

- pas de porte : c'est un complément au loyer versé par le preneur,
- location libre : le loyer est plus important dans ce cas en général.

En général, le bailleur demande au locataire le versement d'un « pas de porte ». Cette somme représente une somme globale que doit payer le locataire à son entrée dans les lieux. Le pas de porte

s'analyse en un supplément initial de loyer compensant la perte de valeur de la propriété résultant de la création de la « propriété commerciale ».

Les locaux mobiles, ainsi que ceux qui servent pour des expositions ou pour la publicité sont exclus du régime.

La durée du contrat de bail est supérieur ou égale à 9 ans. La révisions du loyer n'est possible que tous les 3 ans. Cette clause est valable, mais la jurisprudence veille aux abus potentiels. Pour cela, il y a deux références :

- la valeur locative (valeur du local) ;
- l'indice INSEE du coût à la construction.

En cas de litige, c'est le tribunal de grande instance qui est compétente.

La résiliation du bail commercial se fait en général à l'initiative du preneur, ne peut pas se faire (sauf exception) avant 3 ans, sauf départ à la retraite. Le preneur doit envoyer une lettre recommandée pour la résiliation 6 mois avant l'expiration des 3 ans.

Le bailleur peut résilier le bail en cas de dégradation des locaux, à n'importe quel moment.

La déspécialisation

Les modifications de la vie économique et sociale peuvent amener le commerçant locataire à envisager des modifications d'activités, et donc en conséquence, des modification des clauses du contrat de bail. On parle de déspécialisation soit partielle (simple), soit totale (plénière).

Simple : ajout d'activités connexes et complémentaires par rapport à l'activité initiale, la clientèle n'est pas modifiée. Le preneur doit prévenir le bailleur mais n'est pas obligé de lui demander son autorisation.

Pleinière : changement total d'activité, car le preneur n'arrive pas à rentabiliser son commerce avec son activité initiale. Le propriétaire ne peut refuser que pour un motif légitime, c'est-à-dire qui porte atteinte à la valeur du local.

En cas de contestation, c'est le tribunal de grande instance qui apprécie :

- le caractère connexe ou complémentaire de la nouvelle activité.
- les justifications économiques de la demande de spécialisations totale. Le bailleur peut obtenir dans ce cas une augmentation de loyer et même une indemnité compensatrice.

Le non-renouvellement du bail

Les mesures sont favorables également pour le commerçant. Si le fait de changer de local n'affecte pas la clientèle du commerçant, le commerçant ne reçoit qu'une petite indemnité.

Par contre, si le changement de local affecte beaucoup la clientèle du preneur, le bailleur doit donner au preneur une indemnité d'éviction, qui est toujours élevée.

11.5 Protection à l'encontre des concurrents déloyaux

La concurrence dans son fondement est saine et le but d'un commerçant est de capter la clientèle d'un autre. Cependant, certains actes sont contraires aux usages pratiqués dans les milieux commerciaux honnêtes. Ainsi les « abus » seront sanctionnés par

le biais de la mise en application de la responsabilité civile pour faute (art. 1382 du Code civil). Il s'agit d'une action en concurrence déloyale.

11.5.1 Définition de la concurrence déloyale

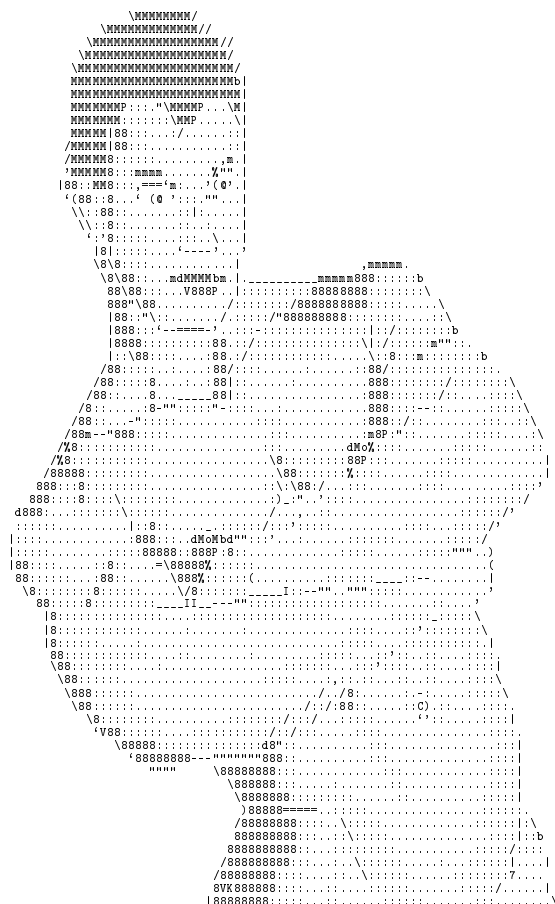
On retrouve dans la mise en œuvre de la concurrence déloyale les caractères de base de la responsabilité :

- un préjudice (perte de clientèle, atteinte à la réputation) ;
- une faute (violation d'un usage professionnel) qui n'a pas nécessairement un caractère intentionnel ;
- un lien de causalité entre faute et dommage.

Cette faute peut être :

- le dénigrement : fait de citer de manière injurieuse un concurrent ;
- l'imitation : fait d'usurper le nom ou l'enseigne d'un concurrent, mais il faudra ici justifier de signes distinctifs suffisamment originaux et d'une réelle situation de concurrence ;
- la désorganisation de l'entreprise rivale : fait d'espionner ou de débaucher le personnel du concurrent.

12.1 Le brevet



Introduction

La concurrence se faisant de plus en plus vive, chaque commerçant a voulu protéger la spécificité de sa compétence. Or, seul le droit de propriété pouvait lui garantir une protection juridique efficace à l'encontre des usurpateurs.

La propriété industrielle assurant le monopole d'exploitation concerne les brevets d'invention, les marques de fabrique, les dessins et modèles.

Le brevet est un élément important du fonds de commerce (surtout pour la nouvelle économie). Une analyse stratégique doit être menée pour voir dans quelle mesure l'entreprise doit protéger l'innovation par un titre de propriété industrielle : soit au niveau français, soit à un échelon plus large.

Une invention peut être protégée par le secret, mais ce n'est pas possible dans tous les domaines d'activité.

Beaucoup d'entreprises considèrent que le brevet, de par son caractère public, constitue une garantie.

12.1.1 Les conditions de brevetabilité

Il y a brevetabilité quand il y a invention.

Ce qui n'est pas brevetable : les idées (sauf si elles sont mises en application), les théories scientifiques, les algorithmes, les plans, les méthodes (ex : comptabilité...).

Certaines créations ornementales (esthétiques) sont aussi des créations industrielles, elles peuvent donc faire l'objet d'un brevet.

Il y a une grande controverse sur les programmes informatiques : pour l'instant, ils ne peuvent pas donner lieu à brevetabilité (à la différence des États Unis et du Japon). Une modification de la Convention de Munich est prévue pour la brevetabilité des programmes informatiques.

Le caractère industriel

Cette notion de caractère industriel est une notion générique. Quand on dit « industriel », cela veut signifier « utile », cela n'a rien à voir avec l'esthétique.

Des questions se sont posées dans le domaine médical : les méthodes thérapeutiques et chirurgicales ne peuvent faire l'objet de brevets. En revanche, les médicaments correspondent à un critère d'applicabilité industrielle (composition chimique).

L'application industrielle

Actuellement, il y a une discussion concernant les inventions autour des animaux. Cela ne pouvait pas donner lieu à un titre de propriété industrielle. En revanche, il y a applicabilité industrielle dans le domaine génétique, ce qui pose des problèmes économiques et éthiques.

La nouveauté

Elle correspond à ce qui n'est pas compris dans l'état de la technique connue dans le domaine, le secteur d'activité concerné. Cela implique une recherche d'antériorité avant dépôt de brevet, la non divulgation de l'invention avant la demande de titre de propriété industrielle.

Exception : la divulgation peut être autorisée dans le cadre des expositions, les foires.

L'abus des tiers : un tiers se sert de ses relations avec les inventeurs pour déposer le brevet avant eux-ci.

On considère que l'abus des tiers ne fait pas perdre le caractère de nouveauté. Il faut cependant le prouver. Par contre quand on fait une communication à l'occasion d'un colloque, il peut y avoir perte du critère de nouveauté.

Le caractère inventif

Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme de métier, elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique. Un homme du métier est une personne qui a une bonne connaissance du secteur d'activité et est à même de reproduire une invention à partir de sa description.

Les conditions de brevetabilité s'appliquent à un produit ou à un procédé (soit complètement originaux, soit une combinaison nouvelle de moyens déjà connus) conçu par l'être humain.

Une *découverte* existe dans la nature, une *nouveauté* est créée par l'Homme.

12.1.2 Le régime des salariés

Le salarié en mission

Le salarié en mission est le salarié qui a un contrat de travail où apparaît pour partie ou en totalité sa mission professionnelle. Par conséquent, les inventions seront la propriété de son employeur.

L'invention « hors mission attribuable »

Le salarié au cours de sa mission développe une invention alors même que cela n'était pas stipulé dans son contrat. Son invention appartiendra à l'employeur si elle se situe dans le secteur d'activité de l'entreprise et si elle a été développée en utilisant des connaissances acquises dans l'entreprise. Le salarié peut bénéficier d'un droit à une « juste rémunération » puisqu'il apporte une plus-value à l'entreprise, souvent prévue dans la convention collective.

12.1.3 L'invention « hors mission non attribuable »

Cela correspond aux inventions que les salariés développent dans un domaine d'activité autre que celui de l'entreprise. Tout au plus l'employeur peut-il se faire attribuer la propriété ou la jouissance si l'invention a été réalisée avec l'aide de l'entreprise ou plus généralement présente un lien avec cette dernière. Le salarié peut demander un titre de propriété industriel à son nom.

12.2 L'obtention d'un brevet

12.2.1 La requête

Le titre de propriété industrielle va être dévolu à la personne qui la première fera une demande de dépôt.

La requête en délivrance donne des indications sur la personne, dans certains cas l'affaire est traitée par un mandataire dont le nom apparaîtra.

La demande de brevet doit comporter une description de l'invention et des revendications :

- la description : elle doit énumérer les caractéristiques techniques de l'invention, de telle sorte qu'un homme de métier puisse exécuter l'invention. Elle peut être complétée par des dessins ;
- les revendications : elles déterminent l'étendue de la protection recherchée.

La requête est déposée au siège de l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle) ou dans un de ses centres régionaux ou dans une préfecture sauf celle de Paris.

L'INPI fait une recherche d'antériorité en faisant appel à des spécialistes, et en consultant des bases de données.

La Défense Nationale peut s'approprier certaines inventions (moyennant rémunération) pour cause de sécurité nationale. Elle peut également, pour la même raison interdire l'utilisation de certains concepts.

La Santé Publique intervient pour les médicaments. Le Code de la Santé Publique régit les brevets sur les médicaments.

Les considérations

Les considérations permettent de déterminer les champs d'application du monopole d'exploitation du titre de propriété industrielle. Les considérations font référence aux descriptions.

Les considérations sont assorties d'un rapport de recherche qui correspond aux conditions de la brevetabilité et cela donne lieu à publicité.

Brevet ou certificat d'utilité

Le brevet est un titre de propriété industrielle délivré pour une durée de 20 ans. Le certificat d'uti-

lité est également un titre de propriété industrielle délivré pour une durée de 6 ans, il permet une dispense du rapport de recherche (mêmes procédures que pour le brevet sinon).

Mais il y a beaucoup plus de brevets que de certificats même si le brevet devient obsolète avant la fin de la protection.

certificat d'addition :

l'objet de l'invention est rattaché à au moins une revendication du brevet ou du certificat d'utilité principal. Il s'agit donc d'un titre accessoire. Il peut être demandé s'il se rattache au titre principal (théorie de l'accessoire) et si la demande est faite par le propriétaire du brevet

certificat complémentaire de protection

il est réservé aux inventions pharmaceutiques (loi du 25 juin 1990) : compte tenu de la longueur des procédures suivies pour obtenir un brevet de médicament, l'industrie a fait valoir que la durée habituelle était insuffisante pour la commercialisation d'un médicament (enquêtes administratives longues).

L'industrie a demandé et obtenu une augmentation de la durée des brevets des médicaments sous la forme du certificat complémentaire.

La durée du certificat complémentaire à court terme légal du brevet, ne peut excéder sept ans à compter du terme du brevet, 17 ans à compter de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché. La durée expire à l'échéance du premier de ces délais.

12.2.2 L'exploitation du brevet

Il est rare qu'il y ait une cession du titre de propriété industrielle qui soit indépendante du fond de commerce.

Le titulaire a pour obligation d'exploiter le brevet car au bout de 3 ans après délivrance du brevet et 4 ans après la date de dépôt, et sauf excuse légitime, les tribunaux peuvent accorder une licence à tout demandeur (le but étant d'éviter que certains déposants « n'enterrent » des inventions pourtant utiles à faire progresser l'état de la technique.

12.2.3 Les conventions et la stratégie des entreprises

La Convention PCT ou de Washington, d'initiative américaine, regroupe les pays développés et en voie de développement. Cette convention propose un travail au niveau du rapport de recherche. Il est important surtout pour pays en voie de développement

La convention d'Union de Paris

Cette convention a été rédigée en 1883. 163 États ont signé cette convention. Parmi les absents notables : le Pakistan et l'Afghanistan.

Le grand principe à la base de la Convention de Paris est que chaque pays membre doit traiter de façon identique les demandes de brevets déposées par ses nationaux et par les ressortissants de tout pays membre de l'Union.

Cette convention permet à l'inventeur de faire jouer le droit de priorité pour faire breveter les produits dans les états paraissant faire partie de sa politique stratégique mais il faut payer dans chaque état une redevance.

Le brevet européen

Le brevet européen issue de la convention de Munich comporte deux aspects :

1. le travail concernant le rapport de recherche pour les conditions de la brevetabilité,
2. l'éclatement du brevet en autant d'États membres.

Le brevet communautaire

À ne pas confondre avec le brevet européen. C'est un brevet régit par le droit de l'Union européenne.

12.3 Les marques

Définition

Les marques, confondues ou non avec le nom commercial et l'enseigne, constituent des signes distinctifs permettant de rallier la clientèle. Faute de

dépôt, et en cas d'atteinte à l'originalité du signe utilisé, seule l'action en concurrence déloyale peut être utilisée. En revanche lorsque le signe choisi comme marque a fait l'objet d'un dépôt, il bénéficie d'une protection plus étendue.

Règles bafouées au quotidien. Définition : marque = droit de propriété industrielle constitué de signe(s) qui correspondent à des produits ou des services distincts des produits et services concurrents. Actualité de ce sujet : redondance du droit des marques et de la problématique des noms de domaines sur Internet Droit des marques repose sur le principe de spécialité. Marques sont distinctes par domaine d'activité 1 nom patronymique = caractéristique extrapatrimonial et attribut de la personnalité. Mais une personne peut utiliser son nom comme dénomination sociale ou marque ' entre dans le domaine du droit commercial.

12.3.1 Les divers signes susceptibles de constituer une marque

Le nom patronymique ou le pseudonyme

En principe, toute personne a le droit, pour exercer le commerce, d'utiliser son propre patronyme. Toutefois, ce principe peut être écarté notamment lorsqu'un homonyme utilise déjà ce nom dans des activités semblables ou similaires.

Le nom tiré de la création

Les prénoms, les lettres, les chiffres, les initiales

Huit, 505, IBM, des slogans (le bon sens près de chez vous...),

Les termes de fantaisie

Lactel, banania...

La figuration

Les signes figuratifs : c'est-à-dire la forme du produit ou du conditionnement, combinaison de couleurs, emblème, logotype, dessin, étiquette, photo, son... Une marque sera dite « complexe » lorsqu'elle associe plusieurs signes : dessin + nom par exemple.

Exemple - La société Kodak est titulaire de trois marques constituées la première par une bande horizontale rouge sur le fond jaune, la seconde par une bande rouge entourant la partie supérieure d'un cartonnage jaune, la troisième par un boîtier jaune de forme parallépipédique rectangle revêtu sur une face longitudinale d'un emblème horizontal rouge évoquant en sa partie gauche le dessin stylisé de la lettre K, la partie intérieure de l'emblème constituée de fines bandes parallèles rouges laissant apparaître le fond jaune.

Les emballages

Forme de bouteilles...

Les couleurs

Les couleurs primaires ne peuvent faire l'objet d'une marque, du moins sans combinaison avec un autre signe.

La problématique de la géographie

Les noms géographiques sont autorisés (Côte d'Or...). Cependant la marque ne doit pas créer de confusion avec une appellation d'origine.

12.3.2 Les interdits

Ce qui est frauduleux ou déceptif

Ce qui est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou dont l'utilisation est légalement interdite ne peut être adopté comme marque.

Une marque ou un message publicitaire est déceptif ou déceptive, lorsque celle-ci ou celui-ci est susceptible d'induire le public en erreur notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit évoqué.

Appréciation du caractère distinctif

Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés. Sont dépourvus de caractère distinctif :

1. Les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service ;

2. Les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service ;
3. Les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle. Le caractère distinctif peut être acquis par l'usage.

La notoriété

Art L711.-4 du Code de la propriété intellectuelle Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment :

1. À une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ;
2. À une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ;
3. À un nom commercial ou à une enseigne connus sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ;
4. À une appellation d'origine protégée ;
5. Aux droits d'auteur ;
6. Aux droits résultant d'un dessin ou modèle protégé ;
7. Au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image ;
8. Au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale.

12.3.3 Les appellations d'origine et les labels

Les appellations d'origine

Constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractéristiques sont dus au

milieu géographique comprenant des facteurs naturels et humains.

En France, il existe quelques appellations d'origine pour des produits manufacturés (monoï de Tahiti par exemple). Mais c'est essentiellement dans le secteur agricole et alimentaire que l'on rencontre les appellations d'origine contrôlées (AOC) notamment dans les vins, les eaux de vie et les fromages. . .

Depuis 1992, il existe un signe européen équivalent à notre AOC : c'est l'appellation d'origine protégée (AOP) qui est décernée à certains produits agricoles et alimentaires autres que les vins et les spiritueux.

Les labels

Les labels agricoles attestent qu'une denrée alimentaire ou qu'un produit agricole non alimentaire et non transformé possède un ensemble distinct de qualités et caractéristiques spécifiques préalablement fixées dans un cahier des charges établissant un niveau de qualité supérieure au produit courant.

Ces produits doivent se distinguer des produits similaires notamment par leurs conditions particulières de production et de fabrication.

Actuellement, plus de 400 labels rouges sont homologués en France.

La certification de conformité (atout certifié qualité)

Elle se définit comme la labellisation, mais étant précisé que si le label est un signe de qualité supérieure, la certification de conformité ne garantit que des caractéristiques particulières identifiables, objectives, mesurables ou le respect de règles de production, de transformation ou de conditionnement.

L'attestation de spécificité

C'est un signe européen qui garantit qu'un produit alimentaire a été fabriqué selon des procédés considérés comme traditionnels. Une attestation de spécificité consacre une recette. Ce signe connaît peu de succès pour l'instant.

Les produits biologiques

(Produits agricoles et alimentaires transformés ou non)

L'agriculture biologique se définit par l'utilisation de pratiques spécifiques de production (emploi d'engrais vert, lutte naturelle contre les parasites. . .) l'utilisation d'une liste positive et limitée de produits de fertilisation, de traitement, de stockage et de conservation, naturels ou de synthèse.

La dénomination "montagne"

Elle garantit que le produit est originaire d'une aire géographique située en montagne et que sa production respecte des techniques spécifiques aux zones de montagne

La mention "montagne" ne peut être utilisée qu'après une autorisation administrative expresse.

Produits industriels et services

Les produits industriels et services peuvent, depuis 1994, bénéficier d'un signe officiel de qualité dans le cadre de la certification. Cette certification atteste qu'un produit industriel ou un service possède des caractéristiques spécifiques garantissant un niveau de qualité élevé et qu'il est contrôlé par un organisme extérieur indépendant.

12.3.4 Le dépôt de marque et le régime d'exploitation

La demande d'enregistrement est déposée soit directement à l'INPI soit au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le déposant est domicilié. Cette demande est soumise à publicité. Le dossier doit comprendre les pièces et taxes nécessaires. Il est prévu dans la nouvelle loi la possibilité pour le titulaire d'une marque notoirement connue de s'opposer à l'enregistrement de cette marque dans un délai de 2 mois à dater de la publication de l'enregistrement. Le directeur de l'INPI a 6 mois pour statuer et accepter ou non l'enregistrement définitif de la marque.

Le titulaire d'une "marque déposée" bénéficie d'un droit de propriété valable 10 ans mais indéfiniment renouvelable. À ce titre il dispose d'une action en revendication (sauf s'il y a eu fraude dans l'obtention de l'enregistrement). À noter néanmoins qu'une marque non exploitée pendant 5 ans, sans excuse légitime, sera frappée de déchéance, ceci afin d'éviter les marques de barrage.

L'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur (art 716-1).

12.3.5 La marque communautaire

Le but et l'intérêt de la marque communautaire sont de permettre aux entreprises d'identifier leurs produits et services de façon identique sur tout le territoire de l'Union Européenne en obtenant, selon une procédure unique devant un Office des Marques Européen, l'enregistrement d'une marque qui jouira d'une protection uniforme et produira ses effets sur tout le territoire de l'une des premières puissances économiques, sinon politiques, du monde.

12.4 La consommation

L'évolution économique constatée au cours du XX^e siècle, et notamment la concentration des moyens de production et le développement simultané de la production de masse, a bouleversé les rapports de force existant entre consommateurs et professionnels à l'avantage de ces derniers. Le Code civil de 1804, basé sur le principe de la liberté et de l'égalité contractuelle, se révéla alors inadapté, voire dangereux pour le consommateur.

12.4.1 La publicité

La publicité se définit par « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et obligations » (Directive Communautaire, 10 juillet 1984).

Cette définition communautaire de la publicité n'est certainement pas la seule, la Cour de cassation dans sa jurisprudence a défini la publicité comme étant « tout document commercial dont les indications et la présentation permettent aux clients potentiels auprès desquels il est diffusé de se former une opinion sur les résultats du bien ou du service proposé ».

La publicité comparative

La publicité comparative est définie comme « Toute publicité qui met en comparaison des biens

ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ».

Elle n'est licite que si :

- Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;
- Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
- Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie (et non plus seulement des biens ou services “de même nature”).
- Elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ;
- Elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent ;
- Elle n'engendre pas de confusion entre l'annonceur et un concurrent ;
- Elle ne présente pas des biens ou des services comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé ;
- Elle ne porte que sur des produits bénéficiant chacun de la même appellation ou de la même indication.

La publicité mensongère

Il s'agit d'une infraction très large puisqu'elle vise toute présentation d'information, écrite, orale, picturale, destinée à provoquer l'acte d'achat chez le consommateur :

- quel que soit le support utilisé : presse, affichage, Internet, etc. ;
- portant sur un des éléments suivant : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens et services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portées des engagements pris par

l'annonceur, identité, qualités ou aptitude du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. . . ;

- fausse (on parle alors de publicité mensongère) ou de nature à induire en erreur (on parle alors de publicité trompeuse).

La notion de publicité trompeuse permet d'interdire les publicités trop habiles qui, bien que ne contenant que des vérités, produisent chez le consommateur moyen des croyances injustifiées.

La mauvaise foi de l'annonceur, c'est-à-dire la conscience de tromper ou de risquer de tromper le consommateur, n'est pas nécessaire pour que soit constituée l'infraction.

12.4.2 Les prix et le consommateur

art. L133-3 du Code de la consommation
« tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout procédé approprié, informer le consommateur sur les prix. . . »

De plus, afin d'éviter toute ambiguïté, « toute information sur les prix doit faire apparaître la somme toutes taxes comprises qui devra être effectivement payée par le consommateur » exprimée en euros.

La présence d'une étiquette « indiquant le prix de vente au kilogramme, la quantité nette délivrée et le prix de vente correspondant » est imposée sur les produits préemballés. De nombreux textes spéciaux ont été adoptés pour réglementer la publicité des prix du pain, du lait, des tarifs de coiffure, des carburants, etc.

12.4.3 La vente et le droit

12.4.4 Les contrats et le consommateur

Pour écarter les conséquences du principe de l'égalité contractuelle retenu par le Code civil, diffé-

rents textes ont créé des droits spécifiques en faveur du consommateur, et des obligations nouvelles au détriment du professionnel.

Le consommateur a droit à une information écrite, il possède un délai de réflexion ou de rétraction. La nullité frappant les clauses abusives permet également de rééquilibrer les contrats d'adhésion en faveur du consommateur.

La sécurité du consommateur est assurée par l'interdiction, faite à tout professionnel, de commercialiser des produits dangereux.

12.4.5 Les organismes de consommation

Un organisme public d'information : l'Institut National de la Consommation (INC)

Établissement public à caractère industriel et commercial, placé sous la tutelle du ministre chargé de la consommation, l'INC a une triple mission :

- être un centre d'essais,
- un centre d'information et de documentation,
- un centre de formation.

Un organisme privé d'information : l'association de consommateurs

Les associations jouent un rôle pratique essentiel dans le mécanisme de défense du consommateur : facilement accessibles, elles disposent de moyens juridiques importants, puisque l'agrément leur donne la possibilité d'agir en justice devant toutes les juridictions civiles et pénales et de défendre l'intérêt collectif des consommateurs.

Ces associations sont très nombreuses. À titre d'exemple, l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC) participe directement à l'amélioration de l'information en accueillant les consommateurs à l'occasion de permanences et en diffusant le mensuel « Que choisir », périodique contenant lui aussi des tests comparatifs.

Cinquième partie

La représentation du personnel et le comité d'entreprise.

Cette représentation existe dans pratiquement tous les pays développés, mais avec des régimes juridiques différents. Au niveau de l'Union Européenne, il n'existe pas de directive à ce sujet.

13.1 les délégués du personnel

Il existe trois lois importantes à ce sujet, datées respectivement du 16 avril 1946, du 28 Oct. 1982 (loi Auroux), et du 20 décembre 1983.

13.1.1 Conditions d'existence

conditions d'effectifs

Il faut avoir au moins 11 salariés sur une période continue ou non de 12 mois dans une période de 3 ans.

ancienneté

Les délégués doivent avoir une ancienneté d'au moins un an, ils peuvent indifféremment avoir la nationalité française ou non.

local

Les délégués se voient adjugés un local par l'employeur, partagé avec le comité d'entreprise. Il doit être aménagé : photocopieuse, ordinateur, téléphone. Ils ont droit à un crédit d'heures mensuel qui varie selon l'effectif (10, 15, ou 20 heures), ainsi qu'à la liberté de déplacement hors de l'entreprise, la liberté de communiquer librement avec les salariés.

13.1.2 Fonctions

relais entre l'employeur et les salariés

Le délégué du personnel est un relais entre l'employeur et les salariés. Si ceux-ci ont se plaindre

de leurs conditions de travail, ils peuvent le faire par l'intermédiaire de leur délégué. Pour cela, il existe chaque mois une réunion de l'employeur avec le/les délégué(s) du personnel. Deux jours avant cette réunion, les délégués doivent faire connaître à l'employeur par écrit les points qu'ils souhaitent aborder. Pendant cette réunion, l'employeur peut être assisté par des collaborateurs. Au-delà des discussions, l'employeur doit apporter une réponse écrite. Ces réponses sont consignées et peuvent être consultées au sein de l'entreprise, elles peuvent être répercutées par voie d'affichage.

Réclamation

Le délégué peut faire remonter des réclamations concernant l'atteinte des libertés dans le cadre de la vie dans l'entreprise. Sur ce point encore, l'employeur, doit donner une réponse écrite. Si il ne donne pas suite à ces demandes, le délégué peut saisir l'inspecteur du travail.

Les plaintes auprès de l'inspection du travail

Pour certaines atteintes graves, le délégué peut décider de saisir directement l'inspection du travail. L'inspecteur du travail est alors censé se déplacer sur les lieux de l'entreprise pour vérifier si il y a vraiment manquement au code du travail. Lors de sa visite, il peut se faire assister par le/les délégué(s) du personnel.

la fonction consultative des délégués

Ils sont consultés sur beaucoup de sujets : ordonnancement des départs en congés annuels, horaires individualisés, etc.

le rôle du délégué en dehors de sa mission traditionnelle

Tout d'abord, le délégué avec les représentants du personnel au comité d'entreprise constitue le collège électoral qui désigne les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Le délégué du personnel, dans une entreprise de moins de 200 salariés peut à la demande de l'employeur cumuler le rôle de représentant au comité d'entreprise. Il va alors faire l'objet d'une information économique de la part de l'employeur. Il peut également être désigné délégué syndical.

13.2 les délégués syndicaux

Leur existence remonte à l'après mai 68 ; leur mission a été précisée par une autre loi Auroux du 28 octobre 1982 : c'est la principale loi de référence en la matière aujourd'hui.

13.2.1 conditions d'existence effectifs

L'entreprise doit compter au moins 50 salariés. Quand ce seuil est atteint, les délégués syndicaux sont désignés par les syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise, sans considération de nationalité.

désignation

Elle est faite par la section syndicale de l'entreprise : un délégué par syndicat représentatif, désigné pour une durée indéterminée.

notification

Tout d'abord auprès de l'employeur, sous forme de lettre recommandée avec accusé de réception. Puis, l'information est également communiquée aux

salariés par les panneaux d'affichage syndicaux, ainsi qu'à l'inspection du travail.

La désignation du délégué peut être contestée auprès du tribunal d'instance (et non pas celui de grande instance !) par l'employeur, les salariés ou les autres syndicats. La contestation peut porter sur l'ancienneté, qui être d'un an, ou l'employeur peut soutenir qu'il y a eu désignation frauduleuse, c'est-à-dire qu'il considère que le délégué syndical a été désigné pour faire obstruction à un licenciement prévu par l'employeur. La contestation doit être faite dans un délai de 15 jours après la notification de la désignation : au-delà de ce délai, il y a prescription.

prérogatives

Le délégué syndical dispose lui aussi d'un crédit d'heures, des libertés de déplacement et communication avec les salariés. Jusqu'à 300 salariés, les délégués syndicaux cumulent la fonction de représentants syndicaux au comité d'entreprise.

13.2.2 attribution

représentation

le délégué représente son syndicat propre auprès de l'employeur et des salariés.

négociation

Il négocie avec l'employeur les conventions collectives et les accords collectifs : ce rôle est particulièrement important depuis deux ans à cause de la loi Aubry II, qui a amené des négociations importantes.

13.3 la représentation du personnel et les élections

Les personnes morales concernées sont les entreprises et établissements. Les délégués du personnel sont élus, ainsi que les représentants du personnel au comité d'entreprise.

Introduction

délégués du personnel au niveau de l'entreprise et de l'établissement

- Au niveau de l'entreprise : voir plus haut.
- Au niveau de l'établissement : une entreprise importante peut avoir plusieurs établissements, qui peuvent avoir des délégués du personnel distincts, si ils sont dirigés par une seule personne, distincte de l'employeur, et si les conditions de travail sont communes à tous les salariés de l'établissement : dans ce cas, il y aura à la fois des délégués du personnel au niveau des établissements et un délégué central au niveau de l'entreprise qui peut être également un délégué d'établissement.

comité d'entreprise et comité d'établissement.

Les représentants du personnel au comité d'entreprise/d'établissement sont élus ; ils existent si l'entreprise compte au moins 50 salariés pendant 12 mois sur 3 ans. Il y aura un comité d'établissement quand un établissement remplit les conditions d'effectifs à lui seul, et si une seule personne dirige l'établissement dans des conditions d'autonomie financière et économique par rapport à l'entreprise.

Développements**13.3.1 les personnes concernées****électorat**

1. Les salariés âgés d'au moins 16 ans, qui ont au moins 3 mois d'ancienneté et qui sont en CDI. Exceptionnellement, une personne sous CDD peut avoir le droit de voter si elle assure un remplacement d'au moins 3 mois.
2. Si un salarié travaille dans deux entreprises à mi-temps pour lesquelles il satisfait aux conditions citées ci-dessus, il peut voter dans les deux structures.
3. Les personnes dont le contrat de travail est suspendu gardent leur qualité d'électeurs (personnes en congé maladie, congé annuel, de maternité, etc)
4. Le vote par correspondance est accepté si c'est le seul moyen pour un salarié d'exprimer son suffrage.
5. Les personnes de nationalité étrangère peuvent voter au même titre que les salariés français.
6. Les salariés cadres dirigeants qui représentent l'employeur au Comité d'Entreprise et/ou au comité d'établissement ne sont pas électeurs. Elles le redeviennent si elles cessent de représenter l'employeur. Sont écartés du vote également les cadres qui participent à l'embauche.

éligibilité

Sont éligibles les personnes d'au moins 18 ans en CDI, qui ont au moins un an d'ancienneté ; ne sont pas éligibles les salariés sous CDD, ceux qui ont un lien de parenté avec l'employeur. Sont considérés comme tels par le code du travail : ses enfants, son conjoint, ses parents, ses frères et sœurs et leurs conjoints.

En ce qui concerne les personnes qui ont un contrat de travail suspendu, elles restent éligibles en deçà de certaines durées d'absence. Par exemple, en ce qui concerne le contrat de formation, le salarié perd son éligibilité à partir de 12 mois d'absence, les personnes en congé parental ne sont pas éligibles.

Si un doute apparaît concernant l'éligibilité, les personnes sujettes à ce doute peuvent (employeur, salarié ou syndicat) peuvent saisir le tribunal d'instance (compétent pour les problèmes d'interprétation du code du travail).

13.3.2 le déroulement des élections**l'organisation**

Elle est sous la responsabilité de l'employeur. Celui-ci doit faire savoir dans l'entreprise ou l'établissement que les élections vont avoir lieu par voie d'affichage. Les élections doivent se dérouler au plus tard 45 jours après cet affichage. Dans le cas contraire, les syndicats peuvent saisir l'employeur pour lui demander d'organiser les élections. S'ils ne le font pas, la démarche peut venir d'un salarié.

Après l'affichage, l'employeur doit convoquer les syndicats pour procéder aux négociations suivantes :

les négociations en vue de l'accord pré électoral

Sont présents les 5 syndicats représentatifs au niveau national et les syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. L'employeur ou les autres syndicats peuvent saisir le tribunal d'instance s'ils jugent contestable la représentativité d'un syndicat au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Les négociations portent sur

le déroulement des élections :

- détermination de la date du scrutin
- modalités du vote par correspondance
- détermination des collèges constituant le corps électoral

D'après le code du travail, il y a deux collèges : celui des ouvriers et des employés, et celui des agents de maîtrise et des cadres. Pour les élections des délégués du personnel, quand le corps électoral dispose de moins de 25 salariés, il existe un seul collège et non deux.

Les négociations portent souvent sur la création d'un troisième collège supplémentaire. Dans ce cas, les trois collèges sont celui des ouvriers et des employés, celui des agents de maîtrise, et celui des cadres : cette distinction est négociée lorsque les syndicats estiment que les agents de maîtrise et les cadres ont des intérêts différents. Cet accord pré électoral sur la création d'un troisième collège n'est possible que qu'en cas d'accord unanime entre l'employeur et les différents syndicats. Le cas échéant, la création d'un troisième collège doit être notifiée à l'inspection du travail.

les élections

1. Tout d'abord, une liste électorale est publiée par les soins de l'employeur pour permettre l'éventuelle contestation de certains syndicats/salariés auprès du tribunal d'instance.
2. Puis a lieu la campagne électorale; elle est organisée par les syndicats. Dans ce contexte l'employeur doit respecter une stricte neutralité. Les élections ont lieu au scrutin de liste : ainsi au premier tour, il y a un monopole de représentation syndicale sur les listes : seuls les syndicats représentatifs peuvent présenter des

candidats. Les élections se font à la proportionnelle, à la plus forte moyenne.

3. Elles se déroulent pendant la journée de travail, les salariés sont autorisés à s'absenter de leur poste pour aller voter. L'employeur doit fournir des isolements afin de garantir la confidentialité du scrutin. C'est un bureau de vote qui procède au dépouillement des bulletins. Ce bureau est constitué de salariés et d'au moins un représentant des syndicats figurants sur les listes. Ces représentants sont payés comme s'ils avaient effectué un travail effectif, ça ne compte pas sur leur crédit d'heures.
4. Le quorum est atteint à partir de 50% des suffrages augmenté d'une voix, i.e. à la majorité relative, sans compter les bulletins blancs ou nuls. Si le quorum est atteint, il n'y a qu'un seul tour. Sinon, l'employeur est tenu d'en organiser un deuxième, au cours duquel il n'y a plus de monopole de la représentation syndicale. A l'issue du deuxième tour, dépouillement a lieu et le résultat définitif des élections est connu.
5. Ce résultat peut être contesté pour irrégularité du processus électoral.

13.3.3 le contentieux des élections.

Il concerne d'une part les conditions d'éligibilité, et d'autre part la régularité du processus électoral.

conditions d'électorat et d'éligibilité

Les syndicats et salariés disposent de 3 jours à compter de la publication des listes pour saisir le tribunal d'instance.

la régularité

Les personnes souhaitant contester disposent de 15 jours à compter du résultat des élections pour contester les résultats devant le tribunal d'instance. Celui-ci va se prononcer dans un délai de 10 jours. Il n'y a pas de procédure d'appel, toutefois il est possible d'aller en cassation si la décision du tribunal est contestable en droit. Lorsque les voies de recours sont épuisées, le résultat des élections est proclamé et devient effectif.

13.3.4 le statut des salariés protégés

Ce sont les délégués du personnel, les délégués syndicaux, les représentants du personnel au comité d'entreprise, les représentants des syndicats au comité d'entreprise, et les membres du comité d'hygiène, de sécurité, et des conditions de travail. Tous ces salariés ont un rôle spécifique au sein de l'entreprise, ils sont protégés par une procédure spécifique en cas de licenciement.

1. Il est obligatoire de demander l'avis des délégués du personnel au Comité d'Entreprise (CE dans la suite)
2. Il est obligatoire d'obtenir une autorisation administrative de licenciement auprès de l'inspecteur du travail. Bien sûr, en cas de faute incontestable du salarié protégé, cette autorisation ne sera pas difficile à obtenir.
3. Si l'employeur n'a pas demandé l'autorisation au préalable, ou si celle-ci lui a été refusée, le salarié doit être réintégré dans l'entreprise. L'employeur n'a aucun recours contre cette réintégration, toutefois elle ne se fait pas d'of-

fice, le salarié protégé doit la demander dans les deux mois qui suivent le refus d'autorisation de licenciement. De plus, le salarié protégé a droit à une indemnité, qui correspond au montant du salaire qu'il aurait touché pour un travail effectif sur la période couvrant la décision de licenciement et la réintégration.

13.4 Le comité d'entreprise (CE dans la suite)

Il a été créé par une loi du 22 février 1945 ; cette loi a été complétée par une loi Auroux du 28 oct 1982. Le CE a pour but de permettre l'expression collective des salariés au sein de l'entreprise. C'est une personne morale de droit privé, il a donc la personnalité juridique (i.e. il peut aller en justice), il peut passer des contrats, embaucher du personnel. Le personnel embauché par le CE n'est pas obligatoirement soumis à la Convention Collective à laquelle est rattachée l'entreprise.

Sixième partie

Annexes

[illegible]

A.1 1^{er} cas

A.1.1 Énoncé

Vos cousins ont un appartement meublé « contemporain », mais depuis qu'ils ont passé la quarantaine et que leurs salaires respectifs se sont accrus, ils souhaitent acheter quelques meubles anciens. Ils ne possèdent pas de véritable culture en la matière mais ils apprécient le style Louis XVI, qu'ils ont remarqué dans les châteaux de la Loire et dans le musée Nissim de Camondo, à Paris. Dans une salle de vente aux enchères, ils éprouvent un coup de foudre pour deux fauteuils, dont ils font

l'acquisition à un prix élevé, qui correspond à un vrai Louis XVI. Ces deux fauteuils occupent désormais une place de choix dans la bibliothèque et sont systématiquement présentés aux amis et relations de passage. Ce rite est de mauvaise augure, en effet un ami antiquaire s'exclame : ce n'est pas du Louis XVI, mais une copie, de bonne facture au demeurant. Après expertise, les fauteuils s'avèrent effectivement ne pas être du vrai Louis XVI. Vos parents s'estiment floués et se retournent contre le commissaire-priseur. Celui-ci est visiblement de bonne foi. Vos parents ont-ils un recours ? Si oui, lequel ? Explicitiez.

A.1.2 Solution

Rappel des faits. Il s'agit d'une question de droit des contrats. Il convient de déterminer quel vice du consentement s'applique (définition du vice du consentement) : le dol ou l'erreur. D'après l'énoncé, il s'agit d'une erreur. En effet, les contractants n'auraient pas donné leur consentement s'ils avaient su qu'ils n'achetaient pas un authentique Louis XVI. De plus, le vendeur et le commissaire-priseur sont de bonne foi. L'erreur porte sur un élément substantiel. Ce cas s'inspire d'une abondante jurisprudence où l'erreur a été retenue dans des ventes de tableaux ou de meubles. Les cousins vont demander l'annulation relative (caractéristiques de la nullité relative par rapport à la nullité absolue) devant le tribunal de grande instance. Ils ont de bonnes chances d'obtenir satisfaction.

A.2 2^e cas

A.2.1 Énoncé

Vous travaillez depuis une dizaine d'années. Vous habitez la grande banlieue parisienne une commune point trop polluée et peuplée d'arbres d'essences diverses. Votre maison est notamment entourée de trois grands arbres, que votre voisin, un grognon qui se plaint des petites fêtes que vous organisez à la tombée de la nuit, vous a demandé d'élaguer. Vous avez refusé avec énergie : vous admirez ces arbres centenaires. À l'occasion d'une tempête, l'un d'entre eux tombe — une ironie du sort — sur le voisin mal embouché, qui est sérieusement blessé. Les problèmes de santé rendent votre voisin procédurier. Il dépose une plainte. Peut-il vous accuser d'une ou de plusieurs infractions ? Si oui, lesquelles ? Devant quel tribunal serez vous jugé(e) ? Courez-vous un risque ?

A.2.2 Solution

Les plaintes possibles sont : tapage nocturne (au juge de déterminer), problème des arbres (s'ils sont d'une espèce protégée ou non), blessures (bien qu'involontaires, elles constituent un délit), et la mise en danger d'autrui.

Le tribunal de police est compétent pour tapage nocturne. Le tribunal correctionnel est compétent pour les blessures et la mise en danger d'autrui.

Concernant la tempête, on peut invoquer un cas de force majeure pour les arbres et donc pour les blessures. Ainsi on a peut de risque de condamnation de la part du tribunal correctionnel. Cependant une amende pour tapage nocturne de la part de police est à craindre.

A.3 3^e cas

A.3.1 Énoncé

Vous conduisez une voiture de service de votre société. Vous avez participé à un déjeuner de travail et vous n'avez pas refusé l'excellent vin qui rendait plus aisé le brillant exercice de vos neurones en pleine effervescence. En sortant de table, vous supputez que vous avez dépassé le taux d'alcoolémie autorisé mais vous négligez ce détail parce que vous êtes certain(e) de maîtriser votre véhicule. À un croisement, un enfant traverse dans un

passage protégé sans regarder autour de lui. Vous ne parvenez pas à l'éviter. L'enfant est blessé. La police, prévenue, constate que votre taux d'alcoolémie est trop élevé. Une enquête est ouverte. Des mises en examen sont envisagées. Qui risque d'être poursuivi ? Devant quel tribunal le jugement sera-t-il prononcé ? Explicitez.

A.3.2 Solution

Taux alcoolémique est supérieur à la limite autorisée, cela constitue donc une infraction au code de la route. Le tribunal requis est donc le tribunal de police. Les peines encourues sont : retrait de points, de permis, amendes, peine de prison. . .

En ce qui concerne les blessures de l'enfant, bien qu'involontaires, elles constituent un délit. Le tribunal compétent est le tribunal correctionnel. Remarque : Selon la notion de responsabilité des commettants, la société, qui a prêté la voiture, et l'employeur du salarié (=le préposé) peuvent être poursuivis au civil.

A.4 4^e cas

A.4.1 Énoncé

Pendant vos vacances, vous avez accepté un « petit boulot » de mannequin (homme ou femme) correspondant à la promotion de voitures. Vous êtes à présent à l'INT : un ami vous montre un nouveau document qui a exploité sans votre autorisation les images prises à l'occasion de l'ancien contrat. Sur l'un des illustrations, vous n'êtes pas reconnaissable (dimension très réduite, surimpression/ voiture). Sur une autre illustration, votre image atteint 2,5 cm. Lequel de vos droits est lésé ? Pouvez-vous réagir ? Si un tribunal est saisi, quel sera, selon vous, son jugement ?

A.4.2 Solution

Le droit lésé est le droit subjectif extrapatrimonial à sa propre image. Ce n'est pas parce que l'on a autorisé quelqu'un à nous photographier que l'on peut exploiter notre image après la date de fin de contrat. Cependant, si la personne n'est pas identifiable, il n'y a pas de préjudice. En revanche si la personne l'est, il peut y avoir dédommagement.

Mais dans ce cas, pour l'image de 2,5 cm le dommage sera probablement symbolique.

A.5 5^e cas

A.5.1 Énoncé

Vous disposez de revenus réguliers et envisagez d'acquérir une résidence principale. Vous détestez perdre votre temps dans la fréquentation des agences immobilières et dans la lecture des journaux spécialisés. Vous recourez à Internet. Sur un site web immobilier, vous êtes conquis(e) par la photographie d'une maison flanquée d'un étang. Vous achetez l'immeuble par contrat de vente électronique. En vous rendant sur place, devenu(e) propriétaire, vous constatez que l'étang est asséché. Pouvez-vous intenter une action en justice ? Si oui, sur quelle base ?

Vous épanchez votre colère sur l'ancien propriétaire, qui vous envoie copie d'une annonce immobilière sur support papier, sans mention d'un quelconque espace d'eau. L'ancien propriétaire vous déclare : « La photo restituait bien la maison. J'ignorais que vous étiez focalisé(e) sur un étang ». Commentez cette situation et envisagez les situations probables.

A.5.2 Solution

En effet on peut intenter une action en justice puisqu'il y a manifestement eu un dol positif. L'acheteur peut demander une annulation du contrat. Cependant, le dol est très difficile à prouver.

Cependant, on a quand même à faire à une publicité de nature à induire en erreur. L'information (fausse) de l'étang à pousser la personne à signer le contrat de vente.

B.1 1^{er} cas**B.1.1 Énoncé**

Vous êtes embauché(e) comme cadre chez un opérateur de télécommunication qui est soumis à la convention collective nationale des télécommunications. La lettre d'engagement prévoit une période d'essai de quatre mois. Que faites-vous ?

B.1.2 Solution

Le cadre ne doit pas accepter la période d'essai de 4 mois puisque la convention collective prévoit une période de 3 mois. Si le chef le reconnaît, il n'y a pas de complication et il peut alors s'aligner sur la convention. Cependant, s'il refuse, c'est au futur salarié de décider s'il veut ou non travailler dans cette société.

En général, il est rare que les dirigeants décident de se mettre dans l'illégalité pour une période d'essai.

B.2 2^e cas**B.2.1 Énoncé**

Votre grand-mère emploie comme aide ménagère une personne qu'elle soupçonne de lui avoir détourné 1000 euros en liquide : un seul élément est « tangible » : une voisine « pense » avoir vu la salariée glisser un billet de 100 euros (appartenant à

vosre grand-mère) dans son sac. Que conseillez-vous à votre parente ?

B.2.2 Solution

Si des preuves sont avancées, licenciement pour faute lourde (vol = volonté de nuire à l'employeur) tribunal pénal pour vol simple.

Cependant, ici, il y a un problème de preuve. (Source : droit pénal et droit du travail)

Il vaut mieux dire à la grand-mère qu'elle ne peut pas licencier son employée car il n'y a pas de preuve sur le plan du droit. De plus le témoignage est un témoignage incertain donc il ne sera pas retenu par le Tribunal.

Comme le doute bénéficie au salarié, on donnerait raison à l'aide ménagère. Si elle se faisait licencier, cette dernière pourrait demander des dommages et intérêts, car ce serait un licenciement abusif.

B.3 3^e cas**B.3.1 Énoncé**

Vous avez fondé une société de commerce électronique spécialisée dans la vente de CD jazz. Au cours d'une réunion stratégique, et après une discussion animée avec vos peu nombreux collaborateurs et salariés, vous décidez de réduire au minimum les frais de livraison, conformément aux vœux des cyberconsommateurs. Votre clientèle est assez large, les marges bénéficiaires réduites. Vous entrez dans

le bureau de l'un de vos collaborateurs, M. Mart et surprenez sur son micro-ordinateur un exposé critique et argumenté concernant la stratégie de la direction. Vous faites parvenir à M. Mart une lettre de convocation en vue d'un entretien préalable à un licenciement, où apparaît une allusion explicite à une « insuffisante adhésion à la culture de l'entreprise ». Plus tard, dans la lettre de notification du licenciement, vous indiquez à la rubrique motif : « référence à la lettre de convocation à l'entretien préalable ». Commentez ce scénario.

B.3.2 Solution

Plusieurs problèmes apparaissent :

Droit relatif au licenciement pour fautes

Aucune critique n'a été publiquement émise et on ne dit pas que le salarié n'exécute pas avec zèle les décisions qui ont été prises.

Motifs de licenciement

Dans la notification, les motifs de licenciement doivent apparaître

Il y a donc irrégularité ici. Il est inutile de faire référence, dans la notification, à la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement.

La part d'intimité des salariés

L'employeur entre et surprend le salarié. L'élément de surprise est non conforme au droit du travail (si les salariés sont surveillés, ils doivent en être informés). De la même façon, il y a interception des mails du salarié et il est illégal de s'appuyer sur des mails ou fichiers personnels. (Arrêt Nikon 2001)

B.4 4^e cas

B.4.1 Énoncé

Vous êtes membre du comité de direction d'un opérateur de télécommunications. Un licenciement économique important (motivé par un changement technologique) semble nécessaire. Vous travaillez à la mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi avec :

- des départs en préretraite envisagés,
- des départs négociés,
- une réduction du temps de travail.

Malgré votre bonne volonté, il vous a été impossible de créer de nouveaux emplois : vous expliquez pourquoi.

Les représentants du personnel du comité d'entreprise émettent un avis défavorable. Deux syndicats saisissent la juridiction judiciaires : selon eux, ce plan social n'est pas conforme au Code du travail. Expliquez pourquoi. Obtiendront-ils satisfaction ?

B.4.2 Solution

Le tribunal de grande instance sera saisi et va regarder si ce plan de sauvegarde est bien conforme au code du travail. S'il ne l'est pas, il y aura annulation du plan social et donc annulation des licenciements = on fait comme si rien ne s'était passé et les salariés sont réintégrés sinon indemnisés.

B.5 5^e cas

B.5.1 Énoncé

Vous travaillez depuis cinq ans dans la même entreprise d'Internet et demandez à bénéficier d'un congé pour création d'entreprise, dans le domaine du commerce électronique, mais dans un autre secteur que celui de votre société. Votre employeur refuse votre demande de congé sous prétexte que « votre présence est nécessaire à la bonne marche de la société ». Vous ne recevez pas de réponse à la question déposée auprès du service RH : « Quand pourrai-je bénéficier du congé pour création d'entreprise ? ». Commentez cette situation.

B.5.2 Solution

Loi du 1^{er} août 2003 : possibilité de bénéficier d'un temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise. La réponse négative de l'employeur est possible si l'effectif de la société est inférieur à 200 salariés, car le salarié semble « indispensable à la bonne marche de l'entreprise ». Cependant, il y a faute puisque l'employeur n'a pas informé le salarié.

B.6 6^e cas

B.6.1 Énoncé

Vous êtes cadre supérieur dans une banque. Vous êtes aussi un(e) altermondialiste convaincu(e). Vous rédigez donc un manifeste de votre cru (faisant part de vos convictions) que vous distribuez dans les bureaux. Vous êtes licencié(e) pour ces faits. Vous engagez une action devant le conseil de Prud'hommes. Vous faites valoir que vous ne deviez pas être pénalisé(e) pour avoir usé d'une li-

berté fondamentale : la liberté d'expression. Quel raisonnement risque de suivre le tribunal ?

B.6.2 Solution

Il existe une liberté de conscience et d'expression (on peut parler politique avec ses collègues). Cependant, il s'agit ici d'un cadre qui doit quand même faire preuve d'une certaine réserve. Il y a donc incompatibilité entre la mission professionnelle du cadre et ses convictions. Le tribunal donnera certainement raison à l'employeur.



C.1 1^{er} cas

C.1.1 Énoncé

Vous créez une start-up, déposez un nom de domaine .com. Votre raison sociale, l'organisation de

voyages « patrimoine économique » dans le Sud-est asiatique, à destination de cadres. Vous vendez également des cédéroms « souvenirs de l'économie ».

Le Vietnam est l'un des pays les plus visités, en raison de sa récente conversion à l'économie de marché. Vous apprenez qu'en cataclysme a secoué la région du Vietnam où vous comptez vous envoyer vos clients. Vous annulez pour cette raison une partie du programme.

1. Certains clients prétendent que la catastrophe ne justifiait pas l'inexécution partielle du contrat. Que leur répondez-vous ?
2. Vos cédéroms ont du succès. Quelques acheteurs, consommateurs avisés, refusent de verser le moindre acompte, faisant valoir que le démarchage interdit le versement d'acomptes. Quelle est votre position ?

C.1.2 Solution

1^{re} question

L'agence de voyage doit avoir une licence. Il existe un problème de sécurité pour le consommateur. Les clients doivent compter sur une complète sécurité (1^{er} objectif d'une agence de voyage), même si ce n'est pas explicitement indiqué.

Ici, on ne connaît pas la date du cataclysme, on ne sait pas s'il y a encore un danger.

En cas d'excès de zèle de l'agence de voyage, les clients peuvent demander des dommages et intérêts. Mais dans la plupart des cas, l'agence prend

des mesures justifiées, mais comme il y a un manque pour le client (endroit non visités), celui-ci reçoit des indemnités.

2^e question

Le démarchage fait parties des procédés réglementés (Par l'UE). Le démarchage implique que le démarcheur se déplace au domicile personnel (ou professionnel) du consommateur. Il y a interdiction du règlement d'acompte.

La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est l'organisme à saisir en cas de problème.

Ici, il n'y a pas de démarchage, donc la demande d'acompte est autorisée et les consommateurs ne peuvent pas refuser.

C.2 2^e cas

C.2.1 Énoncé

Vous adhérez à un gymnase-club qui présente une gamme d'activités. Le propriétaire du gymnase (qui est aussi professeur d'éducation physique) fait allusion, au début d'un cours, à une société concurrente « Body et gymnase », qui offre, à côté des cours habituels, des séances de tchi-kong attractives : « si vous souhaitez devenir un handicapé, adhérez à « Body et gymnase ». Qualifiez ce comportement.

C.2.2 Solution

Concurrence loyale : le jeu du marché intervient (publicité, informations par exemple)

Concurrence déloyale : donner des informations fausses et critiques sur le concurrent, ou d'entraver son action.

Il existe différentes formes de concurrence déloyale :

- critique publique : c'est-à-dire le dénigrement.
- le débauchage : si on emploie une personne en ne respectant pas une clause de non-concurrence en toute conscience. (les deux personnes sont coupables).

C.3 3^e cas

C.3.1 Énoncé

Vous travaillez chez un opérateur de télécommunications, « Alouette », qui est la principale entreprise d'un groupe de dimension européenne. « Alouette » élabore fréquemment des propositions communes avec une filiale du groupe, « A.B.T », spécialisée dans l'ADSL haut débit. Une importante société d'assurance (un « grand compte ») lance un appel d'offres pour obtenir des liaisons haut débit afin de satisfaire ses besoins. « Alouette » et « A.B.T » répondent ensemble. La solution technique et économique est attractive. Bientôt, deux candidats restent en lice : « Alouette+A.B.T » et un opérateur britannique « Stepping Operator ». « Alouette+A.B.T » finissent par l'emporter. « Stepping Operator » intente une action contre « Alouette » et « A.B.T » pour entente. Devant quel organisme cette procédure est-elle diligentée ? Quelle décision sera prise ? Précisons qu'« A.B.T » est assez autonome à l'égard d'« Alouette » et obtient fréquemment des succès à l'international.

C.3.2 Solution

Traité de Rome : sont garanties la liberté de circulation des produits, des marchandises, des services et des personnes.

Le droit à la concurrence : droit complet basé sur des règlements.

En 1962, règlement sur ententes, révisés plusieurs fois dont dernièrement en 2002 (entré en application en mars 2004)

Cadre théorique de l'entente

L'entente est un accord ou une pratique concertée entre entreprises qui porte atteinte de façon importante au commerce et à la concurrence sur un marché géographique donné.

L'entreprise doit réaliser une activité économique et chercher à en tirer profit.

L'entreprise agit pour son propre compte.

Autre problème : Une filiale agit-elle pour son propre compte, ou pour la maison-mère ?

Les filiales étaient d'abord considérées comme non autonomes et n'agissant pas pour leur propre compte, l'entente est donc impossible. Depuis la jurisprudence a changée.

L'accord est un contrat écrit ou verbal (difficile à prouver dans ce dernier cas) La pratique concertée est l'ensemble des discussions, concertations entre les différentes entreprises.

L'entente porte toujours sur le produit, et le marché géographique.

La forme la plus répandue des ententes est le prix (anormalement élevés au détriment des utilisateurs), ou empêchent l'arrivée sur le marché d'une entreprise concurrente (prix anormalement bas).

La commission européenne est l'organisme de régulation. Elle fait intervenir le commissaire à la concurrence, la direction générale de la concurrence, le comité consultatif des ententes et des abus de position dominante).

En France depuis l'ordonnance de 1986, le conseil de la concurrence est une autorité administrative indépendante et comprend des magistrats et des représentants des professionnels. Ce conseil est compétent pour ce genre d'affaire. Il peut mener des enquêtes en France et au niveau de l'Union Européenne, et d'imposer des décisions (amendes).

Passons à la pratique

Ici le marché du produit est le marché de l'ADSL.

La possibilité d'entente est invocable car les entreprises sont indépendantes. Mais il n'y pas assez d'éléments pour trancher.

Il arrive que des ententes soient considérées comme licite : elles sont notifiées publiquement, et doivent constituer un progrès technique et économique, et profiter aux consommateurs.

C.4 4^e cas

C.4.1 Énoncé

Un opérateur historique est en situation dominante sur le marché des annuaires téléphoniques et de télécopie. Une société, Grün Blue, refuse d'acheter les adresses à l'opérateur historique, jugeant les prix pratiqués trop élevés et procède à un téléchargement des adresses, ensuite revendues. Elle demande cependant à l'opérateur historique de lui fournir la liste d'opposition des personnes qui refusent de faire l'objet d'une sollicitation commerciale. L'opérateur historique ne communique pas

les adresses, arguant d'un droit de propriété intellectuelle. Grün Blue saisit l'organisme régulateur de la concurrence, pour obtenir l'accès à la liste d'opposition, tout en exploitant les adresses sans attendre. Commentez.

C.4.2 Solution

Définition d'une entreprise en position dominante

C'est une entreprise qui exerce une influence significative sur le marché et qui est autonome par rapport à ses clients et par rapport à ses concurrents.

Abus de position dominante

C'est une exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de sa position dominante sur le marché intérieur aux fins de faire obstacle à une concurrence effective entre les différents opérateurs économiques.

Les opérateurs qui possèdent des annuaires n'ont pas le droit de refuser de donner les adresses, mais peuvent faire payer le service.

Si ce prix est vraiment trop élevé, c'est un abus de position dominante. L'argument de la propriété intellectuelle est non recevable dans ce cas. Il doit donner la liste des oppositions, sinon, il y a un non respect des données personnelles : ce qui constitue un abus de position dominante. Grün Blue n'a pas le droit d'exploiter ces adresses sans cette liste.

C.5 5^e cas

C.5.1 Énoncé

Bluebird, une société française, et Schwartzvogel, une société américaine, proposent l'EGPRS. Bluebird détient 25% du marché de l'EGPRS au niveau mondial, 40% au niveau européen, où il développe ses activités en France, en Allemagne, en Italie. Schwartzvogel détient 30% du marché de l'EGPRS au niveau mondial, 20% au niveau européen, où il développe ses activités en Autriche, en Allemagne, au Luxembourg. Bluebird et Schwartzvogel procède à une concentration d'entreprise. Cette dernière pose-t-elle problème au regard du droit de la concurrence ?

C.5.2 Solution

La concentration d'entreprise est autorisée.

Cependant la concentration d'entreprise est contraire au droit de la concurrence si :

- elle crée une position dominante,
- elle renforce une position dominante,
- elle débouche sur un abus de position dominante.

Les petites concentrations d'entreprises ne sont pas considérés, des seuils (élevés) doivent être atteints (au niveau national ou de l'Union Européenne).

L'UE examine trois critères, sous forme de seuils :

- le chiffre d'affaire mondiale de l'entreprise pour un produit,
- le chiffre d'affaire au niveau de l'Union Européenne,
- la concentration d'entreprise concerne plus d'un pays.

En France, c'est le ministère de l'économie et des finances qui est compétent. Il charge le conseil de la concurrence de mener l'enquête.

Ici, l'enquête est menée par la direction générale de la concurrence. Mais on ne peut pas connaître la décision prise.

D.1 1^{er} cas**D.1.1 Énoncé**

Vous travaillez depuis quatre ans dans la même entreprise d'informatique. Votre contrat de travail comporte une clause de non-concurrence, d'une durée d'un an, avec indemnité. Vous demandez à bénéficier d'un congé sabbatique de douze mois. Le service ressources humaines vous répond que vous ne pouvez prétendre à un congé de douze mois (a-t-il raison ?) mais vous octroie un congé sabbatique de onze mois. Pendant six mois, vous visitez l'Amérique du Sud, pour laquelle vous éprouvez une passion depuis l'adolescence ; Ensuite, vous rentrez en France, et par l'intermédiaire d'un ami, vous vous faites embaucher comme pigiste par un journal. À l'expiration du congé sabbatique, vous retrouvez un emploi équivalent à celui que vous occupiez auparavant. Néanmoins, le responsable du Service « Ressources humaines » vous convoque et vous reproche d'avoir travaillé pendant votre congé. A-t-il raison ou tort ? Justifiez votre réponse.

D.1.2 Solution

Rappel des faits. Suspension du contrat de travail. Le congé sabbatique dure (au maximum) onze mois (et non douze mois). Pendant le congé sabbatique, le salarié est libre de se consacrer à toutes les activités de son choix. Il peut voyager, il peut même travailler. Un seul butoir : il ne doit pas travailler pour un concurrent de son employeur.

D'après l'énoncé, ce n'est pas le cas : le service « Ressources humaines » des donc dans son tort.

D.2 2^e cas**D.2.1 Énoncé**

Vous êtes diplômé(e) de l'INT, vous avez vingt-cinq ans et vous travaillez depuis la fin de votre stage de troisième année dans une entreprise de 220 salariés, spécialisée dans la construction de voiliers. Hélas, les chiffres d'affaires a baissé l'année précédente, le retour sur investissement est jugé trop faible et trop lent au gré des actionnaires et un licenciement économique important de vingt personnes est décidé ; Votre parcours professionnel est excellent. Vous avez bénéficié d'une promotion l'année précédente, vous avez touché une prime conséquente en fin d'année. L'avenir semblait radieux pour vous. Le plan social se prépare. Vous discutez de la situation avec vos collègues, inquiet comme vous. L'un d'eux s'exclame à votre endroit « Toi, tu n'as rien à craindre. Tu vas bénéficier du critère "compétence" ». Un autre collègue le contredit « Le critère "compétence" n'est plus en vigueur. . . ». Qu'en est-il exactement ? Avez-vous des chances de ne pas monter dans la charrette ?

D.2.2 Solution

Rappel des faits. Ce cas traite du licenciement économique important. Le licenciement économique important implique un plan de sauvegarde

de l'emploi; par ailleurs, l'ordre de licenciement donne lieu à une publicité préalable, du fait de l'employeur. Les critères retenus en droit pour « ne pas licencier » un salarié sont les charges de famille, les difficultés particulières que peut rencontrer un salarié pour retrouver un emploi (par exemple, un handicap physique), l'ancienneté. La question posée concerne le critère de compétence. La compétence, qui sert l'entreprise et l'employeur, a longtemps été retenue comme critère. Puis est intervenue la loi de modernisation sociale, avec son volet consacré au licenciement économique. Le critère compétence a été supprimé, dans la mesure où il semblait discriminatoire (développement sur la discrimination). Puis, en janvier 2003, certains paragraphes de la loi de modernisation sociale ont été suspendus et le critère compétence a été rétabli. Le brillant salarié a donc des chances de ne pas monter dans la charrette : l'employeur ne souhaite vraisemblablement pas se priver de ses services !

D.3 3^e cas

D.3.1 Énoncé

Vous venez de créer une petite entreprise, dont l'objet social est la promotion de savonnettes sophistiquées (vos savonnettes vous donnent par exemple des renseignements sur la consommation du produit et sur la température ambiante). Vous créez une marque intitulée « Lave plus doux », avec couleur crèmeuse, trilles de merles, et images d'ados souriants (vous visez essentiellement les 8-15 ans). Cette marque pourra-t-elle être enregistrée ? Expliquez votre réponse.

D.3.2 Solution

Rappel des faits. Nous sommes dans le droit de la propriété industrielle, et dans le droit des marques. Il s'agit de déterminer si l'INPI considérera que cette marque complexe est conforme à la législation européenne et nationale. La couleur crèmeuse ne pose aucun problème. Par contre, les trilles de merles peuvent éventuellement poser problème : sont-elles susceptibles de représentation graphique ? Les images d'ados souriants soulèvent deux questions : le droit d'auteur (celui du photographe) est-il respecté ? Les droits extra-

patrimoniaux à l'image des ados sont-ils respectés ? (Si l'ado est reconnaissable, il peut s'opposer à l'exploitation de son image). Enfin « Lave plus doux » est déceptif (susceptible d'induire en erreur). Cette marque a peu de chances d'être enregistrée.

D.4 4^e cas

D.4.1 Énoncé

Soit une commune des Alpes provençales, dotée d'un paysage agréable et d'une vocation touristique. Elle envisage de faire construire une médiathèque pour améliorer encore son image ; Elle lance un appel d'offres pour un marché de travaux de bâtiment. Les entreprises Melimelo, Demivol, Petitescroc répondent à cette consultation. Les prix présentés par Demivol et Petitescroc sont nettement plus compétitifs que ceux de Melimelo. Ce dernier estime avoir été victime d'une entente. Demivol et Petitescroc se mettraient d'accord pour se partager les marchés publics de la région. Melimelo saisit le Conseil de la Concurrence. Un témoin se présente : il s'agit d'un ancien employé de Demivol, licencié antérieurement pour faute grave qui prétend avoir pris connaissance d'une correspondance qui ne laisse aucun doute quant à une concertation ; Quelle sera la décision de l'organisme de régulation ? Demivol et Petitescroc disposent-ils d'un recours ? Explicitez, argumentez.

D.4.2 Solution

Rappel des faits. Nous sommes dans le droit de la concurrence. L'entente est une pratique anticoncurrentielle prohibée par le droit européen et par le droit national, sauf exemptions (progrès technique et économique, avantage pour les utilisateurs, maintien d'une certaine concurrence). Les ententes occultes sont fréquentes à l'occasion des appels d'offres. En France (nous sommes ici en France), l'organisme régulateur de la concurrence, le Conseil de la concurrence, a souvent pris des décisions de sanctions financières dans ce cas de figure. La plupart des étudiants se sont interrogés sur la valeur probatoire du témoignage du salarié licencié. En fait, cette question est relativement secondaire. Le témoignage fait partie d'un dossier, il ne pourrait, à lui seul, entraîner la conviction du Conseil de la concurrence mais il est évident que le Conseil de la

concurrence va ouvrir une enquête. Demivol et Petitescroc seront vraisemblablement condamnés pour entente.

D.5 5^e cas

D.5.1 Énoncé

Vous aimez la mer, les régates et vous pratiquez les sports nautiques. Vous travaillez depuis cinq ans et êtes cadre supérieur. Votre salaire est de 4000 euros net par mois. Ces revenus, sans être exceptionnels, vous permettent de satisfaire la plupart de vos goûts. Vous envisagez — c'est le rêve de votre adolescence — de faire l'acquisition d'un bateau. Vous étudiez attentivement les prix et les caractéristiques techniques. Finalement, vous achetez votre bateau à un particulier. Quelques semaines plus tard, vous faites votre première sortie en mer en tant que propriétaire. Une avarie inexplicable se produit. Revenu(e) au port, vous consultez un spécialiste, qui diagnostique un défaut : ce dernier n'est d'ailleurs pas évident à détecter ; Que pouvez-vous faire ? Justifiez votre réponse.

D.5.2 Solution

Rappel des faits. Nous sommes dans le droit des contrats, la question posée est celle des vices cachés. Cette notion apparaît notamment dans les contrats de vente et dans les contrats d'entreprise. Un défaut non évident est un vice caché. Les non-professionnels bénéficient de la garantie des vices cachés. Elle doit être invoquée dès que le consommateur découvre un défaut. Les experts jouent un rôle particulièrement important dans ce genre d'affaires puisque eux seuls ont la compétence indispensable pour trancher et se prononcer sur l'existence de ce vice caché. Vous avez, dans ce cas, beaucoup de chances d'obtenir une compensation financière.

D.6 6^e cas

D.6.1 Énoncé

Vous passez un entretien d'embauche pour devenir chef de projet. Vous laissez une brillante impression au DRH qui vous reçoit. Vous n'êtes donc pas trop surpris(e) quand vous êtes convoqué(e) pour

signer un contrat de travail ; Dans ce contrat de travail, deux clauses retiennent tout particulièrement votre attention : la clause d'exclusivité qui vous fait obligation de travailler uniquement pour « Toile d'Azur », la société d'assurance qui vous emploie, et la clause de non-concurrence qui indique que :

- l'engagement s'applique pour une durée d'un an,
- l'engagement concerne la Bretagne, et l'activité de chef de projet en informatique.

Vous signez sans hésitez. Quelques jours plus tard, vous faites lire votre contrat de travail par l'un de vos anciens condisciples qui est devenu un ami. Ce dernier vous reproche de ne pas avoir remarqué une irrégularité flagrante. De quoi s'agit-il ?

D.6.2 Solution

Rappel des faits. Nous sommes dans le droit du travail. L'irrégularité réside dans l'absence d'une clause indemnitaire, obligatoire depuis la jurisprudence de la Cour de Cassation d'automne 2002. La clause de non-concurrence est fréquente dans les contrats de travail de cadres. Elle a pour finalité de protéger les intérêts de l'employeur et de l'entreprise. Depuis 2002, la jurisprudence est à l'origine d'une réforme : la clause de non-concurrence ne se justifie que par les intérêts légitimes de l'entreprise, qui expliquent la limitation à la liberté du travail. Désormais, l'indemnité est obligatoire. Votre ami ne devait donc pas signer le contrat en l'état.

D.7 7^e cas

D.7.1 Énoncé

Vous êtes en troisième année à l'INT : vous avez choisi une option et vous effectuez votre stage dans une entreprise qui privilégie la recherche et le développement. Votre directeur de stage est un chercheur qui travaille dans le secteur des réseaux. L'ambiance est studieuse et enthousiaste. Cela vous amène à phosporer plus vite et plus efficacement que d'habitude. Vous réalisez une invention. L'entreprise considère qu'elle est habilitée à demander un brevet pour son propre compte et entame les démarches devant l'INPI. A-t-elle raison au regard de la loi ? Quoi qu'il en soit, vous restez silencieux (se)

car votre objectif, c'est d'obtenir un contrat de travail avec cette société qui vous intéresse. Vos aspirations sont rapidement satisfaites : vous avez été apprécié(e) et « votre » invention est source de profits. Vous êtes embauché(e) sous CDI comme chercheur (se). Vous réalisez une nouvelle invention, dans un domaine d'activité qui n'est pas celui de l'entreprise, mais qui est susceptible d'être exploitée par l'entreprise. Vous défendez vos droits bec et ongle, mais il vous est indiqué (ce qui est vrai) que vous avez utilisé le matériel de l'entreprise pour innover. À qui l'invention sera-t-elle attribuable ? Justifiez votre réponse. Argumentez.

D.7.2 Solution

Rappel des faits. Droit de la propriété industrielle. Nous sommes dans le droit des brevets. Ce cas comprend deux parties. La première partie traite des droits respectifs de l'employeur et du (de la) stagiaire. La seconde partie traite des droits respectifs de l'employeur et du salarié. Dans la première partie, le (ou la) stagiaire entretient une relation principale avec son Université ou son école. Il n'est pas un salarié même s'il perçoit une compensation financière (qui n'a d'ailleurs aucun caractère obligatoire). Il a donc des droits sur son invention et peut demander un brevet. Cependant, dans la pratique, la plupart des conventions de stage contiennent une clause qui attribue les inventions réalisées par le stagiaire à l'employeur.

Dans la deuxième partie, on peut penser que l'invention réalisée par le salarié n'appartenant pas au domaine d'activité de l'entreprise est attribuable au salarié. Il n'en est rien. Dans la mesure où le salarié a utilisé le matériel de l'entreprise pour réaliser son invention, celle-ci revient à l'employeur.

D.8 8^e cas

D.8.1 Énoncé

Vous travaillez dans une entreprise qui propose des vêtements de sport pour jeunes adultes. Votre

société s'apprête à lancer une gamme nouvelle destinée aux jeunes de 18 à 22 ans : elle s'efforce de gagner une clientèle aux revenus modestes (étudiants) mais qu'il convient de fidéliser dans la perspective d'une entrée dans la vie professionnelle. Plusieurs marques sont envisagées : « À cloche pied » (dénomination insérée dans le drapeau britannique), « Matrix sport » (couleurs rouge et noire), « Big Tyger » (dénomination insérée dans un damier). Commentez les avantages et les inconvénients de ces trois marques, au regard du droit. L'une d'elles pourra-t-elle être enregistrée ? Justifiez votre réponse.

D.8.2 Solution

Rappel des faits. Droit de la propriété industrielle. Nous sommes dans le droit des marques. Examinons les différentes propositions

- « À cloche pied » ne pose pas en soi, de problème particulier, mais il ne pourra pas être enregistré puisque la dénomination est insérée dans un drapeau national. Le droit communautaire des marques interdit formellement l'utilisation d'emblèmes nationaux.
- « Matrix sport » : impossible. Il est évident que les producteurs du film « Matrix », grand succès populaire ont enregistré la marque ; De toute façon, Matrix est protégé par le droit du copyright : en conséquence, même si la marque n'existait pas, il faudrait demander l'autorisation d'utiliser la dénomination de l'œuvre.
- « Big Tyger » : peut éventuellement faire penser, avec une orthographe différente, au prénom du champion de golf Tiger Woods. C'est vraiment allusif et cela peut passer. Par contre, s'il s'agissait d'un produit spécialisé dans les accessoires de golf, cette marque ne pourrait être enregistrée, sauf si Tiger Woods avait donné son accord.

Sujets des années précédentes

E.1 1^{er} cas**E.1.1 Énoncé**

Comme beaucoup de multinationales, surtout à l'heure de la globalisation, « Equipement and Electronics » spécialisé dans la fabrication de composants électroniques, est le chantre et l'illustrateur de la dissémination géographique. Il a plusieurs entreprises en France, dont l'une à Corbeil. Cette dernière a 220 salariés et un comité d'entreprises. Branle-bas de combat médiatique ! Le Conseil d'administration considère que les retours sur investissement de l'an 2000 sont insuffisants en France, contrairement aux résultats enregistrés au Royaume-uni, dispatchés sur le web. Il décide de fermer en 2003 l'établissement de Corbeil. Le représentant de l'employeur élabore un plan où sont envisagés :

- Les reclassements,
- La RTT,
- Les conventions de conversion,
- Le départ en préretraite,
- Les départs négociés.

Le comité d'entreprise n'est pas consulté. Sur ce fondement, deux syndicats demandent l'annulation du plan social et la redéfinition d'une nouvelle politique, qui permettrait le maintien de l'établissement de Corbeil. Obtiendront-ils satisfaction ? Commentez.

E.1.2 Solution

La consultation du comité d'entreprise est obligatoire.

Les points du plan social sont pertinents sauf la RTT.

Les syndicats ont de bonnes chances d'obtenir l'annulation sur le terrain de la procédure. La jurisprudence existante en fait foi. Néanmoins, le plan social ne deviendra effectif qu'après la consultation avec le comité d'entreprise.

L'action des syndicats permettra de gagner du temps.

E.2 2^e cas**E.2.1 Énoncé**

L'univers des mobiles est impitoyable : c'est bien connu ! Dans le marché du GPRS, « Caméléon solitaire » (n° 3 mondial, n° 2 européen) a pris le contrôle de « Communication tous azimuts » (n° 6 mondial ; n° 4 européen). « Caméléon solitaire » et « Communication tous azimuts » constituent à eux deux 90% du marché du GPRS.

La concentration d'entreprise donne-t-elle lieu à un examen ? Si oui, quels organismes sont concernés ?

La nouvelle entité, dénommée « Caméléon solitaire » (référence oblige) vise la qualité mais envisage aussi une politique tarifaire contestée (prix élevés). Que risque-t-il de se produire ? Explicitez.

E.2.2 Solution

Question sur le droit de la concurrence

Il s'agit d'une concentration d'entreprise. Dans le cas visé, compte tenu de la dimension des entreprises, la concentration devra être notifiée à la Commission de la Concurrence de la Commission européenne. Un examen aura donc lieu pour savoir si la nouvelle entité renforce une position dominante.

Il est possible que la Commission de la Concurrence refuse la concentration d'entreprise ou bien demande à la nouvelle entreprise de vendre une part de son marché (ex. d'actualité Schneider et Legrand).

D'autre part, la nouvelle entreprise pratique des tarifs trop élevés. Dans un contexte que nous ne connaissons pas, cela peut aboutir à un abus de position dominante. En effet, la nouvelle entreprise, si elle est acceptée par la Commission de la Concurrence, occupe une position dominante avec des prix trop élevés et peut donc nuire aux intérêts des consommateurs.

E.3 3^e cas

E.3.1 Énoncé

La génétique est une source de profits, pour les médias et pour les firmes pharmaceutiques. Une start-up spécialisée dans ce domaine est à l'origine d'un nouveau médicament, sur lequel se penchent avec intérêt les spécialistes du marketing. La petite équipe qui est à l'origine de cette invention est très fière de sa créativité. L'un des inventeurs, qui s'épand habituellement en communications, signe un article consacré au médicament avant toute demande de requête auprès de l'INPI, puis de l'OEB. Cette publication aura-t-elle des conséquences ? Explicitez.

E.3.2 Solution

On part du point de vue que le nouveau médicament répond aux conditions de brevetabilité. L'une des conséquences de la brevetabilité est la nouveauté. En rédigeant un article qui donne lieu à une publicité, l'un des inventeurs risque de faire perdre l'une des conditions de brevetabilité auprès de l'INPI et de l'OEB.

Cela dépend de la nature de l'article. S'il est très général et ne rentre pas dans des spécifications techniques, alors il n'y aura pas de problèmes. En revanche, si l'article contient des détails, alors le critère de nouveauté est perdu.

E.4 4^e cas

E.4.1 Énoncé

La France n'est pas toujours un territoire d'élection pour la communication commerciale. C'est au Royaume-Uni qu'une start-up française a décidé de proposer un site voué notamment aux loteries publicitaires, rédigées en français, et vouées à un public francophone. Cette pratique est-elle conforme au droit ? Explicitez.

E.4.2 Solution

La pratique envisagée est conforme aux droits. Les loteries publicitaires ne sont pas bien accueillies en France, ainsi il est logique qu'une start-up aille au R.U pour s'installer et développer son produit. Cette entreprise est sous le droit en vigueur au R.U, toutefois son site s'adressant à un public francophone, il est rédigé en français.

E.5 5^e cas

E.5.1 Énoncé

Vous respectez assez fréquemment les limitations de vitesse mais « toujours » est une devise assez peu suivie par les automobilistes, du moins en France.

Vous commettez donc un excès de vitesse et êtes surpris(e) en flagrant délit. Votre permis de conduire est suspendu pour deux mois, avec autorisation d'utiliser un véhicule pour vos besoins professionnels. Devant quel tribunal serez vous jugé(e) ? Etes-vous assisté(e) par un avocat ? S'agit-il d'une contravention ou d'un délit ?

E.5.2 Solution

5) Une infraction a été commise. La nature de cette infraction dépend de la nature de l'excès de vitesse. Si l'excès de vitesse n'est pas trop élevé alors le contrevenant passera devant le tribunal de Police

et sera jugé pour une contravention. Il pourra être assisté d'un avocat mais cela n'est pas une obligation.

Si l'excès de vitesse est important, le contrevenant sera jugé pour un délit devant un tribunal correctionnel. Un avocat est obligatoire.

E.6 6^e cas

E.6.1 Énoncé

An 2001. Votre entreprise sort un produit mis en œuvre par un programme d'ordinateur. Ce produit semble promis à un brillant avenir commercial, avec débouchés dans plusieurs pays européens et en Amérique du Sud. Sur quelles conventions votre société s'appuie-t-elle ? Peut-elle déposer directement une demande auprès de l'OEB ou est-elle tenue de passer par l'INPI ? Selon les états, est-elle sûre d'obtenir un brevet (dans la mesure où elle semble correspondre aux critères de brevetabilité) . Expliquez. Le service de marketing étudie une appellation attractive. Après beaucoup de ratiocinations, de déploiement d'imagination, votre opte pour la sagesse et la sobriété. Une marque complexe avec :

- la dénomination « Beauty and Software »
- un dessin en relief original rappelant des souris
- une photo d'ordinateur réalisée par un artiste connu (une demande d'autorisation a été sollicitée, mais votre entreprise n'attend pas la réponse, qui risque d'être trop longue).

Commentez ce projet de marque au regard du droit.

E.6.2 Solution

Question sur les problèmes de brevets et le droit des marques :

Actuellement, les logiciels en Europe voient le droit changer. Les logiciels et programmes sont à l'heure actuelle régis par le droit d'auteur, et on tend vers le système des brevets.

Cependant le cas présent est une exception. L'OEB a considéré que le produit n'est pas uniquement un logiciel mais un produit mis en œuvre par un programme d'ordinateur donc cela offre la possibilité de demander un brevet.

La société s'appuie sur la Convention de Munich pour le droit européen et sur la Convention de Paris pour le droit international. Elle ne peut pas demander directement à l'OEC mais est obligée de passer par l'INPI concernant le droit français.

Pour les pays acceptant la brevetabilité comme les E.U, le Japon, l'Europe, cette demande de brevet ne posera pas de problème. En France, l'entreprise connaîtra peut-être des problèmes avec l'INPI mais puisqu'il y a la jurisprudence, l'INPI devrait accepter un brevet.

Il se pose le problème d'utilisation d'un terme générique « software ». Cependant, comme il n'est pas utilisé seul, vraisemblablement, l'enregistrement devrait être possible.

Le dessin ne pose aucun problème.

La photo d'ordinateur d'un artiste connu oblige l'autorisation préalable de l'auteur. Le fait que l'entreprise n'attende pas la réponse de l'auteur dénote d'une stratégie d'économie de frais de gestion mais se révélerait non pertinente dans le cas d'un procès en justice. La photo d'ordinateur est régie par le droit d'auteur. Toute reproduction est possible si l'auteur l'autorise ; néanmoins, si l'entreprise publie la photo sans l'accord de son auteur, ce dernier peut demander un dédommagement pour le préjudice causé.

Durée : 1h30 Documents autorisés : Aucun

F.1 1^{er} cas

F.1.1 Énoncé

Vous êtes cadre supérieur dans une SSII, Info P Blue et vous négociez avec un client, une entreprise qui renouvelle en partie son parc informatique. Votre équipe présente un contrat-type, pré-rédigé. Le client cherche à obtenir des clauses précisant le degré de fiabilité technique, mais votre société refuse de s'engager dans ce sens.

Le contrat-type contient la clause suivante : « Info P Blue est exonérée de tout dommage survenant de son fait aux produits et services délivrés au client ». Le contrat est conclu. Est-il conforme aux normes juridiques ? Justifiez votre position.

Après la signature de ce contrat de vente et au moment de la livraison, des agents des deux sociétés s'aperçoivent que l'interopérabilité n'est pas toujours possible. Cette situation s'explique par une erreur apparue dans la convention. Quelles solutions s'offrent à vous et au client ? Explicitez.

F.2 2^e cas

F.2.1 Énoncé

Après la remise de votre dernier rapport de stage à l'INT, l'entreprise qui a bénéficié de votre compétence vous offre un poste. Dans un flux de l'em-

ploi tendu et bien que vous n'ayez pas été totalement convaincu(e) par la politique managériale de cette société, vous signez une promesse d'embauche. Vous n'en continuez pas moins à multiplier les entretiens. Vous décidez de ratifier un contrat de travail avec une autre société qui vous propose un travail plus épanouissant. Ne courez vous aucun risque ?

Après un début d'exécution du contrat de travail, vous prenez connaissance de la convention collective et réalisez que vous êtes rémunéré(e) au forfait. Que vous inspire cette découverte ?

Deux ans plus tard, vous démissionnez et relisez la clause de non-concurrence dont vous n'aviez pas pris la peine de prendre connaissance : « Le salarié ne pourra exercer une activité d'ingénierie de système d'information dans une entreprise concurrente, pendant une durée d'un an dans l'ensemble de la Communauté européenne et aux E.U.A ». Que pensez-vous de cet accord ? Explicitez.

F.3 3^e cas

F.3.1 Énoncé

Vous conduisez une voiture de service de votre société. Vous avez participé à un déjeuner de travail et vous n'avez pas refusé l'excellent vin qui rendait plus aisé le brillant exercice de vos neurones en pleine effervescence. en sortant de table, vous supputez que vous avez dépassé le taux d'alcoolémie autorisé mais vous négligez ce détail parce que

vous êtes certain(e) de maîtriser votre véhicule. A un croisement, un enfant traverse dans un passage protégé sans regarder autour de lui ; vous ne parvenez pas à l'éviter. L'enfant est sérieusement blessé. La police, prévenue, constate que votre taux d'alcoolémie est trop élevé. Une enquête est ouverte. Des mises en examen sont envisagées. Qui risque d'être poursuivi ? Devant quel tribunal le jugement sera-t-il prononcé ? Explicitez.

F.4 4^e cas

F.4.1 Énoncé

Votre société réalise des bénéfices mais s'estime contrainte de faire évoluer la technologie, ce qui implique une réduction de personnel, un licenciement économique important, la mise en place d'un plan social. Vous êtes licencié(e). Vous décidez de profiter de cette circonstance pour réaliser un rêve : visiter la Birmanie et deux autres pays asiatiques. À votre retour, un courrier vous informe que votre ancienne entreprise, dans le cadre de la priorité de réembauchage, vous offre un nouvel emploi, moins bien payé et sis dans un pays qui ne vous attire guère. Quelle décision prenez-vous ? Explicitez.

F.5 5^e cas

F.5.1 Énoncé

Vous avez créé une société de CD-rom. Vous avez acheté un fonds de commerce mais vous êtes le locataire d'une partie d'un immeuble. Vous développez vos produits et obtenez des succès. Au bout de 3 ans, votre CA baisse : des concurrents ont lancés des produits voisins des vôtres. Pour pallier cet

inconvenient, vous décidez d'adjoindre à votre activité initiale un volet « jeux vidéo ». devez-vous demander l'autorisation du bailleur ?

Deux ans plus tard, vous constatez que votre société n'est plus viable. Afin d'éviter le dépôt de bilan, vous changez d'activité : votre devise est « vivre l'aventure en pleine ville » (Votre catalogue est diversifié : « Attaque à main armée », « Survivre à un naufrage », etc.). vous pensez attirer une clientèle de cadres stressés. Ce commerce est bruyant. Or l'immeuble où votre imagination entend faire merveille se trouve près du Jardin du Luxembourg. Demandez-vous l'autorisation du bailleur ? Quelle sera sa réaction ? Explicitez.

F.6 6^e cas

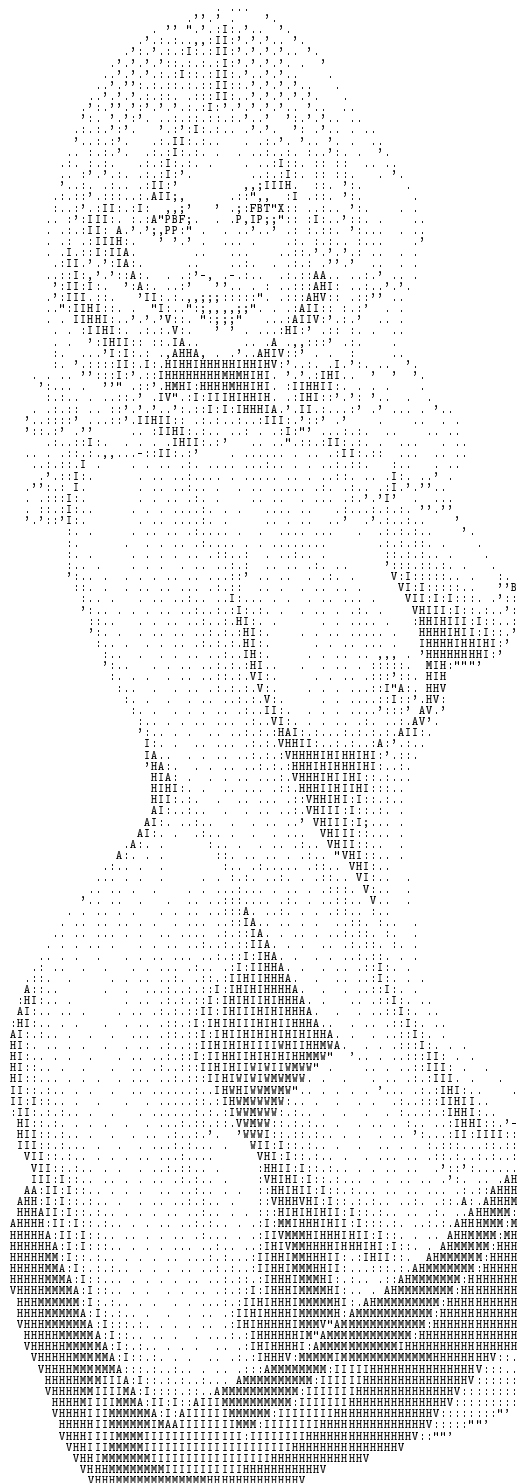
F.6.1 Énoncé

Votre société d'informatique entend se débarrasser de ses vieux logiciels en organisant des soldes. Doit-elle se plier à certaines règles ? Si oui, lesquelles ? Le responsable de l'opération n'a pas mentionné la date limite des ventes. Il veut s'adapter au marché. Son initiative est-elle conforme aux normes juridiques ? Explicitez.

F.7 7^e cas

F.7.1 Énoncé

Vous achetez un produit par voie électronique sur un site américain destiné essentiellement au public anglo-saxon, avec des messages interstitiels publicitaires et des contrats en anglais. L'envoi d'une notice explicative en anglais, dans ce cas précis, déroge-t-il aux dispositions légales ? Justifiez votre réponse.



G.1 1^{er} cas

G.1.1 Énoncé

Les époux Durand désiraient vendre une maison sise à Toulouse. Des pourparlers ayant eu lieu, sans succès dans le passé avec M. Chappe, Maître Los, notaire et mandataire des époux Durand, écrivit le 17 octobre à celui-ci pour lui demander s'il désirait toujours acquérir cet immeuble et quel prix définitif il entendait y mettre. M. Chappe ayant par lettre du 24 octobre proposé un prix de 20 000 euros, Maître Los l'informa par un courrier en date du 29 octobre confirmé le 12 novembre que ce prix était accepté et qu'il ne restait qu'à passer à l'acte. M. Chappe prétendit, le 6 janvier suivant, ne pas être engagé car les modalités de paiement n'étaient pas précisées dans l'accord.

Inquiets, les époux Durand viennent vous consulter et vous demandent si le contrat de vente a été conclu. Que leur répondez-vous ?

G.1.2 Solution de l'élève

Rappel des faits : nous sommes dans le droit des contrats. Le problème qui se pose ici est celui du consentement. Une offre sérieuse et précise doit être acceptée clairement par la partie intéressée, sans aucune condition sous peine d'être considérée comme une contre-offre.

En l'espèce, on ne connaît pas l'offre originale des époux Durand : mais on peut supposer qu'elle est sérieuse. Des pourparlers ont échoués : on peut faire l'hypothèse que le prix n'est pas fixé et peut faire

l'objet de négociation. La question reste alors de savoir si les parties en sont toujours aux pourparlers, ou s'il y a eu formation de contrat. On peut dès lors considérer la lettre du 24 octobre de M. Chappe comme une offre sérieuse et précise (le prix est fixé sans qu'une négociation ne soit envisagée) qui est clairement acceptée et sans condition par les époux Durand (par l'intermédiaire de leur représentant) à travers deux courriers en date du 29 octobre et du 12 novembre. L'offre a donc rencontré une acceptation même si cette rencontre s'est faite en différé.

Ainsi, le contrat de vente est valide, les conditions de formation du contrat étant réunies. On pourrait penser que, s'agissant d'un contrat de vente, il est soumis à une condition de forme afférente aux contrats réels : la remise de la chose. Mais, malgré ce fait, on peut considérer qu'il y a une véritable promesse d'achat de la part de M. Chappe (un pré-contrat) qui l'oblige à verser la somme (obligation de donner) en échange de l'obligation des époux à remettre la chose (obligation de donner). Si M. Chappe ne respecte pas son obligation, les époux pourront faire jouer la responsabilité contractuelle.

G.2 2^e cas

G.2.1 Énoncé

Un contrat de vente portant sur des ouvrages et du matériel d'occultisme a été conclu entre deux parapsychologues, c'est-à-dire entre deux personnes qui étudient les phénomènes métapsychiques. L'un

d'eux, l'acheteur, refusa finalement de payer le prix en se fondant sur le caractère illicite de la cause du contrat. Ces objets devaient en effet servir à l'acheteur à exercer l'activité de devin. Or, à l'époque où le contrat avait été conclu, cette activité était prohibée par l'article R. 34-7 du Code pénal qui punissait de l'amende prévue pour les contraventions de troisième classe « les gens qui font métier de deviner et pronostiquer, ou d'expliquer les songes ».

Qu'en pensez-vous ? Le contrat a-t-il été valablement formé ?

G.2.2 Solution de l'élève

Un contrat de vente a été conclu entre deux personnes capables d'après l'énoncé, sans que le consentement respectif n'ait été vicié. Pourtant la question de la validité de la formation du contrat peut se poser.

En effet, l'objet du contrat est la vente d'ouvrages et de matériel d'occultisme, ce qui est un objet actuel, possible, déterminé et licite. Mais le problème porte sur la cause du contrat. Celle-ci doit normalement être réelle et licite. En l'espèce, la cause de la vente repose sur l'usage du matériel d'occultisme à des fins commerciales, interdite lors de la formation du contrat. Cette activité n'est plus interdite au moment du litige. Peut-on considérer la cause du contrat illégale, et que par suite, le contrat n'est pas valablement formé ?

On part de l'hypothèse que les deux parties au contrat avaient eu connaissance, au moment de la formation du contrat, des intentions déterminantes de chacune d'entre elles, des causes réelles qui les ont motivées à conclure la vente. Il est alors nécessaire de rappeler que le contrat tel qu'il est entendu par le Code civil est fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté. Cette théorie connaît aujourd'hui de nombreuses exceptions, mais reste fondamentales en droit : elle suppose que le contrat est juste, puisqu'il est né de la volonté éclairée des parties. Cette théorie a notamment des répercussions sur la théorie de l'application de la loi dans le temps qui suppose que la loi applicable au contrat est la loi en vigueur au moment de la formation du contrat, sauf si la loi nouvelle est d'ordre public. Ainsi la loi applicable est celle dont les parties avaient connaissance au moment des faits et sur laquelle leur volonté s'est basée. En l'espèce, la loi applicable punissait l'activité de devin. Aussi, la cause

du contrat est illicite et empêche la formation du contrat. Il y a lieu à nullité ayant pour conséquence la destruction rétroactive du contrat. L'« acheteur » devra donc rendre le matériel au vendeur, sous peine de poursuite.

G.3 3^e cas

G.3.1 Énoncé

Vous fondez une start-up avec deux camarades de l'INT. Vous êtes d'abord logés dans l'incubateur. Par la suite, vous cherchez un local qui convienne à l'image de l'entreprise et dont le loyer ne soit pas trop onéreux. Votre objet social : de loisirs vidéos à destination des 18-25 ans. Votre dénomination sociale : « À plus ! ». Après moult recherches, vous trouvez enfin un bail commercial que vous négociez longtemps avec la propriétaire, une retraitée de 61 ans pour qui ce local, un héritage, représente une source appréciable de revenus. La propriétaire est séduite par l'aspect « immatériel » de vos activités, garant d'un bon état des lieux. Au bout de trois ans, votre entreprise est viable, mais votre marge bénéficiaire est réduite. La bailleuse souhaite augmenter le loyer de façon conséquente, mais en ne dépassant que légèrement l'indice du coût de la construction. Pouvez-vous réagir ? Si oui, comment ? Avez-vous une chance d'obtenir satisfaction ? Justifiez votre réponse.

G.3.2 Solution de l'élève

L'entreprise « À plus ! » conclut un bail commercial pour un local où elle pourra exercer son activité. La négociation d'un bail est libre selon le décret de 1953, la seconde obligation étant de mentionner le domaine d'activité et le loyer du local clos et couvert uniquement. Le problème de droit qui se pose après trois ans d'exécution du contrat porte sur la résiliation du loyer. À ce titre, aucun délai n'est à prendre en compte. Néanmoins, si le montant origininaire du loyer est négocié librement, la résiliation de celui-ci ne peut être unilatérale. Rien n'est mentionné sur le point à savoir si le contrat de bail comprend une échelle mobile du loyer. À défaut de toute indication, nous supposons donc que le contrat est valide et que le loyer ne fait pas l'objet d'une échelle de prix, ne de plancher (formellement interdit)

Ainsi, le problème concerne exclusivement la récision du loyer pour laquelle une décision unilatérale ne peut être valide. L'entreprise peut donc s'opposer à une augmentation du loyer en saisissant le tribunal de grande instance compétent. Ce dernier devra tenir compte des intérêts des deux parties, la bailleuse comme l'entreprise preneuse, ainsi que de la valeur locative de la construction. En l'espèce, sachant que la marge bénéficiaire de l'entreprise est réduite et que la proposition de loyer constitue une augmentation conséquente, dépassant l'indice du coût de la construction, on peut penser que le tribunal fixera le loyer au minimum au même niveau que le coût de la construction. (Note : 2/3)

G.4 4^e cas

G.4.1 Énoncé

Vous êtes en troisième année de l'INT et vous accomplissez un stage dans une société d'assurances. Vous travaillez dans le département informatique. Passionné(e) par votre tâche, vous développez un logiciel particulièrement ingénieux, qui attire l'attention non seulement de votre directeur de stage, mais aussi des dirigeants de l'entreprise. Avez-vous des droits sur ce logiciel ? Justifiez votre réponse.

La société d'assurance est implantée en Europe et dans certains pays étrangers. Comment la société compte-t-elle protéger ce logiciel, qu'elle pense exploiter en France, en Allemagne, en Autriche, en Pologne, En Lituanie, en Lettonie, En Slovénie (en 2002) , aux USA, au Canada ? Distinguer les modalités de protection au cas par cas. Quelle forme de protection vous semble la plus adéquate ? Argumentez.

G.4.2 Solution de l'élève

L'étudiant accomplissant un stage au sein d'une entreprise n'apas de lien de subordination avec celle-ci. Il reste lié à l'école exclusivement ; ainsi il n'est pas un salarié et le régime des salariés en matière de brevet ne lui est donc pas applicable.

Néanmoins, tout dépend de sa convention de stage. En effet, si par défaut l'invention réalisée au sein de l'entreprise pendant le stage est entièrement attribuable à l'étudiant, une clause de la convention vient le plus souvent préciser le contraire. En

absence d'éléments supplémentaires, nous supposons qu'une clause vient attribuer l'invention à l'entreprise du moment qu'elle concerne le même domaine d'activité ou que l'étudiant a utilisé le matériel ou les acquis cognitifs de l'entreprise : en l'espèce tel est le cas. On peut en effet supposé que le matériel et les acquis ont été utilisés par l'étudiant : n'ayant aucune information sur le logiciel, on peut supposer qu'il entre dans le même domaine d'activité de l'entreprise. En définitive, l'invention sera attribuée à l'entreprise, même si l'étudiant conservera son droit moral.

Néanmoins, un autre problème de droit se pose : l'invention en question est un logiciel : or les logiciels ne sont pas partout brevetables.

En France, les logiciels ne sont pas considérés comme brevetables puisque n'ayant pas de résultat industriel. La seule forme de protection reste donc le droit des auteurs qui protégera l'exploitation de cet « apport à la création » pendant 70 ans.

Pour ce qui est du reste de l'Europe, c'est la convention de Munich qui s'applique en matière de brevet, ce qui implique que les conditions de brevetabilité soient à nouveau vérifiées afin de pouvoir bénéficier d'une priorité pendant un an pour déposer un brevet dans les différents États membres, moyennant le paiement à chaque fois d'une taxe. Néanmoins, ce sont les mêmes conditions de brevetabilité qui sont vérifiées. À l'heure actuelle, l'Europe est dans une période transitoire en matière de brevet. Mais rien n'est encore en vigueur pour autoriser la brevetabilité du logiciel par l'office européen de brevetabilité. Les logiciels sont donc encore soumis au droit des auteurs pour les brevets européen.

Enfin, il reste le case des USA et du Canada. Ces pays, contrairement à l'Europe ont autorisé sous l'influence des grandes entreprises la brevetabilité des logiciels.

Ainsi, plusieurs solutions de protection du logiciel sont offertes à la société selon le pays concerné. Pour ce qui est de la forme de protection la plus adéquate, le droit des brevets semble le droit le plus sûr, qui assure à l'entreprise bénéficiant d'un monopole d'exploitation d'un monopôle d'exploitation, la meilleure protection. Cependant, cette solution est restreinte à un nombre de pays limités. Tout dépend alors de sa stratégie et de ses ressources financières : soit elle peut bénéficier d'une protection dans tous les pays, soit elle décide de se limiter, soit elle privilégie le droit d'auteur (plus durable en ce

qui concerne la protection de l'exploitation) soit le droit des brevets (qui est plus protecteur, mais qui se limite à 20 ans voir à 5 s'il s'agit d'un certificat d'utilité).

Common Law, 10