

Le droit pour les lycéens

Université de Neuchâtel

Faculté de droit

Le droit pour les lycéens

Edité par

Christoph Müller

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Doyen de la Faculté de droit

unine

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite.

ISBN 978-2-9404-0043-0

© 2016 Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel
www.unine.ch/droit

Préface

Le présent ouvrage a pour but de donner aux lycéens le goût de ce magnifique domaine qu'est le droit. Il vise à leur permettre de réaliser que (presque) toute la vie peut être appréhendée à travers le prisme du droit et que c'est une manière passionnante de voir les divers aspects de notre existence. Bienvenue donc dans le monde juridique !

Ce livre est le fruit d'un effort collectif de nombreux membres de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel. Il s'agit avant tout des auteurs, à savoir Mme Daniela Ivanov (Dr en droit et maître-assistante), Mme Maryse Pradervand-Kernen (Dr en droit, avocate, chargée d'enseignement et maître-assistante), M. Julien Delaye (avocat, assistant-doctorant), M. Jonathan Gretillat (avocat, doctorant) et Mme Joëlle Vuille (Dr en criminologie, privat-docent) qui ont su synthétiser et vulgariser avec talent une matière qui est nettement plus compliquée qu'elle n'en a l'air de prime abord. Il s'agit ensuite aussi de Mme Sandrine Lo Ricco Apotheloz (adjointe au doyen) qui a coordonné les travaux pendant la phase initiale du projet, Mme Héloïse Rosello (adjointe remplaçante au doyen) qui a relu l'ouvrage avec une acribie impressionnante et Mme Sylvia Staehli (responsable du secrétariat – administration externe) qui a finalisé la mise en forme l'ouvrage. Il s'agit également de M. Cristian Ferrara (collaborateur web) qui a créé la couverture du livre. Que toutes ces personnes soient ici chaleureusement remerciées pour leur précieuse contribution à cet ouvrage collectif !

Pour nous assurer que cet ouvrage réponde véritablement aux besoins et attentes des lycéens et de leurs professeurs de droit, nous avons également bénéficié des conseils critiques et constructifs de plusieurs enseignants de lycée, notamment Mme Emilie Girardin et Mme Marianne Knoepfler Kladny (avocates et professeures au Lycée Jean-Piaget à Neuchâtel), mais aussi de M. Nicolas Berberat (professeur d'économie et de droit au Gymnase français de Bienne) et de Mme Anne Joseph (avocate et professeure au Lycée Blaise-Cendrars à La Chaux-de-Fonds).

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel espère ainsi pouvoir bientôt accueillir en son sein de nombreux lycéens d'aujourd'hui et les accompagner vers de brillantes carrières de juristes !

Neuchâtel, juin 2016

Pour la Faculté de droit :

Christoph Müller, doyen

Table des matières

Préface	V
Table des matières	VII
Table des auteurs	XXI
Table des abréviations.....	XXIII
Chapitre I	
Introduction au droit.....	1
1. Introduction	3
2. La règle de droit.....	4
3. Les sources du droit.....	5
3.1. <i>Notion</i>	5
3.2. <i>La législation (ou le droit écrit)</i>	6
3.2.1. Aperçu	6
3.2.2. La hiérarchie des normes	7
3.2.3. La Constitution	8
3.2.4. La loi.....	9
3.2.5. L'ordonnance.....	11
3.2.6. Les traités internationaux.....	11
3.2.7. Trouver la loi.....	12
3.3. <i>La coutume</i>	13
3.3.1. Notion.....	13
3.3.2. Le rôle de la coutume	14
3.4. <i>La jurisprudence</i>	14
3.4.1. Notion.....	14
3.4.2. Le rôle du juge.....	14
3.4.3. L'importance de la jurisprudence	15
3.4.4. Trouver la jurisprudence.....	16
3.5. <i>La doctrine</i>	16
3.5.1. Notion.....	16
3.5.2. Le rôle de la doctrine en droit suisse.....	17
4. Les grandes divisions du droit	17
4.1. <i>Le droit public et le droit privé</i>	17
4.1.1. En général.....	17
4.1.2. Les principales branches du droit public.....	18
4.1.3. Les principales branches du droit privé	20
4.2. <i>Le droit national et le droit international</i>	21

Chapitre II

Droit constitutionnel.....25

1.	Introduction	27
2.	La notion d'Etat	27
2.1.	<i>La définition classique</i>	28
2.2.	<i>L'opposition entre l'Etat unitaire et l'Etat fédéral</i>	28
2.3.	<i>La structure de l'Etat suisse</i>	30
2.3.1.	Les trois échelons	30
2.3.2.	Les cantons suisses	30
2.3.3.	Le partage des compétences entre la Confédération et les cantons	31
3.	La Constitution	32
3.1.	<i>Définition et principales caractéristiques</i>	32
3.2.	<i>Bref historique de la Constitution fédérale</i>	33
3.3.	<i>Le rôle de la Constitution dans l'Etat</i>	34
4.	Les autorités et leurs compétences	34
4.1.	<i>Le principe de la séparation des pouvoirs</i>	35
4.1.1.	Notion	35
4.1.2.	Les trois pouvoirs en Suisse	36
4.2.	<i>L'Assemblée fédérale</i>	37
4.2.1.	Le bicamérisme	37
4.2.2.	Composition et mode d'élection	38
4.2.3.	Les principales compétences	39
4.3.	<i>Le Conseil fédéral</i>	40
4.3.1.	Le modèle suisse	40
4.3.2.	Composition et mode d'élection	41
4.3.3.	Les principales compétences	42
4.4.	<i>Les tribunaux fédéraux</i>	42
4.4.1.	Organisation	42
4.4.2.	Composition et mode d'élection du Tribunal fédéral	43
4.4.3.	Les principales compétences du Tribunal fédéral	43
5.	La démocratie et les droits politiques	44
5.1.	<i>La démocratie</i>	44
5.1.1.	Définition	44
5.1.2.	La démocratie directe et la démocratie indirecte	45
5.1.3.	Le modèle suisse	45
5.2.	<i>Les droits politiques en général</i>	46
5.2.1.	Définition et nature des droits politiques	46
5.2.2.	Le suffrage universel	47
5.2.3.	Le corps électoral	47

5.3.	<i>Les principaux droits politiques</i>	48
5.3.1.	Le droit de vote.....	48
5.3.2.	Le droit d'élire.....	49
5.3.3.	L'éligibilité.....	49
5.3.4.	Le droit de pétition.....	49
5.3.5.	Le droit d'initiative.....	49
5.3.6.	Le droit de référendum.....	52
6.	Les droits fondamentaux.....	53
6.1.	<i>Notion</i>	53
6.2.	<i>Les catégories de droits fondamentaux</i>	53
6.3.	<i>Titulaires et destinataires des droits fondamentaux</i>	54
6.4.	<i>Sources des droits fondamentaux</i>	55
6.4.1.	La Constitution.....	55
6.4.2.	Les traités internationaux.....	56
6.5.	<i>Quelques droits fondamentaux</i>	57
6.5.1.	L'égalité de traitement (art. 8 Cst.).....	57
6.5.2.	Le droit à la vie (art. 10 al. 1 Cst.).....	58
6.5.3.	La liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.).....	60
6.5.4.	La liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.).....	60
6.5.5.	Les restrictions des droits fondamentaux (art. 36 Cst.).....	61

Chapitre III

Droit des personnes physiques 65

1.	Notion de personne.....	67
2.	La capacité civile de la personne physique.....	67
2.1.	<i>La capacité civile passive</i>	67
2.1.1.	Notion.....	67
2.1.2.	L'acquisition de la personnalité.....	68
2.1.3.	La perte de la personnalité.....	68
2.2.	<i>La capacité civile active</i>	69
2.2.1.	Notion.....	69
2.2.2.	Les conditions.....	70
2.2.3.	La capacité civile active des personnes capables de discernement mineures ou sous curatelle de portée générale.....	70
2.2.4.	Les personnes incapables de discernement.....	73
3.	La personne physique dans la communauté.....	74
3.1.	<i>La parenté et l'alliance</i>	74
3.2.	<i>L'origine, le droit de cité et la nationalité</i>	75
3.3.	<i>Le domicile</i>	77
3.4.	<i>Le nom</i>	78
3.5.	<i>Le registre de l'état civil</i>	79

4.	Les droits de la personnalité	80
4.1.	<i>Notion</i>	80
4.2.	<i>Types</i>	80
4.2.1.	Les droits de la personnalité physique	80
4.2.2.	Les droits protégeant la personnalité affective.....	81
4.2.3.	Les droits protégeant la personnalité sociale.....	81
4.3.	<i>La sanction d'une violation d'un droit de la personnalité</i>	83
5.	La protection de l'adulte	84
5.1.	<i>Le mandat pour cause d'inaptitude</i>	84
5.2.	<i>Les directives anticipées</i>	86
5.3.	<i>La curatelle</i>	87
5.3.1.	Notion et différents types de curatelle	87
5.3.2.	Le choix de la mesure	89
5.3.3.	Le curateur.....	90
5.4.	<i>Le placement à des fins d'assistance</i>	91

Chapitre IV

Droit de la famille 93

1.	Notion de famille	95
2.	Les fiançailles	95
3.	La conclusion du mariage.....	97
3.1.	<i>Les conditions du mariage</i>	97
3.2.	<i>La procédure de mariage</i>	98
4.	Les régimes matrimoniaux	99
4.1.	<i>Notion et système</i>	99
4.2.	<i>La participation aux acquêts</i>	100
4.2.1.	La structure patrimoniale du régime	100
4.2.2.	La dissolution et la liquidation du régime.....	102
4.3.	<i>La communauté de biens</i>	104
4.3.1.	La structure patrimoniale du régime	104
4.3.2.	La dissolution et la liquidation du régime.....	105
4.4.	<i>La séparation de biens</i>	105
4.4.1.	La structure patrimoniale du régime	105
4.4.2.	La dissolution et la liquidation du régime.....	106
5.	L'union conjugale.....	106
5.1.	<i>Les effets</i>	106
5.1.1.	Les devoirs généraux	106
5.1.2.	Le nom.....	106
5.1.3.	Le droit de cité et la nationalité.....	107
5.1.4.	Le domicile et le logement.....	107

5.1.5.	L'entretien	108
5.1.6.	La représentation	109
5.2.	<i>La protection de l'union conjugale</i>	109
5.2.1.	Les principes.....	109
5.2.2.	Les mesures judiciaires destinées à préserver la vie commune.....	109
5.2.3.	Les mesures judiciaires en cas de suspension de la vie commune	110
6.	La dissolution du mariage.....	111
6.1.	<i>Le divorce</i>	111
6.1.1.	La procédure de divorce	111
6.1.2.	Les effets du divorce.....	112
6.2.	<i>La séparation de corps</i>	113
6.3.	<i>L'annulation du mariage</i>	113
6.4.	<i>Le décès</i>	114
7.	Le partenariat enregistré	116
8.	Le concubinage.....	116
9.	La filiation	117
9.1.	<i>L'établissement du lien de filiation</i>	117
9.1.1.	L'établissement de la filiation maternelle	117
9.1.2.	L'établissement de la filiation paternelle	118
9.1.3.	L'adoption	119
9.2.	<i>La destruction du lien de filiation</i>	120
9.2.1.	L'action en désaveu	120
9.2.2.	La contestation de la reconnaissance	121
9.2.3.	L'annulation de l'adoption.....	121
9.3.	<i>Les effets de la filiation</i>	121
9.3.1.	Le nom et le droit de cité	121
9.3.2.	L'autorité parentale.....	122
9.3.3.	La garde et le droit aux relations personnelles.....	123
9.3.4.	L'obligation d'entretenir l'enfant	123
10.	Les mesures de protection de l'enfant	124
10.1.	<i>Les mesures protectrices</i>	124
10.2.	<i>L'institution d'une curatelle</i>	125
10.3.	<i>Le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant</i>	125
10.4.	<i>Le retrait de l'autorité parentale</i>	126

Chapitre V

Droit des successions 127

1.	Notion de droit des successions.....	129
2.	La succession légale	129

2.1.	<i>Les héritiers légaux</i>	129
2.1.1.	Les parents.....	129
2.1.2.	Le conjoint ou le partenaire enregistré survivant	131
2.1.3.	La corporation publique.....	132
2.2.	<i>La masse à partager</i>	132
2.2.1.	Les biens extants.....	133
2.2.2.	Les rapports	133
2.2.3.	Les dettes du <i>de cujus</i>	134
2.2.4.	Les dettes de la succession.....	134
3.	La succession volontaire.....	135
3.1.	<i>Les dispositions pour cause de mort</i>	135
3.1.1.	Le testament.....	135
3.1.2.	Le pacte successoral	136
3.1.3.	Le contenu des dispositions pour cause de mort	137
3.2.	<i>Les héritiers réservataires</i>	137
3.2.1.	Les héritiers réservataires et leur réserve	137
3.2.2.	La masse de calcul des réserves.....	138
3.3.	<i>L'exhérédation</i>	139
4.	La dévolution.....	140
4.1.	<i>L'ouverture de la succession</i>	140
4.2.	<i>L'acquisition de la succession</i>	141
4.2.1.	L'acquisition par les héritiers.....	141
4.2.2.	L'acquisition par les légataires	142
4.3.	<i>Le partage</i>	142

Chapitre VI

Droits réels 145

1.	Notion de droits réels.....	147
2.	Les objets de droits réels.....	147
2.1.	<i>Les choses</i>	147
2.2.	<i>Les animaux</i>	147
2.3.	<i>Les autres objets de droits réels</i>	147
3.	Les espèces de droits réels.....	148
3.1.	<i>La propriété</i>	148
3.1.1.	Notion.....	148
3.1.2.	La propriété mobilière et la propriété immobilière	149
3.1.3.	La propriété individuelle et la propriété collective	149
3.2.	<i>Les droits réels limités</i>	150
3.2.1.	Notion.....	150
3.2.2.	Les servitudes	150

3.2.3.	Les droits de gage	152
3.2.4.	Les charges foncières.....	153
4.	Les moyens de rendre manifestes les droits réels	153
4.1.	<i>La possession</i>	154
4.2.	<i>Le registre foncier</i>	154
5.	L'acquisition des droits réels	155
5.1.	<i>L'acquisition dérivée</i>	155
5.1.1.	L'acquisition dérivée moyennant une manifestation extérieure.....	155
5.1.2.	L'acquisition dérivée sans manifestation extérieure	156
5.2.	<i>L'acquisition originaire</i>	157
5.2.1.	L'acquisition originaire moyennant une manifestation extérieure	157
5.2.2.	L'acquisition originaire sans manifestation extérieure	157

Chapitre VII

Droit des obligations - Partie générale.....159

1.	Introduction	161
1.1.	<i>Fondements</i>	161
1.1.1.	Notion.....	161
1.1.2.	Les grands principes	161
a)	La bonne foi.....	162
b)	L'interdiction de l'abus de droit	162
1.2.	<i>L'obligation</i>	163
1.2.1.	Un rapport juridique	163
1.2.2.	Une prestation.....	163
1.2.3.	Au moins deux parties	164
a)	Le débiteur.....	164
b)	Le créancier	164
1.2.4.	Un droit d'action ?.....	165
1.3.	<i>Les sources de l'obligation</i>	165
1.3.1.	La source volontaire : le contrat.....	165
1.3.2.	Les sources légales	166
a)	La responsabilité civile délictuelle.....	166
b)	L'enrichissement illégitime	167
2.	Le contrat	168
2.1.	<i>Fondements</i>	168
2.1.1.	Notion.....	168
2.1.2.	Quelques distinctions.....	168
a)	Unilatéral ou bilatéral	168
b)	Formel ou informel.....	168
c)	Nommé ou innommé	169

2.1.3.	Les grands principes	169
a)	L'effet contractuel	169
b)	La liberté contractuelle	169
c)	La hiérarchie des normes	170
2.2.	<i>La conclusion</i>	171
2.2.1.	Les parties	171
a)	Principe	171
b)	Le vice des parties	171
2.2.2.	La forme	171
a)	Principe	171
b)	La forme authentique	171
c)	La forme écrite	172
d)	La forme orale	172
e)	La forme tacite ou par actes concludants	172
f)	Le vice de forme	172
2.2.3.	L'objet	173
a)	Principe	173
b)	Les vices de l'objet	173
2.2.4.	Le consentement	174
a)	Principe	174
b)	La réciprocité	174
c)	La concordance	175
d)	Les éléments essentiels	176
e)	Les vices du consentement	177
2.3.	<i>L'exécution</i>	179
2.3.1.	Le principe de la fidélité contractuelle	179
2.3.2.	Le rôle du juge	179
2.3.3.	Les modalités des obligations	179
a)	L'auteur de la prestation	180
b)	Le moment de l'exécution	180
c)	Le lieu de l'exécution	181
2.4.	<i>L'inexécution</i>	181
2.4.1.	L'exécution forcée d'une prestation en nature	181
2.4.2.	La responsabilité civile contractuelle	182
a)	Principe	182
b)	Les conditions	183
2.4.3.	La demeure du débiteur	184
a)	Principe	184
b)	La demeure simple	185
c)	La demeure qualifiée	185
2.4.4.	La demeure du créancier	187
2.5.	<i>L'extinction des obligations</i>	188
2.5.1.	Principe	188

2.5.2.	Les autres causes	188
a)	La remise de dette	188
b)	L'impossibilité objective subséquente	188
c)	La compensation	189
d)	La prescription	189
3.	La responsabilité civile délictuelle	191
3.1.	<i>Introduction</i>	191
3.2.	<i>Responsabilité civile délictuelle</i>	191
3.2.1.	Responsabilité aquilienne (pour faute) (art. 41 CO)	192
3.2.2.	Responsabilité sans faute	193
a)	Responsabilité objective simple	193
b)	Responsabilité objective aggravée	195
3.2.3.	Réparation du préjudice	195
4.	L'enrichissement illégitime	196
4.1.	<i>Notion</i>	196
4.2.	<i>Les conditions</i>	196
4.2.1.	Un enrichissement au détriment d'autrui	197
4.2.2.	L'absence de cause valable	197
4.3.	<i>La restitution de l'indu</i>	197
4.4.	<i>Les effets</i>	198
4.5.	<i>La prescription</i>	198

Chapitre VIII

Droit des obligations - Partie spéciale.....201

1.	Droit des personnes morales	203
1.1.	<i>Notion et généralités</i>	203
1.2.	<i>Les personnes morales à but idéal</i>	204
1.2.1.	L'association	204
1.2.2.	La fondation	205
a)	Généralités	205
b)	L'organisation	206
c)	La dissolution	207
1.3.	<i>Les personnes morales commerciales</i>	207
1.3.1.	L'entreprise individuelle	207
1.3.2.	La société simple	208
a)	Définition	208
b)	Organisation, droits et obligations des associés	208
c)	La fin de la société	209
1.3.3.	La société en nom collectif	210
1.3.4.	La société anonyme	210
a)	Définition et généralités	210
b)	La constitution	211
c)	L'organisation	211
d)	Les droits et les obligations des actionnaires	212

e)	Faillite, liquidation et fin de la société.....	213
f)	Les autres types de sociétés	213
2.	Contrat de vente.....	216
2.1.	<i>Définition, notion et délimitations</i>	216
2.2.	<i>La distinction entre vente mobilière et vente immobilière</i>	216
2.3.	<i>La formation du contrat</i>	217
2.3.1.	Conclusion.....	217
2.3.2.	Forme.....	218
2.4.	<i>Les obligations de l'acheteur</i>	219
2.4.1.	Le paiement du prix	219
2.4.2.	Les autres obligations	219
2.5.	<i>L'inexécution des obligations de l'acheteur : demeure de l'acheteur</i>	219
2.6.	<i>Les obligations du vendeur</i>	220
2.7.	<i>L'inexécution des obligations du vendeur : demeure du vendeur</i>	220
2.7.1.	Demeure du vendeur dans une vente civile.....	221
2.7.2.	Demeure du vendeur dans une vente commerciale.....	221
2.8.	<i>La garantie pour les défauts</i>	222
2.8.1.	Notion de défaut et de garantie	222
2.8.2.	Les conditions d'exercice de la garantie	222
a)	Le respect des incombances.....	223
b)	Le respect des délais de prescription	223
2.8.3.	Les actions en garantie.....	223
2.8.4.	Les dispositions conventionnelles.....	224
2.9.	<i>La garantie en cas d'éviction</i>	224
2.10.	<i>Le transfert des risques et profits</i>	225
3.	Contrat de travail	225
3.1.	<i>Définition, notion et sources</i>	225
3.2.	<i>Délimitations et distinctions</i>	227
3.3.	<i>La conclusion du contrat</i>	227
3.4.	<i>Les obligations du travailleur</i>	228
3.4.1.	L'exécution personnelle du travail.....	228
3.4.2.	Le devoir de diligence et de fidélité.....	228
3.4.3.	Les heures de travail supplémentaires	229
3.4.4.	Le respect des instructions et directives de l'employeur.....	230
3.4.5.	L'interdiction de faire concurrence.....	230
3.5.	<i>Les obligations de l'employeur</i>	230
3.5.1.	Le paiement du salaire	230
3.5.2.	La protection de la personnalité du travailleur.....	231
3.5.3.	L'octroi de vacances et congés	232

3.6.	<i>La fin des rapports de travail</i>	232
3.6.1.	Pendant le temps d'essai	232
3.6.2.	Pour les contrats de durée déterminée.....	232
a)	La fin ordinaire	232
b)	La fin extraordinaire	233
3.6.3.	Pour les contrats de durée indéterminée.....	233
a)	La fin ordinaire	233
b)	La fin extraordinaire	234
3.6.4.	Avec effet immédiat	234
3.7.	<i>La protection contre les congés</i>	234
3.7.1.	La résiliation abusive.....	234
3.7.2.	La résiliation en temps inopportun.....	235
3.7.3.	La résiliation immédiate injustifiée.....	236
4.	Contrat d'entreprise	236
4.1.	<i>Définition et notion</i>	236
4.2.	<i>Les délimitations</i>	237
4.3.	<i>La conclusion du contrat</i>	238
4.4.	<i>Les obligations de l'entrepreneur</i>	238
4.4.1.	L'exécution de l'ouvrage.....	238
4.4.2.	Le devoir de diligence et de fidélité.....	239
4.4.3.	Le devoir d'avis.....	239
4.4.4.	L'inexécution des obligations : droits anticipés du maître de l'ouvrage pendant la réalisation de l'ouvrage	240
4.5.	<i>La garantie pour les défauts</i>	240
4.5.1.	Notion de défaut et de garantie	240
4.5.2.	Les conditions d'exercice de la garantie	241
a)	La vérification de l'ouvrage.....	241
b)	Les avis des défauts	241
c)	Les délais de prescription	242
4.5.3.	Les actions en garantie.....	242
4.6.	<i>Les obligations du maître de l'ouvrage</i>	243
4.6.1.	Le paiement du prix	243
4.6.2.	Les autres devoirs	244
4.7.	<i>La fin du contrat</i>	244
4.7.1.	La résiliation par le maître et indemnisation.....	244
4.7.2.	La destruction de l'ouvrage par cas fortuit	245
5.	Contrat de mandat	245
5.1.	<i>Définition et notions</i>	245
5.2.	<i>Les délimitations</i>	246
5.3.	<i>La conclusion du mandat</i>	247

5.4.	<i>Les obligations du mandataire</i>	247
5.4.1.	La prestation de services.....	247
5.4.2.	L'exécution personnelle ou par substitution	247
5.4.3.	Le devoir de diligence et de fidélité.....	247
5.4.4.	L'obligation de suivre les instructions du mandant.....	248
5.4.5.	Le devoir de rendre des comptes et de restituer	248
5.5.	<i>L'inexécution des obligations du mandataire</i>	249
5.6.	<i>Les obligations du mandant</i>	249
5.7.	<i>La fin du contrat</i>	250
6.	Contrat de bail à loyer	250
6.1.	<i>Définition et notion</i>	250
6.2.	<i>Les délimitations</i>	251
6.3.	<i>La conclusion du contrat</i>	251
6.3.1.	Les parties.....	252
6.3.2.	La forme	252
6.3.3.	Les éléments essentiels.....	253
6.4.	<i>Les obligations du bailleur</i>	254
6.4.1.	La délivrance de la chose louée	254
a)	A la date convenue	254
b)	Dans un état approprié.....	254
6.4.2.	L'entretien de la chose louée	255
6.4.3.	Les autres obligations du bailleur	255
6.5.	<i>La garantie contre les défauts</i>	255
6.5.1.	La notion de défaut et de garantie.....	255
6.5.2.	L'avis des défauts	256
6.5.3.	Les remèdes	256
a)	La remise en l'état	256
b)	La réduction du loyer.....	256
c)	Le paiement de dommages-intérêts	257
d)	La prise en charge des frais de procès contre un tiers.....	257
6.5.4.	La consignation du loyer.....	257
6.6.	<i>Les obligations du locataire</i>	258
6.6.1.	Le paiement du loyer et des frais accessoires	258
6.6.2.	Le versement de sûretés.....	259
6.6.3.	L'usage de la chose avec soin.....	259
a)	Le respect de l'usage prévu	259
b)	L'entretien de la chose louée	259
c)	La diligence et l'égard envers les voisins	259
6.6.4.	Le devoir d'avis	260
6.6.5.	L'obligation de tolérer certaines réparations et inspections	260

6.7.	<i>L'adaptation du loyer</i>	260
6.7.1.	L'augmentation du loyer.....	260
6.7.2.	La diminution du loyer	261
6.8.	<i>La fin du contrat</i>	261
6.8.1.	La résiliation ordinaire du contrat.....	261
a)	Le contrat de durée déterminée.....	261
b)	Le contrat à durée indéterminée.....	261
6.8.2.	La résiliation extraordinaire du contrat	263
a)	La demeure du locataire.....	263
b)	La violation grave d'autres obligations.....	263
c)	L'aliénation de la chose louée	263
d)	La faillite ou le décès du locataire	264
e)	La présentation d'un repreneur solvable.....	264
f)	D'autres justes motifs	264
6.8.3.	La protection contre les congés.....	264
6.9.	<i>Les conséquences de la fin du contrat</i>	265
6.9.1.	La restitution de la chose louée.....	265
6.9.2.	La libération des sûretés	265
6.10.	<i>La sous-location</i>	265
6.10.1.	Notion.....	265
6.10.2.	L'accord du bailleur.....	265
6.10.3.	L'indépendance par rapport au bail principal	266

Chapitre IX

Poursuite pour dettes et faillites267

1.	Introduction	269
2.	Organisation.....	270
3.	Les modes de poursuite	270
4.	La procédure	271
4.1.	<i>La procédure préalable</i>	272
4.1.1.	Notion.....	272
4.1.2.	La réquisition de poursuite	274
4.1.3.	Le commandement de payer.....	277
4.1.4.	L'opposition	279
4.1.5.	La mainlevée.....	279
4.1.6.	La continuation de la poursuite.....	280
4.2.	<i>La saisie</i>	280
4.2.1.	La procédure de saisie	280
4.2.2.	Les biens saisis	281
4.2.3.	La réalisation des biens saisis	281
4.2.4.	L'acte de défaut de biens	282

4.3.	<i>La faillite</i>	282
4.3.1.	La commination de faillite.....	282
4.3.2.	Le jugement de faillite.....	283
4.3.3.	Bref aperçu de la procédure.....	283
4.3.4.	La réalisation.....	284
4.3.5.	L'acte de défaut de biens et la clôture de la faillite.....	284
4.3.6.	Le cas particulier de la faillite personnelle.....	284
Chapitre X		
Droit pénal.....		287
1.	Notion.....	289
2.	Généralités.....	289
2.1.	<i>Le champ d'application temporel du droit pénal</i>	290
2.2.	<i>Le champ d'application spatial du droit pénal suisse</i>	290
2.3.	<i>La classification des infractions</i>	290
2.4.	<i>L'intention et la négligence</i>	291
2.5.	<i>Les degrés de réalisation de l'infraction</i>	292
2.6.	<i>La causalité</i>	292
2.7.	<i>Les participants à l'infraction</i>	292
2.8.	<i>La responsabilité pénale</i>	293
2.9.	<i>Les erreurs</i>	294
2.10.	<i>Les faits justificatifs</i>	294
2.11.	<i>La prescription</i>	295
3.	Les infractions pénales.....	296
3.1.	<i>Les infractions de la partie spéciale du Code pénal</i>	296
3.2.	<i>Le droit pénal accessoire</i>	298
4.	Les sanctions pénales et leur exécution.....	299
4.1.	<i>En général</i>	299
4.2.	<i>Les peines</i>	299
4.3.	<i>Les mesures</i>	301
4.4.	<i>L'exécution des peines et des mesures privatives de liberté</i>	302
5.	Le droit pénal des mineurs.....	304
6.	Le casier judiciaire.....	306

Table des auteurs

DANIELA IVANOV

Dr en droit et maître-assistante à l'Université de Neuchâtel

Chapitres I, II, IX

MARYSE PRADERVAND-KERNEN

Dr en droit, avocate, chargée d'enseignement et maître-assistante à l'Université de Neuchâtel, lectrice à l'Université de Fribourg

Chapitres III, IV, V, VI

JULIEN DELAYE

Avocat, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel

Chapitres VII (Introduction - Le contrat - L'enrichissement illégitime) et VIII (Le contrat de bail à loyer)

JONATHAN GRETILLAT

Avocat, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel

Chapitres VII (La responsabilité civile délictuelle) et VIII (Le droit des personnes morales - Le contrat de vente - Le contrat de travail, Le contrat d'entreprise - Le contrat de mandat)

JOËLLE VUILLE

Dr en criminologie, privat-docent à l'Université de Neuchâtel

Chapitre X

Table des abréviations

a	ancien
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
al.	alinéa
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	article(s)
ASSM	Académie Suisse des sciences Médicales
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BL	Bâle-Campagne
BS	Bâle-Ville
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101) ou Cour européenne des droits de l’homme
cf.	se reporter à, voir
ch.	chiffre
CHF	franc suisse
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), du 30 mars 1911 (RS 220)
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS 272)

Table des abréviations

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
DPMIn	Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 20 juin 2003 (RS 311.1)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
et al.	et autres
etc.	et caetera
ex.	exemple
FMH	Fédération des médecins suisses
GL	Glaris
<i>ibidem</i>	renvoie à la note précédente
<i>infra</i>	plus bas
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière, du 19 septembre 1958 (RS 741.01)
LDét	Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail, du 8 octobre 1999 (RS 823.20)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (RS 151.1)
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers, du 16 décembre 2005 (RS 142.20)

LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (RS 281.1)
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (Loi sur le partenariat), du 18 juin 2004 (RS 211.231)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération, du 24 mars 2000 (RS 172.220.1)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 6 octobre 1989 (RS 823.11)
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes, du 3 octobre 1951 (RS 812.121)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964 (RS 822.11)
n°	numéro(s)
NW	Nidwald
OEC	Ordonnance sur l'état civil, du 28 avril 2004 (RS 211.112.2)
ONU	Organisation des Nations Unies
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
OW	Obwald
p.	page
par.	paragraphe(s)
p. ex.	par exemple(s)
pp.	pages
s.	et suivant(e)
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes
ss	et suivant(e)s
<i>supra</i>	plus haut

Table des abréviations

RS	Recueil systématique du droit fédéral
TF	Tribunal fédéral
UR	Uri
VOSTRA	Ordonnance sur le casier judiciaire, du 29 septembre 2006 (RS 331)

Chapitre I

Introduction au droit

1. Introduction

Pour vivre ensemble, les êtres humains ressentent le besoin d'établir certaines règles de conduite afin d'organiser et de faciliter leurs relations.

Il existe un grand nombre de règles de nature différente qui régissent les relations sociales. Ainsi, il est d'usage de saluer une personne que l'on connaît ou de dire merci lorsque quelqu'un nous rend un service. Ce genre de règles facilite les rapports sociaux en permettant d'avoir des échanges respectueux et de montrer sa considération à autrui. C'est ce qu'on appelle la « **politesse** », « **la courtoisie** » ou « **le savoir-vivre** ».

D'autres règles se fondent principalement sur la différence entre le bien le mal, comme p. ex. celle de ne pas mentir ou d'aider une personne dans le besoin. Ces « **règles morales** » tirent souvent leur origine de préceptes philosophiques ou religieux et visent la perfection de la personne et l'épanouissement de sa conscience. Il peut s'agir aussi bien de maximes de la morale personnelle de chaque individu que d'un code de conduite propre à une communauté culturelle, religieuse ou civile.

Enfin, la vie en société nous impose d'autres comportements, comme p. ex. de nous arrêter à un feu rouge, de régler l'addition avant de quitter un restaurant, de payer son loyer lorsqu'on est locataire ou encore d'aller à l'école durant un certain nombre d'années, et ainsi de suite. On appelle ce genre de règles des « **règles de droit** » ou des « règles juridiques ». Ce sont elles qui nous intéressent dans le cadre du présent ouvrage. Par conséquent, il est essentiel de savoir ce qui différencie la règle de droit des autres règles qui régissent la vie en société, telles que les règles de politesse ou morales.

Pour aller plus loin :

Certaines règles morales ou religieuses peuvent coïncider avec les règles de droit. Ainsi, le fait de porter atteinte à la vie d'une autre personne est considéré par la plupart des gens comme quelque chose de mal, qu'il est impossible de concilier avec sa conscience. En même temps, le Code pénal punit l'homicide ainsi que d'autres formes d'atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle des personnes. De ce fait, on est en présence d'une règle qui est aussi bien morale que juridique.

D'autres règles morales ne constituent en revanche pas des règles de droit. Par exemple, on peut considérer qu'il est immoral de tromper son conjoint. Toutefois, le droit suisse ne sanctionne pas ce genre de comportement. On ne peut donc pas être (juridiquement) puni pour avoir été infidèle.

2. La règle de droit

Comme nous venons de le voir, la règle de droit et les autres règles ont en commun la volonté d'organiser la vie en société et les relations entre ses membres. La règle de droit dicte aux individus qui lui sont soumis la conduite à adopter en déterminant ce qui est permis et ce qui est interdit.

En principe, **la règle de droit est générale est abstraite**. Cela signifie qu'elle s'adresse à tout le monde, qu'elle concerne chacun d'entre nous (= générale) et qu'elle n'envisage pas uniquement une situation concrète, mais un grand nombre de cas de figure différents (= abstraite).

Exemple :

L'art. 41 du Code des obligations (CO) dispose que : « Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer. »

Cette disposition est générale, car elle s'adresse à un nombre indéterminé de personnes, à savoir, à toutes celles qui pourraient causer un dommage à autrui. Elle est également abstraite, car elle ne vise pas un cas de figure en particulier, mais toutes les situations qui pourraient avoir comme effet qu'une personne subisse un dommage à cause du comportement d'une autre. Ainsi, on peut p. ex. causer un dommage à une autre personne en crevant les pneus de sa voiture, en mettant le feu à sa maison ou en la renversant par inadvertance sur une piste de ski. L'abstraction est nécessaire, car il est impossible de prévoir toutes les situations qui pourraient se produire dans la vie courante et d'établir des règles précises pour chacune d'entre elles.

Contrairement aux autres règles qui régissent la vie en société, la règle de droit émane d'une autorité compétente, c'est-à-dire qui est investie du pouvoir législatif.

Le non-respect d'une règle est généralement assorti d'une **sanction** qui peut être plus ou moins forte, suivant le type de règle en question. Dans ce contexte, le terme « sanction » ne signifie pas nécessairement « punition » au sens du droit pénal, mais veut principalement dire que les autorités veillent à garantir l'application du droit.

Exemple :

Si un contrat de travail ne prévoit que trois semaines de vacances au lieu des quatre que la loi exige au minimum pour les travailleurs âgés de plus de 20 ans, le juge pourra constater la violation de la loi et de ce fait la nullité de cette clause.

La sanction est donc le point commun entre toutes les règles. La peur de la sanction peut nous conduire à respecter certaines règles, même si, pour une

raison ou une autre, on n'a pas envie d'adopter un comportement conforme à la règle.

La violation des règles de droit implique aussi des sanctions : si on ne s'arrête pas à un feu rouge, on peut se voir infliger une amende ou même un retrait de permis de conduire ou si on cause un dommage à une autre personne, on doit le réparer, p. ex. en lui payant des dommages-intérêts. Contrairement aux règles de morale ou de politesse, **l'Etat peut recourir à la force** pour sanctionner la violation d'une règle de droit. Autrement dit, l'Etat accompagne la règle de droit d'une sanction pour inciter les citoyens à la respecter et peut imposer son respect, au besoin, par la contrainte. C'est en cela que consiste la principale différence entre la règle de droit et toute autre règle qui régit la vie en société.

En résumé, la règle de droit **dicte un certain comportement**, une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose. Comme nous venons de le voir, elle émane d'une autorité compétente, s'adresse à tout le monde et vise un nombre indéterminé de situations. Elle a pour but de **régir la vie en société** afin de protéger ses membres des atteintes à leurs biens tels que la vie, la santé, la sécurité, la tranquillité, etc., et d'éviter ainsi le chaos et le désordre social. Enfin, le non-respect des règles de droit est sanctionné par la **contrainte étatique**.

3. Les sources du droit

3.1. Notion

On entend par « **sources du droit** » les endroits où se trouvent les règles de droit qu'il faut appliquer dans une situation de fait donnée.

Les sources du droit sont :

- la loi ;
- la coutume ;
- la jurisprudence ;
- la doctrine.

En Suisse, tout comme dans la plupart des pays européens, **la loi ou le droit écrit constitue la source principale du droit**. Les autres sources ont plutôt un caractère subsidiaire, ce qui signifie qu'on fait appel à elles lorsque la question à laquelle on cherche une réponse n'est pas réglée par la loi ou lorsque la loi n'est pas claire. Autrement dit, il s'agit de sources qui aident à comprendre ou à interpréter le droit écrit.

Pour aller plus loin :

Ces principes sont contenus à l'art. 1 du Code civil suisse, dont la teneur est la suivante :

Article 1 : Application de la loi

¹ *La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.*

² *A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.*

³ *Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*

3.2. La législation (ou le droit écrit)

3.2.1. Aperçu

Comme évoqué plus haut, le droit suisse se base sur le principe de la **primauté du droit écrit** par rapport aux autres sources du droit. Par conséquent, la législation constitue la source principale du droit. Le terme « **législation** » englobe toutes les règles juridiques adoptées par des autorités investies du pouvoir législatif ou réglementaire.

Pour aller plus loin :

Dans le langage courant, on utilise souvent le terme de « loi » au sens large pour désigner toute règle de droit qui émane d'une autorité ayant des compétences législatives ou réglementaires. Juridiquement parlant, la « loi » (au sens strict) désigne uniquement des règles de droit adoptées par le Parlement dans le cadre d'une procédure spécifique prévue à cet effet (procédure législative).

La Suisse étant un Etat fédéral, chaque échelon (Confédération, cantons, communes) est doté de pouvoirs législatifs propres, c'est-à-dire de la compétence d'édicter des règles de droit¹. Par conséquent, nous avons une législation fédérale, 26 législations cantonales ainsi que les règles juridiques que chacune des 2'400 communes environ peut édicter dans le cadre de ses compétences.

Les **traités internationaux** font aussi partie de la législation au sens large. La procédure d'adoption n'est pas la même que pour le droit interne. Ils sont généralement négociés par les gouvernements des Etats qui souhaitent les conclure et sont ensuite ratifiés par chaque Etat contractant, selon ses propres

¹ Cf. chapitre II « Droit constitutionnel », ch. 2.3.2.

règles. En Suisse, les traités internationaux importants doivent être approuvés par l'Assemblée fédérale.

3.2.2. La hiérarchie des normes

La hiérarchie des normes est un concept philosophique souvent illustré par une pyramide, utilisé pour décrire les rapports entre les différents types de règles de droit. Il repose sur l'idée que **chaque norme juridique doit être conforme à une norme supérieure**, dont elle tire sa validité. Au sommet de la pyramide se situe la Constitution qui représente en quelque sorte la « norme suprême ». Juste au-dessous, on retrouve les lois adoptées par le Parlement, auxquelles succèdent les ordonnances, elles-mêmes suivies d'autres actes de rang inférieur. Ainsi, selon la conception pyramidale de l'ordre juridique, une loi doit être conforme à la Constitution et une ordonnance à la loi sur laquelle elle s'appuie ainsi que, bien évidemment, à la Constitution.

Le rang qu'occupe une norme juridique dans la hiérarchie des normes dépend principalement de deux critères : son **auteur** et l'importance de son **contenu**. La Constitution se situe au sommet de la pyramide, car elle est adoptée par le Constituant, dans une procédure particulière qui exige qu'elle soit approuvée tant par la majorité du peuple que par la majorité des cantons². Elle contient des règles essentielles concernant le fonctionnement de l'Etat et de ses autorités ainsi que des droits fondamentaux³. Les lois arrivent juste en dessous de la Constitution, car elles émanent du Parlement qui est le détenteur du pouvoir législatif⁴. Elles contiennent des règles juridiques importantes. Enfin, les ordonnances sont adoptées par l'exécutif (Conseil fédéral, gouvernement cantonal⁵). Elles contiennent des règles de droit moins importantes que les lois, généralement des règles de détail, des précisions ou des dispositions de nature technique.

Le principe de la hiérarchie des normes ne s'applique pas seulement aux normes juridiques au sein d'une même collectivité (Confédération, cantons), mais aussi aux rapports entre l'ordre juridique fédéral et les ordres juridiques des Etats fédérés. Ainsi, toutes les règles de droit édictées par les cantons (et les communes) doivent impérativement être conformes à l'ensemble du droit fédéral.

² Cf. *infra* ch. 3.2.3 et chapitre II « Droit constitutionnel », ch. 3.1 et 5.3.5.

³ Cf. chapitre II « Droit constitutionnel », ch. 3.

⁴ Cf. *infra* ch. 3.2.4 et chapitre II « Droit constitutionnel », ch. 4.1.2.

⁵ Cf. *infra* ch. 3.2.5.

Pour aller plus loin :

*La place des **traités internationaux** dans la pyramide des normes juridiques dépend de l'ordre juridique de l'Etat en question. La Constitution suisse ne contient aucune règle claire sur les rapports entre le droit interne et le droit international. On peut toutefois déduire de certaines dispositions qu'en principe le droit international prime le droit national (art. 5 al. 4 et 190 Cst.). Cette question est concrétisée principalement par le Tribunal fédéral. Depuis plusieurs années, ce dernier contrôle la conformité des lois fédérales à la CEDH et refuse d'appliquer une loi fédérale lorsque celle-ci s'avère contraire à la Convention. Par la suite, le Tribunal fédéral a reconnu la primauté du droit international sur les lois internes, en particulier lorsqu'il avait pour but de protéger les droits fondamentaux des particuliers (cf. ATF 125 II 417, 136 II 241, 138 II 524). Enfin, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a tranché la question de manière claire, en déclarant que l'ensemble des traités internationaux auxquels la Suisse est partie prime le droit interne, y compris la Constitution. Cette solution est toutefois controversée dans certains milieux politiques (ATF 139 I 16).*

3.2.3. La Constitution

La Constitution est considérée comme la **loi fondamentale** d'un Etat. Elle se situe au sommet de la pyramide des normes juridiques et se caractérise par sa supériorité par rapport à toutes les autres règles juridiques. La Constitution contient les règles fondamentales sur l'organisation de l'Etat et les autorités, sur les compétences des cantons et de la Confédération ainsi que des droits fondamentaux dont bénéficient les individus face à l'Etat.

La Constitution (ou toute modification) est adoptée par le constituant. Cela signifie qu'elle est soumise au vote du peuple et des cantons. Pour être acceptée, toute modification de la Constitution requiert une double majorité, à savoir, celle du peuple et celle des cantons.

Une **modification** de la Constitution peut avoir lieu d'une part à l'initiative du **Parlement**, lorsque ce dernier pense que cela est nécessaire. Dans ce cas, il doit consulter le constituant par le biais d'un référendum obligatoire⁶. D'autre part, **le peuple** peut également demander de modifier la Constitution. Pour cela, il doit agir par le biais de l'initiative populaire ou constitutionnelle⁷.

⁶ Cf. chapitre II « Droit constitutionnel », ch. 3.1 et 5.3.6.

⁷ *Idem*, ch. 5.3.5.

L'actuelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 est le fruit de la révision totale de la Constitution du 29 mai 1874, qui avait elle-même succédé à la toute première Constitution fédérale du 12 septembre 1848⁸.

Chaque canton dispose également d'une Constitution propre qui contient les règles juridiques essentielles relatives à son organisation et ses autorités et qui reconnaît certains droits fondamentaux sur son territoire. Les Constitutions cantonales doivent être conformes à l'ensemble du droit fédéral. Elles doivent être approuvées par l'Assemblée fédérale.

3.2.4. La loi

La loi au sens étroit désigne un **acte qui contient des règles de droit**⁹ et qui a été adopté dans le cadre d'une procédure spécifique (procédure législative). En principe, la loi fixe un cadre général dont les détails devront être précisés par voie d'ordonnance. Traditionnellement, le pouvoir de légiférer appartient au Parlement, qui est le seul à pouvoir adopter, modifier ou abroger des lois, sous réserve des droits populaires. Sur le plan fédéral, les lois émanent de l'Assemblée fédérale composée du Conseil national et du Conseil des Etats. Toutes les règles juridiques importantes doivent revêtir la forme d'une loi.

Dans les cantons, le pouvoir législatif est détenu par les Parlements cantonaux.

Pour aller plus loin :

La grande majorité des lois sont désignées en tant que telles, tant sur le plan fédéral que cantonal. Quelques lois fédérales sont appelées « codes » (p. ex. le Code pénal, le Code civil ou encore le Code des obligations). Il s'agit d'un terme ancien qui désignait des ensembles de règles de droit relatives à une matière déterminée, présentée de manière systématique. Aujourd'hui, cette nuance terminologique n'a plus vraiment de portée propre : les codes sont des lois comme les autres.

La procédure qui mène à l'adoption d'une loi (**procédure législative**) se déroule en plusieurs étapes que nous expliquerons brièvement pour les lois fédérales.

Tout d'abord, il faut que quelqu'un **lance le projet de loi** en question. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le plus souvent l'idée d'une nouvelle loi ou d'une modification d'une loi existante ne vient pas du Parlement lui-même, mais du Gouvernement (Conseil fédéral) qui prépare un

⁸ *Idem*, ch. 3.2.

⁹ Cf. *supra* ch. 2.

avant-projet. Le Parlement a toutefois la possibilité de demander au Gouvernement de préparer un projet de loi.

Pour aller plus loin :

Si l'Assemblée fédérale veut obliger le Conseil fédéral à préparer un projet de loi, il doit adopter une motion. C'est l'instrument le plus puissant dont dispose le Parlement vis-à-vis du Gouvernement. Il existe également d'autres moyens d'intervention, tels le postulat ou l'interpellation, mais ils sont moins contraignants que la motion, car ils n'obligent pas le Conseil fédéral à agir.

Le Parlement peut aussi préparer lui-même des projets de loi. En pratique, cela est toutefois assez rare puisqu'il ne dispose pas toujours de ressources suffisantes, contrairement à l'administration. A noter que les particuliers ne peuvent pas proposer eux-mêmes des projets de loi fédérale, car l'initiative législative n'existe pas sur le plan fédéral.

Une fois le projet lancé, le Conseil fédéral ou le cas échéant le Parlement, élabore une première ébauche, appelée « **avant-projet** ». Celui-ci est ensuite soumis à une **procédure de consultation** qui permet à toutes les personnes intéressées de donner leur avis sur la proposition de loi.

Pour aller plus loin :

Certains acteurs tels que les cantons, les partis politiques ou les principales organisations économiques sont informés d'office de l'ouverture de toutes les procédures de consultation et invités à donner leur avis. Par ailleurs, toute personne peut également envoyer un avis sur le projet mis en consultation¹⁰.

Une fois la consultation terminée, l'avant-projet est généralement remanié afin de tenir compte des résultats de cette procédure. Le projet peut même être abandonné si les avis exprimés montrent un net rejet de l'avant-projet proposé.

La nouvelle version, appelée « **projet de loi** », est ensuite transmise au Parlement, accompagnée d'un « message » du Conseil fédéral, qui est une sorte de commentaire de loi en préparation.

Les étapes suivantes se déroulent au sein du Parlement. Dans notre système bicaméral¹¹, le projet est examiné séparément par les deux chambres, qui peuvent y apporter des modifications. Pour être adopté, le projet doit être

¹⁰ Toutes les consultations fédérales sont publiées sur le site de la Confédération, sous : « <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/procedures-consultation.html> ».

¹¹ Cf. chapitre II « Droit constitutionnel », ch. 4.2.1.

approuvé par les deux chambres. En cas de désaccord, une **procédure d'élimination des divergences** est mise en place afin de trouver un compromis entre les deux chambres. Si ces tentatives échouent, le projet est définitivement abandonné.

L'adoption du projet de loi clôt les délibérations du Parlement. Les citoyens disposent ensuite d'un délai de 100 jours pour lancer un **référendum facultatif**¹². Si celui-ci aboutit, la loi est soumise au vote du peuple et ne peut entrer en vigueur qu'après avoir été acceptée en votation populaire à la majorité simple des votants. Si le référendum n'aboutit pas ou si aucun référendum n'est lancé, le Conseil fédéral fixe l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

3.2.5. L'ordonnance

L'ordonnance est un **acte de rang inférieur à la loi qui contient des règles de droit**. Elle est élaborée dans le cadre d'une procédure propre, différente de la procédure législative. Le plus souvent, les ordonnances sont édictées par le pouvoir exécutif (Conseil fédéral, gouvernements cantonaux). Elles doivent avoir une base dans une loi ou éventuellement dans la Constitution. En règle générale, elles précisent et concrétisent la loi.

Sur le plan fédéral, contrairement à la Constitution qui doit toujours être approuvée par le Constituant (référendum obligatoire et initiative constitutionnelle) et à la loi qui peut faire l'objet d'un vote du peuple à sa demande (référendum facultatif), l'ordonnance n'est jamais soumise à un vote populaire.

Pour aller plus loin :

Malgré ce que l'on pourrait penser, le nombre de lois est bien inférieur à celui des ordonnances. Le rapport entre les lois et les ordonnances est d'environ 1:4.

3.2.6. Les traités internationaux

Les traités internationaux sont des **conventions** ou contrats **conclus entre deux ou plusieurs Etats** sur des sujets très variés. Leur particularité par rapport au droit interne réside dans la dimension contractuelle : en effet, contrairement aux lois et autres actes juridiques internes qui sont adoptés unilatéralement par chaque Etat, les traités internationaux sont issus d'un processus de négociations entre plusieurs Etats.

¹² *Idem*, ch. 5.3.6.

La procédure qui mène à l'adoption des traités internationaux est différente de la procédure législative. En Suisse, les traités internationaux sont négociés par le Conseil fédéral. C'est lui qui les signe et les ratifie. En le ratifiant, l'Etat se déclare lié par le traité en question. Après la ratification, certains traités doivent encore être approuvés par l'Assemblée fédérale, qui ne peut toutefois que les accepter ou les refuser dans leur ensemble ; en revanche, elle n'a pas la compétence de les modifier. D'autres traités, généralement de moindre importance, peuvent être conclus par le Conseil fédéral lui-même, sans l'approbation de l'Assemblée fédérale. Certains traités sont soumis au référendum obligatoire ou facultatif, mais leur nombre est très peu élevé.

3.2.7. Trouver la loi

La publication des règles de droit est l'un des piliers de l'Etat de droit : ce n'est que si les citoyens connaissent le droit qu'on peut leur reprocher de ne pas s'y conformer. Par contre, dans un Etat de non-droit, on peut être puni pour ne pas avoir respecté des règles qu'on ne pouvait même pas connaître. En pratique, le fait de vraiment connaître une règle de droit n'a pas une grande importance, car on applique l'adage « **nul n'est censé ignorer la loi** ». Il s'agit d'une fiction juridique, c'est-à-dire d'un principe dont on sait la réalisation impossible, mais qui est nécessaire au fonctionnement de l'ordre juridique. Cela signifie qu'une personne ne peut pas se prévaloir du fait qu'elle ne connaissait pas la loi, p. ex. pour échapper à une sanction. Cet adage ne vaut toutefois que pour les règles de droit qui ont été **correctement publiées**, c'est-à-dire portées à la connaissance de tous. Les citoyens doivent être en mesure de prendre effectivement connaissance des règles de droit auxquelles ils sont soumis. C'est pour cette raison que la **rétroactivité**, à savoir le fait d'appliquer des règles de droit à des faits antérieurs à leur entrée en vigueur, est en principe interdite : on ne peut pas reprocher à quelqu'un de ne pas avoir respecté des règles dont il ne pouvait pas avoir connaissance.

Indépendamment de ces principes, la complexité des structures étatiques et de l'ordre juridique fait qu'il est quasiment impossible de connaître l'ensemble des règles de droit en vigueur : d'une part, celles-ci sont adoptées à plusieurs échelons, allant du droit international jusqu'au droit communal, en passant par le droit fédéral et cantonal. D'autre part, dans la vie de tous les jours, nous traversons plus de frontières que ce que l'on pourrait imaginer : par exemple, durant un voyage de Berne à Zurich, nous ne franchissons pas moins de cinq frontières cantonales et nous changeons tout autant de fois d'ordre juridique.

Afin de rendre leurs règles de droit accessibles, la Confédération ainsi que tous les cantons publient deux sortes de recueils législatifs : les recueils

systématiques et les recueils chronologiques (ou officiels). **Les recueils systématiques** contiennent l'ensemble du droit actuellement en vigueur. Les règles de droit sont classées par domaine et sont présentées de manière consolidée, ce qui signifie que toutes les modifications décidées par les autorités sont immédiatement intégrées dans les textes de loi. **Les recueils chronologiques (ou officiels)** contiennent toutes les décisions des autorités politiques qui ont eu pour effet de modifier des règles de droit. Autrement dit, ces recueils ne contiennent pas les textes de loi dans leur intégralité, mais seulement les différentes modifications. Contrairement aux recueils systématiques, les règles de droit ne sont pas classées par domaine du droit, mais par date de décision.

Il y a quelques années, les recueils législatifs pouvaient être consultés uniquement auprès des bibliothèques, des Chancelleries ou parfois des communes. Grâce à Internet, l'accès aux textes de loi est aujourd'hui beaucoup plus aisé : les recueils législatifs de la Confédération et des cantons peuvent être **consultés gratuitement en ligne**.

Grâce à ses différentes fonctionnalités et ses nombreux liens pour en savoir plus, le portail web « www.lexfind.ch » est un excellent point de départ pour effectuer des recherches dans l'ensemble des recueils législatifs des cantons et de la Confédération.

3.3. La coutume

3.3.1. Notion

La coutume est la plus ancienne des sources du droit. Elle se définit comme l'ensemble des **règles juridiques qui résultent d'un usage implanté dans une collectivité** et qui sont considérées par elle comme des règles de droit ayant un caractère obligatoire.

Selon cette définition, pour qu'une coutume existe, deux conditions doivent être remplies : premièrement, il faut que nous soyons en présence d'un **usage ou d'une pratique**. Cette pratique se développe généralement à partir d'un cas concret et inédit auquel une autorité ou des particuliers sont confrontés et qu'ils doivent résoudre. Si la solution adoptée se révèle bien adaptée, elle se généralise et donne naissance à une coutume. En droit suisse, il n'y a pas un laps de temps concret durant lequel une pratique doit avoir été observée avant de s'établir en tant que coutume.

La deuxième condition est de nature plutôt psychologique : pour qu'un usage devienne une coutume, il faut aussi **qu'il soit implanté dans une collectivité**

et que celle-ci **ait la conviction d'être liée par elle**. Ainsi, le non-respect de l'usage en question doit être considéré par les membres de la collectivité comme une violation du droit.

Exemple :

En Suisse, le sexe de l'enfant doit être précisé dans l'acte de naissance. Notre système juridique ne reconnaît que deux possibilités : une personne peut être soit de sexe féminin, soit de sexe masculin. Cette limitation à deux catégories n'est pas prévue explicitement par le droit écrit, mais repose sur du droit coutumier.

3.3.2. Le rôle de la coutume

En droit suisse, le rôle joué par la coutume est aujourd'hui minime. Même si elle fait toujours partie des sources du droit, son importance est subsidiaire par rapport à celle de la loi. Ceci s'explique par l'idée de la suprématie de la loi qui s'est imposée de plus en plus ainsi que par le fait que l'Etat a aujourd'hui légiféré dans presque tous les domaines. Il reste donc de moins en moins de place pour des règles de droit non écrites. La coutume peut toutefois jouer un rôle dans **l'interprétation de la loi** ou dans le **comblement des lacunes**. On parle de « lacune » lorsque le législateur omet d'apporter une réponse à une question qu'il aurait normalement dû régler ou lorsque la loi offre bien une réponse, mais que celle-ci n'est pas complète.

3.4. La jurisprudence

3.4.1. Notion

La jurisprudence désigne **l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux** et les autorités administratives.

Pour aller plus loin :

En Suisse, elle comprend les décisions des tribunaux instaurés par les cantons ainsi que celles des Tribunaux fédéraux¹³. Dans certains cas, les autorités administratives telles que les Gouvernements cantonaux ou le Conseil fédéral sont aussi amenées à rendre des décisions judiciaires.

3.4.2. Le rôle du juge

Le juge est amené à trancher des litiges opposant deux ou plusieurs parties. Pour cela, il doit appliquer la loi. Autrement dit, **il doit résoudre des cas concrets en ayant recours à des règles générales et abstraites**. Dans

¹³ Cf. chapitre II « Droit constitutionnel », ch. 4.4.

l'accomplissement de cette tâche, il doit avant tout veiller à ce que la loi soit appliquée de la même manière pour tous les citoyens qui se trouvent dans des situations comparables. Cette exigence est posée par le principe de l'égalité devant la loi. Cette tâche est très importante, car la loi ne peut pas répondre à tous les besoins juridiques ou fournir des solutions précises à tous les cas de figure concrets auxquels on peut être confronté dans la pratique. C'est pour cette raison que la loi doit souvent être interprétée ; en d'autres termes, il s'agit de trouver quel est le véritable sens d'une règle de droit qui, à première vue, ne semble pas tout à fait claire.

Contrairement à d'autres personnes (autorités administratives, avocats, scientifiques) qui interprètent également la loi, les tribunaux ont la compétence de trancher les litiges de manière définitive : une fois entré en force, un jugement d'un tribunal ne peut plus – sauf circonstances particulières – être renversé et doit donc être tenu pour « vrai ».

Le **Tribunal fédéral** est la plus haute instance judiciaire suisse. Ses décisions ne sont plus susceptibles de recours sur le plan national. Certaines affaires peuvent toutefois être portées devant la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg.

3.4.3. L'importance de la jurisprudence

Lorsque le juge doit rendre une décision dans un cas précis, il a généralement recours à des décisions antérieures concernant des cas semblables. C'est ce qu'on appelle **les précédents**. En règle générale, il cherchera à appliquer le droit de la même manière qu'il l'a fait dans des jugements antérieurs, ceci pour deux raisons : premièrement, la sécurité du droit exige que les règles de droit soient appliquées de manière uniforme dans le temps. Ainsi, une personne confrontée à un problème juridique devrait être capable, en consultant la jurisprudence, de savoir – du moins approximativement – quelle pourra être la décision du tribunal dans son cas. Deuxièmement, le principe de l'égalité devant la loi exige que les règles de droit soient interprétées et appliquées de la même manière dans des cas similaires.

Dans le système suisse, le juge peut toutefois décider de s'écarter d'une jurisprudence antérieure et donc d'opérer un **changement de jurisprudence**, mais doit soigneusement motiver sa décision. Constituent des motifs valables pour un revirement de jurisprudence le fait que la nouvelle solution correspond mieux au sens et aux buts de la loi, un changement de circonstances ou encore l'évolution de la conception du droit.

3.4.4. Trouver la jurisprudence

Dans un Etat de droit, la justice doit être transparente et non pas secrète. Par conséquent, les décisions des tribunaux doivent être accessibles au public.

En Suisse, chaque autorité judiciaire est responsable de la publication de ses propres décisions. Il n'y a pas de système central tel un portail web permettant l'accès à l'ensemble de la jurisprudence fédérale et cantonale.

Au niveau fédéral, le Tribunal fédéral publie les décisions qu'il juge importantes dans le « **Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral** ». Ce recueil est disponible en version papier ainsi que sur son site Internet « www.bger.ch ». Les arrêts sont toujours publiés dans leur langue originale et ne sont pas traduits. Certaines revues juridiques publient des traductions des arrêts les plus importants.

Pour aller plus loin :

On reconnaît un arrêt publié dans le recueil officiel à la manière dont on y fait référence. La référence s'effectue en indiquant l'abréviation du recueil (ATF), suivie du numéro du volume, de la partie (domaine du droit) et du numéro de page. La numérotation des volumes a commencé en 1875, le Tribunal fédéral ayant été créé par la révision totale de la Constitution fédérale de 1848. Le recueil officiel est divisé en cinq parties, correspondant aux différents domaines du droit.

Exemple : dans l'ATF 136 II 61, 136 est le numéro du volume, qui correspond à l'année 2010, II est la partie consacrée au droit administratif et au droit international public et 61 est le numéro de la première page de l'arrêt.

Sur le **plan cantonal**, chaque canton est responsable de la publication de ses décisions de justice. Les pratiques sont très différentes, suivant les cantons. Contrairement à l'évolution sur le plan fédéral, l'accès par Internet à la jurisprudence cantonale est de manière générale assez difficile. Souvent, seules quelques décisions choisies sont publiées. Quant aux possibilités de recherche, elles sont en général très réduites.

3.5. La doctrine

3.5.1. Notion

On entend par « doctrine » **l'ensemble des écrits et des ouvrages scientifiques** qui traitent d'un sujet de droit. Le terme désigne également l'ensemble des auteurs juridiques. Ces œuvres émanent aussi bien des universitaires (professeurs, assistants, collaborateurs scientifiques, etc.) que des praticiens (p. ex. avocats ou juges).

3.5.2. Le rôle de la doctrine en droit suisse

Le rôle principal de la doctrine est **d'étudier et d'émettre des opinions sur les normes juridiques existantes**, ce qui permet de faire évoluer les différents domaines du droit. Elle peut p. ex. critiquer certaines règles de droit et faire des propositions sur des modifications à apporter. Dans ce contexte, elle peut aider le législateur lorsqu'il doit élaborer de nouveaux projets de loi.

La doctrine apporte également un soutien important à la jurisprudence, en aidant les tribunaux à comprendre et à interpréter la loi. En effet, les tribunaux se tournent très souvent vers la doctrine pour trouver des réponses aux cas auxquels ils sont confrontés.

Enfin, la doctrine joue un rôle très important dans l'enseignement du droit.

4. Les grandes divisions du droit

4.1. Le droit public et le droit privé

4.1.1. En général

Traditionnellement, on distingue deux grands domaines du droit : le droit public et le droit privé. Cette distinction, qui remonte au droit romain, était à l'origine principalement de nature pédagogique, car elle permettait de mieux structurer l'étude du droit.

Le droit public contient les règles qui régissent les rapports entre les particuliers et l'Etat ainsi que celles qui concernent le fonctionnement et les attributions de l'Etat. Son but est de protéger l'intérêt général.

Exemple : le fait de fréquenter une école publique relève du droit public, car les personnes impliquées sont l'Etat d'une part et les particuliers (élèves) d'autre part. De même, un contrôle de police relève du droit public, les personnes impliquées étant une autorité étatique (la police) et un particulier (la personne qui subit le contrôle).

Les rapports qui relèvent du droit public sont **verticaux**. Cela signifie que l'Etat peut imposer sa volonté aux citoyens sans leur consentement (unilatéralement) et que les règles de droit public sont impératives, c'est-à-dire qu'elles doivent toujours être appliquées et ne peuvent pas être modifiées par les particuliers. Autrement dit, l'Etat et les particuliers ne se trouvent pas sur un pied d'égalité.

Le droit privé englobe les règles applicables aux rapports entre les particuliers, c'est-à-dire aux personnes physiques et morales. Par conséquent, son but est de préserver des intérêts individuels.

Exemple : le fait de louer un appartement est une action qui relève du droit privé, car les personnes impliquées, à savoir le locataire et le propriétaire, sont des particuliers. Il en est de même pour l'action d'acheter un vélo : l'acheteur et le vendeur sont tous les deux des particuliers. Les règles de droit qui régissent la location et la vente font partie du droit privé.

Contrairement aux relations entre les particuliers et l'Etat, les rapports de droit privé peuvent être qualifiés **d'horizontaux**, car les personnes impliquées sont sur un pied d'égalité. En d'autres termes, un particulier ne peut pas imposer sa volonté à un autre particulier sans son accord. Dans l'exemple ci-dessus, un propriétaire ne peut pas obliger une personne à louer son appartement, tout comme celui qui cherche un appartement ne peut pas contraindre un propriétaire à le lui louer.

La distinction entre le droit public et le droit privé est importante pour déterminer les **autorités compétentes**, les **règles de procédure** et les **voies de recours**. Par exemple, les affaires de droit privé sont traitées par des tribunaux civils, alors que les affaires relevant du droit public sont en principe tranchées par des tribunaux administratifs. La distinction garde aussi toute son importance dans l'organisation des études de droit.

Pour aller plus loin :

La distinction revêt aussi une certaine importance lorsqu'il s'agit de déterminer qui des cantons ou de la Confédération est compétent pour légiférer dans un certain domaine : généralement, la législation dans le domaine du droit privé relève de la compétence de la Confédération (cf. art. 122 Cst.), tandis que les cantons bénéficient de larges compétences en matière de droit public (cf. p. ex. dans des domaines tels que l'instruction publique, l'aménagement du territoire et la construction, la police ou encore la fiscalité).

4.1.2. Les principales branches du droit public

Comme indiqué précédemment¹⁴, le droit public englobe l'ensemble des règles qui traitent de l'organisation, du fonctionnement et des attributions de l'Etat ainsi que des structures fondamentales des rapports entre l'Etat et les particuliers. Traditionnellement, le droit public au sens étroit se compose de deux branches : le droit constitutionnel et le droit administratif.

¹⁴ Cf. *supra* ch. 4.1.1.

Comme son nom l'indique, **le droit constitutionnel** est un domaine du droit public qui se rapporte à la Constitution. Il contient des règles fondamentales relatives à l'Etat, en particulier à sa structure, à son organisation et à ses tâches. Il fait l'objet d'un chapitre spécial dans de cet ouvrage¹⁵.

Le droit administratif englobe l'ensemble des règles de droit qui régissent l'organisation, l'activité et la procédure des autorités administratives. Il concerne plus particulièrement les rapports directs entre l'administration et les citoyens. Ce domaine du droit est extrêmement vaste et varié. Le travail de l'administration consiste principalement à appliquer les règles de droit abstraites à des cas concrets et ainsi de régler des situations spécifiques.

Exemple : une personne souhaitant bâtir une maison dépose une demande de permis de construire auprès de l'autorité compétente de sa commune. L'autorité doit alors vérifier si cette personne remplit les conditions légales pour obtenir le permis en question. Pour cela, elle doit appliquer des règles de droit abstraites, telles que la Loi cantonale sur les constructions et/ou le Règlement communal sur la police des constructions, au cas concret du requérant.

Le droit administratif comprend une partie générale qui contient des règles communes à tous ses domaines ainsi que des dispositions spécifiques à chacune de ses branches spéciales, parmi lesquelles on peut mentionner l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, le droit des fonctionnaires, les assurances sociales ou les taxes et impôts. Certaines de ces branches se sont établies au fil du temps comme des disciplines juridiques à part entière. Tel est le cas du droit fiscal ou encore du droit des assurances sociales.

Le droit constitutionnel et le droit administratif comportent de nombreux points communs, car ils ont tous les deux pour objet principal les relations entre l'Etat et les individus. La différence essentielle réside dans le fait que le droit constitutionnel comprend principalement des règles de base, plutôt abstraites, sur l'organisation et la structure de l'Etat, alors que le droit administratif concerne surtout l'activité concrète de l'administration et ses relations directes avec les citoyens.

Font également partie du droit public au sens large **les règles de procédure**. Il s'agit de l'ensemble des règles qu'il faut suivre lorsqu'on entre en relation avec l'appareil judiciaire. Ce domaine comprend le droit de procédure et d'organisation judiciaire qui régit la manière de conduire un procès devant les tribunaux ainsi que le droit d'exécution forcée qui détermine les moyens qui

¹⁵ Cf. chapitre II « Droit constitutionnel ».

permettent de contraindre une personne à payer une dette. Ce dernier sera traité séparément dans cet ouvrage¹⁶.

Le droit de procédure et d'organisation judiciaire garantit aux personnes impliquées dans un procès certains droits leur permettant de se défendre, comme p. ex. le droit de pouvoir expliquer son point de vue au juge avant que celui-ci ne prenne sa décision, le droit de présenter des preuves ou encore celui de se faire assister par un avocat. D'autre part, il définit les autorités auxquelles il faut s'adresser et règle le déroulement du procès.

Enfin, **le droit pénal** appartient lui aussi au droit public au sens large. Il énumère les différentes infractions et indique les sanctions encourues. Contrairement au droit administratif, le droit pénal est axé sur la prévention et la répression des crimes. Un chapitre spécifique lui est consacré dans ce livre¹⁷.

4.1.3. Les principales branches du droit privé

Le droit privé se divise en deux domaines principaux : le droit civil et le droit des obligations. Ces deux domaines comportent eux-mêmes plusieurs subdivisions. Les branches les plus importantes du droit privé font l'objet de chapitres spécifiques dans le cadre de cet ouvrage.

La plupart des règles de **droit civil** sont regroupées dans le Code civil (CC). Les domaines les plus importants du droit civil sont :

- **le droit des personnes** qui est la partie du droit civil qui étudie les personnes en tant que sujets de droit, c'est-à-dire la reconnaissance de la personnalité juridique et la capacité juridique ou le fait de pouvoir exercer ses droits civils. Cette branche du droit se base sur le fait que les personnes jouissent de droits particuliers, qui sont attachés à leur personne, tels que le droit au nom, au domicile, à l'image ou encore à la protection de la vie privée¹⁸ ;
- **le droit de la famille** qui règle les relations qu'un individu entretient avec des personnes auxquelles il est attaché par un lien de parenté ou d'alliance. On pensera en particulier aux fiançailles, au mariage, à la filiation ou encore au divorce¹⁹ ;

¹⁶ Cf. chapitre IX « Poursuite pour dettes et faillites ».

¹⁷ Cf. chapitre X « Droit pénal ».

¹⁸ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques ».

¹⁹ Cf. chapitre IV « Droit de la famille ».

- **le droit des successions** qui a pour objet la répartition des biens d'une personne après son décès. Il traite de la manière dont le patrimoine d'une personne peut ou doit être partagé entre ses héritiers²⁰ ;
- **les droits réels** qui régissent la propriété et ses limites. Ils traitent de la manière dont une personne peut acquérir la propriété, des différentes formes de propriété et des limitations de la propriété²¹.

De nombreuses règles du **droit des obligations** se trouvent dans le Code des obligations (CO). Ce grand domaine du droit civil règle principalement les conditions de conclusion et d'exécution ainsi que les modalités pour mettre fin à des contrats. Il règle également la réparation d'un préjudice causé à autrui en l'absence d'un rapport contractuel (responsabilité civile ou délictuelle²²).

Fait également partie du droit privé le **droit commercial** qui contient des règles sur les diverses formes de société, le registre du commerce, la comptabilité commerciale et les papiers valeurs. Bien que la plupart des dispositions y relatives figurent également dans le Code des obligations, il ne fait pas partie du droit des obligations en tant que tel²³.

Enfin, le **droit de la propriété intellectuelle** contient des règles visant à protéger la création, les idées dans un domaine de l'industrie ou l'expression artistique. En font partie les droits d'auteur, le droit des brevets ou encore le droit des marques et designs.

4.2. Le droit national et le droit international

Le droit national émane des autorités d'un Etat et s'applique à toutes les personnes qui se trouvent sur son territoire à un moment donné. Par exemple, la Loi sur la circulation routière, adoptée par l'Assemblée fédérale, s'applique à toutes les personnes circulant avec un véhicule sur le territoire suisse. La grande majorité des actes législatifs auxquels nous sommes soumis relèvent du droit interne.

Pour ce qui est du **droit international**, on distingue deux catégories de règles : le droit international public et le droit international privé.

²⁰ Cf. chapitre V « Droit des successions ».

²¹ Cf. chapitre VI « Droits réels ».

²² Cf. chapitre VII, « Droit des obligations – Partie générale ».

²³ Cf. chapitre VIII, « Droit des obligations – Partie spéciale ».

Contrairement au droit national, le **droit international public** contient des règles qui ont été adoptées par plusieurs Etats. Il a pour objet principal la réglementation des relations entre les Etats et/ou autres sujets de droit international public, tels que les organisations internationales, comme p. ex. l'Organisation des Nations Unies (ONU).

Pour aller plus loin :

Dans certains cas, le droit international public peut aussi conférer des droits aux particuliers. Tel est p. ex. le cas de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui contient des garanties fondamentales (droit à la vie, protection de la sphère privée, liberté d'expression et de religion, droit à un procès équitable, etc.) que les particuliers peuvent invoquer directement en justice, tout d'abord devant les tribunaux suisses et en dernier lieu devant la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg.

Le droit international public revêt généralement la forme de traités internationaux. Pour qu'une règle de droit international s'applique sur le territoire d'un Etat, il faut que celui-ci soit partie au traité international en question.

Contrairement au droit national que chaque Etat peut faire appliquer au besoin par la force, il n'y a pas de véritable pouvoir supranational qui peut obliger les Etats à respecter leurs obligations internationales. Seules des sanctions diplomatiques et/ou des moyens de contrainte tels que le boycott ou l'embargo peuvent entrer en ligne de compte.

Le droit international privé est une branche du droit privé qui régit les rapports des particuliers entre eux lorsqu'il existe un lien avec l'étranger. Il règle le droit national applicable ainsi que les autorités compétentes et s'occupe de la problématique de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. Le droit international privé peut émaner des autorités nationales et donc faire partie du droit interne ou être contenu dans des traités internationaux.

Exemple : *un homme de nationalité suisse, domicilié en Suisse, souhaite épouser une femme de nationalité italienne, domiciliée en Italie. Le droit international privé détermine p. ex. qui des autorités suisses ou italiennes doivent/peuvent célébrer le mariage.*

Si p. ex. le mariage a déjà eu lieu en Italie, le droit international privé fixe les conditions auxquelles les autorités suisses doivent reconnaître cette union, afin que les deux personnes soient également officiellement mariées en Suisse.

Bibliographie

- LE ROY YVES, SCHOENENBERGER MARIE-BERNADETTE, Introduction générale au droit suisse, 3^e éd., Genève/Zurich/ Bâle 2011
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Volume I: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3^e éd., Bâle 2015
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Volume II: Droits fondamentaux, 3^e éd., Bâle 2015

Chapitre II

Droit constitutionnel

1. Introduction

Le droit constitutionnel est le domaine du droit, plus précisément du droit public, qui se rapporte à la Constitution. On entend par Constitution un texte de loi qui contient des règles fondamentales relatives à l'Etat, en particulier à sa structure, à son organisation et à ses tâches et qui traite également des droits fondamentaux et des libertés individuelles. Dès lors, **le droit constitutionnel rassemble les règles juridiques fondamentales qui traitent de l'Etat**. Ces règles se trouvent principalement dans la Constitution.

Le droit constitutionnel a un statut particulier puisqu'il est le **fondement de l'ordre juridique** de l'Etat : toutes les règles de droit édictées par les autorités étatiques doivent en principe avoir été adoptées selon les dispositions prévues par le droit constitutionnel et être conformes à la Constitution. Ainsi, le droit constitutionnel ne concerne pas qu'un domaine particulier de la vie sociale, mais il touche tous les aspects de celle-ci, sans toutefois les régler de manière détaillée.

Dans ce chapitre, nous traiterons tout d'abord de la **notion d'Etat**, auquel le droit constitutionnel est indissociablement lié²⁴. Nous évoquerons ensuite **la Constitution** et son rôle dans l'Etat²⁵, avant de nous consacrer **aux autorités fédérales** et à leurs compétences²⁶. Les deux dernières parties seront consacrées respectivement à la **démocratie**, en particulier aux droits politiques²⁷, et aux droits fondamentaux²⁸.

2. La notion d'Etat

Comme nous venons de l'évoquer, la Constitution est étroitement liée à l'Etat, dont elle est l'un des principaux attributs.

L'Etat est considéré comme la forme d'organisation politique la plus aboutie. La conception moderne de l'Etat remonte au XVIII^e siècle, coïncidant ainsi avec les révolutions française (1789) et américaine (1776-1787), porteuses d'idées de liberté et d'égalité. C'est à cette époque que les Etats ont commencé à affirmer leur pouvoir en se donnant des Constitutions. Contrairement à l'Ancien Régime, où le pouvoir était le plus souvent

²⁴ Cf. *infra* ch. 2.

²⁵ Cf. *infra* ch. 3.

²⁶ Cf. *infra* ch. 4.

²⁷ Cf. *infra* ch. 5.

²⁸ Cf. *infra* ch. 6.

« personnifié » par un prince ou un roi, dans l'Etat moderne le pouvoir est institutionnalisé.

On compte aujourd'hui environ 200 Etats reconnus par l'Organisation des Nations Unies (ONU).

2.1. La définition classique

La conception classique de l'Etat moderne repose sur la réunion de trois critères : un territoire, une population et une souveraineté. Dès lors, on peut définir l'Etat comme un ensemble d'individus réunis sur un territoire et qui n'est soumis à aucune autorité supérieure.

La **population** d'un Etat est constituée de toutes les personnes vivant sur son territoire, indépendamment de leur âge ou de leur nationalité. Les personnes de nationalité étrangère qui vivent en Suisse font donc également partie de la population de l'Etat suisse.

Le **territoire** de l'Etat est délimité par des frontières, reconnues par les autres Etats. Il marque en principe les limites géographiques à l'intérieur desquelles l'Etat peut exercer ses compétences et ses pouvoirs. Les lois de l'Etat s'appliquent en général uniquement aux personnes et aux biens qui se trouvent sur son territoire. Le territoire inclut le sous-sol, les cours d'eau et l'espace aérien. Le territoire suisse se compose de l'addition du territoire des 26 cantons.

Enfin, on entend par **souveraineté** le fait que l'Etat est le seul à pouvoir édicter des règles de droit et à les faire appliquer par la contrainte. Cela signifie que seul l'Etat a le droit de faire respecter, au besoin par la force (c'est à dire en ayant recours à l'armée ou à la police), les normes juridiques qu'il adopte. L'Etat souverain n'est soumis à aucune autorité supérieure. La souveraineté peut toutefois être limitée par des accords internationaux auxquels l'Etat a librement adhéré.

Du point de vue du **droit international**, un Etat est une entité dotée de la personnalité juridique. Il s'agit d'une personne morale qui existe indépendamment de ses dirigeants et qui a l'aptitude d'exercer des droits et de se voir attribuer des obligations.

2.2. L'opposition entre l'Etat unitaire et l'Etat fédéral

Il y a différentes manières de répartir le pouvoir de contrainte évoqué ci-dessus sur le territoire d'un Etat. Aujourd'hui, on distingue principalement les Etats unitaires et les Etats fédéraux.

L'**Etat unitaire** repose sur l'idée qu'il existe, à l'intérieur des frontières étatiques, une puissance publique unique sur un territoire indivisible. La majorité des Etats sont des Etats unitaires, comme p. ex. la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la plupart des pays scandinaves et de l'Europe de l'Est, ou encore la Chine et le Japon. La structure unitaire n'empêche pas l'attribution de différentes tâches à des entités administratives régionales ou locales disposant d'une certaine autonomie. On parle alors d'**Etats unitaires décentralisés**. C'est p. ex. le cas de l'Espagne ou de l'Italie. En revanche, dans les **Etats unitaires centralisés**, toutes les décisions sont prises par un seul et même pouvoir. Toutefois, la plupart des Etats unitaires comportent des éléments plus ou moins forts de décentralisation.

L'**Etat fédéral** se caractérise par une répartition verticale du pouvoir entre plusieurs échelons territoriaux. Il se compose généralement d'un **Etat central (Etat fédéral)** et de deux ou plusieurs **Etats membres (Etats fédérés)**. Hormis la Suisse, de nombreux Etats dans le monde présentent cette structure, comme p. ex. l'Allemagne, l'Autriche, les Etats-Unis d'Amérique, le Canada, mais aussi le Brésil, le Mexique ou l'Inde.

Les Etats membres d'un Etat fédéral bénéficient d'une **autonomie** plus ou moins grande, sans être complètement indépendants. Cela signifie qu'ils disposent de certains pouvoirs leur permettant de gérer leurs affaires eux-mêmes. Le degré d'autonomie des Etats membres est fixé par la Constitution qui définit les compétences de l'Etat fédéral d'une part et celles des Etats fédérés d'autre part. Les Etats membres sont en général libres de décider de leur organisation et disposent de moyens financiers propres. Ils peuvent également adopter leurs propres lois dans leurs domaines de compétences. Toutefois, leurs pouvoirs sont limités par l'ordre juridique de l'Etat central.

L'Etat fédéral doit être distingué de la **Confédération d'Etats** qui est un groupement d'Etats fondé sur un ou plusieurs traités, dont le but est de mettre en commun certaines compétences, tout en conservant leur indépendance. De 1815 à 1848, la Suisse était une Confédération d'Etats. Aujourd'hui, même si sa dénomination officielle prête à confusion, la « Confédération » suisse n'est plus une confédération, mais bien un Etat fédéral.

Enfin, il existe actuellement des regroupements de plusieurs Etats qui n'appartiennent à aucune des catégories susmentionnées. C'est notamment le cas de l'Union européenne qui combine des éléments d'une confédération d'Etats et d'un état fédéral. On parle souvent dans ce contexte d'**organisme supranational**.

2.3. La structure de l'Etat suisse

2.3.1. Les trois échelons

Depuis 1848, la Suisse a une structure fédérale. Elle se compose d'**un Etat fédéral** ainsi que de **vingt-six Etats membres**, appelés cantons. Historiquement, les cantons ont existé bien avant la naissance de la Confédération suisse dans sa forme moderne et ont acquis un statut « étatique » entre le Moyen-Age et le XIX^e siècle. L'Etat fédéral est donc né de l'association de ces cantons, ce qui explique entre autres le fait que ces derniers bénéficient de compétences plutôt étendues²⁹.

Chaque canton compte un nombre plus ou moins grand de **communes**, également dotées de certaines compétences. Actuellement, le nombre de communes suisses est de 2'400 environ. Les fusions entre les communes étant très fréquentes, ce nombre est en constante évolution. Bien qu'elles ne puissent pas être considérées comme des « Etats », les communes disposent toutefois d'une certaine autonomie, dont le degré est défini par chaque canton. Parmi les domaines de compétences classiques des communes, on peut mentionner le droit de la construction, la police, les écoles ou la protection contre le feu. Les communes sont également autorisées à prélever des impôts communaux. Lorsqu'une commune bénéficie d'autonomie, elle a le droit d'édicter des règles juridiques dans le domaine concerné. Les règles juridiques adoptées par les communes sont le plus souvent appelées « règlements » et doivent être conformes au droit cantonal et fédéral.

2.3.2. Les cantons suisses

Les cantons sont énumérés à l'art. 1 de la Constitution fédérale, dans l'ordre chronologique de leur entrée dans la Confédération, à l'exception des trois premiers (Zurich, Berne, Lucerne) qui figurent en tête de liste pour avoir représenté les cantons directeurs sous le régime du Pacte fédéral de 1815³⁰.

Tous **les cantons sont (juridiquement) égaux entre eux**, c'est-à-dire qu'ils bénéficient des mêmes droits et ont les mêmes obligations. Sous l'ancienne Constitution, on utilisait encore le terme de « **demi-canton** » pour désigner certains cantons nés de scissions, à savoir Nidwald et Obwald, Appenzell Rhodes-Extérieures et Appenzell Rhodes-Intérieures ainsi que Bâle-Campagne et Bâle-Ville. La Constitution actuelle a abandonné cette

²⁹ Cf. *infra* ch. 2.3.2 et 2.3.3.

³⁰ Cf. *infra* ch. 3.1.

terminologie, de sorte qu'on ne parle plus que de « cantons ». Toutefois, ces six cantons présentent deux particularités par rapport aux autres : ils n'ont qu'une **demi-voix dans les référendums à double majorité**³¹ et n'ont droit qu'à **un seul député au Conseil des Etats**³².

Chaque canton suisse a **un territoire et une population**. Il réunit donc deux des trois critères qu'un Etat doit remplir pour être reconnu en tant que tel. En revanche, **les cantons ne sont pas pleinement souverains**, car leurs compétences sont limitées par le droit fédéral. Il ne s'agit donc pas d'Etats au sens de la définition susmentionnée³³.

Pour aller plus loin :

La superficie ainsi que le nombre d'habitants varient beaucoup d'un canton à l'autre. Ainsi, le canton le plus grand est le canton de Berne qui s'étend sur environ 5'960 km², et le plus petit Bâle-Ville qui fait environ 37 km². En termes d'habitants, c'est le canton de Zurich qu'on retrouve en tête de liste avec une population de près de 1,4 million d'habitants, soit presque un sixième de l'ensemble de la population totale du pays, alors que le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures ne compte qu'environ 16'000 habitants.

Les cantons sont libres de déterminer leur structure, leur organisation et leur législation. Ils sont toutefois tenus de respecter l'ensemble du droit fédéral. Autrement dit, ils n'ont pas le droit d'adopter des règles juridiques contraires à la législation fédérale. La Constitution fédérale oblige chaque canton à se donner une constitution qui doit, elle aussi, être conforme au droit fédéral. L'Assemblée fédérale contrôle la conformité des Constitutions cantonales au droit fédéral.

2.3.3. Le partage des compétences entre la Confédération et les cantons

Dans un Etat fédéral, la question essentielle est celle du partage des compétences entre l'Etat central et les Etats fédérés. En d'autres termes, il s'agit de savoir qui de l'Etat fédéral ou des Etats membres peut édicter des règles de droit dans un certain domaine. Par exemple, si on veut savoir si la Confédération a le droit d'adopter une loi qui interdit les chiens dangereux, il faut d'abord savoir si c'est la Confédération ou si ce sont les cantons qui sont compétents pour légiférer dans ce domaine.

³¹ Cf. *infra* ch. 5.3.6.

³² Cf. *infra* ch. 4.2.1 et 4.2.2.

³³ Cf. *supra* ch. 2.1.

En Suisse, les règles sur le partage des compétences entre la Confédération et les cantons se trouvent dans la Constitution fédérale. Selon les articles 3 et 42 al. 1 Cst., **la Confédération n'a que les compétences que la Constitution lui attribue**, alors que les cantons gardent toutes les autres. Autrement dit, pour que la Confédération puisse légiférer dans un domaine, il faut que la Constitution l'y autorise, sinon c'est aux cantons d'édicter des règles de droit dans le domaine concerné. Ainsi, pour revenir à l'exemple évoqué précédemment, on peut constater en consultant la Constitution qu'aucune disposition n'autorise la Confédération à légiférer dans le domaine des chiens ou plus largement des animaux dangereux. Actuellement, elle ne peut donc pas adopter une loi interdisant certaines races de chiens. En revanche, les cantons ont le droit de le faire s'ils le souhaitent.

Les domaines de compétences des cantons sont très variés. Parmi les plus importants, on peut mentionner l'instruction publique, la culture, l'aménagement du territoire ou encore la police. En revanche, certains domaines relèvent uniquement de la compétence de la Confédération. C'est p. ex. le cas de l'armée, de la protection civile, de la circulation routière ou encore de la radio et télévision. Enfin, certaines matières relèvent aussi bien de la compétence de la Confédération que de celle des cantons. C'est p. ex. le cas de la fiscalité. Ainsi, les personnes qui habitent en Suisse payent des impôts fédéraux, cantonaux et même communaux.

3. La Constitution

3.1. Définition et principales caractéristiques

La Constitution est la « **loi fondamentale** » d'un Etat. Elle contient l'ensemble des règles essentielles relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'Etat et à ses pouvoirs vis-à-vis des citoyens. En Suisse, nous avons une Constitution fédérale ainsi que 26 Constitutions cantonales.

La Constitution est une **loi supérieure à toutes les autres normes juridiques internes**. Cette supériorité se manifeste principalement de deux façons : premièrement, les règles de droit inférieures (lois, ordonnances, etc.) ne doivent pas être contraires à la Constitution³⁴.

Pour aller plus loin :

En Suisse, le principe de la primauté de la Constitution souffre toutefois une exception très importante : contrairement à ce qui se passe ailleurs, dans notre

³⁴ Cf. ég. chapitre I « Introduction au droit », ch. 3.2.2 et 3.2.3.

pays, il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales. Cela signifie qu'il n'est pas possible de faire annuler une loi fédérale par une instance de contrôle telle qu'un tribunal. Les lois fédérales contraires à la Constitution restent en vigueur et doivent être appliquées (art. 190 Cst.). Dans d'autres pays, comme la France ou l'Allemagne, le contrôle de la constitutionnalité des lois est confié à des autorités spéciales qui peuvent les annuler en cas de violation de la Constitution. Cette exception ne s'applique pas aux lois cantonales, dont la conformité au droit fédéral peut être contrôlée par tous les tribunaux. A noter toutefois que le Tribunal fédéral contrôle la compatibilité des lois fédérales avec les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et refuse de les appliquer en cas de contradiction avérée (cf. p. ex. ATF 128 III 113 ; 118 Ib 277).

Deuxièmement, **la procédure de révision de la Constitution** est différente et plus compliquée que celle des lois. Ainsi, pour modifier la Constitution fédérale, il faut que la majorité de la population ainsi que la majorité des cantons approuvent le changement en question dans le cadre d'une votation populaire (référendum obligatoire). En revanche, lorsqu'une loi fédérale est soumise au vote du peuple, il suffit que la majorité des votants l'approuve (référendum facultatif), la majorité des cantons n'étant pas nécessaire.

3.2. Bref historique de la Constitution fédérale

La Constitution actuelle a été adoptée le 18 avril 1999. Il s'agit de la 3^e Constitution suisse depuis la création de la Confédération, en 1848.

Pour aller plus loin :

Avant 1848, la Suisse était une Confédération de plusieurs cantons souverains, liés entre eux par des alliances ou des pactes. Le premier pacte de défense mutuelle a été signé par les cantons d'Uri, Schwyz et Nidwald en 1291. Par la suite, d'autres cantons sont venus s'ajouter à la Confédération. En 1815, après la chute de Napoléon, un autre pacte, appelé « Pacte fédéral », a été signé par 22 cantons.

La première Constitution a été adoptée le **12 septembre 1848**, date qui correspond à la création de l'Etat suisse moderne. A l'époque, l'Etat central n'avait que très peu de compétences, telles que la défense, la monnaie ou les douanes. Il s'agit d'attributions indispensables à la cohésion nationale et à la défense du pays contre d'éventuels ennemis.

Après plusieurs tentatives de révision qui n'ont pas abouti, une révision totale de la Constitution a été finalement adoptée le **29 mai 1874**. Elle a eu pour effets le renforcement des compétences de l'Etat fédéral, mais également l'introduction du référendum facultatif comme nouveau droit populaire ainsi que la création d'un véritable Tribunal fédéral indépendant.

Entre 1874 et 1999, la Constitution a subi environ 140 modifications. Parmi les plus importantes, on peut mentionner l'introduction du suffrage féminin sur le plan fédéral (1971) ainsi que la création du canton du Jura (1978-1979).

Suite à ces nombreuses modifications, l'ancienne Constitution était devenue difficilement lisible, raison pour laquelle un **nouveau projet de révision totale** a été lancé. Cette révision a abouti à la Constitution actuelle.

Pour aller plus loin :

Comme évoqué plus haut, chaque canton choisit son organisation et ses institutions. Les systèmes sont assez similaires à celui de la Confédération, avec toutefois quelques particularités. Malgré l'intérêt qu'elle présente pour la compréhension du système politique suisse, nous ne traiterons de l'organisation cantonale que de manière très marginale.

3.3. Le rôle de la Constitution dans l'Etat

La fonction essentielle de la Constitution consiste à **limiter le pouvoir de l'Etat**. De nombreuses dispositions constitutionnelles servent ce but, en particulier les règles sur la séparation des pouvoirs, que ce soit entre plusieurs collectivités ou au sein de la même collectivité, ou les droits fondamentaux, censés protéger les individus contre l'ingérence de l'Etat dans leur sphère de liberté.

D'autre part, la Constitution remplit aussi une fonction dite « **programmatique** », en fixant les buts et les tâches de l'Etat.

Enfin, la Constitution peut aussi servir à **renforcer la cohésion nationale**, en rappelant certaines valeurs communes à l'ensemble de la population. Cette fonction reste toutefois relative, si l'on considère que dans la plupart des Etats, la Constitution est méconnue du peuple. Elle peut toutefois se révéler importante lorsqu'une nouvelle Constitution marque le début d'une nouvelle ère, comme ce fut p. ex. le cas en Allemagne, après la Seconde Guerre mondiale.

4. Les autorités et leurs compétences

Dans cette partie, nous traiterons principalement des institutions de la Confédération. Après avoir évoqué de manière générale le principe de la **séparation des pouvoirs**³⁵, nous aborderons les **institutions fédérales** à travers trois parties, chacune consacrée à l'un des organes de la

³⁵ Cf. *infra* ch. 4.1.

Confédération, à savoir l'Assemblée fédérale³⁶, le Conseil fédéral³⁷ et le Tribunal fédéral³⁸. Nous évoquerons le **corps électoral**, qui constitue un quatrième organe de l'Etat, dans le chapitre consacré à la démocratie et aux droits politiques³⁹.

4.1. Le principe de la séparation des pouvoirs

4.1.1. Notion

La séparation des pouvoirs est un concept qui repose sur l'idée que tous les pouvoirs étatiques ne peuvent (et ne doivent) pas être exercés par un seul organe. En d'autres termes, **aucun organe étatique ne doit avoir un pouvoir absolu**, mais plusieurs organes doivent se répartir les différentes tâches. Ce principe est à la base de tout Etat démocratique. Avant l'avènement de la démocratie, les Etats européens, comme p. ex. la France, étaient des monarchies où tous les pouvoirs étaient concentrés entre les mains du monarque qui avait toujours le dernier mot.

Pour aller plus loin :

L'idée de la nécessité de séparer les différents pouvoirs étatiques est apparue principalement au XVIII^e siècle, également appelé « siècle des Lumières ». C'est au philosophe français Montesquieu (1689-1755) que nous devons la théorie de la séparation des pouvoirs, dont le but a toujours été celui d'éviter les abus liés à la concentration du pouvoir étatique entre les mains d'une seule personne ou d'un groupe de personnes. C'est ensuite au cours du XIX^e et XX^e siècle que les juristes ont développé cette idée et l'ont élevée au rang de principe juridique indispensable dans toute démocratie.

Concrètement, la mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs consiste en **trois étapes** :

Premièrement, les activités de l'Etat sont divisées en **trois fonctions**. Traditionnellement, on distingue la **fonction législative**, qui consiste à créer des lois, la **fonction exécutive**, qui consiste à appliquer les règles de droit à des cas concrets et la **fonction judiciaire**, qui consiste à trancher des litiges et donc à rendre des jugements.

³⁶ Cf. *infra* ch. 4.2.

³⁷ Cf. *infra* ch. 4.3.

³⁸ Cf. *infra* ch. 4.4.

³⁹ Cf. *infra* ch. 5.

Deuxièmement, les trois **fonctions sont attribuées à des organes ou des autorités différentes**. Ainsi, le pouvoir législatif est attribué au Parlement, le pouvoir exécutif au gouvernement et le pouvoir judiciaire aux tribunaux.

Enfin, selon le concept moderne de la séparation des pouvoirs, **les différents organes** ne font pas que coexister l'un à côté de l'autre, mais **doivent aussi se contrôler mutuellement**, afin d'éviter qu'un des pouvoirs prenne le dessus sur les autres. L'idée est donc celle d'un certain équilibre entre les différents pouvoirs. On notera toutefois qu'en pratique, cet équilibre n'est jamais parfait. Ainsi, lors de la création de la Suisse moderne, en 1848, et pendant de nombreuses années, l'Assemblée fédérale réunissait bien plus de pouvoirs que les autres organes de la Confédération. Aujourd'hui, la tendance est plutôt à l'affaiblissement de l'Assemblée fédérale, surtout par rapport au Conseil fédéral.

Pour aller plus loin :

Le principe de la séparation des pouvoirs implique également que les différentes fonctions ne soient pas exercées par les mêmes personnes. Ainsi, il n'est p. ex. pas possible que des membres du Parlement fassent en même temps partie du Gouvernement. C'est pour cela que la législation fixe des règles sur les incompatibilités entre différentes fonctions.

4.1.2. Les trois pouvoirs en Suisse

En Suisse, le **pouvoir législatif** est exercé sur le plan fédéral par l'**Assemblée fédérale**⁴⁰. C'est elle qui adopte les lois fédérales. Au niveau cantonal, le Parlement est généralement appelé Grand Conseil. Seul dans le canton du Jura l'organe législatif s'appelle effectivement « Parlement ». Les Parlements cantonaux adoptent les lois cantonales.

Le **pouvoir exécutif** est attribué sur le plan fédéral au **Conseil fédéral**⁴¹. C'est lui qui gouverne et applique les lois. Dans les cantons, le Gouvernement est généralement appelé Conseil d'Etat, sauf dans les cantons de Berne (Conseil exécutif) et du Jura (Gouvernement).

Tant sur le plan fédéral que sur le plan cantonal, le **pouvoir judiciaire** est exercé par des **tribunaux**. Il est divisé en trois grands domaines, selon la nature du litige : ainsi, les litiges de nature civile, c'est-à-dire ceux qui opposent des particuliers ou des sociétés entre eux, sont tranchés par la justice civile. Les crimes, délits et autres infractions sanctionnées par le droit pénal

⁴⁰ Cf. *infra* ch. 4.2.

⁴¹ Cf. *infra* ch. 4.3.

sont du ressort de la justice pénale. Enfin, les conflits opposant l'Etat et les administrés ou les différents services de l'Etat entre eux sont réglés par la justice administrative.

Généralement, les litiges sont tout d'abord tranchés par un tribunal de première instance (p. ex. tribunal de district ou tribunaux spéciaux comme les prud'hommes pour les litiges en matière de droit du travail). Lorsque la personne concernée n'est pas d'accord avec la décision de première instance, elle peut faire recours devant un tribunal de deuxième instance, en général le tribunal cantonal. Les décisions des tribunaux cantonaux de dernière instance peuvent faire l'objet d'un recours au **Tribunal fédéral**⁴².

4.2. L'Assemblée fédérale

4.2.1. Le bicamérisme

L'Assemblée fédérale se compose de deux chambres, le **Conseil national** et le **Conseil des Etats** (art. 148 ss. Cst.). Ce système, appelé « bicamérisme », est inspiré du modèle des Etats-Unis d'Amérique, où le Parlement se compose également de deux chambres : la Chambre des représentants, qui représente le peuple, et le Sénat, qui représente les Etats fédérés.

Dans le système suisse, le **Conseil national** réunit les représentants du peuple, alors que les membres du **Conseil des Etats** représentent les cantons. Les deux chambres ont exactement les mêmes compétences et pouvoirs. Elles ont donc le même poids et aucune des deux ne peut imposer sa volonté à l'autre.

Le bicamérisme est un système qui convient bien aux Etats fédéraux. En mettant les deux chambres sur un pied d'égalité absolue, le modèle suisse accorde un poids particulièrement important aux cantons, qui participent à la prise de décision au même titre que le peuple.

Les deux chambres siègent toujours séparément, sauf lors d'occasions spéciales telles que les élections du Conseil fédéral ou des juges fédéraux (art. 156 Cst.). Elles traitent les différentes affaires successivement. Les débats de l'Assemblée fédérale sont publics (art. 158 Cst.). Cela signifie que tout le monde peut assister aux séances (dans la mesure des places disponibles), que la presse est également présente et que les procès-verbaux des séances sont publiés, aussi bien sur papier que sur Internet.

⁴² Cf. *infra* ch. 4.4.

Le Parlement fédéral ainsi que les Parlements cantonaux présentent la particularité d'être des « **parlements de milice** ». Cela signifie que leurs membres peuvent continuer à exercer leur métier, tout en siégeant au Parlement.

4.2.2. Composition et mode d'élection

Le **Conseil national** se compose de **200 députés** (conseillers nationaux) représentant le peuple. Les sièges sont répartis entre les cantons proportionnellement à leur population, chaque canton ayant droit à un siège au moins (art. 149 Cst.). Il n'est donc pas possible qu'un canton ne soit pas du tout représenté au Conseil national. La répartition des sièges s'opère sur la base du relevé des registres effectué l'année suivant les dernières élections fédérales.

Pour aller plus loin :

Actuellement, le Canton de Zurich, en tant que canton le plus peuplé, a 35 conseillers nationaux. Arrivent ensuite les cantons de Berne et de Vaud, avec respectivement 25 et 18 conseillers nationaux. Six cantons (UR, OW, NW, GL, AR, AI) n'ont droit qu'à un seul siège, alors que le canton de Neuchâtel en a 4 et le canton du Jura 2.

Les **membres du Conseil national sont élus par le peuple** tous les quatre ans. Le système électoral est celui de la **représentation proportionnelle** : les électeurs votent pour des listes de partis ; les sièges sont ensuite répartis proportionnellement aux résultats des listes en concurrence. L'élection se déroule en un seul tour. A l'issue du scrutin, chaque parti se voit attribuer un nombre de sièges proportionnel au pourcentage de voix qu'il a récoltées. Souvent, un « quorum » est fixé ; cela signifie qu'une liste doit atteindre un pourcentage minimal (p. ex. 5%) pour obtenir des sièges.

Ce mode de scrutin a l'avantage de mieux tenir compte de la diversité des partis politiques, en permettant aux petits partis d'être représentés au Parlement.

Exemple :

Supposons que 20 sièges doivent être répartis entre quatre listes, avec un quorum fixé à 5%. La liste n° 1 obtient 50% des suffrages, la liste n° 2 30%, la liste n° 3 15% et la liste n° 4 seulement 5%.

La liste n° 4 aura donc droit à un seul siège, la liste n° 3 à 15 sièges, la liste n° 2 à 6 sièges et enfin, la liste n° 1 se verra attribuer 10 sièges.

Pour pouvoir être élu au Conseil national, il faut avoir la nationalité suisse, être âgé de dix-huit ans et ne pas être interdit pour cause de maladie mentale

ou de faiblesse d'esprit (art. 136 Cst.). Les personnes de nationalité étrangère domiciliées en Suisse ne sont donc pas éligibles au Conseil national.

Le **Conseil des Etats** se compose de **46 membres**, représentant les 26 cantons (art. 150 Cst.). Chaque canton a droit à deux représentants, sauf les anciens « demi-cantons » (AR, AI, OW, NW, BS, BL) qui ne peuvent envoyer qu'un seul représentant au Conseil des Etats.

L'élection des membres du Conseil des Etats se déroule selon le droit cantonal. Cela signifie que **chaque canton fixe le mode d'élection** applicable à ses Conseillers aux Etats ainsi que les conditions qu'il faut remplir pour pouvoir se porter candidat. En général, les membres du Conseil des Etats sont également élus pour une durée de quatre ans. Sauf dans les cantons de Neuchâtel et du Jura, qui élisent leurs Conseillers aux Etats selon le système proportionnel, tous les autres cantons ont opté pour le scrutin majoritaire à deux tours.

Pour aller plus loin :

Dans un système majoritaire, les électeurs votent pour des personnes. Les sièges sont ensuite attribués aux candidats ayant obtenu le plus de voix. Si un candidat atteint la majorité absolue, à savoir 50% des voix plus une, il est élu dès le premier tour. Autrement, un deuxième tour est organisé. Dans ce cas, la majorité relative suffit, ce qui signifie que le candidat qui a obtenu le plus de voix est élu, même s'il n'a pas atteint la majorité absolue. La loi peut prévoir que seuls les premiers 2 ou 3 candidats peuvent se représenter au 2^e tour.

4.2.3. Les principales compétences

On entend par « **compétences** » les tâches ou les pouvoirs qui sont attribués à une autorité. La Constitution attribue à l'Assemblée fédérale différentes tâches (art. 163 ss Cst.).

L'Assemblée fédérale exerce tout d'abord le **pouvoir législatif**. Cela signifie qu'elle adopte de nouvelles lois, des modifications des lois existantes ou des révisions de la Constitution, sous réserve des droits populaires⁴³.

Hormis ces tâches législatives, l'Assemblée fédérale a bien d'autres attributions, comme celle de voter le budget et les comptes de la Confédération, approuver les traités internationaux importants ou élire les membres du Conseil fédéral et les juges au Tribunal fédéral. Elle exerce également la surveillance sur le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral, en s'assurant que ceux-ci s'acquittent correctement de leurs tâches. De plus,

⁴³ Cf. chapitre I « Introduction au droit », ch. 3.2.4.

l'Assemblée fédérale a certaines compétences par rapport aux cantons, comme p. ex. celle de contrôler la conformité des Constitutions cantonales au droit fédéral.

4.3. Le Conseil fédéral

4.3.1. Le modèle suisse

Sur le plan fédéral, le pouvoir exécutif est exercé par le Conseil fédéral. Le système suisse est plutôt original par rapport à celui d'autres pays, notamment parce que notre gouvernement est composé de personnes égales entre elles et n'ayant pas de chef (art. 174 ss Cst.). Il n'y a donc pas de « Premier ministre » comme en France ou de « Chancelier », comme en Allemagne.

Pour aller plus loin :

La fonction de Chancelier de la Confédération existe aussi en Suisse, mais cette personne n'a ni le même rang, ni les mêmes attributions que le Chancelier allemand. Le Chancelier ou la Chancelière de la Confédération est élu(e) en même temps que les membres du Conseil fédéral. Il ou elle est à la tête de la Chancellerie fédérale, une sorte d'état-major du Conseil fédéral. La tâche principale de la Chancellerie est la gestion des publications officielles de la Confédération (recueils législatifs, Feuille fédérale). Par ailleurs, elle coordonne la communication du Conseil fédéral et exerce certaines compétences dans le domaine des droits politiques.

Le Conseil fédéral est donc un **collège d'égaux** qui trouve son origine dans le Directoire de la République française de 1795. La collégialité s'exprime notamment par le fait que toutes les décisions du Conseil fédéral doivent être portées par tous ces membres, même par ceux qui sont en désaccord (art. 177 Cst.).

Le système suisse ne prévoit **aucune sanction** pour les membres du Conseil fédéral. Ceux-ci ne peuvent notamment pas être démis de leurs fonctions et le collège ne peut pas être dissout par le Parlement. Afin de faire passer ses décisions, le Conseil fédéral doit toutefois chercher à convaincre le Parlement, car il ne peut pas toujours compter sur une majorité stable.

Contrairement à l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral **siège à huis clos**, ce qui signifie que ses séances sont interdites au public. Personne n'est autorisé à y assister. Le public est informé des décisions du Conseil fédéral principalement par des communiqués de presse.

4.3.2. Composition et mode d'élection

Le Conseil fédéral se compose de **sept membres élus par l'Assemblée fédérale** pour une durée de quatre ans (art. 168, 175 Cst.). Il s'agit donc d'une élection indirecte, car ce n'est pas le peuple lui-même qui élit les membres du Gouvernement.

Pour aller plus loin :

Les membres des Gouvernements cantonaux sont toujours élus par le peuple. A noter qu'en juin 2013, les citoyens suisses ont refusé une initiative populaire qui demandait à ce que le Conseil fédéral soit également élu par le peuple.

L'élection du Conseil fédéral a lieu lors de la première session qui suit le renouvellement intégral du Conseil national. La dernière s'est donc déroulée en décembre 2015.

Les Conseillers fédéraux sont élus selon le système de la **majorité absolue**. Généralement, l'élection se déroule en plusieurs tours, mais à partir du troisième tour, un système d'élimination est prévu.

Sont **éligibles au Conseil fédéral** toutes les personnes de nationalité suisse, âgées de dix-huit ans et qui ne sont pas interdites pour cause de maladie mentale ou faiblesse d'esprit. Contrairement aux membres de l'Assemblée fédérale, une fois élus, les Conseillers fédéraux n'ont pas le droit d'exercer d'autres activités lucratives (art. 144 Cst.). Conseiller fédéral est donc une activité à plein temps.

Pour aller plus loin :

La composition du Conseil fédéral suit certaines règles non écrites, notamment celle de la concordance : en effet, le Conseil fédéral est censé refléter l'équilibre des forces présentes au Parlement. C'est ce qu'on appelle « la formule magique ». Actuellement, il se compose de deux membres de l'Union démocratique du centre (UDC), deux membres du Parti socialiste (PS), deux membres du Parti libéral-radical (PLR) et d'un membre du Parti démocrate-chrétien (PDC).

La composition du Conseil fédéral doit également prendre en compte les diverses régions et communautés linguistiques (art. 175 al. 4 Cst.). Sous l'ancienne Constitution, il était interdit d'avoir plus d'un Conseiller fédéral par canton ; jugée trop rigide, cette règle a depuis été abandonnée.

Tous les ans, l'Assemblée fédérale élit le **Président ou la Présidente de la Confédération**, en règle générale selon le principe de l'ancienneté. Cette fonction ne confère pas de pouvoirs particuliers à celui qui l'exerce, le rôle du Président se limitant essentiellement à la représentation du pays à l'étranger.

4.3.3. Les principales compétences

Chaque Conseiller fédéral est en charge d'un des sept départements fédéraux.

En tant que gouvernement, le Conseil fédéral exerce des tâches gouvernementales au sens étroit, comme p. ex. déterminer les grandes lignes de la politique fédérale, définir la politique extérieure de la Suisse, négocier des traités internationaux ou encore représenter la Suisse à l'étranger et reconnaître de nouveaux Etats (art. 180 ss Cst.).

Bien que l'Assemblée fédérale exerce le pouvoir législatif proprement dit, le Conseil fédéral joue un rôle très important dans le domaine de la législation. C'est généralement au Conseil fédéral (ou plutôt l'administration fédérale) que revient la tâche de préparer les projets de loi qui seront ensuite soumis à l'Assemblée fédérale. De plus, le Conseil fédéral peut adopter lui-même des règles de droit, appelées ordonnances⁴⁴. Il a en outre certains pouvoirs exceptionnels en cas de nécessité absolue.

4.4. Les tribunaux fédéraux

4.4.1. Organisation

Sur le plan fédéral, le pouvoir judiciaire est exercé par plusieurs **tribunaux fédéraux**.

La plus haute instance judiciaire suisse est le Tribunal fédéral, créé en 1874, après la révision totale de la Constitution de 1848 (art. 188 Cst.). Il se compose de deux cours de droit civil, deux cours de droit public, une cour de droit pénal et deux cours de droit social. Le Tribunal fédéral a son siège à Lausanne, sauf les deux cours de droit social qui siègent à Lucerne.

Plus récemment, d'autres tribunaux fédéraux de rang inférieur ont été créés. Il s'agit d'un **Tribunal pénal fédéral**, créé en 2004 et dont le siège est à Bellinzzone, d'un **Tribunal administratif fédéral**, créé en 2007 et ayant son siège à St-Gall ainsi que d'un **Tribunal fédéral des brevets**, créé en 2012 et dont le siège se trouve également à St-Gall. Les compétences de ces tribunaux sont donc, comme leurs noms l'indiquent, limitées à certains domaines, alors que celles du Tribunal fédéral couvrent tous les domaines du droit.

⁴⁴ Cf. chapitre I « Introduction au droit », ch. 3.2.5.

4.4.2. Composition et mode d'élection du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral se compose de 35 à 45 juges ordinaires et d'un certain nombre de juges suppléants.

Les juges du Tribunal fédéral ainsi que ceux des trois tribunaux fédéraux inférieurs sont **élus par l'Assemblée fédérale** (art. 168 Cst.). L'élection des juges par le Parlement est une particularité suisse qui n'existe pas à l'étranger. On retrouve le même mode d'élection dans la plupart des cantons. A noter toutefois que dans certains cantons, les juges sont élus directement par le peuple.

Pour être élu juge au Tribunal fédéral, il faut remplir les **mêmes conditions que pour être élu au Conseil national**⁴⁵, à savoir avoir la nationalité suisse, être majeur et ne pas être interdit pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit. La loi ne pose pas d'autres conditions, en particulier il n'est pas nécessaire d'être au bénéfice d'une formation juridique. En pratique toutefois, seuls des juristes confirmés sont élus juges au Tribunal fédéral.

Pour aller plus loin :

Une autre particularité suisse réside dans le principe non écrit selon lequel pour être éligible au Tribunal fédéral il faut appartenir à un parti politique. En effet, l'Assemblée fédérale veille à ce que toutes les formations politiques soient équitablement représentées au Tribunal fédéral. Ce principe, qui existe également dans la plupart des cantons, pose certaines difficultés du point de vue de l'indépendance de la justice.

Les juges fédéraux sont élus pour une durée de six ans et sont rééligibles. Ils doivent prendre leur retraite au plus tard à l'âge de 68 ans.

4.4.3. Les principales compétences du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral est la **dernière instance de recours au niveau national**. Il est d'une part chargé d'assurer l'application et l'interprétation uniformes du droit fédéral ce qui signifie qu'il doit veiller à ce que l'ensemble du droit fédéral (Constitution, lois, ordonnances) soit appliqué de la même manière dans tout le pays. D'autre part, il doit garantir le respect de la Constitution ce qui implique avant tout qu'il doit s'assurer que les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale, mais aussi par les Constitutions cantonales, ne soient pas violés⁴⁶.

⁴⁵ Cf. *supra* ch. 4.3.2.

⁴⁶ Sur le rôle de la jurisprudence, cf. chapitre I « Introduction au droit », ch. 3.4.

On notera que dans certains cas, les jugements du Tribunal fédéral peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg. Le recours peut être formé pour violation des droits fondamentaux garantis par la CEDH.

5. La démocratie et les droits politiques

Nous consacrerons ce chapitre au principe de la démocratie et aux différents moyens de participation du peuple à la prise de décision dans un Etat démocratique.

5.1. La démocratie

5.1.1. Définition

Le terme « démocratie » tire son origine des mots grecs « *demos* », signifiant « peuple », et « *kratos* », signifiant « pouvoir ». La démocratie signifie donc en quelque sorte que **le pouvoir appartient au peuple**.

En pratique, le principe démocratique veut dire que le peuple doit pouvoir participer d'une façon ou d'une autre à la prise de décision dans l'Etat. La démocratie est aujourd'hui considérée comme la meilleure – ou la moins pire – forme de régime politique. Elle est souvent opposée à la dictature ou à l'oligarchie, qui sont des régimes où le pouvoir est concentré entre les mains d'un ou de plusieurs individus qui n'ont pas été élus par le peuple.

Lorsqu'on parle de démocratie, la notion de « **peuple** » ne signifie pas l'ensemble des personnes vivant sur un territoire déterminé, mais uniquement toutes les personnes ayant l'exercice des droits politiques, c'est-à-dire les citoyens actifs ou le corps électoral⁴⁷.

Pour qu'un Etat puisse être considéré comme démocratique, il doit remplir certaines conditions, comme p. ex. accorder à tous les citoyens le droit de voter, d'élire et d'être élus, garantir des élections libres ou respecter les décisions lorsqu'elles ont été prises à la majorité. On rajoute souvent à cela l'existence de certaines conditions-cadres, indispensables à la participation au processus de décision, dont le respect de certains droits fondamentaux tels que la liberté d'expression ou la liberté de la presse, sans quoi il est très difficile de se forger une opinion objective.

⁴⁷ Cf. *infra* ch. 5.2.3.

5.1.2. La démocratie directe et la démocratie indirecte

Traditionnellement, on distingue deux formes de démocratie : la démocratie directe et la démocratie indirecte ou représentative.

Dans un système de **démocratie directe**, le peuple exerce ses droits lui-même. Dans d'autres termes, le pouvoir est entre ses mains. Il s'agit de la forme la plus pure de démocratie : les citoyens se réunissent en assemblée et prennent des décisions, comme p. ex. celle d'adopter une loi.

Pour aller plus loin :

L'idée de la démocratie directe a été notamment développée par le philosophe et écrivain Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), dans son célèbre ouvrage « Le contrat social ». Selon lui, le peuple exprime sa volonté dans la loi, qui est par conséquent l'expression de la volonté générale. Ainsi, en obéissant à la loi, le peuple ne fait qu'obéir à lui-même. Selon cette doctrine, toute loi ainsi adoptée est infaillible, car le peuple ne peut jamais se tromper.

La démocratie directe se prête aux structures plutôt petites avec une population peu nombreuse. En Suisse, elle existe surtout au niveau communal. Pour ce qui est des cantons, seuls Appenzell Rhodes-Intérieures et Glaris pratiquent encore la « Landsgemeinde », à savoir le vote à main levée.

La **démocratie indirecte ou représentative** se caractérise par le fait que le peuple n'agit pas directement, mais élit des représentants qui agissent à sa place. C'est la forme de démocratie la plus répandue : les citoyens choisissent des représentants qui siègent au Parlement pour une durée déterminée et qui prennent des décisions au nom du peuple. Dans certains pays, les citoyens élisent également le Président, comme c'est le cas en France ou aux Etats-Unis.

5.1.3. Le modèle suisse

Le modèle suisse est une forme rare qui mélange des éléments de démocratie directe de démocratie indirecte. C'est pour cela qu'on qualifie ce système de « **démocratie semi-directe** ». Comme dans une démocratie indirecte, le peuple suisse élit ses représentants à l'Assemblée fédérale (Conseil national et Conseil des Etats). Celle-ci adopte les lois et élit les membres du Conseil fédéral. En revanche, les citoyens suisses ont davantage de droits que dans une démocratie indirecte : ainsi, ils peuvent proposer des modifications de la Constitution fédérale par le biais de l'initiative populaire⁴⁸ et s'opposer à

⁴⁸ Cf. *infra* ch. 5.3.5.

l'entrée en vigueur d'une loi fédérale en lançant un référendum⁴⁹. Il s'agit là d'éléments d'une démocratie directe. Souvent, les droits politiques octroyés aux citoyens au niveau cantonal sont plus étendus qu'au niveau fédéral.

5.2. Les droits politiques en général

5.2.1. Définition et nature des droits politiques

Les droits politiques sont des **droits qui appartiennent aux individus et qui leur permettent de participer à l'exercice du pouvoir de l'Etat**. Dans un régime de démocratie indirecte, les droits politiques se limitent généralement à la faculté d'élire des représentants ou de se faire élire soi-même. Dans une démocratie directe ou semi-directe, ces droits comprennent aussi la possibilité de prendre part à certaines décisions concrètes, comme celle de voter sur des projets de loi ou de proposer des modifications d'actes législatifs. Souvent, l'exercice des droits politiques est réservé aux personnes ayant la nationalité de l'Etat en question.

Les droits politiques ont une **double nature** : tout d'abord, il s'agit d'une catégorie particulière de **droits fondamentaux**⁵⁰. A ce titre, ils permettent aux citoyens de participer aux décisions politiques au sein de la collectivité à laquelle ils appartiennent. D'autre part, l'ensemble des citoyens actifs (« corps électoral »⁵¹) constitue un véritable **organe de l'Etat**, au même titre que le Parlement ou le Conseil fédéral et en tant que tel accomplit une tâche étatique.

Exemple :

Chaque modification de la Constitution fédérale doit obligatoirement être soumise au vote du peuple et des cantons. La Constitution confère à tout citoyen qui fait partie du corps électoral un droit fondamental à voter conformément à sa volonté. De son côté, l'Etat est obligé d'organiser la votation de telle manière que la volonté des citoyens puisse s'exercer librement, notamment sans pressions ou influences extérieures. Par ailleurs, en participant au vote, les citoyens accomplissent une tâche qui leur est attribuée par la Constitution qui prévoit que toute modification de celle-ci doit être soumise au vote du peuple.

Contrairement à d'autres pays tels que la Belgique, la Suisse ne connaît pas le vote obligatoire. Les citoyens ont donc le droit de s'abstenir de voter sans risquer de sanction.

⁴⁹ Cf. *infra* ch. 5.3.6.

⁵⁰ Cf. *infra* ch. 6.

⁵¹ Cf. *infra* ch. 5.2.3.

Pour aller plus loin :

Au niveau cantonal, seul Schaffhouse connaît encore le vote obligatoire, mais la sanction encourue en cas d'abstention injustifiée est purement symbolique : la loi prévoit une amende de CHF 3.-.

5.2.2. Le suffrage universel

A la base de tout Etat démocratique on retrouve le principe du « suffrage universel » qui signifie que **le droit de vote appartient à tous les citoyens et toutes les citoyennes adultes**, sans distinction fondée sur le revenu, la fortune ou la formation ou sur d'autres critères encore comme l'origine, la race, le mode de vie, etc. Une limite d'âge inférieure pour l'exercice des droits politiques est justifiée par la présomption qu'une personne qui n'a pas encore atteint un certain âge, n'a pas la maturité suffisante pour prendre part à la prise des décisions politiques.

Pour aller plus loin :

En comparaison avec d'autres pays, la Suisse a été avec la France l'un des premiers pays à introduire le suffrage universel, mais uniquement pour les hommes, en 1848. D'autres pays l'ont introduit plus tard, comme p. ex. l'Allemagne (en 1867), la Grande-Bretagne (1918) ou l'Italie (1919). En revanche, la Suisse a beaucoup tardé à reconnaître le droit de vote aux femmes. Sur le plan fédéral, les femmes suisses n'ont obtenu le droit de vote qu'en 1971, bien plus tard que dans d'autres pays tels que le Danemark (1915), l'Allemagne (1918), la Suède (1919), les Etats-Unis (1920) ou encore la France (1944). A noter que certains cantons avaient accordé le droit de vote aux femmes sur le plan cantonal avant 1971, comme p. ex. Neuchâtel et Vaud (1959), Genève (1960), ou encore le Tessin (1969). Le dernier canton à avoir (dû) accorder le droit de vote aux femmes a été Appenzell Rhodes-Intérieures, en 1990, et uniquement parce que le Tribunal fédéral l'y avait contraint (!). Cf. ATF 116 Ia 359 (« Theresa Rohner »).

5.2.3. Le corps électoral

L'ensemble des citoyens ayant l'exercice des droits politiques forme le corps électoral. Pour faire partie du corps électoral fédéral, la Constitution pose trois conditions : être âgé de dix-huit ans au moins, avoir la nationalité suisse et ne pas être interdit pour cause « de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit » (art. 136 Cst.). Cette dernière condition pose la présomption irréfragable (incontestable) que les personnes en question n'ont pas le discernement politique. Il s'agit de personnes qui sont durablement incapables de discernement ou qui font l'objet de certaines mesures de protection au sens du Code civil.

Les personnes de nationalité suisse qui habitent à l'étranger ont également l'exercice des droits politiques.

Pour aller plus loin :

Les cantons ont le droit de fixer eux-mêmes les conditions pour faire partie du corps électoral cantonal, pour autant que cela ne viole pas le droit fédéral. Ils peuvent p. ex. décider d'abaisser la majorité politique, comme l'a fait le canton de Glaris en la fixant à 16 ans, tout en conservant l'âge de l'éligibilité, à savoir la faculté d'être élu, à 18 ans. Les cantons peuvent également accorder l'exercice des droits politiques (ou de certains droits politiques) à des personnes de nationalité étrangère. Ainsi, le canton de Neuchâtel accorde le droit de vote aux étrangers qui sont au bénéfice d'une autorisation d'établissement et qui sont domiciliés dans le canton depuis au moins cinq ans. Le canton du Jura accorde également le droit de vote aux étrangers domiciliés dans le canton depuis un certain temps, sauf pour les votations qui concernent la Constitution. Enfin, dans certains cantons, les étrangers bénéficient uniquement du droit de vote en matière communale (p. ex. Fribourg ou Genève).

5.3. Les principaux droits politiques

On distingue principalement trois catégories de droits politiques : le **droit de vote**, le **droit d'élection** et enfin le **droit d'éligibilité**. En Suisse, il existe deux autres droits politiques spécifiques à notre modèle de démocratie semi-directe, à savoir le **droit d'initiative** et le **droit de référendum**.

Pour aller plus loin :

En Suisse, le droit de référendum et le droit d'initiative sont également appelés « droits populaires », car ils permettent aux citoyens de participer aux prises de décision par le biais de votations. Ils constituent le noyau de la démocratie directe.

5.3.1. Le droit de vote

Le droit de vote permet aux citoyens de **se prononcer sur une question** lors d'une consultation. Par exemple, ils peuvent choisir d'accepter ou de rejeter un projet de loi. Les citoyens appelés à voter peuvent uniquement répondre par oui ou par non à une question qui leur est posée ; ils ne peuvent pas proposer eux-mêmes des modifications au texte soumis au vote.

En Suisse, le corps électoral vote principalement sur des initiatives populaires⁵² ou des textes soumis au référendum⁵³.

⁵² Cf. *infra* ch. 5.3.5.

⁵³ Cf. *infra* ch. 5.3.6.

5.3.2. Le droit d'élire

Le droit d'élire confère aux citoyens la faculté de **choisir librement leurs représentants**, p. ex. les députés qui siègent au Parlement.

En Suisse, le corps électoral fédéral élit les membres du Conseil national, c'est-à-dire de la chambre qui représente le peuple⁵⁴.

5.3.3. L'éligibilité

Le droit d'éligibilité permet aux citoyens **d'être eux-mêmes candidats** à un poste attribué par élection, comme p. ex. au Conseil national ou au Conseil des Etats. Sont éligibles au Conseil national, au Conseil fédéral ainsi qu'en tant que juge au Tribunal fédéral, toutes les personnes ayant le droit de vote sur le plan fédéral⁵⁵.

Pour aller plus loin :

Les conditions d'éligibilité au niveau cantonal sont fixées par chaque canton. Le plus souvent, ce sont les mêmes que sur le plan fédéral. Généralement, même les cantons qui donnent le droit de vote aux étrangers ne leur accordent pas l'éligibilité.

5.3.4. Le droit de pétition

Le droit de pétition, souvent cité parmi les droits politiques, permet à toute personne **d'adresser des pétitions aux autorités**, sans subir de préjudice. Les autorités doivent en prendre connaissance, mais ne sont pas (toujours) obligées d'y répondre ou d'en tenir compte. Cet instrument a une certaine importance dans des pays où les droits populaires ne sont que peu développés. En Suisse, il joue un rôle très mineur, vu qu'il existe des droits populaires qui permettent aux citoyens de contraindre les autorités à respecter les décisions populaires.

5.3.5. Le droit d'initiative

Le droit d'initiative est un droit spécifique à la Suisse. Sur le plan fédéral, il **permet aux citoyens de proposer une modification de la Constitution** (art. 138 et 139 Cst.)⁵⁶. Il peut s'agir de l'ajout, de la suppression ou de la modification d'un ou de plusieurs articles ou même de l'ensemble de la Constitution. Il n'est en revanche pas possible d'utiliser cet instrument pour

⁵⁴ Cf. *supra* ch. 4.2.

⁵⁵ Cf. *supra* ch. 5.2.3.

⁵⁶ Cf. ég. chapitre I « Introduction au droit », ch. 3.2.3.

modifier d'autres actes législatifs fédéraux, comme les lois fédérales ou les ordonnances.

Pour aller plus loin :

Le projet d'initiative doit être déposé par le comité d'initiative à la Chancellerie fédérale qui le publie dans la Feuille fédérale. A partir de ce moment, les initiants disposent d'un délai de 18 mois pour récolter 100'000 signatures. S'ils y parviennent, l'initiative aboutit et pourra être soumise au vote ; dans le cas contraire, elle n'aboutit pas et le peuple n'aura pas à se prononcer.

Avant d'être soumises au vote, les initiatives populaires qui ont abouti doivent encore être **validées par l'Assemblée fédérale**. Les conditions de validité sont les suivantes.

Tout d'abord, l'initiative doit respecter le **principe de l'unité de la forme** : les initiants ont le choix entre rédiger eux-mêmes le texte de l'initiative (= projet rédigé) ou de demander au Parlement d'élaborer un texte qui correspond à la volonté des initiants (= proposition générale). Le mélange des deux formes est interdit. Le projet rédigé est la forme la plus fréquente. L'initiative est alors soumise au vote, telle qu'elle a été rédigée par les initiants, sans qu'aucune autorité fédérale ne puisse la modifier.

L'initiative doit ensuite respecter le **principe de l'unité de la matière**. Cela signifie qu'elle ne doit traiter que d'un seul objet ou de plusieurs objets étroitement liés entre eux. Il faut que l'initiative forme un tout. Si une personne qui vote pourrait être d'accord avec une partie de l'initiative, sans forcément être d'accord avec l'autre, l'initiative ne respecte pas l'unité de la matière.

Exemple :

Supposons qu'une initiative populaire ait la teneur suivante (exemple fictif) :

« ¹ Le père d'un enfant qui vient de naître bénéficie d'un congé paternité payé d'une durée de quatre semaines consécutives.

² Les allocations familiales sont exonérées d'impôt. »

Cette initiative ne respecte pas le principe de l'unité de la matière, car il n'y a pas de lien suffisamment étroit entre l'introduction d'un congé paternité d'une part (al. 1) et l'exonération d'impôt des allocations familiales d'autre part (al. 2). Ainsi, une personne qui vote pourrait très bien vouloir que les pères bénéficient d'un congé paternité, sans forcément être d'accord avec l'exonération fiscale des allocations familiales, et vice versa. Par conséquent, l'Assemblée fédérale devra invalider l'initiative, qui ne pourra pas être soumise au vote.

Enfin, l'initiative doit **respecter le droit international impératif**. C'est la condition la plus difficile. Le droit international impératif est un ensemble de règles que la plupart des pays qui forment la communauté internationale considèrent comme tellement essentielles, qu'il faut les respecter en toute circonstance. Il n'y a pas de liste exhaustive des normes de droit international impératif. Selon la doctrine dominante, en font partie l'interdiction de la discrimination par rapport à la race, de l'esclavage, de la torture, du génocide ou encore le principe de non-refoulement (art. 25 al. 3 Cst.) qui interdit à un Etat de renvoyer une personne dans un Etat où elle risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains. Il est donc important de noter que – contrairement à ce qu'on pourrait penser – les droits fondamentaux garantis par la Constitution suisse (p. ex. la liberté de religion ou la liberté d'expression) ne font pas partie du droit international impératif. Il ne faut pas non plus confondre le droit international en général avec la toute petite partie que représente le droit international impératif.

Exemple 1 :

Le 29 novembre 2009, le peuple suisse a accepté une initiative populaire qui interdit la construction de minarets (art. 72 al. 3 Cst.). Cette initiative pourrait porter atteinte à la liberté de religion. Elle a toutefois été validée par l'Assemblée fédérale et ensuite soumise au vote des citoyens, car la liberté de religion – comme d'ailleurs la plupart des droits fondamentaux – ne fait pas partie du droit international impératif.

Exemple 2 :

En 1992, une initiative populaire proposait entre autres ce qui suit : « Les requérants d'asile qui sont entrés illégalement en Suisse et ceux dont la demande a été rejetée de manière définitive sont renvoyés immédiatement ; ils ne peuvent faire recours. »

D'après cette initiative, même des personnes qui risquent la mort, la torture ou autre traitement inhumain auraient dû être renvoyées dans leur pays. Par conséquent, elle viole le principe de non-refoulement (art. 25 al. 3 Cst.), raison pour laquelle elle n'a pas été validée par l'Assemblée fédérale et n'a donc pas été soumise au vote du peuple.

Les initiatives qui ont été validées par l'Assemblée fédérale sont ensuite soumises au vote. Les autorités fédérales n'ont aucun moyen d'empêcher cela, tout comme elles ne peuvent pas modifier le texte des initiatives. L'Assemblée fédérale a en revanche la possibilité de proposer un **contre-projet** à l'initiative. Dans ce cas, les citoyens se prononcent indépendamment sur l'initiative et sur le contre-projet et répondent ensuite à une question

subsidaire. Cette dernière leur demande de décider quelle proposition doit entrer en vigueur en cas d'égalité de voix entre l'initiative et le contre-projet.

Pour que la modification de la Constitution proposée puisse entrer en vigueur, il faut que l'initiative soit approuvée par la majorité du peuple ainsi que par la majorité des cantons (**double majorité**).

5.3.6. Le droit de référendum

Le droit de référendum permet au corps électoral de **se prononcer, par oui ou par non**, sur un texte. Le peuple n'a pas le droit d'apporter lui-même des modifications au texte proposé, mais peut uniquement l'accepter ou le rejeter dans son ensemble.

En Suisse, le référendum est « **de décision** ». Cela veut dire que le vote du peuple (adoption ou rejet du texte en question) doit être respecté par les autorités. Ainsi, un texte de loi qui n'a pas été accepté par le peuple n'entre pas en vigueur. Dans d'autres pays, le référendum est souvent « consultatif » ce qui signifie que le peuple est appelé à donner son avis, mais que les autorités sont libres de le suivre ou pas.

En Suisse, il y a deux types de référendums : le référendum facultatif et le référendum obligatoire.

Le **référendum facultatif** (art. 141 Cst.) n'intervient pas automatiquement, mais seulement à la demande du peuple⁵⁷. Sur le plan fédéral, il porte principalement sur des lois. Pour qu'un acte puisse être soumis au référendum, les personnes qui le souhaitent disposent de 100 jours à partir de la publication de l'acte en question dans la Feuille fédérale pour récolter 50'000 signatures. Si elles y parviennent, le Conseil fédéral est tenu d'organiser une votation populaire. Pour qu'un texte soumis au référendum facultatif entre en vigueur, il suffit que la **majorité du peuple** l'accepte. Si en revanche le texte en question est rejeté par le peuple, il n'entre pas en vigueur.

Comme son nom l'indique, le **référendum obligatoire** (art. 140 Cst.) doit impérativement avoir lieu. Une votation populaire est donc organisée d'office, sans qu'il faille récolter des signatures. Le référendum obligatoire est prévu dans trois cas : pour toutes les modifications de la Constitution fédérale⁵⁸, pour l'adhésion à des organisations de sécurité collective (comme p. ex. l'OTAN) ou à des communautés supranationales (comme p. ex. l'Union européenne) ou pour certaines lois fédérales déclarées urgentes. Pour que le

⁵⁷ Cf. ég. chapitre I « Introduction au droit », ch. 3.2.4.

⁵⁸ Cf. ég. chapitre I « Introduction au droit », ch. 3.2.3.

texte soumis au référendum obligatoire puisse entrer en vigueur, il faut que la majorité du peuple et la majorité des cantons l'aient accepté (**double majorité**).

Pour aller plus loin :

On retrouve ces deux types de référendums dans les cantons. Chaque canton détermine les actes législatifs qui peuvent ou doivent être soumis à référendum sur son territoire.

6. Les droits fondamentaux

6.1. Notion

Les droits fondamentaux sont des **droits reconnus aux particuliers par l'Etat et à l'encontre de l'Etat**. Il s'agit de droits d'une grande importance, censés protéger les individus contre toutes sortes d'agissements de l'Etat. Les droits fondamentaux visent principalement à limiter le pouvoir de l'Etat et à protéger les individus contre les abus.

Les droits fondamentaux sont essentiels, car les rapports entre l'Etat et les particuliers sont inégaux : l'Etat décide unilatéralement (sans l'accord des administrés) des droits et des devoirs de chacun et qui a la compétence de sanctionner le non-respect de ces règles. Les droits fondamentaux représentent en quelque sorte un correctif dans cette inégalité des rapports de force.

Dans leur conception classique, les droits fondamentaux tendent à ce que **l'Etat s'abstienne** de comportements injustes ou nuisibles, comme p. ex. porter atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la propriété des individus. Certains droits fondamentaux obligent l'Etat à adopter un certain comportement, comme p. ex. traiter tous les administrés de la même manière (égalité de traitement) ou de leur accorder différentes garanties dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative.

6.2. Les catégories de droits fondamentaux

On peut répartir les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale en trois catégories principales : les libertés, les garanties de l'Etat de droit et les droits sociaux. Parmi les **libertés**, on retrouve celles qui se rapportent à la sphère personnelle et qui protègent la personne en tant qu'individu, dans sa vie privée et intime. En font partie le droit à la vie et à la liberté personnelle, la protection de la sphère privée, le droit au mariage ou encore la conscience et de croyance. Une autre catégorie de libertés, les libertés de la communication, protègent l'individu en tant qu'être social, amené à

communiquer en public. Parmi elles, on peut citer la liberté d'opinion et d'information, la liberté des médias, la liberté de réunion ou celle d'association. Enfin, les libertés économiques protègent l'individu en tant qu'acteur économique. Font partie de cette catégorie la liberté économique au sens étroit, la garantie de la propriété et la liberté syndicale.

Les **garanties de l'Etat de droit** visent à obliger l'Etat à adopter un comportement correspondant à certaines exigences de justice et à suivre certaines règles essentielles. Parmi ces garanties on peut mentionner le principe de l'égalité, l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi ou encore les différentes garanties de procédure (p. ex. le droit d'être entendu avant qu'une décision ne soit prise).

Enfin, les **droits sociaux** visent à obtenir des prestations positives de la part de l'Etat, considérées comme essentielles pour vivre dans le respect de la dignité humaine. Les deux principaux droits sociaux reconnus par la Constitution fédérale sont le droit à l'aide en cas de détresse et le droit à un enseignement de base gratuit.

Pour aller plus loin :

Comme nous l'avons vu plus haut⁵⁹, les droits politiques font également partie des droits fondamentaux. Ils ont fait l'objet d'un chapitre séparé.

6.3. Titulaires et destinataires des droits fondamentaux

On entend par « **titulaires** » les personnes qui bénéficient des droits fondamentaux et donc, qui peuvent être victimes de violations de leurs droits fondamentaux. Toutes les **personnes physiques** sont titulaires des droits fondamentaux, indépendamment de leur âge ou de leur nationalité.

Pour aller plus loin :

Les exceptions sont très rares. P. ex., certaines catégories d'étrangers ne peuvent pas se prévaloir de la liberté économique, car la législation sur les étrangers peut leur interdire l'exercice de certaines activités économiques.

Les personnes morales (sociétés) sont également titulaires des droits fondamentaux, pour autant que ceux-ci s'y prêtent. Une personne morale peut p. ex. se prévaloir de la liberté économique, de l'égalité de traitement ou encore de la garantie de la propriété, mais non de la liberté de religion ou de l'intégrité physique ou psychique.

En règle générale, les collectivités publiques (cantons, communes, etc.) ne sont pas titulaires des droits fondamentaux.

⁵⁹ Cf. *supra* ch. 5.

Les « **destinataires** » des droits fondamentaux sont les personnes ou entités auxquelles les droits fondamentaux s'adressent, à savoir celles à l'encontre desquelles on peut invoquer d'éventuelles violations des droits fondamentaux. En Suisse, les droits fondamentaux s'adressent à **l'Etat au sens large** (Confédération, cantons, communes et toute personne agissant au nom et pour le compte de l'Etat). En revanche, ils ne s'adressent pas aux particuliers ; cela signifie qu'il n'est pas possible d'invoquer en justice des violations des droits fondamentaux commises par des privés.

***Exemple 1 :** un videur refuse à un groupe de jeunes l'accès à une boîte de nuit. Comme la boîte de nuit n'est pas un organe de l'Etat, mais un établissement privé, les jeunes ne pourraient pas invoquer une violation de leur liberté personnelle ou de leur liberté de mouvement à l'encontre de la boîte de nuit.*

***Exemple 2 :** une école refuse qu'une élève de confession musulmane porte le foulard. Vu que l'école est un établissement public, l'élève pourrait invoquer une atteinte à sa liberté de religion à son encontre (cf. p. ex. ATF 139 I 280).*

6.4. Sources des droits fondamentaux

On trouve les droits fondamentaux principalement dans la Constitution fédérale, dans les Constitutions cantonales ainsi que dans certains traités internationaux. La reconnaissance des droits fondamentaux ne dépend toutefois pas du fait qu'ils soient ancrés dans un document écrit. Le Tribunal fédéral a ainsi la faculté de reconnaître des droits fondamentaux « non écrits », c'est-à-dire qui ne figurent pas explicitement dans la Constitution fédérale.

Pour aller plus loin :

De nombreux droits fondamentaux qu'on retrouve aujourd'hui dans la Constitution fédérale avaient d'abord été reconnus par le Tribunal fédéral. C'est le cas de la liberté personnelle, de la garantie de la propriété ou encore de la liberté de réunion. Aujourd'hui, l'importance des droits fondamentaux non écrits a considérablement diminué, car tous les droits fondamentaux reconnus par le Tribunal fédéral ont été codifiés dans la nouvelle Constitution de 1999. Il n'est toutefois pas exclu qu'à l'avenir le Tribunal fédéral en reconnaisse d'autres.

6.4.1. La Constitution

La Constitution fédérale est la source principale des droits fondamentaux. Celle-ci comporte un vaste catalogue des droits fondamentaux (art. 7 à 36 Cst.), qui n'est toutefois pas exhaustif.

Les Constitutions cantonales contiennent également des droits fondamentaux que les cantons garantissent sur leurs territoires. Aujourd'hui, la portée

juridique des droits fondamentaux cantonaux a considérablement diminué, car la plupart des droits fondamentaux sont désormais garantis par la nouvelle Constitution fédérale. Ils peuvent toutefois avoir une portée propre s'ils accordent une protection plus importante que la Constitution fédérale.

Exemple :

Quelques cantons, comme Neuchâtel ou Vaud, garantissent la liberté de manifestation, qui ne figure pas explicitement dans la Constitution fédérale (même si elle est en partie couverte par d'autres droits fondamentaux comme la liberté de réunion ou d'expression). Ces mêmes cantons connaissent également une liberté de choisir une autre forme de vie en commun que le mariage. Il s'agit également d'un droit fondamental qui ne figure pas expressément dans la Constitution fédérale, mais qui est en partie couvert par la protection de la vie privée.

6.4.2. Les traités internationaux

Plusieurs traités internationaux que la Suisse a ratifiés contiennent des droits fondamentaux.

Le traité international le plus important en matière de protection des droits fondamentaux est la **Convention européenne des droits de l'homme**, conclue à Rome le 4 novembre 1950 dans le cadre du Conseil de l'Europe. La CEDH a été ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 et est entrée en vigueur immédiatement. Elle garantit des droits fondamentaux « classiques », tels que le droit à la vie, le droit à la liberté, l'interdiction de la torture, le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à un procès équitable ou encore les libertés de pensée et de conscience, d'expression et de réunion. Elle est complétée par différents Protocoles additionnels, dont deux qui concernent l'abolition de la peine de mort (Protocole n° 6 concernant l'abolition de la peine de mort en temps de paix et Protocole n° 13 concernant l'abolition de la peine de mort en temps de paix et en temps de guerre).

Pour aller plus loin :

Les garanties de la CEDH peuvent être invoquées directement devant les tribunaux suisses. En général, elles coïncident avec les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution fédérale et ont en principe la même portée juridique. Certains droits qui figurent dans la Constitution fédérale ne sont toutefois pas garantis par la CEDH, comme p. ex. l'égalité de traitement au sens large ou la liberté économique.

Parmi les autres traités internationaux ayant pour objet la protection des droits fondamentaux, on peut encore mentionner les **Pactes I et II de l'ONU**⁶⁰,

⁶⁰ RS 0.103.1 et 0.103.2.

adoptés le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Ils sont entrés en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992. Le premier, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, contient des garanties telles que le droit au travail, la liberté syndicale ou encore le droit à un niveau de vie suffisant. Le Pacte II, relatif aux droits civils et politiques, contient des droits fondamentaux plus classiques, tels que le droit à la vie, l'interdiction de la torture ou l'égalité devant la loi. Ces droits se prêtent à une application directe.

Pour aller plus loin :

Selon l'interprétation que l'on fait en Suisse, toutes les garanties du Pacte I ne sont pas directement applicables. Cela signifie que les individus ne peuvent pas invoquer la violation de toutes les dispositions de ce Pacte en justice.

Enfin, il existe de nombreux autres traités internationaux qui contiennent des droits fondamentaux, comme p. ex. les **différentes Conventions de l'ONU**, ayant pour objet l'interdiction de la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'élimination de toutes formes de discrimination raciale ou à l'égard des femmes, ou la protection des droits de l'enfant.

6.5. Quelques droits fondamentaux

6.5.1. L'égalité de traitement (art. 8 Cst.)

Le principe de l'égalité de traitement est l'un des principes de base de notre ordre juridique. Il concrétise l'idée que tous les êtres humains ont une valeur égale, quelles que soient leurs capacités, aptitudes ou particularités.

Pour aller plus loin :

Le principe de l'égalité a été l'une des dispositions-clés de l'ancienne Constitution de 1874, car le Tribunal fédéral en avait déduit toute une série d'autres droits fondamentaux ou garanties de procédure, tels que l'interdiction de l'arbitraire, la protection de la bonne foi, le principe de la non-rétroactivité des lois ou encore le droit à l'assistance judiciaire gratuite. La plupart de ces droits font aujourd'hui l'objet de dispositions spécifiques.

L'égalité de traitement figure à l'art. 8 al. 1 Cst., qui a la teneur suivante : « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi ». Ce principe oblige l'Etat à traiter toutes les personnes sur la base des mêmes critères. Ainsi, **deux situations identiques doivent être traitées de manière identique**, tout comme deux situations différentes doivent être traitées de manière différente.

Une éventuelle différence de traitement doit reposer sur des critères pertinents. Certains critères ne peuvent jamais justifier une différence de traitement ; c'est notamment le cas de la race ou du sexe, sauf si la différence de traitement entre les hommes et les femmes se justifie par des raisons biologiques.

Exemples :

Aujourd'hui, il est inadmissible du point de vue de l'égalité de traitement d'accorder le droit de vote uniquement aux hommes, car le sexe ne constitue pas un critère de distinction pertinent.

En revanche, une loi qui interdit aux femmes de travailler pendant quelques semaines après l'accouchement n'est pas contraire au principe de l'égalité de traitement, car cette distinction entre les hommes et les femmes est fondée sur des raisons biologiques : en effet, seules les femmes peuvent mettre des enfants au monde et l'interdiction de travailler est notamment censée leur permettre de récupérer physiquement après l'accouchement.

Selon les circonstances, des critères tels que l'âge ou la nationalité peuvent justifier des différences de traitement.

Exemples :

Le fait d'accorder l'exercice des droits politiques uniquement aux nationaux peut se justifier par le fait que seuls les citoyens connaissent suffisamment le système politique suisse et sont suffisamment intégrés pour pouvoir s'exprimer.

Toujours en matière de droits politiques, on peut également considérer que le fait de réserver l'exercice des droits politiques à des personnes ayant atteint un certain âge ne constitue pas non plus une inégalité de traitement injustifiée, car cette activité exige un certain degré de discernement que les enfants n'ont pas encore.

6.5.2. Le droit à la vie (art. 10 al. 1 Cst.)

Le droit à la vie est considéré comme le point de départ et la condition préalable de tous les autres droits fondamentaux : pour pouvoir bénéficier des autres libertés, une personne doit déjà être vivante. Le droit à la vie interdit à l'Etat de provoquer intentionnellement la mort d'une personne. En Suisse, l'une des conséquences du droit à la vie est **l'interdiction de la peine de mort**. Cette interdiction est aussi contenue dans deux Protocoles additionnels de la CEDH, également ratifiés par la Suisse.

Dans certaines circonstances, l'Etat est toutefois autorisé à prendre des mesures susceptibles d'entraîner la mort d'une personne. Si la police doit protéger la vie d'une personne menacée par un tiers, elle peut p. ex. faire usage d'une arme à feu, pour autant que cela soit absolument nécessaire.

Le droit à la vie peut aussi comporter l'obligation pour l'Etat de prendre des mesures afin d'assurer la protection de la vie des personnes. Ainsi, le Code pénal réprime les atteintes portées à la vie humaine⁶¹. Par ailleurs, l'Etat doit aussi préserver la santé ou la vie de personnes placées sous sa responsabilité.

Exemple :

Une personne détenue dans une prison entame une grève de la faim. L'Etat décide alors de l'alimenter de force. L'alimentation forcée peut se justifier par le fait que le détenu est sous la responsabilité de l'Etat qui a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger sa vie et sa santé (cf. ATF 136 IV 97 « Bernard Rappaz »).

Le droit à la vie n'oblige toutefois pas l'Etat à empêcher les personnes qui le souhaitent de mettre fin à leur vie. Par conséquent, le Code pénal suisse ne punit pas les (tentatives) de suicide.

Pour aller plus loin :

Dans ce contexte se pose la question de l'euthanasie et de l'aide au suicide. On entend par assistance au suicide le fait de fournir à une personne souhaitant mettre fin à sa vie les produits et les informations nécessaires à ce sujet. Selon le droit suisse, l'assistance au suicide n'est pas réprimée, sauf si elle repose sur un motif égoïste (art. 115 CP). Pour ce qui est de l'euthanasie, on distingue la forme passive et la forme active. L'euthanasie passive consiste principalement à interrompre tout traitement susceptible de prolonger la vie à la demande du patient. Elle est généralement admise. La situation est plus complexe en matière d'euthanasie active, à savoir le fait d'administrer des médicaments à une personne afin de mettre fin à sa vie. Le Code pénal interdit l'homicide d'une personne dans le but d'abrèger ses souffrances, mais ne règle pas explicitement la situation dans laquelle un médecin administre des médicaments destinés principalement à soulager le patient, mais qui pourraient avoir comme effet secondaire le fait d'abrèger la vie.

La Cour européenne des droits de l'homme admet le fait que le suicide est couvert par le droit au respect de la vie privée, sans pour autant reconnaître un véritable « droit de mourir », sur la base duquel une personne incapable de se suicider elle-même pourrait demander de l'aide à quelqu'un d'autre, sans que cette autre personne s'expose à des sanctions pénales (cf. Cour EDH, Affaire Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, requête 2346/02).

⁶¹ Cf. chapitre X « Droit pénal ».

6.5.3. La liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)

La liberté personnelle englobe aujourd'hui trois aspects fondamentaux : le droit à l'intégrité physique, le droit à l'intégrité psychique ainsi que la liberté de mouvement.

La garantie de **l'intégrité physique** protège les individus contre toute atteinte injustifiée portée au corps humain. Constituent des atteintes à ce droit fondamental l'obligation de se soumettre à une prise de sang, de se faire vacciner ou encore la correction physique d'un élève dans une école publique.

L'intégrité psychique protège les individus contre des atteintes tendant à restreindre ou à supprimer leur faculté d'apprécier une situation donnée et à se déterminer d'après cette appréciation. Constituent en particulier des atteintes à l'intégrité psychique l'utilisation de détecteurs de mensonges, l'administration de substances censées empêcher les gens de mentir (sérum de vérité) ou encore l'administration forcée de certains médicaments, en particulier en psychiatrie.

Enfin, **la liberté de mouvement** est une liberté générale d'aller et venir. Son principal domaine d'application est la protection contre des arrestations ou des détentions injustifiées. Plus simplement, on peut également penser à un policier qui empêche quelqu'un de circuler dans une rue ou qui arrête une personne afin de procéder à un contrôle d'identité.

Pour aller plus loin :

Hormis ces aspects spécifiques, la liberté personnelle protège aussi d'autres libertés, pour autant qu'elles ne soient pas déjà couvertes par des droits fondamentaux plus spécifiques, comme p. ex. le choix de se vêtir d'une certaine manière, de posséder un animal de compagnie, etc.

6.5.4. La liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.)

La liberté de conscience et de croyance ou plus simplement la liberté de religion protège le **droit de choisir librement sa religion et de l'exprimer** individuellement ou en communauté. Elle comporte aussi bien un aspect intérieur, celui de se forger une conviction philosophique ou religieuse, qu'un aspect extérieur, celui d'exprimer ou de manifester ses convictions.

Pour aller plus loin :

La notion de « religion » s'entend au sens large et ne protège pas seulement les confessions traditionnelles, mais également toutes les autres religions et croyances philosophiques, indépendamment du nombre de personnes qui les pratiquent. De

même, la liberté de religion ne protège pas seulement la croyance, mais également l'absence de croyance (l'athéisme).

Le droit d'exprimer sa religion couvre ce qu'on appelle **la liberté de culte**, à savoir p. ex. le fait de participer à des messes ou à des prières collectives. Il protège aussi le droit de porter certains vêtements (p. ex. foulard islamique, kippa juive ou croix chrétienne), de pratiquer certains rites alimentaires (p. ex. carême, jeûne ou ramadan) ou de respecter certains jours fériés religieux.

La liberté de religion comporte également le **droit d'adhérer à une communauté religieuse** ainsi que celui de ne pas être obligé de faire partie d'une communauté religieuse, d'accomplir un acte religieux (tel que la prière, le baptême, etc.) ou de suivre un enseignement religieux.

La liberté de religion oblige l'Etat à adopter une attitude de **neutralité confessionnelle** et religieuse, qui n'est toutefois pas absolue. Celle-ci revêt une importance particulière dans le cadre des écoles publiques. En effet, l'enseignement doit pouvoir être suivi par des élèves de toutes convictions ou religions, sans que certains aient à subir un préjudice.

Exemples :

Selon le Tribunal fédéral, une commune qui impose la présence de crucifix dans toutes les salles de classe viole le principe de la neutralité religieuse de l'école, car elle oblige les élèves et enseignants d'autres confessions ou sans confession à être confrontés à un symbole religieux chrétien (ATF 116 Ia 252). A noter que la Cour européenne des droits de l'homme a en revanche considéré qu'une règle similaire en vigueur en Italie ne viole pas la liberté de religion (Cour EDH, arrêt de la Grande chambre dans l'Affaire Lautsi et autres c. Italie du 18 mars 2011, Requête n° 30814/06).

Le Tribunal fédéral considère également que l'interdiction faite à une enseignante de confession musulmane de porter le foulard islamique est conforme au principe de la neutralité religieuse de l'Etat, qui prime celui de la liberté de l'enseignante de manifester ses convictions (ATF 123 I 296). En revanche, l'interdiction faite à des élèves de confession musulmane de porter le foulard en classe viole leur liberté de religion, tout du moins en l'absence d'une base légale suffisante (ATF 139 I 280).

6.5.5. Les restrictions des droits fondamentaux (art. 36 Cst.)

Dans une communauté, les intérêts des différents membres peuvent diverger ce qui provoque des **conflits entre les droits fondamentaux** des uns et ceux des autres. Par exemple, l'intérêt de (certains) fumeurs est de pouvoir allumer une cigarette en tout lieu et en tout temps.

Ces personnes pourraient donc considérer que les interdictions de fumer portent atteinte à leur liberté personnelle. En revanche, les non-fumeurs

souhaitent pouvoir respirer un air frais et sein. L'exposition à la fumée des autres pourrait porter atteinte à leur droit à l'intégrité physique. Dans un tel cas de figure, la liberté personnelle des uns entre en conflit avec celle des autres. L'Etat doit régler ce problème en pesant les différents intérêts en jeu et en choisissant la solution la plus équitable pour tous. Le plus souvent, cela implique de restreindre les droits fondamentaux d'une certaine catégorie de personnes. Dans notre exemple, la solution la plus équitable consiste à interdire la fumée dans certains lieux, en particulier dans les lieux publics, ce qui implique de restreindre la liberté personnelle des fumeurs afin de protéger la santé des non-fumeurs.

Tous les droits fondamentaux peuvent être restreints, sauf ceux qui sont considérés comme **absolus** ou **intangibles**. C'est le cas notamment de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants : ce droit est tellement essentiel qu'il ne peut être limité en aucune circonstance.

Lorsque l'Etat souhaite restreindre des droits fondamentaux, il doit impérativement respecter certaines **conditions cumulatives**. Si toutes les conditions sont remplies, la restriction est conforme à la Constitution et donc admissible ; en revanche, si l'une des conditions n'est pas remplie, la restriction n'est pas conforme à la Constitution et donc inadmissible.

Premièrement, l'Etat doit pouvoir **se baser sur une loi** ou au moins sur une ordonnance conforme à la loi.

Deuxièmement, l'Etat doit agir dans **l'intérêt public** ou pour protéger les droits fondamentaux d'autres personnes. Les intérêts publics sont des intérêts communs à une grande partie de la société, comme p. ex. la sécurité, la tranquillité, la santé, la protection de l'environnement, etc. Dans notre exemple, une interdiction de fumer dans les lieux publics se justifie par la protection de la santé des non-fumeurs.

Troisièmement, la restriction doit respecter le principe de la **proportionnalité**. Une mesure est proportionnée lorsqu'il y a un rapport raisonnable entre la restriction envisagée et l'intérêt public que l'Etat veut protéger. Une restriction n'est par exemple pas proportionnée si le but visé pouvait être atteint par des moyens moins contraignants.

Exemple :

Supposons qu'un canton souhaite interdire la détention de chiens de certaines races, considérés comme dangereux, tels que les pit-bulls, afin de protéger la santé et l'intégrité corporelle des gens. Avant de recourir à cette mesure radicale, l'Etat doit se demander si le but visé pourrait également être atteint par une mesure moins sévère. Dans un premier temps, il pourrait p. ex. envisager d'obliger les

propriétaires de certaines races de prendre des cours ou de demander une autorisation pour pouvoir posséder ce genre de chien. Une telle solution permettrait de protéger l'intérêt public visé, tout en tenant compte des intérêts des personnes souhaitant posséder un chien de ce type et serait donc plus conforme au principe de la proportionnalité. Au vu de ces alternatives, une interdiction totale peut paraître disproportionnée.

Bibliographie

- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Volume I: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3^e éd., Bâle 2015
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Volume II: Droits fondamentaux, 3^e éd., Bâle 2015

Chapitre III

Droit des personnes physiques

1. Notion de personne

Dans le langage juridique, la notion de personne est plus large que dans le langage courant. Elle comprend non seulement les êtres humains, appelés **personnes physiques**, mais également certaines entités (des sociétés, des établissements, etc.), appelées **personnes morales**⁶².

Le point commun à toutes ces personnes est que la loi leur confère des droits et des obligations. Les personnes physiques et morales sont par conséquent qualifiées de sujets de droits, alors que les choses mobilières ou immobilières sont des objets de droits⁶³.

Dans cette partie, seul le statut des personnes physiques sera analysé.

2. La capacité civile de la personne physique

La capacité civile désigne la capacité, reconnue à une personne physique, de tenir un rôle dans l'ensemble des domaines régis par le droit civil au sens large, c'est-à-dire par tout le droit privé. Ces principes sont repris dans l'ensemble de l'ordre juridique. La loi distingue deux types de capacités civiles : la première dite « passive », et la seconde dite « active ».

2.1. La capacité civile passive

2.1.1. Notion

La capacité civile passive, également appelée **jouissance des droits civils**, est la faculté de se voir attribuer des droits et des obligations (art. 11 CC). On parle de capacité civile passive, car la personne « reçoit » des droits et des obligations.

La personne qui a la capacité civile passive a également la faculté d'être partie dans un procès qui concerne ses droits et ses obligations (art. 66 CPC).

Tout être humain jouit des droits civils, de sa naissance à sa mort (art. 31 al. 1 CC). On parle d'« acquisition de la personnalité » lorsque la qualité de personne naît et de « perte de la personnalité » lorsque la qualité de personne disparaît. Pendant cet intervalle, la capacité civile passive d'une personne

⁶² Pour plus de détails, cf. chapitre VIII « Droit des obligations – Partie spéciale », ch. 1.2 et 1.3.

⁶³ Cf. chapitre VI « Droits réels », ch. 2.

existe sans interruption : le fait d'être inconscient, la détention pénale ou la faillite personnelle n'affectent pas la capacité civile passive.

2.1.2. L'acquisition de la personnalité

La personnalité commence à la **naissance accomplie de l'enfant vivant**. Les conditions sont donc les suivantes :

- **une naissance accomplie** : l'enfant doit sortir entièrement de l'utérus de sa mère, afin de constituer une entité à part entière ;
- **un enfant** : pour être titulaire de la personnalité, l'enfant doit avoir dépassé le stade de développement correspondant au fœtus. Il doit présenter un degré de maturité suffisant pour poursuivre son développement hors de l'utérus maternel (selon l'état actuel de la science médicale, on estime que cette maturité est atteinte vers la 22^e semaine de grossesse) ;
- **un enfant vivant** : l'enfant doit naître vivant, ce qui signifie qu'il doit manifester des signes de vie, ne serait-ce qu'un instant (respiration et/ou battements du cœur). Il n'est en revanche pas nécessaire que l'enfant soit viable.

Avant sa naissance, un enfant conçu possède une personnalité juridique conditionnelle, en ce sens qu'il acquiert la personnalité à condition qu'il naisse vivant. L'enfant conçu est titulaire de véritables droits et non seulement d'expectatives (art. 31 al. 2, 544 al. 1 et 605 CC).

Exemple :

Un enfant conçu n'est pas encore né, mais il a des droits. Ainsi, si ses parents divorcent, le juge doit déjà attribuer l'autorité parentale sur cet enfant⁶⁴. Celui-ci jouit également de droits de la personnalité⁶⁵. Par l'intermédiaire de son représentant légal, il peut réclamer des dommages-intérêts pour des lésions corporelles qu'il subirait. L'enfant conçu a en outre déjà la qualité d'héritier, toujours à condition qu'il naisse vivant (art. 544 al. 1 CC).

2.1.3. La perte de la personnalité

La personnalité prend fin par la **mort**.

En principe, le décès doit être constaté par un médecin. Cependant, il peut arriver qu'une personne ait disparu dans des circonstances telles que sa mort

⁶⁴ Sur cette notion, cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 9.3.2.

⁶⁵ Sur cette notion, cf. *infra* ch. 4.

peut être considérée comme certaine même si son cadavre n'a pas été retrouvé (par exemple, elle était dans un avion qui s'est abîmé en mer). Dans ce cas, la mort peut être considérée comme établie.

En dehors de ces cas, il y a des situations dans lesquelles le décès paraît probable, sans qu'il soit certain. Il en est ainsi lorsqu'une personne a disparu en danger de mort ou lorsqu'une personne absente depuis longtemps ne donne plus de nouvelles et qu'un délai d'un an à partir du danger de mort ou de cinq ans à partir des dernières nouvelles s'est écoulé.

Afin de clarifier ces situations, les personnes qui ont des droits découlant du décès (par exemple, les héritiers) peuvent adresser une requête à l'autorité compétente, afin que cette dernière prononce une **déclaration d'absence** (art. 35-38 CC).

L'autorité compétente ouvre alors une enquête et invite, par sommation dûment publiée, les personnes qui pourraient donner des nouvelles de l'absent à se faire connaître. Si la sommation est restée infructueuse, l'autorité compétente prononce la déclaration d'absence.

Une fois le décès établi, le défunt n'a plus la personnalité ; il n'a donc plus de droits et/ou d'obligations. Cependant, une certaine protection de sa personnalité perdure dans quelques domaines du droit, notamment dans le droit pénal qui protège l'honneur et le cadavre du défunt (art. 262 CP).

2.2. La capacité civile active

2.2.1. Notion

La capacité civile active, également appelée **exercice des droits civils**, est la faculté de faire produire à un comportement déterminé des effets juridiques (art. 12 CC). On parle de capacité civile active, car la personne « acquiert » des droits et « assume » des obligations par ses propres actes.

L'exercice des droits civils comprend les facultés suivantes :

- **la capacité de faire des actions produisant des effets juridiques** (par exemple, de conclure un contrat)⁶⁶ ;
- **la capacité délictuelle**, c'est-à-dire la capacité d'une personne de répondre du préjudice causé par des actions contraires au droit et fautives ou qui lui sont objectivement imputables⁶⁷ ;

⁶⁶ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 2.

- **la capacité d’ester en justice**, c’est-à-dire la possibilité de demander au juge la reconnaissance de ses droits (art. 67 CPC).

2.2.2. Les conditions

La loi n’accorde pas la capacité civile active à tous les êtres humains. Pour en bénéficier, il faut remplir les conditions suivantes (art. 13-17 CC) :

- **être majeur**, c’est-à-dire avoir 18 ans révolus ;
- **être capable de discernement**, c’est-à-dire avoir la faculté d’apprécier la portée de l’acte accompli ;
- **ne pas être sous curatelle de portée générale**⁶⁸.

La capacité de discernement comprend deux éléments (art. 16 CC) :

- **la faculté d’agir raisonnablement**, c’est-à-dire l’aptitude d’une personne à apprécier raisonnablement la signification, l’opportunité et la portée d’une action déterminée et d’agir librement ;
- **l’absence des causes d’altération** énumérées dans la loi, qui peuvent être durables ou passagères ; les **causes durables** sont le jeune âge, la déficience mentale et les troubles psychiques ; les **causes passagères** sont l’ivresse ou d’autres causes semblables.

La capacité de discernement a les caractéristiques suivantes :

- elle s’apprécie concrètement, par rapport à un acte déterminé ;
- elle est présumée, ce qui signifie que celui qui prétend qu’elle fait défaut doit le prouver.

Pour aller plus loin...

Le mariage ou la conclusion d’un partenariat enregistré entraînent des restrictions à l’exercice des droits civils, dans le sens où certains actes nécessitent le consentement du conjoint ou du partenaire enregistré (la conclusion d’un contrat de cautionnement, la résiliation du bail dont dépend le logement familial, etc.).

2.2.3. La capacité civile active des personnes capables de discernement mineures ou sous curatelle de portée générale

Les mineurs et les personnes sous curatelle de portée générale ne présentent pas un degré de maturité suffisant pour que le droit puisse attribuer à chacun

⁶⁷ *Idem*, ch. 3.

⁶⁸ Cf. *infra* ch. 5.3.1.

de leurs comportements des effets juridiques. Cependant, si une telle personne est capable de discernement, il est normal qu'elle puisse faire produire des effets juridiques à certains de ses actes.

Ainsi, en principe, une **capacité civile conditionnelle** est reconnue à la personne capable de discernement mineure ou sous curatelle de portée générale. Cela signifie que les actes de la personne concernée peuvent produire un effet juridique pour autant que son représentant légal y ait consenti (art. 19 al. 1 et 19a CC). Le consentement peut être préalable, concomitant ou postérieur (il s'agit alors d'une ratification).

Le consentement doit provenir des parents ou du tuteur d'un mineur (art. 304 et 327a ss CC) ou du curateur d'une personne sous curatelle de portée générale (art. 398 et 400 CC) (pour certains actes, l'aval de l'autorité de protection est en sus nécessaire).

Tant que le consentement n'a pas été donné, le contrat conclu par le mineur ou la personne sous curatelle de portée générale est imparfait : le cocontractant est lié, mais le mineur ou la personne sous curatelle de portée générale ne le sera que si le représentant légal consent à l'acte. Si la ratification n'a pas lieu, l'acte devient caduc (*ex tunc*) et chaque partie doit restituer ce qu'elle a reçu (art. 19b al. 1 CC).

Exemple :

Un jeune de 17 ans ne peut pas conclure un contrat de bail sans le consentement de son représentant légal. En principe, la loi n'exige pas de forme particulière pour le consentement. Il peut être donné avant la conclusion du contrat, pendant celle-ci, ou postérieurement à l'acte.

Pour certains actes, une **capacité civile inconditionnelle** est reconnue à la personne capable de discernement mineure ou sous curatelle de portée générale. Ainsi, pour les actes suivants, la personne concernée dispose d'une capacité civile active entière :

- **les acquisitions à titre purement gratuit** (art. 19 al. 2 CC), c'est-à-dire celles qui, d'après leur contenu type, ne présentent que des avantages et n'entraînent aucune charge (par exemple recevoir une donation, accepter une remise de dette) ;
- **les affaires mineures de la vie quotidienne** (art. 19 al. 2 CC), c'est-à-dire les actes que chacun est amené à conclure fréquemment pour répondre à ses besoins personnels ou sociaux (par exemple, acheter des produits alimentaires, des journaux, des tickets de bus) ;

- **l'exercice des droits strictement personnels** (art. 19c CC), c'est-à-dire les droits qui appartiennent à une personne de par sa qualité d'être humain (par exemple, consentir à un traitement médical, disposer de sa propre image, intenter une action en paternité, intenter une action en divorce) ;
- **les actes illicites** causant un préjudice à autrui (art. 19 al. 3 CC) (par exemple, casser un objet appartenant à autrui, ne pas exécuter un contrat de manière fautive)⁶⁹.

Exemples :

Un jeune de 15 ans peut acheter un ticket de cinéma sans avoir besoin de requérir le consentement de son représentant légal, car il conclut un contrat portant sur une affaire mineure de la vie quotidienne.

Un jeune de 16 ans a le droit de consentir ou de s'opposer à un traitement médical. Dans ce domaine, s'il est capable de discernement, l'adolescent dispose d'une capacité civile inconditionnelle, car il s'agit d'un droit strictement personnel.

Pour aller plus loin...

Les droits strictement personnels sont les droits qui appartiennent à une personne de par sa qualité d'être humain. Ces droits sont intimement liés à la personne et à sa vie affective. Parmi les droits strictement personnels, on distingue :

- *les droits de la personnalité (par exemple, la vie, l'intégrité corporelle, l'honneur)⁷⁰ ;*
- *le droit d'aménager ses relations familiales dans le cadre de l'ordre juridique (par exemple, le droit de se fiancer, de se marier, de se divorcer, de reconnaître un enfant) ;*
- *le droit de disposer pour cause de mort⁷¹.*

Malgré leur caractère strictement personnel, certains de ces droits doivent être autorisés par le représentant légal (par exemple, le droit de conclure des fiançailles, de se marier, de reconnaître un enfant, de rédiger un testament ou un pacte successoral).

Dans certains cas, une **capacité civile active spéciale** est reconnue à la personne capable de discernement mineure ou sous curatelle de portée générale. Ainsi, elle peut faire produire des effets juridiques à ses actes en relation avec un patrimoine séparé constitué de biens laissés à sa libre

⁶⁹ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 3.

⁷⁰ Cf. *infra* ch. 4.

⁷¹ Cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 3.1.

disposition ou de biens acquis par son travail (art. 321 et 409 CC pour les biens laissés à la disposition du mineur ou de la personne sous curatelle de portée générale ; art. 323 et 327b CC pour le fonds professionnel et le produit du travail du mineur).

Exemple :

Si un mineur exerce une activité lucrative en tant que salarié, il administre le salaire qu'il perçoit et en dispose librement. Il a en outre la capacité d'ester en justice et peut être poursuivi pour les actes conclus moyennant ce salaire.

2.2.4. Les personnes incapables de discernement

En principe, une personne incapable de discernement n'a pas la capacité de faire produire à son comportement des effets juridiques (art. 18 CC). Elle n'a ni la capacité de faire des actes juridiques, ni la capacité délictuelle, ni la capacité d'ester en justice.

L'acte qu'elle accomplit est frappé de nullité, ce qui signifie que cet acte ne produit aucun effet. En principe, la nullité est absolue :

- elle peut être invoquée en tout temps et par tout intéressé ;
- l'acte ne peut être validé ni par le représentant légal ni par l'incapable de discernement qui aurait acquis ou retrouvé la capacité civile active.

Ce principe souffre quelques exceptions :

- il ne s'applique pas en matière de **mariage** et de **dispositions pour cause de mort** (testament, pacte successoral)⁷² ; dans ces deux cas, l'acte est valable tant qu'il n'a pas été annulé par un jugement ;
- la personne incapable de discernement peut être amenée à assumer une responsabilité civile ou contractuelle et, dès lors, la **réparation totale ou partielle du préjudice causé**⁷³ : si une personne s'est trouvée dans un état d'incapacité de discernement pour une cause passagère, son devoir de réparation sera moins important si elle peut prouver qu'elle s'est trouvée dans cet état sans faute de sa part.

Exemple :

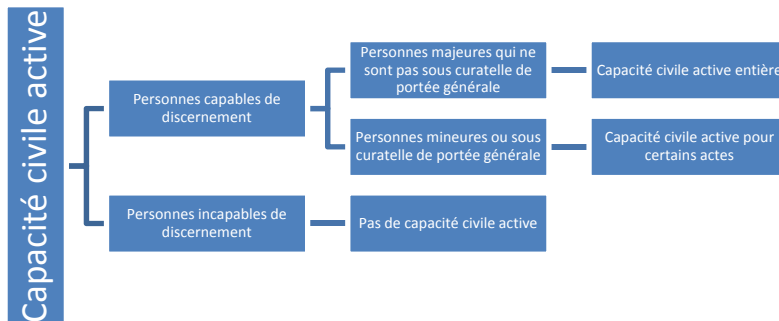
Une personne, totalement incapable de discernement du fait de l'absorption de médicaments, oublie de refermer les robinets de gaz de la cuisinière de son

⁷² Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 3 et chapitre V « Droit des successions », ch. 3.1.

⁷³ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 2 et 3.

appartement après l'avoir utilisée, ce qui provoque une explosion qui endommage une grande partie de l'immeuble. Si la personne a absorbé volontairement les médicaments, elle répond du dommage comme si elle était capable de discernement. Si elle a été droguée à son insu, elle ne répond du dommage que si l'équité l'exige (par exemple si elle possède un patrimoine considérable en comparaison à celui du lésé).

En résumé, la capacité civile active s'articule de la manière suivante⁷⁴ :



3. La personne physique dans la communauté

Une personne physique vit en société. Pour cette raison, il convient de la situer dans le corps social, c'est-à-dire dans la parenté, l'alliance, l'origine, le droit de cité, la nationalité et le domicile. La personne doit en outre avoir un nom, qui sert à l'individualiser. Toutes ces données sont inscrites à l'état civil.

3.1. La parenté et l'alliance

La parenté et l'alliance sont des institutions proches en ce sens qu'elles rattachent la personne physique à une famille. Elles se distinguent cependant par la nature du lien créé.

La parenté rattache une personne à sa famille. Sont parentes les personnes qui ont une filiation commune⁷⁵.

⁷⁴ Schéma issu de l'ouvrage suivant :
STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, p. 25.

⁷⁵ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 9.

La parenté peut se faire (art. 20 CC) :

- en ligne directe, lorsque les parents descendent l'un de l'autre ;

Exemple :

Une mère et son enfant, les grands-parents et leurs petits-enfants sont des parents en ligne directe.

- en ligne collatérale, lorsque les parents, sans descendre l'un de l'autre, descendent d'un auteur commun.

Exemple :

Les frères et sœurs, une tante et son neveu, deux cousines sont des parents en ligne collatérale.

L'alliance rattache une personne à la famille de son conjoint ou de son partenaire enregistré (art. 21 CC). Il s'agit d'un effet du mariage ou du partenariat enregistré⁷⁶.

La dissolution du mariage ou du partenariat enregistré ne fait pas cesser l'alliance. Les liens établis perdurent. En revanche, de nouveaux liens d'alliance ne peuvent plus être créés après la dissolution du mariage ou du partenariat enregistré.

Exemple :

L'épouse divorcée ne devient pas l'alliée des enfants que son ex-conjoint a d'un nouveau mariage.

3.2. L'origine, le droit de cité et la nationalité

L'origine indique l'appartenance de la personne à une collectivité publique. En Suisse, cette collectivité peut être une commune, un canton ou la Confédération. On parle dès lors de commune d'origine, de canton d'origine et d'Etat d'origine.

L'origine d'une personne est déterminée par son **droit de cité**, qui est réglé par le droit public (art. 22 CC). L'acquisition du droit de cité découle en principe de la filiation, ce qui signifie que l'enfant acquiert le droit de cité communal et cantonal du parent dont il porte le nom (art. 267a et 271 al. 1 CC).

Le droit de cité est un lien particulier qui unit une personne à une commune et à un canton. La possession d'un droit de cité communal confère

⁷⁶ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 3 et 7.

automatiquement le droit de cité du canton dans lequel la commune est située et la **nationalité** suisse.

Pour aller plus loin...

La nationalité suisse peut être acquise par le seul effet de la loi ou par une décision de l'autorité (pour plus de détails, cf. la Loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse).

L'acquisition par le seul effet de la loi intervient dans les situations suivantes :

- *l'enfant est issu de **deux conjoints suisses** ;*
- ***l'un des parents** de l'enfant est de nationalité suisse ;*
- *l'enfant est **trouvé** sur le territoire suisse.*

L'acquisition par décision de l'autorité intervient dans plusieurs situations.

- ***En cas de naturalisation ordinaire*** : cette procédure vise à octroyer la nationalité suisse à une personne étrangère. Cette personne doit tout d'abord faire une **demande d'autorisation de naturalisation** auprès de l'Office fédéral de la police qui l'accordera s'il estime que la personne est apte à devenir suisse, en particulier si elle est intégrée dans la communauté suisse, si elle s'est accoutumée au mode de vie et aux usages suisses, si elle se conforme à l'ordre juridique suisse et si elle ne compromet pas la sûreté intérieure ou extérieure de la suisse. Cette personne doit en outre avoir résidé en Suisse pendant douze ans, dont trois au cours des cinq années qui précèdent la requête. Une fois l'autorisation obtenue, le requérant peut faire une **demande de naturalisation** auprès de l'autorité cantonale.
- ***En cas de naturalisation facilitée*** : cette procédure vise à octroyer la nationalité suisse notamment au conjoint étranger d'un ressortissant suisse, aux enfants apatrides et aux enfants ayant un parent naturalisé. La demande doit être adressée à l'Office fédéral de la police. La naturalisation facilitée est accordée à condition que le requérant se soit intégré en Suisse, se conforme à la législation suisse et ne compromette pas la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse. Le conjoint d'un ressortissant suisse doit en outre avoir résidé cinq ans sur le territoire suisse, y résider depuis une année avant la demande de naturalisation et avoir vécu trois ans en communauté conjugale avec le conjoint suisse.
- ***En cas de réintégration*** : cette procédure permet à une personne qui avait la nationalité suisse et qui l'a perdue (par exemple, un enfant né à l'étranger de parents dont l'un au moins est Suisse acquiert la nationalité suisse, mais la perd à 22 ans révolus s'il a encore une autre nationalité et qu'il n'a pas déclaré par écrit vouloir conserver la nationalité suisse), de demander la réintégration de la nationalité suisse.

Celle-ci sera accordée si la personne entretient des liens avec la Suisse, se conforme à la législation suisse et ne compromet pas la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse.

3.3. Le domicile

Le domicile indique le rattachement d'une personne à un lieu. Toute personne doit nécessairement avoir un domicile, mais personne ne peut avoir plus qu'un domicile (art. 23 al. 2 CC).

Trois types de domiciles peuvent être mentionnés.

Le domicile volontaire (art. 23 al. 1 CC) : il s'agit du domicile librement choisi par la personne concernée. Sa constitution est soumise aux conditions suivantes :

- la personne doit résider à cet endroit, ce qui suppose un séjour d'une certaine durée et la création d'un rapport de fait particulièrement étroit entre la personne et le lieu choisi ;
- la personne doit avoir l'intention de s'établir à cet endroit pour une certaine durée ; cette intention doit ressortir des circonstances extérieures et objectives et être reconnaissable pour un tiers.

Exemple :

Une personne habite à Corcelles. Elle y a déposé ses papiers et est propriétaire de la maison dans laquelle elle vit. Elle travaille dans le village voisin. Ses parents habitent également à Corcelles. Au vu de la situation, on peut admettre que cette personne a constitué son domicile volontaire dans ce village.

Le domicile légal : la loi fixe de manière impérative le domicile de certaines personnes, indépendamment du lieu où elles se trouvent effectivement. Ainsi :

- le mineur sous l'autorité parentale de ses parents a son domicile au domicile de ces derniers (respectivement au domicile de celui de ses parents qui a la garde sur l'enfant si les parents sont séparés ou divorcés⁷⁷). Le mineur sous tutelle a son domicile au siège de l'autorité de protection de l'enfant (art. 25 CC) ;
- le majeur sous curatelle de portée générale a son domicile au siège de l'autorité de protection de l'adulte (art. 26 CC).

⁷⁷ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 6.1.2.

Le domicile fictif : puisqu'il est nécessaire d'avoir un domicile, la loi prévoit comment déterminer un domicile fictif aux personnes qui n'auraient pas de domicile volontaire ou légal. Ainsi :

- une personne garde son domicile aussi longtemps qu'elle n'en a pas créé de nouveau (art. 24 al. 1 CC) ;
- si le domicile antérieur ne peut pas être établi ou si une personne était domiciliée à l'étranger, son lieu de résidence, c'est-à-dire l'endroit dans lequel elle vit sans forcément avoir l'intention de s'y établir, est considéré comme son domicile (art. 24 al. 2 CC).

Pour aller plus loin...

La notion de domicile remplit plusieurs fonctions. Elle permet notamment de déterminer :

- *dans quel endroit une demande en justice doit être introduite (en Suisse ou à l'étranger, dans quel canton et dans quel arrondissement de Tribunal). Il s'agit de déterminer le for de l'action (art. 10 CPC) ;*
- *quelle est la loi applicable à un litige ou à un rapport juridique (le droit suisse ou le droit étranger, la loi de quel canton). Il s'agit de déterminer le droit applicable ;*
- *quelles autorités sont compétentes (par exemple, l'autorité du domicile des époux a qualité pour demander l'annulation du mariage) ;*
- *quel est le lieu d'exécution d'une obligation (une créance d'argent est payable au domicile du créancier, art. 74 al. 2 ch. 1 CO).*

3.4. Le nom

Le nom permet d'individualiser une personne au sein de la société. Il comprend le nom de famille et le prénom.

En plus de sa fonction d'individualisation, le **nom de famille** montre le lien de filiation de la personne avec l'un de ses parents, dans le sens où ce nom est toujours le nom de célibataire de la mère ou du père.

Le **prénom** permet de distinguer une personne au sein de sa famille. Il indique en général le sexe de son titulaire. Si les parents sont mariés, ils choisissent ensemble le prénom de leur enfant (art. 301 al. 4 CC ; art. 37c al. 1 OEC). Si tel n'est pas le cas, le droit de choisir le prénom appartient à la mère, à moins que les parents détiennent l'autorité parentale conjointe (art. 37c al. 1 *in fine* OEC).

Les parents ne sont pas totalement libres dans le choix du prénom de leur enfant. L'officier de l'état civil peut en effet refuser d'inscrire un prénom si ce dernier est de nature à gêner inutilement l'enfant dans l'épanouissement de sa personnalité (art. 37c al. 3 OEC). Les prénoms ridicules (par exemple, Mimi, Coco, Bébé) ou les noms de choses ne doivent pas être inscrits comme prénoms.

En principe, un individu ne peut pas changer de nom. Cependant, s'il y a des motifs légitimes, le gouvernement du canton de domicile peut autoriser une personne à le faire (art. 30 al. 1 CC).

Pour aller plus loin...

*Les motifs légitimant un changement de nom peuvent concerner le **nom lui-même**.*

- *Le nom est **odieux, ridicule ou choquant** (par exemple, Crétin, Bœuf, Saloz, mais pas Löffel).*
- *Le nom est de nature à causer un **préjudice sérieux** et durable ou à porter atteinte à un **intérêt d'ordre moral, spirituel ou affectif** (par exemple, un adulte qui a porté depuis ses quinze ans le nom de son ex-beau-père et qui veut reprendre le nom de son père biologique et le transmettre à son épouse).*
- *Le nom est **tristement célèbre** (par exemple, Landru).*
- *Les motifs peuvent également provenir de la **discordance entre le nom et la situation sociale**. Ainsi, dans certains cas, un enfant qui est élevé par une personne portant un autre nom que le sien peut changer de nom et acquérir celui de cette personne (enfant vivant chez des parents nourriciers, enfant dont les parents vivent en union libre, enfant de parents divorcés). De la même manière, une personne étrangère qui a demandé sa naturalisation peut avoir intérêt à changer de nom si celui-ci est difficile à prononcer ou à écrire.*
- *Les motifs peuvent enfin provenir de la **discordance entre le nom et la situation personnelle**. Tel est par exemple le cas d'une personne ayant la conviction, pendant une période assez longue, d'appartenir au sexe opposé. La personne peut alors être autorisée à changer de (pré)nom.*

3.5. Le registre de l'état civil

L'état civil est un service public qui a pour but d'assurer la constatation écrite de certains faits qui ont une portée juridique. Les cantons sont chargés de former des arrondissements (art. 49 CC). Dans chaque arrondissement se trouve un office de l'état civil, placé sous la responsabilité d'un **officier de l'état civil**.

A l'heure actuelle, il n'existe plus de registres sur papier (art. 39 al. 1 CC). La Confédération exploite, en collaboration avec les cantons et grâce à leur financement, une banque de données centrale appelée Infostar. Ce registre électronique est désormais l'unique instrument de tenue de l'état civil.

La banque de données centrale comprend l'ensemble des données nécessaires pour définir l'état civil d'une personne. Sont enregistrés (art. 39 al. 2, 361 al. 3 et 449c CC ; cf. en outre l'OEC) :

- **la naissance** (nom, prénom, date et lieu de naissance, sexe, filiation, droit de cité et nationalité) ;
- **le décès** (date et lieu du décès, déclaration d'absence) ;
- **le mariage et le partenariat enregistré** (date, le cas échéant nom de famille commun, dissolution du mariage ou du partenariat enregistré, motif de celle-ci) ;
- **les données relatives à la protection de l'adulte** (mandat pour cause d'inaptitude⁷⁸, curatelle de portée générale ordonnée en raison d'une incapacité durable de discernement⁷⁹).

4. Les droits de la personnalité

4.1. Notion

Les droits de la personnalité désignent l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne du fait de son existence. Ils comprennent son **intégrité corporelle**, sa **vie psychique**, son **honneur**, son **domaine secret**, etc.

4.2. Types

Il n'existe pas de catalogue des droits de la personnalité. C'est la jurisprudence qui est chargée de déterminer le contenu de la notion de droit de la personnalité. Elle a élaboré les catégories suivantes.

4.2.1. Les droits de la personnalité physique

Les droits de la personnalité physique appartiennent à une personne de par sa seule existence physique. Il s'agit notamment :

⁷⁸ Cf. *infra* ch. 5.1.

⁷⁹ Cf. *infra* ch. 5.3.

- du droit à la **vie** ;
- du droit à l'**intégrité corporelle** ;
- du droit à la **liberté de mouvement** ;
- du droit à la **liberté sexuelle** ;
- du droit de **disposer du sort de son cadavre**.

4.2.2. Les droits protégeant la personnalité affective

Les droits protégeant la personnalité affective permettent de défendre les liens affectifs qu'une personne nourrit envers une autre personne. Ces droits comprennent notamment :

- le droit aux **relations avec les proches** ;

Exemples :

A certaines conditions, un enfant a le droit de connaître l'identité de ses parents.

L'enfant et le parent qui n'en a pas la garde peuvent exiger la fixation d'un droit de visite et son exercice régulier (par exemple, l'enfant va un week-end toutes les deux semaines chez le parent non gardien). Le juge ne peut renoncer à accorder un tel droit de visite que si ce dernier met en danger le bien de l'enfant.

- le droit à la **piété filiale**, qui concerne le droit des proches d'agir en protection de l'honneur ou de l'image d'une personne défunte ;

Exemple :

A défaut de dispositions spéciales prises par le défunt de son vivant, les proches de celui-ci ont le droit de décider du sort de son cadavre.

- le droit au **respect de sa vie affective**.

Exemple :

Un amant qui entretient une liaison avec une personne mariée trouble une relation d'une qualité particulière pour l'autre conjoint et porte dès lors atteinte à sa vie affective. Par conséquent, l'amant peut être actionné en réparation du tort moral et même en dommages-intérêts par l'époux trompé⁸⁰.

4.2.3. Les droits protégeant la personnalité sociale

Les droits protégeant la personnalité sociale sont les suivants :

⁸⁰ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 3.

- le droit au **nom**, qui protège le nom d'une personne contre toute usurpation ou déformation ;

Exemple :

Pierre Jordan se fait appeler Jonathan Durand. Le véritable Jonathan Durand peut ouvrir une action en justice contre Pierre Jordan, afin que le juge lui interdise d'utiliser le nom de Jonathan Durand pour se désigner.

- le droit à l'**honneur**, qui assure à toute personne le droit au respect de sa dignité humaine et à la considération de ses semblables. Il garantit à toute personne le respect de sa réputation de personne honnête pour son comportement dans la vie privée ou publique ;

Exemple :

Le fait de mettre une liste de mauvais payeurs à la disposition d'un nombre indéterminé de personnes constitue une atteinte à l'honneur des personnes dont le nom figure sur la liste.

- le droit au **respect de la vie privée** ; chaque personne doit pouvoir librement décider dans quelle mesure elle veut prendre part à la vie en société ou s'en tenir à l'écart ;

Exemple :

Une personne ayant commis un crime de nombreuses années auparavant et ayant purgé sa peine peut se plaindre d'une atteinte à sa vie privée, si une émission de radio diffuse un documentaire consacré à son portrait de criminel.

Pour aller plus loin...

Il existe trois sphères de la vie humaine.

- **La vie intime**, qui représente les faits et gestes qui doivent être soustraits à la connaissance d'autrui, à l'exception des personnes auxquelles ces faits ont été spécialement confiés. Il peut s'agir de faits liés à la santé d'une personne, de conflits familiaux, de secrets financiers, de préférences en matière sexuelle, etc.
- **La vie privée**, qui comprend les événements que chacun veut partager avec un nombre restreint d'autres personnes auxquelles il est attaché par des liens relativement étroits, comme ses proches, ses amis ou ses connaissances. Il s'agit des événements qui se déroulent dans la maison ou l'appartement d'un particulier, de faits accomplis en public sans volonté d'attirer l'attention (faire du shopping, manger dans un restaurant, etc.). Le droit à sa propre image et le droit sur sa voix font également partie de la vie privée. Ainsi, une photographie ou un enregistrement ne peuvent être effectués, publiés ou utilisés

sans droit, aussi longtemps qu'ils appartiennent au domaine privé de la personne concernée. Même lorsque l'intéressé a donné son accord pour leur diffusion, celle-ci constitue une atteinte dès qu'elle a lieu hors du cadre prévu.

- **La vie publique** qui est accessible à la connaissance de quiconque (par exemple, l'adresse d'une personne ou sa profession, de même que les renseignements contenus dans des registres publics).

En principe, seules les sphères intime et privée sont protégées par l'art. 28 CC. En outre, pour les personnes publiques, ces sphères ne sont pas protégées aussi strictement pour les événements qui concernent leur activité publique ou qui sont à l'origine de leur célébrité.

- le droit de la **personnalité de l'auteur de productions littéraires et artistiques**, qui est le droit de revendiquer la paternité d'une œuvre, de divulguer une œuvre au public et de s'opposer aux atteintes à l'intégrité d'une œuvre ;

Exemple :

Un artiste enregistre une chanson dont il a composé les paroles et la mélodie. Il l'envoie à une maison de production pour lui demander de le produire. Cette dernière refuse, mais transmet l'enregistrement à une tierce personne qui s'en approprie la paternité.

- le droit à la **liberté économique**.

Exemple :

Toute personne a le droit d'exercer librement, dans les limites de l'ordre public, une activité économique qui lui permette d'acquérir des moyens d'existence pour elle et les siens.

4.3. La sanction d'une violation d'un droit de la personnalité

La personne qui a subi une atteinte à ses droits de la personnalité a deux moyens à sa disposition (art. 28 ss CC) :

- elle peut se défendre, en demandant l'interdiction ou la cessation de l'atteinte ;
- si l'atteinte a causé un préjudice, elle peut en outre demander la réparation du dommage et/ou du tort moral subi selon les règles de la responsabilité civile⁸¹.

⁸¹ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 3.

5. La protection de l'adulte

En principe, les personnes physiques sont capables de défendre elles-mêmes leurs intérêts personnels et matériels.

Il arrive cependant que certaines personnes aient besoin d'une protection spéciale ou d'assistance. L'intervention d'une autorité publique, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (ci-après : l'autorité de protection), est ainsi nécessaire pour assister des adultes qui n'ont pas la capacité civile active⁸² ou qui sont empêchés d'agir pour d'autres causes, comme la maladie, l'âge, l'absence, etc.

Dans certains cas, l'autorité peut se limiter à prendre des mesures ponctuelles. C'est notamment le cas lorsque la personne concernée a pris elle-même, de manière anticipée, des dispositions applicables dans le cas où elle perdrait la capacité de discernement⁸³ ou lorsque ses proches peuvent assurer la protection et l'assistance adéquates. Dans les autres cas, l'intervention doit être plus étendue.

Pour le surplus, la loi distingue les **mesures privées**, qui sont des mesures personnelles anticipées (mandat pour cause d'inaptitude et directives anticipées), des **mesures publiques**, qui sont prises par l'autorité de protection (curatelle et placement à des fins d'assistance).

5.1. Le mandat pour cause d'inaptitude

Le mandat pour cause d'inaptitude est régi par les art. 360-369 CC. Il permet à une personne de régler, de manière globale et anticipée, sa propre prise en charge au cas où elle perdrait sa capacité de discernement. Elle peut ainsi désigner une ou plusieurs personnes qui pourront lui fournir une assistance personnelle, gérer son patrimoine ou la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers, au cas où elle perdrait sa capacité de discernement.

Le mandataire peut être une personne physique ou morale (par exemple, une association, une fondation, une banque ou une société fiduciaire).

Le mandant doit **définir les tâches** du mandataire. Il peut en outre **prévoir des instructions** sur la façon de les exécuter. Le mandant peut ainsi exprimer sa volonté quant aux soins qui lui seront administrés ou à la façon dont son patrimoine doit être géré.

⁸² Cf. *supra* ch. 2.2.

⁸³ Cf. *supra* ch. 2.2.2.

Les conditions suivantes sont nécessaires à l'établissement d'un mandat pour cause d'inaptitude :

- la personne qui rédige le mandat pour cause d'inaptitude doit avoir l'**exercice des droits civils**⁸⁴ ;
- le mandat pour cause d'inaptitude doit être fait en la **forme olographe**, c'est-à-dire être entièrement écrit, daté et signé de la main du mandant, ou en la **forme authentique**, c'est-à-dire être établi par un officier public (un notaire)⁸⁵ ;
- le mandant peut faire **inscrire auprès de l'office de l'état civil** le fait qu'il existe un mandat pour cause d'inaptitude. Cette inscription n'est pas une condition de validité du mandat, mais un moyen efficace de garantir que l'autorité aura connaissance du mandat.

Le mandat pour cause d'inaptitude produit ses effets si trois conditions cumulatives sont remplies :

- l'incapacité de discernement est survenue et a été **constatée par l'autorité de protection** ;
- l'autorité de protection a **validé le mandat**. Elle doit notamment s'assurer que les conditions de validité du mandat pour cause d'inaptitude sont remplies et que la personne désignée est apte à remplir son mandat. Elle doit en outre prendre d'autres mesures de protection si cela est nécessaire ;
- le mandat a été accepté par le mandataire.

Les devoirs et les obligations du mandataire et du mandant sont en principe régis par les règles sur le mandat simple⁸⁶. Le mandataire doit toutefois demander l'accord de l'autorité de protection pour certains actes. En outre, une disposition spéciale prévoit la rémunération du mandataire pour le cas où le contrat de mandat ne la prévoirait pas (art. 366 CC).

L'autorité de protection peut être amenée à intervenir pour interpréter ou compléter le mandat ou lorsque les intérêts du mandant sont compromis (par exemple, si le mandataire ne fait pas preuve de la diligence requise, s'il devient lui-même incapable de discernement). L'intervention a lieu d'office ou sur requête d'un proche du mandant.

⁸⁴ Cf. *supra* ch. 2.2.

⁸⁵ Cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 3.1.

⁸⁶ Cf. chapitre VIII « Droit des obligations – Partie spéciale », ch. 5.

Le mandat pour cause d'inaptitude prend fin par la mort de l'une des parties, par le recouvrement de la capacité de discernement du mandant ou par la résiliation du mandat.

5.2. Les directives anticipées

Les directives anticipées sont traitées aux art. 370-373 CC. Elles permettent à une personne capable de discernement :

- de **donner son consentement** à un traitement ou à des soins médicaux ;
- de **les refuser** de manière anticipée ;
- de **désigner une personne physique** qui prendra les décisions nécessaires à sa place, pour le cas où elle serait incapable de discernement au moment où elle devrait être amenée à se prononcer sur ces questions.

Les directives anticipées peuvent être très précises et énumérer de manière détaillée les mesures que l'auteur désire ou non. Elles peuvent aussi être plus générales et, par exemple, se limiter à énoncer des souhaits sur un type de soins (traditionnels ou alternatifs) ou concerner uniquement la situation de fin de vie. Les directives anticipées peuvent également concerner d'autres éléments, comme le prélèvement ou le don d'organes.

*Exemple de directives anticipées*⁸⁷ :

« Pour le cas où je deviendrais incapable de discernement, j'aimerais que l'on prenne d'abord toutes les mesures médicalement indiquées pour me permettre de recouvrer ma capacité de discernement et mon état de santé antérieur. Si, après examen médical approfondi, il s'avère impossible ou improbable que je recouvre ma capacité de discernement, je demande que l'on renonce alors à toutes les mesures qui n'auront pour seule conséquence que de prolonger ma vie et mes souffrances. Je désire en tous les cas que l'on soigne activement mes douleurs et tous les autres symptômes accablants tels que la peur, l'agitation, la détresse respiratoire et les nausées.

Plusieurs conditions doivent être remplies pour que les directives anticipées soient valables.

- L'auteur des directives anticipées doit être **capable de discernement**⁸⁸. La capacité civile active⁸⁹ n'est pas nécessaire

⁸⁷ Source : modèle de directives anticipées établies par la FMH et l'ASSM.

⁸⁸ Cf. *supra* ch. 2.2.2.

puisque les directives anticipées constituent des dispositions sur l'intégrité corporelle et concernent à ce titre un droit strictement personnel. Un mineur ou une personne sous curatelle de portée générale peuvent ainsi faire des directives anticipées⁹⁰.

- Les directives anticipées doivent revêtir la **forme écrite** et être datées et signées par leur auteur. Un document préformulé que l'auteur complète en inscrivant à la main la date et en le signant est suffisant.
- L'auteur des directives anticipées peut **faire inscrire sur sa carte d'assuré** la constitution et le lieu de dépôt de ses directives. Cette inscription n'est pas une condition de validité, mais elle permet de s'assurer que le médecin aura connaissance des directives.

Les directives anticipées produisent leurs effets lorsque leur auteur est devenu incapable de discernement et que cette incapacité a été **constatée par le médecin**. L'autorité de protection n'intervient donc pas directement pour examiner cette question. Lorsque le médecin constate l'incapacité de discernement d'un patient, il a l'obligation de consulter la carte d'assuré de ses patients pour savoir s'ils ont rédigé des directives anticipées.

Une fois que le médecin a connaissance des directives anticipées, il **doit les respecter**, sauf si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée.

L'autorité de protection n'intervient en principe pas, à moins qu'un proche en fasse la requête par écrit. Une telle requête peut être présentée notamment lorsque :

- les directives anticipées ne sont pas respectées par le médecin ;
- les intérêts du patient sont en jeu ou risquent de l'être ;
- les directives anticipées ne sont pas l'expression véritable de la libre volonté du patient.

5.3. La curatelle

5.3.1. Notion et différents types de curatelle

La curatelle est la mesure que l'autorité de protection prend généralement lorsqu'elle est appelée à venir en aide à une personne (art. 388 CC).

⁸⁹ Cf. *supra* ch. 2.2.

⁹⁰ Cf. *supra* ch. 2.2.3.

Une curatelle ne peut être instituée que dans deux cas (art. 390 CC) :

- lorsque l'**état de faiblesse personnelle d'une personne majeure** le justifie (déficience mentale, troubles psychiques, autre état semblable, etc.) ;
- lorsqu'un **motif empêche une personne majeure d'agir elle-même** (incapacité de discernement passagère, absence, etc.).

La loi prévoit plusieurs types de curatelle, qui varient selon le degré de besoin de protection de la personne concernée et confèrent au curateur des compétences plus ou moins étendues. Elles sont classées dans la loi, de la plus légère à la plus incisive.

- **La curatelle d'accompagnement** (art. 393 CC) consiste uniquement à octroyer à la personne concernée une assistance en vue d'accomplir certains actes. Le curateur apporte aide et conseils pour effectuer certaines démarches ou organiser la vie quotidienne de la personne, mais il n'a ni le pouvoir de la représenter ni le pouvoir de gérer son patrimoine. Une telle curatelle ne peut être instituée qu'avec le consentement de la personne concernée et elle ne limite pas l'exercice des droits civils.

Exemple :

Le curateur aide la personne concernée à accomplir des démarches administratives.

- **La curatelle de représentation** (art. 394 s. CC) peut être instituée pour certains actes (dans ce cas, l'autorité de protection doit déterminer si le pouvoir de représentation du curateur porte sur l'ensemble des actes juridiques que doit accomplir la personne ou seulement sur un groupe plus limité d'actes) ou pour la gestion d'un patrimoine (dans ce cas, l'autorité de protection doit définir quels sont les biens soumis à la gestion du curateur et l'étendue des pouvoirs de gestion de celui-ci). La curatelle de représentation, sous ses deux formes, ne prive pas la personne concernée de l'exercice des droits civils⁹¹, mais elle peut limiter cet exercice, dans la mesure où le curateur se voit attribuer des pouvoirs de représentation.

Exemple :

Le curateur peut être chargé de représenter la personne concernée en justice ou de signer un contrat à sa place. Il peut également être prévu que le

⁹¹ Cf. *supra* ch. 2.2.

curateur gère la fortune de la personne concernée ou certains de ses comptes bancaires.

- **La curatelle de coopération** (art. 396 CC) soumet certains actes de la personne concernée à l'exigence du consentement du curateur. Les actes concernés ne sont valables que moyennant ce consentement. La personne concernée n'est pas privée de l'exercice des droits civils, mais cet exercice est limité par rapport à certains actes. L'autorité de protection doit établir la liste des actes pour lesquels le consentement du curateur est nécessaire. Ce type de curatelle nécessite une coopération entre le curateur et la personne concernée, ce qui implique qu'elle ne peut pas être instituée pour une personne absente ou durablement incapable de discernement.

Exemple :

La personne concernée a besoin du consentement du curateur pour signer un contrat de bail, pour obtenir une carte de crédit, etc.

- **La curatelle de portée générale** (art. 398 CC) recouvre tous les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers. Une telle curatelle entraîne la perte de l'exercice des droits civils⁹² pour la personne concernée. Cette dernière conserve cependant une partie de sa capacité civile active, dans la mesure où elle est capable de discernement⁹³. Ce type de curatelle a en outre d'autres effets, notamment quant à l'acquisition d'un domicile légal au siège de l'autorité de protection⁹⁴ et à la perte de l'autorité parentale⁹⁵.

5.3.2. Le choix de la mesure

La curatelle choisie doit permettre d'atteindre le but de protection recherché. Si plusieurs curatelles paraissent aptes à atteindre ce but, il faut choisir **la plus légère** (art. 389 al. 2 CC).

Les différentes curatelles énumérées dans la loi donnent un cadre de référence. En revanche, le **contenu concret de la curatelle choisie est fixé par l'autorité de protection**. Ainsi, les tâches du curateur et la limitation de la liberté de la personne concernée dépendent du cas d'espèce. Cette manière

⁹² Cf. *supra* ch. 2.2.

⁹³ Cf. *supra* ch. 2.2.3.

⁹⁴ Cf. *supra* ch. 3.3.

⁹⁵ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 9.3.2.

de procéder assure à la curatelle son caractère flexible et modulable en fonction des circonstances du cas d'espèce.

5.3.3. Le curateur

Le curateur est chargé d'assister celui qui a besoin d'aide et de le représenter dans ses rapports juridiques avec les tiers. Pour cette raison, il est nécessaire que le curateur remplisse les conditions suivantes (art. 400-404 CC) :

- il doit être une **personne physique** ;
- il doit avoir l'**exercice des droits civils**⁹⁶ ;
- il ne doit **pas lui-même faire l'objet d'une curatelle**, même si celle-ci ne supprime pas l'exercice des droits civils⁹⁷ ;
- il doit être **apte à remplir sa fonction**, c'est-à-dire fournir à la personne concernée l'aide et la protection dont elle a besoin. Il doit donc posséder les aptitudes et les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées et disposer du temps nécessaire pour les accomplir et les exécuter en personne (ainsi, une curatelle comprenant la gestion de biens patrimoniaux exige du curateur des compétences financières, se traduisant par exemple par un brevet de comptable) ;
- il ne doit **pas être incompatible** à la personne concernée, en ce sens qu'il ne doit pas y avoir de conflits d'intérêts potentiels entre les deux personnes (un conflit d'intérêts existe notamment si un procès est en cours entre le curateur et la personne concernée) ;
- il ne doit **pas faire partie d'une autorité de protection**, car cette dernière a un devoir de surveillance du curateur.

La personne à protéger peut proposer comme curateur une personne de son choix. L'autorité de protection est liée par cette proposition dans la mesure où la personne proposée remplit les conditions légales et accepte le mandat.

En principe, toute personne désignée comme curateur par l'autorité de protection a le devoir d'accepter le mandat, à moins qu'elle ait de justes motifs pour le refuser (par exemple, de lourdes charges professionnelles ou familiales, l'exercice de fonctions public, le grand âge, l'infirmité).

⁹⁶ Cf. *supra* ch. 2.2.

⁹⁷ Cf. *supra* ch. 5.3.1

5.4. Le placement à des fins d'assistance

Le placement à des fins d'assistance est traité aux art. 426-439 CC. Il s'agit d'une mesure de protection spéciale, par laquelle une autorité place ou retient une personne dans une institution appropriée, afin que lui soit apportée l'aide exigée par son état.

Pour aller plus loin...

Les règles sur le placement à des fins d'assistance s'appliquent par analogie au placement d'une personne à des fins d'expertise psychiatrique (art. 449 al. 2 CC) ainsi qu'au placement d'un enfant mineur dans un établissement fermé ou psychiatrique (art. 314b al. 1 et 327c al. 3 CC).

Le placement à des fins d'assistance ne peut intervenir qu'aux conditions cumulatives suivantes :

- la personne concernée fait l'objet de **troubles psychiques** (notamment une psychose, une dépendance, de graves troubles du comportement, une démence), d'une **déficiences mentale** ou d'un **grave état d'abandon** ;
- l'aide ou le traitement nécessaires **ne peuvent pas être fournis à la personne concernée d'une autre manière**. D'autres mesures, comme l'aide de l'entourage, l'aide sociale, un traitement ambulatoire, doivent avoir été (ou paraître d'emblée) inefficaces ;
- il existe une institution appropriée.

Il appartient en principe à l'autorité de protection de prendre cette mesure. Les cantons ont toutefois la possibilité de désigner des médecins qui disposent du droit d'ordonner un placement de durée limitée. Le médecin-chef de l'institution de placement a en outre la compétence d'ordonner le maintien d'une personne au sein de l'institution.

Bibliographie

- GUILLOD OLIVIER, Droit des personnes, 4^e éd., Bâle 2015
- STEINAUER PAUL-HENRI, FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014

Chapitre IV

Droit de la famille

1. Notion de famille

A l'heure actuelle, il est difficile de définir une fois pour toutes la notion de famille. En effet, ces dernières décennies, les structures familiales ont connu d'importants bouleversements et les modèles familiaux se sont multipliés. À côté de la famille traditionnelle, composée d'un couple marié et de ses enfants communs, il existe désormais la famille monoparentale, la famille recomposée, la famille homoparentale, etc.

Cette présentation reprendra, en l'élargissant, la systématique du Code civil. Ainsi, **les relations entre les époux** seront dans un premier temps examinées (les fiançailles, la conclusion du mariage, les régimes matrimoniaux, l'union conjugale et la dissolution du mariage). D'autres institutions, comme **le partenariat enregistré et le concubinage**, seront également présentées. Dans un second temps, **les relations entre les parents et leurs enfants** seront traitées (la filiation et les mesures de protection de l'enfant).

2. Les fiançailles

Les fiançailles sont régies par les art. 90-93 CC. Le contrat de fiançailles est le contrat par lequel un homme et une femme manifestent leur volonté de se marier ultérieurement et de former dans l'intervalle des liens presque familiaux.

La loi ne pose aucune exigence de forme pour ce contrat. Il peut être conclu en la forme authentique (c'est-à-dire devant un notaire), écrite, orale ou tacite. Un simple geste symbolique suffit (par exemple, l'acceptation d'une bague de fiançailles).

Le contrat de fiançailles est valable si certaines conditions cumulatives sont remplies.

- Les deux fiancés doivent avoir la **capacité de discernement**⁹⁸. À cette condition, même des mineurs ou des personnes sous curatelle de portée générale peuvent se fiancer.
- Bien que le droit de se fiancer soit un droit strictement personnel, le fiancé mineur doit avoir le **consentement** de son représentant légal⁹⁹. À défaut, les fiançailles ne produisent aucun effet juridique pour le fiancé mineur, mais engagent l'autre fiancé, si ce dernier est majeur et

⁹⁸ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 2.2.2.

⁹⁹ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 2.2.3.

capable de discernement. En revanche, la personne sous curatelle de portée générale¹⁰⁰ peut se fiancer valablement sans le consentement de son curateur.

- Il ne doit **pas exister d'empêchement définitif au mariage**. La promesse de mariage est nulle si elle est échangée entre deux personnes qui, à cause d'un empêchement définitif au mariage, ne pourront jamais se marier (par exemple, le mariage entre un père et sa fille est interdit¹⁰¹).

Les fiançailles n'ont aucun effet sur le statut personnel des fiancés. Leur communauté de vie entraîne cependant des conséquences juridiques. Ainsi, les fiancés sont déjà tenus par **certaines obligations** analogues à celles des personnes mariées¹⁰². Ils ont notamment des obligations de fidélité et d'assistance.

En principe, les fiançailles prennent fin par le mariage. Cependant, chaque fiancé peut **rompre sa promesse**. Il s'agit d'un droit strictement personnel qu'un mineur¹⁰³ ou une personne sous curatelle de portée générale¹⁰⁴ peut exercer sans le consentement de son représentant légal.

En principe, le fiancé qui rompt les fiançailles n'encourt pas de sanctions civiles. La loi accorde cependant deux facultés aux fiancés, si l'un d'eux rompt les fiançailles :

- le droit de demander la **restitution des présents**, même si ces derniers ne sont pas liés au fait que les fiancés allaient se marier. La demande doit être faite dans le délai d'un an dès la rupture des fiançailles ;
- le droit de demander une **participation financière** aux frais engagés en vue du mariage (par exemple, l'achat d'habits pour le mariage, la location d'une salle). Le montant reçu ne correspond pas au remboursement de toutes les dépenses engagées, mais seulement à une participation financière appropriée.

¹⁰⁰ *Idem*, ch. 5.3.1.

¹⁰¹ Pour les détails, cf. *infra* ch. 3.1.

¹⁰² Cf. *infra* ch. 5.1.

¹⁰³ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 2.2.3.

¹⁰⁴ *Idem*, ch. 5.3.1.

3. La conclusion du mariage

La conclusion du mariage suppose que les conditions du mariage soient remplies et que la procédure de mariage ait été suivie.

3.1. Les conditions du mariage

La conclusion du mariage est soumise à trois conditions cumulatives (art. 94-96 CC) : les époux doivent avoir la capacité matrimoniale, la volonté de former une union conjugale et il ne doit pas exister de cause d'empêchement au mariage.

Tout d'abord, la personne qui veut se marier doit jouir de la **capacité matrimoniale**, qui comprend les éléments suivants :

- avoir 18 ans révolus ;
- être capable de discernement¹⁰⁵ : à cette condition, la personne sous curatelle de portée générale¹⁰⁶ peut se marier sans le consentement de son curateur.

Ensuite, les époux doivent avoir la **volonté de former une union conjugale**. Le mariage étant un contrat, les époux doivent manifester réciproquement et de manière concordante une volonté réelle et sérieuse de se marier.

Pour aller plus loin...

En pratique, les officiers de l'état civil se trouvent souvent confrontés à deux types de vices de la volonté : les mariages blancs ou fictifs et les mariages forcés.

*Concernant les **mariages blancs ou fictifs**, la jurisprudence estime que les fiancés n'ont pas une volonté sérieuse de se marier lorsqu'ils utilisent le mariage pour contourner les dispositions légales en matière de police des étrangers ou d'acquisition de la nationalité. Par conséquent, dans un tel cas, l'officier de l'état civil peut refuser de prononcer le mariage (art. 97a CC et 74a OEC). Si un mariage de ce type est néanmoins conclu, l'autorité a la possibilité de procéder à l'annulation du mariage dans le cadre d'une procédure judiciaire ultérieure (art. 105 ch. 4 CC).*

*Afin de lutter de manière plus efficace contre les **mariages forcés**, une nouvelle loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013. Il s'agit de la Loi fédérale du 15 juin 2012 concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés. En outre, l'art. 99 CC prévoit désormais que le pouvoir d'examen de l'officier de l'état civil s'étend au contrôle de la libre volonté des fiancés de se marier. De plus, l'art. 105 CC contient*

¹⁰⁵ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 2.2.2.

¹⁰⁶ *Idem*, ch. 5.3.1.

deux nouvelles causes absolues d'annulation du mariage : la première à l'égard d'un mariage conclu en violation de la libre volonté des époux et la seconde envers un mariage conclu par un fiancé de moins de 18 ans. Enfin, il convient de souligner que le mariage forcé est puni pénalement (art. 181a CP).

Enfin, il ne doit **pas exister d'empêchement au mariage**. Les empêchements au mariage peuvent se fonder sur divers motifs.

- **La parenté** : la loi interdit le mariage entre parents en ligne directe (par exemple, une femme ne peut épouser ni son père, ni son grand-père, ni son fils) et entre parents en ligne collatérale au deuxième degré (par exemple, un homme ne peut pas épouser sa sœur, mais il peut épouser sa tante ou sa cousine). Peu importe que les liens de parenté soient établis juridiquement ou qu'ils ne résultent que de la descendance biologique (ainsi, un enfant adopté ne peut pas épouser la fille de sa mère naturelle)¹⁰⁷.
- **L'interdiction de la bigamie** : celui qui veut se remarier doit prouver que son précédent mariage a été dissous par décès, divorce, déclaration d'absence¹⁰⁸ ou jugement d'annulation. De la même manière, une personne liée par un partenariat enregistré de droit fédéral¹⁰⁹ ne peut pas se marier. Une personne qui contreviendrait à cette règle s'expose à des sanctions pénales (art. 215 CP).

3.2. La procédure de mariage

La célébration du mariage suit une procédure réglée en détail dans la loi, composée des étapes suivantes : la procédure préparatoire, puis la célébration du mariage et enfin l'enregistrement du mariage.

Au cours de la **procédure préparatoire**, l'officier de l'état civil vérifie que les conditions du mariage sont remplies (art. 97-100 CC et 62-69 OEC). Cette procédure se déroule en plusieurs temps.

- Les fiancés présentent une **demande en exécution de la procédure préparatoire** auprès de l'office de l'état civil de l'un de leurs domiciles¹¹⁰. Les fiancés établissent leur identité, leur statut de célibataire, déposent les documents nécessaires et procèdent aux déclarations requises.

¹⁰⁷ Cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 2.1.1.

¹⁰⁸ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 2.1.3.

¹⁰⁹ Sur cette notion, voir *infra* ch. 7.

¹¹⁰ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 3.3.

- L'officier de l'état civil **examine la demande** et vérifie si toutes les conditions du mariage sont remplies. Son examen se fonde sur les déclarations des parties et les documents déposés.
- Une fois les vérifications effectuées, l'officier de l'état civil **clôt la procédure préparatoire** et informe les fiancés des délais dans lesquels le mariage peut être célébré (entre dix jours et trois mois dès la clôture de la procédure préparatoire). Il fixe ensuite le moment de la cérémonie du mariage avec les fiancés ou leur délivre une autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement de l'état civil.

La **célébration du mariage** est réglée aux articles 101-103 CC et 70-72 OEC. C'est la cérémonie publique au cours de laquelle les deux fiancés déclarent personnellement à l'officier de l'état civil et en présence de deux témoins vouloir se marier. Les fiancés peuvent choisir dans quel arrondissement de l'état civil ils désirent célébrer leur mariage.

Après la célébration, l'officier de l'état civil **enregistre le mariage** dans l'arrondissement de l'état civil où il a été célébré. Les époux sont alors libres d'organiser une cérémonie religieuse.

4. Les régimes matrimoniaux

4.1. Notion et système

Le régime matrimonial définit le statut des époux quant à leurs biens. Il détermine l'influence qu'exerce le mariage sur le sort de leur patrimoine. Tous les biens de nature pécuniaire sont visés, en particulier les droits de propriété et de copropriété, les droits réels limités, les droits de la propriété intellectuelle, les créances dérivant de n'importe qu'elle cause (vente, bail, prêt, contrat de travail), acte illicite, etc.¹¹¹.

La loi n'impose pas aux époux un régime matrimonial unique, mais il ne leur laisse pas non plus l'entière liberté d'aménager le régime de leurs biens comme ils l'entendent.

Par conséquent, si les époux n'adoptent pas un autre régime matrimonial par contrat de mariage, ils sont **automatiquement placés sous le régime de la**

¹¹¹ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 2 et 3. Cf. ég. chapitre VIII « Droit des obligations – Partie spéciale », p. ex. ch. 3 et 6.

participation aux acquêts (qui est donc le régime subsidiaire ou ordinaire) (art. 181 CC).

Les époux peuvent, par contrat de mariage, **adopter l'un des deux autres régimes** : la séparation de biens ou la communauté de biens (art. 181 CC).

Les époux peuvent à tout moment **changer de régime matrimonial** par contrat de mariage (art. 187 CC).

Le **contrat de mariage** doit revêtir la forme authentique, c'est-à-dire être passé devant un notaire. Les époux doivent disposer de la capacité de discernement¹¹², mais pas de l'exercice des droits civils¹¹³ (art. 183 s. CC).

Dans certaines situations nécessitant la protection des intérêts de l'un époux ou de l'union conjugale, la **séparation de biens peut être adoptée** (art. 185 CC).

4.2. La participation aux acquêts

4.2.1. La structure patrimoniale du régime

Le régime de la participation aux acquêts comprend les acquêts et les biens propres de chaque époux (art. 196 CC). Le patrimoine des époux est ainsi réparti en quatre masses de biens.

La composition de ces masses est déterminée par la loi de manière impérative : les époux ne peuvent en principe pas, par contrat de mariage, transformer un bien propre en acquêt ou un acquêt en bien propre.



Les biens propres constituent un patrimoine séparé qui n'a pas à être partagé avec le conjoint à la dissolution du régime matrimonial. Les biens propres sont les suivants :

- **les effets d'un époux exclusivement affectés à son usage personnel**, c'est-à-dire des choses mobilières qui sont la propriété d'un époux et qui sont affectées, de par leur nature ou leur destination, à l'usage

¹¹² Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 2.2.2.

¹¹³ *Idem*, ch. 2.2.1.

propre et exclusif du propriétaire (par exemple, des vêtements, des objets de toilette, des bijoux, des instruments de musique) ;

- **les biens qui lui appartiennent au début du régime ou qui lui échoient ensuite par succession ou à titre gratuit** (par exemple, un bien que l'un des époux a acquis avant d'être marié, des économies réalisées avant le mariage sur le produit du travail, un bien hérité, même pendant le mariage) ;
- **les créances en réparation d'un tort moral**, qui visent à compenser les souffrances physiques et psychiques éprouvées par un époux en raison d'une atteinte à l'un de ses droits de la personnalité¹¹⁴ (par exemple, un dédommagement reçu par l'un des époux suite à une atteinte à sa réputation) ;
- **les biens acquis en remploi des biens propres**, c'est-à-dire les biens acquis avec l'argent provenant de la vente d'autres biens propres.

Pour aller plus loin...

*Outre les biens propres énumérés ci-dessus, il est possible de prévoir, par contrat de mariage, des **biens propres conventionnels** :*

- *en transformant des acquêts en biens propres, aux conditions de l'art. 199 al. 1 CC ;*
- *en créant une catégorie particulière de biens propres dont les revenus ne sont pas des acquêts, mais des biens propres (art. 199 al. 2 CC).*

Les acquêts constituent le patrimoine général de chaque époux, les biens propres étant l'exception. Ainsi, tout ce qui n'est pas compris dans les biens propres est un acquêt. La loi en énumère cinq types :

- **le produit du travail d'un époux**, c'est-à-dire tout gain réalisé par un époux du fait d'une activité intellectuelle ou physique (par exemple, le salaire, les honoraires, les pourboires, les parts au bénéfice) ;
- **les sommes versées par des institutions de prévoyance** en faveur du personnel ou par des institutions **d'assurance ou de prévoyance sociale**, c'est-à-dire les montants versés en remplacement du produit du travail lorsque, par suite de retraite, de maladie, d'accident, de chômage ou pour toute autre cause semblable, l'un des époux n'exerce plus d'activité lucrative ;
- **les dommages-intérêts dus à raison d'une incapacité de travail**, dus selon les règles de la responsabilité civile, afin de réparer le

¹¹⁴ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 4.

dommage qui résulte pour l'un des époux de son incapacité de travail ou de l'atteinte portée à son avenir économique¹¹⁵ ;

- **les revenus des acquêts** (par exemple, les intérêts d'une somme d'argent ou le loyer payé par un locataire) ;
- **les revenus des biens propres** : cette règle n'est pas impérative, c'est-à-dire que les époux peuvent y déroger et prévoir que les revenus des biens propres resteront des biens propres ;
- **les biens acquis en remploi d'acquêts**, c'est-à-dire les biens acquis avec l'argent provenant de la vente d'autres acquêts.

Pendant le régime, chaque époux reste propriétaire de ses biens propres et de ses acquêts. Il conserve le droit de les gérer, de les administrer et de les vendre (art. 201 CC). En outre, chaque époux est seul responsable des dettes qu'il a contractées. Il en répond sur tous ses biens (acquêts et biens propres) (art. 202 CC).

4.2.2. La dissolution et la liquidation du régime

La dissolution du régime est le moment où le régime prend fin. C'est à ce moment qu'est arrêtée la composition des masses en vue de la liquidation. La dissolution intervient dans les cas suivants :

- au **décès** d'un époux ;
- à la **conclusion d'un contrat de mariage** adoptant un autre régime matrimonial ;
- suite à une **décision judiciaire** mettant fin au mariage lui-même (en particulier le divorce) ;
- suite à une décision prononçant la **séparation de biens judiciaire**.

La liquidation du régime permet la reprise effective de ses biens par chacun des époux et le règlement des comptes. Ainsi, chaque époux reprend ses biens propres et ses acquêts. Cependant, si le compte d'acquêts se solde par un bénéfice pour l'un des conjoints, la loi prévoit la participation de l'autre conjoint à la moitié de ce bénéfice, celle-ci s'exprimant par une **créance en participation** de l'un des époux contre l'autre (art. 204-210 CC).

Exemple :

Suite à d'importantes difficultés conjugales, un couple décide de divorcer.

¹¹⁵ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 3.

Madame a reçu en héritage une villa valant actuellement CHF 650'000.-. Elle possède des économies réalisées sur son salaire pendant le mariage d'un montant de CHF 60'000.-.

Monsieur dispose d'économies réalisées sur son salaire pendant le mariage d'un montant de CHF 240'000.-. Il possède également une voiture, achetée avant le mariage et qui vaut actuellement CHF 2'500.-, et du matériel de pêche qu'il est le seul à utiliser valant CHF 10'000.-.

1^{re} phase de la liquidation : la dissociation des patrimoines des époux

Madame	Monsieur
Villa : 650'000	Economies : 240'000
Economies : 60'000	Voiture : 2'500
	Matériel de pêche : 10'000

2^e phase de la liquidation : la reprise de ses biens propres par chacun des époux

Madame		Monsieur	
Acquêts	Biens propres	Acquêts	Biens propres
60'000 ¹¹⁶	650'000 ¹¹⁷	240'000 ¹¹⁸	2'500 ¹¹⁹
			10'000 ¹²⁰

3^e phase de la liquidation : l'établissement d'un compte d'acquêts

Acquêts de Madame		Acquêts de Monsieur	
Actifs	Passifs	Actifs	Passifs
60'000		240'000	

4^e phase de la liquidation : la répartition des bénéfices et la créance en participation au bénéfice

Madame doit verser CHF 30'000.- à Monsieur (CHF 60'000.- : 2).

Monsieur doit verser CHF 120'000.- à Madame (CHF 240'000.- : 2).

¹¹⁶ Il s'agit d'un acquêt au sens de l'art. 197 al. 2, ch. 1 CC.

¹¹⁷ Il s'agit d'un bien propre au sens de l'art. 198, ch. 2 CC.

¹¹⁸ Il s'agit d'un acquêt au sens de l'art. 197 al. 2, ch. 1 CC.

¹¹⁹ Il s'agit d'un bien propre au sens de l'art. 198, ch. 2 CC.

¹²⁰ Il s'agit d'un bien propre au sens de l'art. 198, ch. 1 CC.

Après compensation, Madame a une créance en participation au bénéfice de CHF 90'000.-.

4.3. La communauté de biens

4.3.1. La structure patrimoniale du régime

La communauté de biens est créée par contrat de mariage (art. 182-184 CC). Le régime comporte trois masses de biens : les biens communs et les biens propres de chacun des époux (art. 221 CC).



Les biens communs appartiennent indivisément aux époux qui en sont propriétaires communs¹²¹. Chaque époux a les mêmes droits sur les biens communs, même si l'un des époux n'a rien apporté et quelle que soit la répartition convenue entre eux pour la liquidation (art. 222 al. 2 CC).

Les biens propres sont la propriété individuelle de chaque époux, mais leurs revenus entrent en principe dans les biens communs (art. 223 al. 2 CC ; cf. cependant l'art. 224 al. 2 CC).

La communauté de biens peut avoir plusieurs formes. La plus courante est la **communauté universelle**, dans laquelle les biens communs comprennent tous les biens que la loi n'attribue pas aux biens propres de l'un des époux (art. 222 al. 1 CC). Les biens propres de par la loi sont notamment les effets exclusivement affectés à l'usage personnel d'un époux et les créances en réparation d'un tort moral (art. 225 al. 2 CC)¹²². Il existe d'autres formes de communautés, appelées **communautés réduites**, dont sont exclus, outre les biens propres légaux, certains biens ou espèces de biens (art. 224 CC).

Pendant le régime, chaque époux a l'administration courante des biens communs (art. 227 CC). L'administration extraordinaire (par exemple, la vente d'un immeuble ou de meubles de valeur) doit se faire conjointement par les époux ou avec le consentement l'un de l'autre (art. 228 CC). Chaque époux a le droit de gérer ses biens propres, de les administrer et de les vendre

¹²¹ Cf. chapitre VI « Droits réels », ch. 3.1.3.

¹²² Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 3.

(art. 232 CC). En principe, chaque époux répond des dettes qu'il a contractées. Cependant, si l'un des époux ne rembourse pas une dette qu'il a contractée, les créanciers ont le droit de se faire payer sur une partie, voire même sur la totalité des biens communs (art. 233 s. CC).

4.3.2. La dissolution et la liquidation du régime

Les principes relatifs à la dissolution et à la liquidation du régime de la participation aux acquêts¹²³ sont, de manière générale, applicables par analogie à la dissolution et à la liquidation du régime de la communauté de biens, étant précisé que les biens communs sont en principe partagés par moitié entre les époux.

4.4. La séparation de biens

4.4.1. La structure patrimoniale du régime

La séparation de biens peut être choisie conventionnellement par les époux (art. 182-184 CC), être prononcée par le juge (art. 176 al. 1 ch. 3, 185 et 189 CC) ou intervenir de plein droit (art. 118 al. 1 et 188 CC). Elle est en outre le régime partenarial légal pour les partenaires enregistrés¹²⁴.

Le régime de la séparation de biens est le régime qui a le moins d'influence sur les biens des époux. Il tend à réaliser, sur le plan du régime matrimonial, la plus complète dissociation des intérêts des époux.

La séparation de biens ne comporte que deux masses : les biens propres de chaque époux.



Pendant le régime, chaque époux reste propriétaire de tous ses biens. Il a le droit de les gérer, de les administrer et de les vendre (art. 247 CC). En outre, chaque époux est seul responsable des dettes qu'il a contractées ; il en répond sur tous ses biens (art. 249 CC).

¹²³ Cf. *supra* ch. 4.2.2.

¹²⁴ Cf. *infra* ch. 7.

4.4.2. La dissolution et la liquidation du régime

Dans le régime de la séparation de biens, il n'y a pas de liquidation matrimoniale proprement dite, puisque chacun des époux est resté propriétaire de tous ses biens et titulaire de ses créances et autres droits.

5. L'union conjugale

Le mariage a pour effet principal de créer l'union conjugale. L'union conjugale est une **communauté d'intérêts entre les époux** qui doivent œuvrer ensemble afin d'en assurer la prospérité. Les effets sont les mêmes dans toutes les unions conjugales, quel que soit le régime matrimonial choisi ou applicable aux époux.

Après avoir présenté les effets de l'union conjugale, il conviendra de mentionner les mesures qui peuvent être prises pour la protéger.

5.1. Les effets

5.1.1. Les devoirs généraux

La loi impose aux époux une **obligation mutuelle de fidélité et d'assistance**.

L'obligation de fidélité ne vaut pas seulement en matière sexuelle et affective, mais englobe un devoir général de loyauté entre époux dans toutes leurs relations. Il en découle notamment un devoir d'information réciproque, un devoir de préserver la confidentialité sur des faits que l'autre époux ne veut pas divulguer ou encore un devoir de respecter les relations du conjoint avec ses amis et les membres de sa famille.

Le devoir d'assistance oblige les époux à s'accorder un soutien moral et affectif et à s'entraider économiquement¹²⁵.

5.1.2. Le nom

Le mariage n'a, en soi, **plus d'effet** sur le nom de famille des fiancés. Ces derniers peuvent cependant choisir l'un de leurs noms de célibataire comme nom de famille commun (art. 160 al. 1 et 2 CC)¹²⁶.

Le double nom légal (sans trait d'union) qui existait avant la révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 est supprimé. En revanche, il est encore possible

¹²⁵ Cf. *infra* ch. 5.1.5.

¹²⁶ Concernant le nom de famille des enfants, cf. *infra* ch. 9.3.1.

de faire suivre le nom commun de famille par le nom de célibataire avec un trait d'union (nom d'alliance).

Exemple :

Le nom de célibataire de l'épouse est Durand et celui de l'époux est Dupond.

En principe, l'épouse continue à s'appeler « Madame Durand » et l'époux continue à s'appeler « Monsieur Dupond ».

Les époux peuvent choisir de s'appeler « Madame et Monsieur Durand » ou « Madame et Monsieur Dupond ».

Le double nom de l'épouse, qui ne peut plus être choisi depuis la révision, serait « Durand Dupond ».

Si les époux choisissent un nom de famille commun, ils peuvent utiliser un nom d'alliance : « Durand-Dupond » ou « Dupond-Durand ».

5.1.3. Le droit de cité et la nationalité

Depuis la révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, le mariage ne provoque **aucun changement** quant au droit de cité des époux. En effet, chaque époux conserve son droit de cité cantonal et communal, même si le couple choisit de porter un nom de famille commun¹²⁷.

Les ressortissants étrangers n'acquièrent pas, par leur mariage avec une personne de nationalité suisse, le droit de cité de leur conjoint ni, par conséquent, la nationalité suisse. Ils bénéficient toutefois de la naturalisation facilitée¹²⁸.

5.1.4. Le domicile et le logement

L'union conjugale oblige les époux à mener une vie commune, ce qui signifie qu'en principe, ils partagent un **logement commun** (art. 162 CC). Ils peuvent toutefois posséder deux logements et se retrouver occasionnellement. Dans ce cas, la demeure commune ne coïncide pas nécessairement avec leur domicile¹²⁹, qui peut être différent pour chaque époux.

Le logement commun est protégé en ce sens que tout acte de disposition le concernant doit être pris d'un commun accord entre les époux. La résiliation du bail à loyer doit être signée par les deux époux ou être adressée par le bailleur aux deux époux. La vente du logement commun, qui peut être

¹²⁷ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 3.2.

¹²⁸ *Idem*, ch. 3.2.

¹²⁹ *Idem*, ch. 3.3.

propriété d'un seul époux, doit être acceptée par les deux conjoints (art. 169 CC).

5.1.5. L'entretien

La loi prévoit que le mari et la femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'**entretien convenable** de la famille (art. 163 al. 1 CC). Par entretien convenable, on entend la satisfaction :

- en premier lieu, des **besoins ordinaires** de la famille (les dépenses liées au logement, à l'habillement, à l'alimentation, à l'hygiène, aux soins médicaux, à la prévoyance et aux assurances sociales, au paiement des impôts, etc.) ;
- en second lieu, des **besoins personnels** des époux et des enfants (les dépenses liées, par exemple, à la formation et aux loisirs).

Il appartient aux époux de se mettre d'accord sur le **mode** et l'**étendue** de la contribution de chacun, en prenant en considération les aptitudes, les goûts et la situation financière de chacun ainsi que les besoins de la famille. La contribution à l'entretien de la famille peut notamment prendre les formes suivantes (art. 163 al. 2 et 3 CC) :

- **des prestations en argent**, provenant par exemple de la rémunération d'une activité lucrative ou de prestations destinées à remplacer ce revenu (rentes servies par l'assurance-vieillesse et survivants, l'assurance-invalidité, l'assurance-chômage, etc.) ;
- **du travail au foyer** (par exemple, le fait de s'occuper de la tenue du ménage) ;
- **les soins aux enfants** ;
- **l'aide à son conjoint dans sa profession ou son entreprise** (par exemple, le fait de tenir la comptabilité de l'entreprise de son conjoint).

Le conjoint qui aide l'autre dans sa profession ou son entreprise dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille a droit à une **indemnité équitable** (art. 165 al. 1 CC). Il en va de même de l'époux qui contribue financièrement à l'entretien de la famille, dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il est tenu de faire (art. 165 al. 2 CC).

Le devoir d'entretien naît au moment du mariage et prend fin à la dissolution de l'union conjugale. Si les conjoints se séparent, les époux restent liés par leur devoir d'entretien (voir art. 176 al. 1 ch. 1 CC). En outre, à certaines

conditions, le divorce laisse subsister un devoir d'aider financièrement son ex-conjoint.

5.1.6. La représentation

Chaque conjoint exerce la représentation conjugale pour les **besoins courants de la famille** pendant la vie commune (art. 166 al. 1 CC). Ainsi, l'un des époux peut faire procéder à l'entretien ou à des réparations courantes du logement familial, de la voiture ou du mobilier de ménage, même si ces biens appartiennent à l'autre conjoint.

Les époux sont **solidaires des dettes** contractées dans le cadre de la représentation de l'union conjugale (art. 166 al. 3 CC).

5.2. La protection de l'union conjugale

5.2.1. Les principes

La loi prévoit un certain nombre de mesures destinées à protéger le mariage, les époux et les enfants. Ces mesures sont nommées **mesures protectrices de l'union conjugale**. En pratique, elles sont rarement utilisées lorsque les époux vivent encore ensemble. Elles servent plutôt à organiser la vie durant la phase de séparation précédant la procédure de divorce.

Toute mesure protectrice de l'union conjugale doit reposer sur une requête de l'un des époux ou des deux. Idéalement, les conjoints s'adresseront tout d'abord à un office de consultation conjugale ou familiale de leur canton (art. 171 CC). Ils peuvent cependant s'adresser directement au juge.

Pour aller plus loin...

Les offices de consultation conjugale ou familiale proposent des conseils et des séances de conciliation ou de médiation. Ils sont en principe composés de médiateurs familiaux, d'assistants sociaux et de juristes.

Les époux qui connaissent des difficultés familiales peuvent s'adresser à ces offices ensemble ou séparément. Si l'un des époux ne désire pas s'adresser à un tel office, aucune contrainte ne peut être exercée sur lui.

Les consultations ne sont en principe pas gratuites, mais le prix est modéré et le plus souvent adapté aux moyens financiers des époux.

5.2.2. Les mesures judiciaires destinées à préserver la vie commune

La loi prévoit la possibilité, pour les époux, de demander les mesures suivantes pendant la vie commune :

- **la fixation d'une contribution à l'entretien de la famille** (art. 173 CC), qui est fondée sur le devoir d'entretien réciproque des époux¹³⁰ ;
- **le retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale** (art. 174 CC)¹³¹. Cette mesure permet de protéger les intérêts économiques de l'autre conjoint en lui permettant d'échapper à la solidarité pour les dettes du ménage.

5.2.3. Les mesures judiciaires en cas de suspension de la vie commune

Les mesures concernant la suspension de la vie commune ne peuvent être prises que si celle-ci est fondée. En effet, le mariage implique l'obligation pour les époux de mener une vie commune¹³². L'époux qui viole cette obligation et quitte la résidence commune sans raison n'a en principe pas le droit de requérir de mesures protectrices de l'union conjugale. Cependant, dans la pratique, les juges considèrent que le dépôt d'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale démontre que la suspension de la vie commune est fondée et que des mesures protectrices de l'union conjugale sont dès lors justifiées.

Plusieurs mesures peuvent être demandées en cas de suspension de la vie commune (art. 176 CC).

- **La fixation d'une contribution à l'entretien de la famille** : la séparation des parties engendre des frais supplémentaires (par exemple, un double loyer). Pour cette raison, le juge doit répartir les ressources et fixer la contribution d'entretien que l'un des époux doit verser à l'autre et aux enfants. Les critères qu'il convient de prendre en considération sont les mêmes que ceux qui sont applicables lors de la vie commune¹³³. Il existe plusieurs méthodes de calcul de la contribution d'entretien et la loi n'en impose pas une seule. Chaque juge utilise dès lors la méthode qui lui paraît la plus adaptée.
- **La réglementation de l'utilisation du logement commun et du mobilier de ménage** : le logement et le mobilier de ménage doivent en principe être attribués à l'époux qui peut faire valoir un intérêt prépondérant (par exemple, la garde des enfants). Pour autant, l'époux attributaire ne devient pas propriétaire ou locataire du mobilier ou du logement. Le cas échéant, il devra rendre ces biens à son conjoint au

¹³⁰ Cf. *supra* ch. 5.1.5.

¹³¹ Cf. *supra* ch. 5.1.6.

¹³² Cf. *supra* ch. 5.1.4.

¹³³ Cf. *supra* ch. 5.1.5.

moment où les mesures de protection cesseront de déployer leurs effets, à moins que le jugement de divorce ne prévoise autre chose.

- **La détermination des rapports de chaque époux avec les enfants mineurs** : en principe, le juge attribue la garde à l'un des parents ou aux deux parents (garde alternée) et laisse l'autorité parentale conjointe aux parents¹³⁴. Si la garde a été confiée à l'un des parents, le juge règle en outre les relations personnelles de l'autre parent avec l'enfant¹³⁵. Il fixe le montant de la contribution d'entretien. Si nécessaire, le juge prononce en outre des mesures de protection de l'enfant¹³⁶.
- Eventuellement, **l'instauration du régime matrimonial de la séparation de biens** : la reconnaissance judiciaire de la suspension de la vie commune n'entraîne pas de plein droit le passage au régime matrimonial de la séparation de biens. Cependant, si les intérêts financiers de l'un des époux sont menacés, ce dernier peut demander au juge d'ordonner l'instauration d'un tel régime¹³⁷.

6. La dissolution du mariage

Le mariage est dissout par le divorce, la séparation de corps, l'annulation du mariage et le décès.

6.1. Le divorce

6.1.1. La procédure de divorce

La loi prévoit deux causes de divorce. La première cause intervient lorsque les deux époux manifestent leur volonté commune de dissoudre le mariage. Il s'agit du **divorce sur requête commune**, qui fait l'objet de deux variantes (art. 111 s. CC).

- **Le divorce sur requête commune avec accord complet** : dans ce cas, les époux doivent produire une convention complète sur les effets accessoires du divorce. Les deux époux sont ensuite entendus par le juge qui s'assure que chacun a conclu la convention de son plein gré et de manière mûrement réfléchie.

¹³⁴ Cf. *infra* ch. 9.3.2.

¹³⁵ Cf. *infra* ch. 9.3.3.

¹³⁶ Cf. *infra* ch. 10.

¹³⁷ Cf. *supra* ch. 4.4.

- **Le divorce sur requête commune avec accord partiel** : dans ce cas, les époux sont d'accord sur le principe du divorce, mais ils ne parviennent pas à se mettre d'accord sur (tous) les effets accessoires du divorce. Il appartient au juge de trancher les points litigieux.

La seconde cause intervient lorsque l'un des époux introduit la demande de divorce. Il s'agit du **divorce sur requête unilatérale** (art. 114 s. CC). Le juge prononce le divorce si l'une des conditions suivantes est remplie :

- **la vie commune a été suspendue pendant deux ans** ;
- **le lien conjugal est rompu** (par exemple, s'il existe des motifs sérieux, non imputables au demandeur, qui rendent la continuation du mariage insupportable).

Exemple :

Le Tribunal fédéral a estimé que la personne qui subit des actes de violence de la part de son conjoint qui mettent en danger sa santé physique ou psychique peut demander le divorce unilatéralement, pour rupture du lien conjugal.

6.1.2. Les effets du divorce

Le divorce entraîne la **dissolution définitive de l'union conjugale**. Les devoirs rattachés au mariage disparaissent et chacun des époux est libre de conclure un nouveau mariage ou un partenariat enregistré¹³⁸.

Les époux acquièrent un **nouveau statut d'état civil** : ils deviennent « divorcés ».

En principe, l'époux qui a acquis par le mariage le **nom de famille** de son conjoint¹³⁹ le conserve (art. 119 CC). Il peut toutefois choisir de reprendre son nom s'il en fait la déclaration à l'officier de l'état civil. Cette déclaration peut se faire en tout temps.

Comme chacun des époux garde son **droit de cité** à la conclusion du mariage¹⁴⁰, le divorce n'a aucune influence sur le droit de cité.

Le divorce met un **terme aux obligations et aux droits patrimoniaux entre époux**. Ainsi, le régime matrimonial est liquidé, la qualité d'héritier légal et

¹³⁸ Sur cette notion, cf. *infra* ch. 7.

¹³⁹ Cf. *supra* ch. 5.1.2.

¹⁴⁰ Cf. *supra* ch. 5.1.3.

réserve¹⁴¹ du conjoint cesse (art. 120 al. 2 CC), la prévoyance professionnelle acquise pendant le mariage est partagée (art. 122-124 CC), etc. Une obligation d'entretien en faveur de l'autre conjoint peut cependant perdurer, à certaines conditions (art. 125-130 CC).

Le divorce a enfin des effets sur le **sort des enfants**. Ce domaine échappe à la libre disposition des époux (art. 133 CC). En effet, même si les parents se sont mis d'accord, c'est au juge qu'il incombe de se prononcer sur le bien-fondé de la convention. Le juge maintient en principe l'autorité parentale conjointe, à moins que le bien de l'enfant ne commande de la confier seulement à l'un des parents. Il attribue la garde à l'un des parents ou aux deux (garde alternée) et fixe les relations personnelles. Enfin, il fixe la contribution d'entretien en faveur de l'enfant¹⁴². Afin de prendre une décision qui corresponde au bien de l'enfant, le juge doit auditionner l'enfant, pour autant que son âge ou d'autres motifs ne s'y opposent pas (art. 298 CPC).

6.2. La séparation de corps

La séparation de corps **découle** nécessairement **d'un jugement**, ce qui la distingue d'une séparation de fait (art. 117 CC). Contrairement au divorce, elle ne met pas fin au mariage.

La séparation de corps permet donc au couple de rester marié, mais de vivre séparé. Elle permet aux époux de se donner un délai de réflexion ou de respecter leur conviction personnelle que le mariage doit rester indissoluble.

La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens (art. 118 al. 1 CC)¹⁴³. Pour le surplus, les dispositions relatives aux mesures protectrices de l'union conjugale¹⁴⁴ s'appliquent par analogie (art. 118 al. 2 CC).

6.3. L'annulation du mariage

L'annulation du mariage intervient lorsqu'un mariage formellement célébré présente un défaut susceptible de remettre en question sa validité. Les motifs pouvant entraîner l'annulation du mariage peuvent être absolus ou relatifs. Il ne peut pas en exister d'autres que ceux mentionnés ci-dessous.

Les **causes absolues** d'annulation du mariage sont les suivantes (art. 105 s. CC) :

¹⁴¹ Cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 3.2.1.

¹⁴² Sur ces notions, cf. *infra* ch. 9.3.2-9.3.4.

¹⁴³ Cf. *supra* ch. 4.4.

¹⁴⁴ Cf. *supra* ch. 5.2.

- un mariage préexistant ;
- une incapacité de discernement durable¹⁴⁵ ;
- un lien de parenté prohibé¹⁴⁶ ;
- la volonté d'éluider les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers (par exemple, la conclusion d'un mariage blanc¹⁴⁷) ;
- la violation de la libre volonté d'un époux (par exemple, la conclusion d'un mariage forcé¹⁴⁸) ;
- la minorité d'un époux, à moins que son intérêt supérieur ne commande de maintenir le mariage.

L'action en annulation du mariage fondée sur des causes absolues doit être intentée d'office par l'autorité compétente. Elle est en outre ouverte à toute personne intéressée. Cette action peut être intentée en tout temps. Elle ne se prescrit pas.

Les **causes relatives** d'annulation du mariage sont les suivantes (art. 107 s. CC) :

- l'incapacité de discernement passagère lors de la célébration du mariage (par exemple, l'un des fiancés est ivre) ;
- l'erreur sur le fait même du mariage ou sur la personne devenue son conjoint (par exemple, l'un des fiancés est de langue étrangère et n'a pas compris le sens de la cérémonie) ;
- le dol au sujet de ses qualités personnelles essentielles (par exemple, le fait, pour l'un des fiancés, d'avoir caché qu'il était atteint d'une maladie grave).

Le demandeur doit intenter l'action en annulation dans un délai de six mois dès le jour où il a découvert la cause d'annulation relative, mais en tout cas dans les cinq ans qui suivent la conclusion du mariage.

6.4. Le décès

Le décès de l'un des époux entraîne automatiquement la dissolution du mariage.

¹⁴⁵ Sur la notion de capacité de discernement, cf. le chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 2.2.2.

¹⁴⁶ Cf. *supra* ch. 3.1.

¹⁴⁷ Pour plus de détails, cf. *supra* ch. 3.1.

¹⁴⁸ Pour plus de détails, cf. *supra* ch. 3.1.

Sur le plan des **effets personnels**, le conjoint survivant acquiert un nouveau statut de veuf ou de veuve. Pour le reste, il garde le nom et le droit de cité éventuellement acquis par mariage (s'il a changé de nom lors de la conclusion du mariage, il peut toutefois déclarer vouloir reprendre son nom de célibataire ; art. 30a CC).

Sur le plan des **effets successoraux**, le conjoint survivant acquiert la qualité d'héritier légal et réservataire¹⁴⁹. La liquidation du régime matrimonial et de la succession interagissent de la manière suivante.

- Dans un premier temps, **le régime matrimonial est liquidé** : il en résulte une créance en participation de l'un des conjoints à l'encontre de l'autre¹⁵⁰. Si le conjoint survivant est créancier, il a droit à la créance en participation en sus de sa part successorale.
- Dans un second temps, **la succession est liquidée** : les biens sont partagés entre les héritiers, c'est-à-dire entre le conjoint survivant et les autres héritiers légaux ou institués. Si le conjoint décédé est créancier, sa créance en participation entre dans la masse successorale et est partagée entre les héritiers (y compris le conjoint survivant). Si le conjoint décédé est débiteur, la créance en participation de son conjoint entre dans ses dettes.

Exemple :

Dans l'exemple évoqué au point 4.2.2, imaginons que le mariage n'a pas été dissout par le divorce, mais par la mort de Madame et que le couple avait deux enfants.

Les biens extants de Madame se montent à CHF 800'000.-. Ils sont composés des éléments suivants :

- *une villa valant CHF 650'000.- ;*
- *des économies à hauteur de CHF 60'000.- ;*
- *une créance en participation au bénéfice résultant de la liquidation du régime matrimonial d'un montant de CHF 90'000.-.*

En l'absence de dispositions pour cause de mort faites par Madame, la succession est liquidée entre les héritiers légaux de la manière suivante¹⁵¹:

- *Monsieur a droit à la moitié de la succession, soit CHF 400'000.- ;*

¹⁴⁹ Sur ces notions, cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 2.1.2 et 3.2.1.

¹⁵⁰ Pour plus de détails, cf. *supra* ch. 4.2.2.

¹⁵¹ Pour plus de détails, cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 2.1.1 et 2.1.2.

- *chaque enfant a droit à un quart de la succession, soit CHF 200'000.-.*

7. Le partenariat enregistré

Le partenariat enregistré permet aux **personnes de même sexe** de formaliser leur union (voir la Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe [LPart]). Le mariage n'est pas ouvert à ces couples, de même que le partenariat enregistré ne peut être conclu par des personnes de sexe opposé.

Pour aller plus loin...

A côté du partenariat de droit civil, au niveau fédéral, des partenariats créés par certains cantons dès avant l'adoption de la LPart existent. Ils peuvent être ouverts à tous les couples ou aux seuls couples homosexuels.

En vertu de la primauté du droit fédéral, l'effet de ces institutions se restreint au champ d'application du droit public cantonal et ne saurait modifier l'effet de la LPart (art. 49 al. 1 Cst., 6 CC).

La procédure préliminaire du partenariat enregistré est similaire à celle qui se déroule en cas de mariage. Toutefois, la présence de témoins lors de l'enregistrement du partenariat n'est pas nécessaire.

Les partenaires enregistrés sont soumis au **régime de la séparation de biens**¹⁵². Ils peuvent cependant, par une **convention sur les biens**, prévoir une autre solution pour le cas de la dissolution de leur partenariat. Ainsi, les partenaires enregistrés peuvent, sans modifier la propriété de chacun durant le partenariat, prévoir qu'à la dissolution, un partenaire a des droits quant au patrimoine de l'autre (art. 25 LPart). Une telle convention nécessite la forme authentique (devant un notaire).

Les droits et devoirs entre les partenaires et envers les tiers concordent en grande partie avec ceux du droit du mariage.

8. Le concubinage

Par concubinage (ou union libre) on entend le fait, pour deux personnes, de mener une vie de couple sans être mariées¹⁵³ ou unies par un partenariat enregistré¹⁵⁴. La loi ne définit pas la notion de concubinage, mais le Tribunal

¹⁵² Cf. *supra* ch. 4.4.

¹⁵³ Cf. *supra* ch. 3.

¹⁵⁴ Cf. *supra* ch. 7.

fédéral en a donné une définition : il s'agit d'une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, de deux personnes, à caractère exclusif, qui présente une composante spirituelle, corporelle et économique et qui peut être définie comme une communauté de table, de toit et de lit.

A la différence du mariage et du partenariat enregistré, le concubinage est de pure nature conventionnelle. Il peut être qualifié de **contrat innommé sui generis**. Aucune forme n'est prescrite pour la conclusion d'un tel contrat qui peut donc être valablement conclu par actes concluants.

Le concubinage ne produit aucun effet sur l'état civil des personnes. Vu leurs liens affectifs étroits, les concubins doivent être qualifiés de **proches**. Depuis le 1^{er} janvier 2013, les concubins ont en outre un **pouvoir spécial de représenter**, pour les décisions relatives aux soins médicaux, la personne avec laquelle ils font ménage commun et qui serait devenue incapable de discernement (art. 378 al. 1 ch. 4 CC).

Exemple :

Le concubin d'une personne atteinte de démence sénile peut accepter ou refuser un traitement médical à sa place.

La dissolution du concubinage est soumise aux règles de la **dissolution de la société simple** (art. 545-551 CO)¹⁵⁵.

9. La filiation

Avant de présenter les effets de la filiation, il convient de présenter l'établissement du lien de filiation et sa destruction.

9.1. L'établissement du lien de filiation

9.1.1. L'établissement de la filiation maternelle

Le lien de filiation maternelle résulte de la naissance (ou d'une décision d'adoption) (art. 252 al. 1 et 3 CC).

La femme qui a donné naissance à un enfant est nécessairement sa mère, d'un point de vue juridique.

¹⁵⁵ Cf. chapitre VIII, « Droit des obligations – Partie spéciale », ch. 1.3.2 (c).

9.1.2. L'établissement de la filiation paternelle

Un enfant ne peut avoir qu'un seul père juridique. La filiation peut découler du mariage avec la mère de l'enfant, d'une reconnaissance ou d'un jugement (ou encore d'une décision d'adoption) (art. 252 al. 2 et 3 CC).

Le mariage du père avec la mère fait naître la présomption que le mari de la mère de l'enfant est le père de ce dernier, peu importe que cela coïncide ou non avec la vérité biologique (art. 255 CC).

Cette présomption peut être mise en échec par une **action en désaveu**¹⁵⁶ que le mari ou l'enfant peuvent engager (art. 256-256c CC).

La reconnaissance de l'enfant permet au père de reconnaître l'enfant, à condition que l'enfant soit dépourvu de lien de filiation paternelle (art. 260 CC).

La reconnaissance peut être faite en tout temps, que l'enfant soit mineur ou majeur ou même après son décès. Elle peut également être faite avant sa naissance. Dans ce cas, elle est cependant conditionnée au fait que l'enfant naisse vivant et que la mère n'épouse pas un autre homme avant d'accoucher (sinon, le mari est présumé être le père).

La reconnaissance de l'enfant peut se faire des manières suivantes :

- par une déclaration de reconnaissance de l'enfant devant l'officier de l'état civil ;
- par un testament¹⁵⁷ ;
- par le juge saisi d'une action en paternité (introduite par la mère ou l'enfant en vue d'établir le lien de filiation avec le père).

Exemple :

Si la mère d'un enfant est séparée de son mari (mais encore mariée avec lui) et qu'elle vit en concubinage avec un autre homme dont elle a un enfant, le mari est présumé être le père et le concubin ne peut pas reconnaître l'enfant tant que le mari n'a pas introduit une action en désaveu. En outre, le mari est le seul à pouvoir introduire une telle action, la mère et le concubin n'ayant pas la qualité pour agir.

L'action en paternité établit la filiation paternelle lorsque la mère n'est pas mariée et qu'aucun homme n'a reconnu l'enfant (art. 261-263 CC). Comme

¹⁵⁶ Cf. *infra* ch. 9.2.1.

¹⁵⁷ Cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 3.1.1.

en cas de reconnaissance, l'enfant doit être dépourvu de lien de filiation paternelle.

L'action en paternité peut être cumulée avec l'action en entretien, qui est destinée à assurer l'entretien de l'enfant.

La mère et l'enfant peuvent introduire l'action.

- Si la **mère** désire ouvrir action, elle peut le faire même avant la naissance de l'enfant ou dans l'année qui suit celle-ci. Il s'agit d'un délai de péremption, qui ne peut être ni suspendu, ni interrompu, ni prolongé.
- Si l'**enfant** veut ouvrir action, il dispose en principe d'un délai qui se périmé lorsqu'il atteint l'âge de 19 ans révolus. L'action est généralement intentée d'office, peu après sa naissance, par un curateur.

Pour aller plus loin...

Avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'autorité parentale conjointe, le 1^{er} juillet 2014, l'art. 309 aCC prévoyait que lorsqu'un enfant naissait hors mariage, l'autorité de protection de l'enfant lui désignait un curateur de paternité chargé d'établir sa filiation paternelle, le curateur agissant en paternité au nom de l'enfant incapable de discernement.

Cette tâche a été reprise par l'art. 308 al. 2 CC, qui permet de désigner un curateur à l'enfant pour établir sa filiation paternelle.

9.1.3. L'adoption

L'adoption permet en principe d'offrir un foyer à un enfant dont les parents naturels ne peuvent pas s'occuper. En droit suisse, **l'adoption est plénière**, ce qui signifie que l'enfant adopté perd complètement les liens de filiation qui le liaient à sa famille naturelle pour acquérir un statut identique à celui d'un enfant naturel de ses parents adoptifs.

L'adoption peut être interne, si elle a lieu entre un couple ou une personne et un enfant ayant tous leur résidence habituelle en Suisse, ou internationale, si elle intervient entre un couple ou une personne résidant habituellement en Suisse et un enfant dont la résidence habituelle se trouve à l'étranger.

Les **adoptions internationales** posent des problèmes spécifiques tant sur le plan pratique (difficultés d'intégration de l'enfant adopté, danger de commerce d'enfants, etc.) que sur le plan juridique (coexistence de deux systèmes juridiques, etc.) qui ne seront pas abordés dans cet ouvrage.

L'adoption interne de mineurs peut prendre différentes formes (art. 264a s. CC).

- **L'adoption conjointe** est uniquement ouverte aux couples mariés depuis 5 ans ou âgés de 35 ans chacun. Elle est fermée aux concubins et aux couples vivant en partenariat enregistré.
- **L'adoption de l'enfant du conjoint** est possible à condition que le mariage ait duré cinq ans.
- **L'adoption par une personne seule** constitue l'exception, car l'intérêt de l'enfant est en principe d'intégrer une famille avec deux parents (biparentale).

A certaines conditions, des personnes majeures peuvent également être adoptées (art. 266 CC).

Pour aller plus loin...

Les autorités sont plus exigeantes sur les critères à remplir par une personne seule pour pouvoir adopter, notamment en ce qui concerne la disponibilité du futur parent adoptif.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a précisé qu'en raison de sa situation, l'adoptant doit en principe assumer seul toutes les exigences répondant aux besoins de l'enfant, à son intérêt, et être disponible pour s'en occuper dans une mesure qui dépasse celle exigée de chacun des époux qui ont adopté conjointement.

9.2. La destruction du lien de filiation

9.2.1. L'action en désaveu

L'action en désaveu permet de **mettre à néant la présomption de paternité du mari** (art. 256-256c CC). Cette procédure tend à démontrer que le mari n'est pas le père biologique de l'enfant ou que la présomption ne peut pas s'appliquer.

Seuls **le mari et l'enfant** peuvent intenter une action en désaveu, à l'exclusion de la mère ou du père biologique. L'enfant ne peut toutefois le faire que si la vie commune de ses parents a pris fin pendant sa minorité, par un divorce, un décès, une séparation de corps ou même une simple séparation de fait. Le mari ne peut pas l'intenter s'il a consenti à la procréation par un tiers (par exemple, procréation médicalement assistée avec don de sperme).

9.2.2. La contestation de la reconnaissance

L'action en contestation de la reconnaissance tend à supprimer le rapport de filiation paternelle créé par la reconnaissance (art. 260a-260c CC). Le demandeur conteste dans ce cadre la paternité biologique de l'auteur de la reconnaissance et non les conditions de celle-ci.

Tout intéressé peut agir en contestation de la reconnaissance, notamment la mère, l'enfant, les descendants de celui-ci, s'il est décédé, les communes d'origine et de domicile de l'auteur de la reconnaissance.

L'auteur de la reconnaissance peut également intenter cette action, mais à des conditions plus restrictives : il faut qu'au moment de la reconnaissance, l'auteur ait cru à tort être le père de l'enfant ou ait pensé qu'un danger grave et imminent le menaçait, lui-même ou l'un de ses proches dans sa vie, sa santé, son honneur ou ses biens (par exemple, le fait de menacer de révéler un adultère entre l'auteur de la reconnaissance et la mère ne constitue pas un danger).

9.2.3. L'annulation de l'adoption

L'action en annulation de l'adoption peut être intentée en cas de **défaut de consentement**, si l'une des personnes dont le consentement était nécessaire n'a pas consenti à l'adoption (l'enfant capable de discernement, l'autorité de protection de l'enfant, les père et mère naturels de l'enfant adopté, etc.) (art. 269-269c CC).

L'action peut également être intentée par tout intéressé en cas d'**autres vices graves** (la différence d'âge entre les parents adoptifs et l'enfant est inférieure à 16 ans, un vice de la volonté est établi chez les parents adoptifs, etc.).

9.3. Les effets de la filiation

9.3.1. Le nom et le droit de cité

L'enfant qui naît de parents mariés ou est adopté par eux porte le **nom de famille** commun de ses parents ou le nom de célibataire qu'ils ont choisi de donner à leurs enfants communs lors de la conclusion du mariage (art. 270 et 160 al. 3 CC ; cf. toutefois les art. 160 al. 3, 2^e phrase et 270 al. 2 CC).

En cas de **reconnaissance**, si l'auteur se marie après-coup avec la mère de l'enfant, l'enfant acquiert le même statut que celui d'un enfant né durant le mariage de ses parents. En revanche, si l'auteur de la reconnaissance ne se marie pas avec la mère de l'enfant, ce dernier acquiert le nom de famille de sa

mère si elle détient seule l'autorité parentale. Si l'autorité parentale est détenue conjointement par les père et mère, l'enfant prend le nom que ses parents choisissent de lui donner (art. 270a CC).

En cas d'**action en paternité**, les conséquences sont les mêmes qu'en cas de reconnaissance.

L'enfant acquiert le droit de cité du parent dont il porte le nom (art. 271 CC). La reconnaissance peut avoir un effet sur le **droit de cité**. Ainsi, si l'enfant prend le nom de son père, il acquiert le droit de cité de celui-ci, en lieu et place de celui de sa mère.

9.3.2. L'autorité parentale

L'autorité parentale (art. 296-306 CC) est un devoir qui englobe l'ensemble des responsabilités et attributions parentales à l'égard de l'enfant, dont l'étendue varie en fonction de plusieurs facteurs, comme l'âge et le degré de maturité, et qui concerne surtout :

- l'éducation (y compris religieuse) de l'enfant ;
- sa représentation légale¹⁵⁸ ;
- l'administration et la gestion de ses biens ;
- le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

Pour aller plus loin...

Les parents peuvent recourir aux moyens d'éducation qu'ils estiment nécessaires et adéquats. A l'heure actuelle, la jurisprudence a laissé ouverte la question de savoir si les parents détiennent toujours un « droit de correction » sur leur enfant. Elle a cependant précisé que les traitements dégradants et les moyens de correction qui portent atteinte à l'intégrité physique, psychique ou spirituelle de l'enfant ou qui la mettent en danger sont considérés comme illicites.

Pendant le **mariage**, l'autorité parentale appartient aux deux parents.

En cas de **reconnaissance** ou d'**action en paternité**, l'autorité parentale revient en principe aux deux parents, à moins que le bien de l'enfant ne commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que celle-ci soit attribuée exclusivement au père.

Au terme d'une procédure de **mesures protectrices de l'union conjugale** ou d'une procédure de **divorce**, l'autorité parentale revient en principe aux deux

¹⁵⁸ Sur la capacité civile propre de l'enfant, cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 2.2.3.

parents divorcés, à moins que le bien de l'enfant ne commande de confier l'autorité parentale exclusive à l'un des parents.

9.3.3. La garde et le droit aux relations personnelles

La garde se définit comme le fait de vivre en commun avec l'enfant de manière durable.

Le droit aux relations personnelles (art. 273 s. CC), également appelé **droit de visite**, permet au père ou à la mère qui ne détient pas la garde ainsi qu'à l'enfant mineur de maintenir des contacts et d'entretenir leurs liens malgré la séparation des parents ou le fait que ces derniers ne vivent pas ensemble.

Il appartient **au juge de régler ces questions**. Ce faisant, il doit respecter l'accord trouvé par les parents si cette solution ne met pas en danger le bien de l'enfant.

Exemple :

Les parents d'un enfant viennent de divorcer. Le jugement de divorce peut par exemple prévoir que l'autorité parentale est attribuée conjointement aux parents, que la garde est confiée à la mère et que le père dispose d'un droit de visite s'exerçant un weekend sur deux, le mercredi soir et la moitié des vacances scolaires.

9.3.4. L'obligation d'entretenir l'enfant

L'**obligation d'entretien** consiste dans le devoir des père et mère de l'enfant d'assumer les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger (art. 276-295 CC).

L'obligation d'entretien n'est **pas liée à la détention de l'autorité parentale**, ce qui signifie qu'un parent non-détenteur de l'autorité parentale y est également soumis.

L'obligation d'entretien prend la forme d'une **contribution d'entretien** qui est due par les père et mère juridiques de l'enfant et se matérialise en principe par des prestations en nature (par exemple, des soins quotidiens, l'éducation) ou, lorsque l'enfant ne vit pas avec son père ou sa mère, par des prestations pécuniaires.

En cas de **divorce ou de séparation** des parents, le juge fixe le montant de la contribution d'entretien due par le parent non gardien. Celle-ci doit correspondre aux besoins de l'enfant et à la situation et aux ressources des père et mère. En principe, la contribution d'entretien prend fin à la majorité de

l'enfant. Elle peut cependant se prolonger au-delà de la majorité aux conditions cumulatives suivantes :

- l'enfant n'a pas acquis de formation appropriée. La formation est considérée comme appropriée lorsqu'elle permet à l'enfant, selon ses goûts et ses aptitudes, de gagner sa vie et de se rendre indépendant ;
- la formation est achevée dans des délais normaux ;
- les circonstances permettent de l'exiger des parents.

Exemple :

Un jeune dont les parents sont divorcés décide d'étudier le droit à l'Université de Neuchâtel. Le parent non gardien devra continuer à subvenir à l'entretien de son enfant tout au long de sa formation, même au-delà de sa majorité, pour autant qu'il s'agisse d'une première formation et que l'étudiant passe ses examens dans des délais convenables.

10. Les mesures de protection de l'enfant

Les soins et l'éducation de l'enfant relèvent en premier lieu de la responsabilité de ses père et mère titulaires de l'autorité parentale. Cependant, si les parents ne peuvent ou ne veulent pas assumer leurs devoirs, le **bien de l'enfant** est mis en danger. L'intervention d'une autorité publique, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (ci-après : l'autorité de protection) est alors nécessaire.

Les **mesures** qui peuvent être prises sont les suivantes : les mesures protectrices, l'institution d'une curatelle, le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et le retrait de l'autorité parentale.

L'autorité de protection doit toujours privilégier la **mesure la plus légère**. Toutes ces mesures peuvent être combinées entre elles.

10.1. Les mesures protectrices

Les mesures protectrices permettent à l'autorité de protection de prendre les **mesures nécessaires pour protéger l'enfant** si son développement est menacé (art. 307 CC). Il s'agit de mesures à caractère général qui constituent l'échelon inférieur dans la gradation des mesures de protection.

Ces mesures peuvent prendre les **formes** suivantes :

- le rappel des devoirs (aux parents, à l'enfant, etc.), s'agissant de l'éducation de l'enfant et des principes fixés par la loi en cette matière (par exemple, le devoir d'exercer le droit aux relations personnelles) ;

- les indications et instructions concernant les soins, l'éducation et la formation de l'enfant (par exemple, l'encouragement à suivre une thérapie) ;
- les investigations qui permettent de déterminer si le bien de l'enfant est mis en danger et si des mesures plus incisives sont nécessaires (par exemple, un examen médical ambulatoire ou une expertise) ;
- le droit de regard et d'information confié par l'autorité de protection à une personne (travailleur social ou psychologue) ou à un office (en général le service de protection de l'enfance et de la jeunesse) (par exemple, concernant le suivi scolaire).

10.2. L'institution d'une curatelle

L'institution d'une curatelle permet de **nommer à l'enfant un curateur** qui assiste les père et mère de ses conseils et de son appui dans la prise en charge de l'enfant (art. 308 CC).

La curatelle comprend une composante contraignante : tous les intéressés (en particulier les parents et l'enfant) ont l'**obligation de coopérer** avec le curateur, de lui donner les informations demandées et de se positionner par rapport aux propositions faites.

La curatelle peut prendre deux **formes** :

- **la curatelle éducative**, qui peut servir de mesure d'accompagnement dans le cadre d'une procédure de séparation des père et mère, pour assister ceux-ci dans différentes questions qui se posent et auxquelles les parents ne peuvent pas faire face seuls (déménagement et changement d'école, soins médicaux et psychologiques, difficultés scolaires, etc.) ;
- **la curatelle à pouvoirs particuliers**, qui permet d'adapter la prise en charge de l'enfant à ses besoins particuliers (établissement de sa filiation paternelle, surveillance des relations personnelles, etc.).

10.3. Le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant

Le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant permet à l'autorité de protection, lorsqu'elle ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant soit compromis, de le **retirer aux père et mère ou aux tiers** chez qui il se trouve et de le **placer de façon appropriée** (art. 310 CC).

Deux **conditions** sont requises pour que l'autorité de protection puisse retirer l'enfant :

- **la mise en danger du bien de l'enfant**, qui provient du fait que le développement corporel, intellectuel et moral de l'enfant n'est pas assez protégé ou encouragé dans le milieu de ses père et mère ou dans le milieu où ceux-ci l'ont placé ;
- **le placement approprié**, soit en famille nourricière soit en milieu institutionnel (home, foyer, internat scolaire, etc.) ou dans une demeure indépendante si l'enfant est proche de sa majorité.

10.4. Le retrait de l'autorité parentale

Le retrait de l'autorité parentale permet à l'autorité de protection de **retirer aux père et mère l'ensemble des responsabilités et prérogatives attachées à l'autorité parentale** : la garde, l'éducation, la représentation légale, l'administration des biens, etc. (art. 311 s. CC). Les droits aux relations personnelles et à l'information subsistent s'ils ne sont pas retirés ou limités par l'autorité de protection. Les père et mère demeurent tenus de leur obligation d'entretien.

Cette mesure est la plus incisive. Elle requiert un examen particulièrement attentif sous l'angle de la proportionnalité et de la protection de la vie familiale. Elle peut être prononcée aux conditions alternatives suivantes :

- inexpérience, maladie, infirmité, absence des parents ou motifs analogues qui ont pour effet d'empêcher les père et mère d'exercer correctement l'autorité parentale ;
- absence de souci sérieux de l'enfant ou manquement aux devoirs parentaux.

Bibliographie

- DESCHENAUX HENRI, STEINAUER PAUL-HENRI, BADDELEY MARGARETA, Les effets du mariage, 2^e éd., Berne 2009
- GUILLOD OLIVIER, BURGAT SABRINA, Droit des familles, 4^e éd., Bâle 2016

Chapitre V

Droit des successions

1. Notion de droit des successions

La personnalité finit par la mort¹⁵⁹. Cela signifie qu'à sa mort, l'être humain perd sa capacité d'être sujet de droits et d'obligations. Certains des droits et obligations du défunt prennent fin, mais la plupart d'entre eux subsistent et changent simplement de titulaire : ils sont transmis au(x) successeur(s) du défunt.

Le droit des successions est donc la partie du droit privé en vertu de laquelle les droits et obligations d'une personne décédée passent à une ou plusieurs personnes physiques ou morales. Comme la plupart de ces droits et obligations sont de nature pécuniaire, le but principal du droit des successions est ainsi de régler le sort du patrimoine d'une personne à son décès. La personne décédée, le défunt, s'appelle aussi le « *de cuius* ».

2. La succession légale

Si le *de cuius* n'a pas pris de dispositions pour cause de mort, c'est la loi qui détermine qui sont ses héritiers, quelle fraction de la succession revient à chacun d'entre eux et quels biens entrent dans la masse à partager.

2.1. Les héritiers légaux

Les héritiers légaux sont en principe les personnes qui avaient avec le *de cuius* des liens juridiques étroits, par la parenté¹⁶⁰, le mariage¹⁶¹ ou le partenariat enregistré¹⁶². En l'absence d'héritiers de ces catégories, c'est la corporation publique (en principe le canton du dernier domicile du défunt) qui est héritière légale.

2.1.1. Les parents

La loi subdivise les parents en trois groupes appelés « parentèles » (art. 457-460 CC). Une parentèle désigne l'ensemble des personnes qui descendent d'un auteur commun, y compris celui-ci s'il vit encore.

La première parentèle (parentèle des descendants) comprend les enfants, les petits-enfants, les arrière-petits-enfants, etc. du *de cuius*.

¹⁵⁹ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 2.1.3.

¹⁶⁰ *Idem*, ch. 3.1.

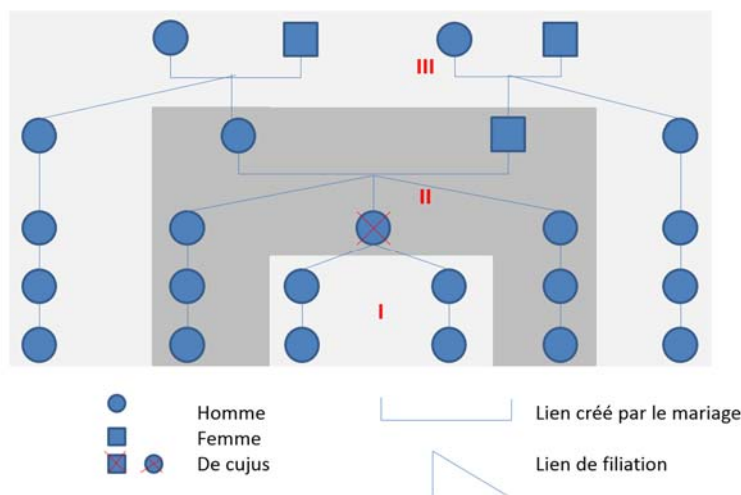
¹⁶¹ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 3.

¹⁶² *Idem*, ch. 7.

La deuxième parentèle (parentèle des père et mère) comprend les père et mère du *de cuius* et tous leurs descendants (frères et sœurs du *de cuius*, neveux et nièces de celui-ci, etc.).

La troisième parentèle (parentèle des grands-parents) comprend les quatre grands-parents du *de cuius* et tous leurs descendants (oncles et tantes du *de cuius*, cousins, cousines, etc.).

Le tableau suivant permet de résumer le système des parentèles¹⁶³.



Quelques principes méritent d'être précisés.

- Le **lien de descendance** rattache les membres de la parentèle à leur ascendant. Ce lien doit être un lien juridique de filiation, peu importe qu'il soit fondé sur la descendance biologique (établie juridiquement) ou sur l'adoption¹⁶⁴.
- Seuls les membres des **trois premières parentèles** sont des héritiers légaux. Les membres de parentèles plus éloignées n'héritent pas de par la loi.
- La première parentèle l'emporte sur la deuxième et la troisième, et la deuxième l'emporte sur la troisième. Même s'il n'y a qu'un membre à

¹⁶³ Tableau issu de l'ouvrage de STEINAUER PAUL-HENRI, *Le droit des successions*, 2^e éd., Berne 2015, p. 69.

¹⁶⁴ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 9.1.

l'intérieur d'une parentèle, il **exclut tous les membres de la parentèle suivante**.

- **A l'intérieur de la parentèle** qui reçoit la succession, l'ascendant vivant hérite et exclut ses propres descendants. Si l'ascendant est prédécédé (donc déjà décédé), ses enfants se partagent sa part de succession, à parts égales.

Exemples :

Une personne vient de décéder. Son père, sa mère, son fils et ses deux petits-fils lui survivent. Son fils recueille l'entier de la succession, puisqu'il est de la première parentèle et exclut dès lors la deuxième parentèle à laquelle appartiennent les père et mère. En outre, en tant qu'ascendant vivant, il exclut ses propres enfants.

Dans la même situation, si le fils était prédécédé, il serait représenté par ses enfants, qui recueilleraient chacun la moitié de la succession. En effet, les petits-enfants du de cujus font partie de la première parentèle et excluent dès lors les père et mère du de cujus qui appartiennent à la deuxième parentèle.

Dans la même situation, si le fils et les petits-enfants étaient prédécédés, les père et mère recevraient chacun la moitié de la succession, aucun membre de la première parentèle ne venant à la succession.

2.1.2. Le conjoint ou le partenaire enregistré survivant

Les liens étroits qui existent entre le *de cujus* et son conjoint¹⁶⁵ ou son partenaire enregistré¹⁶⁶ (justifient que ce dernier recueille **une partie de la succession, même si des parents du de cujus sont en vie**. La part qu'il reçoit varie selon la parentèle avec laquelle il est en concours (art. 462 CC) :

- si le conjoint ou le partenaire enregistré est en concours avec des héritiers de la première parentèle, il a droit à la **moitié** de la succession ;
- si le conjoint ou le partenaire enregistré est en concours avec des héritiers de la deuxième parentèle, il a droit aux **trois quarts** de la succession ;
- si le conjoint ou le partenaire enregistré est en concours avec des héritiers de la troisième parentèle, il a droit à **toute** la succession.

¹⁶⁵ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 3.

¹⁶⁶ *Idem*, ch. 7.

Exemples :

Une personne vient de décéder. Son conjoint, son père, sa mère, son fils et ses deux petits-fils lui survivent. Le conjoint a droit à la moitié de la succession, le fils recevant l'autre moitié.

Dans la même situation, si le fils était prédécédé, le conjoint aurait droit à la moitié de la succession et les petits-enfants se partageraient l'autre moitié, chaque petit-enfant recevant le quart de la succession.

Dans la même situation, si le fils et les petits-enfants étaient prédécédés, le conjoint aurait droit aux trois quarts de la succession et les père et mère se partageraient le quart, chacun recevant 1/8.

2.1.3. La corporation publique

Si le *de cuius* ne laisse ni parent des trois premières parentèles, ni conjoint¹⁶⁷ ou partenaire enregistré survivant¹⁶⁸, c'est la corporation publique qui est héritière, car nul ne meurt sans héritier (art. 466 CC). Si la corporation publique est héritière, c'est en principe le **canton du dernier domicile du *de cuius*** qui recueille la succession. Le canton peut toutefois désigner une ou plusieurs commune(s) héritière(s).

En pratique, la corporation publique hérite exceptionnellement, d'une part, car il est rare qu'un *de cuius* n'ait ni parent proche, ni conjoint ou partenaire enregistré survivant, et d'autre part, car dans cette situation, le *de cuius* peut instituer des héritiers, qui l'emportent sur la corporation publique¹⁶⁹.

2.2. La masse à partager

Une fois que les héritiers légaux du *de cuius* ont été identifiés et que la fraction de la succession qui leur revient a été calculée, il convient de définir la masse de biens à laquelle ces fractions doivent être appliquées. Elle comprend les biens suivants :

	Biens extants
+	Rapports
-	Dettes du <i>de cuius</i>
-	<u>Dettes de la succession</u>
	Masse à partager

¹⁶⁷ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 3.

¹⁶⁸ *Idem*, ch. 7.

¹⁶⁹ Cf. *infra* ch. 3.

2.2.1. Les biens extants

Les biens extants sont les « biens existants », soit les **droits transmissibles** qui appartenaient au *de cujus* au moment de son décès (les droits de propriété, les créances, les actions dans une société, etc.) (art. 560 CC).

Exemple :

Une personne vient de décéder. Elle laisse à ses héritiers la propriété sur ses objets mobiliers (par exemple, sa voiture, ses meubles) et immobiliers (par exemple, un terrain et la villa dans laquelle elle vivait). Si le défunt avait prêté de l'argent à un tiers qui ne l'avait pas encore remboursé, les héritiers acquièrent également la créance que le de cujus avait contre ce tiers. Finalement, si le défunt possédait des actions dans une société, ces dernières deviennent en principe la propriété des héritiers.

Pour aller plus loin...

La liquidation du régime matrimonial précède la détermination des biens du de cujus. Les biens extants seront donc ceux qui résultent de la liquidation du régime matrimonial¹⁷⁰.

2.2.2. Les rapports

Le rapport est l'obligation faite à un héritier légal de **faire entrer dans la succession** certaines attributions qui lui ont été faites par le *de cujus* du vivant de celui-ci (art. 626-632 CC).

L'institution du rapport permet au *de cujus* de faire des **libéralités entre vifs** à ses futurs héritiers, sans modifier les parts successorales que ceux-ci recevront. Il ne s'agit pas de donner à l'attributaire plus que sa part légale, mais de lui donner tout ou partie de celle-ci avant l'ouverture de la succession.

Lorsqu'il remet un bien entre vifs à un futur héritier, le *de cujus* est libre de le faire à titre d'**avancement d'hoirie** (c'est-à-dire sans modifier les parts successorales, car le bien sera réintégré à la succession par le rapport) ou à titre de **véritable libéralité** (non rapportable) que l'héritier pourra conserver en plus de sa part successorale.

Le *de cujus* peut exprimer sa **volonté** soit en ordonnant le rapport du bien donné, soit au contraire, en dispensant le futur héritier du rapport.

¹⁷⁰ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 4.2.

Exemple :

Le de cujus laisse comme héritiers ses enfants A, B et C. De son vivant, il a remis à A un montant de CHF 100'000.- à titre d'avancement d'hoirie pour lui permettre d'acquérir une maison. Les biens extants ont une valeur de CHF 500'000.-. Pour établir la masse à partager, on ajoute comptablement à la valeur des biens extants le montant du rapport :

	Biens extants	500'000
+	Rapport par A	100'000
	<u>Masse à partager</u>	600'000

Chaque héritier reçoit une part de CHF 200'000.-, mais sur la part de A, on impute la somme de CHF 100'000.- que celui-ci a déjà reçue. A ne reçoit donc que CHF 100'000.- au moment de la succession.

2.2.3. Les dettes du *de cujus*

Les dettes du *de cujus* sont toutes les **dettes transmissibles** que le *de cujus* avait au moment de l'ouverture de la succession. Elles doivent être déduites de l'actif de la succession.

Exemple :

Une personne vient de décéder. A sa mort, les dettes hypothécaires, c'est-à-dire celles qui sont garanties par un droit de gage sur l'immeuble du de cujus, passent à ses héritiers, de même que des dettes résultant d'actes illicites et les cautionnements.

En principe, les héritiers sont tenus de reprendre toutes les dettes du *de cujus*. Ils répondent de ces dettes **personnellement et solidairement** (art. 560 al. 2 et 603 al. 1 CC). Pour échapper à cette responsabilité, les héritiers peuvent répudier, n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire ou demander la liquidation officielle de la succession¹⁷¹.

2.2.4. Les dettes de la succession

Outre les dettes du *de cujus*, il convient également de déduire les dettes de la succession de l'actif de la succession. Il s'agit de **dettes qui résultent de l'ouverture même de la succession**. Elles naissent donc après son ouverture. Il s'agit par exemple (art. 474 al. 2, 605 s. et 631 al. 2 CC) :

¹⁷¹ Cf. *infra* ch. 4.2.1.

- des frais funéraires, c'est-à-dire les dépenses liées aux obsèques ;
- des frais de dévolution, c'est-à-dire les frais d'inventaire, d'expertises qui seraient nécessaires pour déterminer la valeur des biens du *de cuius*, les frais liés à une éventuelle liquidation officielle de la succession, la rémunération de l'exécuteur testamentaire¹⁷² ;
- des frais nécessités par la gestion des biens successoraux (par exemple, les frais nécessaires à la continuation de l'entreprise du *de cuius*, les frais d'entretien d'un immeuble qui appartenait au défunt) ;
- des frais d'entretien dus pendant un mois aux héritiers qui faisaient ménage commun avec le *de cuius* (par exemple, son conjoint) ;
- des frais d'entretien de la mère d'un enfant conçu, héritier du *de cuius* ;
- de l'indemnité due aux enfants encore en formation ou infirmes.

3. La succession volontaire

Il arrive souvent que le *de cuius* ne se satisfasse pas de l'ordre de succession prévu par la loi, et qu'il préfère décider lui-même qui seront ses héritiers et quelle fraction de la succession reviendra à chacun. Pour ce faire, il devra prendre des **dispositions pour cause de mort** qui devront respecter les réserves des héritiers réservataires, à moins que ceux-ci aient été exhérités.

3.1. Les dispositions pour cause de mort

Les dispositions pour cause de mort (art. 467-536 CC) sont des actes juridiques par lesquels une personne prend des mesures qui ont un **effet sur la transmission de son patrimoine à son décès**.

Les dispositions pour cause de mort ne peuvent prendre que deux formes : le **testament** et le **pacte successoral**.

3.1.1. Le testament

Le testament est un **acte unilatéral** de disposition pour cause de mort (art. 498-511 CC). Le testateur est libre de modifier ou de révoquer son testament à tout moment si celui-ci ne correspond plus à sa volonté. Ainsi, le testament est l'expression de la volonté du *de cuius* au moment où il a établi l'acte, mais aussi jusqu'à son décès, puisqu'il ne l'a pas révoqué. Pour cette raison, le testament est aussi appelé « acte de dernière volonté ».

¹⁷² Cf. *infra* ch. 4.3.

Il existe différentes **formes** de testaments.

- **Le testament public** est reçu par un officier public (un notaire), avec le concours de deux témoins.
- **Le testament olographe** doit être entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur. La plupart des testaments sont faits sous cette forme. La loi n'exige pas que le testament soit déposé auprès d'une autorité publique, mais les cantons ont l'obligation de prévoir une autorité auprès de laquelle le testament peut être déposé.
- **Le testament oral** consiste dans la déclaration, par le testateur, de ses dernières volontés à deux témoins qui les communiquent ensuite à une autorité judiciaire ou, si le testateur est un militaire en service, à un officier ayant au moins le grade de capitaine. Il s'agit d'une forme exceptionnelle de testament. Il n'est permis d'y recourir que si le *de cuius* est empêché de tester sous une autre forme. Les circonstances doivent être extraordinaires (danger de mort imminent, épidémie, guerre, etc.). Il faut en outre que le testateur ne sache pas écrire ou ne soit pas en mesure de le faire. Le testament perd sa validité quatorze jours après que le *de cuius* a retrouvé la possibilité de tester d'une autre manière.

3.1.2. Le pacte successoral

Le pacte successoral est un **acte bilatéral** pour cause de mort (art. 512-516 CC). Il s'agit d'un contrat qui est conclu entre le *de cuius* (disposant) et un tiers (cocontractant) relativement à la succession du premier.

Le pacte successoral doit être conclu dans la **forme du testament public**¹⁷³, à ceci près qu'il doit être signé en présence de deux témoins.

Une fois le pacte successoral conclu, les parties ne peuvent plus le modifier ou le révoquer de leur propre chef ; elles doivent se mettre d'accord sur sa **modification**.

Il existe **deux types** de pactes successoraux :

- **le pacte d'attribution**, par lequel le *de cuius* prend une disposition pour cause de mort en faveur du cocontractant (par exemple, une institution d'héritier, un legs¹⁷⁴) ;

¹⁷³ Cf. *supra* ch. 3.1.1.

¹⁷⁴ Cf. *infra* ch. 3.1.3.

- le **pacte de renonciation**, par lequel un héritier réservataire¹⁷⁵ renonce à la succession du *de cuius*.

3.1.3. Le contenu des dispositions pour cause de mort

Les dispositions pour cause de mort peuvent avoir divers contenus.

- **Une institution d'héritier**, par laquelle le *de cuius* désigne un ou plusieurs successeur(s) universel(s). Par « successeur universel », il faut comprendre un héritier qui recueille toute la succession ou une partie de celle-ci et qui répond des dettes du *de cuius* comme les autres héritiers.
- **Un legs**, par lequel le *de cuius* attribue un ou plusieurs objet(s) déterminé(s), en principe à une personne qui n'est pas héritière. Au contraire du successeur universel, le légataire, à savoir la personne à laquelle est destinée le legs, ne répond pas des dettes du *de cuius*. En outre, il n'acquiert pas de droit direct sur la succession, mais seulement une créance contre l'héritier (ou les héritiers) qui doi(ven)t exécuter le legs.

Exemple :

Une personne vient de décéder. A sa mort, ses héritiers deviennent propriétaires de tous ses biens. Le légataire, pour devenir propriétaire du bien que le de cuius lui a légué, doit demander aux héritiers de lui remettre le bien. S'ils refusent de le faire, le légataire peut agir en justice pour demander la délivrance du legs.

Par le biais d'une disposition pour cause de mort, le *de cuius* peut également confectionner des règles de partage¹⁷⁶, désigner un exécuteur testamentaire¹⁷⁷, exhériter un héritier¹⁷⁸, etc.

3.2. Les héritiers réservataires

3.2.1. Les héritiers réservataires et leur réserve

La liberté du *de cuius* de disposer de ses biens pour cause de mort n'est pas illimitée. La loi estime que certains de ses héritiers particulièrement proches, appelés les héritiers réservataires, ne peuvent pas être totalement exclus de la succession par la volonté du *de cuius*. Ils ont ainsi une part de succession

¹⁷⁵ Cf. *infra* ch. 3.2.1.

¹⁷⁶ Cf. *infra* ch. 4.3.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Cf. *infra* ch. 3.3.

intangible. On appelle cette part la **réserve héréditaire**. Le *de cuius* peut disposer du reste de la succession, soit de la **quotité disponible** (art. 470 CC).

Si leur réserve n'est pas respectée, les héritiers réservataires peuvent tenir en échec la volonté exprimée par le *de cuius* dans ses dispositions pour cause de mort. Ils disposent pour cela d'une action en justice, l'action en réduction (art. 522-533 CC).

Les personnes suivantes sont des héritiers réservataires (art. 471 CC) :

- **les descendants** du *de cuius*, pour les **trois quarts** de leur part légale¹⁷⁹ ;
- **les père et mère** du *de cuius*, pour la **moitié** de leur part légale¹⁸⁰ ;
- **le conjoint ou le partenaire enregistré survivant** du *de cuius*, pour la **moitié** de sa part légale¹⁸¹.

Exemple :

Une personne vient de décéder. Son conjoint et ses deux filles lui survivent. Tous trois sont des héritiers réservataires.

Le conjoint survivant a une part légale de la moitié de la succession et une réserve représentant la moitié de sa part légale, soit un quart de la succession.

Chaque enfant a une part légale d'un quart de la succession et une réserve représentant les trois quarts de sa part légale, soit 3/16 de la succession.

3.2.2. La masse de calcul des réserves

Une fois que les héritiers réservataires ont été identifiés et que leur réserve a été calculée, il convient de définir la **masse de biens** à laquelle ces fractions doivent être appliquées.

La masse de calcul comprend les mêmes éléments que la masse à partager, soit les biens extants du *de cuius*¹⁸² et les rapports¹⁸³, auxquels il convient de soustraire les dettes du *de cuius*¹⁸⁴ et celles de la succession¹⁸⁵. A ces éléments, il faut ajouter certaines libéralités que le *de cuius* a faites entre vifs. On parle à ce sujet de **réunions successorales**. Le but de ces réunions est

¹⁷⁹ La part légale est déterminée selon les principes exposés *supra* ch. 2.1.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Cf. *supra* ch. 2.2.1.

¹⁸³ Cf. *supra* ch. 2.2.2.

¹⁸⁴ Cf. *supra* ch. 2.2.3.

¹⁸⁵ Cf. *supra* ch. 2.2.4.

d'éviter que le *de cuius* ne rende illusoire les réserves héréditaires en procédant (notamment peu de temps avant sa mort) à des libéralités entre vifs qui diminuent les biens extants. La composition de la masse de calcul peut ainsi être résumée de la manière suivante :

	Biens extants
+	Les rapports
-	Dettes du <i>de cuius</i>
-	Dettes de la succession
+	<u>Réunions</u>
	Masse de calcul des réserves

Pour aller plus loin...

L'art. 527 CC prévoit quatre cas de réunions :

- *les libéralités que le de cuius pouvait librement révoquer et celles exécutées dans les cinq années antérieures à son décès ;*
- *les libéralités faites à titre d'avancement d'hoirie quand elles ne sont pas soumises au rapport¹⁸⁶ ;*
- *les libéralités faites à titre de liquidation anticipée des droits héréditaires, c'est-à-dire par pacte successoral de renonciation¹⁸⁷ ;*
- *les aliénations faites par le de cuius dans l'intention manifeste d'éluder les règles concernant les réserves.*

3.3. L'exhérédation

L'exhérédation est une disposition pour cause de mort par laquelle le *de cuius* prive un héritier réservataire de sa réserve. Si l'exhérédation est valable, le *de cuius* peut disposer de ses biens sans tenir compte de la réserve de l'héritier. Il existe **deux types** d'exhérédations.

- **L'exhérédation ordinaire :** lorsqu'un héritier a commis une infraction pénale grave envers le *de cuius* ou l'un de ses proches (par exemple, un crime contre la vie, l'intégrité corporelle ou le patrimoine) ou a gravement violé ses devoirs de famille envers le *de cuius* ou sa famille (par exemple, les devoirs découlant du mariage ou de la filiation), le *de cuius* peut exhéredier l'héritier dans un testament

¹⁸⁶ Sur cette notion, voir *supra* ch. 2.2.2.

¹⁸⁷ Sur cette notion, voir *supra* ch. 3.1.2.

ou un pacte successoral, en mentionnant la cause de l'exhérédation dans l'acte (art. 477-479 CC).

- **L'exhérédation d'un insolvable** : elle trouve son fondement dans le fait que lorsqu'un héritier réservataire est insolvable, la réserve qu'il touche au décès du *de cuius* risque pour l'essentiel de servir à désintéresser ses créanciers, sans que l'héritier et sa famille ne puissent en profiter. Afin d'éviter cela, la loi permet au *de cuius* de priver l'héritier de la moitié de sa réserve, à condition que celle-ci soit attribuée aux enfants nés ou à naître de l'héritier. L'héritier reçoit donc la moitié de sa réserve, qui va à ses créanciers pour les désintéresser, l'autre moitié allant aux enfants de l'héritier (art. 480 CC).

Pour aller plus loin...

Il convient de distinguer l'indignité, qui est réglée aux art. 540 s. CC, de l'exhérédation ordinaire.

L'indignité prive de par la loi le successeur de sa capacité de recevoir dans les cas où le de cuius ne lui aurait certainement pas laissé sa part de succession s'il avait été en mesure de s'exprimer.

Les causes de l'indignité se recoupent partiellement avec celles justifiant une exhérédation (attenter à la vie du de cuius, le mettre dans l'incapacité permanente de disposer pour cause de mort, l'induire illicitement à disposer pour cause de mort ou l'empêcher de le faire, cacher ou détruire des dispositions pour cause de mort).

La principale différence entre les deux notions réside dans le fait que l'indignité n'a pas à être prononcée par le de cuius ; elle intervient de par la loi lorsque les conditions sont remplies.

4. La dévolution

Les règles sur la dévolution déterminent **comment le patrimoine du de cuius passe à son ou ses successeur(s)**. Elles fixent quand s'ouvre la succession, comment le successeur devient titulaire des biens et des dettes du *de cuius* et la manière de procéder au partage.

4.1. L'ouverture de la succession

La succession s'ouvre par la **mort du de cuius**, au dernier domicile du décès, pour l'ensemble des biens (art. 537 s. CC).

4.2. L'acquisition de la succession

4.2.1. L'acquisition par les héritiers

Les héritiers acquièrent de plein droit l'entier de la succession. Si le *de cuius* a plusieurs héritiers (légaux ou institués), ceux-ci forment une **communauté héréditaire (ou hoirie)** (art. 602 s. CC). Ils deviennent ainsi propriétaires communs des biens successoraux¹⁸⁸ et débiteurs solidaires des dettes. Concrètement, les implications sont les suivantes :

- les membres de la communauté héréditaire doivent **administrer en commun** les actifs successoraux, ce qui signifie que toutes les décisions doivent être prises à l'unanimité (sauf cas d'urgence) ;
- tous les membres de la communauté héréditaire ont le **droit d'utiliser** les biens successoraux, dans les limites des droits des autres ; ils doivent donc s'entendre sur la manière de le faire ;
- les actes de disposition doivent émaner de tous les membres de la communauté héréditaire ;
- les dettes donnent lieu à une **responsabilité personnelle et solidaire** de chaque héritier.

Lorsque les passifs excèdent les actifs, les héritiers n'ont aucun avantage à recueillir la succession, raison pour laquelle ceux-ci doivent pouvoir se protéger. Ils ont trois moyens à leur disposition.

- **La répudiation** (art. 566-579 CC) est une déclaration qui permet à tout héritier de refuser purement et simplement l'entier de la succession. L'héritier renonce aux actifs de la succession, mais se libère de toutes les dettes du *de cuius*. Il perd sa qualité d'héritier. La répudiation doit intervenir dans le délai de trois mois dès l'ouverture de la succession.
- **Le bénéfice d'inventaire** (art. 580-592 CC) permet à tout héritier de demander l'établissement d'un inventaire des actifs et des passifs de la succession. L'auteur de la déclaration reste héritier, continue à répondre des dettes successorales sur tous ses biens, mais limite sa responsabilité aux dettes inventoriées. La demande doit être faite dans le délai d'un mois dès l'ouverture de la succession. Si le bénéfice d'inventaire démontre que la succession comporte davantage de dettes que d'actifs, l'héritier peut décider de répudier la succession.

¹⁸⁸ Cf. chapitre VI « Droits réels », ch. 3.1.3.

- **La liquidation officielle** (art. 593-597 CC) peut être requise par tout héritier. Les héritiers conservent cette qualité et leur droit à un éventuel solde actif, mais perdent la possibilité de procéder eux-mêmes à la liquidation et ne répondent pas personnellement des dettes. La liquidation officielle ne peut être ordonnée que si aucun héritier n'accepte la succession, même sous bénéfice d'inventaire.

4.2.2. L'acquisition par les légataires

La personne bénéficiaire d'un legs est **désignée par le *de cuius***. En principe, il s'agit d'une personne qui n'est pas héritière.

Le légataire **ne succède pas directement au *de cuius*** : il n'a qu'une créance en délivrance du legs contre les héritiers. Si ceux-ci ne s'exécutent pas, il peut agir en justice (art. 562 CC).

4.3. Le partage

La communauté héréditaire est une structure très lourde qui peut être une source de conflits. Pour cette raison, la loi accorde à chaque héritier le droit de demander le partage (art. 604 CC).

En principe, les héritiers sont libres de partager la succession comme ils l'entendent (art. 607 CC). Toutefois, le *de cuius* a la possibilité de prévoir des **règles de partage** qui s'imposent aux héritiers, sauf si ceux-ci décident unanimement de partager autrement (art. 608 CC).

Afin de faciliter le partage et de garantir la mise en œuvre de ses volontés, le *de cuius* peut en outre désigner un **exécuteur testamentaire** qui se charge de préparer le partage (art. 517 s. CC). A nouveau, si tous les héritiers se mettent d'accord, ils peuvent partager la succession selon d'autres modalités que celles proposées par l'exécuteur testamentaire.

Pour le cas où le *de cuius* n'aurait prévu ni règles de partage ni exécuteur testamentaire et que les héritiers n'arriveraient pas à s'entendre, la **loi établit un certain nombre de règles de partage** permettant de guider les autorités de partage ou le juge dans l'attribution des biens aux héritiers (notamment l'attribution du logement et du mobilier de ménage au conjoint ou partenaire enregistré survivant, la priorité du partage en nature, la formation de lots) (art. 610-615 CC).

En principe, le partage s'opère par un contrat entre tous les héritiers. Il peut se faire par partage manuel (distribution des biens) ou par acte de partage en la forme écrite.

La clôture du partage, qui doit se faire en la forme écrite, transforme la propriété commune¹⁸⁹ de tous les héritiers sur tous les biens successoraux en une propriété individuelle de chacun des héritiers sur certains bien (art. 634 CC).

Bibliographie

- STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, 2^e éd., Berne 2015

¹⁸⁹ Cf. chapitre VI « Droits réels », ch. 3.1.3.

Chapitre VI

Droits réels

1. Notion de droits réels

Un droit réel est un droit qui confère à son titulaire, à l'exclusion de toute autre personne, la maîtrise totale ou partielle d'une chose ou d'un animal.

2. Les objets de droits réels

Les droits réels portent généralement sur les choses ou les animaux. Ils peuvent parfois avoir d'autres objets que l'on assimile aux choses.

2.1. Les choses

Une chose est un objet délimité, impersonnel et susceptible d'appropriation par l'homme.

Exemples :

Le corps d'une personne vivante n'est pas une chose puisqu'une chose doit être impersonnelle. En revanche, un cadavre humain en est une, car la personnalité prend fin avec la mort.

L'air libre et la lumière ne sont pas des choses, car ils ne sont pas susceptibles d'appropriation humaine.

Une chose peut être mobilière ou immobilière :

- **une chose mobilière** (ou un meuble) est une chose qui peut être déplacée d'un lieu dans un autre sans subir de détérioration (par exemple, une voiture, une table, un caillou) (art. 713 CC) ;
- **une chose immobilière** (ou un immeuble) est en principe une partie de la surface terrestre, avec tout ce qui y est rattaché, que l'on nomme bien-fonds (par exemple, un terrain avec les constructions et les plantes qui se trouvent dessus) (art. 655 CC).

2.2. Les animaux

Les animaux sont tous les êtres vivants qui ne sont ni des végétaux ni des personnes humaines. Ils ne sont pas considérés comme des choses, mais en principe, ils sont régis par les mêmes règles que les choses (art. 641a CC).

2.3. Les autres objets de droits réels

La loi assimile certaines entités non matérielles à des choses :

- **les forces naturelles**, qui doivent être comprises dans le sens d'une capacité de fournir un travail (par exemple, l'énergie hydraulique,

chimique, électrique, atomique), pour autant qu'elles soient captées et utilisées (art. 713 CC) ;

- **certains droits**, par exemple des créances (art. 899 CC).

3. Les espèces de droits réels

Les différentes espèces de droits réels sont la **propriété** et les **droits réels limités**.

3.1. La propriété

3.1.1. Notion

La propriété est le droit réel qui confère à son titulaire la **maîtrise totale et exclusive** sur une chose ou un animal (art. 641-654a CC). Cela signifie que le propriétaire a le droit d'utiliser le bien, d'en percevoir les fruits (par exemple, les loyers si un immeuble est loué) et d'en disposer (en le transformant, en le vendant ou en le détruisant). On parle d'*usus*, de *fructus* et d'*abusus*.

Pour aller plus loin :

La maîtrise du propriétaire n'est pas illimitée. En effet, la propriété peut faire l'objet de nombreuses restrictions légales ou volontaires.

Parmi les restrictions légales, c'est-à-dire les restrictions imposées par la loi, on distingue :

- *celles qui découlent du droit privé, notamment les règles du droit de voisinage, qui sont destinées à régler les relations entre voisins de biens immobiliers ;*
- *celles qui découlent du droit public, notamment les règles sur l'expropriation, sur la police des constructions.*

Le propriétaire peut également restreindre son droit de propriété volontairement. Il peut ainsi concéder à des tiers :

- *des droits réels limités sur son bien (servitudes, droits de gage, charges foncières¹⁹⁰) ;*
- *des droits personnels (par exemple, un contrat de bail ou de prêt).*

¹⁹⁰ Cf. *infra* ch. 3.2.

3.1.2. La propriété mobilière et la propriété immobilière

La propriété peut porter sur des meubles : dans ce cas, on parle de **propriété mobilière** (art. 713-729 CC). La propriété peut concerner des immeubles : dans ce cas, il s'agit de **propriété immobilière ou foncière** (art. 655-712t CC).

3.1.3. La propriété individuelle et la propriété collective

Dans la plupart des cas, le droit de propriété est exercé par une seule personne : il s'agit d'une **propriété individuelle**. Un bien peut également faire l'objet d'un droit de propriété exercé par plusieurs personnes : on parle alors de **propriété collective**. La propriété collective peut prendre deux formes.

- **La copropriété** ne suppose pas de liens antérieurs entre les copropriétaires (art. 646-651a CC). Elle confère à son titulaire une part idéale sur l'objet, dont il peut disposer indépendamment des autres copropriétaires. Cela signifie que chaque copropriétaire peut vendre sa part sur le bien sans demander l'accord des autres copropriétaires. Un cas particulier de copropriété est la propriété par étages (art. 712a-712t CC).
- **La propriété commune** résulte d'une communauté antérieure qui lie les propriétaires communs (art. 652-654a CC). La propriété commune ne peut pas exister sans cette communauté antérieure. Les communautés antérieures qui engendrent une propriété commune sont énumérées dans la loi. Il s'agit notamment de la communauté de biens entre époux¹⁹¹, de la communauté héréditaire¹⁹², de la société simple, de la société en nom collectif et de la société en commandite¹⁹³. Les droits résultant de la propriété commune doivent être exercés en commun par tous les propriétaires communs. Cela signifie que chaque décision relative au bien doit être acceptée par tous. En outre, il n'existe pas de parts idéales dont chacun pourrait disposer.

Pour aller plus loin...

La propriété par étages est une forme de copropriété sur un immeuble. Chaque propriétaire d'étage détient un droit de copropriété qui porte sur l'immeuble entier

¹⁹¹ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 4.3.

¹⁹² Cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 4.2.1.

¹⁹³ Cf. chapitre VIII « Droit des obligations – Partie spéciale », ch. 1.3.

et le droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment (en principe, un appartement).

Les propriétaires d'étages forment une communauté disposant d'une organisation forte (art. 712g-712t CC) et d'une certaine autonomie juridique (art. 712l CC). Ainsi, pour autant qu'il s'agisse de questions liées à la gestion de l'immeuble, la communauté peut agir et être actionnée en justice en son nom. En outre, elle peut poursuivre ses débiteurs et être poursuivie pour des dettes dont elle ne se serait pas acquittée.

3.2. Les droits réels limités

3.2.1. Notion

Les droits réels limités sont des droits réels qui confèrent une **maîtrise partielle** sur une chose ou un animal (art. 730-915 CC). Ils permettent ainsi à leur titulaire d'utiliser, dans une certaine mesure, un bien qui appartient à quelqu'un d'autre.

Il existe **trois espèces** de droits réels limités : les servitudes, les droits de gage et les charges foncières.

3.2.2. Les servitudes

Une servitude permet à son titulaire d'**utiliser l'objet et/ou d'en percevoir les fruits** (art. 730-781a CC). Pour le propriétaire du bien en question, la servitude lui impose une restriction de sa propriété sur l'objet de la servitude.

Les servitudes peuvent avoir des **contenus très divers**.

- **La servitude de passage** (ou droit de passage) permet à son titulaire de passer sur le fonds d'autrui, généralement pour accéder à la voie publique. Les parties conviennent si le passage doit se faire à pied ou si les véhicules à moteur sont tolérés.
- **La servitude de conduite** permet à son titulaire de faire passer des conduites sur le fonds d'autrui et d'être propriétaire de celles-ci. Il peut s'agir de conduites transportant des liquides (par exemple, des eaux usées) ou de l'énergie (par exemple, de l'électricité).
- **Le droit de source** permet à son titulaire de prélever une certaine quantité d'eau sur le fonds d'autrui.
- **La servitude de non-bâtir** (ou interdiction de bâtir) assure à son titulaire un dégagement et un ensoleillement optimaux en empêchant le propriétaire d'un autre fonds de construire.

- **Le droit de superficie** permet à une personne d'avoir ou de faire des constructions sur le fonds d'autrui.
- **L'usufruit** confère à son titulaire le droit de gérer un bien, de l'utiliser et d'en percevoir les fruits (par exemple, il peut s'approprier les récoltes d'un champ, percevoir les loyers de locataires, recevoir les intérêts d'une somme d'argent mise à la banque).

Exemple :

Une femme désire donner sa maison à ses enfants, tout en continuant à l'habiter jusqu'à sa mort. Pour ce faire, elle peut grever l'immeuble d'un usufruit avant d'en transférer la propriété à ses enfants. Ces derniers deviennent alors propriétaires, mais la servitude les empêche d'habiter la maison jusqu'à la mort de leur mère. Si l'immeuble grevé de l'usufruit comporte d'autres appartements en location, les loyers reviennent également à la mère.

Les servitudes sont généralement immobilières, ce qui signifie qu'elles ont pour objet un immeuble, en principe un bien-fonds, que l'on appelle le fonds servant.

Les servitudes immobilières **suivent le sort de l'immeuble qu'elles grèvent**. Cela signifie que la servitude continue à grever le fonds qui en est l'objet même s'il change de propriétaire. Le nouveau propriétaire du bien-fonds acquiert donc un bien-fonds subissant une restriction à la propriété.

Les servitudes immobilières peuvent être **foncières** ou **personnelles**.

- **Une servitude foncière** a pour titulaire un autre fonds, que l'on appelle le fonds dominant. La servitude suit le sort du fonds dominant. Si ce dernier est vendu, le nouveau propriétaire du fonds dominant est titulaire de la servitude.

Exemple :

Une servitude de passage est généralement foncière, en ce sens qu'elle greève un fonds (le fonds servant) en faveur d'un autre fonds (le fonds dominant). Ainsi, le propriétaire du fonds dominant a le droit de passer sur le fonds servant.

- **Une servitude personnelle** a pour titulaire une personne.

Exemple :

L'usufruit est une servitude personnelle, en ce sens qu'elle est constituée en faveur d'une personne. La personne bénéficiaire de l'usufruit peut ainsi utiliser le bien, le gérer et en percevoir les fruits.

3.2.3. Les droits de gage

Un droit de gage permet à son titulaire (un créancier) d'**utiliser un bien comme garantie d'une créance**. Si la prestation due n'est pas exécutée par le débiteur propriétaire du bien mis en gage, le titulaire du droit de gage peut faire vendre l'objet grevé et récupérer en priorité la somme ainsi obtenue.

Les droits de gage peuvent être **mobiliers** ou **immobiliers**.

Un droit de gage mobilier porte sur un meuble (art. 884-915 CC). Il peut prendre plusieurs formes.

- **Le nantissement** exige que le propriétaire du bien mis en gage se dessaisisse de l'objet et le remette au titulaire du gage ou à un tiers.

Exemple :

Une personne désire obtenir un crédit. Pour s'assurer d'être remboursé, le créancier peut accorder la somme demandée, à condition que le débiteur lui remette en gage une parure de bijoux. De cette manière, si le débiteur ne rembourse pas le montant emprunté dans le délai fixé, le créancier peut déclencher une procédure de réalisation forcée de la parure de bijoux et se faire rembourser en priorité la somme empruntée.

- **Le droit de rétention** permet au créancier qui se trouve en possession de l'objet du gage avec le consentement du débiteur, mais pour une autre raison que la garantie d'un prêt, de retenir ce bien jusqu'au paiement.

Exemple :

Lorsque le propriétaire d'une voiture désire la faire réparer et qu'il la remet à un garagiste, ce dernier peut exercer un droit de rétention et retenir la voiture jusqu'au paiement de la facture. Si la facture n'est pas payée, le garagiste peut déclencher une procédure de réalisation forcée de la voiture et se faire rembourser le montant de sa facture en priorité.

- **L'hypothèque mobilière** naît sans transfert de possession, mais moyennant une inscription dans un registre. Elle porte sur de grands objets dont la possession peut difficilement être transférée (bétail, avions, grands bateaux), raison pour laquelle une inscription dans un registre est suffisante. La situation est assimilable à celles des immeubles.

Exemple :

Une personne désire obtenir un crédit. Pour garantir son prêt, elle possède un avion qu'elle peut mettre en gage. Le gage peut être constitué par une simple inscription dans le registre des aéronefs.

Un droit de gage immobilier porte sur un immeuble (art. 793-875 CC).

Exemple :

Une personne désire acheter une maison. Si elle ne dispose pas de la totalité de la somme nécessaire, elle peut demander un crédit auprès d'une banque. Si la personne dispose de suffisamment de fonds propres, la banque acceptera généralement d'octroyer un prêt, mais demandera la constitution d'un droit de gage immobilier sur le bien-fonds convoité. De cette manière, si le propriétaire ne rembourse pas sa dette à temps ou ne paie pas les intérêts y relatifs, la banque pourra ouvrir une procédure de réalisation forcée de l'immeuble et récupérer l'argent qu'elle a prêté.

Le droit de gage immobilier ne peut prendre que **deux formes** :

- l'hypothèque ;
- la cédula hypothécaire.

3.2.4. Les charges foncières

Une charge foncière donne à son titulaire la faculté d'**exiger du propriétaire d'un autre immeuble certaines prestations** (par exemple, livrer une certaine quantité de bois ou d'électricité) (art. 782-792 CC). Si le propriétaire dudit immeuble n'exécute pas la prestation promise, le titulaire de la charge foncière peut faire vendre l'immeuble et se faire verser en priorité la somme ainsi obtenue.

Ce type de droit réel limité est **rarement utilisé** en pratique.

4. Les moyens de rendre manifestes les droits réels

Les droits réels doivent en principe revêtir une **forme extérieure, reconnaissable pour les tiers**, puisqu'ils sont opposables à tous. Les moyens de publicité diffèrent selon que les droits réels portent sur un bien mobilier ou immobilier. Pour les droits réels mobiliers, la loi recourt à la possession. Pour les droits réels immobiliers, elle recourt à un moyen de publicité artificiel : l'inscription dans un registre (le registre foncier).

4.1. La possession

La notion de possession ne doit pas être confondue avec celle de propriété¹⁹⁴. La possession est un **pouvoir de fait** sur un bien (art. 919-941 CC). Elle existe par le simple fait que le bien est maîtrisé, pour autant que celui qui le détient ait la **volonté de le posséder**.

La possession est donc indépendante de tout droit sur ce bien. Malgré cela, la loi présume que le possesseur d'un bien en est propriétaire et attache **certaines conséquences juridiques** à la possession. Ainsi, le possesseur d'un bien peut se défendre contre un perturbateur, chasser celui qui chercherait à s'approprier le bien, invoquer la présomption qu'un possesseur est propriétaire du bien qu'il détient, et même parfois récupérer un bien en se fondant sur le seul fait qu'il l'a possédé antérieurement.

Exemples :

Un voleur est possesseur du bien qu'il détient. Mais comme sa possession est illégitime, le voleur n'est pas propriétaire du bien.

Un locataire est possesseur de l'appartement qu'il loue. S'il est troublé dans sa maîtrise, il dispose d'actions pour défendre sa possession, bien qu'il ne soit pas propriétaire de l'appartement. Pendant la durée du contrat de bail, il peut défendre sa possession même contre le propriétaire.

4.2. Le registre foncier

Le registre foncier est un service public dont les organes sont chargés de **répertorier les immeubles et de donner l'état des droits** en relation avec ces immeubles (art. 942-977 CC). Le droit fédéral impose la formation d'arrondissements pour la tenue du registre foncier, mais il laisse le soin aux cantons de régler la formation de ces arrondissements. Chaque arrondissement doit comporter un bureau du registre foncier dirigé par un conservateur du registre foncier. Les immeubles sont immatriculés dans l'arrondissement dans lequel ils sont situés.

Le registre foncier est **public**, ce qui signifie que toute personne peut le consulter. Certaines informations sont accessibles à tout un chacun (la désignation et le descriptif de l'immeuble, le nom et l'identité du propriétaire, le type de propriété, la date d'acquisition de la propriété, les servitudes et les charges foncières, etc.). Pour obtenir d'autres indications, il faut justifier d'un intérêt particulier. Comme le registre foncier est public, nul ne peut se

¹⁹⁴ Cf. *supra* ch. 3.1.

prévaloir du fait qu'il ne connaissait pas les informations contenues dans ledit registre. En outre, un droit inscrit au registre foncier est présumé exister et avoir le titulaire et le contenu qui ressortent de l'inscription.

5. L'acquisition des droits réels

L'acquisition des droits réels mobiliers et immobiliers, c'est-à-dire leur constitution et leur transfert, s'opère toujours selon les mêmes principes. L'acquisition peut être **dérivée ou originaire**.

5.1. L'acquisition dérivée

En principe, l'acquisition est dérivée, ce qui signifie que l'acquéreur **tient sa propriété d'une autre personne**. En outre, l'acquisition dépend généralement d'une manifestation extérieure. Il peut cependant arriver que tel ne soit pas le cas.

5.1.1. L'acquisition dérivée moyennant une manifestation extérieure

Dans ce cas, l'acquisition se fait en deux étapes. Les éléments suivants sont nécessaires.

- **Un titre d'acquisition**, c'est-à-dire un acte juridique générateur de l'obligation de transférer la propriété (par exemple, un contrat de vente¹⁹⁵, une donation, un échange, une disposition pour cause de mort prévoyant un legs¹⁹⁶) ou de constituer un droit réel limité (par exemple, un contrat constitutif de servitude¹⁹⁷, un contrat de gage¹⁹⁸). Si l'acte porte sur un bien immobilier, il doit revêtir la forme authentique, à moins qu'il s'agisse d'une disposition pour cause de mort (art. 657 CC) (dans ce cas, la forme propre aux dispositions pour cause de mort doit être respectée)¹⁹⁹. Un acte en la forme authentique est un document écrit, dressé par un officier public (un notaire), contenant les déclarations de volonté des parties et les constatations de fait.

¹⁹⁵ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie spéciale », ch. 2.

¹⁹⁶ Cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 3.1.3.

¹⁹⁷ Pour la notion de servitude, cf. *supra* ch. 3.2.2.

¹⁹⁸ Pour la notion de gage, cf. *supra* ch. 3.2.3.

¹⁹⁹ Pour plus de détails, cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 3.1.

- **Une opération d'acquisition**, lors de laquelle le propriétaire du bien s'en dessaisit ou le grève d'un droit réel limité²⁰⁰. En matière mobilière, l'opération d'acquisition se fait par le transfert de possession (art. 714 CC)²⁰¹ de la chose. En matière immobilière, elle se fait par l'inscription du droit au registre foncier (art. 656 al. 1, 665 al. 1 et 963 al. 1 CC).

Exemple :

Une personne désire vendre sa villa et a trouvé un acquéreur. Pour que la propriété de la villa passe à l'acheteur, les parties doivent conclure un contrat de vente en la forme authentique. Une fois le contrat conclu, le vendeur doit requérir l'inscription de l'acquéreur en tant que nouveau propriétaire de la villa (il peut également charger le notaire de le faire). Ce n'est qu'une fois que le conservateur du registre foncier a procédé à l'inscription, que l'acquéreur devient propriétaire de la villa.

5.1.2. L'acquisition dérivée sans manifestation extérieure

La propriété s'acquiert sans manifestation extérieure notamment en cas de **succession universelle pour cause de mort** : l'héritier acquiert les biens du défunt à la mort de celui-ci, indépendamment d'un transfert de possession ou d'une inscription au registre foncier (art. 656 al. 2 CC)²⁰². Si la succession contient un immeuble, l'héritier peut requérir lui-même son inscription au registre foncier en tant que propriétaire, mais il l'est déjà avant son inscription et il le reste même s'il ne la demande pas (art. 665 al. 2 CC).

Pour aller plus loin...

En cas d'acquisition originaire de la propriété foncière, l'acquéreur n'est en soi pas tenu de demander son inscription au registre foncier. Cependant, il a tout intérêt à le faire, car tant qu'il n'est pas inscrit au registre foncier :

- *il ne peut pas disposer de son droit, car il n'a pas le pouvoir formel de disposer qui le légitime du point de vue de l'office du registre foncier (art. 656 al. 2 CC) ;*
- *il ne bénéficie pas de la présomption attachée à l'inscription dans un registre public (art. 937 CC) ;*
- *il court le risque de perdre son droit par suite de l'acquisition de ce droit par un tiers de bonne foi (art. 973 CC).*

²⁰⁰ Cf. *supra*, ch. 3.2.

²⁰¹ Cf. *supra*, ch. 4.1.

²⁰² Cf. chapitre V « Droit des successions », ch. 4.2.1.

5.2. L'acquisition originaire

Lorsque l'acquisition est originaire, l'acquéreur **ne tient pas son droit sur le bien d'un propriétaire antérieur** : le titre d'acquisition est la loi elle-même. L'acquisition de la propriété est conditionnée à la prise de possession ou à l'inscription au registre foncier.

5.2.1. L'acquisition originaire moyennant une manifestation extérieure

Il existe un seul cas d'acquisition originaire de la propriété moyennant une manifestation extérieure : il s'agit de **l'acquisition de la propriété sur un immeuble par un tiers qui s'est fié de bonne foi à une inscription erronée** (art. 973 CC). Dans ce cas, l'aliénateur est inscrit à tort au registre foncier et n'est pas véritablement propriétaire du bien. Il ne peut donc en principe pas en transférer la propriété. Cependant, on estime que si l'acquéreur est de bonne foi, on ne peut pas lui reprocher de s'être fié au registre foncier. Pour cette raison, il est maintenu dans son acquisition. Celle-ci intervient toutefois de par la loi et non en vertu d'un contrat, puisque ce dernier est nul.

5.2.2. L'acquisition originaire sans manifestation extérieure

Il existe plusieurs cas d'acquisition originaire de la propriété sans manifestation extérieure, notamment les suivants :

- **l'occupation** permet à un tiers de devenir propriétaire d'un bien qui n'a pas de propriétaire (soit parce qu'il n'en a jamais eu, soit parce que le propriétaire précédent l'a abandonné) (art. 656 al. 2, 658, 664, 665 al. 2 et 718-719 CC) ;
- **la prescription acquisitive** permet à la personne qui possède un bien de manière paisible et prolongée de l'acquérir après un certain délai (en principe, 5 ans pour les meubles ; 10 ans, respectivement 30 ans pour les immeubles) (art. 661-663, 665 al. 2, 714 al. 2 et 728 CC).

Bibliographie

- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, T. I, 5^e éd., Berne 2012
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, T. II, 4^e éd., Berne 2012
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, T. III, 4^e éd., Berne 2012

Chapitre VII

Droit des obligations

Partie générale

1. Introduction

1.1. Fondements

1.1.1. Notion

Le droit des obligations fait partie du **droit privé**. Il règle les relations juridiques qui créent des droits et des obligations entre des personnes se trouvant, en principe, sur un **ped d'égalité**.

Le droit des obligations se fonde essentiellement sur le **Code des obligations**, plus simplement abrégé « **CO** ».

Le CO se divise en cinq parties :

- **la première partie**, dite générale, aborde les principes applicables à l'ensemble des obligations, leurs sources, leurs effets ou leur extinction ;
- **la deuxième partie**, dite spéciale, contient les dispositions qui règlent les principaux contrats²⁰³ ;
- **les trois dernières parties** ne font pas partie du droit des obligations en tant que tel, mais du droit commercial. Elles comprennent les règles sur les diverses formes de sociétés²⁰⁴, le registre du commerce, la comptabilité commerciale, etc.

Ce chapitre traite exclusivement de la première partie du CO.

1.1.2. Les grands principes

Le droit des obligations laisse une grande place à la **liberté des parties**. Elles peuvent ainsi, sous certaines conditions, aménager leurs relations juridiques comme elles l'entendent. En cas de litige, le rôle du juge est alors celui d'**interpréter la volonté des parties**. Le juge a toutefois un grand pouvoir dans cette interprétation.

Afin d'assurer une interprétation correcte des règles de droit, le législateur a posé deux grands principes qui dominent l'ensemble du droit des obligations.

²⁰³ Cf. chapitre VIII « Droit des obligations – Partie spéciale ».

²⁰⁴ *Idem*, ch. 1.3.

a) La bonne foi

Selon l'art. 2 al. 1 CC, « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». Ce principe fondamental de l'ordre juridique suisse a vocation à régir **l'ensemble des relations juridiques**. C'est pourquoi il est inscrit au début du CC et non pas uniquement dans le CO.

Le principe de la bonne foi signifie que toute personne est tenue de se comporter de manière **honnête, loyale et respectueuse**. En droit des obligations, il se traduit par le principe de la confiance, qui permet une interprétation objective de la volonté des parties, l'obligation d'assurer l'exécution correcte des prestations promises ou encore l'interdiction de tromper les attentes d'autrui.

Exemple :

Selon le CO, un contrat d'apprentissage doit être passé par écrit. En principe, cela signifie que, en l'absence d'un document signé, aucun contrat n'est valablement conclu. Si l'apprentie ou l'apprenti travaille malgré l'absence de document signé, l'employeur ne pourra, en principe, pas se prévaloir de l'absence de ce document. En effet, le droit des obligations protège celui qui fournit un travail en vertu d'un contrat qui ne se révèle pas valable. C'est là une concrétisation du principe de la bonne foi.

b) L'interdiction de l'abus de droit

L'art. 2 al. 2 CC consacre le principe selon lequel « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ». Il s'agit d'un principe fondamental qui permet de corriger les effets de la loi dans les cas où l'exercice d'un droit, pourtant valablement reconnu, créerait une **situation manifestement contraire à l'objectif et l'esprit de la loi**.

Le principe d'interdiction de l'abus de droit trouve, en droit des obligations, quelques applications pratiques, notamment lorsque celui qui se prévaut d'un droit le fait de manière contradictoire ou cherche à user d'une institution juridique contrairement à son but. L'interdiction de l'abus de droit **se fonde sur des valeurs générales comme l'éthique ou l'équité** pour corriger une situation choquante dans certaines circonstances particulières.

Exemple :

Selon le CO, l'action en responsabilité civile se prescrit, en principe, par un an. Cela signifie que celui qui subit un dommage par le fait d'autrui dispose d'un délai d'une année pour entamer une procédure en vue d'obtenir réparation. Souvent, il arrive que la victime et l'auteur du dommage négocient en vue de déterminer

l'étendue de la réparation. Durant ces négociations, il se peut que l'auteur du dommage trompe la victime en lui laissant entendre qu'il respectera ses engagements et en l'incitant à laisser s'écouler le délai d'une année pour entamer une procédure judiciaire. Si l'auteur du dommage invoque par la suite la prescription, il peut commettre un abus de droit. La victime pourra se prévaloir de cet abus et entamer une procédure judiciaire malgré le fait que l'action soit prescrite.

1.2. L'obligation

L'obligation est le rapport juridique selon lequel une partie est tenue envers une autre d'exécuter une prestation.

1.2.1. Un rapport juridique

L'obligation est avant tout un rapport juridique. En tant que telle, l'obligation est **protégée par le droit**. Elle s'oppose aux devoirs sociaux ou moraux fondés sur un rapport naturel. De tels devoirs ne sont pas établis par le droit et ne font pas l'objet d'une protection par ce dernier.

Exemple :

Le mariage est un rapport juridique. Il crée certaines obligations entre les époux. Ainsi, ils ont une obligation d'entretien l'un envers l'autre²⁰⁵. En revanche, la relation amoureuse qui existe entre les époux découle avant tout d'un rapport naturel. Ce rapport naturel peut créer entre les époux certains devoirs moraux ou sociaux, comme le devoir de fidélité.

1.2.2. Une prestation

La prestation est **l'objet de l'obligation**. Elle peut constituer en un devoir de faire (payer une somme d'argent, fournir un travail, etc.) ou de ne pas faire (s'abstenir de faire concurrence). L'exécution de la prestation a pour effet de libérer celui qui s'est obligé.

La prestation peut être **unique** (remise d'une chose), **périodique** (paiement d'un salaire chaque mois) ou **durable** (location d'un appartement), selon la fréquence à laquelle elle doit être exécutée.

Exemple :

Selon ce dont les parties conviennent dans leur contrat, la nature de la prestation varie. Par exemple, dans le cadre d'un contrat de vente, la prestation est généralement unique : le vendeur doit remettre la propriété de la chose vendue à

²⁰⁵ Cf. chapitre IV « Droit de la famille », ch. 5.1.5.

l'acheteur et l'acheteur doit payer le prix de vente en une fois. Exceptionnellement, elle peut être périodique, lorsque le vendeur s'engage à vendre à intervalle régulier une même quantité d'une chose donnée, ou lorsque l'acheteur s'engage à payer le prix de vente en plusieurs mensualités. En revanche, la prestation n'est jamais durable dans un contrat de vente.

1.2.3. Au moins deux parties

L'obligation fait toujours intervenir **au moins deux parties** : le débiteur et le créancier.

a) Le débiteur

Le débiteur est la partie qui a le **devoir d'accomplir la prestation**. On dit alors que le débiteur a une dette envers le créancier.

Lorsque plusieurs parties ont le devoir d'accomplir la même prestation, elles sont **codébitrices**.

b) Le créancier

Le créancier est la partie qui a le **droit d'exiger la prestation**. On dit alors que le créancier a une créance contre le débiteur.

La créance confère au créancier **une prétention contre le débiteur**. La prétention est le droit du créancier d'exiger l'exécution de la prestation par le débiteur. Toutes les créances, sans exception, octroient au créancier une prétention.

Lorsque plusieurs parties ont le droit d'exiger une même prestation, elles sont **cocréancières**.

En outre, dans un contrat, une seule et même partie est souvent à la fois créancière et débitrice : **son rôle change** en fonction de la prestation en question.

Exemple :

Dans un contrat de travail, la relation entre l'employeur et le travailleur fait intervenir principalement deux prestations : le travail à effectuer et le paiement du salaire.

Ainsi, le travailleur est débiteur de la prestation « travail ». Il a une dette envers son employeur qui consiste à effectuer un certain travail. L'employeur est alors le créancier de cette prestation de « travail ». Il a le droit d'exiger du travailleur qu'il effectue cette prestation.

De son côté, l'employeur est débiteur de la prestation « salaire ». Il a une dette en paiement du salaire. Le travailleur est alors le créancier de cette prestation de « salaire ». Il a le droit d'exiger de l'employeur qu'il lui verse son salaire.

1.2.4. Un droit d'action ?

La plupart des obligations sont accompagnées d'un droit d'action, qui permet au créancier de requérir d'un tribunal qu'il condamne le débiteur à exécuter sa prestation, au besoin en faisant intervenir la puissance publique. On parle alors d'**obligations civiles** (p. ex. les obligations découlant d'un contrat de vente²⁰⁶).

Toutefois, certaines obligations ne sont pas accompagnées d'un droit d'action. On parle alors d'**obligations naturelles** (p. ex. les obligations découlant du jeu et du pari). L'obligation naturelle signifie que le créancier peut, certes, exiger du débiteur qu'il exécute sa prestation, mais il ne peut pas faire valoir sa prétention en justice. En d'autres termes, le créancier ne peut pas faire intervenir la puissance publique pour forcer le débiteur à s'exécuter. Le créancier dépend alors du bon vouloir de celui-ci. En revanche, une fois que le débiteur s'est exécuté, il ne peut plus changer d'avis. Le créancier n'a pas à répéter la prestation, comme cela serait le cas en l'absence de cause valable²⁰⁷.

1.3. Les sources de l'obligation

L'obligation n'existe que si elle repose sur une cause juridique, ce qui signifie **qu'elle découle toujours d'une source**. Il existe trois sources principales des obligations : le contrat, la responsabilité civile délictuelle et l'enrichissement illégitime. Il existe aussi d'autres sources secondaires, que l'on trouve dans d'autres lois. On classe les sources selon qu'elles sont **volontaires ou légales**.

1.3.1. La source volontaire : le contrat

Le contrat est la principale **source volontaire** de l'obligation. Cela signifie que c'est avant tout la volonté des parties qui détermine l'étendue de la prestation, ainsi que les autres modalités de celle-ci.

En principe, chacun est libre de s'engager dans la mesure où il l'entend. Le contrat se caractérise par un **échange de manifestations de volonté concordantes**.

²⁰⁶ Cf. chapitre VIII « Droit des obligations – Partie spéciale », ch. 2.4 et 2.6.

²⁰⁷ Cf. *infra* ch. 4.

Exemple :

Lorsque deux personnes conviennent que la première achètera un bien appartenant à la seconde, pour un certain prix, elles manifestent chacune la volonté de conclure un contrat, en l'occurrence un contrat de vente. La première s'engage à remettre la propriété d'un bien à la seconde. La seconde s'engage à payer le prix de vente à la première.

La loi règle certaines modalités du contrat de vente. Toutefois, ce n'est pas la loi qui « oblige » ces deux personnes à conclure le contrat. En ce sens, les obligations découlant du contrat de vente ont donc bien une source volontaire.

Il sera fait question davantage du contrat en général ultérieurement dans ce chapitre²⁰⁸. De même, nous aborderons quelques contrats spéciaux que l'on retrouve fréquemment dans la vie de tous les jours²⁰⁹.

1.3.2. Les sources légales

L'obligation trouve sa source, non pas dans la volonté des parties, mais **dans la loi**. Il s'agit principalement de la responsabilité civile délictuelle et de l'**enrichissement illégitime**.

a) La responsabilité civile délictuelle

La responsabilité civile délictuelle est une **source légale** de l'obligation. C'est la loi qui détermine l'étendue de la prestation, l'identité du débiteur et du créancier, ainsi que les modalités de l'obligation.

La responsabilité civile délictuelle intervient principalement lorsqu'**une personne cause, en violation de la loi, un préjudice à une autre personne**. Lorsque les conditions de la responsabilité civile délictuelle sont remplies, la loi oblige l'auteur du préjudice à réparer celui-ci. Il s'agit, en fait, de rétablir la victime dans la situation qui aurait été la sienne si l'auteur n'avait pas causé le préjudice.

Exemple :

Lorsque, au cours d'une bataille, une personne casse le nez d'une autre personne, la première est responsable du préjudice découlant de l'atteinte à l'intégrité physique de la seconde. La première devra alors réparer le dommage causé. En l'occurrence, il s'agira de rembourser notamment les frais médicaux, les frais liés à un arrêt de travail ou les dégâts causés, par exemple, aux vêtements qui auraient été tachés de sang.

²⁰⁸ Cf. *infra* ch. 2.

²⁰⁹ Cf. chapitre VIII « Droit des obligations – Partie spéciale », ch. 2 à 6.

Il sera fait question davantage de la responsabilité civile délictuelle ultérieurement dans ce chapitre²¹⁰.

b) L'enrichissement illégitime

L'enrichissement illégitime est l'autre **source légale** de l'obligation. Il s'agit toutefois d'une source **subsidaire**, c'est-à-dire qu'elle n'intervient que lorsqu'une prestation a été effectuée sans reposer sur une autre cause (contrat ou responsabilité civile délictuelle).

Il y a enrichissement illégitime lorsqu'une personne profite, au détriment d'une autre, d'une prestation effectuée sans cause valable. Si c'est le cas et que les conditions de l'enrichissement illégitime sont remplies, celui qui s'est enrichi a l'obligation de restituer les prestations reçues indûment.

Exemple :

Lorsqu'une personne effectue un virement bancaire par erreur, par exemple, en se trompant de destinataire ou en indiquant un montant supérieur au montant prévu, le destinataire du virement obtient une prestation induue, qui ne repose sur aucune cause valable. Ce dernier a alors l'obligation de restituer le montant perçu de manière induue à l'auteur du virement bancaire.

Il sera fait question davantage de l'enrichissement illégitime ultérieurement dans ce chapitre²¹¹.

Bibliographie

- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997, pp. 1 ss
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2^e éd., Zurich 2014, n° 1-139
- TERCIER PIERRE, PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Genève et al. 2012, n° 20-168

²¹⁰ Cf. *infra* ch. 3.

²¹¹ Cf. *infra* ch. 4.

2. Le contrat

2.1. Fondements

2.1.1. Notion

Le contrat est un acte juridique bilatéral ou multilatéral, par lequel les parties **échangent des manifestations de volonté concordantes**. Il est une source principale des obligations²¹² et crée une relation juridique entre les parties²¹³.

Le contrat fait intervenir nécessairement au moins deux parties. Ainsi, une personne ne peut jamais conclure un contrat avec soi-même.

2.1.2. Quelques distinctions

Il existe **plusieurs critères de distinctions** entre les contrats. On en mentionne trois que l'on rencontre fréquemment en pratique : le contrat unilatéral ou bilatéral, le contrat formel ou informel et le contrat nommé ou innommé.

a) Unilatéral ou bilatéral

Le contrat est **unilatéral**, lorsqu'il n'impose des obligations qu'à une seule partie (p. ex. la donation). Ces contrats sont toujours conclus à titre gratuit, puisque l'autre partie ne doit aucune contreprestation.

Le contrat est **bilatéral**, lorsque les deux parties sont à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre. Parmi les contrats bilatéraux, on distingue les contrats parfaits, lorsque les deux parties se trouvent dans un rapport d'échange, et les contrats imparfaits, lorsque la contreprestation d'une des parties est accessoire par rapport à la prestation de l'autre.

La distinction entre contrat unilatéral et bilatéral ne porte pas sur le nombre de parties au contrat, puisqu'un contrat nécessite toujours au moins deux parties. Elle porte sur **le nombre de parties obligées** par le contrat.

b) Formel ou informel

Le contrat est **formel**, lorsque, pour être valable, il doit revêtir une forme particulière²¹⁴. C'est le cas, par exemple, de la vente immobilière qui doit

²¹² Cf. *supra* ch. 1.3.1.

²¹³ Cf. *supra* ch. 1.2.1.

²¹⁴ Cf. *infra* ch. 2.2.2.

impérativement être conclue devant le notaire, c'est-à-dire sous forme authentique.

Le contrat est **informel**, lorsque sa validité ne dépend pas du respect d'une forme particulière.

La distinction est importante en pratique, puisqu'un contrat formel n'est valable que si la forme prescrite est respectée.

c) Nommé ou innommé

Le contrat est **nommé**, lorsqu'il est réglementé dans la loi. C'est le cas, par exemple, du contrat de vente, du contrat de bail, du contrat de travail ou du contrat d'entreprise.

Le contrat est **innommé**, lorsqu'il n'est réglementé dans aucune loi, mais qu'il emprunte, çà et là, des règles de différents contrats nommés ou que la prestation choisie n'est visée par aucun contrat nommé. C'est le cas, notamment, du contrat de licence, du contrat d'architecte, du contrat de spectacle ou du contrat de représentation exclusive.

2.1.3. Les grands principes

a) L'effet contractuel

Le contrat crée **une relation juridique entre les parties**. Cette relation fait naître entre ces parties des droits et des obligations. Les parties au contrat ne peuvent plus se libérer unilatéralement des engagements qu'elles ont pris. C'est le principe de la fidélité contractuelle²¹⁵.

Les effets du contrat sont relatifs. C'est-à-dire que **le contrat ne lie, en principe, que les parties au contrat**. On parle aussi du principe de la relativité des contrats.

b) La liberté contractuelle

Le contrat est régi par **le principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie des parties**. Cela signifie que les parties disposent notamment de la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat, du libre choix de leur partenaire contractuel, du libre choix de l'objet du contrat, de sa forme, ainsi que de la liberté de terminer le contrat.

²¹⁵ Cf. *infra* ch. 2.3.1.

La liberté contractuelle a toutefois des **limites**. Dans certains cas, une des parties peut être obligée de conclure ou de poursuivre une relation contractuelle contre sa volonté. C'est le cas, par exemple, du contrat d'assurance maladie que toute personne domiciliée en Suisse doit conclure.

De même, le CO prévoit une série de **dispositions impératives**, à laquelle les parties ne peuvent déroger. Cette limite au libre choix de l'objet du contrat vise avant tout la protection de la partie faible dans la relation contractuelle. C'est le cas, par exemple, des règles de protection du consommateur en matière de démarchage à domicile.

c) **La hiérarchie des normes**

On distingue quatre sortes de règles, qui régissent les relations contractuelles, selon que les parties peuvent ou non y déroger :

- **les règles absolument impératives** sont obligatoires pour chacune des parties et pour toutes les relations contractuelles auxquelles elles sont destinées. Les parties ne peuvent jamais y déroger. Le but d'une règle absolument impérative est d'assurer la poursuite d'un intérêt public, et non pas de protéger les intérêts privés des parties (p. ex. l'obligation de conclure le contrat de vente immobilière sous forme authentique) ;
- **les règles relativement impératives** se retrouvent principalement dans les contrats dans lesquels l'une des parties est réputée économiquement plus faible que l'autre (p. ex. la durée des vacances dans le contrat de travail). Les parties ne peuvent y déroger au détriment de la partie faible. Elles peuvent, en revanche, décider d'y déroger en sa faveur. Le but d'une règle relativement impérative est de fixer un standard minimum de protection pour l'une des parties ;
- **les règles dispositives** sont les règles de droit qui figurent dans la loi, mais que les parties peuvent librement modifier dans leur contrat. Le rôle des règles dispositives est de compléter le contrat des parties, lorsque ces dernières n'ont pas réglé exhaustivement leur relation contractuelle (p. ex. les règles sur la garantie contre les défauts dans le contrat de vente) ;
- **les règles conventionnelles** sont toutes les règles que les parties fixent directement dans leur contrat ou dans des conditions annexes au contrat. Elles permettent de déroger aux règles relativement impératives et aux règles dispositives, mais pas aux règles absolument impératives.

2.2. La conclusion

La **conclusion du contrat** suppose un échange entre les parties de manifestations de volonté concordantes et réciproques portant sur l'ensemble des éléments essentiels du contrat.

Pour déterminer si un contrat a été valablement conclu, il faut examiner **quatre éléments** : les parties, la forme du contrat, l'objet du contrat et le consentement.

2.2.1. Les parties

a) Principe

Un contrat ne peut être conclu qu'en présence de deux ou de plusieurs parties. Pour être partie au contrat, il faut avoir la capacité civile passive²¹⁶ et la capacité civile active²¹⁷.

b) Le vice des parties

Le défaut de capacité civile passive rend **le contrat inexistant**. Cela signifie que le contrat ne peut venir à bout et il n'y a aucune conclusion ou ratification du contrat possible.

Le défaut de capacité civile active rend **le contrat nul**. Pour les mineurs et les interdits, cela signifie que l'autre partie est liée provisoirement, jusqu'à ce que l'acte soit ratifié par le représentant légal ou non. On dit alors que le contrat est imparfait ou « boiteux », jusqu'à la ratification.

2.2.2. La forme

a) Principe

Lorsque la loi ne dit rien, les parties sont **libres de choisir la forme** de leur contrat. On distingue quatre formes, de la plus rigoureuse à la moins formelle : la forme authentique, la forme écrite, la forme orale et la forme tacite ou par actes concludants.

b) La forme authentique

Le contrat sous forme authentique consiste en un **acte rédigé par devant un notaire** ou un officier public, qui atteste et vérifie l'identité des parties, de

²¹⁶ Cf. chapitre III, « Droit des personnes physiques », ch. 2.1.

²¹⁷ *Idem*, ch. 2.2.

leurs représentants, que les parties ont bien pris connaissance du contenu du contrat et en ont bien compris les conséquences.

La forme authentique est traditionnellement requise lorsque le contrat doit être inscrit dans un **registre public**. C'est le cas, par exemple, de la vente immobilière, qui doit faire l'objet d'un acte authentique et sera enregistrée dans le registre foncier. A moins que la loi ne le prévoie, les parties renoncent généralement à rédiger leur contrat sous forme authentique, car les frais de notaire sont élevés.

c) La forme écrite

Le contrat sous forme écrite consiste en un **document sous seing privé**, qui doit impérativement contenir la signature – manuscrite ou électronique – des parties. La signature électronique doit remplir certaines garanties d'authenticité fixées par la loi pour pouvoir remplacer valablement la signature manuscrite.

d) La forme orale

Le contrat sous forme orale est **la forme la plus répandue dans la vie de tous les jours**. Elle fait intervenir un dialogue entre les parties au contrat qui, en s'exprimant par oral, manifeste leur volonté de conclure un contrat. C'est le cas notamment de celui qui commande un café dans un restaurant. Il se conclut alors un contrat oral avec l'établissement.

e) La forme tacite ou par actes concluants

Le contrat sous forme tacite ou par actes concluants consiste en un contrat qui se **conclut au travers du comportement que les parties manifestent l'une à l'égard de l'autre**. C'est le cas par exemple de la personne qui se rend dans un magasin, saisit un article au rayon, passe à la caisse et paye sans dire un mot. Il se conclut alors un contrat de vente entre cette personne et le magasin portant sur la vente des produits concernés. C'est l'action de choisir les articles et de les payer en caisse qui conduit à la conclusion du contrat.

f) Le vice de forme

Parfois, la loi prescrit le **respect d'une forme particulière** pour la conclusion du contrat. Il s'agit généralement soit de la forme authentique (p. ex. la vente immobilière) ou de la forme écrite (p. ex. la promesse de don).

Si les parties ne respectent pas la forme prescrite, **le contrat est entaché d'un vice de forme et celui-ci est nul**. La nullité peut être absolue, lorsque

l'ensemble du contrat est soumis à une forme prescrite non respectée. Elle peut être partielle, lorsque seules certaines dispositions le seraient.

2.2.3. L'objet

a) Principe

L'objet du contrat peut, **en principe, être librement déterminé**²¹⁸. Les parties sont libres de convenir de leurs prestations et des modalités de leur exécution.

b) Les vices de l'objet

La liberté des parties n'est pas absolue. Elle ne peut être exercée que dans les limites de l'ordre juridique. En particulier, l'objet du contrat ne doit pas être en contrariété avec la **loi** ou les **bonnes mœurs** et ne doit pas être **impossible**. Si c'est le cas, on dit que le contrat est vicié quant à son objet.

- **L'illicéité.** Un contrat est illicite lorsqu'il **viole des dispositions impératives** de la loi²¹⁹, soit dans son entier, soit dans certaines de ses clauses uniquement. L'illicéité peut porter sur l'objet du contrat (p. ex. la vente de drogues), sur sa conclusion même (p. ex. s'obliger à commettre un crime) ou sur le but poursuivi par les parties au contrat (p. ex. l'achat de produits chimiques légaux, mais en vue de fabriquer des drogues).
- **L'immoralité.** Un contrat est immoral lorsqu'il contrevient aux bonnes mœurs, sans toutefois violer des dispositions impératives de la loi. Il s'agit de déterminer si le contrat, en lui-même, dans son objet ou dans son but, **heurte le sentiment des valeurs morales et sociales fondamentales** de l'ordre juridique suisse. C'est le cas de certains engagements pris contrairement à la loyauté commerciale (p. ex. l'engagement de verser un dessous de table ou un pot-de-vin).
- **L'impossibilité.** Un contrat est impossible lorsque **l'une des prestations promises ne peut pas être exécutée**. L'impossibilité doit être initiale, c'est-à-dire que la prestation ne devait déjà plus être possible au moment de la conclusion du contrat, mais sans toutefois que le débiteur le sache. L'impossibilité doit également être objective, c'est-à-dire qu'un tiers ne doit pas pouvoir exécuter la prestation à la place du débiteur. C'est le cas, par exemple, lorsque l'objet du contrat

²¹⁸ Cf. *supra* ch. 2.1.3 (b).

²¹⁹ Cf. *supra* ch. 2.1.3 (c).

a été détruit avant la conclusion du contrat (p. ex. la vente d'un cheval de course est impossible s'il s'avère que ce cheval est mort d'une crise cardiaque avant la conclusion du contrat).

Lorsqu'un contrat est illicite, immoral ou impossible, on dit qu'il est vicié quant à son objet. Dans un tel cas, **le contrat est nul**. La nullité peut être absolue, lorsque le contrat est vicié dans son entier. La nullité peut être partielle, lorsque seules certaines dispositions du contrat sont affectées d'un vice de l'objet.

2.2.4. Le consentement

a) Principe

Pour qu'un contrat soit conclu, les parties doivent manifester leur volonté de conclure de manière **réciproque** et **concordante** sur les **éléments essentiels** du contrat.

b) La réciprocité

L'échange des manifestations de volonté doit tout d'abord être réciproque. Cela signifie que les parties doivent **s'informer mutuellement de leur volonté de conclure**. Cet échange réciproque s'effectue en trois étapes, la première pouvant être toutefois optionnelle.

- **Les négociations précontractuelles**. La conclusion du contrat peut parfois être précédée d'une phase de négociations. Les parties y discutent de leurs intentions et des éléments qu'elles souhaitent intégrer au contrat. Les parties peuvent organiser librement leurs négociations. Toutefois, elles doivent se comporter de bonne foi et de manière sérieuse.
- **L'offre**. L'offre est une manifestation de volonté par laquelle une personne propose à une autre la conclusion d'un contrat. L'auteur de l'offre est, en principe, lié par cette dernière durant un certain délai et ne peut modifier celle-ci durant ce délai. La durée de validité d'une offre varie selon que les parties sont en présence l'une de l'autre (offre entre présents) ou selon que l'offre se fait entre absents (offre entre absents).

Une offre **entre présents** signifie que les deux parties sont en contact direct l'une avec l'autre, c'est-à-dire qu'elles sont soit physiquement l'une en face de l'autre, soit qu'elles communiquent par un moyen direct (p. ex. par téléphone). Dans ce cas, l'acceptation de l'offre doit

être immédiate. A défaut, l'offre n'est plus valable, à moins que son auteur n'ait octroyé au destinataire de l'offre un délai pour l'accepter.

Une offre **entre absents** signifie que les deux parties ne sont pas en contact direct l'une avec l'autre. Dans ce cas, l'offre a une durée de validité minimale qui correspond à celle fixée par l'auteur de l'offre. A défaut, la durée de validité de l'offre s'apprécie selon les circonstances, en tenant compte du temps nécessaire pour que le destinataire reçoive l'offre, l'examine et transmette à l'auteur sa réponse.

L'auteur de l'offre est lié par cette dernière tant que dure le délai de validité de l'offre. Il ne peut la retirer que si le retrait parvient au destinataire avant l'offre.

Exemple :

Si une personne écrit un courrier à une autre dans laquelle elle lui propose de lui acheter un bien pour un prix déterminé. Il s'agit d'une offre entre absents. A défaut d'une durée de validité indiquée par l'auteur, on tient compte du temps d'acheminement du courrier postal contenant l'offre, d'un bref délai de réflexion du destinataire et du temps d'acheminement du courrier postal de réponse. L'auteur de l'offre est lié pendant tout ce délai. Il ne peut retirer son offre que si le retrait parvient au destinataire avant l'offre, par exemple par email.

On notera que l'**envoi de choses non commandées** n'est pas considéré comme une offre, cela dans le but de protéger le consommateur de sollicitations non désirées. L'envoi de prospectus mentionnant des prix n'est pas constitutif d'une offre.

- **L'acceptation de l'offre.** C'est une manifestation de volonté par laquelle le destinataire de l'offre approuve cette dernière. L'acceptation de l'offre provoque la conclusion du contrat. Pour être valable, l'acceptation de l'offre doit avoir le même contenu que l'offre. Si le contenu diffère, il s'agit d'une contre-offre, qui obéit aux mêmes règles que l'offre quant à sa durée de validité et son acceptation. En principe, le silence ne vaut pas acceptation de l'offre, mais refus de cette dernière, y compris lorsque l'auteur de l'offre fait usage de formulation du type « sauf avis contraire de votre part, le contrat est conclu ».

c) La concordance

Le contrat est conclu lorsque le consentement des parties est concordant. En principe, **le consentement ne repose pas sur ce que les parties ont dit, mais**

sur ce qu'elles ont voulu réellement. En ce sens, on ne tient pas compte de ce que les parties ont dit, mais de ce qu'elles ont voulu.

Exemple :

Si les parties déclarent vendre et acheter le scooter blanc immatriculé NE 1234, mais qu'en réalité le scooter est beige selon la carte grise du véhicule, la volonté réelle des parties porte sur la vente du scooter beige immatriculé NE 1234, même si elles ont mentionné « blanc ».

Toutefois, l'interprétation de la volonté réelle des parties est limitée par le principe de la bonne foi, c'est-à-dire en fonction de ce que le destinataire pouvait comprendre. Ainsi, un contrat peut être valablement conclu quand bien même une des parties n'a pas réellement voulu ce qu'elle a déclaré.

Exemple :

Une partie souhaite vendre un objet pour 2'000 francs suisses. Elle s'est correctement exprimée.

L'autre partie souhaite acheter l'objet pour 2'000 euros. Elle se trompe et déclare l'acheter pour 2'000 francs suisses.

Dans ce cas, il s'agit de déterminer si la partie qui s'est trompée dans sa déclaration s'est exprimé de façon à ce que la première partie puisse déduire un accord de cette déclaration erronée. Si c'est le cas, alors le contrat est conclu.

En l'espèce, tout porte à croire que lorsqu'on déclare « 2'000 francs suisses », on pense bien à « 2'000 francs suisses ». Le contrat sera donc conclu pour un montant de 2'000 francs suisses et non pas de 2'000 euros.

d) Les éléments essentiels

Pour que le contrat soit conclu, le consentement des parties doit porter sur l'ensemble des éléments subjectivement et objectivement essentiels du contrat.

- **Les éléments objectivement essentiels.** Il s'agit de tous les éléments qui sont nécessaires à la conclusion du contrat, c'est-à-dire qu'ils en forment le cœur ou l'essence même. Ils permettent de déterminer le contrat et de l'individualiser quant aux parties, à la prestation et à la contreprestation.

Exemple :

Dans un contrat de vente, les éléments objectivement essentiels sont la désignation des parties (qui est le vendeur et qui est l'acheteur), la désignation de l'objet du contrat (p. ex. le scooter immatriculé NE 1234, la maison à l'adresse 123 rue du Droit), et le prix (p. ex. CHF 1'000.-).

- **Les éléments subjectivement essentiels.** Il s'agit de tous les éléments qui ne sont pas, en eux-mêmes, nécessaires à la conclusion du contrat, mais que les parties ont considérés comme une condition à la conclusion du contrat. Une partie qui considère un élément comme subjectivement essentiel doit le faire savoir au stade des négociations précontractuelles.

Exemple :

La durée du contrat de bail est un élément subjectivement essentiel. Il n'est pas nécessaire que les parties déterminent à l'avance la durée du contrat de bail. En revanche, l'annonce qui indique vouloir conclure un contrat de bail pour une durée à déterminer à l'avance fait de cette détermination un élément subjectivement essentiel. C'est-à-dire que, pour l'annonceur, il est impératif que la durée soit fixée. A défaut, il préfère renoncer à conclure.

e) **Les vices du consentement**

La conclusion du contrat repose sur l'idée que les parties s'engagent sur la base d'un consentement libre, qui correspond à leur volonté réelle. Lorsque le consentement n'est pas libre, la loi prévoit certaines règles visant à atténuer les effets des engagements pris. On dénombre quatre vices du consentement : l'erreur essentielle, le dol, la crainte fondée et la lésion.

- **L'erreur essentielle.** L'erreur est une **mauvaise représentation de la réalité**. La loi ne considère pas toute erreur comme suffisamment grave pour être protégée par la loi. L'erreur doit être essentielle, c'est-à-dire qu'elle doit porter sur des faits importants qui ont fondé la conclusion du contrat. Il peut s'agir d'une mauvaise perception de faits ou de la méconnaissance de faits importants. Enfin, elle peut intervenir également lorsque la volonté réelle d'une partie diverge de sa volonté exprimée.

Exemple :

Une personne achète un tableau en pensant qu'il s'agit d'une œuvre originale, ce dont le vendeur est également persuadé. Un jour, une expertise permet de déterminer que le tableau est en réalité une reproduction. Il y a erreur sur la qualité du tableau (original ou reproduction). Cette erreur est essentielle, car elle porte sur des éléments importants du contrat et influe fortement sur le prix de l'œuvre. Dans un tel cas, l'acheteur peut se prévaloir de l'erreur pour invalider le contrat.

- **Le dol.** Le dol est l'erreur d'une partie qui a été intentionnellement provoquée par le comportement de l'autre. Il s'agit d'une erreur, qui n'a toutefois pas besoin d'être essentielle. Il suffit qu'une partie ait été

induïte en erreur par la tromperie de l'auteur. Il y a **tromperie** lorsque l'auteur connaissait ou aurait dû connaître l'existence de l'erreur, et qu'il a induit l'autre partie dans l'erreur. La tromperie est donc nécessairement intentionnelle.

Exemple :

Une personne achète un tableau en pensant qu'il s'agit d'une œuvre originale. Le vendeur sait toutefois qu'il s'agit d'une simple reproduction et induit l'acheteur en erreur en le laissant croire qu'il s'agit d'un original. Il y a tromperie de la part du vendeur qui connaissait la réalité et a laissé l'acheteur dans l'erreur. Dans un tel cas, l'acheteur peut se prévaloir de l'erreur pour invalider le contrat.

- **La crainte fondée.** La crainte fondée est la **contrainte exercée par une partie** ou un tiers sur l'autre partie en vue de forcer celle-ci à conclure le contrat. La contrainte peut prendre la forme d'une menace proférée à l'encontre de la personnalité ou du patrimoine de la victime ou de ses proches. La menace de porter une plainte pénale peut, par exemple, constituer une crainte fondée.

Exemple :

Si une personne en rackette une autre en vue d'obtenir une prestation, par intimidation ou par violence, elle exerce une contrainte qui constitue une crainte fondée. La victime peut se prévaloir de cette crainte pour annuler un contrat conclu avec l'auteur du racket (p. ex. une donation d'argent effectuée à son attention) ou avec un tiers (p. ex. l'achat d'un bien qui sera remis ensuite à l'auteur du racket).

- **La lésion.** Il y a lésion lorsqu'**une partie exploite la faiblesse de l'autre** pour obtenir une prestation disproportionnée par rapport à la sienne. La disproportion doit être évidente. C'est le cas lorsque la valeur des prestations diverge de manière importante. Ainsi, il y a disproportion évidente lorsque le prix payé est manifestement supérieur à la valeur réelle de la prestation (p. ex. l'achat d'une montre d'entrée de gamme au prix d'une montre de luxe). La disproportion doit être le fruit de l'exploitation de la faiblesse de l'autre, c'est-à-dire que la partie qui s'en prévaut doit s'être trouvée dans une situation de gêne, d'inexpérience ou de légèreté.

Exemple :

Une personne gagne à la loterie. En pleine euphorie, elle achète une luxueuse voiture d'occasion, à un prix toutefois qui dépasse largement le prix de la voiture neuve. Si le vendeur a exploité l'état d'euphorie de l'acheteur pour gonfler le prix de vente, il y a lésion, car l'acheteur se trouve dans un tel état,

qu'il en devient insouciant et accepte de conclure à des conditions disproportionnées.

Contrairement aux autres vices (de forme, de l'objet et des parties), le contrat entaché d'un vice du consentement n'est pas nul. **Il peut être annulé ou invalidé.** C'est-à-dire qu'il appartient à la personne dont le consentement est vicié de manifester sa volonté d'être libérée du contrat. Si elle ne le fait pas dans **un délai d'une année** à compter de la découverte de l'erreur essentielle, du dol, de la lésion ou de la disparition de la crainte fondée, le vice du consentement concerné est considéré comme ratifié et le contrat déploie pleinement ses effets. A noter que l'annulation ou l'invalidation du contrat peut être totale, ou partielle, selon que le vice du consentement porte sur l'ensemble du contrat ou sur seulement l'une ou l'autre de ses clauses.

2.3. L'exécution

2.3.1. Le principe de la fidélité contractuelle

L'exécution du contrat repose sur le principe de la fidélité contractuelle. Cela signifie que les parties sont tenues de **respecter leurs engagements** et qu'elles ne peuvent donc **pas les modifier sans l'accord de l'autre partie.**

2.3.2. Le rôle du juge

Il est impossible, lors de la conclusion du contrat d'imaginer toutes les situations problématiques et les difficultés qui peuvent survenir durant la vie du contrat. En ce sens, le contrat ne se suffit généralement pas à lui-même et, en cas de litige, le juge peut être amené à préciser le contenu des obligations. Il peut le faire par trois voies :

- **par interprétation**, lorsque le juge cherche à déterminer le sens voulu par les parties, par complètement ;
- **par comblement**, lorsque le juge comble une lacune du contrat ;
- **par correction**, lorsque le juge corrige des effets du contrat qui seraient particulièrement lourds à supporter pour une partie.

2.3.3. Les modalités des obligations

Le débiteur doit non seulement exécuter sa prestation, mais il doit le faire en respectant les modalités prévues par les parties. Les modalités des obligations répondent principalement aux questions suivantes :

- **Qui** doit exécuter la prestation ? Est-ce le débiteur lui-même ou peut-il confier l'exécution à un tiers ?

- **Quand** est-ce que la prestation doit être exécutée ? Est-ce que le débiteur est libre de s'exécuter tout de suite ? Doit-il le faire avant, après ou exactement à une date donnée ?
- **Où** est-ce que le débiteur doit exécuter sa prestation ? Doit-il livrer sa prestation au créancier ? Est-ce que c'est au créancier de venir la chercher ?

a) L'auteur de la prestation

En principe, **le débiteur n'est pas tenu d'exécuter la prestation personnellement**. Il peut la confier à un tiers, que ce soit l'un de ses employés, un mandataire ou encore un sous-traitant.

En revanche, **les parties peuvent convenir dans leur contrat que le débiteur doit s'exécuter personnellement**. Enfin, il arrive que, selon la nature du contrat, ce soit la loi qui prévoit une obligation de s'exécuter personnellement. C'est le cas, par exemple, du contrat de travail. Le travailleur ne peut, en principe, envoyer quelqu'un d'autre effectuer le travail à sa place.

b) Le moment de l'exécution

En principe, on distingue **trois étapes** dans l'exécution de la prestation : son exécutabilité, son exigibilité et son échéance.

L'exécutabilité de la prestation correspond au moment à partir duquel le débiteur a le droit de l'effectuer.

L'exigibilité de la prestation correspond au moment à partir duquel le créancier peut exiger que le débiteur s'exécute.

L'échéance de la prestation correspond au moment auquel le débiteur doit s'être exécuté.

Il arrive parfois que l'un ou l'autre de ces événements coïncident temporellement. Ainsi, en pratique, l'échéance et l'exigibilité interviennent **au même moment**. Elles peuvent toutefois intervenir à des moments distincts.

Exemples :

La facture d'un prestataire de services indique que celle-ci doit être payée au plus tard le 31 mars. Avant cette date, le paiement n'est pas exigible, car le prestataire de services ne peut pas exiger que le débiteur s'exécute. Le 31 mars, la prestation est échue, car le débiteur a jusqu'à cette date pour s'exécuter. S'il ne le fait pas, il est en retard. En revanche, la prestation est exécutable dès que la facture est émise. En effet, rien n'empêche le débiteur de payer celle-ci avant la date du 31 mars.

Un contrat de vente de marchandises prévoit que celles-ci doivent être livrées dans les 10 jours qui suivent l'émission d'une facture par le vendeur. Dans ce cas, le paiement n'est pas exécutable dans l'immédiat. Le débiteur ne doit pas et ne peut pas payer tout de suite. Il doit attendre que le vendeur établisse une facture. C'est la date de la facture qui déterminera l'exécutabilité de la prestation. Le paiement sera exigible et échu 10 jours plus tard.

c) **Le lieu de l'exécution**

Déterminer le lieu de l'exécution est important, puisque le débiteur n'est libéré que s'il s'exécute au bon endroit.

Le lieu de l'exécution est avant tout déterminé par la volonté des parties, qui peuvent, dans leur contrat, librement le définir. Si ce n'est pas le cas, il est déterminé par la loi, qui prévoit une règle différente selon la nature de la prestation à effectuer.

Certaines prestations, par exemple le paiement d'une somme d'argent, doivent être effectuées au domicile du créancier. C'est au débiteur d'apporter la prestation jusqu'au créancier. On dit de la dette qu'elle est portable. Certaines prestations, par exemple la livraison d'un ouvrage, doivent être effectuées au domicile du débiteur. C'est au créancier de venir chercher la prestation. On dit de la dette qu'elle est quérable.

La distinction a une importance pratique, puisque celui qui doit apporter ou venir chercher la prestation doit la faire à ces frais. Dans le cadre du commerce international, le montant **des frais de transport** atteint des montants très élevés.

2.4. L'inexécution

Lorsque le débiteur n'exécute pas sa prestation ou qu'il l'exécute imparfaitement, il y a inexécution. Le créancier dispose alors de plusieurs moyens pour contraindre le débiteur à s'exécuter ou à le faire parfaitement : l'exécution forcée, la responsabilité contractuelle et la demeure du débiteur.

2.4.1. L'exécution forcée d'une prestation en nature

L'exécution forcée permet au créancier de requérir l'assistance de la force publique pour **contraindre le débiteur de s'exécuter**. Les règles applicables diffèrent selon que l'exécution forcée porte sur une prestation en argent ou une prestation en nature.

L'exécution forcée des **prestations en argent** fait l'objet de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite et sera examinée dans un chapitre ultérieur, auquel nous renvoyons²²⁰.

Il ne sera fait mention ici que de l'exécution forcée des **prestations en nature**.

Lorsque la prestation est en nature (p. ex. l'exécution d'un ouvrage ou d'un travail), le créancier peut requérir d'un tribunal qu'il **condamne le débiteur à s'exécuter**. Si le débiteur s'obstine à refuser d'exécuter sa prestation, **le créancier peut la faire exécuter par un tiers**, aux frais et risques du débiteur. L'obligation de faire du débiteur se transforme alors en une obligation pécuniaire : celle de rembourser au créancier les frais engendrés par l'exécution par un tiers. Le créancier procédera alors par la voie de la poursuite et la faillite.

Lorsque **la prestation ne peut pas être exécutée par un tiers** parce qu'elle dépend intrinsèquement de la personne du débiteur (p. ex. la composition d'une œuvre musicale par un compositeur renommé), le créancier ne peut obtenir l'exécution de la prestation. Il pourra en revanche prétendre à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution selon les règles de la responsabilité civile contractuelle²²¹.

Lorsque **la prestation consiste en une obligation de ne pas faire** (p. ex. une interdiction de faire concurrence), le créancier peut requérir du tribunal qu'il interdise le comportement du débiteur. Si le débiteur s'obstine à faire le comportement en question, alors le créancier pourra prétendre à des dommages-intérêts²²².

2.4.2. La responsabilité civile contractuelle

a) Principe

La responsabilité civile contractuelle **comprend l'ensemble des règles imposant au débiteur l'obligation de réparer le préjudice** subi par le créancier du fait de la violation par le débiteur de ses obligations contractuelles.

Le régime légal repose sur quelques dispositions de la Partie générale du CO, qui fixent **les conditions de la responsabilité**. On trouve cependant de

²²⁰ Cf. chapitre IX « Poursuite pour dettes et faillite ».

²²¹ Cf. *infra* ch. 2.4.2.

²²² *Ibidem*.

nombreuses règles qui dérogent ou précisent ce régime légal dans la Partie spéciale.

La responsabilité civile contractuelle diverge de la **responsabilité civile délictuelle**²²³. Dans la première, les parties sont liées à un contrat préalable. Dans la seconde, elles ne le sont pas. Les deux régimes ne s'excluent pas, mais se complètent. Ainsi, dans certaines situations, la personne qui subit un préjudice peut se retourner contre différentes personnes responsables soit contractuellement, soit délictuellement, parfois les deux en même temps.

b) Les conditions

La responsabilité civile contractuelle est soumise à **quatre conditions générales** : l'existence d'un préjudice, une violation du contrat, un lien de causalité adéquate et une faute, qui est toutefois présumée.

- **L'existence d'un préjudice.** Le préjudice consiste en une diminution involontaire des biens au sens large d'une personne. Le préjudice comprend le dommage, qui correspond à la diminution du patrimoine. Le dommage se calcule en procédant à la différence entre le patrimoine actuel de la personne et son patrimoine hypothétique si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Le préjudice comprend également le tort moral, qui correspond à la compensation des souffrances physiques et psychiques ressenties par une personne²²⁴.
- **La violation du contrat.** L'auteur du préjudice doit agir de manière contraire à ses obligations contractuelles. Il y a violation du contrat, p. ex, lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations ou ne les exécute qu'imparfaitement. Il y a également violation du contrat lorsque le débiteur adopte un comportement contraire à ses obligations. C'est le cas, par exemple, lorsque le déménageur abîme un meuble parce qu'il l'aurait mal sécurisé dans son camion.
- **Le lien de causalité adéquate.** Le préjudice subi doit se trouver dans un lien de causalité adéquate avec la violation du contrat. Cela signifie que, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la violation du contrat doit être propre à causer le préjudice subi.
- **La faute présumée.** Il faut encore pouvoir reprocher une faute au débiteur pour que celui-ci puisse être tenu responsable du préjudice

²²³ Cf. *infra* ch. 3.

²²⁴ Cf. *infra* ch. 3.2.3.

subi. Toutefois, en matière de responsabilité civile contractuelle, la faute est présumée. Cela signifie qu'il n'appartient pas à la victime du dommage de prouver la faute de l'autre partie, mais à cette dernière de prouver qu'elle n'a pas commis de fautes. En principe, l'auteur du dommage répond de toute faute, qu'elle soit grave ou légère, intentionnelle ou par négligence. Les parties sont toutefois libres de limiter dans leur contrat la responsabilité civile contractuelle aux seules fautes les plus graves.

Dans certains cas particuliers, il arrive que le débiteur réponde du préjudice **sans fautes** de sa part. C'est notamment le cas lorsque le débiteur a recours à des tiers dans l'exécution de sa prestation. Le débiteur peut être tenu pour responsable des faits de l'auxiliaire si ce dernier cause dans l'exécution de la tâche confiée un préjudice au créancier.

Exemple :

Le garagiste qui, en réparant un véhicule, commet une faute qui conduit à un accident peut être tenu responsable du dommage subi par le propriétaire du véhicule. En effet, les quatre conditions de la responsabilité civile contractuelle sont données. Premièrement, le propriétaire du véhicule accidenté subit un préjudice. Son véhicule est accidenté et le propriétaire aura pu subir des blessures dans l'accident. Deuxièmement, la violation du contrat consiste en la violation du garagiste de réparer le véhicule. Troisièmement, le lien de causalité adéquate est donné puisque l'accident a été causé en raison des erreurs dans les réparations. Quatrièmement, la faute est présumée et le garagiste ne peut vraisemblablement pas prouver qu'il n'en a commis aucune.

2.4.3. La demeure du débiteur

a) Principe

Le régime de la demeure du débiteur ne s'applique qu'aux violations du contrat liées au moment de l'exécution²²⁵. Ainsi, la demeure du débiteur est la situation dans laquelle ce dernier se trouve du fait du **retard dans l'exécution de ses obligations**. La demeure du débiteur peut être simple ou qualifiée.

²²⁵ Cf. *supra* ch. 2.3.3 (b).

b) La demeure simple

Il y a demeure simple lorsque le débiteur d'une obligation exigible ne s'est **pas exécuté à son échéance**, et cela **sans motifs justificatifs**. Elle est donnée lorsque les quatre conditions suivantes sont remplies :

- **la dette doit être exigible**. Cela signifie que le créancier doit pouvoir en demander l'exécution²²⁶ ;
- **la dette doit être échue**²²⁷. L'échéance peut être fixée soit par contrat, soit par interpellation. Lorsque l'échéance est fixée par contrat, la dette est échue par la simple expiration du jour convenu. Lorsque l'échéance n'est pas fixée dans le contrat, le créancier doit interpellier le débiteur en lui octroyant un délai convenable pour s'exécuter. En pratique, on parle souvent de lettre de mise en demeure pour désigner le courrier d'interpellation adressé au débiteur ;
- **le débiteur ne doit pas s'être parfaitement exécuté au jour de l'échéance**. L'inexécution peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, on parle de demeure partielle. Les conséquences juridiques sont toutefois les mêmes qu'en cas de demeure complète ;
- **le débiteur ne doit pas avoir de motifs justificatifs**. Certains motifs permettent au débiteur de refuser unilatéralement d'exécuter sa prestation à l'échéance. Il s'agit notamment du retard du créancier, lorsque le créancier est lui-même en retard dans l'exécution de ses obligations, de l'insolvabilité de ce dernier ou de la prescription²²⁸.

Lorsque le débiteur est en demeure simple, il a **l'obligation de réparer le préjudice** découlant de son retard selon les règles de la responsabilité contractuelle. Par ailleurs, le débiteur répond du cas fortuit. Si la dette consiste dans le paiement d'une somme d'argent, le débiteur doit en outre des intérêts moratoires fixés par la loi à 5 % l'an.

c) La demeure qualifiée

La demeure qualifiée **concerne uniquement les obligations qui se trouvent dans un rapport d'échange**. En ce sens, l'institution vise avant tout les obligations découlant de contrats bilatéraux parfaits. Elle repose sur quatre conditions :

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Cf. *infra* ch. 2.5.2 (d).

- **le débiteur est en demeure simple.** Il faut que les quatre conditions de la demeure simple soient remplies²²⁹ ;
- **le contrat est un contrat bilatéral parfait.** Cela signifie que les prestations des deux parties doivent se trouver dans un rapport d'échange (rapport « prestation/contreprestation »)²³⁰ ;
- **le créancier doit fixer au débiteur un délai de grâce.** Il s'agit d'un délai supplémentaire que le créancier doit fixer au débiteur une fois que ce dernier est en demeure simple. Dans certains cas, le créancier n'a pas à fixer de délai de grâce. C'est le cas lorsque le contrat prévoit un terme fatal (p. ex. le cas d'une obligation qui doit impérativement être livrée au plus tard à une date donnée, faute de quoi le créancier n'en a plus l'utilité) ;
- **le débiteur ne s'est pas exécuté à l'issue du délai de grâce ou du terme fatal.** Le débiteur doit s'être exécuté parfaitement. S'il ne s'est exécuté qu'imparfaitement, il y a demeure qualifiée partielle.

Lorsque le débiteur est en demeure qualifiée, le créancier dispose de trois choix qu'il doit exercer immédiatement :

- **le maintien de l'exécution.** Le créancier peut décider de maintenir l'exécution du contrat. Il pourra agir, le cas échéant, par voie d'exécution forcée et pourra prétendre à des dommages-intérêts de retard. Dans ce cas, le créancier reste obligé par sa propre prestation qu'il devra exécuter parfaitement ;
- **le maintien du contrat, mais la renonciation à l'exécution.** S'il le souhaite, le créancier peut décider de maintenir le contrat, mais de renoncer à ce que le débiteur exécute sa prestation. Dans ce cas, le créancier pourra prétendre à des dommages-intérêts pour inexécution, c'est-à-dire que le débiteur devra remettre le créancier dans la situation où il aurait été si le débiteur s'était correctement exécuté. De son côté, le créancier reste obligé par sa propre prestation ;
- **la résolution du contrat.** Le créancier peut décider de résoudre le contrat. Il pourra réclamer au débiteur des dommages-intérêts pour résolution du contrat. Cela signifie que le débiteur devra remettre le créancier dans la situation où il aurait été si le contrat n'avait jamais été conclu. De son côté, le créancier pourra obtenir la répétition des prestations qu'il aurait déjà exécutées.

²²⁹ Cf. *supra* ch. 2.4.3 (b).

²³⁰ Cf. *supra* ch. 2.1.2 (a).

Exemple :

Une personne achète des marchandises à une autre. Leur contrat prévoit que les marchandises doivent être livrées au plus tard 10 jours après la conclusion du contrat. Dans ce cas, le jour de l'échéance est déterminé par contrat (10 jours après la conclusion). Il est suffisamment déterminable pour qu'aucune interpellation ne soit nécessaire. Par conséquent, la dette étant exigible et échue le 10^e jour depuis la conclusion du contrat, si le vendeur ne s'exécute pas à cette date, il est en demeure simple par la simple expiration de ce jour.

Le contrat de vente est un contrat bilatéral parfait. Les prestations (livraison des marchandises/paiement du prix de vente) sont dans un rapport d'échange. Dans ce cas, si l'acheteur veut pouvoir exercer les droits conférés par le régime de la demeure qualifiée, il doit fixer un délai de grâce au vendeur pour qu'il s'exécute. A défaut, l'acheteur dispose des trois possibilités offertes en cas de demeure qualifiée.

2.4.4. La demeure du créancier

Quand bien même le créancier est celui qui peut prétendre à l'exécution de la prestation, il doit néanmoins permettre au débiteur d'exécuter cette dernière. En ce sens, **le créancier doit prêter son concours à l'exécution de la prestation**. Le créancier a ainsi essentiellement deux incombances :

- **Effectuer certains actes préparatoires.** Le créancier doit prendre toutes les mesures pour permettre au débiteur d'exécuter sa prestation. Il s'agit de tous les actes sans lesquels le débiteur se trouverait dans l'incapacité de réaliser sa prestation. Ainsi, le créancier peut devoir indiquer un lieu, préparer certains documents, donner certaines informations (p. ex. indiquer des coordonnées bancaires).
- **Accepter la prestation.** Le créancier a le devoir d'accepter la prestation qui est parfaitement exécutée par le débiteur (p. ex. le créancier doit accepter l'argent que lui remet le débiteur en mains propres).

Lorsque le créancier n'effectue pas tous les actes préparatoires ou refuse la prestation du débiteur, il empêche le débiteur de pouvoir remplir parfaitement ses obligations. On parle alors de demeure du créancier.

Le créancier en demeure s'expose à **certaines conséquences**. Ainsi, la demeure du créancier empêche la demeure du débiteur. Cela signifie que le débiteur ne peut être en retard dans l'exécution de sa prestation, lorsque ce retard est dû au créancier.

2.5. L'extinction des obligations

L'extinction des obligations englobe toutes les causes qui mettent fin au droit du créancier d'exiger la prestation et au devoir du débiteur de l'exécuter.

2.5.1. Principe

La cause d'extinction par excellence est **l'exécution parfaite de l'obligation** par le débiteur. Lorsque celui-ci s'est exécuté correctement, il est libéré de son obligation et ne devra pas s'exécuter une seconde fois.

2.5.2. Les autres causes

La loi prévoit d'**autres causes d'extinction des obligations**. On dit qu'elles sont extraordinaires, car elles interviennent alors que le débiteur ne s'est pas exécuté parfaitement. Parmi les causes extraordinaires les plus courantes, on mentionnera la remise de dette, l'impossibilité subséquente non fautive, la compensation et la prescription.

a) La remise de dette

La remise de dette est la **renonciation par le créancier de la totalité ou d'une partie de ses droits** en faveur du débiteur. Elle peut intervenir, peu importe la source de l'obligation principale. A noter que la remise de dette nécessite l'accord, même tacite, du débiteur. En ce sens, elle peut être vue comme une modification conventionnelle du contrat. Elle obéit aux règles sur la formation du contrat et ne peut être révoquée unilatéralement, sous réserve d'un vice²³¹.

b) L'impossibilité objective subséquente

L'impossibilité comme cause d'extinction de l'obligation est une impossibilité subséquente, qu'il ne faut pas confondre avec l'impossibilité initiale²³². Elle intervient lorsque **la prestation devient impossible, sans faute du débiteur, postérieurement à la conclusion du contrat**, mais antérieurement à l'exécution de la prestation due. Si c'est le cas, le débiteur est libéré. Dans les contrats bilatéraux parfaits, le créancier est également libéré de sa prestation.

²³¹ Cf. *supra* ch. 2.2.4 (d).

²³² Cf. *supra* ch. 2.2.3 (b).

c) La compensation

La compensation suppose l'existence de deux créances de même nature (p. ex. paiement d'une somme d'argent) que les parties ont réciproquement l'une envers l'autre (p. ex. une personne doit CHF 1'000.- à l'autre, qui doit elle-même CHF 500.- à la première). Il n'y a pas besoin que les créances soient fondées sur le même contrat ou la même source d'obligation. Lorsque les conditions légales sont remplies (exigibilité, absence de cause d'exclusion de la compensation, obligations civiles et pas naturelles), le débiteur peut déclarer au créancier sa volonté de compenser les deux créances. Dans ce cas, **les dettes réciproques s'éteignent à concurrence du montant de la plus faible des deux** (p. ex. en reprenant l'exemple ci-dessus, la première personne ne devra que CHF 500.- à l'autre, et l'autre plus rien).

d) La prescription

La prescription permet au débiteur de **bloquer le droit d'action du créancier**, si celui-ci ne l'exerce pas dans un certain délai. L'institution protège le débiteur des réclamations tardives du créancier. La prescription n'éteint pas l'obligation, mais paralyse uniquement le droit d'action. En ce sens, elle transforme une obligation civile en une obligation naturelle²³³.

D'une manière générale, **les obligations se prescrivent par dix ans**. Dans certains cas, notamment lorsque l'obligation consiste en une prestation périodique (p. ex. paiement d'un loyer, d'un salaire ou d'une rente), la prescription est atteinte après un délai de cinq ans déjà.

Le délai de prescription commence à courir **à partir de la date d'exigibilité de la prestation**. Ce délai peut être suspendu (p. ex. la prescription des créances entre époux est suspendue pendant le mariage) ou interrompu (p. ex. lorsque le créancier engage une procédure d'exécution forcée). La suspension ne fait pas courir un nouveau délai. Celui-ci est simplement suspendu tant que dure le motif de la suspension (p. ex. le mariage) et recommence à courir là où il en était lorsque ce motif n'existe plus. L'interruption en revanche fait courir un nouveau délai qui commence au moment où l'événement interrompant la prescription est initié (p. ex. au moment de la reconnaissance de dette ou de l'initiation de la procédure de poursuite).

²³³ Cf. *supra* ch. 1.2.4.

Bibliographie

- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997, pp. 184 ss
- HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2^e éd., Zurich 2014, n° 140-1021 et n° 2219-2278
- TERCIER PIERRE, PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève et al. 2012, n° 213-264, n° 324-374 et n° 467-1597

3. La responsabilité civile délictuelle

3.1. Introduction

Indépendamment de la responsabilité pénale, qui concerne la personne ayant commis un crime ou un délit (poursuivie d'office ou sur plainte), et qui vise à punir l'auteur d'une infraction, il existe également un autre type de responsabilité : la responsabilité civile. Celle-ci est engagée lorsqu'une personne commet de manière illicite un préjudice à un tiers, le lésé, dont celui-ci demande réparation.

A la base de la responsabilité civile se trouve toujours un **acte illicite**, soit une action ou une omission humaine contraire à la loi. La violation du droit ainsi commise crée un rapport juridique spécial entre l'auteur de l'acte et la victime, qui crée un rapport d'obligation entre ceux-ci, et implique généralement une atteinte à un bien juridique sur lequel la victime possède un droit de maîtrise (par exemple un droit réel, un droit de la personnalité, un droit de la propriété immatérielle, etc.). Le résultat de l'acte illicite constitue ce que l'on appelle le **préjudice**.

Lorsque l'acte illicite cause un préjudice à autrui, l'auteur engage sa **responsabilité civile**, soit l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui de manière illicite. On distingue alors deux catégories de responsabilité civile :

- **la responsabilité civile délictuelle** : lorsque l'auteur du préjudice et le lésé n'ont aucun rapport préalable entre eux ;
- **la responsabilité civile contractuelle** : lorsque l'auteur du préjudice et le lésé sont liés par un contrat.

3.2. Responsabilité civile délictuelle

En cas de responsabilité civile délictuelle (parfois également dénommée « responsabilité extracontractuelle »), il n'existe donc pas de rapport contractuel entre l'auteur du préjudice et la victime. On distingue alors **deux sous-catégories** de responsabilité civile délictuelle :

- **la responsabilité aquilienne** (intervenant lorsque l'auteur du préjudice a commis une faute) ;
- **la responsabilité objective** (aussi dite causale, intervenant indépendamment de toute faute de l'auteur du préjudice).

La responsabilité civile délictuelle résulte de la violation sans motif légitime d'un devoir général imposé à chacun par l'ordre juridique. Lorsqu'une

personne engage sa responsabilité civile délictuelle, elle est alors tenue de réparer le préjudice causé.

3.2.1. Responsabilité aquilienne (pour faute) (art. 41 CO)

La loi impose, à l'article 41 du Code des obligations, quatre conditions pour que la responsabilité aquilienne d'une personne soit engagée.

- **Préjudice** : il est nécessaire qu'il y ait une diminution involontaire des biens d'une personne. On distingue plusieurs types de dommages dont l'étendue de la réparation sera différente.
 - a) Diminution involontaire du patrimoine :
 - dommage matériel (conséquence d'une atteinte à un bien matériel) ;
 - dommage corporel (conséquence d'une atteinte à la vie ou l'intégrité corporelle).
 - b) Diminution involontaire du bien-être (tort moral).
- **Acte illicite** : on doit se trouver en présence d'une violation, sans motif légitime, d'une prescription de l'ordre juridique interdisant de nuire à une autre personne. Il s'agit en principe d'une atteinte au patrimoine ou à un droit absolu (vie, intégrité corporelle, sphère intime, etc.) d'un individu.
- **Lien de causalité** : il doit exister un rapport factuel de cause à effet entre le fait imputable à l'auteur et le préjudice subi par la victime (causalité naturelle) ; de plus, un fait n'est considéré comme la cause du dommage que s'il est propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit (causalité adéquate) ; la condition du lien de causalité est remplie lorsque la causalité est à la fois naturelle et adéquate.
- **Faute** : enfin, il faut que l'on puisse reprocher subjectivement à l'auteur du préjudice un manquement aux devoirs imposés par l'ordre juridique.

Les conditions de la responsabilité civile contractuelle sont identiques en cas de responsabilité civile délictuelle, à une seule différence : en cas de responsabilité civile délictuelle, le lésé n'a pas besoin de prouver que l'auteur du préjudice a commis une faute, celle-ci étant présumée. Le lésé ne doit donc prouver que les trois autres conditions.

Exemples :

Julien et Michaël jouent au football sur la place publique de leur village. Se prenant pour la vedette de son club favori, Julien entreprend un tir au but avec un peu trop d'énergie et dans la mauvaise direction... si bien que le ballon finit sur le rayon des petits pains de la boulangerie voisine, non sans avoir traversé et fracassé la vitrine de l'échoppe. Le boulanger veut bien évidemment obtenir réparation. En l'occurrence, Julien engage sa responsabilité délictuelle, puisque les quatre conditions sont remplies : le préjudice consiste en le dommage matériel causé à la boulangerie, l'acte illicite est constitué par la violation du droit à la propriété du boulanger, le lien de causalité est présent du moment que c'est parce que Julien a dégagé le ballon que la vitrine de la boulangerie a été brisée, et il y a faute dans le sens que Julien a manqué à son devoir de s'abstenir de porter atteinte à la propriété du boulanger.

Nastasia se rend avec des amies dans un « Parc Aventures » en forêt. Alors qu'elle se trouve sur la tyrolienne à près de 10 mètres du sol, le câble se rompt soudainement. Nastasia est grièvement blessée et devient tétraplégique, et donc invalide à vie. Elle subit ainsi un important préjudice. Du fait qu'elle se trouvait dans une relation contractuelle avec le Parc Aventures dans lequel a eu lieu l'accident, il y a alors une responsabilité civile contractuelle du Parc qui est engagée. La faute du Parc sera alors présumée, et si les autres conditions sont remplies, il devra alors indemniser Nastasia pour son préjudice.

3.2.2. Responsabilité sans faute

Il existe une variante de la responsabilité civile délictuelle, appelée **responsabilité objective** (on parle également de responsabilité causale). Dans certaines circonstances, la loi admet que l'auteur d'un préjudice peut être amené à engager sa responsabilité, et donc tenu à réparation, alors même qu'il n'a commis aucune faute. Tel est notamment le cas de situations particulières impliquant un certain devoir de diligence ou un risque particulier.

La responsabilité objective se trouve elle-même subdivisée en **deux catégories** :

- la responsabilité objective **simple** ;
- la responsabilité objective **aggravée**.

a) Responsabilité objective simple

La responsabilité objective simple est fondée sur une présomption de violation d'un devoir de diligence de la part d'une personne dont il est généralement admis qu'elle occupe un rôle particulier. Toutefois, la personne visée par la responsabilité objective simple peut démontrer qu'elle a effectivement

respecté les devoirs qui lui incombent pour être libérée de sa responsabilité : on parle alors de **preuve libératoire**.

La loi prévoit notamment les cas de responsabilité objective simple suivants.

- **Chef de famille** (art. 333 CC) : un adulte peut être reconnu responsable des actes des enfants mineurs avec lesquels il vit (communauté domestique), à moins qu'il démontre qu'il a correctement éduqué et surveillé les mineurs concernés, compte tenu des circonstances.
- **Détenteur d'animal domestique** (art. 56 CO) : quiconque peut être reconnu responsable du préjudice provoqué par l'animal domestique dont il a la maîtrise effective ; le détenteur de l'animal pourra là aussi se libérer s'il démontre qu'il a correctement exercé son devoir de surveillance sur l'animal.
- **Propriétaire d'ouvrage** (art. 58 CO) : la personne propriétaire d'un ouvrage, c'est-à-dire d'une construction humaine durablement fixée au sol (assimilée en quelque sorte à un bâtiment) peut devoir assumer le préjudice causé à autrui par un vice de construction ou un défaut d'entretien ; si le propriétaire démontre que le bâtiment ne souffre d'aucun vice de construction et qu'il a été correctement entretenu, il peut également se libérer de sa responsabilité. Il faut également souligner que l'on attend des usagers des ouvrages qu'ils en fassent une utilisation appropriée.
- **Employeur** (art. 55 CO) : l'employeur répond du préjudice causé à autrui par ses employés et auxiliaires dans l'accomplissement de leurs tâches. Il peut toutefois apporter la preuve qu'il a rempli certaines conditions pour que sa responsabilité ne soit pas engagée ; il doit notamment démontrer qu'il a soigneusement choisi ses employés, les a bien instruits et dûment surveillés (la jurisprudence est à cet égard sévère avec l'employeur).

Exemple :

Madame Dutoit est propriétaire d'un immeuble à La Chaux-de-Fonds. A cause d'un mois de janvier particulièrement rigoureux, d'importantes quantités de neige se sont accumulées sur le toit. Suite à un léger redoux, des blocs de glace se détachent de la corniche de l'immeuble et viennent s'écraser sur la Porsche de Monsieur Bourgeois, malencontreusement parquée en contrebas. Madame Dutoit engagera sa responsabilité sur la base de la responsabilité objective simple du propriétaire d'ouvrage, même si aucune faute ne lui est imputable.

b) Responsabilité objective aggravée

La responsabilité objective aggravée est fondée sur l'idée qu'une personne qui effectue une activité particulièrement dangereuse pour la collectivité, et qui en retire des profits, doit assumer la réparation des préjudices causés à autrui par cette activité, même si elle n'a commis aucune faute. La loi prévoit de nombreux cas de figure, dont on citera, à titre d'exemple, uniquement les suivants :

- responsabilité du détenteur de véhicule automobile ;
- responsabilité des entreprises de chemin de fer ;
- responsabilité des exploitants de centrales nucléaires.

3.2.3. Réparation du préjudice

Lorsque la responsabilité extracontractuelle d'une personne (en l'occurrence l'auteur du préjudice) est engagée, à savoir que toutes les conditions de la responsabilité sont réunies²³⁴, cela implique pour l'auteur (parfois directement son assurance) l'obligation de réparer le préjudice causé.

La victime est alors créancière d'une prétention en réparation du préjudice. Elle dispose d'un droit d'action, qui lui permet de réclamer, si besoin, sa prétention devant les tribunaux. C'est ce qu'on appelle l'**action en dommages-intérêts**.

Le préjudice pour lequel la victime peut demander réparation se distingue en **trois principales catégories** :

- **dommage matériel** : soit généralement la diminution de valeur causée par l'atteinte portée à tout bien mobilier (qu'il soit matériel ou immatériel) ou immobilier appartenant au lésé. Le dommage matériel peut également consister en une non-diminution d'un passif du lésé (par exemple une dette qui ne peut pas être remboursée) ou un gain manqué (lorsque le lésé n'a pas pu réaliser une affaire ou un revenu) ;
- **dommage corporel** : soit le coût que représente pour le lésé une atteinte à l'intégrité corporelle (frais non couverts par les assurances, perte de gain actuelle et future, etc.) ou une atteinte à la vie (frais d'enterrement, perte de soutien, etc.) ;
- **tort moral** : compensation pour le lésé ensuite d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou pour la perte d'un proche.

²³⁴ Cf. *supra* ch. 3.2.1.

En réalité, les « dommages-intérêts » représentent une somme d'argent, qui correspond à l'indemnité en capital visant à compenser le préjudice, ainsi que l'intérêt compensatoire (en principe de 5%) qui est dû dès la survenance du fait à l'origine du préjudice.

Dans le cadre d'une responsabilité civile délictuelle, l'action en dommages-intérêts se prescrit dans un délai de **un an** dès que la victime a eu connaissance du préjudice et de son auteur, mais au maximum **dix ans** après que le fait dommageable s'est produit.

Lorsque le préjudice intervient dans le cadre d'une responsabilité contractuelle, le délai de prescription est en principe de **dix ans**, sauf dans certains cas spécifiques prévus par la loi. Si l'acte illicite à l'origine du préjudice constitue un acte pénalement répréhensible, le délai de prescription peut être plus long.

4. L'enrichissement illégitime

4.1. Notion

L'enrichissement illégitime intervient lorsqu'une personne bénéficie sans motifs d'une augmentation de son patrimoine aux dépens d'autrui. Il s'agit d'une **source légale des obligations**²³⁵. L'enrichissement illégitime est une **source subsidiaire**. Il n'intervient que lorsqu'aucune autre source des obligations n'entre en jeu. Ainsi, lorsque l'enrichi s'engage volontairement à restituer son enrichissement à l'appauvri, cette restitution ne repose plus sur les règles de l'enrichissement illégitime, mais sur les règles contractuelles ordinaires, puisqu'il s'agit d'un engagement volontaire.

L'enrichissement illégitime fait intervenir deux parties : **l'enrichi et l'appauvri**. Lorsque les conditions sont remplies. L'enrichi (débiteur) a une dette en restitution de l'enrichissement en faveur de l'appauvri (créancier).

4.2. Les conditions

L'enrichissement illégitime est subordonné à **deux conditions** : un enrichissement intervenant au détriment d'autrui et l'absence de cause légitime.

²³⁵ Cf. *supra* ch. 1.3.2 (b).

4.2.1. Un enrichissement au détriment d'autrui

L'enrichi doit s'enrichir au détriment de l'appauvri. Cela signifie que le patrimoine de l'enrichi se trouve augmenté dans la même proportion que le patrimoine de l'appauvri diminue.

L'augmentation du patrimoine de l'enrichi **peut intervenir sous plusieurs formes** : elle peut correspondre à un accroissement des actifs, une réduction des passifs, une non-réduction des actifs ou un non-accroissement des passifs. En miroir, la diminution du patrimoine de l'appauvri peut intervenir sous la forme d'une réduction des actifs, d'un accroissement des passifs, d'un non-accroissement des actifs et d'une non-réduction des passifs.

4.2.2. L'absence de cause valable

L'enrichissement doit intervenir **sans cause valable**. Cela signifie que l'enrichissement n'intervient ni sur la base d'une cause contractuelle, ni sur la base d'une cause délictuelle, ni sur la base d'une autre cause de l'obligation.

L'absence de cause peut être **initiale**, lorsqu'il n'existe aucune cause dès le début. Elle peut aussi être **subséquente**, lorsque la cause prévue à l'origine entre les parties (p. ex. un contrat) ne naît finalement pas ou s'avère nulle. Ainsi, c'est l'enrichissement illégitime qui règle le remboursement des prestations déjà effectuées quand un contrat se révèle nul en raison d'un vice de forme²³⁶.

On rappellera qu'une **obligation naturelle** porte sur une cause valable et qu'elle ne permet pas au débiteur de celle-ci d'en exiger la répétition sur la base des règles de l'enrichissement illégitime.

4.3. La restitution de l'indu

Les règles sur l'enrichissement illégitime peuvent s'appliquer, quelle que soit la nature de la prestation. Toutefois, **lorsque la prestation qui doit être répétée est de nature pécuniaire** et qu'elle provient d'un acte de l'appauvri, celui-ci ne peut pas prétendre à la répétition de cette prestation lorsqu'elle a été faite volontairement et sans erreur.

Autrement dit, celui qui effectue un paiement de manière volontaire, tout en sachant que le paiement ne repose pas sur une cause valable, ne peut en réclamer la restitution. C'est le cas, par exemple, de celui qui verse un montant de CHF 50.- à un tiers, en sachant qu'il n'a pas l'obligation de le

²³⁶ Cf. *supra* ch. 2.2.2 (f).

faire. Si la personne effectue le paiement malgré tout, on considère qu'il s'agit d'une donation.

L'idée derrière cette règle est que **seul celui qui effectue un paiement dans l'erreur peut en réclamer la restitution**. Il s'agit d'une concrétisation du principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit. Par exemple, lorsqu'un paiement est effectué dans un but illicite ou contraire aux mœurs, tel le versement d'un pot-de-vin, on considère qu'il s'agit d'un abus de droit que d'en réclamer la restitution au motif que le contrat serait nul pour cette raison.

4.4. Les effets

Lorsque les conditions sont remplies, l'appauvri dispose d'une créance en répétition à l'encontre de l'enrichi. Il s'agit d'une **obligation de l'enrichi de restituer ou de répéter les prestations qui ont été déjà réalisées en sa faveur**. Autrement dit, la créance en répétition de la prestation permet de rétablir les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant l'enrichissement.

L'étendue de la répétition dépend de la bonne ou mauvaise foi de l'enrichi :

- lorsque l'enrichi est de **bonne foi**, il ne doit restituer que ce dont il est encore enrichi au moment où l'appauvri exige la répétition de la prestation. Ainsi, celui qui perçoit indûment un salaire supérieur de quelques dizaines de francs en raison d'une erreur comptable de son employeur est généralement de bonne foi lorsqu'il emploie cette somme pour ses dépenses courantes ;
- lorsque l'enrichi est de **mauvaise foi**, il doit restituer l'intégralité de ce qu'il a perçu, quand bien même il en aurait utilisé une partie. L'enrichi est de mauvaise foi lorsqu'il savait ou aurait dû savoir que l'enrichissement était intervenu sans cause valable et que celui-ci ne lui était pas destiné. Ainsi, celui qui perçoit indûment un montant de plusieurs centaines de milliers de francs sur son compte bancaire ne peut raisonnablement croire que cette somme lui est destinée. Par conséquent, s'il l'utilise, il devra malgré tout en rembourser l'intégralité.

4.5. La prescription

La créance en enrichissement illégitime que l'appauvri possède à l'égard de l'enrichi se prescrit à l'expiration d'un **délai relatif d'un an** dès que l'appauvri a connaissance de son droit à en obtenir la répétition. Il s'agit de la

connaissance effective de l'appauvri. Cela signifie que le délai de prescription ne commence à courir que lorsque l'enrichi connaît à la fois la perte subie et la personne de l'enrichi.

Dans tous les cas, la créance se prescrit à l'expiration d'un **délai absolu dix ans** à compter du jour de la naissance du droit de répétition, c'est-à-dire à compter du jour où la prestation indue a été effectuée.

Bibliographie

- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997, pp. 581 ss
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2^e éd., Zurich 2014, n° 1767-1828
- TERCIER PIERRE, PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Genève et al. 2012, n° 1812-1860

Chapitre VIII

Droit des obligations

Partie spéciale

1. Droit des personnes morales

1.1. Notion et généralités

Au-delà des personnes physiques²³⁷, il existe une autre catégorie de sujets de droit : les personnes morales. La personne morale est une fiction de personne ; c'est une **entité juridique abstraite à laquelle le droit reconnaît le statut de sujet de droit**, comme il le reconnaît à une personne physique. Ces « entités abstraites » sont elles-mêmes constituées de personnes ou de biens et elles poursuivent un but idéal ou économique. Par ailleurs, le droit suisse connaît le principe du « numerus clausus » des personnes morales : cela signifie que sont des personnes morales uniquement celles qui sont expressément définies comme telles par la loi.

Le droit suisse connaît **deux types** de personnes morales :

- **la corporation** : entité formée de l'union de plusieurs personnes qui poursuivent un but commun. On distingue les corporations de droit privé (association, société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société coopérative) des corporations de droit public (Confédération, cantons, communes) ;
- **l'établissement** : entité constituée de biens matériels affectés à un but spécial, en principe déterminé par le fondateur de cette entité. Il n'existe qu'un seul type d'établissement de droit privé : la fondation. A titre d'exemple d'établissement de droit public, on peut citer les universités ainsi que les autres entités constituées par un acte législatif et chargées de tâches publiques (par exemple les banques cantonales ou certains hôpitaux).

A l'image des personnes physiques, les personnes morales sont également titulaires de droits et d'obligations (= **jouissance des droits civils**), sauf en ce qui concerne ceux qui sont intrinsèquement liés aux qualités naturelles d'une personne physique (âge, sexe ou santé). En revanche, une personne morale dispose de droits parfois très proches d'une personne physique (p. ex : droit à l'honneur, à la réputation, ...).

Les personnes morales ne disposent de l'**exercice des droits civils** qu'à travers leurs organes, qui seuls leur permettent d'exprimer leur volonté propre.

²³⁷ Cf. chapitre III « Droit des personnes physiques », ch. 1.

Dans le cadre du présent ouvrage, nous nous limiterons à donner un bref aperçu des principales formes de personnes morales que l'on rencontre dans la pratique en Suisse.

Dans un premier temps, nous allons présenter les personnes morales qui poursuivent un but idéal (parfois dit « spécial ») et qui trouvent leur fondement dans le Code civil, puis nous traiterons des personnes morales commerciales réglementées par le Code des obligations.

1.2. Les personnes morales à but idéal

1.2.1. L'association

L'association (art. 60 CC) se définit comme un groupement de plusieurs personnes qui poursuit un but idéal (politique, religieux, scientifique, artistique, de bienfaisance ou de récréation) ou à tout le moins non économique.

Elle est constituée dès l'instant où des statuts écrits expriment son existence et définissent :

- son but social ;
- ses ressources ;
- son organisation.

L'association ne doit donc pas s'inscrire au Registre du commerce pour exister, à moins qu'elle exerce une activité lucrative en vue d'atteindre son but idéal (p. ex. : la Loterie Romande).

L'association doit au moins comprendre les organes sociaux suivants :

- **l'assemblée générale** : constituée de tous les membres de l'association, elle en constitue le pouvoir suprême. Elle prend toutes les décisions importantes pour l'association (désignation et révocation des autres organes sociaux, fixation des cotisations, modification du but social ou des statuts, admission et exclusion des membres, etc.), à la majorité des membres présents, et seulement sur les points qui ont été annoncés à l'ordre du jour ;
- **la direction** (ou **comité**) : organe qui gère les affaires et les finances de l'association et la représente envers les tiers.

L'association peut également comporter un **organe de révision** qui a pour rôle de contrôler la bonne tenue des comptes de l'association.

Les **membres** de l'association (aussi appelés **sociétaires**) ont un droit de vote égal (une tête = une voix), et peuvent librement quitter l'association quand ils le souhaitent, pour autant qu'ils annoncent leur sortie au moins six mois avant la fin de l'année civile (sauf si les statuts prescrivent autre chose).

Les statuts de l'association peuvent prévoir que les membres sont tenus de verser des **cotisations**. Si tel est le cas, il s'agit de la seule obligation qui s'impose de manière impérative à tous les membres.

Lorsque l'association connaît une **situation d'endettement ou de faillite**, les membres sont uniquement tenus de payer les cotisations dues.

Chaque membre de l'association est autorisé de par la loi à **attaquer en justice**, dans un délai d'un mois, **les décisions de l'association** qui violent des dispositions légales ou les statuts.

Exemple :

Une bande de six amis est passionnée de voile, mais personne n'a ni l'énergie ni les moyens d'acquérir et d'entretenir seul un voilier. Les six amis décident donc de créer une association, dont le but sera l'achat d'un bateau et l'organisation d'activités nautiques. Dès la rédaction et l'adoption des statuts, l'association est créée. Il est prévu un comité de trois membres, dont un président, un secrétaire et un caissier. Les statuts fixent les cotisations annuelles des membres à CHF 100.-, et envisagent que les ressources financières nécessaires à la réalisation des buts de l'association proviennent de l'organisation par les membres de soirées festives privées au bord du lac.

1.2.2. La fondation

a) Généralités

La fondation (art. 80 CC) est une entité créée dans le but d'**affecter un patrimoine en faveur d'un but spécial**, en général pour la mise en œuvre d'un intérêt d'utilité publique (culturel, scientifique, religieux, etc.). Les buts spéciaux poursuivis peuvent être très variés, pour autant qu'ils ne soient pas illicites ou contraires aux mœurs.

Une fondation est généralement créée suite à une donation ou un legs fait par une ou plusieurs personnes physiques ou morales (particulier, famille, institution, entreprise, etc.). Vu que le patrimoine de la fondation doit permettre à cette dernière d'assurer son existence, on considère que selon le but poursuivi, la fondation ne peut pas être créée en dessous d'un capital minimal (en principe au moins CHF 50'000.-).

Exemples de fondations : la Chaîne du bonheur, Terre des Hommes, Pro Juventute, etc.

Il existe deux manières de **créer une fondation** (acte de fondation) :

- **par testament ou pacte successoral** : n'importe quel individu peut, dans ses dispositions pour cause de mort, décider que tout ou partie de ses biens sera affecté à une fondation, dont il doit au moins déterminer les buts ainsi que l'organisation ;
- **par acte authentique** : toute personne physique ou morale peut, en recourant à un notaire, créer une fondation et y affecter le patrimoine nécessaire à l'accomplissement des buts spécialement définis.

Une fondation, contrairement à une association, doit être inscrite au Registre du commerce pour exister (sauf exception, notamment les fondations de famille ou ecclésiastiques, cf. art. 335 CC).

Par principe, le don fait à la fondation est définitif et irrévocable : cela signifie que le patrimoine de la fondation devient totalement **indépendant de la fortune du fondateur** (du donateur) et ne peut en aucun cas lui revenir, même en cas de dissolution de la fondation.

Contrairement aux autres personnes morales, la fondation n'a **pas de détenteur économique autre qu'elle-même** : son patrimoine et les revenus de celui-ci ne peuvent être utilisés que dans l'accomplissement du but de la fondation.

b) L'organisation

Dans l'acte de fondation, le fondateur doit déterminer, outre le but, le nom et l'affectation du capital initial de la fondation, l'organisation et le mode d'administration de la fondation. Ainsi, celle-ci doit obligatoirement comporter au moins les deux organes suivants :

- **le Conseil de fondation** : constitué d'au moins trois personnes, il s'agit de l'organe responsable de la direction générale de la fondation. Il régleme ainsi les droits de signature, nomme les organes, approuve les comptes annuels et effectue toutes les autres tâches que l'acte de fondation n'a pas attribuées à un autre organe ;
- **l'organe de révision** : entité externe et indépendante de la fondation, il doit vérifier annuellement la comptabilité de la fondation et surveiller que les dispositions légales et statutaires sont bien respectées.

De par leur nature particulière, les fondations sont placées sous la **surveillance** d'une autorité de surveillance relevant des pouvoirs publics (Confédération, canton, commune). La surveillance porte sur la gestion du patrimoine et sur la conformité des activités de la fondation aux dispositions légales et statutaires.

Exemple :

Un riche américain passionné de trains à vapeur suisses décide que son argent devra servir, après son décès, à valoriser des locomotives anciennes et à en faire un musée en Suisse. A cet effet, il se rend chez le notaire pour faire rédiger, dans son testament, l'acte de fondation prévoyant d'affecter un montant de 3 millions de francs à ce but, en chargeant un conseil de fondation de cinq personnes de veiller à la réalisation du but fixé.

c) La dissolution

De manière exceptionnelle, lorsque la fondation n'est **plus en mesure d'atteindre son but** et qu'elle ne dispose plus du patrimoine nécessaire pour y parvenir, l'autorité de surveillance peut prononcer la dissolution de la fondation.

Une fois que l'ensemble des dettes et obligations de la fondation a été acquitté, la **fortune restante est attribuée à d'autres institutions** et organismes poursuivant des buts analogues à ceux de la fondation dissoute. Toute attribution d'une partie du solde des avoirs de la fondation à des donateurs, membres du Conseil de fondation ou à d'autres tiers est exclue.

1.3. Les personnes morales commerciales

1.3.1. L'entreprise individuelle

L'entreprise individuelle n'est **pas à proprement parler une personne morale** en tant que telle. En effet, elle se rattache à la personne physique qui l'exerce et n'en constitue donc pas une personnalité distincte.

Est une entreprise toute **activité économique indépendante** exercée en vue d'un revenu régulier.

L'entreprise individuelle se définit donc comme une activité économique indépendante exercée en raison individuelle (= en son nom personnel, à son compte et à ses propres risques) par une personne physique, sans restreindre sa responsabilité, en vue d'acquérir un revenu régulier. Ainsi, il y a entreprise individuelle lorsqu'une seule personne :

- apporte les éléments nécessaires à la création et au fonctionnement de l'entreprise ;
- contrôle l'entreprise ;
- perçoit les résultats de l'entreprise ;
- assume à titre exclusif et sans restriction les éventuelles pertes et dettes de l'entreprise.

Une entreprise individuelle a l'obligation de s'inscrire au **registre du commerce** dès qu'elle réalise un chiffre d'affaires annuel de plus de CHF 100'000.-.

Lorsqu'une entreprise individuelle accumule des dettes et fait **faillite**, la personne physique qui en est propriétaire répond personnellement de ces dettes sur l'ensemble de son patrimoine privé et commercial.

Exemple :

Michel, lassé de ses études, décide de créer un magasin de jeux électroniques en ligne, sans fonder une société particulière. Il investit son propre argent pour louer un local et acquérir du matériel et divers gadgets technologiques. Son magasin constitue ainsi une entreprise commerciale individuelle. Malheureusement pour Michel, le succès espéré n'est pas au rendez-vous, et il commence à cumuler des dettes sans parvenir à les rembourser. Un jour, un de ses créanciers, son bailleur, met le magasin de Michel aux poursuites. Michel risque d'être personnellement saisi dans ses biens privés s'il ne rembourse pas son créancier.

1.3.2. La société simple

a) Définition

La société simple (art. **530 CO**) est un **contrat** conclu entre deux ou plusieurs personnes (les associés), qui décident d'unir leurs efforts ou leurs ressources (matérielles, financières, intellectuelles, etc. ; on parle d'apport) **en vue d'atteindre un but commun**, qui peut être économique ou non.

A la différence des autres formes de société, la société simple ne dispose **pas de la personnalité juridique**, et ne permet donc pas directement d'exercer une industrie en la forme commerciale. Seules les personnes des associés comptent, et non pas leur capital.

b) Organisation, droits et obligations des associés

La société simple est une **société de personnes** : chaque associé dispose des mêmes droits et obligations à l'égard de la société simple, et est solidaire à l'égard des autres associés. En principe, chaque associé doit faire un apport de

valeur égale. De même, les associés participent tous de manière égale aux bénéfices et aux pertes de la société simple. Ainsi, chaque associé assume une responsabilité personnelle illimitée pour toutes les dettes de la société simple, de manière solidaire avec les autres associés. Les décisions de la société simple sont prises à l'unanimité des membres.

Les associés ont **chacun le droit individuel de gérer** et de contrôler les affaires courantes. Ils disposent de même d'un « droit de veto » leur permettant de s'opposer aux actes de gestion des autres associés. La société simple peut toutefois prévoir de confier la gestion des affaires courantes exclusivement à un seul ou à plusieurs associés.

c) **La fin de la société**

A moins que le contrat de société simple n'ait prévu autre chose, le **décès** d'un associé implique la dissolution de la société. Il en va de même notamment en cas de **faillite** de l'un des associés.

Il peut également être mis fin à la société simple soit selon la volonté unanime des associés, à la survenance d'un terme contractuel, ou alors en cas de **justes motifs**.

En dehors de ces situations, pour les contrats de durée indéterminée, il est possible pour chaque associé de quitter la société simple en tout temps, à condition de respecter un **préavis de six mois** pour la fin d'une année.

Lorsqu'il est mis fin à la société, la **liquidation du patrimoine commun** se fait en commun par tous les associés. Après que toutes les obligations de la société ont été réglées, le solde positif ou négatif revient aux associés.

Exemples :

Deux copains, Alain et Edouard, mettent leurs compétences techniques en commun et réalisent une application pour smartphone. Ce faisant, ils ont constitué une société simple, même sans contrat écrit. Après quelques mois, l'application connaît un vrai succès. Ils décident de vendre l'application à une multinationale active dans le domaine de l'informatique, pour un montant de 1,5 million de francs. Edouard estime qu'il a droit à une plus grande part de ce montant, car il indique avoir plus travaillé qu'Alain. Toutefois, à moins que leur contrat ne prévoie autre chose, les associés se partagent les pertes et bénéfices à parts égales.

Un maçon, un architecte et un charpentier se mettent ensemble en vue de construire une maison qu'ils souhaitent vendre à un entrepreneur. Ils forment ainsi entre eux une société simple.

1.3.3. La société en nom collectif

La société en nom collectif (art. **552 CO**) est une communauté de deux ou plusieurs personnes physiques (société de personnes), inscrite au registre du commerce et exerçant une activité commerciale sous une raison sociale propre, dont les associés répondent à titre personnel et de manière illimitée, mais subsidiaire, des dettes de la société.

La société n'est en principe pas elle-même titulaire des droits et obligations découlant de son activité commerciale : seuls les associés le sont. Par ailleurs, le patrimoine de la société est la propriété commune des associés. La société peut toutefois acquérir des droits, s'engager en son nom et doit répondre du dommage pour actes illicites commis par les associés dans la gestion des affaires sociales.

Les règles applicables à la société simple s'appliquent par renvoi à la société en nom collectif, sous réserve de quelques exceptions :

- les apports des associés sont en principe rémunérés à un intérêt de 4% ;
- les associés sont en principe soumis à une interdiction de concurrence avec les activités commerciales de la société, pendant la durée de la société ;
- en cas de sortie d'un associé, il peut être prévu par contrat que la société continue d'exister ;
- lorsque tous les associés sauf un quittent la société, celle-ci se transforme en une entreprise individuelle.

La société peut être dissoute pour les mêmes motifs que la société simple, ou liquidée en cas de faillite.

1.3.4. La société anonyme

a) Définition et généralités

La société anonyme (art. **620 CO**) est une **société de capitaux** constituée par un groupement de personnes (les actionnaires) qui répond seule sur son patrimoine (le capital-actions) des dettes de la société. En tant que personne morale, la société anonyme est ainsi sujet de droits et d'obligations.

Concrètement, la société anonyme permet à tout individu, du simple particulier aux entrepreneurs en passant par des investisseurs, de **grouper les moyens financiers nécessaires à l'exercice d'une activité économique**, dans le but de faire fructifier le capital investi.

Le **capital-actions** constitue la substance centrale de la société anonyme. Consistant en un montant fixe défini à l'avance dans les statuts, il représente les fonds propres dont dispose la société pour mener ses activités économiques.

Les **actions** (= parts du capital-actions propriété d'un actionnaire) peuvent être nominatives (= le nom de l'actionnaire est lié à une action, qui ne peut changer de propriétaire qu'en informant la société) ou alors au porteur (= l'action peut alors être transmise librement par son propriétaire).

b) **La constitution**

La société anonyme peut être fondée aux **conditions cumulatives** suivantes :

- par une ou plusieurs personnes physiques ou morales (= les fondateurs, qui deviennent les premiers actionnaires de la société) ;
- en apportant un capital-actions minimum de CHF 100'000.-, divisé en un certain nombre d'actions (p. ex. : 10'000 actions à CHF 10.-, 500 actions à CHF 200.-, 100 actions à CHF 1'000.-, etc.) ;
- pour autant que des statuts instituant les organes requis par la loi et définissant le fonctionnement de la société ont été adoptés à l'unanimité par les fondateurs ;
- grâce à un acte de fondation passé en la forme authentique.

Une particularité doit être relevée s'agissant de l'apport minimal du capital-actions au moment de la création de la société anonyme : en effet, les actionnaires doivent libérer au moins 20% de la valeur nominale de chaque action, mais pour un total minimal de CHF 50'000.- immédiatement. Ils doivent toutefois être en mesure de pouvoir libérer le solde à tout moment.

c) **L'organisation**

L'organisation, le but social, la structure, les organes, le nom et le siège de la société anonyme doivent être définis par les **statuts**.

La société anonyme est au minimum composée des **trois organes** suivants :

- **l'Assemblée générale** : pouvoir suprême de la société anonyme, elle constitue la réunion à laquelle l'ensemble des actionnaires de la société doivent être convoqués, au moins une fois par an, conformément aux statuts et à la loi. Elle s'apparente d'une certaine manière à l'organe législatif de la société. Les décisions de l'assemblée générale sont prises à la majorité des actions représentées.

Ses **attributions** principales sont les suivantes :

- modifier les statuts ;
 - définir les buts et orientations fondamentaux de la société, notamment son financement ;
 - élire les membres du Conseil d'administration et de l'organe de révision ;
 - décider de la distribution du bénéfice (dividende) ;
 - adopter les comptes et donner décharge au Conseil d'administration ;
- **le Conseil d'administration** : composé d'un ou de plusieurs administrateurs, il a la responsabilité, exercée conjointement par ses membres, de gérer et de représenter la société. Ainsi, il dirige et conduit les affaires de la société, en tant qu'« organe exécutif ». Le Conseil d'administration prend toutes les décisions qui ne relèvent pas de la compétence de l'assemblée générale. Si les statuts le prévoient, il peut par ailleurs déléguer tout ou partie de la gestion, notamment opérationnelle, à une **direction**. Les administrateurs engagent leur responsabilité pour les actes illicites qu'ils commettraient au préjudice de la société dans le cadre de leur mandat ;
- **l'organe de révision** : consistant en général en un réviseur comptable agréé ou en une fiduciaire, il a pour fonction de vérifier si la comptabilité, les comptes annuels et les propositions concernant l'utilisation du bénéfice respectent la loi et les statuts.

d) **Les droits et les obligations des actionnaires**

Les actionnaires disposent de deux **catégories de droits** :

- Les **droits sociaux**
 - droit de **vote** et de **participation** (proportionnellement à la participation au capital-actions de la société) ;
 - droit de **contrôle** et d'**information** (accès au rapport de gestion et au rapport de révision, demande de renseignements sur les affaires de la société, institution d'un contrôle spécial, etc.) ;
 - droit de **sanction** (possibilité d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale contraires à la loi ou aux statuts).

- Les **droits patrimoniaux**

- droit au **dividende** (= part du bénéfice) ;
- droit de **souscription préférentiel** (= droit d'acquérir en priorité de nouvelles actions pour conserver un pourcentage d'actions identique en cas d'augmentation du capital-actions) ;
- droit à une part de liquidation.

Contrairement aux associés d'une société simple²³⁸, les actionnaires n'ont aucun droit d'administration et de gestion de la société anonyme.

Les actionnaires d'une société anonyme ont une seule et unique obligation : celle de **s'acquitter de la valeur des actions** qu'ils acquièrent. En corollaire de cette obligation, les actionnaires ne répondent pas des dettes de la société : ils ne peuvent donc à aucun moment être poursuivis sur leurs biens personnels, que la société soit endettée ou en faillite.

e) **Faillite, liquidation et fin de la société**

La loi impose à la société anonyme de disposer de suffisamment de moyens financiers pour poursuivre ses activités commerciales. Lorsque tel n'est plus le cas, notamment lorsque la société anonyme n'est **plus capable de payer ses dettes**, elle peut être déclarée en faillite par un tribunal. La société doit alors être liquidée. A noter qu'indépendamment de ce qui précède, les actionnaires peuvent également décider de liquider la société de leur plein gré.

Dès le moment où la **société doit être liquidée**, une procédure particulière se met en place, lors de laquelle tous les créanciers de la société sont avertis de la liquidation pour qu'ils puissent annoncer leurs créances. Les affaires courantes de la société sont achevées et le patrimoine est transformé en liquidités (d'où le terme de liquidation).

Une fois que tous les créanciers de la société ont été remboursés, le **solde (éventuel) des liquidités est réparti entre les actionnaires proportionnellement** à leur participation au capital-actions. La société est ensuite radiée du registre du commerce et cesse alors d'exister.

f) **Les autres types de sociétés**

On a pu voir que la société simple appartenait à la catégorie des sociétés de personnes et la société anonyme à celle des sociétés de capitaux. Il existe

²³⁸ Cf. *supra* ch. 3.2.2.

également deux autres types de sociétés, très fréquentes dans la pratique, qui présentent une **combinaison de ces deux catégories** : la société à responsabilité limitée et la société coopérative.

La société à responsabilité limitée (art. 772 CO) ressemble beaucoup à la société anonyme, mais avec une structure plus simple et plus légère. Corporation à but économique et ayant une personnalité juridique propre, elle est constituée d'associés (personnes physiques ou morales) apportant chacun une part sociale fixe (le capital social minimal de la société est de CHF 20'000.- au minimum) et qui exercent collectivement la gestion. A l'image de la société anonyme²³⁹, la société à responsabilité limitée répond de ses dettes sur sa fortune sociale uniquement. A la différence des actionnaires dans la société anonyme, les associés de la société à responsabilité limitée peuvent être amenés à devoir effectuer des versements supplémentaires, ou s'interdire de faire concurrence aux activités de la société, si les statuts le prévoient. L'aspect « personnel » des rapports entre associés est beaucoup plus intense que dans la société anonyme. Enfin, contrairement aux actions, le transfert des parts sociales ne peut intervenir qu'en respectant la forme écrite et moyennant l'approbation de l'assemblée des associés.

La société coopérative (art. 828 CO) est un groupement de personnes physiques ou morales (au minimum 7), organisées de manière corporative dans le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, les intérêts économiques de ses membres. Elle ne comporte pas un capital social fixe et peut être rejointe par un nombre indéterminé de personnes. La responsabilité des associés est en principe ici aussi limitée à la fortune sociale. Exemples : une coopérative d'habitation vise à permettre à ses membres d'obtenir un logement dans un immeuble acquis en commun ; une coopérative agricole vise à permettre à ses membres de se regrouper pour mieux vendre les produits de chacun des membres.

La loi suisse prévoit également encore **d'autres types de sociétés**, plus rares en pratiques, et que l'on se limitera à mentionner :

- la **société en commandite** (art. 594 CO) ;
- la **société en commandite par actions** (art. 764 CO).

Bibliographie

- MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Berne 2012

²³⁹ Cf. *supra* ch. 3.4.4.

- MÜNSCH PETER, BÖHRINGER PETER, KASPER LEHNE SABINA et PROBST FRANZ (édit.), Schweizer Vertragshandbuch, 2^e éd., Bâle 2010
- TERCIER PIERRE et FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009
- VON DER CRONE, CHENAUX, HARI ET AL., plate-forme en ligne de droit des sociétés (<http://www.adroit.unizh.ch/>)
- WERRO FRANZ, Le droit des contrats, Jurisprudence fédérale choisie et annotée, Berne 2012

2. Contrat de vente

2.1. Définition, notion et délimitations

La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, accepte de céder une chose convenue à une autre personne, l'acheteur, en échange du paiement d'un certain prix.

L'acheteur et le vendeur peuvent être soit une personne physique ayant la capacité civile, soit une personne morale.

Le contrat de vente comporte deux caractéristiques principales :

- **le transfert de la propriété et la livraison d'une chose** de la part du vendeur à l'acheteur ;
- **le paiement du prix de la chose** de la part de l'acheteur au vendeur.

Si le contrat ne prévoit pas le transfert de la propriété, on se trouvera alors non pas en présence d'un contrat de vente, mais d'un contrat de prêt ou d'un contrat de bail²⁴⁰.

Si le contrat ne prévoit pas que la chose soit cédée en échange du paiement d'un prix (donc à titre gratuit), il ne s'agira pas non plus d'un contrat de vente, mais d'un contrat de donation.

Il faut également distinguer la vente civile, lorsque l'acheteur acquiert la chose pour son propre usage, de la vente commerciale, lorsque l'acheteur acquiert la chose dans le but de la revendre en réalisant un bénéfice.

2.2. La distinction entre vente mobilière et vente immobilière

Le contrat de vente comporte des différences importantes (par exemple le délai de prescription de la garantie ou la forme du contrat) selon que la chose vendue consiste en un objet mobilier ou alors en un objet immobilier.

On parle de **vente mobilière** lorsque le contrat porte sur un objet qui n'est pas un immeuble, à savoir une chose qui peut se déplacer d'un lieu à un autre.

Exemples :

Sont ainsi des choses mobilières les véhicules, les biens de consommation, les œuvres d'art, le matériel informatique, les devises, les entreprises, les actions de sociétés anonymes, etc.

²⁴⁰ Cf. *infra* ch. 6.1.

On parle en revanche de **vente immobilière** lorsque le contrat porte sur un immeuble, à savoir un bien-fonds (= une parcelle de terrain comprenant toute construction qui y est bâtie), un bâtiment ou un ouvrage rattaché au sol, ainsi que des droits concernant un immeuble (tels que des parts de copropriété ou des servitudes de passage²⁴¹).

Dans le cadre de contrats de vente immobilière, il existe également trois contrats particuliers.

- **Le pacte d’emption** : par ce contrat, le vendeur s’oblige à transférer à l’acheteur un objet immobilier à un certain prix, dès le moment où l’acheteur décide de l’acheter. Un tel contrat est valable pour une durée maximale de 10 ans.
- **Le pacte de réméré** : par ce contrat, le vendeur dispose du droit d’exiger que l’acheteur lui transfère à nouveau la propriété de la chose immobilière vendue, contre paiement du prix convenu, au moment seulement où le vendeur le décide. Un tel contrat est valable pour une durée maximale de 25 ans.
- **Le pacte de préemption** : par ce contrat, une personne peut exiger que dans le cas où le vendeur déciderait de vendre une chose immobilière, elle dispose d’un droit d’achat prioritaire par rapport à tout autre acheteur, aux mêmes conditions de vente. Un tel contrat est valable pour une durée maximale de 25 ans.

2.3. La formation du contrat

2.3.1. Conclusion

Le contrat est valablement conclu lorsque le vendeur et l’acheteur se sont mis d’accord sur les points essentiels du contrat : **la chose vendue, le prix** ainsi que l’identité des deux parties.

Il faut savoir que la chose vendue peut être :

- une chose qui n’existe pas encore (par exemple : la prochaine récolte de pommes du jardin, un meuble en catalogue, les droits sur un futur livre) ;
- une chose qui appartient à quelqu’un d’autre que le vendeur (par exemple : le concessionnaire qui doit s’approvisionner auprès du constructeur automobile) ;

²⁴¹ Cf. chapitre VI « Droit réels », ch. 3.1.3 et 3.2.

- une chose qui n'est pas déterminée précisément, mais par son genre (par exemple : un cheval, une caisse de bouteilles de vin, un kilo de pain).

Ce qui importe, c'est que le vendeur et l'acheteur aient la même chose en vue.

Le prix, s'il n'est pas affiché par le vendeur ni clairement exprimé, doit au moins pouvoir être déterminé par les circonstances (par exemple une pièce d'or, dont le prix, à défaut d'être convenu, pourra être fixé selon le cours du jour de la matière), et être accepté par l'acheteur. Le prix peut être librement fixé par le vendeur et par l'acheteur, même sans aucun lien avec la valeur réelle de l'objet de la vente.

2.3.2. **Forme**

Le contrat de vente peut être conclu sous n'importe laquelle des formes suivantes :

- par acte concluants (= tacitement, sans échange de paroles) ;
- par oral ;
- par écrit ;
- par acte authentique (= contrat passé devant le notaire).

Si la forme du contrat de vente est en principe libre, il est néanmoins nécessaire que le vendeur et l'acheteur soient tous les deux d'accord sur la forme retenue.

Il existe toutefois une exception : en cas de **vente immobilière**, le contrat doit obligatoirement être conclu sous la **forme authentique**. Ainsi, s'il n'est pas passé devant le notaire, le contrat n'est pas valable.

Exemple :

Louis se rend à la boulangerie pour acheter un croissant, qui se trouve sur le présentoir. Il se le voit remettre par la vendeuse en échange du prix de CHF 1.-. Le contrat de vente est ainsi conclu, par actes concluants, sans forme particulière.

En rentrant chez lui, Louis surfe sur internet et tombe sur une annonce proposant la vente d'une collection de BD pour CHF 99.-. Il contacte par e-mail l'annonceur pour lui dire qu'il est intéressé par son offre. Dès l'instant où l'annonceur aura répondu qu'il accepte, le contrat sera conclu (un échange d'e-mails constitue une forme écrite). Le contrat sera exécuté au moment où la collection de BD aura été livrée à Louis.

2.4. Les obligations de l'acheteur

2.4.1. Le paiement du prix

La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix de l'objet du contrat. On distingue trois cas de figure :

- **vente au comptant** : lorsque le paiement a lieu en même temps que la remise de la chose par le vendeur (p. ex. : Marc achète une tresse à la boulangerie et règle son achat en espèces) ;
- **vente à prépaiement** : lorsque l'acheteur doit payer le prix avant de se voir remettre ou livrer la chose par le vendeur (p. ex. : une entreprise horlogère commande des boîtes de montres auprès d'un fournisseur qui exige d'être payé avant de livrer les pièces) ;
- **vente à crédit** : lorsque l'acheteur doit payer le prix après que le vendeur lui ait remis la chose vendue (p. ex. : Sophie achète un téléviseur qu'elle va chercher au magasin ; elle règlera la facture en plusieurs tranches). En matière de vente à crédit, la loi sur le crédit à la consommation offre un certain nombre de protections au consommateur concernant les emprunts, leasings et cartes de crédit (notamment : possibilité de révoquer le contrat dans un délai de 14 jours, taux d'intérêt maximal de 15%, nullité du contrat si l'enfant mineur n'a pas l'accord de son représentant légal, etc.).

2.4.2. Les autres obligations

L'acheteur a également d'autres obligations, en particulier :

- **accepter la chose** remise par le vendeur, pour autant qu'elle corresponde bien à ce qui était prévu par le contrat ;
- **entreprendre les actes préparatoires** nécessaires pour que le vendeur puisse exécuter correctement ses propres obligations (p. ex. : Marc a demandé à ce que la machine à laver qu'il a achetée soit livrée à son domicile. Mais tant qu'il n'aura pas indiqué au vendeur son adresse, celui-ci ne pourra pas s'exécuter).

2.5. L'inexécution des obligations de l'acheteur : demeure de l'acheteur

Lorsque l'**acheteur** ne respecte pas ses obligations, à savoir qu'il ne paie pas le prix de vente au moment où il le doit, on dit de lui qu'il tombe en **demeure**.

Dans un tel cas, le vendeur dispose de possibilités qui diffèrent selon les circonstances :

- **si la chose vendue n'a pas encore été livrée** (cas de la vente au comptant ou vente à prépaiement) : le vendeur peut décider de mettre fin au contrat immédiatement, mais doit en informer tout de suite l'acheteur. Dans ce cas, il ne doit pas livrer la chose ;
- **si la chose vendue a déjà été livrée** (cas de la vente à crédit) : la position du vendeur est moins bonne ; il doit alors agir contre l'acheteur en justice, mais il ne peut obtenir que le paiement du prix et réclamer d'éventuels dommages-intérêts, car la propriété de la chose a été transférée à l'acheteur et le vendeur en a perdu la maîtrise. Il ne peut réclamer la restitution de la chose que si une clause contractuelle le prévoit expressément ou dans le cas d'un pacte de réserve de propriété (dûment inscrit dans le registre des pactes de réserve de propriété).

2.6. Les obligations du vendeur

Le vendeur a deux obligations principales :

- **la livraison de la chose** : le vendeur doit tout d'abord remettre à l'acheteur la chose vendue, et donc la maîtrise de fait sur la chose. Sauf accord contraire, la livraison de la chose doit intervenir immédiatement après la conclusion du contrat, en principe au lieu où a été conclu le contrat ;
- **le transfert de la propriété** : le vendeur doit ensuite transférer à l'acheteur la maîtrise juridique de la chose. Cela implique que le vendeur soit en droit de pouvoir librement disposer de la chose.

2.7. L'inexécution des obligations du vendeur : demeure du vendeur

Le vendeur viole ses obligations dans les cas de figure suivants :

- il ne livre pas la chose convenue (ou alors avec du retard) ;
- il livre autre chose que celle convenue ;
- il livre la chose convenue avec des défauts.

Lorsque le **vendeur** ne s'est pas correctement exécuté dans le délai prévu par le contrat, on dit alors qu'il tombe **en demeure**. L'acheteur se trouve alors confronté à différentes possibilités, selon qu'il s'agit d'une vente civile ou d'une vente commerciale :

2.7.1. Demeure du vendeur dans une vente civile

Si le contrat n'a pas prévu de terme précis pour être exécuté, l'acheteur doit alors **interpeller** le vendeur (= lui déclarer qu'il réclame l'exécution de la prestation due) et lui fixer un **délai de grâce** pour s'exécuter. A défaut d'exécution du vendeur à cette échéance, l'acheteur dispose alors, à choix, des alternatives suivantes :

- **exiger la livraison de la chose convenue** : l'acheteur choisit de maintenir le contrat, au besoin au moyen de l'exécution forcée, et peut exiger des dommages-intérêts pour le retard ;
- **renoncer à la livraison de la chose** : l'acheteur décide de mettre fin au contrat. Il a le droit d'exiger du vendeur le remboursement du prix (s'il a déjà été payé) ainsi que des dommages-intérêts.

2.7.2. Demeure du vendeur dans une vente commerciale

Si aucun terme ou délai n'est fixé dans le contrat, l'acheteur doit procéder selon les règles ordinaires.

Si un délai est prévu dans le contrat, les conséquences sont les suivantes :

- le vendeur est immédiatement en demeure qualifiée (inutile de fixer un délai de grâce supplémentaire) ;
- l'acheteur est présumé avoir renoncé au contrat ; s'il veut le maintenir, il doit en aviser le vendeur immédiatement.

Si la chose livrée comporte des défauts, des règles spéciales s'appliquent et modifient quelque peu la situation pour l'acheteur, comme exposé ci-après.

Exemple :

Emma et son copain Jules ont commandé et payé des meubles qui doivent être livrés dans leur nouvel appartement le 15 juillet. Mais à la date convenue, ils ne reçoivent aucun meuble. Ils envoient un courrier au vendeur lui demandant de venir livrer les meubles dans un délai de 3 jours. Le vendeur est alors en demeure. S'il ne s'exécute pas, Emma et Jules auront le choix : soit ils agissent en justice pour que les meubles leur soient livrés par le vendeur ; soit ils mettent fin au contrat, et peuvent exiger du vendeur le remboursement du prix (s'il a déjà été payé), et éventuellement des dommages-intérêts correspondant à la différence de prix des meubles qu'ils ont dû acheter ailleurs dans l'intervalle.

2.8. La garantie pour les défauts

2.8.1. Notion de défaut et de garantie

Lorsque la chose vendue présente un **défaut**, soit l'absence d'une qualité à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre de bonne foi ou qui avait été promise par le vendeur, l'acheteur dispose de droits spécifiques envers le vendeur : il s'agit de la **garantie** pour les défauts (articles 197 à 210 CO).

Exemples :

Une montre mécanique dont les aiguilles n'avancent pas ; une voiture de sport incapable de rouler à plus de 80 km/h ; du lait frais acheté en grande surface, mais qui a tourné.

Mais pour que le défaut puisse donner lieu à garantie, il faut qu'il réduise (considérablement) la valeur ou l'utilité de la chose selon les qualités qui ont été promises ou qui pouvaient être attendues de bonne foi par l'acheteur.

Il y a encore lieu de distinguer trois types de défauts :

- **défauts apparents** : ceux qui pouvaient ou auraient dû être décelés lors de la vérification régulière et usuelle de la chose livrée (de manière raisonnable) ;
- **défauts cachés** : ceux qui ne se manifestent que plus tard parce qu'ils ne pouvaient pas être décelés lors de la vérification régulière et diligente de la chose. Les défauts cachés doivent être signalés au vendeur immédiatement après leur découverte ;
- **défauts dissimulés** : ceux qui ont été intentionnellement tus ou cachés frauduleusement par le vendeur. L'acheteur doit également en aviser le vendeur immédiatement après leur découverte.

2.8.2. Les conditions d'exercice de la garantie

Pour que l'acheteur puisse bénéficier de la garantie pour les défauts, trois principales conditions sont nécessaires :

- l'existence d'un défaut ;
- le défaut est ignoré de l'acheteur ;
- l'acheteur n'a pas accepté le défaut.

En plus des conditions précédentes, l'acheteur ne peut faire valoir son droit à la garantie que s'il respecte deux conditions supplémentaires :

a) Le respect des incombances

L'acheteur doit respecter un certain nombre de devoirs qui, s'ils ne sont pas respectés, le privent de ses droits découlant de la garantie :

- **vérifier la chose** : le plus rapidement possible dès la réception (livraison) de la chose ; la vérification doit être « usuelle » et diligente ;
- **aviser le vendeur** : aussitôt que les défauts sont découverts, soit en principe immédiatement dès la livraison.

b) Le respect des délais de prescription

Même s'il a respecté les incombances, l'acheteur doit encore agir contre le vendeur dans un certain **délai** :

- **délai ordinaire** : deux ans dès la livraison ;
- **délai spécial** : cinq ans dès la livraison, si la chose est intégrée dans un ouvrage immobilier et pour les ouvrages immobiliers dès l'inscription au Registre foncier ;
- **délai extraordinaire** : 10 ans dès la livraison, si le vendeur a intentionnellement trompé l'acheteur (défaut dissimulé).

2.8.3. Les actions en garantie

Lorsque les conditions de la garantie pour les défauts sont remplies, l'acheteur dispose à choix de l'une des possibilités suivantes, selon le cas de figure :

- **demander le remplacement de la chose** : lorsque la chose vendue est désignée par son genre (p. ex. : un kilo de pommes, une tonne de blé, un stère de bois, etc.), l'acheteur peut exiger le remplacement de la chose défectueuse. Alors que l'acheteur voudrait mettre fin au contrat ou exiger une diminution du prix, le vendeur peut lui imposer le remplacement si la chose, sans défaut, est immédiatement disponible en stock ;
- **demander une réduction du prix** (action « minutoire ») : si le défaut entraîne une diminution de la valeur de la chose, l'acheteur a droit à une diminution de prix proportionnelle à la différence entre la valeur objective de la chose sans défaut et celle avec défaut (méthode relative). Exemple : si la chose sans défaut vaut CHF 1'500.-, que la chose avec défaut en vaut CHF 500.-, la différence est de 67%. En appliquant ce pourcentage au prix de vente de CHF 1'000.-, l'acheteur aura donc droit à une diminution de prix de CHF 667.- ;

- **mettre fin au contrat et demander des dommages-intérêts** (action « rédhibitoire ») : si le défaut est important (grave), l'acheteur peut mettre fin au contrat comme si celui-ci n'avait jamais existé, et exigé d'être replacé dans la même situation qu'avant la conclusion. L'acheteur peut ainsi demander à être remboursé du prix de la vente et du préjudice que lui a causé le défaut de la chose.

2.8.4. Les dispositions conventionnelles

L'acheteur et le vendeur peuvent convenir, dans le contrat de vente, de supprimer toute garantie ou au contraire de prolonger la durée de garantie (maximum 10 ans). En revanche, il n'est pas possible de réduire la durée de garantie prévue par la loi (art. 210 CO), sauf s'il s'agit de la vente de choses d'occasion, auquel cas la garantie peut être réduite à un an. Lorsque le contrat de vente supprime toute garantie, l'acheteur est protégé en cas de défaut frauduleusement dissimulé par le vendeur : dans un tel cas, la suppression de garantie n'est pas valable et l'acheteur dispose toujours de son droit à la garantie.

Exemple :

Kevin a acheté un nouveau smartphone le 10 septembre 2015 dans le magasin d'un grand opérateur de téléphonie mobile, pour la somme de CHF 699.-. Une fois rentré chez lui, Kevin s'aperçoit que la fonctionnalité « wifi » de son téléphone dernier cri est défectueuse et impossible à utiliser. Il se rend le lendemain auprès du vendeur. Il peut alors choisir de mettre fin au contrat et de se voir rembourser le prix de vente, ou alors demander une réduction du prix. Le vendeur peut également lui proposer le remplacement du téléphone, mais Kevin est libre de refuser cette proposition.

2.9. La garantie en cas d'éviction

Parfois, il arrive qu'un acheteur ait acquis de bonne foi une chose qui était la propriété de quelqu'un d'autre, et que celui-ci en réclame la restitution. Dans une telle éventualité, l'acheteur dispose à l'encontre du vendeur une garantie spéciale, appelée garantie en cas d'éviction.

Les conditions suivantes doivent être cumulativement remplies pour que l'acheteur bénéficie de cette garantie :

- la chose vendue doit déjà avoir été transférée (preuve du transfert) ;
- l'acheteur doit avoir été évincé en raison d'un tiers ayant valablement revendiqué la propriété de la chose (preuve de l'éviction) ;

- l'acheteur doit avoir ignoré au moment de la conclusion du contrat qu'un tiers pourrait revendiquer un droit sur la chose (preuve de la bonne foi).

Lorsque les conditions de la garantie sont réunies, l'acheteur peut réclamer au vendeur le remboursement de la chose ainsi que des éventuels frais, dépenses et pertes qu'il aurait subis entre la vente et le moment de l'éviction.

2.10. Le transfert des risques et profits

Parfois, il arrive que la chose vendue soit détruite ou disparaisse entre le moment où le contrat de vente a été conclu, et le moment où la chose est livrée à l'acheteur. De même, une chose peut créer des profits durant le même intervalle. Se pose alors la question de savoir qui, de l'acheteur ou du vendeur, en assume financièrement les conséquences, qu'elles soient positives ou négatives.

En droit suisse, la solution est particulière dans le cadre du contrat de vente : contrairement à la règle générale qui prévaut dans les autres contrats (art. 119 CO), si la chose est détruite entre la conclusion et l'exécution du contrat de vente sans faute du vendeur, les risques sont à la charge de l'acheteur. Il en va de même s'agissant des profits qui résulteraient de la chose dans l'intervalle. Cela signifie que le transfert des risques et profits intervient au moment de la conclusion du contrat.

Exemple :

Jenny, qui habite Neuchâtel, a acheté une Aston Martin chez son concessionnaire situé à Lausanne, en signant le contrat sur place, mais sans payer directement le prix exorbitant de sa nouvelle voiture. Comme elle ne dispose pas encore des plaques d'immatriculation, elle convient avec son concessionnaire qu'elle viendra prendre sa voiture la semaine suivante. Dans l'intervalle, un incendie accidentel intervient chez le concessionnaire, dont toutes les voitures finissent carbonisées. Lorsque Jenny vient chercher sa nouvelle Aston Martin, elle s'aperçoit avec consternation que celle-ci n'est plus de ce monde. Malheureusement pour elle, elle devra néanmoins payer le prix de sa chère voiture à son concessionnaire.

3. Contrat de travail

3.1. Définition, notion et sources

Le contrat de travail se définit comme étant l'engagement pris par une personne (le travailleur) à travailler au service d'une autre (l'employeur), pour

une durée déterminée ou indéterminée, en échange d'un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni.

Le contrat de travail comporte ainsi quatre caractéristiques cumulatives :

- **une prestation de travail** : le contenu de la prestation peut être extrêmement varié (travaux d'ordre intellectuel, d'ordre manuel, etc.). Cette prestation s'entend indépendamment d'un but à réaliser : le travailleur ne promet pas de résultat ;
- **un temps mis à disposition** : le travailleur garantit le temps qu'il met à disposition de l'employeur. La distinction entre la durée déterminée ou indéterminée n'a d'importance que pour la fin du contrat ;
- **un lien de subordination** : le travailleur est subordonné à son employeur, tant au niveau temporel (l'employeur fixe les horaires de travail) que spatial (l'employeur détermine le lieu de travail) que hiérarchique (l'employeur fixe les directives, indique les méthodes de travail et définit les objectifs à atteindre) ;
- **un salaire** : la rémunération est la contrepartie fournie par l'employeur en échange de l'activité déployée par le travailleur.

Le droit du travail trouve principalement sa source dans le Code des obligations (articles 319 ss CO). Mais en plus des dispositions de droit privé qui régissent le contrat de travail, un certain nombre de dispositions de droit public trouvent également application. On relèvera ainsi notamment :

- la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) ainsi que les différentes ordonnances du Conseil fédéral ;
- la Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) ;
- la Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét) ;
- la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg).

Au-delà des dispositions de droit public et de droit privé, il y a également lieu de relever les dispositions ayant un caractère hybride, à savoir les **conventions collectives de travail**, qui concernent près de 30% des travailleurs en Suisse. Négociées et conclues entre les partenaires sociaux (représentants des employeurs et des travailleurs) dans un certain nombre de

domaines d'activité économique, elles peuvent être déclarées de force obligatoire par le Conseil fédéral. Dans un tel cas de figure, elles s'imposent à toutes les personnes actives dans le secteur d'activité en question.

On relèvera enfin que les relations de travail qui lient un particulier à une collectivité ou à entité publique (Confédération, canton, commune, entreprise publique...) sont généralement régies par le droit public et par des lois spéciales, et non pas par le Code des obligations (p. ex. : Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération, LPers).

3.2. Délimitations et distinctions

Parfois, la délimitation et la distinction entre le contrat de travail n'est pas toujours évidente, principalement par rapport aux deux contrats suivants.

- **Contrat de mandat** : à l'image du contrat de travail, le contrat de mandat suppose également qu'une personne rende à une autre certains services, à la différence qu'il existe entre l'employeur et le travailleur un **rapport de dépendance**, qui est absent sous cette forme du contrat de mandat (le mandataire doit suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité). Ainsi, le travailleur se trouve nécessairement dans un rapport de subordination par rapport à l'employeur. De même, le contrat de travail ne peut en aucun cas être gratuit.
- **Contrat d'entreprise** : comme l'entrepreneur, le travailleur s'engage à rendre un service en faveur d'une autre personne. Le critère de distinction essentiel est l'existence ou non d'un **lien de subordination** qui, dans le contrat de travail, unit le travailleur à l'employeur. Au contraire, l'entrepreneur a une large indépendance, dans les limites des instructions reçues. La distinction a une grande importance : ainsi, le travailleur est rémunéré indépendamment du résultat de son travail, au contraire de l'entrepreneur ; de même, la responsabilité du travailleur suppose qu'il a commis une faute, alors que l'entrepreneur a une responsabilité objective (sans faute).

3.3. La conclusion du contrat

La conclusion du contrat de travail n'est soumise à **aucune forme** spécifique. Dans l'intérêt des deux parties, la forme écrite est toutefois préférable, surtout pour clarifier les choses et servir de preuve en cas de litige.

Il existe toutefois deux **exceptions** notables :

- le contrat d'apprentissage, qui doit être conclu en la forme écrite ;
- lorsque la loi fixe des dispositions visant à protéger le travailleur, mais auxquelles les parties peuvent déroger, cela doit être fait en la forme écrite.

Afin de protéger le travailleur, qui est réputé être la partie « faible » du contrat, en cas de doute, la jurisprudence fixe le principe qu'il y a contrat de travail, dès le moment où une personne a effectivement fourni une activité de travail dépassant les relations amicales, et pour laquelle il serait inéquitable qu'il n'y ait aucune rémunération en contrepartie.

A noter que le contrat de travail débute en principe par une **période d'essai** d'un mois, qui peut être supprimée ou au contraire prolongée à trois mois au maximum. Durant le temps d'essai, le contrat peut être résilié à tout moment moyennant un délai de sept jours.

Exemple :

Monsieur Wonka est un cadre de la société Chocapik SA, et va engager Monsieur Charlie comme ouvrier. Le problème est que Monsieur Wonka a outrepassé ses pouvoirs, et n'a pas le droit d'engager Charlie. Même si Chocapik SA prétend que le contrat de travail passé avec Charlie est nul, il y a bel et bien contrat de travail de fait, dès le moment où Charlie a déjà fourni un travail.

3.4. Les obligations du travailleur

3.4.1. L'exécution personnelle du travail

De par l'importance du **lien de confiance** qui existe entre le travailleur et son employeur, il est impératif que le travailleur exécute personnellement le travail qui lui est confié. Dans le cas contraire, l'employeur n'est pas tenu d'accepter la prestation de travail d'une personne qui viendrait remplacer le travailleur. Cela signifie également que dans le cas où le travailleur est incapable de travailler pour cause de maladie, ce dernier n'est pas tenu de trouver un remplaçant.

3.4.2. Le devoir de diligence et de fidélité

Le travailleur doit **mettre en œuvre toutes les qualités** dont il est pourvu pour effectuer son travail de son mieux. Les exigences peuvent toutefois être plus élevées en fonction du niveau de responsabilités confiées au travailleur (le degré de diligence exigé des cadres est plus élevé que celui exigé d'un ouvrier).

En corolaire, le travailleur doit **s'abstenir** de manière générale **de faire tout ce qui pourrait porter préjudice aux intérêts légitimes de l'employeur**. Ce dernier doit ainsi pouvoir compter sur une rectitude absolue de son travailleur : par exemple, toute infraction pénale commise par le travailleur au détriment de l'employeur peut être considérée comme un manquement grave au devoir de loyauté.

En lien avec le devoir de loyauté, le travailleur a en principe **l'interdiction de faire du travail concurrent** tout au long de ses rapports de travail. De même, le travailleur a également **l'interdiction de divulguer les informations confidentielles**, tels que les procédés de fabrication et les secrets d'affaires, dont il aurait eu connaissance dans le cadre de ses rapports de travail. Enfin, le travailleur a **l'obligation de rendre compte et de restituer** à l'employeur tout ce qu'il reçoit de tiers dans le cadre de sa relation de travail (p. ex. : matériaux, argent, informations, etc.).

3.4.3. Les heures de travail supplémentaires

Le travailleur peut être contraint d'effectuer des heures de travail supplémentaires par rapport à l'horaire qui a été contractuellement convenu ou par rapport à l'horaire usuel de l'entreprise (p. ex. : le contrat prévoit un horaire de 40 heures par semaines ; l'heure supplémentaire est celle qui excède cet horaire convenu).

La loi pose certaines conditions : ainsi, il doit notamment exister un élément à caractère relativement exceptionnel, ou des circonstances momentanées (p. ex. : collègue malade, clôture des écritures comptables, etc.) ; de plus, le travailleur doit pouvoir s'en charger dans le respect des règles de la bonne foi.

Toutefois, dans un but de protection de la santé du travailleur, la loi fédérale sur le travail interdit en principe pour la majorité des employés de travailler plus de 45 à 50 heures par semaine, selon le corps de métier.

Ainsi, à défaut d'un accord différent entre le travailleur et l'employeur, la loi impose une **rétribution** à 125% pour toute heure de travail supplémentaire à l'horaire prévu par le contrat de travail. Les parties peuvent également prévoir une **compensation** par un congé d'une durée au moins égale. Elles peuvent aussi prévoir par écrit de supprimer toute compensation du temps de travail supplémentaire, sauf si cela dépasse le maximum de 45 à 50 heures prévu par la loi sur le travail (on parle alors de « **travail supplémentaire** », qui doit nécessairement être compensé en argent ou sous la forme d'un congé équivalent).

3.4.4. Le respect des instructions et directives de l'employeur

Conséquence directe du lien de subordination²⁴², l'employeur peut et doit donner des instructions et des directives au travailleur dans l'accomplissement de ses tâches, auxquelles ce dernier a l'obligation de se conformer (p. ex. : directives sur l'habillement, utilisation des ressources informatiques et d'internet, procédures à suivre dans l'accomplissement de certaines activités professionnelles, etc.).

De par son devoir de diligence et de loyauté, le travailleur doit tout mettre en œuvre pour exécuter les instructions de l'employeur, en les interprétant selon le principe de la bonne foi.

3.4.5. L'interdiction de faire concurrence

Pendant les rapports de travail, le travailleur a l'interdiction de faire concurrence à son employeur, de quelque manière que ce soit, sous peine de violer son devoir de diligence et de fidélité.

Le travailleur peut, s'il y consent par écrit, se voir interdire de faire concurrence à son employeur même au-delà de la fin des rapports contractuels. Cela est notamment le cas lorsqu'il a une connaissance importante de la clientèle, de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur, et que le travailleur pourrait causer un préjudice à son ancien employeur en utilisant ces connaissances dans le cadre d'une activité salariée ou indépendante concurrente. L'interdiction de faire concurrence doit toutefois être limitée quant à l'espace (une ville, une région, un pays), au temps (maximum de 3 ans) et au genre d'affaires interdit, et prévoira en général une clause pénale, pour être plus dissuasive envers le travailleur.

3.5. Les obligations de l'employeur

3.5.1. Le paiement du salaire

La première obligation de l'employeur est de payer un salaire au travailleur, en échange de la mise à disposition de la force de travail de celui-ci. Il existe différentes **modalités de versement du salaire** : en espèces, en nature, en fonction du temps, aux pièces, à la tâche, etc. Lorsque l'on parle de salaire, il s'agit en principe de **salaire brut**, duquel seront ensuite déduites les différentes cotisations sociales (AVS, AI, assurance-chômage, assurance-accident, prévoyance professionnelle, etc.) pour parvenir au **salaire net**.

²⁴² Cf. *supra* ch. 3.1.

En principe, le salaire est fixé à l'avance. Il existe certaines **formes particulières de rémunération**, qui se cumulent au salaire de base fixe, mais pour lesquelles le travailleur ne dispose d'aucun droit, et qui dépendent en général des résultats de l'employeur :

- participation au résultat ;
- provision ;
- gratification et bonus (différent du 13^e salaire, qui constitue une partie intégrante du salaire ; une gratification donnée systématiquement sans réserve peut également devenir une partie intégrante du salaire après quelques années).

En cas d'**empêchement non fautif du travailleur**, notamment d'accident ou de maladie, le travailleur a droit en principe à percevoir son salaire, du moins partiellement, pour autant que certaines conditions soient remplies :

- l'employé doit pouvoir prouver son empêchement de travailler, en principe par certificat ;
- l'employé ne doit pas s'être mis fautivement dans son état d'empêchement de travailler ;
- le contrat de travail doit avoir été conclu pour plus de trois mois ou durer depuis plus de trois mois.

La durée et l'étendue du devoir de payer le salaire en cas d'empêchement non fautif (notamment maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique) se déterminent selon le principe général de l'équité, en fonction de la durée des rapports de travail et des circonstances.

Ainsi, selon l'article 324a CO, sous réserve d'un accord prévoyant des délais plus longs, l'employeur paie, dans la première année de service, le salaire pendant une durée de trois semaines, et par la suite en s'inspirant de la pratique retenue par la jurisprudence (cf. **échelle bernoise**). Le plus souvent, il est prévu un système d'assurance collective de perte de gain, financé paritairement entre l'employeur et les employés, qui assure le paiement de 80% du salaire du travailleur en cas de maladie ou d'accident pendant une durée de 2 ans.

3.5.2. La protection de la personnalité du travailleur

L'employeur est également obligé de garantir, tout au long des rapports de travail, mais également pendant la phase des entretiens préalables à la conclusion du contrat, la protection de la personnalité de l'employé. Cette **obligation**, qui vise à accroître la protection du travailleur, recouvre

l'ensemble des valeurs essentielles qui sont liées à la personne de l'employé, notamment les valeurs physiques, affectives et sociales (sur les plans de la santé et des relations en premier lieu, ou encore de l'honneur et de la réputation personnels, la dignité, la sphère privée et intime).

La protection de la personnalité du travailleur comprend notamment les aspects suivants :

- protection contre le harcèlement sexuel ;
- protection de la santé ;
- protection lors du traitement de données personnelles ;
- protection contre le harcèlement psychologique (**mobbing**).

3.5.3. L'octroi de vacances et congés

La loi accorde au travailleur le **droit à un certain nombre de jours de vacances** par année de service, selon l'âge de l'employé. Le minimum légal annuel est de 4 semaines de vacances (5 semaines avant 20 ans). Il ne saurait être remplacé par un salaire compensatoire. Le droit aux vacances peut en principe se cumuler d'une année à l'autre, à moins que le contrat de travail en dispose autrement.

En principe, c'est l'employeur qui fixe la **date des vacances**, après avoir entendu le travailleur. Toutefois, dans l'année de service, le travailleur doit pouvoir cumuler au moins deux semaines d'affilée.

En plus des jours de vacances auxquelles le travail a droit selon son contrat de travail ou la loi, il bénéficie également de congés lors des **jours fériés officiels** du canton dans lequel il accomplit son travail.

3.6. La fin des rapports de travail

3.6.1. Pendant le temps d'essai

Pendant le temps d'essai, limité au maximum à 3 mois, chacune des parties peut mettre fin au contrat de travail à tout moment moyennant un **délai de congé de 7 jours**.

3.6.2. Pour les contrats de durée déterminée

a) La fin ordinaire

Lorsque les parties ont conclu un contrat de travail à durée déterminée, la fin des rapports de travail intervient à l'échéance de la durée convenue d'avance.

b) La fin extraordinaire

En cas de justes motifs, les parties peuvent mettre un terme au contrat avant le terme prévu avec effet immédiat²⁴³.

3.6.3. Pour les contrats de durée indéterminée**a) La fin ordinaire**

Pour les contrats de travail de durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin sans aucune forme particulière, en **respectant un certain délai** (par exemple un, deux ou trois mois) **ainsi qu'un certain terme** (en général la fin d'un mois). Le délai pour mettre fin au contrat dépendra de la durée des rapports de travail ou de ce qui est prévu par le contrat. Les parties peuvent librement convenir du délai de résiliation dans le contrat de travail, mais celui-ci ne peut pas être inférieur à 1 mois. Le délai doit obligatoirement être identique pour le travailleur et pour l'employeur.

En règle générale, les **délais de résiliation** sont les suivants :

- durant la **première année** de service, chaque partie peut mettre fin au contrat moyennant un délai d'**un mois** pour la fin d'un mois (par exemple, pour que le contrat se termine le 31 août, il faut que l'employeur ait été informé de la démission du travailleur le 31 juillet au plus tard) ;
- dès la **deuxième année** de service jusqu'à la fin de la **neuvième année** de service, le délai de résiliation est de **deux mois** pour la fin d'un mois ;
- dès la **dixième année** de service, le délai de résiliation est de **trois mois**.

Le délai de résiliation débute le jour suivant lequel le travailleur a reçu son licenciement. Même s'il n'existe aucune exigence de forme pour procéder à la résiliation du contrat de travail, pour des questions de preuves, il est préférable de procéder sous la forme d'un courrier recommandé.

En cas d'empêchement non fautif de sa part de travailler pendant le délai de résiliation, la date du licenciement est repoussée jusqu'au terme permettant que le travailleur ait bien eu effectivement l'intégralité de son délai de résiliation à disposition.

²⁴³ Cf. *infra* ch. 3.6.4.

En cas de résiliation d'un contrat de durée indéterminée, le travailleur peut exiger que l'employeur fournisse une motivation du licenciement.

b) La fin extraordinaire

En cas de justes motifs, les parties peuvent mettre un terme au contrat avant le terme prévu avec effet immédiat²⁴⁴.

3.6.4. Avec effet immédiat

En cas de justes motifs, qui doit cas échéant pouvoir être dûment motivé, et à certaines conditions, les parties peuvent exceptionnellement mettre fin au contrat (de durée déterminée ou indéterminée) **sans attendre le terme prévu du contrat et sans avoir besoin de respecter les délais et termes de congé**.

Au titre de justes motifs, on distingue :

- le **manquement grave** : violation importante des obligations du travailleur (par exemple une infraction pénale contre l'employeur) ;
- le **manquement peu grave** : violation de moindre importance des obligations du travailleur, auquel cas l'employeur doit donner un avertissement indiquant une menace de renvoi. Ainsi, en cas de manquement peu grave, un licenciement avec effet immédiat ne pourrait intervenir que si un avertissement préalable reste sans effet.

Exemples :

En cas d'insolvabilité de l'employeur, le travailleur peut mettre fin à son contrat de travail avec effet immédiat ; lorsque le travailleur, par des absences injustifiées répétées, démontre qu'il a abandonné son poste, l'employeur peut résilier le contrat avec effet immédiat.

3.7. La protection contre les congés

3.7.1. La résiliation abusive

Dans certains cas, il arrive que l'employeur mette fin au contrat de travail pour des **motifs qui rendent le congé abusif**, notamment dans les situations suivantes :

- **congé discriminatoire** : lorsque le congé est donné pour une raison inhérente à la personnalité du travailleur (origine, couleur, physique, maladie, opinions, antécédents judiciaires, etc.) ;

²⁴⁴ Cf. *infra* ch. 3.6.4.

- **exercice d'un droit constitutionnel** : lorsque le congé est donné parce que le travailleur a fait valoir un droit constitutionnel contre l'employeur ;
- **empêchement de la naissance d'une prétention** : lorsque le congé est donné pour empêcher la naissance de prétentions futures de la part du travailleur ;
- **congé-représailles** : lorsque le congé est donné parce que le travailleur a fait valoir un droit et se fait licencier à cause de cela ;
- **accomplissement d'une obligation légale** : lorsque le congé est donné pour un fait pour lequel le travailleur n'a fait qu'obéir à une obligation imposée par la loi ;
- **activités syndicales ou de représentant des travailleurs** : lorsque le congé est donné en raison des activités syndicales menées par le travailleur.

Lorsque le congé est abusif, la **sanction** envers l'employeur ne consiste pas à réintégrer le travailleur dans son emploi (contrairement à une résiliation en matière de bail), sauf en cas de violation de la LEg. En revanche, l'employeur devra alors **une indemnité** au travailleur licencié de manière abusive (jusqu'à l'équivalent de 6 mois de salaire).

En cas de résiliation abusive, le travailleur doit faire part de son **opposition** par écrit jusqu'à la fin du délai de congé. Il doit ensuite **agir en justice** dans un **délai de 180 jours** dès la fin du contrat de travail.

3.7.2. La résiliation en temps inopportun

Il existe un certain nombre de situations pendant lesquelles l'employeur n'a pas le droit de mettre fin au contrat. On parle de temps inopportun. Si malgré cela, l'employeur licencie le travailleur, le **congé est nul** et les relations de travail se poursuivent comme si de rien était.

Il est question de temps inopportun notamment dans les situations suivantes (article 336c CO) :

- **en cas d'empêchement non fautif du travailleur (maladie ou accident)**, pendant une certaine période de protection, à savoir 30 jours au cours de la première année de service, 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service ;
- **en cas de grossesse** de la travailleuse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement ;

- **en cas d'accomplissement d'une obligation légale** (service militaire ou civil, accomplissement d'une fonction publique) et encore pendant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service et pour autant qu'il ait duré plus de onze jours.

Lorsqu'un cas de temps inopportun survient **après** que le congé ait été donné, celui-ci est alors « **suspendu** », dans le sens où il ne continue à courir qu'à la fin du temps inopportun ; l'effet est alors reporté au prochain terme utile (p. ex. : le 31 mars, le travailleur reçoit son congé pour le 31 mai. Il tombe malade du 5 au 25 avril. Le congé est suspendu le temps de la maladie, si bien que le licenciement est reporté au 30 juin).

3.7.3. La résiliation immédiate injustifiée

Le travailleur qui est licencié avec effet immédiat, mais de manière injustifiée a **droit au paiement du salaire qui aurait dû lui être versé jusqu'au à la fin du délai de congé légal ou conventionnel**. En plus de cela, il a droit au paiement d'une indemnité qui, selon la gravité de l'atteinte causée au travailleur par le congé immédiat injustifié, pourra atteindre jusqu'à 6 mois de salaire.

4. Contrat d'entreprise

4.1. Définition et notion

Le contrat d'entreprise est un contrat par lequel un entrepreneur prend l'engagement d'exécuter un ouvrage, en échange du paiement du prix que le maître de l'ouvrage s'oblige à lui payer (article 363 à 379 CO).

Contrairement à ce qui se passe dans d'autres contrats de service (notamment le contrat de mandat²⁴⁵), dans le contrat d'entreprise, une partie (l'entrepreneur) s'engage à aboutir à un résultat concret et palpable (l'ouvrage). On parle alors de contrat avec **obligation de résultat**.

L'**ouvrage** doit être le résultat d'un travail objectivement constatable, qui peut prendre deux formes différentes :

- **matériel** : lorsque le résultat du travail se concrétise par une modification de la chose qui en est l'objet (p. ex. : la construction ou la destruction d'une maison, d'une route, d'un poulailler, le montage

²⁴⁵ Cf. *infra* ch. 5.1.

d'une grue, la réparation d'une voiture, la réalisation d'un tableau, etc.) ;

- **immatériel** : lorsque le résultat du travail est essentiellement intellectuel et ne se traduit pas (forcément) dans une chose (p. ex. : établissement de plans d'architecte, réalisation d'une étude technique, mensuration d'un terrain, prise de photos, réalisation d'un logiciel individualisé, préparation d'une traduction, exécution d'une expertise technique ou médicale, etc.).

Le **maître de l'ouvrage** et l'**entrepreneur** peuvent être tant une personne physique qu'une personne morale. Le maître de l'ouvrage peut confier la direction des travaux à un tiers, qui sera son représentant face à l'entrepreneur. De son côté, l'entrepreneur peut également recourir à d'autres professionnels pour réaliser l'ouvrage : on parle alors de sous-traitants.

4.2. Les délimitations

Le contrat d'entreprise nécessite d'être délimité et distingué par rapport aux contrats suivants.

- **Contrat de mandat** : la différence essentielle est qu'en plus de rendre certains services, l'entrepreneur garantit en outre un résultat, qui doit impérativement être atteint (**obligation de résultat** de l'entreprise **contre obligation de moyens** du mandat). De même, le mandataire n'est responsable que s'il a commis une faute, alors que l'entrepreneur est soumis à une responsabilité objective (sans faute), de par la garantie sur les défauts. De plus, au contraire de l'entrepreneur, le mandataire a droit à une rémunération pour l'activité qu'il a déployée, indépendamment du fait que le résultat a été atteint ou non. Enfin, le maître de l'ouvrage qui résilie le contrat doit à l'entrepreneur pleine indemnité (art. 377 CO) alors que le mandant ne doit en principe rien (art. 404 CO).
- **Contrat de vente** : comme le vendeur, l'entrepreneur s'oblige à livrer une chose ; la distinction principale est que le vendeur a pour fonction de fournir à l'acheteur une chose (dont il n'est pas nécessairement le réalisateur), alors que l'entrepreneur s'engage en plus à la réaliser.
- **Contrat de travail** : comme l'entrepreneur, le travailleur s'engage à rendre un service en faveur d'une autre personne. Le critère de distinction essentiel est l'existence ou non d'un **lien de subordination** qui, dans le contrat de travail, unit le travailleur à l'employeur. Au contraire, l'entrepreneur a une large indépendance, dans les limites des instructions reçues. La distinction a une grande

importance : ainsi, le travailleur est rémunéré indépendamment du résultat de son travail, au contraire de l'entrepreneur ; de même, la responsabilité du travailleur suppose qu'il a commis une faute, alors que l'entrepreneur a une responsabilité objective (sans faute).

4.3. La conclusion du contrat

Le contrat d'entreprise peut être conclu sous n'importe quelle forme (oralement, par écrit, tacitement, ou forme authentique).

Il est valable dès le moment où :

- le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur sont clairement désignés ;
- l'ouvrage attendu est déterminé avec suffisamment de précision ;
- il est convenu qu'une rémunération sera due (même si le prix ou la façon de le calculer n'ont pas nécessairement besoin d'être expressément définis).

Dans la pratique, il arrive fréquemment que les contrats intègrent d'autres règles mises en place par la profession (par exemple les normes SIA).

4.4. Les obligations de l'entrepreneur

4.4.1. L'exécution de l'ouvrage

La première et principale obligation de l'entrepreneur consiste naturellement à réaliser et à livrer l'ouvrage, conformément à ce qui a été convenu avec le maître de l'ouvrage.

Si l'entrepreneur est relativement libre dans les moyens qu'il souhaite mettre en œuvre pour atteindre son but, la loi pose toutefois certaines exigences :

- **exécution personnelle** : en principe, l'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage lui-même ou sous sa direction personnelle, au besoin en recourant à des auxiliaires. Toutefois, pour des raisons pratiques, la délégation de la réalisation de l'ouvrage à des sous-traitants est possible et même largement admise ;
- **mise à disposition des instruments** : l'entrepreneur doit se procurer, à ses frais, les engins, outils, machines nécessaires à la réalisation de l'ouvrage (p. ex. : les échafaudages, grues et camions nécessaires sont apportés sur le chantier par l'entrepreneur) ;
- **fourniture de la matière** : à défaut d'un accord entre les parties, la loi ne mentionne pas qui doit fournir la matière nécessaire à la

réalisation de l'ouvrage. Pour des raisons pratiques, c'est généralement l'entrepreneur qui en a la charge (p. ex. : le béton, les briques et les autres matériaux de construction sont en principe apportés sur le chantier par l'entrepreneur) ;

- **respect des délais** : les parties fixent en général un délai final de remise de l'ouvrage, et l'entrepreneur doit tout mettre en œuvre pour le tenir, à défaut de quoi il viole ses obligations ;
- **livraison de l'ouvrage** : il s'agit de la remise par l'entrepreneur de l'ouvrage achevé au maître de l'ouvrage. Elle intervient par le transfert effectif de la maîtrise de fait sur l'ouvrage (p. ex. : remise des clés d'une nouvelle construction).

4.4.2. Le devoir de diligence et de fidélité

A l'image du travailleur dans le contrat de travail²⁴⁶, l'entrepreneur doit exécuter ses obligations de manière consciencieuse, en veillant à respecter les intérêts du maître de l'ouvrage, en le conseillant selon les besoins et en l'informant régulièrement de l'avancée de l'ouvrage ou des éventuelles difficultés rencontrées. Il doit également respecter les règles de l'art, soit les règles techniques largement reconnues par les spécialistes du même domaine.

Exemple :

L'entrepreneur violerait son devoir de diligence s'il omettait d'informer le maître de l'ouvrage d'une hausse imprévue des coûts, ou s'il réalisait une construction immobilière sans respecter les recommandations professionnelles applicables à son métier.

L'entrepreneur a également un devoir de fidélité à l'égard du maître de l'ouvrage : ainsi, il a l'obligation de protéger les secrets de fabrication ou d'affaires dont il aurait eu connaissance en cours d'exécution du contrat.

4.4.3. Le devoir d'avis

Vu que l'entrepreneur est considéré comme étant un spécialiste de son domaine d'activité, il a le devoir de signaler au maître de l'ouvrage toute circonstance qui est importante pour la réalisation de l'ouvrage.

²⁴⁶ Cf. *supra* ch. 3.4.2.

Exemple :

L'entrepreneur doit aviser le maître de l'ouvrage lorsque les instructions ne sont pas suffisamment claires ou adaptées à la situation d'espèce, ou en présence d'un problème avec des matériaux ou avec le terrain.

4.4.4. L'inexécution des obligations : droits anticipés du maître de l'ouvrage pendant la réalisation de l'ouvrage

Lorsque **l'entrepreneur viole ses obligations**, le maître de l'ouvrage dispose de tous les droits découlant de la responsabilité contractuelle (exécution du contrat, dommages-intérêts, etc.).

En plus de ce qui précède, la loi octroie également au maître de l'ouvrage des droits spécifiquement qu'il peut faire valoir de manière anticipée, c'est-à-dire même avant la livraison de l'ouvrage.

On distingue alors deux cas de figure :

- **retard** : si en cours de réalisation de l'ouvrage, il apparaît que l'entrepreneur ne se met pas au travail ou n'arrivera pas à respecter les délais convenus, le maître de l'ouvrage a le droit de mettre fin au contrat. Il devra toutefois d'abord mettre en demeure l'entrepreneur, en lui fixant un délai pour s'exécuter ;
- **défauts** : si le maître de l'ouvrage constate, en cours de réalisation, que l'ouvrage comporte déjà des défauts, il doit fixer un délai à l'entrepreneur pour y remédier. Si l'entrepreneur ne fait rien, le maître de l'ouvrage peut alors confier les travaux à un tiers, aux frais de l'entrepreneur (= exécution par substitution).

Une fois que l'ouvrage est livré, comme dans le contrat de vente²⁴⁷, il existe un régime particulier concernant les défauts, qui fera l'objet de la partie suivante.

4.5. La garantie pour les défauts

4.5.1. Notion de défaut et de garantie

A l'image du défaut dans le contrat de vente²⁴⁸, le défaut est l'absence, pour l'ouvrage livré, d'une qualité dont l'entrepreneur avait promis l'existence ou à

²⁴⁷ Cf. *supra* ch. 2.8.3.

²⁴⁸ Cf. *supra* ch. 2.8.1.

laquelle le maître de l'ouvrage pouvait raisonnablement s'attendre selon les règles de la bonne foi.

Exemples de défauts :

Ouvrage ne répondant pas aux exigences techniques ni à sa destination, non-étanchéité d'un toit, habit commandé sur mesure taillé trop large, apparition de mousse sur la façade d'un immeuble rénové, etc.

Il y a encore lieu de distinguer trois **types de défauts** :

- **défauts apparents** : ceux qui pouvaient ou auraient dû être décelés lors de la vérification régulière et diligente de l'ouvrage (de manière raisonnable) ;
- **défauts cachés** : ceux qui ne se manifestent que plus tard parce qu'ils ne pouvaient pas être décelés lors de la vérification régulière et diligente de l'ouvrage. Les défauts cachés doivent être signalés immédiatement après leur découverte ;
- **défauts dissimulés** : ceux qui ont été intentionnellement tus ou cachés par l'entrepreneur.

4.5.2. Les conditions d'exercice de la garantie

Dès le moment où un ouvrage comporte un défaut, on dit que l'entrepreneur est tenu à garantie. Le maître de l'ouvrage doit toutefois respecter un certain nombre de conditions et d'incombances pour pouvoir exercer son droit à la garantie, notamment **vérifier l'ouvrage** et **aviser l'entrepreneur des défauts**, en respectant des délais spécifiques.

a) La vérification de l'ouvrage

La loi impose au maître de l'ouvrage de vérifier l'état de l'ouvrage, et, s'il constate des défauts, d'en aviser immédiatement l'entrepreneur²⁴⁹. Si le maître de l'ouvrage omet de vérifier l'ouvrage avec soin et diligence, il est réputé l'avoir accepté tacitement avec ses défauts.

La vérification doit intervenir **aussitôt que** possible après la livraison, en faisant preuve de l'attention que l'on peut exiger d'un connaisseur moyen.

b) Les avis des défauts

Lorsque le maître de l'ouvrage constate des défauts, il est tenu de les **signaler immédiatement** à l'entrepreneur, sans quoi il perdra son droit à la garantie.

²⁴⁹ Cf. art. 367 CO.

Dans l'avis des défauts, qui peut être **oral ou écrit** (même s'il est plus prudent, pour des questions de preuve, de l'adresser par courrier recommandé), le maître doit énumérer les défauts apparus et faire connaître clairement son intention d'en tenir l'entrepreneur pour responsable.

c) **Les délais de prescription**

En cas de défaut, le maître de l'ouvrage doit faire valoir son droit à la garantie dans un certain délai (qui commence à courir dès le moment de la livraison de l'ouvrage), selon le cas de figure :

- **délai ordinaire : 2 ans** ;
- **délai spécial : 5 ans**, dans le cas où l'ouvrage constitue une construction immobilière ou une construction mobilière destinée à un immeuble ;
- **délai extraordinaire : 10 ans**, dans le cas où l'entrepreneur a intentionnellement induit le maître en erreur, ou frauduleusement dissimulé un défaut.

4.5.3. **Les actions en garantie**

Lorsque les conditions du droit à la garantie en cas de défaut sont remplies, le maître de l'ouvrage dispose des possibilités suivantes, de manière alternative :

- **droit à la réparation de l'ouvrage** : la loi permet au maître de l'ouvrage d'obliger l'entrepreneur de réparer l'ouvrage à ses frais. Si malgré tout, le défaut subsiste ou que l'entrepreneur est incapable d'y remédier, le maître de l'ouvrage dispose de la faculté de faire exécuter par substitution les travaux de réparation, en les confiant à un autre entrepreneur, aux frais du premier entrepreneur ;
- **droit à la réduction du prix** : le maître de l'ouvrage peut également réduire le prix de l'ouvrage en proportion de la moins-value causée par le défaut. Si le maître de l'ouvrage a déjà payé le prix, il peut réclamer la différence au titre de l'enrichissement illégitime ;
- **droit de mettre fin au contrat** : le maître peut refuser l'ouvrage et mettre fin au contrat, pour autant qu'il s'agisse d'un défaut grave ou persistant ;
- **droit à la réparation du dommage** : en plus du droit à la garantie, le maître de l'ouvrage peut agir contre l'entrepreneur sur la base des règles découlant de la responsabilité civile contractuelle et obtenir réparation du dommage qu'il a subi de manière consécutive au défaut de l'ouvrage. Dans cette hypothèse, l'entrepreneur présumé fautif

peut se libérer de toute responsabilité en démontrant qu'il n'a pas violé fautivement le contrat.

Exemple :

Charles-Edouard a acheté un magnifique terrain au bord du lac de Neuchâtel. Il souhaite y faire construire une grande villa avec piscine. Après avoir lancé un appel d'offres auprès de différentes entreprises de la région, il retient la société de construction Zebeaumur SA. L'entrepreneur entreprend les travaux selon ce qui avait été convenu avec Charles-Edouard et tout au long du chantier, il tient les délais. Au moment de la remise de l'ouvrage et de la visite de la villa fraîchement bâtie, Charles-Edouard constate que d'importantes fissures lézardent les murs de tout le premier étage. Charles-Edouard en informe immédiatement l'entrepreneur par courrier recommandé. Il peut alors choisir entre la possibilité d'exiger de l'entrepreneur qu'il répare l'ouvrage, ou alors exiger une réduction du prix.

4.6. Les obligations du maître de l'ouvrage

4.6.1. Le paiement du prix

L'obligation principale du maître consiste à payer le prix de l'ouvrage. En effet, le contrat d'entreprise est conclu à titre onéreux. En principe, en raison de la nature particulière du contrat d'entreprise (on ne sait souvent qu'une fois l'ouvrage terminé ce que sa réalisation a effectivement coûté), le prix n'est définitivement fixé qu'une fois l'ouvrage exécuté.

Il existe trois principaux **modes de rémunération** de l'entrepreneur :

- **prix effectif ou « travaux en régie »** : si le prix n'a pas été fixé d'avance, ou s'il ne l'a été qu'approximativement, il doit être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur. Le prix est donc déterminé *a posteriori*, au moment où l'ouvrage est achevé. Lorsque le contrat ne dit rien au sujet du mode de rémunération, la loi présume celui du prix effectif ;
- **prix ferme ou « prix à forfait »** : il s'agit du prix que les parties fixent à l'avance et dont elles conviennent qu'il ne sera en principe plus modifié, sauf circonstances imprévisibles ;
- **prix basé sur un devis approximatif** : afin de protéger le maître de l'ouvrage des risques que cela implique, l'entrepreneur établit alors un devis approximatif des coûts estimés pour la réalisation de l'ouvrage. Si le prix final dépasse le devis de manière excessive (en général, au-delà d'une marge de tolérance de 10%), le maître de l'ouvrage peut, à choix, refuser l'ouvrage et mettre fin au contrat, ou

alors, demander une réduction du prix (en pratique, il est admis que le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur se répartissent le surcoût, compte tenu de toutes les circonstances ; au besoin, c'est le juge qui tranchera).

Le prix devient exigible au moment de la livraison de l'ouvrage, donc au moment où l'entrepreneur a exécuté toutes ses obligations.

4.6.2. Les autres devoirs

En plus de son obligation principale de payer le prix de l'ouvrage, le maître doit respecter un certain nombre de devoirs :

- **les incombances** : la violation des incombances a pour effet de priver le maître de l'ouvrage de ses droits de garantie pour les défauts ;
- **les devoirs liés à l'exécution de l'ouvrage** : le maître de l'ouvrage doit mettre le terrain ou les matériaux à disposition, donner des instructions ou fournir les plans, etc. ;
- **les devoirs généraux** : ne pas violer les secrets d'affaires de l'entrepreneur, ne pas mettre en danger l'entrepreneur et ses auxiliaires, etc.

4.7. La fin du contrat

4.7.1. La résiliation par le maître et indemnisation

Si le contrat prend normalement fin par l'exécution des obligations par l'une et l'autre partie, le maître de l'ouvrage (et pas l'entrepreneur) dispose néanmoins de la possibilité de mettre fin au contrat **avant l'achèvement des travaux** sans avoir besoin de justes motifs. Dans un tel cas de figure, il doit toutefois une **pleine indemnisation** à l'entrepreneur : indemniser pleinement l'entrepreneur signifie qu'il faut lui payer tous les frais encourus jusqu'à la résiliation du contrat, mais aussi l'intégralité du gain qu'il aurait réalisé si le contrat était allé à son terme (p. ex. : pour la réalisation d'un costume sur mesure, l'entrepreneur pourra facturer le travail déjà accompli, la matière qu'il a dû acquérir pour réaliser l'ouvrage ainsi que la marge qu'il pouvait espérer réaliser).

Dans le contrat de mandat, en cas de résiliation avant terme, une telle indemnité n'est pas prévue²⁵⁰.

²⁵⁰ Cf. *infra* ch. 5.7.

4.7.2. La destruction de l'ouvrage par cas fortuit

C'est l'entrepreneur qui supporte en principe le **risque de la perte de l'ouvrage par cas fortuit** (= événement qui ne peut être imputé ni au maître de l'ouvrage ni à l'entrepreneur, par exemple : phénomène naturel ou météo ou intervention d'une tierce personne) jusqu'au moment de la livraison de l'ouvrage. Si l'ouvrage périt avant d'avoir été livré au maître de l'ouvrage, l'entrepreneur perd tous ses droits : il ne peut plus prétendre à sa rémunération.

5. Contrat de mandat

5.1. Définition et notions

Le mandat est un contrat par lequel une personne (le mandataire) s'oblige à rendre des services dans l'intérêt d'une autre (le mandant) conformément à la volonté de cette dernière (article 394 CO).

Le contrat de mandat comprend deux **éléments caractéristiques**.

- **La prestation de service avec obligation de moyens** : pour qu'il y ait un contrat de mandat, il faut que le mandataire rende certains services. Autrement dit, un comportement positif, de nature personnelle, physique ou intellectuelle est nécessaire. Contrairement à l'entrepreneur²⁵¹, le mandataire n'a en aucun cas une obligation de résultat : il doit toutefois mettre en œuvre tout son possible pour rendre le service attendu par le mandant.
- **L'absence d'une autre réglementation spéciale** : le contrat de mandat est subsidiaire. Il n'est dès lors possible que pour les prestations qui ne résultent pas d'un autre type de contrat spécifique.

Exemples de mandat :

- *l'avocat* : mandaté pour représenter un client en justice et défendre ses intérêts dans des procédures menées devant les administrations et les tribunaux, rendre des consultations juridiques, rédiger des contrats, négocier des transactions, etc. ;
- *l'architecte ou l'ingénieur* : mandaté pour établir des plans et diriger les travaux nécessaires à la réalisation d'un ouvrage immobilier, voire même mobilier (par exemple un programme informatique) ;
- *le dentiste* : mandaté pour faire un contrôle dentaire ;

²⁵¹ Cf. *supra* ch. 4.1.

- *le gérant d'immeubles* : mandaté pour assumer tous les services nécessaires à la gestion d'un immeuble ;
- *le banquier* : mandaté pour gérer la fortune de son client ;
- *etc.*

Par essence, le mandat est un contrat censé être réalisé à titre gratuit. Dans la pratique, ce n'est pourtant plus le cas. De plus, le contrat de mandat est souvent considéré comme « subsidiaire » à une multitude de rapports contractuels.

5.2. Les délimitations

Le contrat de mandat nécessite d'être délimité et distingué par rapport aux contrats suivants.

- **Contrat de travail** : à l'image du contrat de travail, le contrat de mandat suppose également qu'une personne rende à une autre certains services, à la différence qu'il existe entre l'employeur et le travailleur un **rapport de dépendance**, qui est absent sous cette forme du contrat de mandat (le mandataire doit suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité). De plus, au contraire du contrat de travail, le contrat de mandat peut être rendu à titre gratuit.
- **Contrat d'entreprise** : la différence essentielle entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise est que le mandataire a une obligation de moyens, au contraire de l'entrepreneur qui a une **obligation de résultat** (en l'occurrence l'ouvrage qui doit être livré). De même, le mandataire n'est responsable que s'il a commis une faute, alors que l'entrepreneur est soumis à une responsabilité objective (sans faute), de par la garantie sur les défauts. De plus, au contraire de l'entrepreneur, le mandataire a droit à une rémunération pour l'activité qu'il a déployée, indépendamment du fait que le résultat a été atteint ou non. Enfin, le maître de l'ouvrage qui résilie le contrat doit à l'entrepreneur pleine indemnité (article 377 CO) alors que le mandant ne doit en principe rien (art. 404 CO).

5.3. La conclusion du mandat

Le contrat de mandat n'est soumis à **aucune forme particulière** : il peut donc être conclu simplement par actes concludants²⁵².

Même si la loi mentionne que le mandat est en principe gratuit, le mandat est dans la pratique un contrat conclu à titre onéreux ; la loi prévoit d'ailleurs que si les services sont offerts à titre professionnel, le mandat est onéreux.

5.4. Les obligations du mandataire

5.4.1. La prestation de services

Le mandataire s'oblige à rendre un service unique **mandat occasionnel** ou à déployer une activité durable **mandat durable** en faveur du mandant. A défaut, l'étendue du mandat est déterminée selon la nature de l'affaire, le but poursuivi par les parties et le résultat escompté par le mandant. Le mandataire doit effectuer tout (mais pas plus que) ce qui est nécessaire pour y parvenir, conformément à l'ensemble des circonstances, sans avoir toutefois une obligation de résultat.

5.4.2. L'exécution personnelle ou par substitution

En principe, le mandataire doit exécuter personnellement le contrat. Il est toutefois possible pour le mandataire, agissant en son nom, mais pour le compte du mandant, de confier à un tiers indépendant (le sous-mandataire ou substitut) des tâches que celui-ci exécutera de manière indépendante et sous sa seule responsabilité.

Indépendamment de toute substitution, le mandataire peut toujours recourir à des auxiliaires dont il répond personnellement.

5.4.3. Le devoir de diligence et de fidélité

Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. Pour déterminer ce que cela implique, on doit tenir compte de l'ensemble des circonstances (genre du mandat, temps à disposition, importance de l'affaire, qualification des parties, etc.).

La diligence du mandataire implique que celui-ci doit disposer du niveau de compétences requis pour les services qu'il doit rendre au mandant, et qu'il

²⁵² Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 2.2.2 (e).

respecte les règles de l'art et les règles déontologiques applicables à sa profession.

Comme accessoire à l'obligation de diligence, le mandataire doit agir en toutes circonstances conformément à son devoir de fidélité envers le mandant, à savoir dans l'intérêt présumé de celui-ci. Cela signifie qu'il doit entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le favoriser, et s'abstenir de tout ce qui pourrait lui nuire. Corollaire du devoir de fidélité, on peut relever certaines **obligations annexes**, telles que l'obligation d'informer, l'obligation de confidentialité (et en particulier le secret professionnel, dont la violation est par ailleurs réprimée pénalement par l'art. 321 CP), l'obligation de conseiller, et l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts.

Exemples :

Le mandataire ne peut pas représenter le mandant pour conclure un contrat avec lui-même ; de même, il ne peut pas agir pour le mandant dans une affaire à laquelle il aurait lui-même directement un intérêt personnel, notamment financier.

5.4.4. L'obligation de suivre les instructions du mandant

Le mandant étant le « chef » du mandat, c'est lui qui définit les services à rendre. Le mandataire a alors l'obligation de suivre les instructions du mandant, à moins qu'il s'agisse d'une situation d'urgence nécessitant des mesures immédiates de sa part, en cas d'instructions déraisonnables, illicites, contraires aux mœurs ou violant le contrat de mandat.

5.4.5. Le devoir de rendre des comptes et de restituer

Le mandataire doit également en tout temps rendre compte de ses activités au mandant, sur demande de celui-ci. Le mandataire a ainsi l'**obligation de fournir des renseignements** véridiques et complets sur les affaires traitées, et de présenter au besoin des décomptes détaillés et pièces justificatives comptables au mandant. De la même manière, **le mandataire doit restituer au mandant**, à la fin du contrat, tout ce qui lui aura été remis en vue d'exécuter ses activités de mandataire, et ne peut en aucun cas exercer un droit de rétention dessus (p. ex. : tous les documents fournis par le mandant lui appartiennent et doivent lui être remis à la fin du mandat ; ainsi, à la fin d'une affaire ou lorsque le client veut changer de mandataire, l'avocat doit lui rendre son dossier, même si le client ne l'a pas payé ; il en va de même du médecin qui doit remettre à son patient son dossier médical).

5.5. L'inexécution des obligations du mandataire

Lorsque le **mandataire viole ses obligations**, le mandant dispose de différents moyens, éventuellement cumulatifs, selon la nature de l'obligation violée. Ainsi, le mandant peut notamment :

- refuser de payer tout ou partie de la rémunération ;
- agir en remise des comptes ;
- révoquer le mandat sans indemnisation ;
- entreprendre une action en dommages-intérêts.

Le mandataire répond ainsi du **dommage** qu'il cause au mandant intentionnellement ou par négligence, aux conditions de la responsabilité civile contractuelle (violation du contrat, préjudice, lien de causalité, et faute, celle-ci étant présumée²⁵³).

5.6. Les obligations du mandant

Dès lors que le mandat est conclu à **titre onéreux**²⁵⁴, la principale obligation du mandant consiste à verser au mandataire une rémunération (honoraires) en échange des services rendus.

Le mandataire ne peut exiger des **honoraires** qu'à la condition qu'il ait correctement effectué ses prestations : les services rendus doivent avoir été objectivement utiles au mandant.

Le **mode de rémunération** dépend de l'usage : selon un tarif-horaire et le temps consacré à l'exécution du mandat, en fixation d'un forfait convenu à l'avance, ou en fonction du résultat obtenu ou de l'intérêt en jeu.

Les honoraires sont en principe versés soit sous la forme d'avance en début de mandat (on parle alors de « provisions ») ou alors sous la forme du paiement d'acomptes en cours d'exécution.

Le mandant doit également, en plus des honoraires, rembourser le mandataire de toutes les avances et des frais qu'il a engagés pour exécuter son activité (p. ex. : les frais de déplacement en voiture ou en train, les coûts de photocopies, les émoluments payés aux autorités pour obtenir des documents officiels, etc.).

²⁵³ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 2.4.2.

²⁵⁴ Cf. *supra* ch. 5.3.

5.7. La fin du contrat

Le contrat prend fin lorsque le mandataire a rendu tous les services qui lui étaient (expressément ou implicitement) demandés.

Toutefois, le contrat de mandat présente la particularité que contrairement à la plupart des autres contrats, **chaque partie peut y mettre fin en tout temps**, sans même avoir besoin d'un motif. Cette règle est de droit impératif : on ne peut y déroger. Elle se justifie par le fait que le mandat est un contrat par essence basé sur la confiance et qu'il ne peut plus être maintenu si la confiance est rompue, quel qu'en soit le motif.

Lorsqu'une partie met fin au mandat, elle ne doit **pas indemniser l'autre partie**, sous réserve d'une **seule exception** : si la partie qui résilie le contrat n'a aucun reproche à faire à l'autre partie et que cela intervient à un moment qui place celle-ci dans une situation problématique, on parle de **résiliation en temps inopportun**. Dans ce cas, la partie qui reçoit la résiliation a droit d'être indemnisée pour les frais inévitables, mais en aucun cas ne pourra être indemnisée pour le gain manqué (cela constitue une différence importante avec la résiliation du contrat d'entreprise par le maître de l'ouvrage qui doit payer une pleine indemnité²⁵⁵).

D'autres situations peuvent également conduire à la fin du mandat : la mort d'une des parties, l'incapacité civile ainsi que la faillite du mandant.

6. Contrat de bail à loyer

Le contrat de bail à loyer est régi dans la **Partie spéciale du CO**. Certaines dispositions générales s'appliquent à tout type de bail. D'autres, en revanche, n'ont vocation à s'appliquer qu'aux baux d'habitations ou de locaux commerciaux. C'est le cas des règles sur la protection des loyers abusifs ou de la protection contre les congés.

6.1. Définition et notion

Le bail à loyer est le contrat par lequel une personne – **le bailleur** – cède l'usage d'une chose à une autre personne – **le locataire** – moyennant le paiement d'un loyer. Le contrat de bail à loyer est ainsi toujours un contrat onéreux ou bilatéral parfait²⁵⁶. Lorsque l'élément du loyer fait défaut, il ne s'agit plus d'un contrat de bail, mais d'un contrat de prêt à usage. La

²⁵⁵ Cf. *supra* ch. 4.7.1.

²⁵⁶ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 2.1.2 (a).

distinction n'est pas sans conséquence puisque le CO ne contient aucune disposition de protection contre les congés en matière de prêt à usage.

6.2. Les délimitations

En fonction de l'objet sur lequel porte le contrat de bail, **la loi distingue le bail mobilier du bail immobilier** ; dans la catégorie des baux immobiliers, certains baux intéressent particulièrement le législateur. Il s'agit des baux d'habitation et des baux commerciaux :

- **le bail mobilier.** Il porte sur une chose mobilière et peut être très varié : voitures, machines agricoles, matériel informatique, matériel sportif, etc. ;
- **le bail immobilier.** Il porte sur un objet immobilier. Comme on vient de le préciser, on distingue deux catégories de baux immobiliers :
 - **le bail d'habitation.** Il porte sur une chose immobilière dont l'usage est cédé en vue d'y habiter. C'est le cas notamment de la location d'une villa, d'un appartement de vacances ou d'une chambre d'étudiant ;
 - **le bail commercial.** Il porte sur une chose immobilière dont l'usage est avant tout destiné à l'exploitation d'une industrie en la forme commerciale. Le bail commercial ne peut porter que sur un local construit et délimité. Cela exclut notamment la location d'un terrain non construit, quand bien même ce dernier serait utilisé dans un but commercial.

La **distinction** entre ces catégories est **importante**, puisque certaines dispositions ne s'appliquent qu'à une seule d'entre elles ; par exemple, en ce qui concerne les baux d'habitation et les baux commerciaux, la loi accorde une **protection particulière au locataire en matière de loyer et de congé**²⁵⁷.

6.3. La conclusion du contrat

La conclusion du contrat de bail obéit, dans un premier temps, aux **règles générales relatives à la conclusion des contrats**²⁵⁸. On mentionnera toutefois les **spécificités suivantes**.

²⁵⁷ Cf. *infra* ch. 6.8.3.

²⁵⁸ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 2.2.

6.3.1. Les parties

Le **bailleur** est **celui qui met à disposition l'objet loué**. Il peut être une personne physique ou morale. A noter que le bailleur n'est pas nécessairement le propriétaire de la chose louée. Il en va ainsi de la sous-location, où c'est le « locataire » qui met à disposition la chose louée au « sous-locataire »²⁵⁹.

Le **locataire** est **celui qui acquiert le droit d'utiliser l'objet loué**. Il peut également s'agir d'une personne physique ou morale. Plusieurs personnes peuvent être colocataires. Elles répondent alors solidairement des obligations qui découlent du contrat.

6.3.2. La forme

En principe, le contrat de bail à loyer n'est **pas soumis au respect d'une forme légale**. Les parties peuvent ainsi conclure le contrat oralement ou par actes concluants²⁶⁰.

Toutefois, **en matière de baux d'habitations et de locaux commerciaux**, les cantons sont habilités, en cas de pénurie de logements, à rendre obligatoire le recours à une **formule officielle** agréée par le canton pour la conclusion de tout nouveau bail.

L'usage de la formule a vocation à **protéger le locataire et à l'informer de ses droits relatifs à la contestation des loyers abusifs** et de la procédure à suivre pour les contester. La formule doit contenir une **série d'informations**, notamment le loyer payé par le locataire précédent, la motivation d'une éventuelle hausse de loyer, ainsi que des informations relatives à l'objet loué et à la procédure de contestation du loyer devant l'autorité de conciliation.

A l'heure actuelle, **tous les cantons romands imposent l'usage d'une telle formule**, parfois sur l'ensemble du territoire cantonal, parfois uniquement sur le territoire de certaines communes uniquement.

L'absence de l'utilisation de la formule officielle n'a pas pour effet la nullité du contrat dans son entier. La nullité ne porte que sur la **clause fixant le montant du loyer**, qui pourra alors être fixé à la baisse par un tribunal.

²⁵⁹ Cf. *infra* ch. 6.10.

²⁶⁰ Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 2.2.2 (d).

6.3.3. Les éléments essentiels

La conclusion du contrat de bail à loyer suppose un **accord du bailleur et du locataire** sur les **éléments** (objectivement) **essentiels** du contrat. Ceux-ci sont les suivants :

- **l'usage**. Le contrat de bail à loyer porte sur l'usage d'une chose. La cession de cet usage est un élément essentiel du contrat. Les parties doivent s'accorder sur ce point. Le bail n'implique aucun transfert de propriété. En principe, le bailleur cède l'usage de la chose louée. Il n'est ainsi plus autorisé à l'utiliser pour son propre compte ;
- **la chose louée**. Le contrat de bail à loyer peut porter sur un **meuble ou un immeuble**. La chose louée n'a pas besoin d'être déterminée, mais doit au moins être déterminable. C'est le cas notamment de la location d'un véhicule auprès d'une agence de location dans laquelle les modèles de véhicules sont classés dans des catégories selon leurs caractéristiques. Le locataire manifeste son intention de louer un véhicule d'une certaine catégorie, l'identification du véhicule n'ayant lieu qu'au moment de la remise de ce dernier ;
- **la durée**. Le contrat de bail à loyer est un contrat de durée. Il peut être conclu pour une durée **déterminée ou indéterminée**. Le bail de durée déterminée prend fin automatiquement à la date ou pour la fin de la durée convenue. Le bail de durée indéterminée se poursuit jusqu'à ce qu'une partie y mette fin. Lorsque la durée du contrat n'est pas spécifiée entre les parties, celui-ci est considéré comme ayant été conclu pour une durée indéterminée. La distinction entre contrats de bail de durée déterminée et de durée indéterminée est importante en pratique, puisque certaines règles sur la protection contre les congés ne s'appliquent qu'aux contrats de durée indéterminée. A noter que le contrat de durée déterminée qui serait tacitement reconduit parce que le locataire continuerait à payer le loyer et que le bailleur ne réclamerait pas la restitution de la chose louée est considéré comme étant de durée indéterminée ;
- **le loyer**. Le contrat de bail est **toujours conclu à titre onéreux**. La rémunération du bailleur est ainsi un élément essentiel du contrat. Le loyer prend la forme généralement du paiement périodique d'une somme d'argent. Il peut être fixé de manière déterminée ou déterminable. En matière commerciale, il arrive fréquemment que le

loyer soit fonction du chiffre d'affaires. A noter que le loyer peut être modifié. On abordera la question ultérieurement²⁶¹.

6.4. Les obligations du bailleur

Le bailleur a **deux obligations principales** : délivrer la chose louée et l'entretenir durant la durée du contrat.

6.4.1. La délivrance de la chose louée

a) A la date convenue

La première obligation du bailleur est de remettre la chose louée au locataire à **la date convenue au contrat**. Si le bailleur ne s'exécute pas, il est en demeure par la seule expiration de cette date (demeure simple)²⁶². Le contrat de bail étant un contrat bilatéral parfait, le locataire dispose des possibilités offertes par l'institution de la demeure qualifiée si les conditions de cette dernière sont remplies²⁶³.

Exemple :

Un contrat de bail prévoit l'entrée du locataire dans les locaux en date du 1^{er} octobre. A cette date, le bailleur remet les clés des locaux au locataire. Cet acte représente la remise de l'usage de la chose louée au locataire. Si le bailleur ne le fait pas à cette date, il est en demeure simple.

b) Dans un état approprié

Le bailleur a l'obligation de remettre au locataire la chose louée **dans un état propre à son utilisation**. Ainsi, le local d'habitation ne doit pas faire l'objet d'une interdiction d'habiter et doit être dans un état convenable selon les qualités promises ou attendues d'après les circonstances du cas d'espèce.

Exemple :

Lors de la remise des clés, le locataire d'un logement d'habitation constate que la plupart des prises électriques ne fonctionnent pas, que les sanitaires sont bouchés et que le réfrigérateur est sale et moisi. Dans ce cas, le bailleur contrevient à son obligation de remettre le logement loué dans un état approprié. Le locataire peut demander que le bailleur remette le logement en état à ses propres frais.

²⁶¹ Cf. *supra* ch. 6.7.

²⁶² Cf. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 2.4.3 (b).

²⁶³ *Idem*, ch. 2.4.3 (c).

6.4.2. L'entretien de la chose louée

Le bailleur est tenu d'**entretenir la chose louée et de la maintenir dans un état approprié tout au long du contrat de bail**. Toutefois, cette obligation ne porte que sur des travaux qui dépassent le seuil de simples travaux de nettoyage ou de réparation, dont l'exécution incombe au locataire.

Exemple :

Un locataire, qui occupe les locaux depuis plusieurs mois, constate que le chauffage ne fonctionne plus. Il s'agit de travaux qui dépassent le seuil de simples travaux, de sorte que la réparation du chauffage incombe au bailleur. En revanche, le changement d'ampoules électriques relève de simples travaux, dont l'exécution incombe au locataire.

6.4.3. Les autres obligations du bailleur

Le bailleur est tenu à l'égard du locataire à d'autres obligations accessoires. Il s'agit essentiellement de l'**obligation de renseigner** ce dernier, notamment en procédant à un état des lieux en début et en fin de bail et en l'informant du loyer payé par le précédent locataire. Le bailleur est également tenu de **s'acquitter des taxes et autres contributions** qui grèvent la chose louée comme les primes d'assurances bâtiments, les éventuels frais de copropriété, les taxes de raccordement aux réseaux d'eau, d'électricité et de communication, etc.

6.5. La garantie contre les défauts

Lorsque le bailleur ne délivre pas la chose louée dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée ou qu'il manque à son obligation de l'entretenir, **la chose louée est affectée d'un défaut**. Si tel le cas, le locataire peut faire valoir la garantie pour les défauts.

6.5.1. La notion de défaut et de garantie

Il y a défaut lorsque la chose louée ne présente pas l'ensemble des **qualités promises** par le bailleur **ou attendues** de bonne foi par le locataire. Le défaut doit exclure, entraver ou restreindre considérablement l'usage de la chose louée.

Le défaut peut être **originel**, lorsqu'il existait déjà au moment de la livraison initiale de la chose louée, ou **survenir ultérieurement**. La différence est essentielle puisqu'elle affecte directement l'étendue de la garantie du bailleur.

Le défaut peut être **mineur** (la loi parle de « menus » défauts), **moyen ou grave** selon son degré d'importance. L'importance du défaut détermine directement l'étendue des droits du locataire.

On notera que **tous les défauts existants lors de l'entrée dans les lieux doivent être réparés par le bailleur à ses frais**, même s'ils sont mineurs. Cela fait partie de son obligation de livrer un objet dans un état approprié.

En revanche, **en cours de bail, les défauts mineurs n'ouvrent pas les droits à la garantie pour les défauts**, dans la mesure où il appartient au locataire de les faire réparer à ses frais. Ces derniers font en effet partie des travaux de nettoyage et d'entretien à la charge du locataire.

6.5.2. L'avis des défauts

Lorsque le locataire constate un défaut qu'il n'a pas à réparer lui-même, **il doit en aviser le bailleur**. Contrairement au contrat de vente²⁶⁴, le défaut d'information au bailleur ne prive pas le locataire de son droit à la garantie. En revanche, le locataire qui avise tardivement le bailleur est tenu de réparer le préjudice subi par le bailleur selon les règles de la responsabilité contractuelle.

6.5.3. Les remèdes

Lorsque la chose louée est affectée d'un défaut, **le locataire peut exiger simultanément** la remise en l'état de la chose louée, une réduction du loyer, des dommages-intérêts ainsi que la prise en charge des frais de procès contre un tiers.

a) La remise en l'état

Il s'agit du **droit d'exiger que le bailleur entreprenne les travaux nécessaires à la réparation des défauts graves ou moyens**. Si le bailleur ne s'exécute pas, le locataire peut faire exécuter les travaux par un tiers, aux frais du bailleur. Lorsque les défauts sont graves, le locataire peut encore résilier le contrat avec effet immédiat.

b) La réduction du loyer

Il s'agit du **droit d'exiger du bailleur qu'il baisse le loyer de la chose louée** tant que des défauts graves ou de moyenne importance subsistent. La

²⁶⁴ Cf. *supra* ch. 2.8.2. (a).

réduction de loyer se calcule d'après la différence entre la valeur de la chose louée sans et avec le défaut.

c) **Le paiement de dommages-intérêts**

Il s'agit du **droit d'obtenir la réparation du préjudice subi** selon les règles ordinaires sur la responsabilité contractuelle, plus sévères que celles de la garantie. Si la faute du bailleur est présumée, le locataire doit prouver l'existence du défaut et de son préjudice, ainsi que le lien de causalité entre le défaut et le préjudice subi. En outre, le bailleur est en droit de démontrer qu'il n'a pas commis de fautes auquel cas il ne doit pas réparer ce préjudice supplémentaire. Ainsi, des dommages-intérêts sont dus si, par exemple, le défaut cause un dommage aux meubles ou affaires du locataire.

d) **La prise en charge des frais de procès contre un tiers**

Il s'agit du **droit d'obtenir la prise en charge d'un procès intenté par un tiers**, contre le locataire au cours duquel le tiers fait valoir un droit sur la chose louée incompatible avec les droits du locataire. C'est le cas lorsque le tiers prétend avoir un droit de propriété sur la chose louée.

6.5.4. **La consignation du loyer**

Lorsque la chose louée est affectée d'un défaut et que le bailleur refuse au locataire ses droits à la garantie, **le locataire peut consigner les loyers futurs** auprès d'un office de consignation. Ce mécanisme permet au locataire d'exercer **une pression sur le bailleur**, afin d'obtenir la remise en l'état de la chose louée ainsi que le respect des autres droits conférés par la garantie pour les défauts. Lorsque le locataire consigne les loyers, ceux-ci sont **considérés comme valablement payés** et le bailleur ne peut pas résilier le contrat pour demeure du locataire. Les loyers consignés sont toutefois libérés lorsque le locataire n'intente pas une action judiciaire en vue d'exercer ses droits à la garantie dans un certain délai.

Exemple :

Quelques mois après l'entrée du locataire dans les locaux, ce dernier constate que le chauffage ne fonctionne plus. Il demande au bailleur d'effectuer les travaux nécessaires. Celui-ci refuse catégoriquement. Le fait que le chauffage ne fonctionne plus est un défaut que le locataire ne doit pas réparer lui-même. Le locataire peut donc exercer les droits de la garantie. En particulier, il peut exiger que le bailleur répare le chauffage. Au besoin, il pourra faire réparer le chauffage par un tiers aux frais et risques du bailleur. Le locataire peut également demander une baisse du loyer tant que les travaux de réparation n'ont pas été réalisés. Il pourra aussi prétendre à des dommages-intérêts. Ceux-ci pourront, par exemple, constituer en

l'achat de radiateurs électriques ou les frais supplémentaires d'électricité pour leur fonctionnement. Enfin, le locataire pourra également faire consigner son loyer afin de forcer le bailleur à remettre en état les locaux. A noter que, dans la mesure où le locataire peut remplacer le chauffage central par des chauffages électriques, il ne s'agit pas d'un défaut grave qui autorise le locataire à résilier le bail avec effet immédiat.

6.6. Les obligations du locataire

Le locataire a principalement l'obligation de **payer le loyer et les frais accessoires et d'user de la chose avec diligence**. Il a également l'obligation de verser des sûretés, de procéder aux travaux d'entretien mineurs, de se comporter de manière diligente et avec égard envers les voisins, d'aviser le bailleur en cas de défaut ainsi que de tolérer certaines réparations et inspections de la chose louée par le bailleur.

6.6.1. Le paiement du loyer et des frais accessoires

Le locataire doit au bailleur la rémunération convenue en échange de la cession de l'usage de la chose louée. **Le montant du loyer est généralement déterminé dans le contrat**. Il suffit toutefois qu'il soit déterminable et il peut être modifié en cours de contrat. Le locataire doit également payer au bailleur les charges ou frais accessoires.

De manière générale, les parties sont libres de convenir du montant du loyer et des frais accessoires. Toutefois, lorsque le contrat de bail porte sur un logement d'habitation ou un local commercial, le locataire bénéficie de la **protection contre les loyers abusifs**. Cette protection permet au locataire d'obtenir une réduction du loyer initial ou de contester une augmentation de loyer ou de charges signifiée par le bailleur. Le principe est que le bailleur ne doit pas obtenir un rendement abusif de la chose louée.

Selon la loi, le locataire doit payer le loyer **à la fin de chaque mois**. Toutefois, généralement, les parties dérogent à la règle et prévoient que le paiement du loyer et des charges se fera par mois, et d'avance. Dans un tel cas, le locataire doit payer son loyer au plus tard le dernier jour du mois précédent.

Lorsque **le locataire est en retard**, le bailleur doit lui fixer un délai supplémentaire pour s'exécuter. A défaut, il pourra résilier le bail de manière anticipée.

6.6.2. Le versement de sûretés

Le bailleur peut demander au locataire le versement de sûretés, aussi appelées **garantie de loyer ou caution**. Les sûretés servent à garantir au bailleur l'exécution par le locataire de ses autres obligations. Les sûretés doivent être déposées auprès d'une banque, sur un compte au nom du locataire. Ce dernier ne peut toutefois en obtenir la libération sans l'accord du bailleur. En matière de baux d'habitations, le montant des sûretés ne peut dépasser **trois mois de loyer**.

A noter que, en matière de baux commerciaux, **le bailleur dispose d'un droit de rétention** sur les meubles qui se trouvent dans les locaux loués et qui servent à l'aménagement ou à l'usage de celui-ci. Ce droit de rétention vaut pour toutes les créances de loyer pour l'année écoulée et le semestre courant.

6.6.3. L'usage de la chose avec soin

Le locataire a l'**obligation d'user de la chose louée avec soin**. Cette obligation consiste essentiellement dans le respect de l'usage prévu, l'entretien de la chose louée et le devoir de diligence et d'égard envers les voisins.

a) Le respect de l'usage prévu

Le locataire **doit respecter l'usage pour lequel la chose a été louée**. Ainsi, s'il s'agit d'un bail d'habitation, le locataire ne peut y exercer une activité commerciale. S'il souhaite exercer une activité commerciale dans les locaux, le locataire devra demander l'autorisation du bailleur.

b) L'entretien de la chose louée

L'obligation d'entretien du locataire se limite aux menus travaux de nettoyage et de réparation. Elle ne concerne donc que **les défauts mineurs** survenus en cours de bail. Les défauts mineurs (dits « menus ») qui existaient déjà lors de la remise de la chose louée sont toutefois à la charge du bailleur.

En principe, on estime que le **montant des travaux mineurs** ne peut excéder CHF 150.-. Il s'agit là d'une simple indication. Toutefois, cette limite passée, les travaux devraient être pris en charge par le bailleur.

c) La diligence et l'égard envers les voisins

Lorsque le bail porte sur un logement d'habitation, le locataire doit se comporter de manière diligente envers ses voisins et leur doit des égards. Il s'agit notamment de **respecter leur vie privée et leur tranquillité**, mais

également de s'abstenir de leur causer des nuisances excessives. Pour ce faire, le bailleur établit généralement un règlement d'usage locatif qui fait partie intégrante du contrat. Il peut s'agir de règles quant à l'usage des installations de buanderies, de restriction quant à la possession d'animaux domestiques ou d'interdiction de fumer dans les espaces communs.

Lorsque le locataire ne respecte pas ses obligations de diligence et d'égards, **le bailleur peut résilier le contrat de manière anticipée**, lorsque la poursuite du bail est devenue insupportable pour le bailleur ou pour les autres habitants de l'immeuble.

6.6.4. Le devoir d'avis

Le locataire a l'obligation d'aviser le bailleur des **défauts graves et moyens**.

Le locataire a également l'obligation d'aviser et d'obtenir le consentement du bailleur à une éventuelle **sous-location** ; le bailleur ne pouvant refuser que s'il dispose de justes motifs.

6.6.5. L'obligation de tolérer certaines réparations et inspections

Le locataire doit tolérer que le bailleur effectue ou fasse exécuter certains **travaux de réparation ou de rénovation** de la chose louée, à condition toutefois que l'usage de cette dernière ne se trouve pas entravé ou restreint de manière substantielle par les travaux.

Le locataire est également tenu de **tolérer certaines visites du bailleur**, par exemple en vue de travaux futurs, ou de futurs locataires lorsque la résiliation du contrat a été donnée.

6.7. L'adaptation du loyer

En matière de **baux d'habitation et de baux commerciaux**, le loyer peut être adapté après la signature du contrat dans plusieurs cas.

6.7.1. L'augmentation du loyer

Le bailleur peut, en tout temps, augmenter le loyer pour le prochain terme de résiliation. L'augmentation de loyer doit être dûment motivée. Elle doit parvenir au locataire avant le début du délai de résiliation et être effectuée au moyen d'une formule officielle agréée par les cantons.

Lorsque **l'augmentation n'est pas justifiée ou n'a pas été notifiée** au moyen de la formule officielle, l'augmentation est **nulle**.

Si le locataire considère que l'augmentation n'est pas justifiée, il peut la contester devant **l'autorité de conciliation** dans les trente jours.

6.7.2. La diminution du loyer

Au début du contrat, le locataire peut **contester le loyer initial** si ce dernier est abusif. Le locataire doit saisir l'autorité de conciliation dans les trente jours dès la réception de la chose louée si le locataire a été contraint de conclure le bail par nécessité ou en raison de la situation du marché du logement ou si le bailleur a sensiblement augmenté le loyer initial par rapport au loyer payé par le précédent locataire.

En cours de bail, **le locataire peut demander la diminution du loyer** pour le prochain terme de résiliation, si le loyer procure au bailleur un rendement excessif. Le locataire doit adresser sa demande par écrit au bailleur qui dispose d'un délai de trente jours pour accepter ou refuser la demande. En cas de refus ou en l'absence de réponse, le locataire doit saisir l'autorité de conciliation dans un délai de trente jours.

6.8. La fin du contrat

Le contrat de bail peut être **résilié de manière ordinaire ou extraordinaire**. Le locataire dispose également d'outils pour annuler la résiliation ou en atténuer les effets.

6.8.1. La résiliation ordinaire du contrat

a) Le contrat de durée déterminée

Le contrat à durée déterminée prend fin **automatiquement** à l'expiration de la durée convenue respectivement à la date convenue.

b) Le contrat à durée indéterminée

Quant aux termes et délais, le contrat à durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties moyennant le respect des **termes et délais** convenus par les parties, fixés par la loi ou déterminés selon l'usage local. Ces termes et délais varient selon la nature du contrat :

- **pour les baux mobiliers**, le délai de résiliation minimum est de trois jours, sans qu'il soit nécessaire de respecter un terme particulier ;
- **pour les baux d'habitations**, le délai de résiliation minimum est de trois mois. Les termes possibles dépendent des usages cantonaux (31 mars, 30 juin, 30 septembre et 31 décembre à Neuchâtel et

Fribourg ; 1^{er} avril, 1^{er} juillet et 1^{er} octobre dans le canton de Vaud ; à la fin d'un trimestre de bail à Genève, au Jura et en Valais) ;

- **pour les baux commerciaux**, le délai de résiliation minimum est de six mois, aux mêmes termes.

A noter que la liberté contractuelle des parties prime et qu'elles peuvent valablement convenir de **délais de résiliation plus longs** (mais pas plus courts) ou **d'autres termes** de résiliation (y compris moins).

La résiliation donnée pour un terme erroné ou qui n'a pas respecté le délai de résiliation applicable **n'est pas nulle**. Ses **effets** sont **reportés** au prochain terme.

Quant à la forme, la résiliation d'un bail d'habitation ou d'un local commercial doit être donnée **par écrit**. Lorsqu'elle émane du bailleur dans les cantons ayant imposé l'utilisation de la **formule officielle**, elle doit intervenir sur cette formule pour être valable.

La **validité formelle** de la résiliation du bailleur **n'est pas liée à l'indication des motifs** de la résiliation. Celle-ci est dès lors valable même en l'absence de motivation. Le bailleur doit toutefois fournir ses motifs à la demande du locataire.

Lorsque le bail porte sur un **logement conjugal ou familial** (mariage ou partenariat enregistré), la résiliation doit être signée par les deux conjoints lorsque la résiliation émane du locataire et elle doit être communiquée aux deux conjoints sous pli séparé lorsque la résiliation émane du bailleur.

La résiliation qui ne respecte pas ces critères formels est **nulle**.

Le locataire qui désire s'opposer à une résiliation formellement valable dispose, en matière de baux d'habitation et de baux commerciaux de droits particuliers traités ultérieurement²⁶⁵.

Exemple :

Deux personnes concluent un contrat portant sur la location d'un logement d'habitation à Genève. Le contrat est conclu pour une durée indéterminée depuis le 1^{er} novembre. Le délai de résiliation convenu est de quatre mois. Toutefois, aucun terme de résiliation n'est prévu. Dans ce cas, les usages locaux dans le canton de Genève déterminent les termes de résiliation du bail. Le congé doit être donné, en respectant le délai convenu, pour la fin d'un trimestre de bail. Le bail ayant commencé le 1^{er} novembre, les trimestres de bail se terminent le 31 janvier, le 30 avril, le 31 juillet et le 31 octobre. Le délai de résiliation étant de 4 mois, le

²⁶⁵ Cf. *infra* ch. 6.8.3.

premier congé possible devra donc être donné au plus tard le 31 décembre, pour le 30 avril de l'année suivante.

6.8.2. La résiliation extraordinaire du contrat

Le bail peut être résilié **de manière extraordinaire** dans plusieurs cas : lorsque le locataire se trouve en demeure du paiement du loyer et des frais accessoires, lorsqu'il viole gravement d'autres obligations contractuelles, lorsque le bailleur aliène la chose louée, lorsque le locataire est en faillite ou s'il décède, lorsque le locataire présente un repreneur solvable, ainsi que pour quelques autres motifs rares.

a) La demeure du locataire

Lorsque le locataire est en demeure du paiement du loyer et/ou des frais accessoires, **le bailleur peut résilier le contrat de bail après avoir fixé un avertissement écrit au locataire**. Si le locataire ne s'exécute pas, le bailleur peut résilier le contrat de bail de manière anticipée. Dans le cadre des locaux d'habitations, le délai de résiliation est de trente jours pour la fin d'un mois. La résiliation ne peut intervenir qu'après l'expiration du délai comminatoire fixé par le bailleur dans son avertissement.

b) La violation grave d'autres obligations

Lorsque le locataire **viole gravement ses obligations** et que la continuation du bail n'est plus tolérable, le bailleur peut résilier le contrat de manière anticipée. C'est le cas par exemple du locataire qui viole son obligation de diligence et d'égards envers ses voisins ou du locataire qui omet d'informer le bailleur d'un grave défaut à la chose louée. Le délai de résiliation est de trente jours pour la fin d'un mois. La résiliation ne peut intervenir qu'après avoir rappelé au locataire son obligation de diligence en lui fixant un délai comminatoire pour s'y conformer.

c) L'aliénation de la chose louée

En principe, l'aliénation par le propriétaire de la chose louée ne met pas fin au contrat de bail. Ce dernier passe au nouveau propriétaire. Le nouveau propriétaire dispose toutefois de la faculté de résilier le bail de manière anticipée lorsqu'il fait valoir un besoin urgent pour lui-même ou ses proches. Une fois propriétaire, le nouveau bailleur peut résilier en respectant le délai légal pour le plus prochain terme légal, quels que soient les termes du contrat.

d) La faillite ou le décès du locataire

Lorsque le locataire est en faillite et que lui-même ou l'administration de la faillite ne fournissent pas de sûretés pour les loyers futurs, le bailleur peut résilier le bail de manière anticipée. **En cas de décès du locataire, ses héritiers disposent d'un droit de résilier le bail de manière anticipée.** Les héritiers peuvent résilier le contrat en respectant le délai légal pour le plus prochain terme légal, quels que soient les termes du contrat.

e) La présentation d'un repreneur solvable

Le locataire peut résilier le bail de manière anticipée, **s'il présente au bailleur un nouveau locataire solvable** qui accepte de reprendre le bail aux mêmes conditions et qui ne puisse pas être refusé par le bailleur. Selon la loi, la présentation d'un seul candidat répondant à ces conditions suffit pour libérer le locataire de ses obligations. Le bailleur n'est toutefois pas obligé d'accepter le nouveau locataire ; il peut conclure un nouveau contrat avec le candidat présenté ou avec une autre personne.

f) D'autres justes motifs

Le bailleur et le locataire peuvent enfin résilier le bail de manière anticipée en présence d'autres justes motifs qui rendent **la continuation du bail insupportable**. Il s'agit toutefois d'une situation exceptionnelle.

6.8.3. La protection contre les congés

En matière de baux d'habitation et de locaux commerciaux, le locataire bénéficie d'une protection accrue contre les congés. Cette protection comprend la possibilité de faire annuler la résiliation et celle de faire prolonger le bail.

- **L'annulation du congé abusif.** Lorsque le congé est abusif, le locataire peut en demander l'annulation. Un congé est abusif lorsqu'il est donné par le bailleur de manière contraire à la bonne foi. C'est le cas notamment des congés représailles, des congés menace, des congés vente ou des congés donnés en raison de changement dans la situation familiale du locataire. Le congé est également annulable lorsqu'il est donné alors qu'une procédure judiciaire entre le bailleur et le locataire est en cours ou dans les trois ans qui suivent une procédure dans laquelle le locataire a, au moins partiellement, obtenu gain de cause.
- **La prolongation du bail.** Lorsque le congé ne peut pas être annulé, le locataire peut prétendre à une prolongation temporaire du bail. Cette

prolongation doit permettre d'atténuer les conséquences de la résiliation du bail et vise à octroyer au locataire le temps suffisant pour retrouver un nouveau logement. La prolongation peut être octroyée une ou deux fois, suivant les circonstances. Cumulée, sa durée ne peut toutefois dépasser quatre ans pour les logements d'habitations et six ans pour les locaux commerciaux.

6.9. Les conséquences de la fin du contrat

6.9.1. La restitution de la chose louée

A la fin du contrat, le locataire doit restituer la chose dans un état conforme à l'usage normal de cette dernière. Cela signifie que le locataire n'est pas tenu de réparer la chose louée lorsque la dégradation résulte de l'usage normal. En revanche, le locataire doit réparer les dégâts qui dépassent l'usage normal et pour lesquels il est tenu à réparation selon ses propres obligations contractuelles. S'il ne le fait pas, le locataire engage sa responsabilité contractuelle et devra indemniser le bailleur, généralement en puisant dans les sûretés qui ne seront pas entièrement libérées.

6.9.2. La libération des sûretés

Lorsque le locataire a restitué la chose louée conformément à ses obligations, le bailleur est tenu de libérer les sûretés en faveur du locataire.

6.10. La sous-location

La sous-location est avant tout **un contrat de bail**. Elle obéit aux mêmes règles que ce dernier quant à sa conclusion, ses effets ou sa fin.

6.10.1. Notion

La sous-location est **le contrat par lequel le locataire cède l'usage de la chose louée** (que le locataire a reçu du bailleur) **à une tierce personne** (le sous-locataire). La sous-location peut porter sur l'ensemble de la chose louée ou sur une partie seulement (p. ex. la sous-location d'une chambre dans un appartement).

6.10.2. L'accord du bailleur

La sous-location nécessite **l'accord du bailleur**. L'absence d'accord n'est toutefois pas une condition de validité du contrat de sous-location. En revanche, la nécessité de requérir l'accord du bailleur fait partie des

obligations du locataire qui s'expose à la résiliation extraordinaire du contrat de bail principal.

Le bailleur ne peut refuser son accord que s'il existe de **justes motifs**. Le refus du locataire de communiquer les conditions de la sous-location (p. ex. l'identité du sous-locataire, le montant du sous-loyer ou la durée du sous-bail) constitue un juste motif de refus de l'accord du bailleur. Il en va de même de la création d'inconvénients majeurs pour le bailleur (p.ex. lorsque le sous-locataire envisage de céder l'usage du logement).

6.10.3. L'indépendance par rapport au bail principal

En principe, le contrat de sous-location est **indépendant du contrat de bail principal**. Ainsi, la résiliation du contrat de bail principal n'implique pas nécessaire la résiliation du contrat de sous-location. Le cas échéant, la prestation du locataire (accorder l'usage de la chose sous-louée) devient impossible et le locataire s'expose aux conséquences générales de l'inexécution des obligations.

Bibliographie

- BOHNET FRANÇOIS, MONTINI MARINO, Droit du bail à loyer – Commentaire pratique, Bâle 2010
- LACHAT DAVID, Le bail à loyer, Lausanne 2008
- MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Berne 2012, n° 610-1100
- TERCIER PIERRE, BIERI LAURENT, CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Genève et al. 2016, par. 29-33

Chapitre IX

Poursuite pour dettes et faillites

1. Introduction

Le **droit de la poursuite pour dettes et faillite** ou plus généralement le **droit de l'exécution forcée** permet à un créancier de poursuivre son débiteur en vue d'obtenir le remboursement d'une somme d'argent. Les règles y relatives se trouvent principalement dans la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (LP).

On entend par « **débiteur** » la personne qui a le devoir d'accomplir une prestation dans le cadre d'une obligation. Par exemple, celui qui achète un objet (l'acheteur) est débiteur du paiement du prix à l'égard du vendeur. Toute personne physique ou morale peut être débiteur au sens de la LP. Par opposition au débiteur, le « **créancier** » est celui qui peut exiger l'accomplissement de la prestation. Ainsi, la personne qui vend un objet (le vendeur) est créancière du paiement du prix à l'encontre de l'acheteur. Toute personne physique ou morale peut être créancier au sens de la loi sur la poursuite pour dettes et faillite. Il en va de même pour l'Etat contre un débiteur pour une prestation de droit public telle que les impôts ou les amendes²⁶⁶.

Dans le système suisse, les débiteurs sont classés en deux catégories : les particuliers et les commerçants. **Les particuliers** sont des personnes physiques non inscrites au Registre du commerce. Ils sont poursuivis par voie de saisie, ce qui signifie que leurs biens sont vendus pour permettre le remboursement de la dette²⁶⁷. **Les commerçants** sont des personnes physiques ou morales inscrites au Registre du commerce. Ils sont soumis à la poursuite pour faillite, ce qui veut dire que leur entreprise est liquidée s'ils n'ont pas honoré leurs dettes²⁶⁸.

Pour aller plus loin :

Le Registre du commerce sert à la constitution et à l'identification des entités juridiques telles que les entreprises ou les sociétés au sens du Code des obligations (CO). Il a pour but d'enregistrer et de publier les faits juridiquement pertinents et de garantir la sécurité du droit ainsi que la protection de tiers.

²⁶⁶ Cf. ég. chapitre VII « Droit des obligations – Partie générale », ch. 1.2.3.

²⁶⁷ Cf. *infra* ch. 4.2.

²⁶⁸ Cf. *infra* ch. 4.3.

2. Organisation

L'organisation du droit de l'exécution forcée incombe aux cantons (art. 1 ss LP). Généralement, chaque canton divise son territoire en plusieurs **arrondissements de poursuites et/ou faillite**. Chaque arrondissement est pourvu d'un **office des poursuites**, dirigé par le préposé aux poursuites et d'un **office des faillites**, dirigé par le préposé aux faillites.

Exemple :

Le canton de Neuchâtel comprend un seul arrondissement des poursuites et un seul arrondissement des faillites. Il est donc doté d'un office des poursuites et d'un office des faillites. En revanche, dans le canton du Jura, chacun des trois districts forme un arrondissement de poursuites et faillites et chaque arrondissement est pourvu d'un office des poursuites et faillites.

Les **offices des poursuites** se chargent en particulier de la **procédure préalable**²⁶⁹. Les **offices des faillites** n'interviennent que lorsqu'un jugement de faillite a été prononcé. Ils **se chargent alors de l'exécution générale**.

Les offices des poursuites et faillites tiennent des **registres** et délivrent des extraits ou des attestations d'absence de poursuite utiles à certaines démarches de la vie quotidienne comme p. ex. la location d'un appartement ou une demande de crédit auprès d'une banque. Une personne qui souhaite consulter un registre doit faire valoir un intérêt particulier, comme le fait que le tiers concerné lui doit de l'argent ou qu'elle souhaite conclure un contrat avec lui.

3. Les modes de poursuite

Les modes de poursuite varient en fonction du type de débiteur (particulier ou commerçant) ainsi que du type de dette (art. 38 ss LP).

Les **principaux modes** de poursuite sont la saisie et la faillite.

La saisie concerne en principe les particuliers qui ne sont pas inscrits au Registre du commerce et qui ne veulent ou ne sont pas en mesure de payer une dette. Elle permet au créancier de récupérer tout ou une partie du montant qui lui est dû.

La faillite concerne les personnes (physiques ou morales) inscrites au Registre du commerce. La faillite entraîne nécessairement la liquidation de tous les biens saisissables du débiteur.

²⁶⁹ Cf. *infra* ch. 4.1.

Pour aller plus loin :

La faillite peut également concerner des particuliers qui en font la demande auprès d'un juge. C'est le cas particulier de la faillite personnelle²⁷⁰.

Hormis ces modes principaux, il existe des **modes de poursuite particuliers**, à savoir la poursuite en réalisation de gage et la poursuite pour effets de change.

La poursuite par voie de réalisation de gage est utilisée lorsqu'une créance est garantie par un gage qui sera vendu pour rembourser la dette.

Pour aller plus loin :

Un droit de gage permet à son titulaire (un créancier) d'utiliser un bien comme garantie d'une créance. Si la prestation due n'est pas exécutée par le débiteur propriétaire du bien mis en gage, le titulaire du droit de gage peut faire vendre l'objet et récupérer en priorité la somme ainsi obtenue. P. ex., une personne (créancier) peut prêter à une autre (débiteur) une somme d'argent à condition que cette dernière lui remette en gage un objet de valeur, tel qu'une montre ou un bijou. De cette manière, si le débiteur ne rembourse pas le montant emprunté dans le délai fixé, le créancier peut demander la vente de l'objet de valeur et obtenir en priorité le remboursement de la somme empruntée²⁷¹.

La poursuite pour effets de change est quant à elle utilisée contre un débiteur inscrit au Registre du commerce pour une dette liée à un papier valeur, tel un chèque. Il s'agit d'une procédure plus rapide que la procédure ordinaire.

La poursuite par voie de saisie et la poursuite en réalisation de gage sont des procédures dites « **d'exécution spéciale** », car elles opposent un créancier à un débiteur et ont pour but de désintéresser ce créancier. En revanche, la procédure de faillite est une procédure dite « **d'exécution générale** », car elle oppose un débiteur à l'ensemble de ses créanciers dans le but de les désintéresser tous.

Généralement, c'est l'office compétent qui décide du mode de poursuite applicable dans un cas concret.

4. La procédure

La procédure d'exécution forcée se déroule en deux étapes : dans le cadre d'une procédure préalable, le créancier peut faire valoir ses prétentions et le

²⁷⁰ Cf. ch. 4.3.7. ci-dessous.

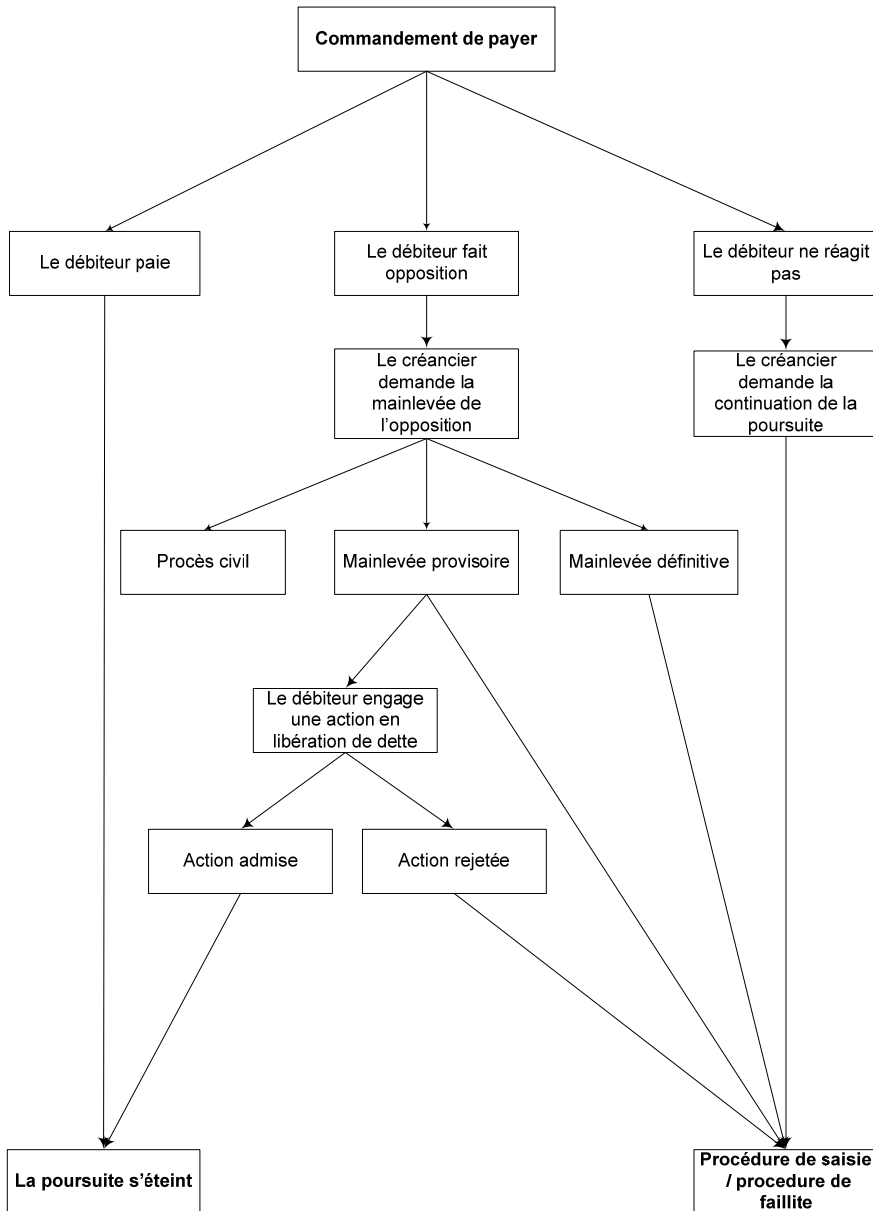
²⁷¹ Cf. ég. chapitre VI « Droits réels », ch. 3.2.3.

débiteur peut soit rembourser sa dette, soit contester le bien-fondé de la créance. Cette première phase s'achève par l'extinction (l'abandon) de la poursuite ou par une réquisition de continuer la poursuite. Si tel est le cas, l'office compétent détermine le mode de poursuite applicable.

4.1. La procédure préalable

4.1.1. Notion

La procédure préalable a pour buts de permettre au créancier d'annoncer formellement son intention de poursuivre le débiteur en ayant recours à la contrainte étatique et de donner la possibilité au débiteur de faire examiner judiciairement le bien-fondé des prétentions du créancier. Elle se déroule en plusieurs étapes, à savoir : la réquisition de poursuite, le commandement de payer, l'opposition, la levée de l'opposition (mainlevée ou jugement) et la réquisition de continuer la poursuite (cf. schéma ci-après).



La procédure préalable est ouverte uniquement à la demande de l'une des parties, principalement du créancier. L'Etat ne peut pas agir d'office.

4.1.2. La réquisition de poursuite

La procédure préalable démarre par une **réquisition de poursuite** (art. 67 LP) adressée par le créancier (le poursuivant) à l'office des poursuites compétent. Pour les personnes physiques, le for de la poursuite est au domicile du débiteur (art. 46 LP). Toute personne physique ou morale peut entamer une poursuite contre toute autre personne, sans même avoir besoin de prouver l'existence d'une dette. L'office des poursuites n'a pas le pouvoir d'examiner le bien-fondé de la créance alléguée par le poursuivant.

Le créancier doit effectuer une avance de frais pour l'enregistrement d'une réquisition de poursuite et l'établissement et la notification du commandement de payer. Les frais dépendent du montant de la créance et varient entre CHF 20.30 pour des créances jusqu'à CHF 100.- et CHF 413.30 pour des créances supérieures à CHF 1'000'000.-.

Pour aller plus loin :

Toute dette est soumise à un délai de prescription. Passé ce délai, le créancier ne peut plus l'exiger son exécution. P. ex., le délai de prescription pour les loyers est de 5 ans. Cela signifie que si un locataire ne paie pas son loyer en septembre 2015, le propriétaire a jusqu'à septembre 2020 pour entamer une procédure de poursuite.

Il existe des formulaires accessibles en ligne pour les réquisitions de poursuites (cf. aussi l'exemple ci-après).

Poursuite no
Parvenue le

Réquisition de poursuite

A l'office des poursuites

Canton

Débiteur (nom, prénom, adresse exacte)

Conjoint (nom, prénom, adresse exacte, régime matrimonial)¹⁾

Créancier (nom, prénom et adresse exacte)

Compte de chèques postal ou bancaire

Représentant du créancier (nom, prénom et adresse exacte)

compte de chèques postal ou bancaire

Montant de la créance: fr. avec intérêt à % du

Titre et date de la créance ou, à défaut de titre, cause de l'obligation

Banque désignée pour recevoir les paiements préalables selon l'art. 227b CO

Autres observations

Montant de l'avance de frais faite par le créancier: fr.

Avance faite (biffer ce qui ne convient pas)

- en espèces

- par un versement au compte de chèques postal ou bancaire de l'office des poursuites

- par la facture

Lieu et date

Signature du créancier ou de son représentant

¹⁾ Ne remplir que dans le cas du ch. 3 des explications

Explications

1. Lorsque la poursuite est dirigée contre des codébiteurs, le créancier doit remplir autant de réquisitions de poursuite différentes qu'il y a de débiteurs.
2. Si la poursuite est dirigée contre une succession, le créancier doit en indiquer le représentant ou, si ce dernier est inconnu, l'héritier auquel les actes de poursuite doivent être notifiés.
3. Si le débiteur marié est soumis au régime matrimonial de la communauté de biens (art. 221 ss CC), il faut aussi indiquer dans la réquisition de poursuite les nom, prénom et adresse exacte de son conjoint. Tous les actes de poursuite doivent dans ce cas être notifiés au conjoint du débiteur, qui peut aussi former opposition au commandement de payer. (Art. 68a LP). Si, dans une poursuite introduite contre une femme mariée vivant sous le régime de l'union des biens ou de la communauté externe de biens selon les dispositions du Code civil dans sa teneur de 1907 (art. 9e et 10 Titre final CC), le créancier prétend que la poursuite se continue non seulement sur les biens réservés, mais aussi sur les apports de la femme, respectivement sur les biens de la communauté, il doit indiquer, dans la réquisition de poursuite, le régime matrimonial et exiger de manière expresse que le commandement de payer et les actes de poursuite subséquents soient aussi notifiés au mari (en indiquant ses nom, prénom et adresse). Celui-ci peut former opposition au commandement de payer. Si le créancier ne sait ni ne doit savoir que les époux demeurent soumis à un régime matrimonial de l'ancien droit, il lui suffit de requérir la poursuite contre l'épouse (art. 9e al. 2 et 10a al. 1 Titre final CC).
4. Lorsque la poursuite est requise par une succession, il y a lieu d'indiquer dans la réquisition les noms de tous les héritiers.
5. Lorsque la créance est garantie par gage, mentionner sous "Autres observations" l'objet du gage, le lieu où il se trouve et, le cas échéant, le nom et l'adresse du tiers propriétaire du gage. Lorsque l'objet du gage est un immeuble, il y a lieu d'indiquer s'il s'agit de logement familial au débiteur ou au tiers. S'il s'agit d'un immeuble loué ou affermé, l'extension du gage aux loyers et fermages doit faire l'objet d'une déclaration expresse de la part du créancier gagiste poursuivant.
6. Si la poursuite est précédée d'un séquestre, indiquer le numéro d'ordre et la date du procès-verbal de séquestre.
7. Le créancier, bailleur de locaux commerciaux, qui n'a pas encore requis une prise d'inventaire pour la sauvegarde de son droit de rétention, doit le faire au moment de la réquisition de poursuite.
8. Le créancier qui requiert la poursuite pour effets de change doit l'indiquer expressément et joindre à sa réquisition l'effet de change ou le chèque.

Frais de poursuite

1. Le créancier fait l'avance des frais de poursuite, mais il a le droit de les prélever sur les premiers versements du débiteur. L'office peut différer toute opération dont les frais n'ont pas été avancés, à la condition d'en aviser le créancier, en lui fixant un délai convenable pour effectuer l'avance réclamée. Si le créancier ne s'exécute pas dans le délai, il est réputé avoir renoncé à l'opération requise.
2. Dans la poursuite en réalisation d'un gage immobilier, le créancier doit, s'il exige que le gage comprenne les loyers et fermages (art. 806 CC), verser à l'office — outre les frais du commandement de payer — une avance des frais en vue des mesures légales prévues pour assurer l'encaissement de loyers et fermages. Cette avance doit être effectuée même dans le cas où, lors de l'introduction de la poursuite en réalisation de gage, l'immeuble fait déjà l'objet d'une saisie (art. 91 ORF).

For de la poursuite (art. 46 - 52 LP):

1. Poursuite par voie de saisie ou de faillite: Le for de la poursuite se trouve:
 - a) pour les personnes capables d'agir: à leur domicile;
 - b) pour les mineurs: au domicile du détenteur de l'autorité parentale;
 - c) pour les personnes sous tutelle: au siège de l'autorité tutélaire;
 - d) pour les personnes morales et sociétés inscrites au registre du commerce: au siège social indiqué en dernier lieu par les publications de la "Feuille officielle suisse du Commerce";
 - e) pour les personnes morales non inscrites: au siège principal de leur administration;
 - f) pour les indivis: à défaut de représentant, au lieu où ils exploitent l'indivision en commun;
 - g) pour la communauté des propriétaires par étages: au lieu de situation de l'immeuble;
 - h) pour le débiteur qui n'a pas de domicile fixe: au lieu où le débiteur se trouve;
 - i) pour les successions: au lieu où le défunt pouvait lui-même être poursuivi à l'époque de son décès;
 - k) pour le débiteur domicilié à l'étranger, qui possède un établissement en Suisse: au siège de l'établissement;
 - l) pour le débiteur domicilié à l'étranger, qui a élu domicile en Suisse pour l'exécution d'une obligation: au domicile élu.
2. Poursuite en réalisation d'un gage mobilier: la poursuite s'opère au for selon ch. 1 ou au lieu où se trouve le gage.
3. Poursuite en réalisation d'un gage immobilier: la poursuite s'opère au lieu de situation de l'immeuble.
4. Poursuite après séquestre: la poursuite s'opère au for selon ch. 1 ou au lieu où l'objet séquestré se trouve, à moins que le créancier n'ait introduit une poursuite ou une action déjà avant l'ordonnance de séquestre (art. 279 al. 1 LP).

Avis

Les réquisitions de poursuite peuvent aussi être faites pendant les fêtes et la suspension des poursuites.

4.1.3. Le commandement de payer

Après réception de la réquisition de poursuite, l'office des poursuites adresse au débiteur un commandement de payer (art. 69 ss LP ; cf. le modèle de commandement de payer ci-après). Le débiteur dispose alors des possibilités suivantes :

- payer la créance dans un délai de 20 jours ;
- faire opposition dans un délai de 10 jours ;
- ne rien faire.

Si le débiteur ne réagit pas du tout, le créancier peut **après 20 jours demander la continuation de la poursuite**.

Form. 3

Office des poursuites

Poursuite no _____

Indiquer ce numéro sur tous les écrits adressés à l'office, ainsi que sur les coupons de versement postaux.

Commandement de payer

pour la poursuite ordinaire par voie de saisie ou de faillite et celle concernant les paiements préalables selon l'art. 227b CO

Débiteur:

Conjoint du débiteur:

Créancier:

Représentant:

Banque à laquelle les paiements doivent être faits (à l'exception des frais de poursuite)

Créance: fr. _____ intérêt à _____ % dès le _____

Frais de ce commandement de payer: fr. _____

Titre et date de la créance ou cause de l'obligation:

Le débiteur est sommé de payer au créancier les sommes ci-dessus ainsi que les frais de poursuite.

Si le débiteur entend contester tout ou partie de la dette ou le droit du créancier d'exercer des poursuites, il doit former opposition, c'est-à-dire en faire, verbalement ou par écrit, la déclaration immédiate à celui qui lui remet le commandement de payer ou à l'office soussigné dans les dix jours à compter de la notification du commandement de payer. Le débiteur poursuivi qui ne conteste qu'une partie de la dette doit indiquer exactement le montant contesté, faute de quoi la dette entière est réputée contestée.

Si le débiteur poursuivi en raison d'une créance demeurée totalement ou partiellement impayée dans une procédure de faillite ou soumise en vertu de l'art. 267 LP aux mêmes restrictions qu'une créance pour laquelle un acte de défaut de biens a été délivré entend contester le droit de faire valoir ladite créance par la voie d'une poursuite parce qu'il ne serait pas revenu à meilleure fortune, il doit le mentionner expressément dans son opposition, sauf à être déchu du droit de faire valoir ce moyen.

Si le débiteur et son conjoint vivent sous le régime de la communauté de biens (art. 221 ss CC), l'office des poursuites doit en être avisé, afin qu'il puisse également notifier au conjoint le commandement de payer et les autres actes de poursuite. Le conjoint peut aussi former opposition. Si le débiteur ou son conjoint entend, non pas contester l'existence de la dette ou son montant, mais simplement faire valoir que les biens propres du débiteur ou sa part aux biens communs répondent de la dette à l'exclusion des biens communs, l'opposition doit être motivée dans ce sens, faute de quoi l'existence et le montant de la dette sont également réputés contestés.

Si l'épouse poursuivie est soumise au régime de l'union des biens ou de la communauté de biens selon le Code civil dans sa teneur de 1907 (cf. art. 9e et 10¹0a Titre final CC), un commandement de payer n'est notifié à son mari que si le créancier en fait la demande. Dans ce cas, le mari peut aussi former opposition. Si la débiteur ou son mari entend, non pas contester l'existence de la dette ou son montant, mais simplement faire valoir que les biens réservés de la femme répondent seuls de la dette, l'opposition doit être motivée dans ce sens, faute de quoi l'existence et le montant de la dette sont également réputés contestés.

Si le débiteur n'obtempère pas à la présente sommation de payer, le créancier pourra requérir la continuation de la poursuite.

Lieu et date

Office des poursuites

Notification

Le présent acte a été notifié aujourd'hui le _____

à *

* Indiquer, sur chaque exemplaire, la personne à laquelle l'acte a été remis. La notification ne peut être opérée ni par lettre ordinaire ni par lettre recommandée.

Signature du fonctionnaire qui procède à la notification

Opposition

Le débiteur est autorisé à déclarer son opposition au moment de la notification. Dans ce cas, l'opposition est consignée sur chaque exemplaire et le fonctionnaire qui procède à la notification en donne acte en apposant sa signature.

Signature

8.96 5 000 34454

Explications au verso

4.1.4. L'opposition

Si le débiteur est d'avis que la créance n'est pas due ou s'il ne veut tout simplement pas payer, il a la possibilité de **faire opposition au commandement de payer**. L'opposition consiste en une simple **déclaration du débiteur** par laquelle il s'oppose à la continuation de la poursuite. Elle peut être formulée **oralement ou par écrit** et n'a pas besoin d'être motivée. Il dispose pour cela d'un **délai de 10 jours**. Une fois l'opposition formulée, la procédure est provisoirement bloquée et c'est au créancier d'agir s'il souhaite la continuer (art. 74 ss LP).

4.1.5. La mainlevée

Le créancier qui souhaite **continuer la poursuite malgré l'opposition du débiteur**, dispose de deux moyens pour obtenir la levée de l'opposition : la procédure de mainlevée ou l'action en paiement (ou en reconnaissance de dette).

La **procédure de mainlevée** est une procédure sommaire, c'est-à-dire assez simple, rapide et plutôt bon marché que le créancier peut mettre en œuvre s'il dispose d'un titre prouvant facilement l'existence de la créance. Selon le document qu'il détient, le créancier peut agir par deux voies différentes : la requête de mainlevée définitive ou la requête de mainlevée provisoire.

La **requête de mainlevée définitive** est la voie possible lorsque le créancier détient un titre de créance particulièrement fort, comme un jugement (art. 80 LP). Dans ce cas, le juge prononce la mainlevée définitive de l'opposition du débiteur et le créancier pourra continuer la poursuite. Le créancier doit en revanche agir par la voie de la **requête de mainlevée provisoire** s'il ne dispose que d'une simple « reconnaissance de dette » au sens de la LP, c'est-à-dire d'un document écrit et signé par le débiteur constatant l'existence de la créance (art. 82 LP). Il peut s'agir par ex. d'un contrat de vente ou de bail signé par le débiteur du paiement (acheteur ou locataire).

Pour aller plus loin :

Lorsque la mainlevée provisoire a été prononcée, le créancier peut continuer la poursuite, sauf si dans les 20 jours le débiteur se défend encore en engageant une action en libération de dette.

Lorsque le créancier ne dispose d'un titre de créance lui permettant d'obtenir facilement la mainlevée de l'opposition, il peut agir par la voie d'une **action en paiement** (ou en reconnaissance de dette). Il s'agit d'un procès civil ordinaire qui est une voie plus longue, compliquée et coûteuse, car il va devoir réunir différentes preuves pour démontrer l'existence de sa créance et,

le plus souvent, recourir à l'aide d'un avocat. Le but de ce procès est d'obtenir que le tribunal rende un jugement qui condamne le débiteur au paiement de la créance.

4.1.6. La continuation de la poursuite

Si le juge prononce une mainlevée définitive ou si le débiteur qui s'est vu adresser un commandement de payer ne réagit pas dans un délai de 20 jours, le créancier peut demander la continuation de la poursuite **par voie de saisie**²⁷² ou **de faillite**²⁷³.

La **réquisition de continuer la poursuite** met un terme à la procédure préalable et ouvre la phase de la saisie ou de la faillite. L'office des poursuites compétent doit adresser au débiteur sans retard soit un avis de saisie, soit une commination de faillite.

4.2. La saisie

4.2.1. La procédure de saisie

La **saisie** est la mainmise de l'autorité étatique sur les biens du débiteur, en vue de leur réalisation en faveur du créancier (art. 89 ss LP). Elle relève du pouvoir de contrainte étatique et doit être administrée par l'office des poursuites compétent. Ce n'est donc pas le créancier lui-même qui peut procéder à la saisie.

La procédure de saisie débute par l'envoi d'un **avis de saisie** au débiteur. Le débiteur est informé qu'une saisie va avoir lieu. Cet avis doit lui parvenir au plus tard la veille de la saisie. Le débiteur a l'obligation d'être présent lors de la saisie ou de se faire représenter. Il doit coopérer avec les autorités en leur fournissant l'accès à ses locaux ainsi que toutes les informations sur les biens qu'il possède. S'il refuse, il s'expose à des poursuites pénales et encourt des sanctions civiles. En revanche, le créancier ne participe pas à la saisie.

Le préposé doit saisir autant de biens qu'il est nécessaire pour couvrir la créance avec intérêts et frais. Il procède à une estimation de chaque bien, le cas échéant avec l'aide d'un expert. Il dresse un **procès-verbal de la saisie**, contenant notamment les noms du créancier et du débiteur, le montant de la créance, le jour et l'heure de la saisie ainsi que les biens saisis et leur valeur

²⁷² Cf. *infra* ch. 4.2.

²⁷³ Cf. *infra* ch. 4.3.

estimative. La valeur totale des biens saisis ne peut toutefois pas excéder celle du total des créances mises en poursuite.

4.2.2. Les biens saisis

La saisie peut porter sur des **biens mobiliers ou immobiliers** appartenant au débiteur, ainsi que sur **une partie de son salaire**. Certains biens sont toutefois **insaisissables**. Il s'agit en particulier de biens indispensables à l'entretien du débiteur et de sa famille tels que les objets destinés à l'usage personnel du débiteur (effets personnels, mobilier de ménage, objets de culte, etc.), les biens nécessaires à l'exercice de sa profession ou les animaux de compagnie (mais non les animaux de ferme). Font également partie des biens insaisissables les rentes AVS/AI et les allocations familiales (art. 92 LP).

Pour aller plus loin :

Certains revenus, tels que le revenu du travail (salaire), ne sont pas entièrement saisissables (art. 93 LP). Ils le sont uniquement dans la mesure où le minimum vital du débiteur et de sa famille n'est pas entamé. Le minimum vital est déterminé par le préposé avec la collaboration du débiteur. Il comprend des besoins de base tels que la nourriture, les vêtements, les soins corporels, l'eau, le gaz ou l'électricité, des charges essentielles comme le loyer ou les cotisations aux caisses maladie ainsi que des frais indispensables à l'exercice d'une activité professionnelle, tels que les frais de transport ou de repas.

Font également partie des biens partiellement saisissables les contributions d'entretien, les pensions de retraite, certaines rentes et indemnités en capital ainsi que les usufruits. L'usufruit est une servitude qui confère à son titulaire le droit d'utiliser l'objet grevé et d'en percevoir les fruits²⁷⁴.

Les biens saisis sont placés sous l'autorité de l'administration. La personne poursuivie perd le droit d'en disposer, même si elle en reste formellement propriétaire.

4.2.3. La réalisation des biens saisis

Après la procédure de saisie, le créancier peut demander **la vente des biens saisis** (art. 116 ss LP). Le débiteur a encore la possibilité d'éviter la vente en payant la totalité de la somme due ou en proposant un paiement intégral en 12 mensualités et en versant un acompte initial.

²⁷⁴ Cf. ég. chapitre VI « Droits réels », ch. 3.2.2.

Les biens saisis sont en principe vendus aux enchères. Dans la poursuite par voie de saisie, l'exécution forcée profite exclusivement au créancier qui l'a requise.

4.2.4. L'acte de défaut de biens

Lorsqu'aucun bien ne peut être saisi ou lorsque le produit de la vente ne couvre pas l'intégralité des créances dues, l'office des poursuites établit un acte de défaut de biens, qui est une sorte de reconnaissance de dette qui établit que le débiteur est insolvable et qui se prescrit par 20 ans (art. 149 LP).

4.3. La faillite

Comme indiqué plus haut (ch. 3), la faillite (ordinaire) **concerne uniquement des personnes physiques ou morales inscrites au Registre du commerce**. Contrairement à la saisie, où seuls les biens nécessaires au paiement du créancier poursuivant sont réalisés, elle réunit **tous les biens saisissables du débiteur** pour les réaliser afin de désintéresser tous les créanciers avec le produit de liquidation. Un seul créancier peut déclencher la procédure pour tous les autres.

4.3.1. La commination de faillite

La procédure s'ouvre par la **réquisition** d'un créancier **de continuer la poursuite** au terme de la procédure préalable²⁷⁵. Il appartient à l'office des poursuites compétent de déterminer si la procédure doit continuer par voie de saisie ou de faillite.

L'office des poursuites adresse au débiteur une **commination de faillite** (art. 159 ss LP) qui lui donne un dernier délai de 20 jours pour payer sa dette. Il s'agit du pendant de l'avis de saisie dans la poursuite par voie de saisie²⁷⁶.

Pour aller plus loin :

Le débiteur dispose d'un délai de 10 jours pour recourir auprès de l'autorité de surveillance. Il peut aussi payer ses dettes ou proposer un concordat dans le 20 jours qui suivent la commination.

Le concordat est un arrangement judiciaire entre une entreprise qui ne parvient plus à payer ses dettes et ses créanciers qui seraient en droit de demander la faillite. Les parties établissent un plan de remboursement dans un certain délai. Le débiteur

²⁷⁵ Cf. *supra* ch. 4.1.

²⁷⁶ Cf. *supra* ch. 4.2.1.

obtient ainsi un sursis durant lequel les créanciers ne peuvent plus demander l'ouverture de la faillite.

4.3.2. Le jugement de faillite

Si le débiteur ne recourt pas contre la commination de faillite et s'il ne paie pas ses dettes ni ne propose de concordat, le créancier peut demander au juge de déclarer la faillite. La faillite est ouverte au moment où le jugement est prononcé. Ainsi, bien que la procédure de poursuite soit en principe entre les mains des offices de poursuite ou faillite, le prononcé même de la faillite appartient au juge.

4.3.3. Bref aperçu de la procédure

La procédure a pour but **d'inventorier** tous les biens du débiteur au profit de tous les créanciers qui sont répertoriés dans un **état de collocation**.

Dès que l'office a reçu la communication de l'ouverture de la faillite, il procède à **l'inventaire des biens du failli** et prend les **mesures nécessaires pour leur conservation**. Concrètement, cela signifie que tous les biens du failli sont inventoriés et estimés. L'autorité peut également prendre certaines mesures dites de sûretés, comme p. ex. la fermeture des locaux, la mise sous scellés ou la prise sous sa garde de l'argent comptant et d'autres objets (art. 163 ss LP).

Tous les biens du débiteur qui seront réalisés dans le cadre de la procédure de faillite pour désintéresser les créanciers forment ce qu'on appelle « **la masse** » (art. 197 LP). Le failli ne peut plus en disposer librement.

L'office des faillites publie l'ouverture de la faillite. Cette publication doit permettre aux créanciers éventuels de produire (c'est-à-dire signaler à l'office des faillites qu'ils sont créanciers et pour quel montant) dans un délai d'un mois leurs créances. Après l'expiration du délai fixé pour la production des créances, l'administration les examine et procède aux vérifications nécessaires. L'administration établit ensuite « **l'état de collocation** ». Il s'agit d'un tableau des dettes du failli qui contient notamment les créances garanties par gage immobilier ou par gage mobilier ainsi que les autres créances non garanties par gage, classées en trois catégories. L'état de collocation définit la position de chaque créancier dans la faillite ainsi que les rangs des créanciers entre eux. L'ordre des créanciers est le suivant (art. 219 LP) :

- **créanciers gagistes** (p. ex. les banques) : créanciers payés en priorité sur le produit de réalisation de leur gage ;

- **créanciers de première classe** : il s'agit des travailleurs, pour certaines créances nées notamment du contrat de travail ;
- **créanciers de deuxième classe** : il s'agit en premier de ceux dont la fortune se trouvait sous l'administration du failli en vertu de l'autorité parentale. Cette classe est également réservée aux créances de certaines assurances sociales pour leurs créances de cotisation ;
- **créanciers de troisième classe** : tous les autres créanciers.

Dans chaque classe, les créanciers sont traités de manière égale : tant que les créanciers d'une classe précédente n'ont pas été complètement désintéressés, ceux des classes suivantes ne reçoivent rien (art. 220 LP).

4.3.4. La réalisation

La réalisation des biens du failli a lieu en principe selon les mêmes modalités que dans la saisie. En règle générale, les biens sont vendus aux **enchères publiques**.

Le **produit de la faillite**, à savoir les recettes provenant de la vente des biens de la masse sous déduction des frais administratifs, est réparti entre les créanciers conformément à l'état de collocation.

4.3.5. L'acte de défaut de biens et la clôture de la faillite

Comme dans la saisie, un **acte de défaut de biens** est établi si un créancier n'a pas entièrement été désintéressé dans la faillite.

La procédure de faillite se termine par une **décision formelle de clôture** rendue par le juge qui a ouvert la faillite. Elle met fin à l'existence de la personne morale contre laquelle la procédure de faillite avait été ouverte. La décision de clôture est communiquée au Registre du commerce pour qu'il procède à la radiation de l'entreprise faillie.

4.3.6. Le cas particulier de la faillite personnelle

Toute personne (physique ou morale) ayant des dettes peut **demandeur sa faillite personnelle au juge en se déclarant insolvable**. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit inscrite au Registre du commerce. Il n'y a pas de procédure préalable (art. 191 LP).

Le débiteur qui demande sa faillite personnelle doit prouver que toute possibilité d'arrangement avec ses créanciers a échoué ou est vouée à l'échec et que son budget après la déclaration de faillite sera équilibré et garantira le paiement de toutes ses charges courantes.

Cette procédure permet de dresser la liste de tous les créanciers et de les rembourser dans la mesure du possible, grâce à la réalisation (vente) de tous les biens saisissables du failli. Elle a pour conséquence de suspendre toutes les poursuites en cours contre le débiteur ; en outre, il n'est plus possible d'ouvrir d'autres poursuites pour des créances formées avant la déclaration de faillite. Les personnes physiques peuvent continuer à exercer leur activité professionnelle et disposent librement des revenus générés après l'ouverture de la faillite. Toutefois, le débiteur qui veut se mettre en faillite doit pouvoir avancer CHF 4'000.- pour les frais de procédure.

Pour chaque dette qui n'a pas pu être remboursée entièrement, l'office des faillites émet un acte de défaut de biens précisant le montant restant à payer. Ce document permet, pendant vingt ans, au créancier de relancer une procédure de poursuite au cas où le débiteur serait revenu à meilleure fortune. Il y a retour à meilleure fortune lorsque le débiteur a constitué des économies qui dépassent le minimum vital et le montant de ses dettes et lui permettent d'avoir le même train de vie qu'auparavant.

Bibliographie

- MARCHAND SYLVAIN, Précis de droit des poursuites, 2^e éd., Zurich 2013

Chapitre X

Droit pénal

1. Notion

Le droit pénal est la branche du droit qui détermine quels comportements sont indésirables dans une société donnée et comment la communauté les réprime. Il a pour ambition de prévenir le passage à l'acte en dissuadant les éventuels criminels de commettre un délit, et d'éviter la récidive en punissant et en resocialisant les délinquants. **Un comportement violant un interdit légal est appelé une infraction** (terme générique). **Seules les infractions énumérées dans la loi peuvent mener à une sanction pénale.** Autrement dit, tout comportement qui n'est pas expressément interdit par la loi est autorisé. C'est le **principe de la légalité des délits et des peines** (art. 1 CP).

Le **droit pénal** suisse est **réglementé dans le Code pénal suisse (CP)**, ainsi que diverses lois fédérales. Le Code pénal actuel a été adopté en 1937 et est entré en vigueur en 1942 ; il a subi de nombreuses révisions depuis lors. La poursuite des infractions, quant à elle, est régie par le **Code de procédure pénale (CPP)**, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

Ce chapitre a pour but de présenter les principes généraux régissant le droit pénal. Après avoir examiné l'applicabilité du droit pénal suisse à un cas d'espèce, il s'agira de se demander quelles formes une infraction peut prendre, quels comportements sont punissables, qui peut être poursuivi pour la commission d'une infraction, et dans quelles circonstances un individu peut être tenu pour pénalement responsable de ses actes (section 2). La section 3 offrira un panorama des infractions punissables selon le droit pénal suisse, et la section 4 présentera le système de sanctions. La section 5 aura pour objet le droit pénal des mineurs, tandis que la section 6 traitera brièvement du casier judiciaire.

2. Généralités

Ce qu'on appelle la « **partie générale** » du Code pénal couvre les **articles 1 à 110**. Ces derniers définissent les conditions auxquelles une personne peut être déclarée coupable d'avoir commis une infraction.

Pour aller plus loin :

Le droit pénal ne s'applique normalement qu'aux personnes physiques. Toutefois, dans certaines circonstances, une entreprise peut également être tenue pour responsable de la commission d'une infraction (art. 102 CP).

2.1. Le champ d'application temporel du droit pénal

Le droit pénal ne s'applique qu'aux actes commis après l'entrée en vigueur de la loi qui les réprime (art. 2 al. 1 CP). Ainsi, on ne peut pas punir une personne qui a commis un acte qui n'était pas illégal au moment où elle l'a commis. On parle à cet égard de **principe de non-rétroactivité** de la loi pénale. A l'inverse, un comportement n'est plus puni une fois que la loi pénale a été abolie. L'analyse de la punissabilité d'un individu doit donc toujours commencer par déterminer quelle loi était applicable au moment des faits.

2.2. Le champ d'application spatial du droit pénal suisse

Chaque Etat définissant quels comportements constituent des infractions pénales sur son territoire, le droit pénal ne s'applique en général qu'aux personnes ayant eu le comportement en question **à l'intérieur des frontières de l'Etat** (art. 3 CP). Ainsi, si un conducteur suisse commet un excès de vitesse sur une autoroute française, c'est le droit français qui déterminera quelle sanction doit lui être imposée, et non le droit suisse.

Toutefois, à l'heure de la globalisation, de nombreuses infractions sont commises « à cheval » sur plusieurs Etats. Se pose donc la question de savoir quelle autorité doit poursuivre ces délinquants et comment elle doit procéder concrètement, puisqu'elle ne dispose pas, a priori, de pouvoirs d'enquête sur les territoires des Etats voisins. Ces problèmes sont résolus par les règles sur **l'entraide internationale en matière pénale**. Celle-ci détermine, par exemple, à quelle condition un procureur jurassien enquêtant sur un vol de voiture commis à Boncourt peut demander à ce que des preuves soient récoltées par le juge d'instruction français de la commune voisine de Montbéliard, où le suspect est domicilié.

2.3. La classification des infractions

Le droit pénal réprime toutes sortes de comportements, qui se distinguent à plusieurs égards. Les **crimes** sont les **infractions les plus graves**, passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 10 al. 2 CP). Les **délits** sont des infractions de **gravité moyenne**, passibles d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire (art. 10 al. 3 CP). Quant aux **contraventions**, elles représentent les infractions **les plus bénignes**. Elles sont passibles d'une amende (art. 103 CP).

Pour aller plus loin :

Contrairement au langage courant, le langage juridique distingue la contravention de l'amende. Une contravention est une violation de la loi ; l'amende, quant à elle, est la sanction de ce comportement.

Le droit pénal distingue les infractions poursuivies **d'office** des infractions poursuivies **sur plainte**. Les autorités de poursuite pénale répriment les infractions poursuivies d'office, quelle que soit la volonté de la victime par rapport à la poursuite de l'infraction subie ; ces infractions sont en effet considérées comme suffisamment graves pour que leur répression relève de l'intérêt public. Dans le cas des infractions poursuivies sur plainte, en revanche, elles n'intéressent les autorités de poursuite pénale que dans la mesure où la victime de l'infraction souhaite que l'auteur soit puni. C'est le cas notamment des infractions peu graves.

La **plainte** doit être **déposée dans un délai de 3 mois** à compter du jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction. Un mineur capable de discernement peut porter plainte seul ou par le biais de son représentant légal. La plainte peut être déposée au poste de police ou au greffe d'un ministère public.

2.4. L'intention et la négligence

Le droit pénal est un système fondé sur l'intention. Autrement dit, on est puni pour avoir commis une infraction uniquement si on a agi **avec conscience et volonté** (art. 12 al. 1 et 2 CP). Par exemple, celui qui lance une balle de tennis dans une fenêtre dans le but de la briser sera puni pour dommage à la propriété (art. 144 CP) ; à l'inverse, celui qui, jouant avec son chien, lance une balle qui atterrit accidentellement dans une vitre et brise cette dernière n'est pas punissable pénalement parce qu'il n'a pas voulu causer le dommage en question.

En principe, celui qui cause des dommages accidentellement à autrui n'est donc pas punissable. Il y a toutefois une exception à cette règle : lorsque le résultat dommageable est particulièrement grave, même la **négligence** est punissable. C'est le cas notamment de l'homicide par négligence (art. 117 CP) et des lésions corporelles par négligences (art. 125 CP). Ainsi, on pourra être poursuivi pour avoir tué quelqu'un dans un accident, sans l'avoir voulu. Mais tous les accidents ne sont pas pour autant punissables pénalement. En effet, certaines conditions doivent être remplies : ne sera punie pour négligence que la personne qui a agi **par imprévoyance coupable**, c'est-à-dire qui a causé la mort ou les lésions corporelles parce qu'elle n'avait pas pris toutes les précautions commandées par les circonstances pour éviter l'accident (art. 12

al. 3 CP). A l'inverse, celui qui tue ou blesse autrui lors d'un accident qui était absolument inévitable ne sera pas poursuivi pour ce fait.

2.5. Les degrés de réalisation de l'infraction

En droit pénal, l'intention de l'auteur compte plus que le résultat effectif. On peut donc être poursuivi pour avoir voulu commettre un délit même si celui-ci n'a pas été mené à son terme ou a été mené à son terme, mais n'a causé aucun dommage. On parle alors de **tentative** et le juge peut, dans ce cas, atténuer la peine (art. 22 CP).

2.6. La causalité

Il ne suffit pas d'avoir un comportement répréhensible et qu'un dommage se produise pour être considéré comme responsable d'une infraction. En effet, il doit encore y avoir un **lien de causalité** entre le comportement en question et le résultat tel qu'il s'est produit en l'espèce. Si cette causalité est absente, la personne n'est pas punissable.

2.7. Les participants à l'infraction

Il n'est pas rare que plusieurs personnes s'associent dans le but de commettre une infraction. Chacune d'entre elles sera punie en fonction du rôle qu'elle a joué dans le déroulement des faits.

L'auteur de l'infraction est la personne qui décide du passage à l'acte, planifie le déroulement de l'infraction et en maîtrise l'exécution. Peu importe à cet égard que l'auteur commette lui-même physiquement l'infraction. Ainsi, le parrain mafieux qui donne des ordres exécutés à la lettre par ses subordonnés est bien l'auteur de l'infraction, même s'il ne bouge pas de son fauteuil pendant que ses hommes de main exécutent ses rivaux. L'auteur d'une infraction se voit imposer la peine prévue par la loi pour la commission de l'infraction.

Il arrive souvent qu'une personne n'agisse pas seule pour commettre un délit. Elle peut s'adjoindre l'aide d'un ou de plusieurs **complices**, qui sont également punissables. Le complice est celui qui, intentionnellement, aide l'auteur à commettre une infraction (art. 25 CP). Peu importe comment le complice agit et les moyens qu'il utilise ; s'il apporte une aide causale à la réalisation de l'infraction, il se rend coupable de complicité. Le complice peut ainsi agir matériellement, par exemple en fournissant les instruments du crime, ou intellectuellement, par exemple en prodiguant des conseils à

l'auteur. Le complice est toutefois moins sévèrement puni que l'auteur principal de l'infraction.

Finalement, il peut arriver qu'une personne encourage une autre à commettre une infraction. On parle alors d'**instigateur**, et ce rôle est également punissable (art. 24 CP). L'instigateur est la personne qui, intentionnellement, fait naître chez l'auteur l'idée de commettre une infraction précise. Contrairement à l'auteur, l'instigateur ne contrôle pas le déroulement des faits, il n'en est que l'inspiration. Par exemple, est instigateur celui qui attise la colère de l'employé licencié jusqu'à décider ce dernier à tuer son ancien supérieur hiérarchique.

2.8. La responsabilité pénale

Seules les personnes qui ont la capacité de se rendre compte de ce qu'elles font et de contrôler leur propre comportement peuvent être reconnues coupables d'une infraction. Lorsque cela n'est pas le cas, on dit que l'auteur est **irresponsable**, ou souffre d'une **responsabilité restreinte**. Ainsi, la personne qui tue son voisin car elle l'a pris pour un démon pourra ne pas être tenue pour responsable de ses actes si elle ne se rendait pas compte que ses représentations étaient fausses au moment où elle a agi.

Le droit pénal reconnaît des degrés de responsabilité, respectivement d'irresponsabilité. Ainsi, une personne peut être déclarée totalement irresponsable, partiellement responsable (responsabilité restreinte, à différents degrés) ou totalement responsable. L'irresponsabilité ou la responsabilité restreinte peuvent être causées par divers facteurs, notamment des troubles mentaux. Cela ne signifie toutefois pas que toute personne souffrant d'un trouble mental est pénalement irresponsable. En effet, il faut que cet état ait pour conséquence que les capacités cognitives et volitives de la personne sont altérées.

Pour aller plus loin :

L'irresponsabilité pénale est source de nombreuses incompréhensions dans le public, car nous avons de la peine à imaginer qu'un individu sain d'esprit puisse, par exemple, commettre des viols en série. La question de l'irresponsabilité ne se situe toutefois pas au niveau des valeurs de la personne ou de ses choix de vie. Il s'agit de savoir si, au moment d'agir, la santé mentale de l'accusé lui permettait de se rendre compte de ce qu'il faisait et de se déterminer d'après cette appréciation, c'est-à-dire de contrôler ses actions.

Lorsqu'une personne est déclarée irresponsable, elle ne peut pas être reconnue coupable des actes qu'elle a commis. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle échappera à toute intervention étatique. En effet, une mesure pourra lui être

imposée (une peine étant exclue puisque cette dernière nécessite la commission d'une faute, ce qu'une personne irresponsable ne peut pas faire, par définition). Quant à la personne n'étant que partiellement responsable de ses actes, elle verra sa peine diminuée par rapport à une personne totalement responsable. Une mesure pourra également lui être imposée.

L'alcool et les stupéfiants soulèvent une question intéressante dans le cadre de la responsabilité pénale : celui qui a tellement consommé d'alcool et/ou de stupéfiants qu'il ne sait plus ce qu'il fait peut-il échapper aux conséquences de ses actes s'il commet une infraction dans cet état ? Autrement dit, peut-on se rendre volontairement irresponsable afin d'échapper au droit pénal ? La réponse est évidemment non. Celui qui se met dans un état d'irresponsabilité ou de responsabilité restreinte dans le but de commettre une infraction ne bénéficie pas de la clémence de la loi (art. 19 al. 4 CP). Toutefois, il n'est pas totalement exclu de tenir compte de l'état d'ébriété d'un auteur au moment de son passage à l'acte. Ainsi, si une personne s'est rendue irresponsable par sa consommation d'alcool ou de stupéfiants, qu'elle commet une infraction alors qu'elle est ivre ou intoxiquée et qu'elle ne pouvait pas prévoir qu'elle agirait de la sorte une fois dans cet état, elle bénéficiera d'une peine plus clémente que la peine normalement prévue par la loi pour l'infraction en question (art. 263 CP).

2.9. Les erreurs

Celui qui commet une **infraction par erreur** n'est pas traité de la même façon que celui qui savait exactement ce qu'il faisait et a voulu commettre l'infraction qu'il a commise. Par exemple, si un chasseur tire sur un cueilleur de champignons parce qu'il l'a pris pour un sanglier, il ne sera pas forcément poursuivi pour meurtre. Toutefois, il ne suffit pas de dire que l'on s'est trompé pour être excusé d'avoir commis une infraction. En effet, n'est excusable que celui qui a pris toutes les précautions possibles pour éviter l'erreur, notamment en se renseignant avant d'agir.

2.10. Les faits justificatifs

Ne commet pas d'infraction **celui qui agit conformément à la loi**. On ne reprochera ainsi pas à un policier ayant arrêté un brigand de se rendre coupable d'un délit lorsqu'il enferme le délinquant dans la cellule du poste de police (alors même que, objectivement, ce comportement est constitutif de séquestration, art. 183 CP).

Par ailleurs, on ne reprochera pas à quelqu'un d'avoir commis une infraction s'il a agi dans des circonstances telles qu'il n'avait pas d'autre choix. Par

exemple, celui qui casse le bras de son agresseur pour échapper à ses coups agit en état de **légitime défense** (art. 15 CP) et ne commet donc pas d'infraction, pour autant qu'il agisse de façon proportionnée. Il en va de même de celui qui agit pour se protéger ou protéger autrui d'un danger imminent ; on parle alors **d'état de nécessité** (art. 17 CP).

Pour aller plus loin :

Agit de façon proportionnée celui qui se défend d'un danger ou d'une attaque en recourant à une force raisonnable, c'est-à-dire suffisante pour repousser le danger, mais sans être excessive. Par exemple, il est interdit d'abattre un cambrioleur au moyen d'une arme à feu (si notre vie n'est pas en danger), mais il est admissible de le bousculer pour le chasser de chez soi.

2.11. La prescription

Les autorités de poursuite pénale apprennent parfois qu'une infraction a été commise longtemps après les faits. Cela n'empêche pas la poursuite de l'infraction en question, à moins que la prescription ne soit acquise. La prescription peut paralyser l'action pénale ou empêcher l'exécution de la peine.

La **prescription de l'action pénale** empêche les autorités de poursuite pénale de condamner une personne qui a commis une infraction, même si toutes les preuves attestent de la culpabilité de cette dernière. La prescription de l'action pénale est acquise dans des délais différents selon la gravité de l'infraction commise (art. 97 CP). Ainsi, l'action pénale se prescrit :

- par 30 ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté à perpétuité ;
- par 15 ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de plus de 3 ans ;
- par 10 ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de 3 ans ;
- par 7 ans si la peine maximale encourue est une autre peine.

Si l'auteur a commis un acte d'ordre sexuel avec un enfant de moins de 16 ans, notamment, la prescription pénale court dans tous les cas jusqu'à ce que la victime soit âgée de 25 ans (art. 97 al. 2 CP). Certains actes sont en outre imprescriptibles (art. 101 CP). C'est le cas notamment des actes d'ordre sexuel commis sur un enfant de moins de 12 ans.

Pour aller plus loin :

Pourquoi la prescription permet-elle à certains délinquants d'échapper à toute punition ? L'existence de la prescription se justifie pour plusieurs raisons : tout d'abord, la prescription permet d'éviter des erreurs judiciaires en empêchant les autorités de poursuivre une personne lorsque les preuves de son innocence ont disparu à cause du passage du temps. On estime également que, après un certain temps, il n'y a plus d'intérêt public à punir la personne. Finalement, certains juristes voient dans la prescription une institution fondamentale pour garantir la sécurité du droit.

Quant à la **prescription de la peine**, elle empêche qu'une sanction soit exécutée après un certain délai. On pense notamment à la personne qui, condamnée, a pris la fuite et n'est retrouvée que des décennies plus tard. La prescription de la peine est régie par les art. 99 ss CP.

3. Les infractions pénales

Comme nous l'avons vu, la partie générale du Code pénal détermine les conditions auxquelles un comportement est pénalement répréhensible. Les infractions pénales, soit la liste des comportements réprimés par la loi, sont définies, quant à elles, dans la partie spéciale du Code pénal, ainsi que dans un certain nombre de lois distinctes (on parle alors de droit pénal accessoire).

3.1. Les infractions de la partie spéciale du Code pénal

Dans sa deuxième partie, le Code pénal contient la définition d'environ deux cents infractions. En résumé, il s'agit de la liste de tous les comportements interdits par la loi. Le Code pénal réprime, notamment :

- les infractions contre la vie, telles que le meurtre, l'assassinat, l'homicide par négligence, le meurtre passionnel, l'infanticide (soit le meurtre du nourrisson par la mère durant la période qui suit immédiatement l'accouchement), l'avortement ;

Pour aller plus loin :

L'interruption de grossesse est légale en Suisse dans deux cas :

- *si la grossesse représente un danger grave pour la vie ou la santé de la mère ;*
- *si l'interruption est pratiquée avant la 12^e semaine de grossesse sur une mère en situation de détresse, par un médecin certifié, après un examen médical de la femme enceinte et sur demande expresse de celle-ci.*

- les infractions contre l'intégrité corporelle, telles que les lésions corporelles (soit le fait de blesser quelqu'un, de le mutiler ou de le défigurer) ou le fait de remettre à des enfants de moins de 16 ans des boissons alcooliques ou des stupéfiants ;
- les infractions contre le patrimoine, telles que le vol, l'escroquerie, le dommage à la propriété, l'utilisation frauduleuse d'un ordinateur, l'abus de cartes de crédit ;
- les infractions contre l'honneur et contre le domaine privé ou le domaine secret, comme la diffamation, la calomnie, les injures, l'enregistrement non autorisé d'une conversation ;
- les infractions contre la liberté, comme les menaces, la séquestration et l'enlèvement, la prise d'otage ;
- les infractions contre l'intégrité sexuelle, comme le viol, les actes d'ordre sexuel avec des enfants, l'exhibitionnisme, le proxénétisme ou la pornographie ;

Pour aller plus loin :

En Suisse, la pornographie est légale si elle met en scène des adultes consentants s'adonnant à des actes sexuels « classiques ». En revanche, la pornographie est illégale si elle met en scène, par exemple, des mineurs ou des actes de violence.

- les infractions contre la famille, comme l'inceste, la bigamie ou la violation d'une obligation d'entretien ;
- les infractions créant un danger collectif, comme le fait de causer un incendie, une explosion ou une inondation ;
- les infractions contre la santé publique, comme le fait de propager une maladie de l'homme ou une épizootie (une maladie frappant une ou plusieurs espèces animales), ou de contaminer de l'eau potable ;
- la fabrication de fausse monnaie et la falsification de titres ;
- les infractions contre la paix publique, comme la provocation publique au crime ou à la violence, le fait de participer à une émeute, le fait d'appartenir à une organisation criminelle ou de financer le terrorisme, la discrimination raciale ;

Exemple :

Faire un salut hitlérien en public ou se prendre en photo en train de faire une « quenelle » devant une synagogue puis diffuser largement l'image sur internet est punissable si on le fait dans le but de propager la haine raciale.

- les infractions contre les intérêts de la communauté internationale, comme le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ;
- les infractions contre l'Etat et la défense nationale, comme la haute trahison et l'espionnage ;
- les délits contre la volonté populaire, comme la fraude électorale ;
- les infractions contre l'autorité publique, comme l'opposition aux actes d'autorité ou l'insoumission à une décision de l'autorité ;
- les infractions portant atteinte à l'administration de la justice, comme l'entrave à l'action pénale, le blanchiment d'argent, le faux témoignage, le fait d'aider des détenus à s'évader ;
- les infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels, comme l'abus d'autorité, la violation du secret de fonction ou du secret professionnel ;
- la corruption, qu'elle soit active (le fait d'offrir un avantage indu à un fonctionnaire en échange d'un service particulier) ou passive (le fait, pour un fonctionnaire, d'accepter un avantage indu en échange d'un service particulier).

En plus des infractions énumérées dans le Code pénal, un bon nombre d'infractions sont énumérées dans des lois séparées, qui forment le droit pénal accessoire.

3.2. Le droit pénal accessoire

Toutes les infractions ne sont pas définies dans le Code pénal. En effet, certaines lois de nature administrative définissent également des infractions. On parle alors de droit pénal accessoire.

Par exemple, la **Loi fédérale sur la circulation routière** (LCR) définit les règles de la circulation routière et prévoit des sanctions pour les personnes qui ne respectent pas ces règles.

Il en va de même pour la **Loi fédérale sur les stupéfiants** (LStup) : après avoir défini quelles substances constituent des stupéfiants (par exemple, cannabis, drogues synthétiques), quelles autorisations doivent être obtenues pour avoir le droit de posséder des stupéfiants (pharmacies, médecins, etc.), cette loi dispose que les personnes qui violent ces règles se rendent coupables d'un délit et doivent être sanctionnées.

La **Loi fédérale sur les étrangers** (LEtr), quant à elle, règle les conditions auxquelles les personnes ne possédant pas la nationalité suisse peuvent entrer

sur le territoire helvétique, y séjourner et y travailler. Cette loi prévoit en outre des sanctions pour les personnes violant les prescriptions légales, par exemple en travaillant en Suisse sans y avoir été autorisées. Ces dispositions pénales constituent également du droit pénal accessoire.

Statistiquement, la violation du droit pénal accessoire représente l'immense majorité des infractions commises chaque année en Suisse. En 2014, par exemple, 110'124 infractions ont fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire (adultes uniquement ; ce chiffre n'inclut pas les contraventions). Parmi elles, 58'000 infractions à la Loi sur la circulation routière, 17'000 infractions à la Loi sur les étrangers et 7'000 infractions à la Loi sur les stupéfiants. Cent homicides ont également été annoncés, et 9'500 vols. On voit donc que la délinquance en Suisse est avant tout composée d'infractions peu graves.

4. Les sanctions pénales et leur exécution

4.1. En général

Lorsqu'un tribunal reconnaît une personne coupable d'une infraction, il lui impose en général une sanction. Dans ce cadre, il n'est pas totalement libre, puisque la loi contient une **liste exhaustive des sanctions** à sa disposition (il ne peut pas inventer une sanction qui ne serait pas dans la loi) et que, par ailleurs, la loi pose des conditions à chaque type de sanction (par exemple, on ne peut pas condamner un individu à une peine pécuniaire de CHF 10 millions, car la loi prévoit un plafond).

Les peines et les mesures visent à punir le délinquant et/ou à éviter qu'il ne récidive, en le resocialisant, en le neutralisant et/ou en le soignant s'il souffre d'un trouble mental ou d'une addiction. Les peines et les mesures poursuivent des buts divers, qui ne sont d'ailleurs pas toujours conciliables. Selon sa situation personnelle, un condamné peut se voir imposer une peine, une mesure, les deux simultanément ou les deux successivement.

4.2. Les peines

Les peines visent avant tout à sanctionner la faute commise par le délinquant lorsqu'il a violé la loi. Selon la gravité de l'acte et la situation personnelle de l'auteur, **différents types de peine** seront prononcés/exécutés :

- une **peine privative de liberté**, dont la durée maximale est en principe de 20 ans ;

- une **peine pécuniaire**, dont le montant dépendra notamment de la situation financière du condamné et de ses obligations familiales ;

Pour aller plus loin :

A l'heure où nous écrivons ces lignes, le droit des sanctions est en pleine mutation. Avec l'entrée en vigueur de la révision du 19 juin 2015, le montant maximal de la peine pécuniaire passera de CHF 1'080'000.- à CHF 540'000.-.

- un **travail d'intérêt général** : laissé en liberté, le condamné travaille au profit de la communauté pendant son temps libre, par exemple dans un hôpital ou un home pour personnes âgées, et ce pendant plusieurs semaines ou mois ;
- une **surveillance électronique** : laissé en liberté, le condamné doit porter un bracelet électronique à la cheville afin que ses déplacements puissent être surveillés par les autorités ;
- une **amende**, dont le montant maximal est en principe de CHF 10'000.-.

Le Code pénal dicte au juge quel genre de peine il peut prononcer pour sanctionner telle ou telle infraction. Par exemple, pour le vol, l'art. 139 CP prévoit une peine privative de liberté de 5 ans au plus ou une peine pécuniaire. Ce **cadre légal** peut ensuite être **élargi** pour tenir compte des circonstances du cas d'espèce. La peine peut ainsi être **atténuée**, par exemple, si l'auteur a agi sous l'effet d'une menace grave, s'il a cédé à un mobile honorable, s'il a agi sous l'emprise d'une émotion violente ou encore s'il a fait preuve de repentir sincère pour les actes commis (art. 48 CP). A l'inverse, la loi permet également d'aggraver la peine si la personne a commis plusieurs infractions ou si elle a violé plusieurs normes pénales. On parle alors de concours d'infractions (art. 49 CP).

Pour aller plus loin :

*Parfois, les avocats essaient d'invoquer la **dynamique de groupe** pour excuser le comportement illicite de leur client. Agir en groupe n'est pourtant pas une circonstance atténuante en droit suisse. Pour certaines infractions, le fait d'agir en groupe est même une circonstance aggravante. C'est notamment le cas des infractions à caractère sexuel, dont la peine est aggravée si elles sont commises en groupe (art. 200 CP), et du brigandage (art. 140 ch. 3 CP).*

Une fois les circonstances atténuantes et aggravantes prises en considération, le juge doit fixer une peine concrète à l'intérieur de ce cadre légal élargi. Le critère central est alors la **culpabilité de l'auteur** (art. 47 CP). Il s'agit de prendre en considération la gravité du dommage causé, le caractère

répréhensible de l'acte commis, les motivations de l'auteur, le but qu'il poursuivait en commettant l'infraction, et la mesure dans laquelle l'auteur aurait pu éviter la commission de l'infraction compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures. En fixant la peine, le juge prendra également en considération les antécédents de la personne, sa situation personnelle et l'effet que la peine aura sur son avenir.

Pour aller plus loin :

Les peines privatives de liberté sont d'une durée maximale de 20 ans en Suisse, et il n'existe pas de peine incompressible, comme c'est le cas en France, par exemple. Exceptionnellement, le criminel peut être condamné à une peine privative de liberté à vie. Cela concerne quatre délits particulièrement graves : l'assassinat (art. 112 CP), la prise d'otage aggravée (art. 185 CP), le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité (art. 264 ss CP), et l'atteinte à l'indépendance de la Confédération (art. 266 CP).

Dans des circonstances particulières, le juge peut également **exempter le condamné de toute peine** (art. 52 ss CP) : c'est le cas notamment si le condamné a été suffisamment touché par les conséquences de son acte (par exemple, parce qu'il a perdu un proche du fait de l'infraction qu'il a commise) ou s'il a réparé les dommages causés par son acte.

Exemple :

En été 2015, une fillette est décédée au Tessin après que sa mère l'a oubliée dans une voiture stationnée en plein soleil. Les poursuites pénales engagées contre la mère ont été suspendues quelques mois plus tard, car l'autorité a estimé que la prévenue avait déjà été suffisamment punie de sa négligence par le décès de son enfant.

Une fois la peine prononcée, le juge peut décider de l'assortir du **sursis**, quel que soit le type de peine choisie (à l'exception de l'amende). Le sursis est accordé en l'absence d'un pronostic défavorable ; il signifie que l'exécution de la peine en question est suspendue, et qu'elle sera annulée si la personne se comporte bien durant un certain laps de temps. Si, en revanche, la personne commet de nouveaux délits durant le délai d'épreuve, elle sera punie pour ces nouveaux délits, et devra, en plus, exécuter la peine qui avait été suspendue.

4.3. Les mesures

Il peut arriver que les **peines à disposition du juge** ne semblent **pas adéquates** dans le cas concret. Par exemple, un délinquant peut souffrir d'une addiction aux stupéfiants. Dans ce cas, il serait contre-productif de le punir pour avoir consommé des stupéfiants sans essayer de le soigner. Le juge peut

alors prononcer une mesure, qui aura pour but d'aider le délinquant à soigner son addiction.

Les **mesures** sont prononcées par le tribunal non pas en fonction de la faute commise par le délinquant, mais en fonction de son besoin de soins et du besoin de protection de la société. On peut ainsi ordonner à un délinquant souffrant d'un trouble mental grave, et ayant commis une infraction en lien avec ce trouble, de se faire soigner, soit de façon ambulatoire, soit au sein d'une institution. Il en va de même si le délinquant souffre d'une addiction et qu'il a commis une infraction en lien avec cette addiction.

La mesure la plus incisive est l'**internement** (art. 64 ss CP). L'internement est prononcé lorsque le délinquant a commis un crime grave (meurtre, viol, brigandage, prise d'otage, incendie, etc.), qu'il a, ce faisant, porté ou voulu porter une atteinte grave à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui, et qu'il y a un risque important qu'il récidive. L'internement peut être prononcé de façon **ordinaire** ou **à vie**.

A l'inverse des peines, qui ont une durée fixe décidée par le juge lors de la condamnation, les **mesures ne sont pas levées tant que** la personne n'est pas guérie et/ou ne présente plus de danger pour la collectivité.

Pour aller plus loin

*En plus des sanctions déjà évoquées, le tribunal peut également prononcer ce que le droit appelle des **autres mesures**. Il peut par exemple prononcer l'interdiction d'exercer une certaine activité (pratiquer un certain métier ou conduire), d'entrer en contact avec quelqu'un ou de pénétrer dans un certain périmètre (art. 67 ss CP). Le tribunal peut également confisquer certains biens au condamné (art. 69 CP), notamment des objets dangereux, ou des objets/de l'argent acquis illégalement.*

4.4. L'exécution des peines et des mesures privatives de liberté

Le Code pénal définit des règles générales concernant l'exécution des peines et des mesures privatives de liberté, c'est-à-dire la façon dont ces dernières sont mises en œuvre concrètement. Tout d'abord, tout détenu doit être traité **dans le respect de la dignité humaine** (art. 74 CP). L'exécution de sa peine doit par ailleurs poursuivre un **but de resocialisation**, c'est-à-dire (ré)apprendre au détenu à vivre en liberté sans commettre de nouvelles infractions (art. 75 CP). A cette fin, l'exécution de la peine doit favoriser l'autonomisation du détenu et sa prise de responsabilité, en lui permettant notamment d'acquérir une formation ou de perfectionner ses connaissances professionnelles.

Lorsqu'un détenu purge une peine privative de liberté, il passe **par différentes phases** : après une période d'isolement complet durant laquelle le détenu est observé, il rejoint un régime d'exécution ordinaire dans lequel il dort dans sa cellule (seul ou avec d'autres personnes) tout en passant ses journées en compagnie de ses codétenus. La plus grande partie de la journée du détenu est passée au travail, une obligation si l'état de santé du détenu le permet. Pour son travail, le détenu touche une petite somme d'argent, destinée à faire quelques économies pour sa sortie de prison, compenser sa victime et payer quelques extras dont il pourrait avoir envie ou besoin durant l'exécution de sa peine (par exemple, des cigarettes). Par ailleurs, le détenu est suivi par des assistants sociaux, il peut entrer en contact avec son avocat ou un aumônier de son choix, et il a accès aux mêmes soins médicaux que s'il n'était pas en prison. Il peut également recevoir des visites de ses proches, et correspondre avec eux.

Pour aller plus loin :

Il y a en Suisse environ 150 prisons, offrant au total environ 7'000 places de détention (chiffres de 2012). Ces établissements carcéraux varient grandement en fonction de leur taille, de leur degré de sécurité, du type de peines et de mesures qu'on y purge, et du temps qu'on y passe. La grande majorité des détenus ne sont pas dangereux et purgent des peines relativement courtes.

A mesure que le temps passe et que la libération du détenu approche, le **régime de détention s'assouplit**, afin de donner à la personne de plus en plus de libertés tout en pouvant continuer à évaluer son comportement. Le détenu pourra ainsi recevoir des congés de quelques heures afin de lui permettre de passer du temps dans la société libre, de voir ses proches, etc. Si tout se passe bien, il pourra ensuite travailler à l'extérieur de la prison, tout en passant son temps libre incarcéré. Finalement, le détenu pourra profiter d'une libération conditionnelle, lors de laquelle il s'installera dans son propre logement, mais continuera à être suivi par l'autorité d'exécution des peines. Des règles de conduite pourront lui être imposées, comme l'obligation de suivre une thérapie, l'interdiction de consommer de l'alcool, etc. La libération conditionnelle est possible lorsque le détenu a exécuté les deux tiers de sa peine, ou après 15 ans s'il a été condamné à une peine privative de liberté à vie.

Pour aller plus loin :

*Certains détenus ont des **besoins particuliers**, et la loi permet également d'en tenir compte. Ainsi, les détenus malades, âgés ou encore les détenues enceintes ou vivant avec un enfant en bas âge, peuvent être soumis à des règles particulières, parfois moins contraignantes que les règles imposées aux détenus ordinaires.*

5. Le droit pénal des mineurs

Lorsqu'un adulte commet une infraction, on présume en général qu'il l'a fait par choix, parce que son caractère est faible et/ou que ses valeurs sont douteuses. Mais il est une catégorie de délinquants dont on considère qu'ils agissent parfois de façon répréhensible non parce qu'ils sont mauvais, mais simplement parce qu'ils sont immatures. Ce sont les jeunes. Le droit suisse, comme de nombreux droits contemporains, connaît ainsi des règles particulières lorsqu'il s'agit de sanctionner un **jeune délinquant**.

La **Loi fédérale sur le droit pénal des mineurs** (DPMin) s'applique aux enfants dès 10 ans et aux adolescents de moins de 18 ans ayant commis des infractions.

Pour aller plus loin :

Avant 10 ans, on ne peut pas être reconnu coupable d'une infraction, aussi grave soit-elle ; un enfant de 9 ans qui tuerait sa sœur serait ainsi confié aux services de protection de la jeunesse, mais ne se verrait pas infliger de peine. Le droit suisse se distingue sur ce point du droit de nombreux Etats américains, notamment, qui permettent de poursuivre les enfants dès 6 ou 7 ans.

Les règles contenues dans la partie générale du Code pénal s'appliquent également aux jeunes ayant commis des infractions (responsabilité pénale, intention, faits justificatifs, degrés de participation, etc.). Dans le même sens, les infractions pouvant être commises par les jeunes sont identiques aux délits réprimés chez les adultes. La partie spéciale du Code pénal et le droit pénal accessoire s'appliquent donc aussi à eux. En revanche, le droit pénal des mineurs se distingue du droit pénal des adultes au niveau des sanctions imposées ainsi que de la procédure et des autorités chargées de les juger.

Concernant les sanctions, le **besoin d'éducation** occupe une place centrale, et les mesures, plus éducatives, prennent le pas sur les peines strictement punitives, qui ne sont prononcées qu'en dernier recours. Lorsqu'un jeune est reconnu coupable d'une infraction, l'autorité peut donc prononcer une **surveillance** (soit imposer aux parents un droit de regard de l'autorité sur l'éducation dispensée), une **assistance personnelle** (qui consiste pour l'autorité à soutenir les parents dans l'éducation et à aider le jeune dans sa formation et/ou son traitement), le **traitement ambulatoire** (c'est-à-dire obliger le mineur souffrant d'un trouble mental ou d'une addiction à se soigner) et le **placement**, en famille d'accueil ou dans un établissement (ouvert ou fermé).

Si une peine est nécessaire, l'autorité pourra prononcer une **réprimande**, une **prestation personnelle** (soit un travail d'intérêt général ou l'obligation de

suivre des cours), une **amende** de CHF 2000.- au maximum ou **la privation de liberté** si le jeune est âgé de 15 ans au moins. Ces peines peuvent être assorties du sursis, auquel cas l'autorité pourra imposer au jeune condamné des règles de conduite.

Pour aller plus loin :

La peine privative de liberté est d'une durée maximale de 1 an pour le mineur qui avait quinze ans au jour de l'infraction, tandis qu'elle est de 4 ans au plus pour le jeune qui avait au moins 16 ans au jour de l'infraction.

La **prescription** de l'action pénale et la prescription de la peine connaissent également des règles particulières pour les mineurs, les délais étant plus courts que dans le cas des adultes (art. 36 et 37 DPMIn). Ainsi, l'action pénale se prescrira :

- par 5 ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans en vertu du droit applicable aux adultes ;
- par 3 ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus en vertu du droit applicable aux adultes ;
- par 1 an si l'infraction est passible d'une autre peine en vertu du droit applicable aux adultes.

Par ailleurs, en cas d'infraction grave dirigée contre un enfant de moins de 16 ans, la prescription de l'action pénale courra en tout cas jusqu'au jour où la victime aura 25 ans.

Pour aller plus loin :

La délinquance juvénile fait régulièrement la une des médias et les discours politiques sont souvent très alarmistes sur le sujet, certains prétendant que la situation empire constamment. Pourtant, les statistiques nous montrent que la délinquance juvénile diminue depuis plusieurs années. Par ailleurs, la grande majorité des jeunes délinquants ne commettent que des délits peu graves et ne passeront jamais à une délinquance plus violente. Il est indéniable que certains jeunes commettent des délits graves et doivent être pris en charge, mais cela reste une infime minorité d'entre eux.

Finalement, le droit pénal des mineurs connaît une particularité qui n'existe pas en droit pénal des adultes, à savoir la possibilité de suspendre la procédure pénale au profit d'une **médiation** entre le jeune et sa victime. Les deux protagonistes se rencontrent alors en présence d'un médiateur afin de trouver un arrangement qui peut prendre la forme d'excuses, d'une réparation financière, d'une compensation symbolique, etc.

6. Le casier judiciaire

Pour les adultes, le casier judiciaire recense notamment les jugements pour crime et délit si une peine ou une mesure a été prononcée, ainsi que les jugements pour contravention si une amende de plus de CHF 5'000.- ou un travail d'intérêt général de plus de 180 heures ont été prononcés (art. 366 al. 2 CP et Ordonnance VOSTRA ; état mars 2016).

Pour les mineurs, le casier judiciaire comporte les jugements pour un crime ou un délit lorsqu'une peine privative de liberté, un placement, un traitement ambulatoire ou une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique ont été prononcés (art. 366 al. 3 CP). Concernant les jugements pour contravention, ils ne sont inscrits au casier judiciaire que lorsqu'une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique a été prononcée (art. 366 al. 3bis CP).

Les inscriptions au casier judiciaire sont effacées après des délais variant selon le type de peine prononcée (art. 369 CP).

Enfin, toute personne peut demander un extrait de son casier judiciaire ; sur l'extrait ne figurent que les jugements pour crime et délit (les jugements pour contravention n'étant mentionnés que s'ils ont été assortis de l'interdiction d'exercer une activité).

Bibliographie

- DONGOIS NATHALIE, BICHOVSKY AUDE, BLANK SANDRA, MAIRE VIRGINIE, PAREIN LOÏC, VUILLE JOËLLE, Code pénal : partie générale (art. 1-110) – Tables pour les études et la pratique, 4^e éd., Bâle 2016
- HURTADO POZO JOSE, Droit pénal général, Théorie – Méthodologie de résolution de cas pratiques – Tableaux synoptiques – Répertoire alphabétique, 2^e éd., Zurich 2013
- KILLIAS MARTIN, KUHN ANDRE, DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016
- KUHN ANDRE, Sommes-nous tous des criminels ?, Grolley 2002
- PERRIER CAMILLE, VUILLE JOËLLE (édit.), Procédure pénale suisse : tables pour les études et la pratique, 2^e éd., Bâle 2011