

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP

Faculté des Sciences juridiques et politiques



**Licence 3 Sciences juridiques, Carrières affaires et judiciaires.**

**ENTREPRISE INDIVIDUELLE**

**EQUIPE PEDAGOGIQUE**

Chargés du cours magistral : Pr Cheikh A. Wahab NDIAYE et Pr Moussa GUEYE

Chargés des travaux dirigés :

Coordonnateur : Dr. Bira Lô NIANG

Membres

- Mme Fatou Seck YOUM GUEYE
- Dr. Papa Abel Keyi Magic NDONG
- Dr. Yacente Diene NDIONE
- Dr Fatoumata Bintou DIA BIAYE
- Dr Thierno Amadou NDIOGOU

**Séance 2**

**Thème : Les actes de commerce**

**Exercice 1 : note écrite sur le domaine de la commercialité par accessoire dans l'AUDCG**

**Exercice 1 : commentaire d'arrêt**

COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE (C.C.J.A), ARRET N° 053/2005 du 15 décembre 2005, Affaire : Société COTE D'IVOIRE CEREALES (Conseil : Maître Francis KOUAME KOFFI, Avocat à la Cour) contre Société SHANNY CONSULTING (Conseils : La SCPA AHOUSSOU, KONAN et Associés, Avocats à la Cour), Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 6, juin-décembre 2005, p. 35.- Le Juris Ohada n° 2/2006, p. 6.

Pourvoi : n° 109/2003/ PC du 20 novembre 2003

LA COUR,

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Deuxième Chambre, a rendu l'Arrêt suivant en son audience publique du 15 décembre 2005, où étaient présents :

- MM. Antoine Joachim OLIVEIRA, Président, rapporteur Doumssinrinmbaye BAHDJE, Juge Boubacar DICKO, Juge

Et Maître ASSIEHUE Acka, Greffier ;

Sur le pourvoi enregistré au greffe de la Cour de céans sous le numéro 109/2003/PC du 20 novembre 2003 et formé par Maître Francis KOUAME KOFFI, Avocat à la Cour d'Appel d'Abidjan, y demeurant 04, avenue Jean Paul II, Immeuble CCIA, 12e étage, agissant pour le compte de la Société COTE D'IVOIRE CEREALES, société anonyme, ayant son siège à Abidjan, PK 21, route de Dabou, 01 BP 2040 Abidjan 01 ;

En cassation de l'Arrêt n° 108 rendu le 04 février 2003 par la Cour d'Appel d'Abidjan, au profit de la Société SHANNY CONSULTING, Société à responsabilité limitée, sise à Abidjan Plateau, immeuble « SITARAIL », 1er étage, ayant pour Conseils la SCPA AHOUSSOU, KONAN et

Associés, Avocats à la Cour d'Appel d'Abidjan, y demeurant 19, boulevard Angoulvant, Résidence Neuilly 1er étage, et dont le dispositif est le suivant :

« Statuant publiquement, contradictoirement en matière civile et en dernier ressort :

- Déclare recevable et bien fondé l'appel relevé par la Société SHANNY CONSULTING ;
- Infirme le jugement n° 178 rendu par le Tribunal de Première Instance de Yopougon en date du 19 février 2001, en toutes ses dispositions ;

Statuant à nouveau :

- Condamne la Société COTE D'IVOIRE CEREALES à payer à SHANNY CONSULTING, la somme de 24.658.333 FCFA ;
- Condamne l'intimée aux dépens ; »

La requérante invoque à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation tels qu'ils figurent à la requête annexée au présent arrêt ;

Sur le rapport de Monsieur Antoine Joachim OLIVEIRA, Président :

Vu les dispositions des articles 13 et 14 du Traité relatif à l'Harmonisation du droit des Affaires en Afrique ;

Vu le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA ; Attendu qu'il ressort des pièces du dossier de la procédure, que par contrat en date du 12 octobre 1999, la Société COTE D'IVOIRE CEREALES a confié à la Société SHANNY CONSULTING, la commercialisation publicitaire et promotionnelle de ses produits pour la période allant d'octobre 1999 au 1er septembre 2000, moyennant le paiement d'un prix forfaitaire de 75.000.000 FCFA ; que le 29 septembre 2000, la Société COTE D'IVOIRE CEREALES a adressé à la Société SHANNY CONSULTING, une lettre signée de son Directeur Général, Monsieur Daouda KANTE, et libellée comme suit : « Suite à l'entretien du 08 septembre 2000 entre vous, d'une part, et d'autre part, Monsieur KANTE Daouda, PDG et Madame Diane MAOUA, DGA du groupe DOMAK COTE D'IVOIRE CEREALES, nous avons revu le contenu de notre entretien par rapport à notre situation actuelle. Partant de là, nous venons très respectueusement, vous proposer pour [l'apurement] de votre solde dans nos livres, à savoir : (30.000.000 + 10.000.000 - 13.100.000) = 26.900.000 FCFA. Solde que nous comptons régler selon nos possibilités en 12 mois, à compter de fin décembre 2000, soit pour chaque mensualité 2.241.667 FCFA, jusqu'à l'extinction de la dette, qui interviendra fin novembre 2001 » ; que la Société COTE D'IVOIRE CEREALES n'ayant pas honoré ses engagements, SHANNY CONSULTING l'a assignée en paiement de la somme de 28.900.000 FCFA devant le Président du Tribunal de

Première Instance de Yopougon ; que par Ordinance d'injonction de payer n° 92/2001, rendue le 27 mars 2001, ladite juridiction a fait droit à la demande de paiement précitée ; que la Société COTE D'IVOIRE CEREALES a formé opposition devant la même juridiction qui, par Jugement n° 178 du 19 février 2003, a rétracté l'ordonnance susvisée ; que sur appel formé par la Société SHANNY CONSULTING contre le Jugement n° 178, la Cour d'Appel d'Abidjan a rendu le 04 février 2003, l'Arrêt n° 108 dont pourvoi, et qui a infirmé le jugement entrepris et condamné la Société COTE D'IVOIRE CEREALES à payer à la Société SHANNY CONSULTING, la somme de 24.658.133 FCFA ;

Sur les deux moyens réunis :

Vu l'article 5 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général ;

Attendu qu'il est reproché à l'arrêt attaqué, d'une part, d'avoir retenu que la lettre en date du 29 septembre 2000, par laquelle la Société COTE D'IVOIRE CEREALES a proposé à la Société SHANNY CONSULTING apurement du solde de leur compte, d'un montant de 26.900.000 FCFA, s'analysait en une reconnaissance de dette, alors que celle-ci n'était pas manuscrite par la Société COTE D'IVOIRE CEREALES et ne comportait la mention « bon et approuvé », comme l'exige l'article 1326 du Code civil ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'Appel a violé l'article susvisé ; d'autre part, d'avoir fait droit à la demande de paiement de la somme de la somme de 26.900.000 francs formulée par la Société SHANNY CONSULTING, sans vérifier si cette dernière avait exécuté toutes ses obligations contractuelles ; qu'ainsi, l'arrêt attaqué est sans fondement et doit être cassé ;

Mais attendu que l'article 1326 du Code civil ne s'applique pas lorsqu'il s'agit, à l'égard des commerçants, de prouver des actes de commerce, lesquels, conformément à l'article 5 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, se prouvent par tous moyens ;

Attendu que par lettre en date du 29 septembre 2000 adressée à la Société SHANNY CONSULTING, la Société COTE D'IVOIRE CEREALES ayant pour activité la commercialisation du maïs et du riz, s'était engagée à apurer le solde du compte existant entre elles ; que dès lors, en retenant que ladite lettre valait reconnaissance de dette de la Société COTE D'IVOIRE CEREALES à l'égard de la Société SHANNY CONSULTING, l'Arrêt attaqué se trouve légalement justifié au regard des seules dispositions de l'article 5 de l'Acte uniforme susvisé ; que par voie de conséquence, la Cour d'Appel d'Abidjan, à qui il est reproché d'avoir omis de vérifier si la Société SHANNY CONSULTING avait exécuté toutes ses obligations contractuelles, n'avait pas

à effectuer de recherche sur ce point excipé par la requérante ; d'où il suit que les moyens ne sont pas fondés et doivent être rejetés ;

Attendu que la Société COTE D'IVOIRE CEREALES ayant succombé, doit être condamnée.

**PAR CES MOTIFS**

Statuant publiquement, après en avoir délibéré :

- Rejette le pourvoi formé par la Société COTE D'IVOIRE CEREALES contre l'Arrêt n° 108 rendu le 04 février 2003 par la Cour d'Appel d'Abidjan ;
- La condamne aux dépens.

Ainsi fait, jugé et prononcé les jour, mois et an que dessus et ont signé :

Le Président Le Greffier

**Bibliographie indicative**

**Ouvrages généraux de droit commercial.**

- Cheikh A. Wahab NDIAYE, *Droit des entreprises individuelles*, Harmattan, 2018.
- E. CORDELIER, *Droit commercial et droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 304 pages.
- V. GRELLIERE, « De l'illicéité ou non de l'association commerçante », *RTD com.* 1997. 537.
- Stéphane PIEDELIEVRE, Droit commercial (Actes de commerce - Commerçants Fonds de commerce Concurrence - Consommation), Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2017
- Georges DECOCQ et Aurélie BALLOT-LENA, Droit commercial (Actes de commerce - Commerçants - Fonds de commerce - Baux commerciaux - Concurrence - Consommation - Contrats commerciaux), Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2015
- Michel Pédamon et Hugues KENFACK, Droit commercial (Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce), Droit privé, 4<sup>e</sup> éd., 2015
- Dimitri HOUTCIEFF, Droit commercial (Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce. Contrats commerciaux. Concurrence. Instruments de paiement et de crédit), Droit privé, 4<sup>e</sup> éd., 2016
- Dominique LEGEAIS, Droit commercial et des affaires, Droit privé, 24<sup>e</sup> éd., 2017

**Articles de références**

- B. BRIGNON, « Conséquences de la commercialité des actes », *RTD com.* 2015.

- B. DONDERO, « La présomption de solidarité en matière commerciale : une rigueur à modérer », D. 2009. Chron. 1097
- L. Ruet « Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial », RTD com. 1991. 151

## Documents

RTD Civ.

**RTD Civ. 2018 p.45**

### **Nul ne peut se constituer de titre à soi-même... C'est-à-dire ?**

**Clémence Mouly-Guillemaud, Maître de Conférences HDR, Directrice du magistère-DJCE, Université de Montpellier**

#### **L'essentiel**

« Nul ne peut se constituer de titre à soi-même ». La formule est célèbre, ressassée dans les prétoires en dépit de sa portée incertaine puisque celle-ci varie au fil du temps. Désormais, elle est figée par l'article 1363 du code civil en une portée qui se veut « limitée à la preuve des actes juridiques », afin de consacrer « la jurisprudence la plus récente », selon le rapport remis au Président de la République. Cette limitation est opportune car elle tend à exclure du champ de cette formule la preuve des faits. Mais elle est toutefois insuffisante car l'irrecevabilité du procédé unilatéral ne devrait pas intéresser tout acte juridique. Plus encore, si cette exclusion est souhaitée, elle ne peut être inférée de la lettre de l'article 1363 et le nouvel ordonnancement du droit de la preuve confère à la formule une portée inédite.

**1. Constat préliminaire.** Le nouvel article 1363 du code civil consacreraient, selon le rapport remis au président de la République<sup>(1)</sup>, « un principe essentiel du droit de la preuve ». Ce principe, pourtant ignoré par le projet de réforme, énonce que « nul ne peut se constituer de titre à soi-même ». Évidente en son précepte, élégante en sa forme, cette maxime plait et la jurisprudence, largement encouragée par les plaideurs, en « use et abuse »<sup>(2)</sup>. Il est ainsi remarquable que le défendeur la privilégié souvent à l'ancien article 1341, devenu 1359, qui impose une preuve préconstituée, pour contester la créance que son adversaire fonde sur ses seules factures<sup>(3)</sup> ou l'existence d'un prêt que la banque établie par ses seuls documents<sup>(4)</sup>.

Pourtant, bien qu'empreint de bon sens, son précepte est « inutile »<sup>(5)</sup>. Tout au moins, en son acception originelle. Or, les approximations du vocabulaire probatoire facilitèrent une

première fois son galvaudage, tandis que sa consécration nouvelle devrait lui conférer un tout autre sens.

**2. La formulation originelle d'une impossibilité matérielle.** Si l'adage traduit une vérité qui sut traverser les siècles, ce n'est qu'en ce qu'il rappelle une simple évidence : nul ne peut se constituer seul une preuve parfaite<sup>(6)</sup>. Assurément, la polysémie du terme « titre »<sup>(7)</sup> trouble sa compréhension, ici restreinte à la seule « preuve littérale parfaite par laquelle est établi le droit subjectif »<sup>(8)</sup>. En cette acception, le précepte de l'adage ne prohibe pas mais opère un simple constat.

Ce constat s'impose avec évidence pour l'acte sous seing privé ou authentique<sup>(9)</sup>, également pour l'aveu, reconnaissance d'un fait au détriment de son auteur, mais encore pour le serment décisoire qui doit être déféré, et suppose l'initiative de l'adversaire. Au fond, c'est encore dire que nul ne saurait se créer un droit à lui-même, puisque ces preuves parfaites lient le juge quant à leur contenu, celui-ci étant alors dépourvu de pouvoir d'appréciation du droit objet du procédé de preuve. « Le sens énergique, mais étroit, de l'adage est donc que personne ne saurait, par un acte dont il serait le seul auteur, s'autoproclamer propriétaire, acquéreur, créancier, usufruitier, [...] »<sup>(10)</sup>. Ce faisant, l'adage constate l'impossibilité de se constituer une preuve parfaite unilatérale<sup>(11)</sup>, mais ne proscrit pas.

Ceci dit, le droit de la preuve ne réprouve pas le procédé unilatéral par principe. Bien au contraire, les textes en organisent la force probante, que l'on songe à la comptabilité régulièrement tenue du commerçant, susceptible de constituer un indice au bénéfice de son auteur<sup>(12)</sup>, à l'instar des papiers domestiques, tout au moins théoriquement ceux rédigés avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016<sup>(13)</sup>. De même, l'indivisibilité de l'aveu<sup>(14)</sup> permet à son auteur de tirer avantage de sa confession, tandis que le serment décisoire conditionne l'issue du litige aux dires d'une partie. Tout aussi explicite est l'article 1924<sup>(15)</sup>, en ce qu'il préfère les affirmations du seul dépositaire à l'incertitude née d'une contestation quant à la réalité ou la correcte exécution du dépôt. En cette même logique, les attestations de tiers doivent mentionner les liens suggérant une partialité envers la partie à laquelle elles profitent, sans que celle-ci ne soit cause d'irrecevabilité<sup>(16)</sup>.

Une preuve unilatéralement établie n'est donc pas intrinsèquement dépourvue de valeur probante. Dans le système moral, la preuve est par principe libre. Elle sera recevable, l'unilatéralisme du procédé ne devant influencer que sa force probante et le juge appréciera souverainement la conviction qu'elle peut susciter en dépit de sa faible objectivité. En revanche, dans le système légal, seules sont recevables par principe<sup>(17)</sup> les preuves parfaites et partant nul procédé unilatéralement constitué, non parce que l'adage le proscrit, mais parce que nul procédé ne le permet.

**3. La réception d'une évidence bien incertaine.** Sans doute parce qu'une preuve unilatéralement constituée est nécessairement partielle, parce qu'elle ne sert pas la vérité<sup>(18)</sup>, parce qu'elle place une partie à la merci de son adversaire, l'adage fut paré d'un tout autre sens et permit un temps<sup>(19)</sup> de fonder l'irrecevabilité de toute preuve servant les intérêts de son auteur, que celle-ci tende à attester d'un fait ou d'un acte juridique. En sa

version moderne, la formule selon laquelle « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ne rappelle plus une évidence mais produit un effet normatif en interdisant la recevabilité de ce mode de preuve.

Mais les postulats conceptuels au soutien de cette irrecevabilité sont fragiles, largement « réversibles »<sup>(20)</sup> car la partialité postulée se révèle toute aussi relative que la vérité judiciaire<sup>(21)</sup>. L'anathème de l'unilatéralité contredit les règles probatoires susmentionnées<sup>(22)</sup>. L'effet n'en est pas plus heureux, puisqu'il prive une partie de la possibilité d'étayer la vraisemblance de son allégation et le juge de la possibilité de se forger une conviction<sup>(23)</sup> alors que la recevabilité de la preuve ne préjuge pas de son aptitude à convaincre<sup>(24)</sup>. Excessive, la formule si aisément accueillie ne pouvait être appliquée<sup>(25)</sup>.

La Cour de cassation s'en persuade rapidement et, après avoir annoncé dans son rapport de l'année 2012 le sens étroit qu'il convient de prêter à la formule, susceptible de n'intéresser que les seules preuves parfaites<sup>(26)</sup>, elle proclamera avec bien davantage de constance que par le passé que « le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même n'est pas applicable à la preuve d'un fait juridique »<sup>(27)</sup>.

Sans doute l'affirmation se veut-elle simple, aisée à marteler pour mieux combattre la portée excessive initialement attribuée à la formule et si bien reçue dans « l'imaginaire collectif »<sup>(28)</sup>. Elle n'est cependant qu'approximative car elle vise non pas le système moral mais la seule preuve de faits. Or, *a contrario*, tout juriste comprendra que si la preuve d'un fait peut être apportée par tout moyen, celle d'un acte juridique ne peut pas être supportée par des indices unilatéralement constitués. Cette lecture *a contrario* intègre les actes juridiques dans le champ de l'adage pourtant relatif au seul système probatoire légal. C'est néanmoins cette lecture *a contrario* qui s'impose et qu'entend consacrer le nouvel article 1363, dont l'esprit est explicité par le Rapport, énonçant que « conformément à la jurisprudence la plus récente, la portée de ce principe est limitée à la preuve des actes juridiques ». Ainsi figé dans le code, cet article interdit la preuve d'un acte juridique par un procédé unilatéral. La portée nouvellement prêtée à l'adage serait alors fonction de l'objet de la preuve, acte ou fait juridique. Néanmoins, si tel en est l'esprit souhaité (I), cette portée ne se retrouve pas dans la lettre de la réforme (II), qui organise le droit de la preuve non pas en considération de son objet mais au vu de son procédé, le chapitre III du Titre IV distinguant « Les différents modes de preuve ». En initiant la section relative à « La preuve par écrit », le champ de l'article 1363 n'est donc pas restreint aux actes juridiques, mais intéresse la production de tout écrit émanant de son auteur.

## I - L'esprit : nulle preuve unilatérale d'un acte juridique

4. Si l'article 1363 doit interdire tout procédé unilatéral dans la démonstration d'un acte juridique, cette interdiction a nécessairement vocation à s'appliquer aux actes dont la preuve n'a pourtant pas à être préconstituée (A). Inédite, cette irrecevabilité nouvelle au sein du système moral se révélera litigieuse car insuffisamment conceptualisée (B).

## A - L'irrecevabilité de l'indice unilatéral dans le système moral

**5. Champ d'application.** L'article 1363 n'a pas pour dessein de reprendre le précepte bien inutile de l'adage, qui ne fait que rappeler l'impossibilité concrète de se constituer unilatéralement un procédé de preuve recevable dans le système légal, mais intéresse tout acte juridique.

L'absence totale de pertinence de cette exigence se révèle avec évidence en ce qui concerne les actes juridiques unilatéraux. Par exemple, son application interdirait au preneur de se prévaloir de son propre congé pour contester sa dette relative aux loyers subséquents, puisque l'article 1363 lui interdit de prouver l'existence d'un acte juridique par son propre écrit. Cette incohérence paraît suffisante à écarter le jeu de ce texte à cette occurrence<sup>(29)</sup>, quand bien même la généralité de sa lettre ne le permet guère.

Même limité aux seuls actes conventionnels, l'article 1363 devrait régir les actes juridiques relevant ou non du précepte de l'article 1359 (anc. 1341) du code qui prévoit la preuve « par écrit sous signature privée ou authentique » de tout acte portant sur une valeur supérieure à 1 500 €. Si l'acte entre dans le champ de ce dernier texte, l'article 1363 est inutile, car nul procédé unilatéral ne pourra soutenir la prétention de la partie dont on attend en principe une preuve parfaite<sup>(30)</sup>. Autrement dit, l'article 1359 suffit à édicter l'impossible recevabilité d'un procédé unilatéral. Dès lors, l'article 1363 ne trouve à s'appliquer utilement qu'aux actes juridiques ne relevant pas de l'impératif de l'article 1359 du code civil, c'est-à-dire ceux relevant du système moral.

**6. Implications.** En matière civile, seront principalement concernés les actes portant sur un montant inférieur à 1 500 € ou ceux dont le contexte de la conclusion autorise le demandeur à se prévaloir d'une exception à l'exigence de l'article 1359, à savoir une impossibilité morale, matérielle, et désormais usuelle<sup>(31)</sup> ou d'un commencement de preuve par écrit<sup>(32)</sup>. En ces hypothèses également, nulle preuve unilatérale ne sera recevable.

Cette exigence nouvelle interdira le maintien des solutions antérieures, qui autorisaient un créancier à établir sa prétention par ses propres factures, lorsqu'elles étaient cohérentes en leur contexte<sup>(33)</sup>, ou par ses propres décomptes<sup>(34)</sup>.

Il conviendra également de déterminer si cette irrecevabilité s'applique à la preuve d'un acte juridique par un tiers. S'il est admis que celui qui entend se prévaloir d'un acte auquel il n'est pas partie peut librement prouver son existence<sup>(35)</sup>, l'article 1363 devrait néanmoins limiter les modes de preuves recevables en interdisant ceux unilatéralement constitués. En cela également, la prohibition s'étendrait au-delà des solutions jurisprudentielles<sup>(36)</sup>.

Plus encore, les matières empreintes du principe de liberté de la preuve ne devraient pas échapper à cette prohibition nouvelle, désormais dissociée du système légal. Hier quelques décisions traduisaient la volonté de la Cour de laisser hors du champ de la prohibition tant la preuve d'un acte juridique unilatéral en droit du travail que celle de tout acte entre commerçants. En ces occurrences, l'approximation de la formule selon laquelle le principe « n'est pas applicable à la preuve d'un fait juridique » se révélait avec évidence lorsque le litige portait sur la preuve d'un acte juridique exempt de l'impératif de l'ancien article 1341 du

code civil. Aussi la Cour préférat-elle affirmer que « le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même n'est pas applicable en matière commerciale »<sup>(37)</sup> ou « qu'en matière prud'homale, la preuve est libre »<sup>(38)</sup>.

Demain, l'article 1363 ne permettra plus de tels contournements. Parce que le système légal n'est pas critère de son application, l'affirmation de la liberté de la preuve entre commerçants, énoncée à l'article L. 110-3 du code de commerce<sup>(39)</sup>, ne devrait pas pouvoir écarter la nouvelle prohibition du procédé de preuve unilatéral lorsqu'un acte juridique est litigieux. En effet, la liberté de la preuve s'oppose à la hiérarchisation légale des modes de preuve mais elle ne saurait conférer valeur ou force probante à un procédé qui en est intrinsèquement dépourvu<sup>(40)</sup>, à l'instar d'un procédé déloyal<sup>(41)</sup> ou, désormais, unilatéral<sup>(42)</sup>. L'article 1363 interdira ainsi qu'un commerçant puisse prouver sa prétention par ses propres factures, alors que la valeur probante d'un tel procédé pouvait ponctuellement suffire, en dépit de sa faible force probante, à emporter la conviction des juges. C'est ainsi que le demandeur put convaincre de la réalité de sa créance par la production de ses propres déclarations fiscales<sup>(43)</sup> ou de ses seules factures car certaines étaient déjà acquittées par le débiteur<sup>(44)</sup>, ou qu'un autre obtint gain de cause en avançant, outre ses factures, deux lettres de mise en demeure et un courrier de rappel, mais nul indice provenant de son adversaire<sup>(45)</sup>.

L'article 1363 ne consacre donc pas une jurisprudence constante, mais étend largement la portée d'un adage, il est vrai galvaudé. Ce faisant, cette prohibition nouvelle sera bien incertaine.

## B - L'insuffisante conceptualisation de l'irrecevabilité

**7. Quelle sécurité ?** L'irrecevabilité nouvellement édictée des preuves unilatérales dans la démonstration d'un acte juridique trouvera sans doute quelques soutiens. Au-delà des considérations conceptuelles susmentionnées<sup>(46)</sup>, son mérite serait encore pratique. Elle permettrait de clore, par exemple, l'abondant contentieux relatif au sort d'un créancier qui n'étaye sa prétention que par ses propres factures. Hier, la reconnaissance d'une créance étayée par de tels indices était incertaine en des contextes pourtant similaires<sup>(47)</sup>, demain l'incertitude ne sera plus : dépourvu de tout mode de preuve recevable au soutien de son allégation, le prétendu créancier succombera. Peu importe que l'incertitude résulte actuellement de l'appréciation distincte de la force probante du procédé unilatéral, la sécurité du potentiel débiteur sera garantie par la prohibition du procédé unilatéral qui anticipe toute appréciation judiciaire.

Mais l'exemple ici choisi relève avec évidence du domaine de cette irrecevabilité. Celle-ci, inédite, n'est pas conceptualisée et partant délimitée. Le gain de sécurité doit alors être relativisé, tant les interrogations quant à la portée du nouveau texte sont nombreuses<sup>(48)</sup>.

**8. Quelle unilatéralité ?** Davantage ressentie que clairement déterminée, la qualification même de l'unilatéralité d'une preuve est incertaine : qu'est-ce qu'une preuve « faite à soi-même »<sup>(49)</sup> ? Avec évidence, de nombreuses décisions visent la formule pour écarter «

l'attestation »<sup>50</sup>, « la déclaration »<sup>51</sup> ou « le récit des faits »<sup>52</sup> rédigé par le demandeur lui-même. Pourtant, le procédé ne nous paraît pas relever de la « preuve à soi-même », car son inanité, que l'on pressent aisément, relève moins de son caractère unilatéral que de l'absence de démonstration qu'il sous-tend : en l'absence totale d'autonomie, le procédé ne relève pas de la démonstration mais seulement de l'affirmation. Il n'est pas preuve mais allégation<sup>53</sup>. La difficulté est alors précisément de cibler l'élément susceptible de conférer une once d'autonomie au procédé mais non trop d'objectivité pour correspondre au champ de la prohibition.

En fonction de l'acception qui en sera privilégiée, les témoignages de tiers intéressés deviendront litigieux alors même que les règles procédurales induisent leur recevabilité, les liens de parenté ou d'alliance, de subordination ou de communauté d'intérêt avec une partie devant simplement être mentionnés<sup>54</sup>. Hier, la formule n'interdisait pas de prouver sa prétention par des attestations de parents<sup>55</sup>, de l'agent comptable<sup>56</sup> ou tout autre préposé<sup>57</sup> de l'intéressé, pas plus que celle de son représentant légal<sup>58</sup>. Qu'en sera-t-il demain ?

Quelle que soit l'acception de ce nouveau principe, l'incertitude se propagera à la recevabilité des écrits antérieurs émanant du débiteur en preuve<sup>59</sup>, à ses e-mails, aux données automatiquement enregistrées par son système informatique<sup>60</sup> voire même aux captures d'écrans ou copies lorsqu'elles seront réalisées par ses propres appareils. Et qu'en sera-t-il des démarches réalisées par son propre avocat<sup>61</sup> ?

**9. Quels actes ?** Le procédé n'est pas seul en cause et l'objet de la démonstration, fait ou acte juridique, s'il doit conditionner l'application de l'article 1363, ne manquera pas d'alimenter les controverses. Alors que l'article 1342-8 ambitionne de clore celle relative au paiement en affirmant la liberté de sa preuve, il conviendra désormais de déterminer si ce texte conforte sa nature de fait ou, à l'inverse, déroge au régime qui devrait être le sien en tant qu'acte juridique, puisque la recevabilité du procédé unilatéral en dépendra. En effet, ce fut dit<sup>62</sup>, la liberté de la preuve ne saurait autoriser la recevabilité d'un mode de preuve prohibé par la loi. Soulignons, par exemple<sup>63</sup>, que le débiteur ne pourra prouver le paiement d'une somme d'argent par la production de ses documents comptables, extraits de comptes bancaires et talons de chèques<sup>64</sup>. En ce qui concerne la preuve du paiement d'une obligation de faire, si on l'estime plus aisée car les actes d'exécution laissent souvent des traces, il conviendra désormais que celles-ci ne procèdent pas de constats unilatéralement effectués<sup>65</sup>. Sera également concernée la preuve du contenu de l'acte, alors que hier, l'information relative aux conditions d'accès à un tarif pouvait être prouvée par la copie du titre de transport et des extraits du site internet du prestataire<sup>66</sup>. Demain, pourra-t-on encore attester du contenu de l'accord par la production de ses propres conditions générales de vente ? Et, à l'extrême, le contrat d'adhésion, celui dont les conditions « sont déterminées à l'avance par l'une des parties »<sup>67</sup>, ne doit-il s'entendre d'un acte unilatéralement constitué ?

**10. Quel effet ?** Les contours mêmes de la prohibition sont incertains. La formule n'a de portée qu'en ses applications et celles-ci, lorsqu'elles ne sont pas évasives<sup>68</sup>, sont contradictoires.

Une décision ancienne de la Cour de cassation énonce que la formule « interdit simplement au juge d'accueillir la preuve d'un acte juridique à la seule vue d'un document dressé par l'un des plaideurs à son avantage et contesté dans son contenu »<sup>(69)</sup>. Selon cette solution, le procédé unilatéral est dépourvu non pas de valeur probante, mais simplement de force probante et dans la seule hypothèse où il n'est pas corroboré par des éléments extrinsèques<sup>(70)</sup> à son auteur. Il est assurément difficile de lire dans la formule lapidaire de l'article 1363 qu'elle limite seulement la force probante de l'élément unilatéral lorsqu'il est seul élément proposé au juge pour attester d'un acte juridique. Il paraît également délicat, lorsqu'il s'agira de censurer le juge qui n'en aurait pas respecté le précepte, de lui reprocher d'avoir été convaincu par un procédé présumé non convaincant, et ce dans le champ de son appréciation par principe souveraine<sup>(71)</sup>. Pourtant cette lecture, défendue<sup>(72)</sup> et ponctuellement réitérée<sup>(73)</sup>, a notre préférence, ne serait-ce que parce qu'elle permet de restreindre la portée d'un principe si peu opportun.

Mais cette lecture ne paraît pas celle majoritairement admise par les juridictions du fond, qui « écartent »<sup>(74)</sup> ou « rejettent »<sup>(75)</sup> des débats le procédé unilatéral, l'estiment « irrecevable »<sup>(76)</sup> ou dépourvu de « valeur probante »<sup>(77)</sup> et peu importe qu'il ne soit pas l'unique élément produit au soutien de la demande<sup>(78)</sup>. Il ne s'agit plus de priver l'élément unilatéral de force probante mais, en amont, de valeur probante et cette perception de la formule, sans doute celle qui s'induit le plus aisément de sa lettre lorsque l'on oublie que le titre ne devrait viser que la seule preuve parfaite, est celle qui tend à s'imposer<sup>(79)</sup>.

Et indépendamment des arguments au soutien de cette controverse, son existence même n'atteste-t-elle pas de l'insuffisante conceptualisation de ce « grand principe » ?

**11. Bilan.** Pour se préserver de telles incertitudes, il conviendra alors de préconstituer la preuve de tout acte juridique. Assurément, ceux entrant dans le champ de l'article 1359 doivent l'être en vertu de ce texte. Mais ceux dont la preuve est libre devront encore l'être pour que la partie qui supporte le risque de la preuve se préserve d'une inaptitude à la fournir en vertu de l'article 1363, ou tout au moins d'une longue procédure pour trancher la seule difficulté de la recevabilité du procédé.

Et ces incertitudes ne sauraient être levées par une exégèse du nouveau Droit, dont la lettre excède largement l'esprit.

## II - La lettre : nulle preuve par un écrit unilatéral

**12. Méfait de la vulgarisation.** Contrairement au voeu annoncé à l'occasion de la présentation de la réforme, l'article 1363 ne consacre pas « une jurisprudence constante de la Cour de cassation », mais va bien au-delà s'il s'agit de l'appliquer à tout acte juridique. Plus encore, si tel est le dessein, il ne s'induit pas de sa lettre. Comment d'ailleurs identifier une restriction de la formule aux seuls actes juridiques alors que le Rapport souligne au préalable que « par souci de simplicité, l'ordonnance ne retient pas la distinction entre les termes d'acte et d'écrit ». C'est ainsi non les seuls actes, mais tout écrit qui se trouve dans le champ

de la formule. Assurément, « quand on simplifie, on altère et on pervertit le discours juridique »<sup>80</sup> et peut-être ici plus qu'ailleurs car l'assimilation conduit à comprendre de l'article 1363 qu'il énonce « nul ne peut se constituer un écrit à soi-même » (A), prohibition inédite aux nombreuses répercussions (B).

#### A - Nul ne peut se constituer un « écrit » à soi-même

**13. Localisation.** Si, au titre des « différents modes de preuve », la section consacrée à « la preuve par écrit » ambitionne de détailler les seuls actes instrumentaires<sup>81</sup>, l'objectif ne transparaît pas dans le plan, la section 1 traitant indistinctement desdits actes mais également de « l'écrit ». Assurément, « l'écrit » probatoire est souvent assimilé par les juristes aux actes sous signature privée et authentique<sup>82</sup>, mais le raccourci est malheureux s'il doit être figé dans le plan du code civil. Plus encore, il ne paraît pas possible de restreindre cette section aux seuls actes instrumentaires ne serait-ce qu'au vu de la définition donnée de l'écrit, l'article 1365 l'identifiant comme « une suite de lettre, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible ». La section relative à « la preuve par écrit » intéresse ainsi le procédé de preuve consistant en une écriture, quelle qu'elle soit et *l'instrumentum* n'est qu'une preuve écrite parmi d'autres. Cette compréhension est également confortée par l'article 1367 qui distingue « l'acte juridique » des autres « écrits » par la « perfection » que lui confère la signature de son auteur.

En somme, en visant « la preuve par écrit », l'ordonnance ne traite pas des actes instrumentaires, mais de la preuve faite par une écriture (art. 1365), et l'article 1363 initie la sous-section emportant « dispositions générales » relative à ce mode de preuve, en interdisant qu'on puisse se constituer un « titre » à soi-même. Ici, le « titre » que l'on ne peut se constituer seul est « écriture ». Cette compréhension, induite de l'objet de la section, est encore confortée par l'assimilation explicite des termes « titre » et « preuve par écrit » réalisée par l'article 1368<sup>83</sup>. Ainsi, lorsque le plaideur propose un procédé de preuve écrit, les règles régissant ce procédé sont celles de cette section qui interdit *in limine* la production d'un titre unilatéralement constitué.

Si tel n'en était pas l'esprit, la lettre de l'article 1363 est claire : « nul ne peut se constituer de preuve écrite à soi-même » ou, plus élégamment formulé, « nul ne peut se prévaloir d'un écrit dont il est l'auteur ».

**14. Une portée inédite.** L'affirmation selon laquelle nul ne peut ainsi se prévaloir de ses propres écritures ne peut assurément se restreindre aux seuls actes juridiques, puisque les modes de preuve ne sont pas organisés en considération de l'objet sur lequel ils portent, mais en considération du procédé qui supporte la démonstration. L'impossibilité pour l'auteur d'un écrit de s'en prévaloir à titre de preuve est « disposition générale » à tout procédé de preuve écrit. Nul écrit unilatéralement constitué n'est recevable. Il importe donc peu que l'objet de la démonstration soit un acte juridique ou un fait, car même lorsque la preuve est libre, il n'en est ainsi qu'« hors les cas où la loi en dispose autrement » (art. 1358). Or, précisément, l'article 1363 prévoit une exception à cette liberté en interdisant la preuve

par un écrit qui émane de son auteur.

Soulignons également que la réforme vise, selon le Rapport, à détacher le droit de la preuve du droit des contrats, pour permettre « l'élaboration d'un droit général de la preuve [...] pour faire application de ces règles à toute preuve civile, et pas seulement à la preuve des obligations nées d'un contrat ». En raison de cette ambition, l'irrecevabilité de l'écrit constitué par son auteur, loin de concerner les seuls actes juridiques, intéresse tout fait, extra-contractuel ou quasi-contractuel.

**15. Une difficile réinterprétation.** Assurément, la lecture ici présentée de l'article 1363 force le trait, puisqu'elle n'est pas celle voulue. Néanmoins, l'incertitude demeure : comment restreindre le champ de la première section ainsi consacrée à la preuve par écrit, en estimant, par exemple, qu'elle ne concerne que les seuls actes instrumentaires, alors que l'organisation des règles sur la preuve, en considération du procédé et non de l'objet de la démonstration, contrarie cet espoir ? Comment serait-ce possible alors que cette section traite également des registres domestiques et professionnels (sous-section 4) (84) ? Plus encore, si l'interprétation a pour dessein de permettre de se détacher de la lettre pour privilégier l'esprit, son absence d'utilité originelle reviendrait à priver l'article de sens plutôt qu'à lui en conférer. Tel n'est normalement pas le dessein de l'interprétation.

Dans un même esprit, il pourrait être soutenu que cette section, en dépit de son large intitulé, ne régit que les écrits qui attestent directement de leur contenu tandis que les autres écrits, ceux qui n'ont vocation qu'à rendre l'objet de la preuve vraisemblable, relèvent d'une autre section, relative à la preuve par présomption judiciaire (art. 1382). Cette répartition implicite, en considération de l'objet de la démonstration, laisserait toutefois dans le champ de l'article 1363 des occurrences illogiques. D'une part, ce texte interdirait toujours à l'auteur d'un acte unilatéral de se prévaloir de son écrit : le preneur ne pourra se prévaloir de son propre congé notifié au bailleur pour contester les loyers subséquents, le pollicitant ne pourra opposer à l'acceptant les conditions de son offre à défaut d'être admis à produire celle-ci en justice, l'employeur ne pourra se prévaloir des mentions portées sur la copie de la lettre de licenciement (85). Plus encore, l'irrecevabilité interdirait également la production d'un écrit attestant du fait qu'il comporte : un vendeur ne pourrait invoquer les mentions relatives à l'origine du bien portées sur la facture (86), tandis que le débiteur d'une prestation matérialisée par un écrit ne pourra que difficilement prouver son exécution : l'auteur de ces lignes ne serait pas plus admis à prouver l'exécution de la commande de cet article en se prévalant de celui-ci, puisqu'il s'agit de ses propres écritures !

Surtout, pourquoi conviendrait-il d'interpréter ce texte, au demeurant fort clair, mais dont seules les préconceptions des juristes gênent la compréhension ? Espérons toutefois qu'une réinterprétation - défaut de son abrogation jurisprudentielle - puisse tout au moins s'imposer au vu de l'incohérence de ses applications.

## B - Des applications excessives

**16. Une extension inopportunne.** La formule « nul ne peut... » n'est désormais plus

conditionnée par l'objet de la démonstration, acte ou fait, mais par le procédé employé. Celui-ci étant l'écrit, procédé probatoire prépondérant, cette nouvelle acception du texte embrasse de nombreuses implications précédemment suggérées puisque les procédés litigieux en étaient très majoritairement des écrits. Outre celles-ci, l'irrecevabilité de la preuve d'un fait par une écriture émanant du débiteur en preuve amplifiera le contentieux. Seuls les témoignages suspectés d'être partiaux, parce qu'ils constituent un mode de preuve distinct de l'écrit, se situent hors du champ de l'article 1363.

Mais il devrait peu importe que l'écrit soit l'objet direct de l'allégation ou un indice indirect de la démonstration. Outre l'absence d'opportunité susmentionnée des incidences de la première occurrence, les implications de la seconde hypothèse sont innombrables. Parmi les plus symboliques, mentionnons qu'en droit du travail, ni la liberté de la preuve des faits ni la faible aptitude à la preuve du salarié (87) ne devraient permettre d'écartier le nouveau principe d'irrecevabilité de la preuve d'un harcèlement du salarié par ses écrits (88) ou celle d'heures supplémentaires par ses décomptes et plannings (89). La preuve d'un délit sera également affectée, le demandeur ne pouvant, par exemple, produire son fichier client pour identifier la clientèle déloyalement détournée. Et comment admettre désormais la recevabilité de la comptabilité de la victime pour évaluer le préjudice économique qu'elle subit, alors qu'il s'agit de ses propres écritures ? Il importera peu de déterminer la nature du paiement, et pour ce qui résulte plus spécifiquement de l'exécution du devoir d'information (90), il ne serait plus question de l'admettre par la preuve de l'envoi d'un courrier et du procès-verbal de contrôle de cet envoi (91), ni par une directive générale du débiteur auprès de ses agences enjoignant de délivrer l'information et complétée par la liste informatique des destinataires de celle-ci (92), pas davantage que par un historique informatique desdits courriers (93). Il sera impossible de produire ses *timesheet* (94) pour justifier de facturations et l'expertise extrajudiciaire non contradictoire pourrait être irrecevable par principe (95). Plus généralement, nulle base de données ne devrait pouvoir servir la prétention de son auteur, avec certitude si les informations collectées sont les siennes (96), mais sans doute également s'il ne devait que stocker des informations objectives, puisque le matériel est le sien. La collecte et le traitement des données numériques occasionnent ainsi une « révolution industrielle » selon la Commission européenne (97), mais nulle preuve recevable selon le Droit français ?

Ces quelques implications ne sont que survolées tant elles paraissent suffisantes à convaincre de leur incongruité. L'application littérale de l'article 1363 se révèlerait directement contraire à la limitation de la portée de l'adage, constamment rappelée par la Cour de cassation depuis 2012, date à laquelle elle soulignait en son rapport la « stricte portée de la prohibition » qu'il énonce.

**17. Triste constat.** Quelle qu'en soit la lecture, l'opportunité de l'article 1363 peine à convaincre.

Il est dépourvu de congruence (98) en cette réforme portant ouverture du droit des obligations, alors qu'il ambitionne de consacrer une évidence spécifiquement française (99). Il limite l'appréciation judiciaire et témoigne d'une défiance envers l'unilatéralisme en une réforme qui pourtant conforte l'une et l'autre. Bien au-delà de ces desseins, il portera

confusion et incertitude là où l'on souhaitait « simplifier, améliorer la lisibilité [...] garantir la sécurité juridique »<sup>100</sup>.

Cet article est encore dépourvu de fécondité. Quelle que soit la lecture retenue, fidèle à sa lettre en appliquant ce précepte à tout procédé de preuve écrit, ou à son esprit, en le restreignant à la preuve des actes juridiques, ses applications demeureront inopportunnes. Il est vrai, il ne trouverait pas davantage d'application pratique s'il devait être résitué en sa portée originelle et son champ limité au système probatoire légal, puisque, rappelons-le, l'adage n'avait pas vocation à instituer mais seulement à constater l'impossibilité de se constituer unilatéralement une preuve parfaite.

En raison des incertitudes entourant tant son champ que son effet, cet article suscitera le contentieux, alors que le vice qui affecte la preuve unilatéralement constituée paraît se situer en amont de la difficulté relative à sa recevabilité ou sa force probante ; c'est l'existence même du moyen de preuve qui est litigieuse lorsque l'élément proposé ne comporte aucune once d'extranéité, ni intrinsèquement ni en son contexte. Il n'emporte pas de démonstration et se confond avec l'allégation<sup>101</sup>. Mais pour déterminer si l'élément litigieux est simple affirmation ou procède de la démonstration, il paraît naturel que le juge puisse le recevoir et l'apprécier librement. Ensuite seulement, et dans le second cas uniquement, il conviendrait d'en apprécier souverainement la force probante.

Au vu de cette insécurité, un expédient, certes bien peu providentiel, consisterait à s'en détourner conventionnellement lorsque ce sera possible. Tant qu'il ne s'agira pas d'« établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable »<sup>102</sup> mais plus modestement de permettre au juge d'apprécier un procédé sinon dépourvu de valeur, la validité de la clause par laquelle les parties autorisent la recevabilité de tout - ou de certains - procédé unilatéral ne devrait pas être litigieuse<sup>103</sup>. Mais c'est un triste constat que celui de devoir prôner le contournement d'un texte dès l'entrée en vigueur de la réforme qui le porte.

Mots	clés	:
<b>PREUVE</b> * Mode de preuve * Preuve à soi-même * Interdiction de se constituer un titre à soi-même * Portée * Acte juridique		

(1) Ci-après « le Rapport ».

(2) M. Mekki, Charge de la preuve et présomptions légales, Dr. et patr. 2015, n° 250, p. 36, spéc. p. 40.

(3) Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2017, n° 16-14.928, AJDI 2017. 781<sup>104</sup>, obs. N. Le Rudulier<sup>105</sup> ; Civ. 3<sup>e</sup>, 29 oct. 2015, n° 14-24.060 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 12 nov. 2014, n° 13-23.337 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 sept. 2014, n° 10-25.181.

(4) Com. 22 mars 2017, n° 15-21.639, la Cour censurant au visa de l'anc. art. 1315 les

premiers juges qui ont admis l'existence d'un prêt au vu « d'un extrait de compte de dépôt faisant apparaître la remise d'une somme de 30 000 € au titre d'un prêt personnel, d'un tableau d'amortissement, de décomptes régulièrement établis et de lettres de mise en demeure valant déchéance du terme » alors « qu'en statuant ainsi, sur le seul fondement de ces documents, alors que nul ne peut se constituer un titre à soi-même, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

(5) G. Lardeux, Commentaire du titre IV *bis* nouveau d livre III du code civil intitulé « De la preuve des obligations » » ou l'art de ne pas réformer, D. 2016. 850<sup>5</sup>, spéc. p. 854 ; v. égal., A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve*, LexisNexis 2013, n° 176.

(6) V. notre analyse, La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme, RTD civ. 2007. 253<sup>6</sup> ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, « Étude sur la preuve », Principe de la force probante, partie 3, Titre 1, chapitre 1 « Le titre est ce qui, sur le fond du droit, justifie la prérogative sans ouvrir le pouvoir d'appréciation judiciaire : il s'agit [...] de l'acte juridique, sous son double aspect substantiel et instrumentaire, cette preuve littérale parfaite par laquelle est établi le droit subjectif, le juge se contentant de reconnaître et sanctionner les effets de l'acte » ; P. Lemay, Retour sur l'adage « Nul ne peut se constituer une preuve à soi-même », la Cour de cassation veille au grain, JCP 2014. 679.

(7) Le Littré lui attribue pas moins de 17 acceptations distinctes, dont 3 sont utilisés au sein des règles probatoires du code civil (notre article, préc., n° 5).

(8) Rapport de la Cour de cassation, préc.

(9) G. Lardeux, art. préc., spéc. p. 854 : « s'il est impossible de se constituer un titre à soi-même, c'est donc juste parce qu'un écrit doit être signé par la partie contre qui le créancier souhaite faire valoir ses droits, [...] à défaut] il n'est pas un titre ».

(10) Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, préc.

(11) V., A. Aynès et X. Vuitton, *op. cit.*, n° 176, soulignant qu'il est matériellement impossible de se constituer un titre à soi-même.

(12) C. com., art. L. 123-23.

(13) À cette date est entré en vigueur le nouvel article 1378-1, qui énonce que « les registres

et papiers domestiques ne font pas preuve au profit de celui qui les a écrits », interdisant ainsi qu'ils puissent bénéficier à leur auteur. En revanche, l'ancien article 1331 énonçait simplement qu'ils « ne font point un titre pour celui qui les a écrits », c'est-à-dire qu'ils ne constituaient pas une preuve parfaite, sans toutefois interdire qu'ils puissent constituer un indice à son avantage (en ce sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 1958, D. 1958. 747).

(14) Art. 1356, al. 2.

(15) « Lorsque le dépôt étant au-dessus du chiffre prévu à l'article 1359 n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution ».

(16) C. pr. civ., art. 210, 201 et 205.

(17) Sauf les exceptions prévues aux articles 1360 (impossibilité matérielle ou morale et usuelle, perte de l'écrit par force majeure) et 1361 (aveu judiciaire, serment et commencement de preuve par écrit) du code civil.

(18) J.-D. Bretzner, Droit de la preuve, D. 2008. 2820<sup>✉</sup>, n° 3 : « la vérité est désintéressée [...] quiconque parle dans son intérêt n'est pas à même de dire la vérité ».

(19) Sur l'analyse de cette jurisprudence, v. notre article, préc. n° 18 et s. ; sur les « fréquentes mues » de l'adage, v. R. Libchaber, obs. sous Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mars 2014, JCP 2014. Doctr. 1232.

(20) X. Lagarde, D'une vérité l'autre, Gaz. Pal. juill. 2010, p. 6 « ces considérations sont réversibles. Pour supposer que celui qui parle dans son intérêt ne dit pas la vérité, il faut se nourrir d'une conception négative du plaideur qui prive ce dernier du bénéfice de la présomption de bonne foi. Or, il n'y a rien d'absurde à lui restituer ce bénéfice pour supposer au contraire que l'intensité de son intérêt à agir donne la mesure de la crédibilité de ses allégations ».

(21) M. Mekki, Regard substantiel sur le « risque de la preuve », in *La preuve : regards croisés*, dir. M. Mekki, L. Cadet et C. Grimaldi, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 25, rappelant qu'au sein du procès, la recherche du juste est plus importante que la recherche du vrai.

(22) V. *supra*, n° 2 ; v. déjà D. Gutmann, À propos du principe « nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », LPA 1997/11, p. 19, soulignant l'excès d'une telle irrecevabilité, alors que « le souci majeur du nouveau code de procédure civile n'est pas de bloquer la production des preuves par les parties, mais bien de préserver le pouvoir d'appréciation du juge ».

(23) V., H. Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire. Étude sociologique*, Librairie M. Rivière et Cie, 1964, p. 22 p. 14, estimant que le droit de la preuve tend bien plus à emporter une conviction qu'à attester d'une vérité, v. égal. X. Lagarde, art. préc. ; M. Mekki, Preuve et vérité en France, in *La preuve*, Travaux de l'association H. Capitant, Bruylant, t. LXIII, 2013, p. 815 et s., spéc. p. 829.

(24) V., A. Aynès et X. Vuitton, *op. cit.*, n° 179, soulignant opportunément que lorsque les juges estiment la preuve « auto-constituée » non convaincante, cette appréciation induit leur recevabilité de telle sorte qu'il ne s'agit pas d'appliquer la formule ; simplement, bien que les indices soient recevables, « ils peuvent n'en tenir aucun compte s'ils ne leur apparaissent pas dignes de foi » (n° 181).

(25) Derrière quelques arrêts proclamant la formule, d'innombrables décisions admettent le procédé unilatéral, rappelant plus simplement le caractère souverain de l'appréciation des éléments de preuve par les premiers juges : v. notre article, préc., spéc. n°s 18 et s.

(26) Rapport annuel, préc. En raison de ce revirement, cette étude se fonde essentiellement sur la jurisprudence postérieure à cette date.

(27) Civ. 1<sup>re</sup>, 27 nov. 2013, n° 12-21.155, RTD civ. 2014. 438, obs. R. Perrot ; Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-24.699 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2015, n° 14-11.066, RTD com. 2015. 353, obs. B. Bouloc ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2016, n° 14-23.312 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 30 mai 2013, n° 12-17.641 et n° 12-17.642 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mars 2014, n° 13-14.295, D. 2014. 1722, chron. L. Lazerges-Cousquer, N. Touati, T. Vasseur, E. de Leiris, H. Adida-Canac, D. Chauchis et N. Palle ; *ibid.* 2478, obs. J.-D. Bretzner, A. Aynès et I. Darret-Courgeon ; RTD civ. 2014. 438, obs. R. Perrot ; Civ. 2<sup>e</sup>, 12 févr. 2015, n° 13-27.267 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 2016, n° 15-21.822 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2014, n° 13-18.908 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mars 2016, n° 15-13.942, D. 2016. 2535, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; Civ. 3<sup>e</sup>, 27 avr. 2017, n° 16-15.958, D. 2017. 982 ; RTD civ. 2017. 636, obs. H. Barbier ; Com. 27 mai 2014, n° 13-14.106 ; Com. 8 mars 2017, n° 15-15.825 ; Com. 5 juill. 2017, n° 13-11.513 et n° 16-17.747 ; Soc. 19 mars 2014, n° 12-28.411, D. 2014. 783 ; *ibid.* 1404, chron. S. Mariette, C. Sommé, F. Ducloz, E. Wurtz, A. Contamine et P. Flores ; *ibid.* 2478, obs. J.-D. Bretzner, A. Aynès et I. Darret-Courgeon ; Soc. 2 avr. 2014, n° 12-35.352.

(28) P. Lemay, art. préc.

(29) V. toutefois, Lyon, 17 avr. 2014, n° 13/04561, initiant un doute car la prohibition de l'acte unilatéral n'est écartée que par l'intervention de l'avocat : « Que s'il est exact que nul ne peut se constituer de preuve à soi-même, tel n'est pas le cas en l'espèce, le courrier de résiliation signé [du débiteur en preuve] étant expédié par un tiers, le cabinet de son avocat » ; soulignons que la mention de la formule en cette espèce est d'autant plus incongrue que la preuve litigieuse était celle de la délivrance de la résiliation alors que le courrier était « accompagné d'un accusé de réception qui démontre que ce courrier a bien été délivré à son destinataire ».

(30) Sur cet évident constat, v. supra n° 2.

(31) Puisque tel est l'esprit de l'adjonction (selon le Rapport, « ce texte ajoute en outre l'usage ») que la lettre ne suggère pourtant pas nécessairement (v. N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 242, « celui qui n'entend se prévaloir que d'une impossibilité matérielle ou morale devra en outre démontrer qu'il était d'usage de ne pas établir un écrit. Les deux conditions sont cumulatives »).

(32) Lorsque le demandeur proposera un commencement de preuve par écrit, celui-ci ne devrait désormais plus pouvoir être corroboré par un indice unilatéralement constitué.

(33) Civ. 3<sup>e</sup>, 29 oct. 2015, n° 14-24.060, admettant la preuve de deux créances attestées par les seules factures d'un prestataire chargé de l'élévation des murs d'une maison, dès lors qu'une première facture fut acquittée sans qu'aucun devis ne soit signé tandis que les deux factures litigieuses correspondaient à la suite des travaux ; Civ. 3<sup>e</sup>, 12 nov. 2014, n° 13-23.337, le défendeur qui contestait la dette avait néanmoins versé un acompte « correspondant à 30 % du montant total [d'une première facture acquittée et de la seconde contestée] conformément à la pratique en vigueur ». En ces deux espèces, l'ancien article 1341 du code civil ne fut pas invoqué par les défendeurs.

(34) Civ. 3<sup>e</sup>, 27 janv. 2010, n° 09-12.269 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 26 mai 2010, n° 09-13.430.

(35) V., A. Tehrani, La preuve, par le banquier dépositaire, de l'existence d'une procuration entre époux, D. 2015. 1588<sup>15</sup>.

(36) V. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2015, n° 14-19.825 et n° 14-20.518, D. 2015. 1588<sup>15</sup>, note A. Tehrani<sup>15</sup> ; *ibid.* 2016. 167, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès<sup>15</sup> ; AJ fam. 2015. 414, obs. P. Hilt<sup>15</sup> ; La solution élusive de la Cour admet « la preuve par tous moyens du contrat de mandat auquel il n'est pas partie » sans se prononcer sur le procédé unilatéral proposé par le tiers et contesté par le moyen.

(37) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 2016, n° 15-10.005 ; v. déjà, anticipant cette formulation, A. Aynès, Les difficultés probatoires en droit commercial, AJCA 2015. 199<sup>¶</sup>, n° 4.

(38) Soc. 19 juin 2013, n° 10-24.003 ; Soc. 23 oct. 2013, n° 12-22.342, D. 2013. 2526<sup>¶</sup> ; RDT 2013. 781, obs. F. Guiomard<sup>¶</sup>.

(39) « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

(40) V., A. Aynès, Les difficultés probatoires en droit commercial, préc., p. 199 : Le principe de liberté de la preuve en matière commerciale « n'institue qu'une dérogation à l'exigence de droit commun que, d'une part, la preuve des actes juridiques soit administrée au moyen d'une preuve littérale au-delà de 1 500 € et que, d'autre part, la preuve "contre et outre" un écrit soit faite par un autre écrit. C'est beaucoup, mais c'est tout ! Le principe de liberté de la preuve en matière commerciale n'a pas d'autre portée que celle-ci. En particulier, il n'autorise pas la production de n'importe quelle preuve ».

(41) Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316, Bull. ass. plén., n° 1 ; D. 2011. 562, obs. E. Chevrier<sup>¶</sup>, note F. Fourment<sup>¶</sup> ; *ibid.* 618, chron. V. Vigneau<sup>¶</sup> ; *ibid.* 2891, obs. P. Delebecque<sup>¶</sup> ; RTD civ. 2011. 127, obs. B. Fages<sup>¶</sup> ; *ibid.* 383, obs. P. Théry<sup>¶</sup> ; RTD eur. 2012. 526, obs. F. Zampini<sup>¶</sup>.

(42) La matière commerciale admet certes la preuve par « tous moyens » mais sous réserve « qu'il n'en soit autrement disposé par la loi », ce que fait l'article 1363 en prohibant un procédé unilatéral. Certes, cette éviction devrait varier en considération de l'objet de la démonstration, acte juridique ou fait, alors que la liberté de la preuve permettait de dispenser le droit commercial de telles qualifications. Néanmoins, cette dispense ne résultait que de son absence de nécessité, puisque la matière n'est pas soumise au système légal. Cette traditionnelle absence de distinction entre les actes et les faits est la conséquence mais non la cause de la liberté. Aussi, cette liberté ne saurait justifier la recevabilité d'un procédé expressément écarté par la loi.

(43) Com. 12 oct. 2010, n° 08-10.180.

(44) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 2016, n° 15-10.005 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 29 oct. 2015, n° 14-24.060.

(45) Com. 16 déc. 2014, n° 13-19.351.

(47) Par ex., la preuve par des factures qui s'inscrivent dans le prolongement de précédentes factures acquittées peut être admise (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 2016, n° 15-10.005, préc.) ou écartée par l'application de l'adage (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2015, n° 14-24.683), alors que la similarité du contexte n'explique guère la divergence de solutions.

(48) Sur ce constat, v. not., N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 153, préf. S. Amrani-Mekki, 2016, spéc. p. 232 et s.

(49) V., B. Fages, Nul ne peut se constituer un titre à lui-même, RTD civ. 2011. 536<sup>53</sup>, s'interrogeant sur une « question presque philosophique : dans le principe selon lequel nul ne peut se constituer de titre à lui-même qui est exactement ce "lui-même" ? ».

(50) Lyon, 5 juin 2014, n° 13/01958 ; Douai, 26 juill. 2012, n° 11/072471 ; Amiens, 25 janv. 2012, n° 11/01348 ; Paris, 2 avr. 2008, n° 07/8652.

(51) Paris, 25 juin 2015, n° 15/00331 ; Lyon, 24 juill. 2012, n° 11/02364.

(52) Angers, 3 janv. 2012, n° 10/01421 ; Metz, 7 juill. 2016, n° 14/03684.

(53) Sur la distinction entre la seule prétention et le procédé destiné à l'asseoir, v. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse Lyon, 1947 ; *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits. Travaux de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. 15, 1959. Pour l'assimilation de la preuve unilatérale à une allégation, v. V. Rebeyrol, Le visa des éléments de preuve par les juges du fond et le contrôle de la Cour de cassation, JCP 2008. I. 107 : « un élément de preuve qui a été constitué par une partie n'est rien d'autre qu'une pure affirmation de cette partie. La seule différence réside dans le fait que cette affirmation n'est pas contenue dans ses conclusions mais dans un document extrinsèque » ; A. Aynès et X. Vuitton, *op. cit.*, n° 181 ; F. Guiomard, La recevabilité des preuves produites pour soi-même, RDT 2013. 781<sup>54</sup>. Pour une application de la distinction, v. Chambéry, 8 janv. 2015, n° 14/00031, la Cour visant certes la formule mais précise que « la déclaration qu'elle a rédigée et qu'elle produit [...] ne constitue donc pas un élément de preuve ».

(55) Com. 25 sept. 2012, n° 11-24.232 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 2011, n° 10-30.689, D. 2011. 1758<sup>¶</sup> ; *ibid.* 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot<sup>¶</sup> ; AJ fam. 2011. 428, obs. S. David<sup>¶</sup> ; RTD civ. 2011. 518, obs. J. Hauser<sup>¶</sup> ; *ibid.* 536, obs. B. Fages<sup>¶</sup>.

(56) Civ. 2<sup>e</sup>, 4 déc. 2008, n° 07-18.501, D. 2009. 106<sup>¶</sup> ; *ibid.* 2714, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur<sup>¶</sup>.

(57) Soc. 19 mars 2014, n° 12-28.411, préc. ; Civ. 2<sup>e</sup>, 10 oct. 2013, n° 12-24.552 ; Com. 9 juill. 2013, n° 12-23.094 ; Soc. 23 oct. 2013, n° 12-22.342, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2011, n° 10-18.793.

(58) Civ. 3<sup>e</sup>, 28 janv. 2014, n° 12-27.316. En une hypothèse proche, v. Angers, 26 juin 2012, n° 10/03823, estimant qu'il importe peu que « le gérant de la société maître d'oeuvre est également celui de la société intimée et qu'il aurait eu intérêt, comme maître de l'ouvrage, à rectifier les factures » car s'agissant « de deux sociétés distinctes [...] l'adage nul ne peut se constituer de preuve à soi-même n'a donc pas vocation à s'appliquer en l'espèce ».

(59) Sur la preuve de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement par un précédent avertissement, Soc. 2 avr. 2014, n° 12-35.352, préc.

(60) Sur la recevabilité d'une « image décompte » provenant du système propre au demandeur, Civ. 2<sup>e</sup>, 30 mai 2013, n° 12-17.641 et n° 12-17.642, préc.

(61) Lyon, 17 avr. 2014, n° 13/04561, préc. : « Que s'il est exact que nul ne peut se constituer de preuve à soi-même, tel n'est pas le cas en l'espèce, le courrier de résiliation signé [du débiteur en preuve] étant expédié par un tiers, le cabinet de son avocat » ; soulignons que la mention de la formule en cette espèce est d'autant plus incongrue que la preuve litigieuse était celle de la délivrance de la résiliation alors que le courrier était « accompagné d'un accusé de réception qui démontre que ce courrier a bien été délivré à son destinataire ».

(62) V. *supra*, n<sup>os</sup> 4 et 5.

(63) Les éléments litigieux sont bien plus nombreux et outre les actes juridiques unilatéraux, telle la renonciation à un droit, les quasi-contrats seraient concernés lorsqu'il s'agira d'établir l'acte de gestion matérialisant une gestion d'affaires. Sur les controverses relatives au départ entre système légal et moral au vu de la qualification de l'acte juridique, v. Rép. civ., v<sup>o</sup> Preuve, 2014, n<sup>os</sup> 201 et s., par J.-L. Mouralis ; *ibid.*, v<sup>o</sup> Acte juridique, 2014, n<sup>os</sup> 30 et s., par C. Brenner ; A. Hontebeyrie, art. préc., spéci. p. 51 ; A. Aynès et X. Vuitton, *op. cit.*, n° 390 ;

sur leur instrumentalisation, v. B. Bertier-Lestrade, *La frontière entre l'acte juridique et le fait juridique*, in M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, LGDJ, 2015, p. 31 et s.

(64) Comp. Civ. 2<sup>e</sup>, 13 févr. 2014, n° 13-10.717, approuvant l'appréciation souveraine de ces éléments par les juges d'appel.

(65) Tels témoignages de préposés mais peut-être aussi des photographies prises par le débiteur en preuve (comp. Civ. 2<sup>e</sup>, 11 mai 2006, n° 04-18.500, admettant cette preuve).

(66) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2015, n° 14-11.066, préc.

(67) Art. 1110 nouv.

(68) Par ex., Com. 27 mai 2014, n° 13-14.106, préc., reprochant aux premiers juges de ne pas avoir « examiné le contenu » des indices unilatéralement constitués ; certaines décisions estiment que de telles preuves sont, en vertu de la formule, « inopérantes » (Paris, 10 sept. 2015, n° 12/10027 ; Bordeaux, 12 mai 2016, n° 14/04886), qu'elle « ne pouvaient être retenues à titre de preuve » (Versailles, 12 déc. 2016, n° 14/04351 ; Lyon, 5 déc. 2013, n° 12/05818 ; Angers, 15 janv. 2013, n° 09/003713). L'incertitude émane parfois encore du décalage entre les motivations des juridictions ; v. par ex., Soc. 9 nov. 2017, n° 16-15.515, le moyen reprochait au juge d'appel de ne pas avoir « examiné » une enquête réalisée en interne car « elle revenait pour l'employeur à se fournir une preuve à lui-même », suggérant que le procédé fut jugé irrecevable. Néanmoins, ce moyen est rejeté car il « ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments de fait et de preuve », suggérant que seule sa force probante fut litigieuse.

(69) Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juin 2005, n° 02-19.446. Comp. toutefois Civ. 2<sup>e</sup>, 4 déc. 2008, n° 07-18.501, préc., censurant la décision qui débouta le demandeur qui ne justifiait de sa créance que par des pièces émanant toutes de lui-même, sans « éléments extérieurs », alors que « les écritures certifiées par l'agent comptable [du créancier] pouvaient utilement être produites à l'appui de sa demande ».

(70) Cette distinction, qui consiste à admettre des « demi-preuves » est connue et constitue le principe en ce qui concerne les expertise non judiciaires et non contradictoires, Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710 (D. 2012. 2317, et les obs. [¶](#) ; *ibid.* 2013. 269, obs. N. Fricero [¶](#) ; *ibid.* 2802, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon [¶](#) ; RTD civ. 2012. 769, obs. R. Perrot [¶](#) (« si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties »).

(71) Certes, en cette lecture, l'article 1363 viserait précisément à contrarier cette appréciation souveraine. Mais il demeure que le procédé aura néanmoins emporté - à tort - la conviction du juge, initiant le doute quant à l'absence de force probante que présume pourtant irréfragablement la loi. En revanche, si on estime que l'effet de la formule affecte la valeur probante, il s'agit, en amont, de reprocher au juge d'avoir tranché le litige au vu d'un procédé qu'il n'aurait pas dû recevoir, sans que la conviction que peut susciter le procédé litigieux ne soit la cause de la censure.

(72) J.-D. Bretzner, *Les tribulations de l'adage « nul ne peut se constituer un titre à soi-même »*, D. 2009. 2714<sup>14</sup>; M. Mekki, *La gestion contractuelle du risque de la preuve*, RDC 2009. 453 : « La Cour de cassation veille d'ailleurs à ce que les juges du fond ne se fondent pas uniquement, dans leur appréciation des éléments de preuve, sur un document établi unilatéralement sans pour autant en rejeter de manière absolue toute force probante » ; N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil*, *op. cit.*, spéc. p. 232 ; P. Lemay, art. préc.

(73) V. not., Com. 4 juin 2013, n° 12-14.792, approuvant la cour d'appel « qui n'a pas dit que lesdites pièces [des factures émanant du prétendu créancier] ne constituaient pas des éléments de preuve mais a fait ressortir qu'elle ne pouvait se fonder exclusivement sur des documents établis par le seul demandeur » ; V. Angers, 8 nov. 2016, n° 14/01980 ; Angers, 8 sept. 2015, n° 14/03059 : « les preuves que se délivrent les parties à elles-mêmes sont simplement dépourvues de toute valeur probante - si toutefois elles ne tendent pas seulement à établir un fait juridique - et ne peuvent fonder une décision de justice, sans qu'il y ait lieu pour le juge de les écarter des débats » ; Bordeaux, 15 sept. 2016, n° 14/06986 : « La force probante de ces documents est très largement entamée par le fait qu'ils émanent tous de l'appelante elle-même, ce qui interdit de leur accorder une véritable crédibilité en vertu du principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à lui-même » ; Angers, 8 nov. 2016, n° 14/01980, préc., « Un tel reproche, qui n'affecte que la force probante de ces documents, ne constitue pas, en soi, une cause de rejet des pièces visées ».

(74) Douai, 26 juill. 2012, n° 11/072471, préc. ; Civ. 3<sup>e</sup>, 29 juin 2017, n° 16-17.823, la Cour ne se prononce malheureusement pas sur le « motif erroné mais surabondant relatif à la preuve admissible » alors que, selon le moyen annexe, le principe de la contradiction interdisait au juge « d'écartier des débats » une facture émanant d'une société exploitée par le demandeur, puisque le défendeur « se bornait à en contester la force probante sans faire valoir qu'elle devait être écartée des débats [de telle sorte que] la cour d'appel, qui a relevé d'office un moyen sans inviter les parties à présenter leurs observations, a violé l'article 16 du code de procédure civile ».

(76) Sont particulièrement explicites les arrêts précisant que la pièce litigieuse n'est recevable que parce qu'elle vise à démontrer un fait, impliquant *a contrario* que la sanction de l'unilatéralité serait l'irrecevabilité ; v. Toulouse, 17 févr. 2016, n° 13/06434 : « l'attestation produite [...] est recevable, dans la mesure où l'adage "nul ne peut se constituer de preuve à soi-même" n'est pas applicable à la preuve des faits juridiques » ; Rennes, 28 sept. 2016, n° 13/06459 : « les éléments de preuves discutés se rapportent à des faits et non des actes juridiques, mais il demeure que, sans être irrecevables, ces pièces, établis par les demandeurs [...] pour les besoins de la cause et non corroborées par d'autres éléments de preuves convaincants, ne sauraient suffire ». D'autres arrêts distinguent également clairement entre l'absence de « valeur probante » de « l'attestation unilatérale », et celles émanant de tiers, qui furent « admises » mais jugées « non probantes » à l'issue de leur appréciation (Lyon, 24 juill. 2012, n° 11/02364, préc. et Lyon, 5 juin 2014, n° 13/01958, préc.) ; v. égal. Civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 2016, n° 15-21.822, préc. ; Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mars 2014, n° 13-14.295, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 2011, n° 10-30.689, préc. ; Soc. 19 mars 2014, n° 12-28.411, préc. ; Soc. 23 oct. 2013, n° 12-22.342 (préc.), censurant les arrêts qui n'ont pas « reçu » ou « écartés » les éléments proposés alors qu'ils visaient à attester d'un fait.

(77) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avr. 2011, n° 09-71.657, RTD civ. 2011. 536, obs. B. Fages ; Amiens, 25 janv. 2012, n° 11/01348, préc. ; Bordeaux, 29 sept. 2015, n° 14/01645.

(78) Metz, 7 juill. 2016, n° 14/03684, préc. ; Montpellier, 22 juin 2017, n° 14/03302.

(79) Une doctrine abondante constate et déplore cette irrecevabilité, v. A. Aynès et X. Vuitton, *op. cit.*, n° 179 ; P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 246 ; L. Mayer, L'adage « Nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ne s'applique pas à la preuve des faits juridiques, Gaz. Pal. 2014/70, p. 37 ; J.-J. Barbieri, Dans l'allégation des faits, tous les moyens de preuve, même unilatéraux, sont recevables, JCP 2014/12, 33 et déjà D. Gutmann, art. préc. Estimant que tel n'est pas le sens de la formule mais la conséquence de « l'imaginaire collectif », v. P. Lemay, art. préc.

(80) S. Akhouad-Barriga, Réflexions sur le langage juridique et ses petits exercices d'application au droit de l'arbitrage, RTD civ. 2015. 785 , spéc. n° 38.

(81) V. not., C. Gijsbers, La preuve par écrit : une ambition modeste, Dr. et patr. 2015. 250, p. 55 et s., déplorant d'ailleurs l'absence de nette distinction entre « d'un côté, les actes instrumentaires qui, établis en vue de préconstituer une preuve dans des conditions garantissant leur intégrité et leur imputabilité [...] de l'autre, les écrits qui peuvent être utilisés comme preuve mais qui n'ont pas été établis pour cela ».

(82) Pour quelques exemples de ce raccourci qui, dans son contexte, permet d'alléger la forme au bénéfice du fond, v. L. Godon, La liberté de la preuve en droit commercial : une

illusion ?, D. 2015. 2580 ↗ qui l'envisage « dérogation à l'exigence d'une preuve par écrit » ; X. Lagarde, D'une vérité l'autre, préc. « En matière civile, l'écrit est ainsi la reine des preuves ». Sur l'utilité de préciser dans le code civil que la preuve écrite de l'acte juridique doit résulter d'un écrit sous signature privée ou authentique, v. A. Hontebeyrie, L'admissibilité des modes de preuves, Dr. et patr. 2015, n° 250, p. 49 et s, spéc. p. 50.

(83) « À défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable ».

(84) De tels écrits, s'ils peuvent mentionner le *negotium*, ne sont pas rédigés « en vue de le constater » (V. v° Acte, sens 3, acte instrumentaire, *in Vocabulaire juridique*, G. Cornu, PUF).

(85) Comp. Soc. 12 mai 2010, n° 08-45.416.

(86) Comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2010, n° 09-14.854.

(87) Sur une opportune confrontation de la recevabilité de la preuve unilatérale au vu de l'aptitude à la preuve ?, v. F. Guiomard, art. préc. ; S. Amrani-Mekki, obs. sous Soc. 23 oct. 2013, JCP 2014. 436.

(88) Comp. Soc. 3 nov. 2016, n° 15-14.883.

(89) Comp. Soc. 26 avr. 2017, n° 14-12.368 ; Soc. 18 sept. 2013, n° 12-10.025 : « la règle selon laquelle nul ne peut se forger de preuve à soi-même, n'étant pas applicable à l'étalement d'une demande au titre des heures supplémentaires », le procédé est recevable.

(90) Sur les divergences actuelles quant à l'appréciation de la force probante des indices unilatéraux, v. M. Bourassin, La preuve de l'exécution de l'information annuelle des cautions, Gaz. Pal. 2016/10, p. 74.

(91) Comp. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 févr. 2015, n° 13-27.267, préc.

(92) Comp. Com. 19 juin 2012, n° 11-17.015, D. 2013. 2420, obs. D. R. Martin et H. Synvet ↗ .

(93) Comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 nov. 2013, n° 12-21.155, préc.

(94) V., J.-D. Bretzner, Droit de la preuve, D. 2007. 1901<sup>✉</sup>, n° 3, L'avocat, l'honoraire et l'adage « nul ne peut se constituer un titre à soi-même ».

(95) En fonction de la délimitation retenue du caractère « unilatéral », tandis qu'aujourd'hui seule sa force probante peut être litigieuse lorsqu'elle est preuve exclusive, mais non sa valeur probante : S. Hourdeau-Bodin, La valeur probatoire de l'expertise en assurance, RGDA 2016, n° 12 ; S. Amrani Mekki, Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ?, JCP 2012. 1200.

(96) Comp. Civ. 2<sup>e</sup>, 7 juill. 2011, n° 10-20.552, RTD civ. 2011. 536, obs. B. Fages<sup>✉</sup>, admettant la preuve d'une date par les décomptes enregistrés par l'intéressé.

(97) Communication sur l'économie des données de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au comité des régions, « Vers une économie de la donnée prospère », 2 juill. 014, COM(2014) 442 final.

(98) Les critères de « congruence et de fécondité », autorisent l'interprétation la plus satisfaisante et rendant compte du plus grand nombre d'éléments fournis par le texte, adjointe à celle qui attribue au texte le maximum des connotations qu'il suggère ; v. F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, coll. « Travaux et recherches », Bruxelles, 1987, p. 416.

(99) X. Lagarde, D'une vérité l'autre, Gaz. Pal. juill. 2010, p. 6, « La maxime est donc la marque d'un localisme ».

(100) Selon les premières lignes du Rapport.

(101) A. Aynès et X. Vuitton, *op. cit.*, n° 181 : « la preuve consistant en un témoignage du demandeur équivaut à une absence de preuve. Pour le décider, point n'est besoin d'avoir recours à un principe particulier. Les exigences de l'article 1315 du code civil suffisent à dénier valeur probante à cette « preuve » qui n'en est en réalité pas une ».

(102) Comp. nouvel art. 1356.

(103) « Ouvrir le champ probatoire est licite, le fermer ne l'est certainement pas autant », P. Stoffel-Munck, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 2004, RDC 2004. 939 ; M. Lamoureux, Les limites

des clauses de preuve, RLDC 2010. 71 ; M. Mekki, La gestion contractuelle du risque de la preuve, préc., soulignant qu'une convention sur la preuve « réduirait le champ d'application de la « règle » selon laquelle « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ».

Copyright 2020 - Dalloz – Tous droits réservés

## Recueil Dalloz

### Recueil Dalloz 2015 p.2580

#### La liberté de la preuve en droit commercial : une illusion ?

Laurent Godon, Maître de conférences-HDR à l'Université de Versailles, Co-directeur du master 2 de droit des affaires (droit des entreprises de croissance et d'innovation)

#### L'essentiel

Le principe séculaire de la liberté des preuves en matière commerciale n'a cessé de reculer au profit d'une expansion de l'écrit qui s'apparente à un irrésistible mouvement de fond, assez rarement relevé. L'évolution des pratiques professionnelles, des réglementations spéciales empreintes de formalisme, et des moyens technologiques, ont conjointement fait triompher l'écrit en tant qu'instrument de preuve préconstituée compatible avec les nécessités du commerce. Cette pénétration de l'écrit dans la vie des affaires donne à penser que la liberté probatoire est aujourd'hui devenue un principe résiduel, invoqué à titre de palliatif : en l'absence d'établissement de preuves à l'avance. Ce faisant, c'est également le particularisme du système probatoire commercial par rapport au régime du droit civil qui tend à s'estomper, et qui se meurt.

**1 -** La question de la preuve fait actuellement l'objet d'une attention particulière de la part de la doctrine<sup>(1)</sup>. Si la plupart des études qui lui ont été consacrées ont pu apparaître « parcellaires, sectorisées et dispersées »<sup>(2)</sup>, il n'en reste pas moins que l'analyse du droit de la preuve en matière commerciale demeure, curieusement, délaissée. En fait, le sujet n'est abordé que sous l'angle de la portée du principe de la liberté probatoire fixé à l'article L. 110-3 du code de commerce. Il faut dire que ce principe de liberté constitue l'une des dernières grandes originalités du régime des actes de commerce, celle qui souligne l'indépendance du droit commercial par rapport au droit civil dominé par un système légal de preuve écrite, ou littérale, préconstituée pour toute chose excédant la somme de 1 500 € (art. 1341 c. civ.). La raison de cette dérogation à l'exigence d'une preuve par écrit est bien connue et réside historiquement dans des considérations pratiques de rapidité des transactions commerciales souvent répétitives conclues entre des professionnels rompus

aux affaires, impliquant qu'elles ne soient pas entravées par l'obligation de dresser un acte  
»(3). Nul doute alors que l'avènement d'un régime de liberté en matière probatoire a, dès l'origine, participé de la volonté de simplifier l'activité des commerçants, ce qui vaut d'être relevé aujourd'hui où la simplification du droit constitue une préoccupation politique croissante»(4). C'est dire, au fond, que ce principe est à l'image du droit commercial en ce qu'il s'est formé « en marge du droit civil pour répondre aux besoins d'une économie marchande »»(5).

**2** - Cette conception pragmatique d'un droit d'exception pour les commerçants résulte de l'affirmation, par l'article L. 110-3 du code de commerce, qu'« à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit disposé autrement par la loi ». La portée de cette disposition est considérable car elle emporte une éviction des contraintes de preuve inhérentes au droit civil. Ainsi, en l'absence de hiérarchie entre les modes de preuve dans le cadre de relations commerciales, il est inutile de préconstituer une preuve écrite, même pour des opérations supérieures à 1 500 €»(6), sauf exception prévue par la loi. En conséquence, on peut prouver par tous moyens, y compris par témoins, présomption, aveu et serment. Il est encore permis de prouver par tous moyens contre et outre le contenu d'un écrit qui aurait été dressé. Ce sont enfin les articles 1325, 1326 et 1328 du code civil qui se trouvent mis en échec par le système de liberté des preuves. Pour autant, même libres, les procédés de preuve restent soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond, ainsi qu'à l'exigence de loyauté.

**3** - Ce libéralisme est ancré au plus profond du droit commercial. Un édit de Charles IX de 1563 instituant les tribunaux consulaires avait déjà admis la preuve par témoins, tandis qu'en matière civile, l'ordonnance de Moulins de 1566 introduisait l'obligation de préconstituer la preuve d'un acte juridique. Le code de commerce de 1807, en son article 109, confirma aux termes d'une formulation sibylline la libre admissibilité des modes de preuve en matière commerciale, donnant ainsi à penser que ce code se présentait comme un « code des moeurs commerciales »»(7), facteur de rapidité et d'efficacité. La Cour de cassation s'employa, par la suite, à exprimer plus explicitement le principe de liberté de la preuve»(8), avant que la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 ne vienne clarifier définitivement la formule aujourd'hui reproduite à l'article L. 110-3 du code de commerce.

**4** - Mais, à l'ère du capitalisme financier et mondialisé, il convient de se demander si une législation originairement conçue pour le boutiquier ou le négociant auteur d'opérations habituelles souvent conclues dans les mêmes conditions et entre les mêmes personnes, conserve toute sa pertinence. De fait, au regard des réalités de la vie économique moderne, la liberté de la preuve, généralement tenue pour acquise, ne s'avère-t-elle pas être une chimère ? En effet, la souplesse traditionnellement recherchée par le droit commercial apparaît démentie au vu de la place conservée par l'écrit et du système de préconstitution dans les relations d'affaires. Loin d'une éviction du formalisme probatoire, ces relations révèlent que l'écrit y conserve au contraire une place majeure qui ne cesse de croître.

Cette omniprésence des actes écrits est le résultat de plusieurs facteurs. Outre une perspective classique d'anticipation des contentieux qui n'échappe pas aux préoccupations des commerçants eux-mêmes, la nécessité de dresser un acte émane de toutes sortes de

législations spéciales qui prévoient d'encadrer certains contrats spéciaux parmi les plus importants et qu'il apparaît indispensable de passer par écrit. Plus récemment, la pénétration de l'écrit procède encore de réglementations imposant aux opérateurs économiques la prise en compte de considérations non strictement financières, c'est-à-dire de transparence des marchés, de loyauté, de gouvernance d'entreprise ou de valeurs sociales et environnementales dépassant la seule recherche de bénéfices commerciaux. Or, pour établir la conformité de leurs activités et de leurs démarches avec ce dispositif normatif de plus en plus fourni, les entreprises sont ainsi conduites, sous peine de sanctions diverses, à communiquer des informations déterminées, assorties d'un contrôle par des autorités administratives indépendantes (Autorité de la concurrence, Autorité des marchés financiers...) (9). Étant indissociables de l'idée de sanction, ces normes incitent nécessairement les opérateurs concernés à recourir à une formalisation écrite de leurs pratiques, laquelle est susceptible d'être exploitée par les autorités de contrôle ou par le juge pour rapporter la preuve d'infractions à certaines réglementations. C'est dire que le formatage des contrats ou des pratiques et l'exigence d'un écrit s'expliquent aussi en grande partie par l'intervention de l'administration dans sa mission de contrôle et de sanction.

5 - En fin de compte, sans avoir disparu, le principe de la liberté de la preuve n'est-il pas contredit du fait de la place considérable occupée par les documents écrits dans les relations d'affaires ? Né des pratiques des marchands antérieurement à l'avènement du capitalisme moderne, il est permis de penser que ce principe est en train de céder sous les assauts d'un formalisme conquérant, mais également en raison de l'essor des nouvelles technologies numériques en tant que moyens de préconstitution d'une preuve littérale compatibles avec la rapidité et la sécurité des transactions commerciales. En définitive, la règle de la liberté des preuves en matière commerciale se trouve aujourd'hui annihilée sous l'effet de divers éléments, et demeure le plus souvent réduite à une règle invoquée à titre de palliatif : en l'absence d'établissement de preuves à l'avance. De ce fait, force est de constater que, à rebours de la conception traditionnellement admise, la liberté probatoire devient, dans la plupart des cas, anachronique. L'attrait de cette règle libérale ayant sensiblement reculé au profit d'une expansion de l'écrit, c'est assurément le particularisme du système probatoire commercial par rapport au droit civil qui tend à s'estomper, et qui se meurt (10).

Pour remarquable qu'elle soit, cette évolution doit néanmoins être relativisée car, faut-il souligner, les deux régimes de preuve, civil et commercial, sont depuis toujours marqués par des interactions ou des entrecroisements qui n'ont cessé d'atténuer l'originalité du droit commercial (I). Mais ce qui pouvait apparaître comme un point d'équilibre entre, d'une part, un dispositif probatoire empreint d'un formalisme protecteur fondé sur la preuve littérale préconstituée et, d'autre part, un régime axé vers la liberté et la rapidité, a depuis lors nettement basculé au profit du mécanisme de préconstitution, à tel point que la liberté de la preuve est en passe de devenir aujourd'hui un principe résiduel dans le cadre des relations commerciales (II).

### I - La liberté de la preuve, un principe originellement atténué en droit commercial

6 - Alors que le principe de liberté des preuves est classiquement présenté comme l'une des spécificités marquantes du régime des actes de commerce, construit en opposition au droit

commun du code civil, force est de constater que ce particularisme est moins accusé qu'on ne le dit généralement. On ne peut nier, en effet, que les deux systèmes probatoires en cause entretiennent depuis toujours des liaisons réciproques qui affaiblissent nécessairement le particularisme de chacun. L'idée d'une séparation radicale des deux régimes est ainsi nettement démentie au vu des interactions existantes, qui se manifestent principalement d'une double manière : en droit, par l'entrecroisement de leur domaine d'application respectif (A), en pratique, du fait de l'inadaptation des règles applicables aux actes mixtes passés par un commerçant avec un non-commerçant (B).

#### **A - Le rapprochement des règles de preuve civiles et commerciales par l'entrecroisement de leur domaine d'application respectif**

**7** - Bien que le principe de liberté des modes de preuve soit originairement fondé, par dérogation au droit civil, sur des considérations de rapidité et d'efficacité des transactions, il ne faut pas en conclure pour autant à l'existence d'un cloisonnement hermétique des systèmes probatoires civil et commercial. Ceux-ci ont, en effet, toujours été traversés par des tendances contraires révélant que la preuve littérale n'a jamais disparu de la sphère commerciale, ni la liberté de preuve par tous moyens radicalement écartée par le droit civil. Nul doute alors que de telles interférences atténuent l'originalité de la réglementation du droit commercial par rapport aux règles de droit civil (11).

**8** - En commençant par une analyse de l'approche commerciale, il apparaît que le fameux principe de la liberté des preuves, souvent tenu pour acquis, connaît à la vérité de nombreuses restrictions qui en relativisent sensiblement la portée. Cet infléchissement est d'abord le résultat de la délimitation même du domaine de la preuve libre par l'article L. 110-3 du code de commerce dans la rédaction issue de la loi du 12 juillet 1980. Bien que cette loi soit postérieure au code de commerce de 1807, il est néanmoins permis de penser que, par son esprit, elle se rattache aux origines en resserrant le champ de la liberté probatoire « à l'égard des commerçants », entretenant ainsi la spécificité du droit commercial. Depuis plus de trente-cinq ans, ce texte soumet donc la possibilité de preuve par tous moyens à deux conditions cumulatives : l'une classique - l'existence d'un acte de commerce - , l'autre introduite par la loi de 1980 - l'exigence d'un acte accompli par un commerçant - et, faut-il préciser, agissant dans l'exercice de son activité (12). Or, l'ajout de cette seconde condition « subjective », absente du texte d'origine, n'est pas sans conséquence, cela s'entend. La référence à la qualité de l'auteur de l'acte évince désormais le régime ancien qui accordait une importance déterminante à la nature de l'acte lui-même en considérant qu'il suffisait que celui-ci soit un acte de commerce pour que la preuve soit libre, sans considération particulière pour la qualité de son auteur (13). En déclarant qu'il est à présent nécessaire que ce dernier ait le statut de commerçant, le code de commerce opère de la sorte un glissement vers une réduction sensible du champ d'application de la preuve libre. Et, de fait, la possibilité offerte par l'article L. 110-3 du code de commerce de prouver les actes de commerce par tous moyens est expressément limitée « à l'égard des commerçants ».

Partant, le principe de liberté des preuves abandonne des terrains qu'il colonisait autrefois. L'exemple type est celui du cautionnement souscrit par un dirigeant de société commerciale

n'ayant pas lui-même la qualité de commerçant, et qui ne peut être prouvé que par un acte satisfaisant aux dispositions du code civil, voire du code de la consommation (14).

**9** - En outre, à l'extension en droit commercial du domaine de la preuve écrite préconstituée évoquée il y a un instant, correspond parallèlement, en droit civil, un vaste domaine couvert par un régime de libéralisation des modes de preuve. Pour illustrer cette réalité, il n'est que de citer, d'abord, la masse des actes inférieurs à 1 500 € dont l'enjeu modeste autorise à se départir des contraintes induites par un système de préconstitution de preuve à titre de précaution. À quoi il faut également ajouter les dérogations posées aux articles 1347, relatif à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, et 1348 du code civil, refoulant la preuve écrite lorsque l'une des parties se trouve dans l'une des situations envisagées par ce texte, qu'il importe alors le montant de l'engagement. À coup sûr, ces exceptions, maintenues par le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations présenté par la Chancellerie au mois de février 2015, démontrent suffisamment que le droit civil ouvre lui-même un large champ d'application à la règle de la liberté de preuve qui n'est donc pas l'exclusivité du droit commercial.

**10** - Par ailleurs, un autre point de jonction entre les deux systèmes probatoires concerne les faits juridiques, dont la démonstration est libre pour la raison évidente qu'il est en général impossible de concevoir une preuve préconstituée concernant un événement imprévisible (15) ; ce que le projet de réforme du droit des contrats ne fait que réaffirmer avec force : « La preuve des faits est libre. Elle peut être apportée par tous moyens » (art. 1359).

Ce rappel effectué, il convient de souligner que la liberté probatoire peut alors trouver à s'épanouir particulièrement dans certaines branches du droit des affaires, droit pluridisciplinaire par nature. Il en est ainsi du droit des marchés financiers et du droit de la concurrence. Dans la mesure où ces disciplines sont destinées à préserver le bon fonctionnement des marchés financiers ou le libre jeu de la concurrence, elles s'intéressent de manière pragmatique au « comportement » même des opérateurs économiques en poursuivant, par exemple, les utilisateurs d'une information privilégiée ou les auteurs de « pratiques » restrictives de concurrence ou de « pratiques » anticoncurrentielles. De même, dans l'hypothèse d'une procédure collective, la caractérisation d'une confusion des patrimoines ou de la fictivité d'une personne morale pour admettre l'extension de la procédure à d'autres personnes relève d'une approche purement empirique. Or, dans toutes ces hypothèses, il s'agit de « faits » répréhensibles susceptibles, par conséquent, d'être démontrés par une diversité de moyens. Pour s'en tenir au droit de la concurrence, il est ainsi possible de recourir à la présomption (présomption de nocivité de la revente à perte, des discriminations tarifaires et contractuelles, présomption de l'absence d'autonomie économique d'une filiale contrôlée à 100 % (16)) ou à la technique du faisceau d'indices (en cas d'entente ou d'abus de position dominante), voire à des procédures négociées dispensant l'Autorité de la concurrence de rapporter une preuve formelle (art. L. 464-2, I, c. com.) (17). Pour autant, observons, du moins en droit de la concurrence, qu'il n'y a là rien qui soit propre à la matière commerciale car, en raison du caractère transversal de cette branche du droit, de tels faits peuvent assurément se rencontrer aussi dans des contentieux de nature civile, entre professionnels libéraux ou entre agriculteurs par exemple, relativisant davantage encore l'axiome d'une séparation radicale des deux systèmes de preuve en

présence.

**11** - Enfin, les dispositions de l'article L. 123-12 du code de commerce relatives aux obligations comptables des commerçants tempèrent elles aussi la distinction manichéenne entre les règles civiles et commerciales par la résurgence de l'écrit dans l'administration de la preuve des engagements commerciaux. De longue date, certains auteurs sont allés jusqu'à considérer que la consécration d'un régime de preuve libérée se trouve, en réalité, contrebalancée par l'obligation légale de tenir des livres de commerce constatant par des écritures tout contrat fait par une entreprise commerciale (18). Et ces auteurs de nuancer en conséquence la singularité du régime probatoire commercial par rapport au droit commun.

Faut-il rappeler que l'article L. 123-23 du code de commerce envisage les documents comptables comme des instruments de preuve qui peuvent, s'ils sont régulièrement tenus, être invoqués par leur auteur à l'encontre d'un autre commerçant (19), fût-il commerçant de fait (20), et ce, contrairement au principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ? Le code civil, en ses articles 1329 et 1330 (21), envisage lui-même l'utilisation des documents comptables comme moyens de preuve en admettant que le commerçant puisse se voir opposer par un adversaire non-commerçant les livres qu'il tient, sans pour autant qu'il puisse les invoquer lui-même en sa faveur, un commerçant ne pouvant se constituer à soi-même une preuve contre son adversaire « civil ». On le voit, l'articulation des règles de preuve est largement fondée sur la tenue de ces livres conservant, pendant dix ans (22), la trace des opérations accomplies, et remettant ainsi sévèrement en cause l'idée que l'écrit occuperait un rôle négligeable dans le régime de droit commercial. Le projet de réforme du droit des contrats et de la preuve des obligations de 2015 semble, au demeurant, abandonner le particularisme du monde du commerce en disposant que les registres et documents que les « professionnels », et non plus les seuls « marchands », doivent tenir ou établir ont, contre leur auteur, la même force probante que les écrits sous signature privée (art. 1378 du projet). Dès lors, ne faut-il pas voir dans cette indifférence pour la qualité juridique de commerçant le premier pas vers une uniformisation des principes applicables à l'ensemble des professionnels immersés dans la vie des affaires, commerçants comme non-commerçants ?

Au-delà de la dimension purement comptable, comment ne pas relever non plus que le droit fiscal lui-même accorde la plus grande importance aux livres de commerce qui constituent « un moyen de contrôle fiscal » (23) dans la mesure où le résultat imposable est déterminé par l'administration fiscale au vu de documents comptables remis par les entreprises (24) ?

## **B - Le rapprochement des règles de preuve civiles et commerciales du fait de l'inadaptation du régime des actes mixtes**

**12** - L'article L. 110-3 du code de commerce ne saurait régir les situations où un commerçant entend prouver un acte de commerce contre un « non-commerçant », simple particulier. En effet, le texte n'envisage la liberté de la preuve des actes de commerce « qu'à l'égard des

commerçants ». Or, certains actes sont qualifiés d'actes mixtes précisément parce que l'une des parties est dépourvue de cette qualité. Loin de relever de circonstances exceptionnelles, ces actes occupent l'essentiel du droit de la consommation.

La présence d'une partie non-commerçante confère un caractère hybride à la relation juridique et occasionne par conséquent une perturbation du mécanisme de la libération des modes de preuve. Confrontés à ce type d'actes, les commerçants se voient privés des facilités probatoires qui découlent normalement du droit commercial<sup>(25)</sup>. En effet, le principe de distributivité gouvernant les actes mixtes postule une application distributive des règles civiles et commerciales : le commerçant étant contraint de suivre les règles civiles quand il prouve contre un non-commerçant<sup>(26)</sup> et, inversement, la partie pour laquelle l'acte est civil pouvant apporter la preuve de l'obligation par tous moyens à l'encontre du commerçant. Ce faisant, « le commerçant qui n'aura pas préconstitué la preuve lors de la formation du contrat échouera à le prouver devant le juge, tandis que le non-commerçant sera en position de l'établir, favorisé qu'il est par la liberté de preuve »<sup>(27)</sup>.

Un tel principe de solution place évidemment les deux protagonistes dans une situation d'inégalité des armes défavorable au commerçant. Effectivement, alors que le non-commerçant profite des règles relatives au commerce (liberté des preuves contre le commerçant) tout en conservant le bénéfice des règles civiles (nécessité d'un écrit pour établir la preuve contre lui), le commerçant subit, quant à lui, à la fois la rigueur des règles commerciales (preuve contre lui par tous moyens) et des règles civiles (impossibilité de prouver librement contre et outre l'acte produit par la partie non-commerçante). Dès lors, il n'est pas étonnant que pareille situation soit apparue contestable et bien subtile<sup>(28)</sup>. Et c'est à juste titre que le principe de distributivité a pu être critiqué au motif qu'il est anormal que des règles opposées régissent la preuve d'un même acte en fonction de la qualité de la personne ayant la charge de la preuve<sup>(29)</sup>.

Mais il y a plus grave. Une telle distorsion des règles applicables apparaît en contradiction avec le besoin de sécurité inhérent au droit commercial, et que tout système de preuve a pour objet d'assurer. En effet, de manière à préserver autant que possible ses intérêts en cas de litige ultérieur, le commerçant confronté à un acte mixte se trouve contraint, dans les faits, de se réservier une preuve écrite dès la formation du contrat, incorporant ainsi des règles civiles formalistes censées ne pas lui être applicables. Partant, l'incitation du commerçant à la vigilance aboutit, non sans paradoxe, à une inversion pure et simple de l'application distributive des règles probatoires...

Allant plus loin, il est permis de douter que, du côté du commerçant, le principe de liberté présente encore un quelconque intérêt en matière d'actes mixtes. La pratique s'attachant presque toujours à rédiger un écrit lorsqu'un tel acte est conclu, on est conduit à se demander « s'il ne serait pas aujourd'hui de bonne justice d'y appliquer le seul droit civil »<sup>(30)</sup> et que le corps de règles le plus exigeant soit respecté d'emblée par l'une et l'autre partie. L'application aux actes mixtes d'un seul bloc normatif réaliseraient ainsi une unification bienvenue, que certains appellent de leurs voeux, y compris à propos de la compétence juridictionnelle afin que l'intégralité du contentieux afférent à ces actes soit attribuée au seul juge civil en retirant au demandeur non-commerçant son droit d'option pour la juridiction

commerciale (31).

À l'égard du commerçant, c'est donc bien une restriction sensible de la liberté des modes de preuve au profit des règles plus exigeantes du droit civil que produit en pratique, mais non en droit, la subtilité du régime de distributivité attaché aux actes mixtes.

**13** - À l'issue de ce panorama, le principe de la preuve libre apparaît à la vérité bien moins puissant qu'on ne le croit parfois. De nos jours, il est même permis de constater qu'il se réduit comme peau de chagrin sous l'effet d'une tendance générale du législateur comme des agents économiques à accorder une place prépondérante à la formalisation écrite des relations d'affaires.

## **II - La liberté de la preuve, un principe devenu résiduel en droit commercial**

**14** - L'examen du dispositif probatoire institué en droit commercial a permis de faire apparaître que la preuve par écrit n'a finalement jamais cessé d'occuper une place significative. Mais ce qui pouvait apparaître à l'origine comme un phénomène relativement contenu a depuis lors cédé sous l'effet d'une vague qui submerge tout le secteur marchand. De fait, le droit des affaires est incontestablement marqué par un retour en force de l'écrit qui s'apparente à un irrésistible mouvement de fond, assez rarement relevé. L'évolution des pratiques professionnelles, des réglementations spéciales formalistes et des moyens technologiques, ont conjointement fait triompher l'écrit en tant qu'instrument essentiel dans la perspective de préconstitution d'un mode de preuve efficace. La conjonction de ces éléments aboutit à une emprise de l'écrit dans les relations d'affaires si intense qu'elle donne à penser que, de nos jours, l'anachronisme c'est la liberté probatoire. Ce phénomène de renversement d'un principe traditionnel est nettement perceptible dans les contrats et les relations d'affaires (A), comme dans le fonctionnement des entreprises tenues d'établir la prise en considération de règles de transparence, de loyauté et d'éthique de plus en plus fortes (B).

### **A - L'extension irrésistible de la preuve par écrit dans les relations d'affaires**

**15** - Bien qu'il soit l'un des éléments attestant la spécificité du droit commercial, le principe de la liberté probatoire connaît un reflux provoqué par la renaissance du formalisme. Il est vrai que l'exigence de la rédaction d'un écrit n'a cessé de se renforcer dans toutes sortes de contrats liés au développement des services et de la consommation, au point qu'il a été fort justement souligné que « la préconstitution de la preuve par écrit, déjà requise par le droit commun des obligations, s'est trouvée renforcée par le droit des contrats spéciaux » (32). En effet, nombreuses sont les réglementations spéciales à prescrire un acte écrit, quel que soit le montant des engagements concernés, participant ainsi à l'essor d'un nouveau formalisme contractuel destiné à protéger jusqu'aux commerçants eux-mêmes pourtant supposés rompus aux affaires, à l'occasion de la souscription d'engagements importants, ou lorsqu'ils se trouvent dans une relation d'affaires potentiellement dissymétrique en raison, par exemple, d'un rapport de dépendance économique inhérent aux réseaux de distribution.

Un tel formalisme en droit commercial n'est pas nouveau et d'éminents auteurs soulignaient

déjà que l'obligation de plus en plus fréquente de rédiger un écrit « a considérablement réduit, sur le terrain de la preuve, l'opposition traditionnelle des contrats civils et des contrats commerciaux »<sup>(33)</sup>. Plus qu'un signe de méfiance à l'égard des commerçants, il faut y voir, de la part du législateur, la volonté d'apporter la plus grande sécurité aux relations juridiques, sans pour autant que la liberté contractuelle s'en trouve elle-même limitée<sup>(34)</sup>. Ce mouvement de formalisation des contrats, dont on ne sait pas toujours très bien s'il n'a qu'une fonction probatoire ou s'il constitue une condition de forme<sup>(35)</sup>, n'a en tout cas cessé de se renforcer. De plus en plus nombreux sont en effet les contrats qu'il est indispensable de passer par écrit car assortis de clauses qu'un accord verbal ne suffit pas à constater<sup>(36)</sup>. Sans bien sûr prétendre à l'exhaustivité, il n'est qu'à mentionner le cas des contrats ou opérations les plus indispensables à la vie des affaires : bail<sup>(37)</sup>, assurance<sup>(38)</sup>, statuts de société<sup>(39)</sup>, prêt d'argent<sup>(40)</sup>, instruments de crédit<sup>(41)</sup>, instruments de paiement<sup>(42)</sup>, souscription de valeurs mobilières<sup>(43)</sup>, cession de parts sociales<sup>(44)</sup>, cession et nantissement de fonds de commerce<sup>(45)</sup>, location-gérance de fonds de commerce<sup>(46)</sup>, cautionnement consenti par toute personne physique (tels un dirigeant social ou un associé) au profit d'un créancier professionnel<sup>(47)</sup>, cession de brevet d'invention<sup>(48)</sup>, cession de marque<sup>(49)</sup>, contrats de transport<sup>(50)</sup>...

**16** - Certains pans du droit économique fournissent une illustration particulièrement riche du rôle assigné à l'écrit en tant que vecteur de sécurisation juridique des relations commerciales interentreprises. C'est particulièrement dans l'hypothèse de relations entre fournisseurs et distributeurs que le renforcement de la protection des acteurs économiques a conduit à une « formalisation des relations entre professionnels »<sup>(51)</sup>. Est-il ici besoin de commencer par indiquer que les accords de distribution, bien qu'ayant un caractère consensuel en l'absence de toute forme requise, font évidemment en pratique l'objet d'un acte sous-seing privé, tant pour sceller le contenu des obligations des parties que pour en faciliter la preuve, quand ce n'est pas pour permettre à l'autorité de régulation d'exercer un contrôle sur des stipulations susceptibles de porter atteinte au jeu normal de la concurrence<sup>(52)</sup> ? Mais il y a beaucoup plus révélateur de la montée en puissance du formalisme contractuel, car multiples sont les dispositions insérées dans le titre IV du livre IV du code de commerce à imposer des mesures de transparence sanctionnées requérant l'existence de l'écrit : communication des conditions générales de vente, lesquelles constituent le « socle unique » de la négociation commerciale (art. L. 441-6), établissement d'une convention récapitulative des obligations auxquelles les parties se sont engagées (art. L. 441-7), formalisation des relations de sous-traitance industrielle par l'obligation nouvelle de conclure une convention dans les conditions légalement prévues (art. L. 441-9)... sans même évoquer plus avant l'exigence d'une facturation (art. L. 441-3), dont on rappelle qu'elle est essentiellement un moyen de preuve à la disposition de celui qui l'émet<sup>(53)</sup>, autant qu'elle sert de support à d'éventuelles opérations de crédit, telles que l'affacturage ou, en droit du commerce international, le crédit documentaire.

Indéniablement, c'est donc la quasi-totalité des activités économiques qui est aujourd'hui atteinte par la « densification normative »<sup>(54)</sup>, laquelle révèle, y compris en droit commercial, un mouvement général de « formatage » des contrats, toujours plus réglementés, normalisés. Par-delà le droit « commercial », cette extension du formalisme couvre l'intégralité du secteur marchand - incluses les activités agricoles, artisanales,

libérales - et des relations d'affaires entre professionnels ; les relations entre professionnels et consommateurs relevant, quant à elles, du droit de la consommation constitué de dispositions préventives destinées à corriger la relation, par nature déséquilibrée (55), entre les parties en présence, comme en témoigne par exemple l'obligation générale d'information précontractuelle à la charge de tout professionnel tenu de communiquer « de manière lisible et compréhensible » un certain nombre d'informations (art. L. 111-1 c. consom.).

**17** - Enfin, il n'est pas jusqu'aux évolutions technologiques qui n'aient favorisé grandement le phénomène d'expansion de l'écrit en droit commercial. De fait, après que la jurisprudence a admis dans un arrêt fondamental que la preuve d'un acte de commerce pouvait être rapportée par télécopie (56), les progrès de l'informatique ont conduit, comme chacun sait, le législateur à consacrer l'écrit électronique en tant que preuve littérale, dès lors qu'il présente des garanties d'authenticité et d'intégrité (art. 1316-1 c. civ.). Mais il y a plus. En affirmant l'équivalence de principe entre l'écrit papier et l'écrit électronique (57), le code civil a, par là même, atteint le système de la liberté des preuves à la racine. Et, de fait, à bien y réfléchir, l'on peut aujourd'hui se demander ce qu'il reste, en pratique, de cette liberté alors que le recours massif à internet dans la vie des affaires aboutit à l'emploi de procédés informatiques valant comme modes de preuve littérale. La révolution numérique s'avère être ainsi un processus d'expansion irréversible de l'écrit électronique dans les relations commerciales contemporaines, produisant, en retour, une inflexion sensible de la vitalité du principe de la liberté probatoire tombant en désuétude. Au lendemain de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 « portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique », le professeur Yves Guyon avait perçu cette évolution en présageant que le principe de la liberté de la preuve « va perdre une partie de son utilité puisque depuis la loi du 13 mars 2000 l'écrit sous forme électronique a la même forme probante que l'écrit sur support papier » (58).

Il n'en faut pas davantage pour comprendre que les actes électroniques colonisant toutes les activités économiques concurrencent alors l'écrit sur support papier comme mode alternatif de conclusion des conventions (59). C'est dire aussi l'attrait qu'exercent les technologies numériques comme moyens de préconstitution d'une preuve écrite à la disposition des agents économiques, en sus des avantages bien compris liés au renforcement de la rapidité des transactions commerciales.

À elle seule, cette utilisation généralisée de l'informatique dans les relations d'affaires est donc à l'origine d'un double mouvement qui diminue sensiblement l'originalité comme l'intérêt du dispositif de libéralisation de la preuve en matière commerciale puisque, d'une part, la preuve par écrit électronique a fini par s'étendre de manière pragmatique et irréversible à l'ensemble des relations contractuelles entre commerçants au point de parvenir, d'autre part, à un rapprochement avec le régime applicable aux non-commerçants et de réaliser ainsi une uniformisation spontanée des systèmes probatoires civil et commercial.

## B - Le renforcement de l'écrit en tant que mode de contrôle de la transparence et de la gouvernance des entreprises

**18** - L'un des phénomènes les plus marquants du droit des affaires au cours des vingt dernières années est certainement la montée en puissance des règles de transparence, de gouvernance, d'éthique, de *process interne* dans l'encadrement juridique de l'organisation et de l'activité des entreprises. Qu'elles puisent leur source dans des règles classiques relevant de la *hard law* ou dans une réglementation douce et plus récente qualifiée de *soft law*, ces normes régulatrices obligent les entreprises à adapter leur démarche à un *corpus* d'exigences de plus en plus fourni intégrant, au-delà des règles de transparence, des considérations de gouvernance, environnementales, sociales et sociétales, parfois sous l'impulsion directe du droit européen soucieux de développer l'information non strictement financière des sociétés (60).

Sociétés cotées, banques, compagnies d'assurances, organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), agences de notation... tous ces acteurs économiques majeurs sont aujourd'hui soumis à des règles qui font partie intégrante de leur environnement normatif. Initialement contenues dans de nombreux rapports, lignes directrices et autres déclarations, ces recommandations ont été progressivement cristallisées, consolidées, tantôt dans la loi, tantôt dans des documents revêtant des intitulés divers (code de bonne conduite, code de déontologie, charte éthique, code de *compliance*...) dont l'application est assortie d'un contrôle par les autorités administratives indépendantes (Autorité des marchés financiers, Autorité de la concurrence, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution...), ce qui incite à ne pas en mésestimer la force contraignante (61).

**19** - Du point de vue du sujet qui nous retient, il convient d'observer que ces nouveaux instruments de régulation sociale se matérialisent par une obligation de diffusion d'informations transcrives dans divers documents tendant à établir que les entreprises visées ont effectivement satisfait à leurs obligations en matière de transparence des marchés, de libre concurrence, de bonne gouvernance ou de *reporting*. C'est dire que ces exigences sont indissociables d'un formalisme accru auquel les acteurs de la vie économique doivent se plier, sauf à apparaître en infraction avec certaines prescriptions légales ou réglementaires, sans doute aussi de *soft law*, et d'encourir des sanctions d'intensité variable (V. *infra*, n° 20). Assurément, ce recours massif aux renseignements écrits est donc également dicté par l'intervention de l'administration dont le pouvoir de contrôle et de sanction suppose la preuve d'infractions qu'il est à l'évidence plus facile d'établir en présence d'une formalisation écrite émanant des entreprises concernées.

**20** - Le droit des sociétés cotées offre incontestablement, via l'intégration des principes de gouvernement d'entreprise et de responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE), une illustration de ce phénomène d'expansion irrésistible de l'écrit en tant que support à la démonstration du respect de considérations éthiques (62). Ainsi, chacun sait que la réglementation des sociétés cotées est d'abord faite de nombreuses dispositions intéressant la gouvernance et donnant lieu à différents rapports (63), soumis au contrôle de l'Autorité des marchés financiers (art. L. 621-18 c. mon. fin.) qui dispose d'un pouvoir de

sanction administrative à l'encontre de la société et de ses dirigeants en tant que responsables de l'information transmise aux actionnaires et au public<sup>(64)</sup>. Outre ce *corpus* contraignant, s'est ajouté un « complément souple du droit formel »<sup>(65)</sup>, et tout particulièrement le code français AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, en vertu duquel ces sociétés doivent se référer à un code de gouvernement d'entreprises, dont elles peuvent se départir à condition de s'en justifier suivant le principe « se conformer ou expliquer » (« *comply or explain* »), et ce, sous la supervision de l'Autorité des marchés financiers (art. L. 621-18-3 c. mon. fin.), ainsi que du Haut comité de gouvernement d'entreprise chargé du suivi de l'application du code<sup>(66)</sup>. Citons encore l'obligation d'intégrer au rapport annuel présenté aux actionnaires, et plus généralement au marché lui-même, des informations non strictement financières - mais aussi écologiques, sociales, ou sociétales - elles-mêmes assorties d'une vérification par un « organisme tiers indépendant » (art. L. 225-102-1, al. 5 et 7, c. com.).

Mais qu'importe ici le contenu détaillé de ces dispositifs, il convient surtout de remarquer qu'ils réalisent une invasion d'obligations « documentaires » à la charge des sociétés concernées, tenues de diffuser, sous le contrôle de certaines entités, un flot d'informations déterminées pour attester du respect de normes de comportement, sous peine de sanctions diverses<sup>(67)</sup> - administratives<sup>(68)</sup>, civiles<sup>(69)</sup>, pénales<sup>(70)</sup> - à l'encontre de la société ou de ses dirigeants, voire de toute personne qui aurait diffusé sciemment de fausses informations. Ce à quoi il faut également ajouter les conséquences négatives du non-respect de principes de conduite en termes d'image et de réputation de la société, d'autant que l'Autorité des marchés financiers n'a pas hésité à recourir à une arme de dissuasion massive en s'autorisant à citer nommément dans son rapport annuel sur la gouvernance des entreprises celles dont les explications lui apparaissaient insuffisantes suivant la technique anglo-saxonne du « *name and shame* » (nommer et blâmer)<sup>(71)</sup>. Dans un tel contexte, est-il donc besoin de souligner que c'est à l'aune d'une communication écrite de qualité, formatée et complète, que s'appréciera le respect des engagements sociaux, environnementaux ou de gouvernance des sociétés ? Qui pourrait encore douter de la suprématie des documents écrits en vue d'expertiser la réalité des engagements éthiques de ces entreprises commerciales ?

Mots clés	:
<b>PREUVE</b> * Matière commerciale * Liberté	

(1) V. not., les travaux de l'Association H. Capitant, *La preuve*, t. LXIII, 2013, Bruylant ; A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve*, LexisNexis, coll. Droit et professionnels, 2015 ; E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, Thémis droit, PUF, 2015 ; M. Mekki, L. Cadet et C. Grimaldi (dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.

(2) M. Mekki, *Avant-propos*, in M. Mekki, L. Cadet et C. Grimaldi (dir.), *op. cit.*

(3) R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2013, n° 12 ;

(4) D. Bert, M. Chagny et A. Constantin (dir.), *La simplification du droit*, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique, préf. J.-L. Debré, Institut universitaire Varenne, coll. Colloques et essais ; B. Lecourt, *Réflexions sur la simplification du droit des affaires*, RTD com. 2015. 1<sup>e</sup> ; J. Moreau et F. Terré, *La simplification du droit*, *Mélanges J. Béguin*, Litec, 2005, p. 533.

(5) P. et P. Didier, *Droit commercial*, t. 1, *Introduction générale*, *L'entreprise commerciale*, Economica, n° 110.

(6) Ainsi, en présence d'un bon de commande écrit portant mention d'un prix, l'acheteur est admis à prouver que le vendeur lui avait accordé verbalement une remise sur ce prix, Com. 3 mai 1984, n° 82-16.640, Bull. civ. IV, n° 145.

(7) S. Torck, *Les visages du capitalisme au travers des deux codes de commerce*, *in* P. Le Cannu (dir.), *D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008, p. 113.

(8) Civ. 17 mai 1892, DP 1892. I. 604 ; Com. 23 mai 1970, n° 69-10.396.

(9) Un tel contexte donne à constater que l'émergence d'une réglementation spéciale aux grandes entreprises commerciales rappelle que la sociologie des « commerçants » est des plus variées et qu'il y a peu en commun entre le petit commerçant s'apparentant au boutiquier d'autrefois et les grandes sociétés qui relèvent d'un *corpus* particulièrement dense exigeant la prise en compte de considérations plus générales.

(10) M. Cabrillac, *Vers la disparition du droit commercial ?*, *Mélanges J. Foyer*, 1997, PUF, n° 26.

(11) J. Hémard, préc., n°s 33 s. et n° 65, « le principe de la liberté des preuves (...) ne se traduit plus par une opposition absolue avec le système des preuves du droit civil ».

(12) Com. 12 oct. 1982, n° 81-11.812, Bull. civ. IV, n° 313 ; 19 janv. 1993, n° 90-16.380, Bull. civ. IV, n° 21.

(13) J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., n° 186

et t. 2, 1<sup>re</sup> éd., n° 1213 bis.

(14) Com. 13 mars 2001, n° 98-15.798, Bull. Joly 2001. 854, note B. Saintourens. *Addé* 26 nov. 1990, n° 89-12.277, Bull. civ. IV, n° 301 ; D. 1991. 382<sup>¶</sup>, obs. L. Aynès<sup>¶</sup> ; 21 juin 1988, n° 86-10.128, Bull. civ. IV, n° 212.

(15) V. not., F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., n° 640 ; C. Albiges, *Introduction au droit*, Larcier, coll. Paradigme Manuels, 2<sup>e</sup> éd., 2015, n° 469.

(16) CJCE 10 sept. 2009, aff. C-97/08, *Akzo*, Rec. CJCE I-08237 ; RSC 2010. 244, obs. L. Idot<sup>¶</sup> ; RTD com. 2010. 144, obs. C. Champaud et D. Danet<sup>¶</sup> ; RTD eur. 2010. 647, chron. J.-B. Blaise et L. Idot<sup>¶</sup>.

(17) M. Béhar-Touchais, *Le droit de la preuve devant les autorités de régulation*, in M. Mekki, L. Cadet et C. Grimaldi (dir.), *op. cit.*, p. 133.

(18) J. Hémard, préc., n° 33 et 49.

(19) Com. 7 juin 2006, n° 05-12.273 ; 21 nov. 2006, n° 05-15.128. Ce faisant, la règle légale en matière de comptabilité constitue « entre commerçants » une dérogation remarquable au principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même.

(20) V. le célèbre arrêt *Mosquée de Paris*, Com. 17 mars 1981, n° 79-14.117. La Cour de cassation admettant que les livres de commerce d'un commerçant boucher constituent une preuve à l'encontre d'une association qui, sans avoir la qualité de commerçant de droit, exerce une activité à but lucratif pour l'exploitation de laquelle elle réalise des actes de commerce de manière habituelle.

(21) Art. appelés à être fondus en un seul texte par le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations, du régime et de la preuve des obligations de 2015.

(22) Art. L. 123-22 c. com.

(23) E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, par J. Percerou, 1922, n° 192.

(24) D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, Domat droit privé, 6<sup>e</sup> éd., n° 392.

(25) G. Parléani, Un texte anachronique : le nouvel article 109 du code de commerce, D. 1983. 65.

(26) C. Lyon-Caen et L. Renault, Manuel de droit commercial, LGDJ, Paris, 13<sup>e</sup> éd., 1922 : « celui pour lequel l'opération a un caractère civil ne doit pas souffrir du caractère commercial qu'à l'acte pour l'autre partie ».

(27) R. Libchaber, note ss Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 2001, n° 98-23.080, Defrénois 2001. 1057.

(28) B. Saintourens, note ss Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 2001, n° 98-23.080, RTD com. 2001. 867 .

(29) V. not., G. Parléani, art. préc., n° 24.

(30) R. Libchaber, préc.

(31) V. not., Le club des juristes, Pour une justice commerciale rénovée et réhabilitée, nov. 2013, proposition n° 3.

(32) P.-Y. Gautier, Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions, LPA 5 mai 2000, p. 14.

(33) J. Hémard, préc., n° 36.

(34) X. Lagarde, Observations critiques sur la renaissance du formalisme, JCP 1999. I. 170, n° 15.

(35) J. Ghéstin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, Traité de droit civil. Introduction générale, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, n° 667.

(36) J. Hémard, préc., n° 41.

(37) Art. 1715 et 1716 c. civ.

(38) Art. L. 112-3 et L. 112-4 c. assur.

(39) Art. L. 210-2 c. com.

(40) Art. 1907, al. 2, c. civ. exigeant un écrit pour la validité de la stipulation d'un taux d'intérêt conventionnel.

(41) Art. L. 511-1 c. com. (lettre de change) ; art. L. 512-1 c. com. (billet à ordre) ; art. L. 313-23 c. mon. fin. (cession et nantissement de créances professionnelles).

(42) Art. L. 131-2 c. mon. fin. (chèque).

(43) Art. R. 225-5 et R. 225-128 c. com.

(44) Art. L. 221-14 et L. 223-17 c. com.

(45) Art. L. 141-1 et L. 142-3 c. com.

(46) Formellement, la loi n'impose pas l'existence d'un écrit, mais les obligations de publicité le rendent nécessaire.

(47) Art. L. 341-2 et L. 341-3 c. consom.

(48) Art. L. 613-8 CPI.

(49) Art. L. 714-1 CPI.

(50) Art. L. 132-8 c. com.

(51) D. Ferrier, Loi du 17 mars 2014 « relative à la consommation »... et pour un encadrement renforcé des relations entre professionnels, D. 2014. 889

(52) Concernant le contrat de distribution sélective, l'ancienne Commission de la concurrence a ainsi exigé qu'il soit écrit afin de permettre de vérifier l'application uniforme des conditions imposées aux distributeurs (Comm. conc., 27 mai 1982, BOSP 8 nov. 1983, p. 322 ; 1<sup>er</sup> déc. 1983, BOSP 28 déc. 1984).

(53) F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, Droit commercial, LGDJ, Domat droit privé, 10<sup>e</sup> éd., n° 406.

(54) C. Thibierge, La densification normative, D. 2014. 834 .

(55) J. Julien, Droit de la consommation, LGDJ, Domat droit privé, n° 11.

(56) Com. 2 déc. 1997, n° 95-14.251, Bull. civ. IV, n° 315 ; D. 1998. 192 , note D. R. Martin  ; RTD com. 1998. 187, obs. M. Cabrillac  ; JCP E 1998. 884, chron. P. Catala et P.-Y. Gautier ; JCP 1998. II. 10097, note L. Grynbaum.

(57) Art. 1316-1 c. civ. : « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve *au même titre* que l'écrit sur support papier ».

(58) Y. Guyon, Droit des affaires, t. 1, 12<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, n° 78.

(59) P.-Y. Gautier, art. préc.

(60) V., par ex., Dir. n° 2014/95/UE, 22 oct. 2014 en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

(61) V. not., Y. Paclot, La juridicité du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Rev. sociétés 2011. 395 .

(62) Outre les sociétés cotées, l'obligation de *reporting* social et environnemental vise également les sociétés non cotées dont le total du bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent certains seuils (art. R. 225-104 c. com.). D'autres formes d'entités, comme les mutuelles d'assurances, les sociétés coopératives, les établissements de crédit, sont également concernées.

(63) V., en particulier, le rapport annuel de gestion (art. L. 225-102-1 et L. 225-102-2 c. com.), le rapport sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques (art. L. 225-37, al. 6, et L. 225-68, al. 7).

(64) Art. 221-1 s. RG AMF.

(65) M. Germain, V. Magnier et M.-A. Noury, La gouvernance des sociétés cotées, JCP E 2013. 1638, spéc. n° 23.

(66) Haut comité institué en 2013 par le code AFEP-MEDEF, art. 25-1, et chargé de publier annuellement un rapport d'activité.

(67) Sur lesquelles, V. T. Bonneau et F. Drummond, Droit des marchés financiers, Economica, n° 516 s. ; A. Couret, H. Le Nabasque et *alii*, Droit financier, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2012, n° 1449 s. ; V. Magnier, Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité, JCP E 2010. 1234 ; F. G. Trébulle, L'environnement en droit des affaires, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1036, spéc. p. 1050 s. et la chron. Entreprise et développement durable du même auteur au JCP E.

(68) Art. L. 632-1 RG AMF, relatif aux sanctions administratives susceptibles d'être infligées par l'AMF à l'encontre d'une société cotée en cas de communication d'une information inexacte, imprécise ou trompeuse.

(69) La responsabilité civile des dirigeants est envisageable sur le fondement de l'art. L. 225-251 c. com. qui vise les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes.

(70) Art. L. 465-2 c. mon. fin. relatif au délit de fausse information.

(71) V. Rapp. 2013 et 2014 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants rédigés en application de l'art. L. 621-18-3 c. mon. fin.