

DCG 1

INTRODUCTION AU DROIT



MANUEL

EXPERT SUP

L'expérience de l'expertise

Les manuels DCG

- DSG 1** • *Introduction au droit*, Manuel
Jean-François Bocquillon, Martine Mariage
- DCG 2** • *Droit des sociétés*, Manuel
France Guiramand, Alain Héraud
- DCG 3** • *Droit social*, Manuel
Paulette Bauvert, Nicole Siret
- DCG 4** • *Droit fiscal*, Manuel
Emmanuel Disle, Jacques Saraf, Nathalie Gonthier-Besacier, Jean-Luc Rossignol
- *Droit fiscal*, Corrigés du manuel
Emmanuel Disle, Jacques Saraf, Nathalie Gonthier-Besacier, Jean-Luc Rossignol
- DCG 5** • *Économie*, Manuel
François Coulomb, Jean Longatte, Pascal Vanhove, Sébastien Castaing
- DCG 6** • *Finance d'entreprise*, Manuel
Jacqueline Delahaye, Florence Delahaye-Duprat
- *Finance d'entreprise*, Corrigés du manuel
Jacqueline Delahaye, Florence Delahaye-Duprat
- DCG 7** • *Management*, Manuel
Jean-Luc Charron, Sabine Sépari F. Bertrand
- DCG 8** • *Systèmes d'information de gestion*, Manuel
Jacques Sornet, Oona Hengoat, Nathalie Le Gallo
- DCG 9** • *Introduction à la comptabilité*, Manuel
Charlotte Disle, Robert Maeso, Michel Méau
- *Introduction à la comptabilité*, Corrigés du manuel
Charlotte Disle, Robert Maeso, Michel Méau
- DCG 10** • *Comptabilité approfondie*, Manuel
Robert Obert, Marie-Pierre Mairesse, Arnaud Desenfans
- *Comptabilité approfondie*, Corrigés du manuel
Robert Obert, Marie-Pierre Mairesse, Arnaud Desenfans
- DCG 11** • *Contrôle de gestion*, Manuel
Claude Alazard, Sabine Sépari
- *Contrôle de gestion*, Corrigés du manuel
Claude Alazard, Sabine Sépari

DCG 1

INTRODUCTION

AU DROIT

.....

MANUEL

Jean-François BOCQUILLON

Agrégé d'économie et de gestion
Professeur en classes préparatoires
à l'expertise comptable

Martine MARIAGE

Agrégée d'économie et de gestion
Professeur en classes préparatoires
à l'expertise comptable

2018/2019



EDITIONS
FRANCIS LEFEBVRE

DUNOD

Suivre l'actualité juridique DCG 1 Introduction au droit

Le droit est une discipline en constante évolution :
retrouvez sur nos sites, après sa parution au *Journal Officiel*,
l'actualité juridique liée à l'épreuve DCG 1 Introduction au droit.

www.expert-sup.com : le portail des étudiants et des enseignants en expertise comptable
Dans le menu « Actualisation livres DCG »

www.dunod.com :
Dans la fiche de présentation du Manuel de l'épreuve concernée

Maquette de couverture :
Studio Piaude

Maquette intérieure :
Caroline Joubert
(L'Atelier du Livre)

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements

d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour

les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).



© Dunod, 2018

11 rue Paul Bert, 92240 Malakoff

www.dunod.com

ISBN 978-2-10-077491-3

ISSN 1269-8792

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sommaire

Pour réussir le DCG et le DSCG	IX
Programme de l'épreuve n° 1 Introduction au droit	X
PARTIE 1 Introduction générale au droit	1
CHAPITRE 1 Le droit	3
A La règle de droit	3
B Les branches du droit	6
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 2 Les sources du droit	17
A Les sources fondamentales du droit objectif	17
B Les autres sources du droit	21
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 3 L'organisation judiciaire	36
A Le droit commun du procès	36
B Les juridictions	39
C Le personnel de la justice	45
D L'action en justice	47
E Les voies de recours	52
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 4 La preuve des droits subjectifs	66
A Les sources des droits subjectifs	66
B Les règles d'administration de la preuve	69

C Les différents modes de preuve	72
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 5 Les modes alternatifs de règlement des conflits	83
A La résolution amiable des différends	83
B L'arbitrage	87
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
PARTIE 2 Les personnes et les biens	97
CHAPITRE 6 Les personnes et leur patrimoine	99
A La personne juridique	99
B Les personnes physiques	100
C Les personnes morales	108
D Le patrimoine	111
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 7 Les professionnels de la vie des affaires : les commerçants	123
A La qualité de commerçant	123
B Les activités commerciales	124
C Le statut personnel du commerçant	127
D Les conséquences de l'activité commerciale	132
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 8 Les autres professionnels de la vie des affaires	142
A L'artisan	142
B L'agriculteur	144
C Les professions libérales	146
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 9 La propriété	153
A Théorie générale de la propriété	153
B L'acquisition de la propriété	155

C L'étendue du droit de propriété	158
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 10 Applications particulières de la propriété	172
A Le fonds de commerce	173
B La propriété commerciale	176
C La propriété industrielle	179
D Le droit d'auteur	184
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 11 L'entreprise en difficulté	196
A La prévention des difficultés	196
B Le traitement des difficultés	206
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
PARTIE 3 L'entreprise et les contrats	221
CHAPITRE 12 La formation du contrat	223
A Notion de contrat et fonctions économiques	223
B Les principes fondateurs du droit des contrats	224
C La formation du contrat	230
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 13 L'exécution du contrat	251
A Les obligations contractuelles	251
B Les personnes obligées : l'effet relatif du contrat	256
C Le paiement, mode normal d'exécution du contrat	258
D Les sanctions de l'inexécution	261
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 14 Les contrats de l'entreprise	280
A Le contrat de vente	280
B Le contrat d'entreprise	284

C La vente du fonds de commerce	285
D La location-gérance du fonds de commerce	291
E Le nantissement conventionnel du fonds de commerce	293
F Les contrats de consommation	294
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 15 Les relations entreprise/banque	312
A Le compte bancaire	312
B Les transferts de fonds	318
C Les contrats de crédit aux entreprises	328
D Les sûretés	336
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
PARTIE 4 L'entreprise et ses responsabilités	353
CHAPITRE 16 L'entreprise et la responsabilité délictuelle	355
A Le domaine et les fonctions de la responsabilité délictuelle	355
B Les fondements de la responsabilité délictuelle	360
C La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle	363
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
CHAPITRE 17 La responsabilité pénale	377
A Mise en cause de la responsabilité pénale et droit pénal général	377
B Le procès et la procédure pénale	389
Schémas de synthèse • Appliquer le cours • Se préparer à l'examen	
Entraînement	409
Cas d'entraînement	410
Annexes	415
Fiches méthode	416
Corrigés des quiz et des questions de cours	421
Index	433
Table des matières	439

Pour réussir le DCG et le DSCG

Le cursus des études conduisant à l'expertise comptable est un cursus d'excellence, pluridisciplinaire, vers lequel se dirigent, à raison, de plus en plus d'étudiants.

Dunod dispose depuis de très nombreuses années d'une expérience confirmée dans la préparation de ces études et offre aux étudiants comme aux enseignants une gamme, complète d'ouvrages de cours, d'entraînement et de révision qui font référence.

Ces ouvrages sont entièrement adaptés aux épreuves, à leur esprit comme à leur programme, avec une qualité toujours constante. Ils sont tous régulièrement actualisés pour correspondre le plus exactement possible aux exigences des disciplines traitées.

La collection Expert Sup propose aujourd'hui :

- des manuels complets mais concis, strictement conformes aux programmes nouveaux, comportant des exemples permettant l'acquisition immédiate des notions exposées, complétés d'un choix d'applications permettant la mise en pratique et la synthèse ;
- des livres originaux, avec la série « Tout-en-Un » spécialement conçue pour l'entraînement et la consolidation des connaissances ;
- les Annales DCG, spécifiquement dédiées à la préparation de l'examen.

Elle est complétée d'un ensemble d'outils pratiques de révision, avec la collection Express DCG et les QCM DCG, ou de mémorisation et de synthèse avec les « Petits Experts » (*Petit fiscal, Petit social, Petit Compta, Petit Droit des sociétés...*).

Ces ouvrages ont été conçus par des enseignants confirmés ayant une expérience reconnue dans la préparation des examens de l'expertise comptable.

Ils espèrent mettre ainsi à la disposition des étudiants les meilleurs outils pour aborder leurs études et leur assurer une pleine réussite.

Jacques Saraf
Directeur de collection


Programme de l'épreuve n° 1

Introduction au droit


DURÉE DE L'ENSEIGNEMENT	NATURE DE L'ÉPREUVE	DURÉE	COEFFICIENT
(à titre indicatif) 150 heures 12 crédits européens	Épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou le commentaire d'un ou plusieurs documents et/ou une ou plusieurs questions	3 heures	1

THÈMES	SENS ET PORTÉE DE L'ÉTUDE	NOTIONS ET CONTENUS
1. Introduction générale au droit (40 heures)		
1.1 Prolégomènes	<p>La règle de droit est une construction sociale. À travers elle, s'expriment certaines valeurs fondamentales. La prise en compte des finalités du droit permet de comprendre le sens de la règle, de l'interpréter et, éventuellement, d'en prévoir l'évolution.</p> <p>Le droit distingue, classe, range. Le classement sert à ordonner la présentation de la règle de droit. Il répond donc à des nécessités pédagogiques. Mais ses utilités vont au-delà. En effet, le droit en France repose sur une <i>summa divisio</i> qui oppose le droit public et le droit privé. Les intérêts de cette distinction concernent la compétence des juridictions, les personnes visées par les règles et la mise en évidence d'acteurs du droit qui disposent de prérogatives exceptionnelles : l'État et les collectivités territoriales.</p>	<p>Finalités du droit Définition du droit Caractères de la règle de droit</p> <p>Branches du droit</p>
1.2 Les sources du droit	<p>Les sources du droit sont nombreuses et diffuses. Plusieurs raisons expliquent ce constat ; elles tiennent à l'accroissement constant du rôle du droit comme régulateur social, à la multiplication à côté des instances traditionnelles de nouveaux lieux de fabrication du droit et au développement à côté du « droit dur » d'un « droit mou ». Face à ce foisonnement il est nécessaire d'ordonner les sources du droit et donc de les présenter dans leur hiérarchie.</p>	<p>Sources internationales Sources communautaires Sources nationales : étatiques et professionnelles</p>



<p> 1.3 La preuve des droits</p>	<p>L'étude de la preuve doit être guidée par la recherche de ses finalités. En amont du procès la preuve a un rôle de prévention. La partie qui sait que le juge lui donnera tort doit s'abstenir de recourir au juge. La pré-constitution de preuve a donc une vertu dissuasive. En aval du procès, le droit de la preuve articule idéal (la recherche de la vérité) et contingence (la recherche d'un apaisement du conflit). Ainsi se comprennent les textes qui réglementent la preuve et ceux qui obligent le juge à dire le droit et donc à trancher le conflit, construisant une vérité judiciaire.</p>	<p>Objet Charge Modes Admissibilité Évolution</p>
<p>1.4 L'organisation judiciaire</p>	<p>Quand les droits sont contestés, en faire cesser les atteintes est nécessaire. Le recours au service de la justice s'impose : celui-ci obéit à des principes qui le structurent et en organisent le fonctionnement.</p>	<p>Les juridictions :</p> <ul style="list-style-type: none"> • juridictions communautaires • juridictions nationales du premier degré : civiles, commerciales, pénales et administratives • juridictions du second degré : cours d'appel et cours administratives d'appel • Cour de cassation et Conseil d'état <p>Les personnels des juridictions : magistrats et auxiliaires</p> <p>Droit commun du procès :</p> <ul style="list-style-type: none"> • grands principes européens : droit à un procès équitable, droit à un procès public et droit à un procès d'une durée raisonnable • grands principes français : principes relatifs à la compétence des juridictions (compétence d'attribution et territoriale), au déroulement du procès (principes directeurs de la contradiction, de la publicité, de l'oralité des débats, de la neutralité du juge, de la gratuité), au jugement (force exécutoire et autorité de la chose jugée)
<p>1.5 Les modes alternatifs de règlement des conflits</p>	<p>Le procès est porteur d'un conflit dont on peut craindre qu'il ne dégénère. Le rétablissement de la paix sociale passe par la procédure judiciaire mais aussi par des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC). Ces derniers présentent des avantages : ils peuvent être, alternativement ou cumulativement, plus rapides, moins coûteux, plus appropriés à certaines formes de conflictualité sociale.</p>	<p>Les règlements amiables :</p> <ul style="list-style-type: none"> • définition • cas de recours (conciliation et médiation civile, médiation pénale et transactions administratives) • mise en œuvre <p>Les règlements juridictionnels : l'arbitrage</p> <ul style="list-style-type: none"> • définition • domaine • mise en œuvre

2. Les personnes et les biens (45 heures)		
<p>2.1 Les personnes</p>	<p>La personnalité est l'aptitude à participer au commerce juridique. Elle est conférée aux personnes physiques et à certains groupements. Pour chaque sujet de droit il importe de définir les conditions de sa participation à la vie juridique : c'est le rôle de la capacité.</p> <p>Les personnes morales sont des fictions juridiques construites pour répondre à des besoins sociaux. En effet, très tôt, on s'est aperçu que la réussite de certains projets de grande envergure nécessitait de constituer des groupements de personnes mettant en commun leurs activités et leurs ressources. Par ailleurs, ces groupements peuvent poursuivre des buts différents de ceux de leurs membres. Tout ceci conduit à conférer à certains groupements la personnalité morale, calquée sur celle des personnes physiques.</p>	<p>La personne juridique :</p> <ul style="list-style-type: none"> • les utilités de la notion de personne juridique • diversité <p>Les personnes physiques :</p> <ul style="list-style-type: none"> • capacité et incapacité : définition et distinction • éléments d'identification (nom de famille, domicile et nationalité) <p>Les personnes morales :</p> <ul style="list-style-type: none"> • capacité, principe de spécialité, nécessité d'une représentation • éléments d'identification : dénomination sociale, siège social et nationalité
<p>2.2 Les commerçants, personnes physiques</p>	<p>Les premiers acteurs de la vie commerciale sont les commerçants en tant que personnes physiques. Ils dirigent des entreprises individuelles qu'ils exploitent en nom propre. Ces commerçants effectuent des actes de commerce à titre de profession habituelle. On constate donc que c'est l'activité commerciale qui confère le statut de commerçant. Dans le cadre de ses affaires, le commerçant a besoin de règles adaptées à ses besoins.</p>	<p>Définition Commerçant et entreprise individuelle Actes de commerce Activités interdites ou contrôlées Statut personnel du commerçant : incapacité, régime matrimonial, PACS, nationalité, interdictions, incompatibilités et déchéances Statut du conjoint Conséquences de l'activité commerciale : statut juridique et obligations du commerçant</p>
<p>2.3 Les autres professionnels de la vie des affaires</p>	<p>Longtemps l'usage a été d'opposer le commerçant à d'autres catégories professionnelles : les artisans, les agriculteurs et les professionnels libéraux. Aujourd'hui on constate un mouvement d'unification et les clivages s'estompent.</p>	<p>Les artisans : définition et statut Les agriculteurs : définition et statut Les professionnels libéraux : diversité et statut</p>
<p>2.4 Théorie du patrimoine</p>	<p>Dans la tradition juridique française, le patrimoine est une émanation de la personne. Il constitue une véritable universalité de droit et trouve sa base légale dans l'article 2092 du Code civil. Cet article d'une grande richesse pose, notamment, que les biens et les dettes de la personne sont dans une étroite dépendance : les biens garantissent les dettes. Ce droit de gage général qui appartient à tout créancier souffre de diverses lacunes. C'est dans ce contexte que s'enracine le droit des sûretés.</p>	<p>Approche personnaliste et thèse du patrimoine d'affectation : intérêts et limites Approche du droit positif français : rattachement à la thèse personnaliste et conséquences, composition (biens, droits patrimoniaux et dettes) Nature juridique Droit de gage général et nécessité des sûretés</p>

<p> 2.5 La propriété</p>	<p>Le droit de propriété est le plus complet des droits réels. Il donne la possibilité de tirer de la chose toutes les utilités dont elle est susceptible. Le droit de propriété satisfait aux intérêts individuels. Toutefois, une partie de la doctrine considère que la propriété remplit aussi une fonction sociale qui fonde toutes les entorses au droit de propriété. Ces deux fonctions, à la fois compatibles et contradictoires, imprègnent le droit positif de la propriété.</p>	<p>Théorie générale de la propriété :</p> <ul style="list-style-type: none"> • les attributs du droit de propriété • les caractères du droit de propriété <p>L'acquisition de la propriété :</p> <ul style="list-style-type: none"> • par un acte juridique : le contrat. Présentation du principe du transfert immédiat et de ses limites • par un fait juridique : étude de la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre » <p>L'étendue du droit de propriété :</p> <ul style="list-style-type: none"> • l'objet du droit de propriété • les servitudes : notion, caractéristiques, diversité et régime juridique • la propriété démembrée : l'usufruit (constitution, effets et reconstitution) • l'exercice entravé de la propriété : abus de droit et troubles anormaux de voisinage
<p>2.6. Applications particulières de la propriété</p>	<p>Depuis l'élaboration du Code civil la propriété a souvent fait l'objet d'atteintes. Mais, en même temps, la plasticité de la notion et la tendance du droit à procéder plus par imitation que par invention, traduisent le succès de cette notion. Ainsi s'explique l'utilisation de cette notion hors de son strict champ technique. Le fonds de commerce est un bien unitaire, différent des éléments qui le composent. C'est aussi un bien incorporel de nature mobilière. La propriété commerciale permet à un preneur à bail commercial d'obtenir à l'expiration du contrat le renouvellement du bail commercial ou, à défaut une indemnité d'éviction. La propriété intellectuelle protège l'inventeur (droit de la propriété industrielle) comme l'auteur (droit d'auteur).</p>	<p>Le fonds de commerce : notion, composition et nature</p> <p>La propriété commerciale :</p> <ul style="list-style-type: none"> • conditions d'application du statut des baux commerciaux • régime applicable au bail commercial • droit au renouvellement <p>La propriété industrielle :</p> <ul style="list-style-type: none"> • la protection des créations industrielles par les brevets d'invention • la protection des créations ornementales par les dessins et modèles • la protection des signes distinctifs par la marque <p>Le droit d'auteur : étude des conditions de la protection des oeuvres, des personnes protégées et des droits de ces personnes (droits patrimoniaux et droit moral)</p>
<p>2.7 L'entreprise en difficulté</p>	<p>L'expression « droit des entreprises en difficulté » s'est largement substituée à d'autres expressions comme celle de « droit des procédures collectives » ou de « droit de la faillite ». Cette formulation traduit la volonté du législateur d'orienter la matière vers la prévention et le traitement des défaillances tout en essayant de concilier les nombreux intérêts en présence, notamment ceux du débiteur, des créanciers et des salariés.</p>	<p>Notions sur la prévention des difficultés des entreprises :</p> <ul style="list-style-type: none"> • rôle des exigences comptables • déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes • missions du mandataire ad hoc et du conciliateur <p>Notions sur le traitement des difficultés des entreprises : finalités des procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire</p>

3. L'entreprise et les contrats (35 heures)		
<p>3.1 Théorie générale du contrat</p>	<p>Le contrat est le véhicule juridique de la vie des affaires. Il s'analyse comme la façon de créer volontairement un lien juridique d'obligation : les contractants s'engagent de leur propre gré. Le contrat remplit de nombreuses utilités, notamment économiques. C'est un instrument de communication économique entre les parties, de redistribution, de gestion patrimoniale et de stabilisation des relations économiques.</p> <p>Le contrat est un outil d'organisation de la vie des affaires. C'est aussi une institution dont la plasticité autorise invention et créativité. Le caractère vivant de l'institution exige une analyse des différents stades de la vie du contrat : de sa formation à son exécution en passant par ses pathologies.</p>	<p>Notion et fonctions économiques du contrat</p> <p>Principes fondateurs du droit des contrats : liberté contractuelle, force obligatoire et bonne foi</p> <p>La formation du contrat :</p> <ul style="list-style-type: none"> • conditions de formation • clauses contractuelles particulières • sanctions des conditions de formation <p>L'exécution du contrat :</p> <ul style="list-style-type: none"> • les obligations à exécuter (voulues par les parties, imposées par le juge) ; interprétation du contrat • les personnes obligées : le principe de l'effet relatif et ses exceptions • le paiement, mode normal d'exécution du contrat • les sanctions de l'inexécution
<p>3.2 Les contrats de l'entreprise</p>	<p>Dans la vie des affaires, l'entreprise passe de nombreux contrats. Cette mise en situation contractuelle permet le passage de la théorie générale aux « contrats spéciaux ». La matière est dominée par une double antinomie : d'une part, l'opposition entre les règles générales et spéciales, d'autre part l'opposition entre contrats nommés et contrats innommés ; d'où les spécificités du régime juridique des contrats de l'entreprise.</p>	<p>Les contrats portant sur le fonds de commerce : location-gérance, nantissement conventionnel et vente (formation et effets des contrats)</p> <p>Le contrat de vente et le contrat d'entreprise (formation et effets des contrats)</p> <p>Les contrats de consommation :</p> <ul style="list-style-type: none"> • l'achat de biens ou de prestations de services : étude des règles protégeant le consommateur au moment de la formation du contrat et de son exécution • le contrat de crédit à la consommation : formation et effets <p>Le compte de dépôt bancaire : création, fonctionnement et fermeture</p> <p>Les transferts de fonds</p> <ul style="list-style-type: none"> • par virement : définition, régime, avis de prélèvement et TIP • par chèque : émission, transmission et paiement • par carte : les contrats et les incidents <p>Les contrats de crédit aux entreprises :</p> <ul style="list-style-type: none"> • le contrat de prêt • avec mobilisation de créances : escompte, affacturage et bordereau Dailly • sans mobilisation de créance : crédit-bail mobilier <p>Les sûretés : nature et caractéristiques</p>

4. L'entreprise et ses responsabilités (30 heures)		
<p>4.1 L'entreprise et la responsabilité délictuelle</p>	<p>En développant ses activités l'entreprise peut commettre un fait causant un dommage à autrui. Le délit et le quasi-délit engagent sa responsabilité.</p>	<p>Théorie de la responsabilité délictuelle :</p> <ul style="list-style-type: none"> • le domaine : distinction responsabilité civile, délictuelle, contractuelle et pénale • les fonctions de la responsabilité délictuelle (réparer, punir, prévenir) • les fondements de la responsabilité délictuelle (faute, risque, garantie, solidarité, précaution) <p>Les conditions de mise en oeuvre :</p> <ul style="list-style-type: none"> • le dommage (types, exigences relatives aux dommages réparables) • le fait générateur : le fait personnel (la faute), le fait des choses (inclusion de la responsabilité du fait des produits défectueux) et le fait d'autrui • le lien de causalité
<p>4.2 L'entreprise et la responsabilité pénale</p>	<p>Dans le cadre du développement de ses activités, l'entreprise peut mettre en cause sa responsabilité pénale. Cette dernière a pour objet l'infraction et pour but la défense sociale. La réaction sociale peut mettre en jeu la liberté des hommes de l'entreprise et/ou porter atteinte à ses intérêts. Pour ces deux raisons la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise doit être entourée de nombreuses garanties tant en termes de droit substantiel qu'en terme de droit processuel.</p>	<p>Le droit pénal général :</p> <ul style="list-style-type: none"> • les éléments constitutifs de l'infraction (éléments légal, matériel, moral) • la classification des infractions (crime, délit, contravention) • l'identification de la personne responsable (l'auteur, le complice) • la peine : notion, principes directeurs (légalité et subjectivité), nature (la classification tripartite et secondaire), formes (atteinte à la personne, aux biens et aux droits) <p>La procédure pénale :</p> <ul style="list-style-type: none"> • les actions : l'action publique (acteurs, exercice, extinction), l'action civile (acteurs, exercice, extinction) • l'instruction préparatoire : juge et chambre d'instruction • le jugement et les voies de recours

Indications complémentaires

2.1 Les personnes ne sont pas ici envisagées en elles-mêmes mais comme des acteurs de la vie juridique. Une telle approche conduit, en ce qui concerne les personnes physiques, à exclure du champ du programme tout ce qui relève de l'étude des droits de la personnalité. Une même considération conduit à centrer l'étude des incapables sur les actes qu'ils peuvent ou ne peuvent pas accomplir. L'étude des règles relatives à l'attribution du nom, au changement de nom et celles portant sur l'attribution de la nationalité est exclue. En revanche, on montre l'utilité de ces trois éléments d'identification.

En ce qui concerne les personnes morales, les règles d'attribution des éléments d'identification ainsi que les utilités de ces éléments sont étudiés.

2.5 L'acquisition de la propriété : en ce qui concerne les limites du transfert immédiat, on distinguera celles nées de la volonté des parties, celles tenant à la nature du bien vendu et celles tenant à la protection des tiers. Pour l'objet du droit de propriété, on fera une présentation succincte de l'assiette du droit de propriété exercé sur un immeuble et du droit d'accession immobilière.

2.6 Dans chacun des cas de propriété industrielle, on étudiera les conditions et les effets de la protection en droit national.

Pour le droit d'auteur, on se limitera aux personnes physiques et aux salariés, en excluant les œuvres à plusieurs auteurs. L'étude des droits post mortem est exclue.

4.1 En ce qui concerne la responsabilité du fait des choses, sont exclus le cas des animaux, la ruine des bâtiments et les accidents de la circulation. En ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui sont exclus la responsabilité des père et mère du fait de leur enfant mineur ; en revanche, la responsabilité des maîtres du fait de leurs domestiques et préposés (art. 1384 al. 5) et celle des artisans du fait de leurs apprentis (art. 1384 al. 6) font partie du programme.

PARTIE

1

INTRODUCTION GÉNÉRALE AU DROIT

- CHAPITRE 1** Le droit
- CHAPITRE 2** Les sources du droit
- CHAPITRE 3** L'organisation judiciaire
- CHAPITRE 4** La preuve des droits subjectifs
- CHAPITRE 5** Les modes alternatifs de règlement des conflits

- A La règle de droit
- B Les branches du droit

SCHÉMAS DE SYNTHÈSE • APPLIQUER LE COURS • SE PRÉPARER À L'EXAMEN

Le droit est un système de règles et de solutions organisant la société au nom de certaines valeurs sociales ; par exemple, le droit vise à la justice sociale ou bien encore à la sécurité. C'est un phénomène normatif qui nécessite que l'on s'interroge sur la règle de droit et ses caractères. Cette interrogation permet de mieux comprendre la règle, d'en interpréter le sens, d'en identifier les limites et d'en prévoir l'évolution (titre A).

Toutefois, cette vision n'épuise pas l'intégralité du sujet que nous avons à examiner. En effet, il existe une multiplicité de phénomènes sociaux qui entrent dans le champ du droit. Certains sont liés à la famille, d'autres, à l'entreprise ou bien encore aux activités économiques. Face à cette situation, le droit doit identifier, classer, ranger, d'où une organisation du droit en branches (titre B) et codes. Cette nécessité ne s'explique pas seulement par des raisons pédagogiques (identifier les objets et sujets du droit) ou une volonté de comprendre le réel ordonné par le droit, les enjeux sont aussi pratiques. Ils concernent la détermination du corps de règles applicables à des personnes mais aussi l'identification des juridictions compétentes.

A

LA RÈGLE DE DROIT

Nous définirons d'abord le rôle du droit (1) tout en distinguant le « droit » des « droits » (2). Mais le droit n'est pas le seul corps de normes à organiser la société. D'autres règles existent qui ont des visées voisines. La recherche d'un critère du juridique exige alors que les caractères de la règle de droit soient précisés (3) et qu'une claire distinction entre droit et morale soit établie (4).

1 Les finalités du droit

Après avoir développé quelques considérations générales (1.1), nous présenterons les finalités essentielles du droit (1.2).

1.1 Considérations générales

Les manifestations du droit sont très nombreuses. Se marier, passer un contrat, acheter ou vendre un appartement, voter, changer de nom, créer une société..., exigent de mettre en œuvre des règles juridiques. Ces règles ont pour objectif de faciliter la vie en société et, plus fondamentalement, de l'organiser, de la réguler. Aucun corps social ne peut en effet subsister sans une certaine discipline de ses membres. Le droit détermine alors un ensemble de normes de conduite. Il détermine ce que chacun peut et doit faire pour que la vie en société soit possible.

1.2 Les finalités du droit

Les objectifs poursuivis par la règle de droit sont nombreux. Le tableau qui suit les répertorie et les illustre.

Finalités poursuivies	Présentation de la finalité	Exemples
Sécurité des personnes	Assurer la protection de la personne dans ses diverses activités	Assurance automobile Pénalisation de toutes les atteintes à la vie
Sécurité des biens	Assurer la protection des biens privés de la personne et de ceux utilisés par tous (biens communs)	Pénalisation du vol et de la dégradation de la chose d'autrui Possibilité de récupérer une chose détenue par autrui Règles issues du Code de l'environnement et visant à protéger la qualité de l'eau, celle de l'air, à lutter contre le bruit
Stabilité des situations juridiques	Maintenir en l'état ce qui a été établi et éviter de perpétuelles remises en cause	L'article 2 du Code civil prévoit que la loi n'a pas d'effet rétroactif ; elle ne vaut que pour l'avenir. Un texte similaire existe aussi en droit pénal
Organisation économique	Doter la vie économique des règles qui vont en permettre le fonctionnement le plus harmonieux	Respect de la propriété individuelle Respect de la liberté contractuelle
Organisation politique	Doter la cité de règles de droit pour assurer le gouvernement des hommes	Règles relatives aux élections, à l'accès aux fonctions électives Respect des libertés publiques Respect des libertés individuelles Garanties contre l'arbitraire de l'État
Organisation sociale	Fournir à la société des règles qui vont en faciliter le fonctionnement et lutter contre certaines dérives considérées comme socialement non désirables	Règles relatives à l'égalité hommes/femmes Règles encadrant le mariage, le divorce, la procréation

2 Du droit et des droits

En France, le mot « droit » recouvre deux concepts distincts. En effet, tantôt on parlera « du droit » tantôt des droits. La langue anglaise utilise deux termes différents pour effectuer la distinction : *law* et *rights*.

Le droit, au singulier, correspond à l'ensemble des règles sociales qui gouvernent les rapports des hommes entre eux ou avec la puissance publique. Les juristes parlent alors du **droit objectif**.

EXEMPLE

Le droit français.

Au pluriel, « les droits » désignent les pouvoirs juridiques (les prérogatives) qui appartiennent à une personne et lui permettent d'accomplir un acte protégé par la puissance publique.

EXEMPLE

« Les droits » de propriété, de vote, de se marier.

Un individu peut se prévaloir de « ses » droits. En ce sens, il convient de parler de « **droits subjectifs** », c'est-à-dire des droits du sujet.

Ces deux concepts doivent être distingués du droit positif, qui est le droit en vigueur à un moment donné dans un État ou une communauté internationale donnée.

EXEMPLE

Les informations contenues dans ce chapitre constituent une leçon de droit positif.

3 Les caractères de la règle de droit

La règle de droit présente plusieurs caractères. Elle est générale et abstraite (3.1) et coercitive (3.2).

3.1 Caractère général et abstrait

La règle de droit a pour fonction de déterminer, concrètement, le comportement individuel. Elle ne vaut pas pour des cas particuliers mais, bien au contraire, sa vocation est de s'appliquer à tous ceux qui se trouvent dans telle situation déterminée. En définitive, elle ne vise pas les personnes en elles-mêmes mais les situations juridiques dans lesquelles elles se trouvent.

EXEMPLE DE L'ARTICLE 1591 DU CODE CIVIL

L'article 1591 du Code civil dispose que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Ce texte concerne toutes les personnes liées par un contrat de vente. Le caractère général et abstrait ressort ici très clairement parce que la situation, fréquente, intéresse toute la population.

3.2 Caractère coercitif

L'existence d'une sanction, prévue et appliquée par la société, peut être considérée comme l'élément spécifique de la règle de droit. Certes, les autres règles de conduite sont également sanctionnées mais la sanction est d'une tout autre nature.

EXEMPLE

Les règles de morale sont sanctionnées par les remords de la conscience individuelle.

Dans ce cas, la sanction existe mais elle est interne. En droit, tout autre est la sanction. En effet, celle-ci est extérieure à l'individu. Sa mise en œuvre exige que des poursuites judiciaires ou administratives soient déclenchées par des représentants de l'État ou des particuliers, victimes des agissements reprochés.

EXEMPLE

Action intentée par la victime d'un dommage devant une juridiction civile.

Nul ne pouvant se faire justice à lui-même, c'est par le biais de l'action en justice que la sanction de la règle de droit est donc mise en œuvre.

4 Règle de droit et morale

Droit et morale entretiennent des rapports étroits. Par exemple, la norme qui interdit de tuer est à la fois juridique et morale (et même religieuse). Toutefois, il convient de bien distinguer ces deux types de règle afin de rechercher les critères du juridique. Diverses observations peuvent alors être formulées.

La comparaison droit/morale

Critères de comparaison	Contenus de la comparaison
Sources	<ul style="list-style-type: none">• La règle de droit puise sa source dans l'autorité qui s'est vue reconnaître le pouvoir de légiférer.• La règle de morale résulte de la révélation divine ou de la conscience individuelle ou collective.
Contenus des règles	<ul style="list-style-type: none">• La règle de morale précise ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire et ceci en référence à une visée fondamentale de l'homme. Elle définit un idéal de conduite tant vis-à-vis d'autrui que de soi-même.• La règle de droit est nettement moins exigeante. Elle assure l'ordre et la paix et ne se soucie pas de la perfection.
Sanctions	<ul style="list-style-type: none">• La violation de la règle de morale reçoit une sanction intérieure, celle de la conscience.• La violation de la règle de droit est externe. Elle est infligée par l'autorité contraignante exercée par les pouvoirs publics.

B

LES BRANCHES DU DROIT

La complexité croissante des rapports sociaux a entraîné un développement des règles de droit. Pour rendre compte de cette diversité, il convient de l'ordonner dans un cadre plus général qui combine deux distinctions classiques : celle du droit public et du droit privé (1) et celle du droit national et du droit international (2).

1 Droit public et droit privé

Distinction classique en vigueur chez les Romains, l'opposition droit public/droit privé repose sur des fondements et présente des intérêts (1.1). Ce préalable exposé il sera possible d'étudier les différentes branches du droit public (1.2) et du droit privé (1.3).

1.1 Fondement et intérêts de la distinction

a) Fondement

Cette distinction oppose ce qui relève du domaine privé et ce qui relève de la vie publique, celle de la cité. Au XVIII^e siècle, Montesquieu définissait le droit public comme « les lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés » et le droit privé comme « les lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux ». ⁽¹⁾

b) Intérêts

Il existe au moins deux intérêts à l'opposition entre le droit public et le droit privé. D'abord, les juridictions qui tranchent les litiges ne sont pas les mêmes.

Les litiges entre les personnes privées sont tranchés par les juridictions judiciaires.

EXEMPLES

Tribunal de grande instance, tribunal d'instance, tribunal de commerce, conseil de prud'hommes.

En revanche, les litiges qui relèvent du droit public sont de la compétence des juridictions administratives.

EXEMPLES

Tribunal administratif, cour administrative d'appel et Conseil d'État.

Enfin, il existe des mécanismes juridiques qui sont propres au droit public.

EXEMPLES

Réquisition, expropriation.

1.2 Le droit public

Le **droit public** régit les rapports dans lesquels les personnes publiques sont intéressées (État, région, département...). Il comprend diverses branches.

Les diverses branches du droit public

Le droit constitutionnel	Il détermine les règles relatives à la forme de l'État, à ses organes, leurs pouvoirs et les rapports qu'ils entretiennent. <i>Exemples</i> : Les règles qui commandent l'élection du président de la république, des députés et des sénateurs.
Le droit administratif	Il régit l'organisation des collectivités publiques (État, régions, départements...) et des services publics ainsi que leurs rapports avec les particuliers. <i>Exemples</i> : Le droit de la fonction publique, la réglementation des services publics.
Le droit financier	Il comporte les règles relatives aux finances publiques. <i>Exemples</i> : Règles relatives à l'adoption du budget de l'État ou de la Sécurité sociale.
Le droit pénal	Il institue et aménage le droit de punir tel qu'il appartient à la société et tel qu'il est exercé en son nom dans le cadre de la procédure pénale. <i>Exemples</i> : Règles relatives aux régimes juridiques des diverses infractions, régimes des sanctions.

(1) En réalité, Montesquieu opposait droit politique et droit civil.

1.3 Le droit privé

Le **droit privé** régit les rapports des individus entre eux ou avec des collectivités privées. Il comprend diverses branches.

Les diverses branches du droit privé

Le droit civil	Il détermine les personnes, sujets de droits, les droits privés de ces sujets ; comment ces personnes acquièrent, transmettent ou perdent leurs droits et obligations, et, enfin, comment sont sanctionnés ces rapports de droit privé notamment dans le cadre de la procédure civile. <i>Exemples</i> : Droit de la preuve, droit au mariage, droit de propriété.
Le droit commercial	Il décrit et analyse le statut et les activités des entreprises industrielles et commerciales. <i>Exemples</i> : Droit des actes de commerce, droit des sociétés, droit de la propriété industrielle.
Le droit du travail	Il regroupe les règles relatives aux rapports individuels et collectifs nés à l'occasion de la relation de travail. <i>Exemples</i> : Droit du contrat de travail, droit de la grève, droit de la durée du travail.
Le droit de la Sécurité sociale	Il organise les rapports entre les organismes de Sécurité sociale et les assurés sociaux. <i>Exemples</i> : Réglementation applicable aux accidents du travail, règles relatives à la maternité, à la retraite, à la maladie.

2 Droit national et droit international

Cette distinction procède de la division du monde en États. Le droit national ou interne règle les rapports sociaux qui se produisent à l'intérieur d'un État déterminé. Mais il existe aussi des relations qui s'établissent soit entre deux États soit entre des ressortissants de différents États. Ces relations sont soumises au droit international. De ce qui précède il convient de conclure à l'existence de deux séries de normes internationales : le droit international public (2.1) et le droit international privé (2.2).

2.1 Le droit international public

Le **droit international public** règle les rapports des États entre eux (traités internationaux) ainsi que l'existence, la compétence et les pouvoirs des organisations internationales.

EXEMPLES

Organisation des Nations unies, Organisation mondiale de la santé.

Pour un citoyen ressortissant d'un État membre de l'Union européenne le **droit européen** joue un rôle de plus en plus important. Il concerne :

- les règles contenues dans les traités constitutifs. Ces règles constituent le **droit originaire** ;

EXEMPLES

Le traité de Rome instituant la Communauté européenne (25 mars 1957), le traité de Nice (26 février 2001).

- et les dispositions prises en vertu des traités. Ces secondes règles constituent le **droit dérivé**.

EXEMPLES

Règlements et directives.

2.2 Le droit international privé

Le **droit international privé** s'applique aux relations entre particuliers qui comportent un élément d'extranéité (= un élément étranger).

Les principaux domaines du droit international privé concernent :

- la **détermination de la loi applicable** à des personnes qui entretiennent des rapports alors qu'elles relèvent d'États différents ;

EXEMPLE*Mariage mixte*

Ulysse, de nationalité grecque, et Julie, française, désirent se marier en France mais en ne passant pas devant le maire. En effet, la loi grecque admet la validité de la seule célébration religieuse du mariage. En revanche, le droit français exige le passage devant le maire. *Quelle loi faut-il appliquer à ces futurs époux ?*

Depuis le célèbre arrêt Rivière du 17 avril 1953, la Cour de cassation applique la loi du domicile commun des époux. En conséquence, si les époux vivent en France, il faudra qu'ils passent devant le maire, sinon leur mariage ne sera pas valide. En revanche, s'ils vivent en Grèce, la célébration religieuse suffira.

- la **détermination des tribunaux applicables** à un conflit entre des personnes étrangères ;

EXEMPLE*Un prêt non remboursé*

Un Américain, tombé amoureux de la baie de Somme, a acheté une maison à Saint-Valery. Il a effectué un prêt pour financer cette acquisition à la Banque du Littoral.

Après avoir passé plusieurs étés dans sa maison, il décide de regagner son pays d'origine pour se marier. À partir de ce jour, il ne rembourse plus la banque à laquelle il doit encore la moitié de son prêt. *Doit-on le poursuivre devant les tribunaux américains ?*

Aux termes de l'article 14 du Code civil, « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français. »

Par conséquent, la Banque du Littoral peut assigner en justice son client américain devant un tribunal français.

- la **détermination de la nationalité** d'une personne et les règles juridiques qui s'appliquent aux étrangers.

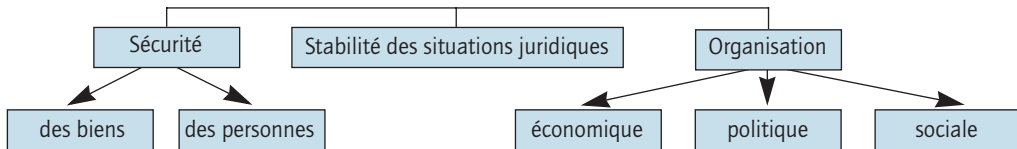
EXEMPLE*La nationalité de Pablo*

Ce matin vers 8 heures, Pablo vient de naître dans une clinique de la région parisienne. Il a pour père Ruan Echevit, né le 15 août 1990 à La Paz en Bolivie. Ruan est arrivé en France voici deux ans à peine. Il travaille dans une entreprise qui commercialise du matériel informatique. Ludivine, la mère de Pablo, est française. Elle est née, il y a 19 ans, dans le quartier La Castellane à Marseille. *Quelle est la nationalité de Pablo ?*

Aux termes de l'article 18 du Code civil, « est français l'enfant, dont l'un des parents au moins est français ». Pablo est donc français car sa mère est française.

SCHÉMAS DE SYNTHÈSE

1 LES FINALITÉS DE LA RÈGLE DE DROIT



2 LE DROIT OBJECTIF ET LES DROITS SUBJECTIFS

Droit objectif ou droit	Ensemble des règles sociales qui gouvernent les rapports des hommes entre eux ou avec la puissance publique.
Droits subjectifs ou droits	Prérogatives reconnues par le droit objectif aux personnes et dont elles peuvent se prévaloir auprès de l'autorité publique.

Règles de droit	appliquées à	Un individu	→	Droits subjectifs
Loi de juillet 1974 fixant la majorité à 18 ans	→	Pierre, né le 21 septembre 2000	→	Pierre est majeur le 22 septembre 2018 Il dispose de tous ses droits, notamment le droit de vote

3 LES CARACTÈRES DE LA RÈGLE DE DROIT

Générale et abstraite	S'applique indistinctement à toutes les personnes qui se trouvent dans la situation qu'elle a voulu organiser.
Coercitive	S'impose sous peine de sanctions prononcées par les tribunaux.

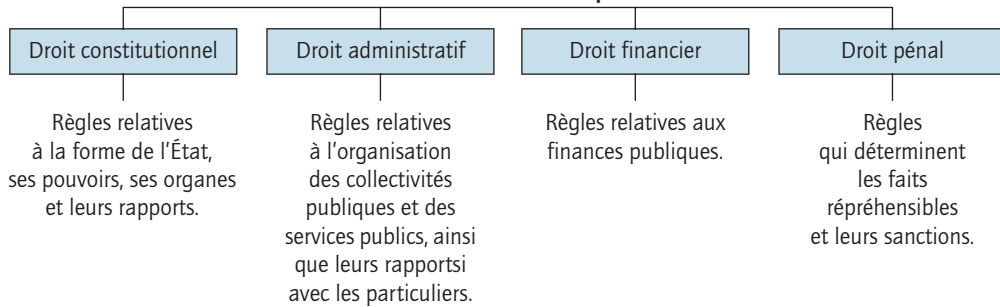
4 LE DROIT ET LA MORALE

	La règle de droit	La règle de morale
Source	L'autorité qui a pouvoir de légiférer.	La conscience individuelle ou collective.
Contenus	Assure l'ordre et la paix.	Idéal de conduite.
Sanctions	Sanction externe (amende, prison, dommages-intérêts...).	Sanction intérieure (celle de la conscience).

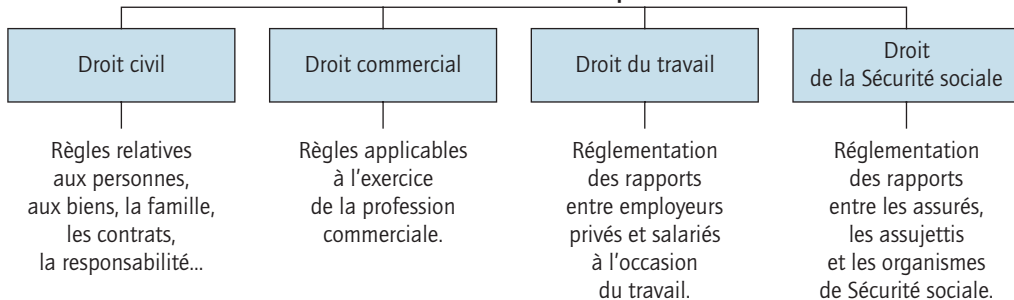
5 LES BRANCHES DU DROIT

	Droit public	Droit privé
Objet	Organisation et fonctionnement des pouvoirs publics. Relations des pouvoirs publics avec les personnes privées.	Relations des personnes privées entre elles.
But	Satisfaction de l'intérêt général.	Satisfaction des intérêts privés.
Caractère	Impératif.	Souvent supplétif.
Juridictions compétentes	Juridictions de l'ordre administratif.	Juridictions de l'ordre judiciaire.

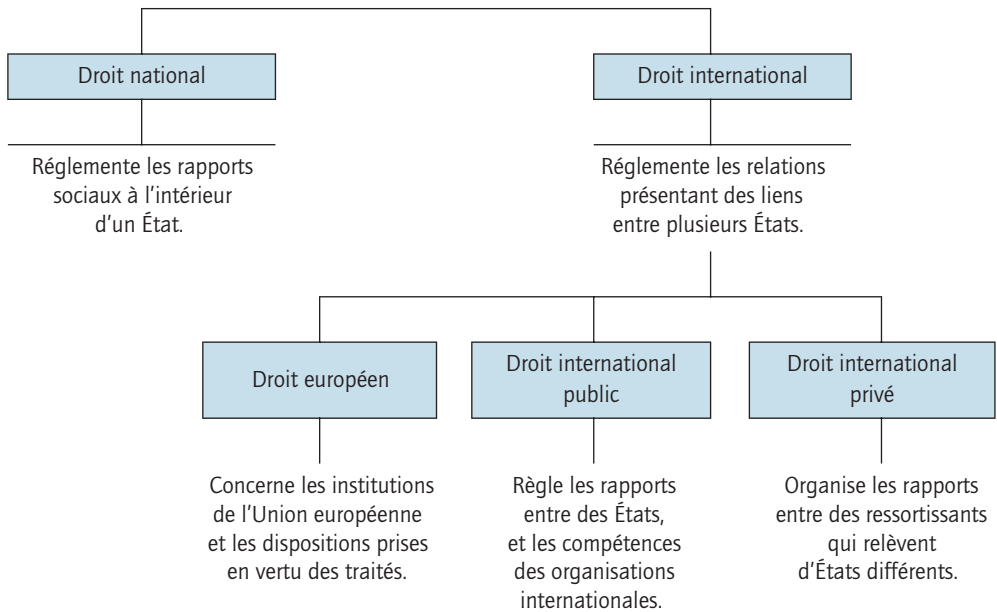
Les branches du droit public



Les branches du droit privé



6 DROIT NATIONAL ET DROIT INTERNATIONAL



APPLIQUER LE COURS

Application

Quiz

1. *Discutez les affirmations suivantes*

1. Le droit objectif détermine les droits d'une personne.
2. Le droit subjectif est l'ensemble des règles juridiques applicables à une société.
3. Le droit constitutionnel fait partie du droit national.
4. Le droit constitutionnel fait partie du droit public.
5. Le droit commercial fait partie du droit privé.
6. Le droit objectif est sanctionné.
7. Le droit du travail fait partie du droit public.
8. Le droit fiscal est une branche du droit administratif.
9. La règle de droit a un caractère personnel et général.
10. Le statut des étrangers est déterminé par le droit international privé.

2. *Rattachez les notions suivantes aux différentes branches du droit*

1. Un différend entre deux personnes à propos d'un héritage.
2. La nomination d'un procureur de la République.
3. La mise en location-gérance d'un fonds de commerce.
4. Le non-paiement de la contribution économique territoriale par un chef d'entreprise.
5. Le licenciement d'un délégué syndical.
6. La prise en charge des frais liés à un accident du travail.
7. La gestion des biens d'un majeur protégé.
8. Une escroquerie.
9. Un conflit entre des associés de la SARL Rex Stout.
10. L'ouverture d'une succession.
11. Un conflit à propos de la prise en charge de frais d'hospitalisation.
12. Des injures en public.
13. La publication d'une photo d'un chanteur célèbre giflant, dans les bureaux de son avocat, son ex-femme.
14. L'élection d'un député.
15. Un litige entre un fonctionnaire et son employeur, la mairie de Roanne.
16. La procédure d'élaboration du budget de la Sécurité sociale.
17. Des coups et blessures.
18. Le piratage d'un film.
19. Un vol de voiture.
20. Un conflit à propos de la construction d'un nouvel édifice public.

3. Rattachez les notions suivantes au droit international privé ou public et justifiez la réponse

1. La détermination de la nationalité d'un enfant né d'un Français et d'une Américaine.
2. La détermination de la nationalité d'une société.
3. Un conflit portant sur la détermination des eaux territoriales d'un pays.
4. Un contrat conclu entre un fournisseur français et son client allemand.
5. La procédure d'adoption d'un accord à l'OMC.
6. L'entrée d'un nouvel État dans l'Union européenne.

Corrigés en fin d'ouvrage.

SE PRÉPARER À L'EXAMEN

Cas 1

Commentaire de document

Le droit et le fait

La distinction entre le fait et le droit est au cœur du raisonnement juridique et de la répartition des rôles entre les juges ; [...].

L'articulation entre le droit et les faits est complexe. Le droit n'est pas de l'ordre de l'**être** mais du **devoir-être** : il ne décrit donc pas ce qui est, mais l'idéal à atteindre.

Il est en ce sens nécessairement **normatif** et **prescriptif**. Il ne peut pas être neutre et renvoie nécessairement à une axiologie, c'est-à-dire à un système de valeurs : certaines actions sont autorisées et d'autres interdites, certains comportements sont favorisés et d'autres découragés, etc. Le droit ne peut donc pas se déduire sans reste d'une simple constatation des faits, et même l'idée que le droit devrait s'adapter aux faits est très réductrice. Il y a toujours auparavant un jugement de valeur porté sur les faits. Nul ne songerait par exemple à déduire d'une augmentation de la criminalité la nécessité de légaliser celle-ci. Cela ne signifie pas pour autant, ce qui serait l'extrême inverse, que le droit puisse se désintéresser de l'évolution de la société et notamment de l'évolution des mœurs : c'est ainsi que le droit de la famille a été constamment modifié au gré de l'évolution des mentalités et de la perception sociale du divorce, de l'adultère⁽¹⁾, ou encore de l'orientation sexuelle. Le droit a cependant aussi à l'inverse un rôle instituant, c'est-à-dire qu'il met en place un certain état de fait : des règles juridiques peuvent instaurer ou au contraire détruire la confiance, pacifier une relation ou encourager une certaine violence, etc. C'est ainsi que la loi instituant le pacs, qui a certes été rendue possible par l'évolution de la perception de l'homosexualité, a

eu en retour pour effet de banaliser, et donc d'atténuer, la stigmatisation dont peuvent être victimes les couples homosexuels.

Ce caractère instituant du droit rend au demeurant impossible l'absence d'écart entre le fait et le droit, car un déplacement de la règle entraîne toujours un déplacement **corrélatif** des faits. Ainsi, par exemple, la légalisation de l'euthanasie active conduirait à un accroissement de cette pratique et, dès lors, à l'apparition de nouveaux litiges bien délicats à trancher, en particulier des contestations de la famille regrettant la décision prise et reprochant au médecin d'avoir mis fin aux jours de leur proche, voire des déchirements entre membres d'une même famille sur la décision à prendre. De même, les litiges actuels relatifs à la maternité de substitution donnent à voir aujourd'hui des couples stériles malheureux voulant faire affaire avec des mères porteuses généreuses ou nécessiteuses. Si la maternité de substitution était autorisée, il faudrait affronter toute une série de nouveaux litiges : des déchirements entre le couple payeur et la mère porteuse qui souhaiterait finalement garder l'enfant ; des situations d'enfants handicapés dont personne ne voudrait plus ; sans parler des rancœurs et des fractures si ce type de montages était autorisé au sein d'une même famille (les mères portant des enfants pour leurs filles ou une sœur pour l'autre). Il y aura, dans tous les cas, un prix à payer qu'il faudrait prendre en considération avant de décider de la légalisation de ces pratiques. La question n'est pas morale, mais relative au type de société institué par les règles de droit.

M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, « Que sais-je », n° 1808, 2014, p. 14 à 17.

(1) Fait, pour une personne mariée, d'avoir des rapports sexuels avec une autre personne que son conjoint.

TRAVAIL À FAIRE

1. Expliquez les termes en gras dans le texte.
2. Pour quelles raisons le droit ne résulte-t-il pas d'une simple constatation des faits ?
3. Expliquez le caractère « instituant » du droit.
4. Pour quelle(s) raison(s) y a-t-il toujours un écart entre le fait et le droit ?

Les sources du droit

A Les sources fondamentales du droit objectif

B Les autres sources du droit

SCHÉMAS DE SYNTHÈSE • APPLIQUER LE COURS • SE PRÉPARER À L'EXAMEN

Le droit objectif regroupe l'ensemble des règles de droit qui gouvernent les rapports des hommes *entre eux*. Nous retiendrons la conception de sources formelles du droit pour étudier les mécanismes d'émission des règles de droit. Les sources formelles du droit sont « les formes obligées et prédéterminées que doivent inéluctablement emprunter des préceptes de conduite extérieure pour s'imposer socialement sous le couvert de la puissance coercitive du droit » (J. Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 1931, n° 58). Les sources nationales ont été longtemps présentées comme les principales sources du droit objectif français. L'intégration européenne, le développement des relations internationales ont changé cette approche. Le droit international et le droit européen pénètrent tous les domaines, le droit des affaires comme le droit civil. L'objet de ce chapitre est d'étudier l'ensemble de ces sources en les ordonnant dans leur hiérarchie. Nous distinguerons les sources fondamentales du droit objectif (titre A) des autres sources (titre B). Nous montrerons dans cette deuxième partie les évolutions vers de nouveaux lieux de fabrication du droit à côté des instances traditionnelles.

A

LES SOURCES FONDAMENTALES DU DROIT OBJECTIF

Nous étudierons successivement le bloc de constitutionnalité (1), les traités internationaux (2) et le droit européen dérivé (3).

1 Le bloc de constitutionnalité

Le « bloc de constitutionnalité » englobe en plus du texte de la Constitution de 1958, le préambule de la constitution de 1946, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950. Sont également intégrés dans ce « bloc » des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la république ».

EXEMPLES DE PRINCIPES FONDAMENTAUX

- Principe de sauvegarde de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation.
- Principe du respect des droits de la défense.
- Attachement du peuple français aux droits de l'homme.
- Attachement du peuple français aux principes de la souveraineté nationale définis par la déclaration de 1789, confirmés et complétés par le préambule de la Constitution de 1946.

La **Constitution** fixe les compétences des autorités de l'État auxquelles aucune autre autorité ne peut porter atteinte. Elle est le pacte social définissant les pouvoirs publics, régissant leurs rapports et organisant les relations entre gouvernants et gouvernés.

Le **Conseil constitutionnel** contrôle la constitutionnalité des lois et des traités et intègre dans son champ d'investigation l'ensemble des textes précités. Il peut être saisi par les justiciables en cas de contestation de la constitutionnalité des lois (la saisine s'effectue par une QPC : question prioritaire de constitutionnalité).

2 Les traités internationaux

Les traités internationaux sont des accords entre États souverains fixant des règles obligatoires pour les situations relevant du champ d'application de ces traités.

L'entrée en vigueur d'un traité en France est subordonnée à sa ratification ou à son approbation lorsqu'il s'agit d'un accord en la forme simplifiée et à sa publication au *Journal officiel*. Le pouvoir de ratifier ou d'approuver les traités est dévolu au président de la République. Cependant, de l'article 53, alinéa 1^{er} de la Constitution, il résulte que certains traités ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Il s'agit notamment des traités de commerce, de ceux qui engagent les finances de l'État, de ceux qui modifient des dispositions de nature législative et enfin de ceux qui sont relatifs à l'état des personnes.

EXEMPLE

Ratification des accords de Marrakech, constituant l'Acte final du cycle d'Uruguay et la Charte constitutive de l'OMC.

FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . .

Place des traités dans l'ensemble des normes juridiques en vigueur, en France

Tout d'abord, il convient d'indiquer que les traités doivent être conformes à la Constitution. Si tel n'est pas le cas, il faut, avant toute ratification ou approbation de l'engagement international, réviser la Constitution (article 54). Ensuite, un deuxième principe établit la conformité des lois aux traités. En effet, aux termes de l'article 55 « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application, par l'autre partie ».

Les traités instituant les Communautés européennes créent des obligations mutuelles entre États contractants mais surtout mettent en place un système normatif complexe appelé « ordre juridique européen ». Depuis le milieu des années 1950, la France est engagée dans un processus d'intégration européenne. À l'origine, ce processus reposait sur trois traités : le traité **CECA** instituant, en 1951, la Communauté européenne du charbon et de l'acier et les deux traités de Rome instituant, en 1957, l'un la Communauté européenne de l'énergie atomique (**CEEA**, Euratom), l'autre la Communauté économique européenne (**CEE**, Marché commun). Viennent s'ajouter les modifications intervenues ultérieurement. Pour l'essentiel, il s'agit, ces dernières années, de l'acte unique européen (17 et 22 février 1986), du

traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, et du traité d'Amsterdam (2 octobre 1997), qui concerne principalement la création d'un cadre juridique unique, cohérent et efficace pour la politique sociale et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. L'ensemble forme le **droit communautaire originaire**, aujourd'hui appelé droit européen.

3 Le droit européen dérivé

Après avoir présenté les principes (3.1) qui fondent l'« ordre juridique européen », nous présenterons les sources du droit européen dérivé (3.2).

3.1 Principes de droit européen

Deux principes juridiques expliquent l'imbrication du droit européen et du droit national. Ils sont élaborés par le juge, en l'occurrence la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Cette cour comprend trois juridictions : la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. La Cour de justice est chargée de faire respecter le droit dans l'interprétation et l'application des traités. Elle est composée d'un juge par État membre et de neuf avocats généraux. Ces derniers aident la Cour dans sa mission en présentant des conclusions.

La primauté du droit européen est affirmée dans l'affaire Costa contre Enel du 15 juillet 1964. Dans cette affaire, la Cour expose les trois caractères généraux de la construction européenne :

- l'institution d'un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres ;
- la création d'une Communauté de durée illimitée dotée de la personnalité juridique et de pouvoirs réels issus de transferts de compétences consentis par les États membres ;
- l'existence d'un corps de règles applicables à ces États et à leurs ressortissants.

FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . .

Principe de primauté

De ces 3 caractères, le juge déduit la primauté du droit européen, ainsi exprimée : l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale (c'est-à-dire nationale) ultérieure...

Ce premier principe se double de « l'effet direct », posé par la Cour de justice dans son arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963.

FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . .

L'effet direct

L'effet direct affirme la capacité du droit européen à créer pour les ressortissants des États membres des droits et des obligations. Ainsi, devant le juge de son pays, un citoyen peut tirer un droit et faire écarter une règle nationale non compatible avec le droit européen.

3.2 Les sources du droit européen dérivé

Du droit européen originaire procède un droit qu'il est convenu d'appeler dérivé et qui comporte principalement trois catégories d'actes. Une valeur supra législative a été reconnue aux règlements et directives européennes.

Types d'acte	Définition	Application	Auteur
Le règlement	Le règlement a une portée générale. Il s'adresse à des catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite.	Publié au <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> (JOUE) il est obligatoire dans tous ses éléments, tant pour les États que pour les particuliers. Le règlement est directement applicable dans l'Union. Ce point est capital. Il signifie que, dès sa publication, le règlement confère des droits et des obligations aux États membres et à leurs ressortissants. Le règlement n'a ni à être ratifié ni à être approuvé. Il a une validité automatique.	Cet acte a pour auteur le Conseil (règlement de base) ou la Commission (règlement d'exécution) et, depuis le traité d'Amsterdam, le Conseil et le Parlement dans le cadre de la procédure de décision conjointe.
La directive	La directive a pour seuls destinataires les États qu'elle lie quant au résultat à atteindre tout en leur laissant la compétence pour la forme et les moyens.	La liberté des États est cependant encadrée : ils doivent respecter un délai de mise en œuvre et choisir les formes et les moyens les plus appropriés pour atteindre le but recherché.	Cet acte, notifié aux États, a pour auteur le Conseil ou la Commission et, depuis le traité de Maastricht, le Conseil et le Parlement dans le cadre de la procédure de codécision.
La décision	La décision est un acte individuel qui s'adresse à des personnes (particuliers et États membres) désignées.	Obligatoire dans tous ses éléments, elle confère des droits et des obligations.	Les auteurs sont les mêmes que pour le règlement et la directive.

FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . .

La commission

La Commission comprend un commissaire par État membre, soit 28 personnes depuis l'adhésion de la Croatie le 1^{er} juillet 2013. À la tête de la Commission se trouve un président. Les commissaires sont indépendants et ne peuvent pas recevoir d'ordre des gouvernements.

Nomination. Le Conseil européen (essentiellement composé des chefs d'État ou de gouvernement des États membres) propose au Parlement le nom du président de la Commission. Le Conseil européen établit la liste des commissaires sur la base des propositions faites par les États. L'ensemble du collège est soumis à un vote d'approbation du Parlement. *In fine*, le Conseil européen nomme l'ensemble des membres du collège.

Rôles. La Commission :

- a un **pouvoir de proposition**. Selon l'article 17, § 1 TFUE⁽¹⁾, elle « promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin ». Elle exerce ce pouvoir de sa propre initiative ou à la demande du Parlement ;
- est la **gardienne des traités**. À ce titre, elle dispose de nombreux pouvoirs. Ainsi, elle peut s'informer auprès des États des mesures et projets qu'ils comptent mettre en œuvre. Elle peut aussi prendre des sanctions vis-à-vis des entreprises en cas de violation de certaines dispositions du droit de l'Union, par exemple les règles de la concurrence ;
- dispose d'un **pouvoir normatif restreint**. Elle dispose d'un pouvoir normatif autonome dans certaines matières qui relèvent de l'union douanière et de la concurrence. Pour le surplus, elle dépend des autres institutions de l'Union ;
- a d'autres pouvoirs, notamment un pouvoir de gestion sur les différents services de l'Union et un pouvoir de négociation des accords externes.

B LES AUTRES SOURCES DU DROIT

En répartissant les sources nationales en fonction de l'autorité émettrice, il convient de distinguer les textes émanant du pouvoir législatif (1), du pouvoir réglementaire (2), des milieux professionnels (3) et de l'autorité judiciaire, à savoir la jurisprudence (4).

1 La loi

Au sens formel, la loi est un texte voté par le Parlement.

FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . .

Le Parlement

Composé de deux chambres – l'Assemblée nationale et le Sénat –, le Parlement est qualifié de bicaméral.

L'Assemblée nationale peut être dissoute par un acte du pouvoir exécutif. Les députés, qui forment l'Assemblée nationale, sont élus pour cinq ans au suffrage universel direct et au scrutin majoritaire à deux tours.

Les sénateurs, qui siègent au palais du Luxembourg, sont élus au suffrage universel indirect par les grands électeurs pour neuf ans, et renouvelables par tiers tous les trois ans. Le collège électoral est constitué des députés, des conseillers régionaux, des conseillers généraux et des délégués des communes dont le nombre est fonction de la population. Toutefois, chaque commune dispose d'au moins un représentant. Ceci explique que le poids des communes rurales est très important dans la désignation des sénateurs.

Les deux assemblées se réunissent séparément sauf en matière de révision constitutionnelle où elles siègent ensemble et forment le Congrès. Le Parlement participe au processus législatif et contrôle également l'action du Gouvernement.

(1) Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (2010).

Le contrôle s'effectue de diverses façons. Les parlementaires peuvent poser au Gouvernement des questions orales ou écrites. L'assemblée peut également confier à certains de ses membres une mission temporaire et étroitement définie. Sont alors constituées des commissions d'enquête qui mènent des investigations sur certains faits précis ou examinent la gestion de services publics ou d'entreprises nationales.

Le contrôle s'effectue aussi par le vote d'une motion de censure. Également appelée « motion de défiance », il s'agit d'un texte qui critique la politique mise en œuvre par le Gouvernement.

L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre – au nom du Gouvernement – et aux parlementaires. Ensuite, vient la phase de délibération qui comporte l'examen en commission et la discussion en séance publique. Dans cette phase, les parlementaires exercent leur droit d'**amendement** qui résulte, soit de la modification d'un article existant, soit de l'adjonction au texte initial d'un « article additionnel ». L'adoption résulte en principe d'un vote. Les députés et sénateurs votent chaque article du projet ou de la proposition, puis le texte en son entier. L'adoption de la loi par la représentation nationale suppose un vote identique des deux assemblées. Cette exigence conduit à transmettre au Sénat tout texte d'abord soumis à l'Assemblée nationale, ou inversement. Quand le texte a fait l'objet d'une première lecture devant chaque assemblée, et s'il n'a pas été adopté en termes identiques, il convient de procéder à la « navette ». Le texte passe alors d'une chambre à l'autre jusqu'à son adoption. Cette situation peut s'éterniser et conduire à un blocage du processus législatif voire de la réforme.

FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . .

Commission mixte paritaire

Pour éviter le blocage législatif, le Premier ministre peut décider la réunion d'une commission mixte paritaire, composée de sept députés et sept sénateurs. Cette procédure vise à élaborer un texte de compromis. Si le travail de la commission aboutit, le Gouvernement peut demander aux deux assemblées d'approuver ce texte. Si le travail en commission n'aboutit pas ou si, ce travail ayant abouti, le texte de compromis est rejeté par le Parlement, le Gouvernement peut demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement.

Après son adoption, la loi peut être déferée au **Conseil constitutionnel** qui va vérifier sa conformité à la Constitution.

Après contrôle éventuel, la loi fait l'objet d'une **promulgation**, opération par laquelle le président de la République constate l'existence de la loi, en ordonne la publication et l'exécution. La publication a pour objet de porter le texte à la connaissance du public. Elle s'effectue au *Journal officiel de la République française* (JORF). Dès le lendemain de sa publication et jusqu'à son abrogation, le texte est obligatoire. Ainsi nul n'est censé ignorer la loi.

Dans la constitution de 1958, le domaine de la loi est borné par l'article 34. À l'intérieur de ce domaine, la Constitution distingue deux types de matières. Certaines sont entièrement réservées à la loi ; dans le domaine économique, c'est le cas pour l'assiette, le taux et les modalités de l'impôt. D'autres ne sont que partiellement réservées à la loi. Le Parlement est seulement qualifié pour poser « les principes fondamentaux ». Il s'agit, par exemple, du

régime de la propriété, du droit du travail, du droit syndical et de la Sécurité sociale... Enfin, notons que l'article 34 distingue certaines lois qui présentent des traits originaux : les lois de finances, les lois de financement de la Sécurité sociale et les lois de programme.

Article 34, Constitution de 1958

La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; 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 de 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, des assemblées locales [...] ;
- la création de catégories d'établissements publics ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriétés 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 ;
- de la préservation de l'environnement ;
- 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'État 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 les objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action de l'État. [...]

2 Textes émanant du pouvoir réglementaire

Traditionnellement on distingue les ordonnances de l'article 38 (2.1) et les règlements (2.2).

2.1 Les ordonnances de l'article 38

La compétence exclusive du Parlement dans l'élaboration des lois est, dans l'histoire constitutionnelle française, souvent battue en brèche. Des circonstances de crise incitent le chef du **pouvoir exécutif** à produire des textes ayant force de loi. Dans d'autres

situations, le Parlement – en vue de hâter des réformes dont il comprend l'urgence mais qu'il est impuissant à réaliser – délègue ses pouvoirs au Gouvernement. Cette confusion des domaines – souvent décriée – s'appuie en France sur une véritable tradition qui s'est poursuivie sous la V^e République. L'article 38 de la Constitution autorise le recours aux ordonnances.

FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . .

Les dispositions de l'article 38 de la Constitution

Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances (en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État) des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Ces ordonnances entrent en vigueur dès leur publication. Elles doivent être soumises à ratification du Parlement sinon elles deviennent caduques (= *cessent d'être en vigueur*). Le dépôt du projet de loi de ratification, dans le délai imparti par le Parlement, aboutit à deux situations. Si le Parlement ratifie, les ordonnances acquièrent valeur législative ; elles ne peuvent donc, ultérieurement, être modifiées que par une loi. Si le Parlement ne ratifie pas, les ordonnances demeurent des actes réglementaires.

2.2 Les règlements

L'exercice du pouvoir réglementaire est une des attributions dont le président de la République et le Premier ministre ont, en vertu de la Constitution, la charge. Il se traduit par l'élaboration de règlements qui sont, les uns des **règlements d'exécution** des lois, les autres des **règlements autonomes**.

En vertu de l'article 21 de la Constitution, le Gouvernement a pour mission d'exécuter les lois. Cette activité l'amène à prendre des règlements d'exécution des lois. Ces règlements sont indispensables : grâce à eux, le législateur peut se borner à n'inclure dans les lois que des dispositions de premier rang et ayant vocation à la permanence. Les détails feront l'objet d'un règlement d'application.

EXEMPLE

En droit du travail, la loi prévoit que le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles la garantie de leur pouvoir d'achat et une participation au développement économique de la nation. La mise en œuvre du SMIC exige la fixation de son montant horaire qui fait l'objet d'un règlement d'application et incombe au pouvoir exécutif.

Distinct du champ des règlements d'exécution des lois, il existe un domaine normatif réservé au pouvoir réglementaire et protégé des incursions du législatif. Ce sont les règlements autonomes qui ne sont pris ni en vertu d'une loi ni pour l'application d'une loi. Ils ne sont pas non plus soumis au respect des lois : faute de lois, il ne peut y avoir obligation de les respecter. Le domaine de ces règlements autonomes est délimité par l'article 37 de la Constitution.

L'article 37 al. 1 de la Constitution

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

3 Textes émanant des milieux professionnels

Aux marges de la loi et du règlement, existe un droit non légiféré qui résulte en partie de l'activité des milieux professionnels. Pour rendre compte de cette activité, il convient de présenter les sources collectivement négociées (3.1), les usages dans la vie des affaires (3.2) et la doctrine (3.3).

3.1 Les normes collectivement négociées

Dans son article L. 2221-1, le Code du travail affirme le droit des salariés à la négociation collective. Ce droit se traduit – au niveau des branches professionnelles, des groupes, des entreprises, voire des établissements – par la conclusion de conventions collectives. Négociés par les partenaires sociaux (employeurs et organisations syndicales représentatives de salariés), ces accords organisent dans l'entreprise les conditions d'emploi, de formation professionnelle, de travail ainsi que les garanties sociales.

EXEMPLES DE NORMES NÉGOCIÉES

Le temps de travail hebdomadaire, le taux majoré des heures supplémentaires, le montant des indemnités de licenciement, les salaires, la retraite complémentaire...

Le rôle joué par les partenaires sociaux dans la formation du droit du travail tend à s'accroître. Ainsi, on évoque, de plus en plus souvent, les notions de « loi négociée » ou de « dialogue légiférant ». Une loi du 31 janvier 2007 de modernisation sociale illustre ces propos. Elle instaure une concertation obligatoire avec les partenaires sociaux avant tout projet gouvernemental de réforme du droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Les réformes qui relèvent de la protection sociale ou de la politique fiscale sont exclues.

3.2 Les usages dans la vie des affaires

Quand la loi fait défaut ou qu'elle est imprécise, le droit se forme par l'usage qui devient coutume lorsqu'il est suffisamment constant et régulier.

La coutume se définit par la réunion d'éléments d'ordre matériel et psychologique.

Du point de vue matériel deux éléments doivent être pris en compte :

- dans l'espace, il faut que l'usage soit largement répandu dans le milieu social, dans une profession ou encore dans une localité ;
- dans le temps, l'usage devient coutume quand il est constant, régulièrement suivi et présente une certaine durée (tant il est vrai qu'une fois n'est pas coutume !).

Du point de vue psychologique, il convient que les sujets de droits croient au caractère obligatoire de l'usage auxquels ils se conforment spontanément.

FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . . FOCUS . . .

Rôle des usages en droit commercial

Il est considérable, notamment dans le domaine international où perdurent des difficultés d'unification du droit par la voie traditionnelle des traités. La Chambre de commerce internationale a rassemblé un certain nombre d'usages relatifs au crédit documentaire ou encore

aux effets de commerce. Le rôle des usages est aussi perceptible dans les relations économiques nationales. Par exemple, les relations entre un banquier et son client sont réglées par les usages de banque.

3.3 La doctrine

On définit la doctrine comme la littérature juridique ou comme les opinions émises sur le droit par ses spécialistes : professeurs, magistrats, avocats...

Ces opinions n'ont aucune valeur obligatoire. En revanche, quand elles sont suffisamment étayées, elles peuvent influencer la conviction du juge et moduler l'œuvre législative.

4 La jurisprudence

Par jurisprudence, il faut entendre l'ensemble des solutions contenues dans les décisions rendues par les cours et tribunaux. Dans les cas qui lui sont soumis, le juge a le devoir de statuer, c'est-à-dire de trancher les contestations (entre particuliers dans les litiges de droit privé) en appliquant la règle de droit à la situation de fait qui lui est soumise. Mais il va au-delà d'une simple application mécanique. Il qualifie la situation au regard du droit et il interprète le droit. Ainsi, le juge fait œuvre créatrice et on peut qualifier la jurisprudence de source de droit. Toutefois, il lui est interdit de décider par voie de disposition générale et réglementaire : le juge ne dit le droit que pour le cas particulier qui lui est soumis.