

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La preuve en droit commercial

Mougenot, Dominique

*Published in:*

Vade-mecum du juge consulaire

*Publication date:*

2012

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mougenot, D 2012, La preuve en droit commercial. dans *Vade-mecum du juge consulaire*. La Chartre, Bruxelles, pp. 4-23.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# **LA PREUVE EN DROIT COMMERCIAL**

**Dominique Mougenot**

Union des juges consulaires de Belgique

Institut de formation judiciaire

# **VADE-MECUM DU JUGE CONSULAIRE**

## **LA PREUVE EN DROIT COMMERCIAL**

**Dominique Mougenot**

*Juge au Tribunal de commerce de Mons  
Maître de conférences aux FUNDP Namur*

D/2012/0147/81  
ISBN 978 2 87403 285 1

Numéro de commande: 206 124 101

© la Charte  
Rue Guimard 19  
1040 Bruxelles  
Tél.: 02/512 29 49  
Fax: 02/512 26 93  
E-mail: [editions.juridiques@lacharte.be](mailto:editions.juridiques@lacharte.be)  
Internet: [www.lacharte-editionsjuridiques.be](http://www.lacharte-editionsjuridiques.be)

Éditeur responsable:  
Union des Juges Consulaires de Belgique  
Rue du Lombard 42  
1000 Bruxelles  
[www.urhb-ujcb.be](http://www.urhb-ujcb.be)  
Numéro d'entreprise: 0408.698.612

Aucun extrait de cette édition ne peut, même partiellement, être communiqué au public, reproduit ni traduit ou adapté sous quelque forme que ce soit moyennant photocopie, microfilm, enregistrement ou tout autre moyen, ou être saisi dans une banque de données sans l'autorisation écrite et préalable de l'éditeur.

<b>TABLE DES MATIÈRES</b>	<b>Renvois aux n<sup>os</sup></b>
<b>Chapitre I</b>	
<b>Généralités</b>	<b>1</b>
Section 1	
Preuve des faits	2
Section 2	
Droit à la preuve	3
Section 3	
Interdiction pour le magistrat de recourir à ses connaissances personnelles	4
Section 4	
Validité des clauses contractuelles organisant la preuve	5
<b>Chapitre II</b>	
<b>Collaboration à la preuve - charge de la preuve</b>	
Section 1	
Collaboration à la preuve	6
Section 2	
Charge de la preuve	7
<b>Chapitre III</b>	
<b>Les principes de la preuve légale</b>	
Section 1	
Régime du Code civil	8
Section 2	
Exceptions	9
<b>Chapitre IV</b>	
<b>Les modes de preuve du Code civil</b>	<b>10</b>
Section 1	
L'écrit	11
Section 2	
Les témoignages	12
Section 3	
Les présomptions	13
Section 4	
L'aveu	14
Section 5	
Le serment	15

	<b>Renvois aux n<sup>os</sup></b>
Section 6 Les copies	16
<b>Chapitre V</b> <b>La preuve en droit commercial</b>	
Section 1 Liberté des preuves	17
Section 2 Preuve mixte	18
<b>Chapitre VI</b> <b>Les modes de preuve spécifiques du droit commercial</b>	
Section 1 La facture	19-20
Section 2 La comptabilité	21
<b>Compléments et notes personnelles</b>	

# Chapitre I

## Généralités

1. Les questions de preuve sont cruciales dans le débat judiciaire. Pour avoir raison, il faut disposer d'éléments permettant d'en convaincre le juge. Donc, un droit sans preuve sera dépourvu d'efficacité. Le lecteur trouvera ci-après quelques considérations de base en la matière. Ceux qui souhaitent des éclaircissements supplémentaires, plus approfondis sur le plan juridique, pourront utilement consulter le *Traité Pratique de Droit Commercial*, Waterloo, Kluwer, T. I, 2e éd., 2009, pp. 95 à 202.

### SECTION 1 PREUVE DES FAITS

2. **Seuls les actes juridiques** (c'est-à-dire, pour l'essentiel, les contrats) **et les faits doivent être prouvés**. Le juge est supposé connaître la loi. Il n'en reste pas moins que, lorsque l'affaire concerne l'application de lois très techniques ou peu usuelles, les avocats peuvent parfaitement documenter le tribunal sur les questions juridiques. Il en va de même lorsque la solution du litige suppose l'application d'un droit étranger. Mais ces questions échappent à la problématique de la preuve.

**Seuls les points contestés doivent être prouvés**. Lorsque les parties sont d'accord sur un point, le juge doit le tenir pour acquis.

### SECTION 2 DROIT À LA PREUVE

3. Les parties disposent d'un véritable **droit à la preuve**. Ce droit fait partie du droit au procès équitable. Il serait en effet absurde de reconnaître aux justiciables un accès au tribunal mais de ne pas leur permettre de défendre efficacement leur thèse en les empêchant de produire leurs preuves devant le juge. Ce droit à la preuve se manifeste de deux manières.

D'une part, **les parties doivent pouvoir produire les preuves dont elles disposent**. Dans la plupart des cas, ce principe ne pose pas de problème particulier. En revanche, la question devient délicate lorsque les preuves ont été acquises de manière illégale (par vol, en violation du secret professionnel ...) ou déloyale (en enregistrant ou filmant quelqu'un à son insu ...). Classique-

ment, les auteurs et la jurisprudence considéraient que ce type de preuves devait être écarté. Actuellement, on assiste à un changement majeur de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point, au pénal et au civil. Même si la matière est encore en cours d'évolution, on peut d'ores et déjà retenir **que les preuves illégales ne doivent plus être automatiquement écartées et que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation concernant leur utilisation.**

D'autre part, **les parties ont le droit de demander au juge de rechercher les preuves qui leur manquent.** Elles peuvent donc lui demander d'ordonner des «mesures d'instruction», c'est-à-dire des procédures qui permettront d'étoffer les éléments de fait du dossier (audition de témoins, expertise, descente sur les lieux, interrogatoire des parties par le juge ...). Le juge dispose toujours d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité d'ordonner ces mesures.

### SECTION 3

#### INTERDICTION POUR LE MAGISTRAT DE RECOURIR À SES CONNAISSANCES PERSONNELLES

**4.** Dans l'appréciation des preuves, **le juge ne peut utiliser que les éléments qui ressortent du dossier.** Il ne peut faire usage de ses connaissances personnelles, sauf en ce qui concerne les «faits notoires», c'est-à-dire des faits que tout le monde est supposé connaître (on ne devra pas prouver qu'une voiture a besoin d'une clef de contact pour démarrer). Il n'existe évidemment pas de liste de ces faits notoires et la jurisprudence sur ce point est parfois surprenante.

Reste une question embarrassante: peut-on prendre en considération les connaissances techniques des juges consulaires? Dans un dossier de construction par exemple, lorsqu'un entrepreneur fait partie du siège, faut-il désigner un expert si ce juge consulaire a les compétences nécessaires pour trancher la question litigieuse? Si on fait appel à des magistrats non professionnels, c'est précisément pour pouvoir s'appuyer sur leur expérience sur des questions non juridiques.

Cependant, il faut être attentif au respect du «principe du contradictoire»: lorsqu'un avis technique est décisif pour l'issue du litige, les parties doivent pouvoir en prendre connaissance et le discuter. La procédure d'expertise est organisée par la loi pour permettre la contradiction. Or les considérations d'ordre technique qu'un juge consulaire pourrait émettre au niveau du délibéré sont occultes et les parties n'ont aucune idée de la position qu'adoptera ce juge. Pour ce motif, si des points techniques doivent être éclaircis, il est préférable de désigner un expert, même lorsqu'un juge consulaire dispose de compétences utiles pour la solution du litige. Bien sûr, le juge consulaire pourra faire part de son avis lors du délibéré et ses connaissances seront précieuses mais cela ne peut remplacer un véritable constat dressé par un technicien indépendant du tribunal.

## SECTION 4 VALIDITÉ DES CLAUSES CONTRACTUELLES ORGANISANT LA PREUVE

**5. En principe, les parties peuvent organiser les questions de preuve comme elles l'entendent.** Des clauses contractuelles relatives à la preuve sont donc parfaitement licites. Elles peuvent déterminer qui doit prouver, avec quels éléments ... On trouve de telles clauses dans les règlements bancaires. Cette liberté contractuelle n'existe toutefois pas dans les relations entre un professionnel et un consommateur. La loi sur les pratiques du marché du 6 avril 2010 interdit de reporter sur le consommateur une preuve qui ne lui incombe pas ou de limiter les modes de preuve dont il dispose, par exemple en lui imposant l'usage d'un écrit, d'un courrier recommandé ...

# Chapitre II

## Collaboration à la preuve – charge de la preuve

### SECTION 1 COLLABORATION À LA PREUVE

6. En principe, le demandeur devrait aligner ses preuves, puis le juge devrait se tourner vers le défendeur pour lui demander de produire à son tour ses éléments de preuve. Tous les observateurs de la justice savent bien que les choses ne se déroulent pas comme cela: chacune des parties apporte ses preuves au juge, qui les examine dans le cadre du délibéré. **Dans cette phase de production des preuves devant le tribunal, les parties doivent collaborer. Elles ne peuvent se retrancher dans une attitude passive.** Ainsi, une partie qui peut prouver que son adversaire détient un document décisif pour la solution du litige peut lui demander de produire cette pièce en justice. Si l'adversaire refuse, le juge peut l'y contraindre. C'est la procédure de production forcée de documents (art. 877 et suivants du Code judiciaire). Cette procédure peut même être utilisée à l'égard d'une personne étrangère au procès, si elle détient des pièces importantes.

### SECTION 2 CHARGE DE LA PREUVE

7. Une fois les preuves produites et examinées par le juge, il se peut que celui-ci n'y trouve pas assez d'éléments pour forger sa conviction. C'est même assez fréquent en matière commerciale, dès lors que les parties peuvent parfaitement conclure des contrats de manière purement verbale (voir ci-après, n° 17). Cependant, le juge ne peut invoquer l'absence de preuves pour refuser de trancher. Il se rendrait coupable de déni de justice et engagerait sa responsabilité personnelle. Mais comment décider, alors que, par hypothèse, le dossier ne contient pas assez de preuves pour avoir une idée claire de la solution à appliquer? C'est là qu'interviennent les règles de la charge de la preuve. **Ces règles indiquent la partie qui assumera les conséquences des obscurités du dossier.** La partie qui supporte la charge de la preuve perd le procès, si les preuves apportées sont insuffisantes pour permettre au juge de trancher en connaissance de cause.

Ces règles se trouvent dans le Code civil et dans le Code judiciaire. L'article 870 du Code judiciaire prévoit que chacune des parties doit prouver ce qu'elle avance. L'article 1315 du Code civil est un peu plus précis: **le créan-**

**cier doit prouver l'existence de la créance, le débiteur doit prouver l'extinction de la créance.**

Cela implique par exemple, que lorsqu'une personne affirme qu'une remise de fonds a été faite à titre de prêt, c'est elle qui devra prouver sa créance, c'est-à-dire le fait que le destinataire des fonds s'est engagé à les rembourser. En revanche, si l'existence du prêt est établie, c'est au débiteur (l'emprunteur) qu'il appartiendra de prouver l'existence de remboursements (c'est-à-dire d'une cause d'extinction de sa dette).

Parfois, la loi intervient pour intervertir les rôles dans la charge de la preuve: une partie qui aurait normalement dû supporter la charge de la preuve en est dispensée et la charge est reportée sur son adversaire. C'est le mécanisme des **présomptions légales**: une partie est dispensée de prouver un fait, parce que l'existence de celui-ci est présumée par la loi. Par exemple, en ce qui concerne la garantie des biens vendus à un consommateur, celui-ci ne doit pas prouver que les défauts du bien qui apparaissent moins de six mois après la livraison existaient déjà avant la vente. Logiquement, en application des articles 1315 Code civil et 870 Code judiciaire, une telle preuve aurait dû reposer sur le consommateur qui invoque la garantie du vendeur. Mais le législateur est venu à son secours, pour le dispenser d'une preuve qui peut être difficile, et reporter sur le vendeur la preuve de l'affirmation inverse (le fait que la source du défaut n'est apparue qu'après la vente).

Les règles relatives à la charge de la preuve sont souvent délicates, notamment quand il s'agit de déterminer qui supporte la charge de la preuve de la mauvaise exécution d'un contrat. Les controverses sont nombreuses en cette matière et la jurisprudence est parfois un peu hésitante.

# Chapitre III

## Les principes de la preuve légale

### SECTION 1 RÉGIME DU CODE CIVIL

8. Bien que la preuve soit libre en droit commercial (voir ci-après, n° 17), il n'est pas rare que les tribunaux de commerce doivent faire application des règles de la preuve du droit civil (voir ci-après, n° 18). Il est donc important de les connaître.

On peut distinguer, au niveau théorique, deux grands systèmes de preuve: la **preuve légale** et la **preuve libre** (parfois aussi appelée preuve morale). Dans le système de la preuve légale, c'est la loi qui réglemente les modes de preuves qui sont admis. Dans le système de la preuve libre, tous les modes de preuve sont théoriquement admissibles, pour autant qu'ils puissent contribuer à forger la conviction du juge.

Pour des motifs de sécurité juridique et de simplification des débats (mais aussi de méfiance envers les juges, dont le pouvoir d'appréciation devait être jugulé), le Code Napoléon, dont est issu notre Code civil, a opté pour le système de la preuve légale. **En principe, tous les actes juridiques** (donc essentiellement les contrats) **devront être prouvés par un écrit signé par les parties et rédigé avant la survenance du litige** (c'est ce qu'on appelle la preuve «préconstituée»). Par contre, la preuve des faits à l'origine du litige est libre et tous les modes de preuve peuvent être utilisés. C'est logique, dans la mesure où, contrairement aux actes juridiques, il n'est matériellement pas possible d'exiger un écrit pour prouver les faits. Comment prouver les circonstances d'un accident par un écrit rédigé à l'avance? ...

Ainsi, si la preuve doit porter sur l'existence d'une vente, celle-ci devra en principe être prouvée par un écrit signé par le vendeur et l'acheteur. En effet, le contrat de vente est un acte juridique. Si cet écrit n'existe pas, la partie qui se fonde sur cette vente va perdre son procès.

En revanche, si le litige porte sur la détermination de la responsabilité d'un accident, la preuve du déroulement de l'accident est libre et pourra être rapportée par n'importe quel moyen, par exemple en interrogeant des témoins. En effet, il s'agit de prouver des faits et non plus des actes juridiques.

## SECTION 2 EXCEPTIONS

9. Ce principe, qui peut paraître assez rigoureux, connaît d'assez nombreuses **exceptions**, dans lesquelles la preuve est totalement libre.

Il ne s'applique pas:

- aux actes juridiques d'une valeur inférieure à 375 euros,
- **en matière commerciale** (voir ci-après, n° 17) – cette exception est évidemment capitale dans le sujet qui nous concerne,
- lorsqu'il était matériellement impossible de conclure un écrit (on ne conclut pas un contrat écrit avec les pompiers en cas d'incendie ...), que cet écrit a existé mais a été perdu par force majeure (incendie des archives ...) ou qu'il existait un obstacle psychologique qui empêchait la rédaction d'un écrit (entre membres d'une même famille ...),
- lorsque l'existence de l'acte est rendue vraisemblable par un écrit incomplet ou non signé émanant de celui contre qui on veut prouver (commencement de preuve par écrit); un commencement de preuve par écrit est une preuve insuffisante mais il fait sauter le verrou de la preuve écrite et permet d'utiliser tous les autres modes preuves.

# Chapitre IV

## Les modes de preuve du Code civil

**10.** Le droit de la preuve civile est réglementé, c'est-à-dire qu'il donne la priorité à certains modes de preuve par rapport à d'autres mais aussi qu'il limite les modes de preuve admissibles. Cela a pu causer certaines difficultés, lorsque l'informatique a créé de nouveaux procédés de preuve, qui rentraient difficilement dans le cadre légal classique.

Les modes de preuve du Code civil sont les suivants:

### SECTION 1 L'ÉCRIT

**11.** Le terme «écrit» reçoit deux sens dans le Code civil. Au sens large, il désigne tout document écrit, qu'il soit signé ou non. Une simple mention manuscrite sur un papier est un écrit dans cette signification. Au sens étroit, il désigne les «actes» c'est-à-dire les écrits signés. Ceux-ci se distinguent entre:

- les **actes authentiques**, dressés par certains professionnels habilités par la loi: notaires, huissiers, greffiers ... et
- les **actes sous seing privé**, établis par de simples particuliers et signés par eux.

Lorsque le Code civil impose une preuve écrite, c'est dans le sens étroit qu'il faut comprendre cette exigence. Compte tenu de la prééminence de la preuve écrite en droit civil, ce mode de preuve est incontournable dans bon nombre de cas.

La plupart des contrats peuvent être passés par acte sous seing privé mais la loi exige le passage par l'acte authentique dans certains cas: vente immobilière, constitution d'hypothèque, constitution de société commerciale ...

Il est actuellement admis que **l'écrit, même en matière civile, peut exister sous forme électronique. La signature peut également être électronique** mais toutes les formes de signatures électroniques n'ont pas la même valeur juridique. Seules les plus sécurisées, qui utilisent les techniques de cryptographie à clef publique, sont assimilées d'emblée à la signature ma-

nuscrite. C'est le cas des procédés de signatures qui font intervenir la carte d'identité électronique. Toutefois, tant qu'il n'y a pas de contestation, il est possible d'utiliser des écrits électroniques non signés (des courriels ordinaires par exemple) ou porteur d'une forme peu sécurisée de signature électronique (une signature réalisée avec stylet sur une tablette graphique portable par exemple).

Dans un acte sous seing privé classique, les parties sont présentes au moment de la rédaction et signent le document ensemble. **Il est toutefois admis, même en matière civile, qu'un contrat résulte d'un échange de courriers.** Dans ce cas, il sera nécessaire de confronter les différentes correspondances pour reconstituer les engagements pris par les parties. Chacun des courriers ne comportera qu'une seule signature, celle de l'auteur de la lettre. En matière civile, ce mécanisme ne peut être étendu à un échange de courriels, à défaut de signature (le simple fait de mentionner son nom au bas d'un courriel n'est pas une signature valable)<sup>1</sup>.

## SECTION 2 LES TÉMOIGNAGES

**12. Il s'agit de la relation des faits par des personnes qui y ont assisté.** Comme notre droit ne connaît pas les témoignages écrits, l'intervention de témoins doit en principe se réaliser par l'audition de ces témoins sous serment à l'audience.

**Lorsqu'un écrit est exigé, la preuve par témoins est interdite.** On ne peut donc normalement pas prouver par témoins l'existence ou le contenu d'un contrat de plus de 375 euros, sous réserve des exceptions énoncées ci-dessus. Lorsqu'elles sont admissibles, les déclarations des témoins sont toujours soumises à l'appréciation du juge. Celui-ci peut ne pas les retenir s'il estime qu'elles ne sont pas convaincantes.

## SECTION 3 LES PRÉSOMPTIONS

**13. Ce sont des raisonnements par lesquels le juge peut, à partir de faits connus du dossier, en déduire l'existence de faits inconnus.** Les présomptions désignent donc les multiples indices que l'on peut retrouver dans un dossier, à partir desquels le juge peut faire certaines déductions. Par exemple, le paiement d'un loyer par une partie permet de déduire que les parties ont conclu un bail verbal; la référence à un entretien téléphonique dans un courrier permet de déduire qu'une facture a été contestée par téléphone, etc.

---

<sup>1</sup> Un courriel non signé pourrait toutefois être considéré comme un commencement de preuve par écrit - voy. ci-avant, n° 9.

**Tout comme les témoignages, les présomptions ne sont pas admises lorsque l'écrit est exigé par la loi.** Le pouvoir d'appréciation du juge à leur égard est également très large. Même si la loi exige la présence d'un « faisceau de présomptions graves, précises et concordantes », une seule présomption peut suffire à convaincre le tribunal si elle apparaît sérieuse.

#### SECTION 4 L'AVEU

**14. L'aveu est la reconnaissance par une partie d'un fait invoqué à son encontre.** On dit que l'aveu est plus une dispense de preuve qu'un mode de preuve à proprement parler: puisque que le fait avoué n'est plus contesté, il doit être considéré comme établi par le juge.

**L'aveu doit porter sur un fait et non sur une question juridique.** Ainsi, lorsqu'une partie se reconnaît responsable d'un accident, il ne s'agit pas d'un aveu parce que la responsabilité est une question de droit. En revanche, elle peut faire un aveu concernant les circonstances de fait de l'accident, duquel le juge pourra déduire sa responsabilité (elle peut reconnaître qu'elle n'a pas pris toutes les mesures de précaution, par exemple).

**C'est un mode de preuve très important qui est, en principe, admissible en toutes matières, même lorsqu'une preuve écrite est exigée.** La seule limite à l'utilisation de l'aveu est l'ordre public, c'est-à-dire les règles fondamentales de protection de la vie en société. Ainsi, la preuve par aveu n'est pas admissible en droit fiscal, parce qu'il s'agit d'une législation d'ordre public.

L'aveu peut être fait dans le cadre de la procédure (aveu judiciaire) ou en dehors (aveu extrajudiciaire). Il peut être écrit ou verbal. **Il peut même résulter du comportement d'une partie.** C'est ce qu'on appelle l'aveu « en action ». La partie qui entame spontanément l'exécution d'une convention reconnaît l'existence de cette convention.

**L'aveu est irrévocable.** Sauf à prouver qu'elle a commis une erreur, la partie qui a fait un aveu ne peut pas se rétracter<sup>2</sup>.

Il arrive qu'une partie fasse une déclaration complexe, dans laquelle elle reconnaît en réalité deux faits, dont l'un modalise ou annule le premier. Par exemple: je reconnais l'existence du prêt mais je l'ai déjà intégralement remboursé. C'est ce qu'on appelle un aveu complexe. **L'aveu complexe est indivisible**, en ce sens que celui qui l'invoque ne peut pas séparer les deux affirmations pour ne retenir que celle qui l'avantage. Dans l'exemple cité, le prêteur ne pourrait pas retenir la reconnaissance du prêt en oubliant l'affirmation du remboursement. Il doit prendre l'aveu dans son ensemble et celui-ci, en définitive, ne lui apportera pas grand-chose. L'aveu complexe ne

<sup>2</sup> Cette règle ne s'applique pas en droit pénal, où la personne poursuivie en justice peut parfaitement rétracter ses aveux.

pourra être divisé que lorsqu'une de ses branches apparaît manifestement fausse, invraisemblable ou est contredite par d'autres éléments du dossier.

## SECTION 5 LE SERMENT

**15.** Dans les cas où les éléments du dossier sont insuffisants pour trancher, le juge peut demander à une partie si elle est prête à affirmer la véracité de ses affirmations sous serment. Ce mode de preuve n'est plus guère utilisé, car il ne correspond plus à la culture actuelle.

## SECTION 6 LES COPIES

**16.** **En principe, les copies n'ont aucune valeur en droit:** on peut toujours demander la production de l'original. Tous les procédés techniques qui produisent des copies (photocopie, fax, scanner ...) sont visés. Toutefois, en l'absence de contestation concernant la conformité de la copie, rien n'empêche d'utiliser des copies en justice et c'est même très fréquent.

# Chapitre V

## La preuve en droit commercial

### SECTION 1 LIBERTÉ DES PREUVES

**17.** L'article 25 du Code de commerce consacre la **liberté des preuves en droit commercial**. Donc tous les modes de preuve sont admissibles, en ce compris les témoignages et les présomptions, même pour prouver l'existence de contrats d'une valeur de plus de 375 euros. La conclusion de contrats purement verbaux ne pose donc pas de problème de principe, puisque d'autres modes de preuve que l'écrit sont admis. Ceci dit, la preuve de contrats verbaux peut poser des problèmes pratiques, lorsque le dossier ne contient pas suffisamment d'éléments pour déduire l'existence ou les modalités du contrat. L'utilisation de l'écrit est donc à encourager, même si elle n'est pas obligatoire. L'argument de la rapidité du commerce n'est plus un obstacle au recours à l'écrit, à l'heure des communications par fax ou par courriel.

**Dans certains cas, le recours à l'écrit est néanmoins imposé par la loi:** contrats d'assurance, lettres de change, actes constitutifs de société, etc.

### SECTION 2 PREUVE MIXTE

**18.** La connaissance des modes de preuve du droit civil n'est cependant pas inutile pour le commerçant. En effet, dans les rapports avec un non-commerçant, on va appliquer les règles de la «preuve mixte». **Cela signifie que chaque partie doit respecter les règles de preuve applicables à l'autre:** le non-commerçant pourra prouver contre le commerçant par tous les modes de preuve, alors que le commerçant devra respecter l'exigence de la preuve écrite. Pour des contrats d'une valeur de plus de 375 euros, les commerçants devront donc veiller à obtenir la signature d'un écrit par leur client non-commerçant. La signature devra être présente en original. Une signature apposée sur un document transmis par fax serait donc sans valeur, parce que le fax reçu par le destinataire n'est qu'une copie du document adressé par l'émetteur<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Mais ce document peut constituer un commencement de preuve par écrit.

# Chapitre VI

## Les modes de preuve spécifiques du droit commercial

À côté des modes de preuve civils, examinés ci-dessus, le droit commercial connaît deux modes de preuve spécifiques: la facture acceptée et la comptabilité.

### SECTION 1 LA FACTURE

**19. La facture est un document dans lequel un commerçant indique le prix à payer par son client.** En soi, la facture est un document unilatéral établi par le créancier et elle ne prouve rien à elle seule. En cas de contestation, le créancier devra donc prouver l'existence de son droit en produisant d'autres documents: contrat, bon de commande ... En revanche, **la facture devient un mode de preuve efficace lorsqu'elle est acceptée par le client:** celui-ci reconnaît l'existence de l'opération que la facture constate et ses modalités.

L'acceptation peut être expresse, mais ce n'est pas fréquent. Elle peut être tacite et résulter de l'absence de contestation du client. En cas de contestation formulée en temps utile, la facture perd sa force particulière et redevient un élément de preuve unilatéral, à compléter par d'autres éléments de preuve. La contestation n'est soumise à aucune règle de forme. Elle peut être verbale, encore faut-il alors en rapporter la preuve. Elle doit intervenir à bref délai. Cette notion est laissée à l'appréciation du juge et doit être appréciée en fonction des circonstances. Lorsque l'acheteur doit procéder à certaines vérifications après la livraison, il est normal qu'une contestation n'intervienne qu'après ces vérifications. En général, on considère qu'une facture doit être contestée dans les jours ou les semaines qui suivent. Une contestation intervenant plusieurs mois après la facture est tardive. Le simple fait de demander des explications concernant une facture n'est pas considéré comme une contestation.

Une difficulté fréquente en pratique apparaît lorsque le client déclare ne pas avoir reçu la facture. La Cour de cassation considère de manière constante que celui qui invoque le silence de son cocontractant à titre d'acceptation de la facture doit prouver que le destinataire l'a bien reçue. Cette preuve est difficile, en cas de contestation, comme il n'est pas d'usage d'adresser les factures par recommandé. Certaines juridictions considèrent que le fait que

l'émetteur de la facture l'ait enregistrée dans sa comptabilité est une preuve de ce que cette facture n'est pas fictive. On n'accepte pas de payer la TVA sur une opération qui n'existe pas. Mais cette présomption est néanmoins insuffisante pour établir la réception de la facture par le client.

La facture est également exigée par la législation fiscale, en matière de TVA. Le fait que la facture soit irrégulière, au regard de la législation sur la TVA, ne lui ôte pas sa valeur en tant que preuve en matière commerciale. Tout au plus pourra-t-on subordonner le paiement par le client à la production d'une facture régulière.

**20.** L'acceptation du client fait preuve de l'existence de l'opération et de son prix. Mais s'étend-elle aux **conditions générales** qui sont reprises en bas de la facture ou au verso? Cette question est controversée et la jurisprudence n'est pas unanime.

La jurisprudence majoritaire considère que l'absence de contestation de la facture est une reconnaissance implicite de ce que les conditions générales ont été portées à la connaissance du client au moment de la conclusion du contrat et ont été acceptées. C'est une conséquence du principe général selon lequel un commerçant doit contester rapidement les courriers et les documents contractuels sur lesquels il ne peut marquer son accord.

Un courant minoritaire, mais non marginal, exige en plus la preuve que les conditions générales ont été effectivement portées à la connaissance du cocontractant au moment de la conclusion du contrat: sur un bon de commande, une confirmation de commande, un courrier, etc. Toutefois, les conditions générales s'appliqueront, même si cette preuve n'est pas rapportée, pour autant que les parties étaient en relations d'affaires suivies, de telle sorte que le client a pu prendre connaissance des conditions générales à la faveur d'une opération antérieure.

On ajoute que les conditions générales ne sont en tout cas pas opposables au cocontractant lorsque celui-ci doit faire des démarches complémentaires pour en prendre connaissance, sont rédigées dans une langue qu'il ne comprend pas ou contiennent des clauses inhabituelles ou anormalement lourdes.

Les règles énoncées ci-dessus ne s'appliquent que lorsque le client est commerçant. À l'égard d'un non-commerçant, la facture n'est pas un mode de preuve utilisable, sauf si le client non-commerçant a expressément reconnu l'exactitude de la facture.

## SECTION 2 LA COMPTABILITÉ

**21.** La preuve des opérations commerciales peut également résulter de leur enregistrement dans la comptabilité d'un commerçant. **En principe, pour faire preuve, une comptabilité doit être tenue régulièrement** mais

cette question reste soumise à l'appréciation du juge: celui-ci pourra retenir une comptabilité irrégulière, si cette irrégularité n'est pas fondamentale et n'affecte pas la valeur des mentions invoquées à titre de preuve. De manière générale, le juge n'est jamais tenu par les mentions comptables et conserve toujours un pouvoir d'appréciation à leur égard.

La preuve par la comptabilité peut s'envisager de plusieurs manières.

**Contre le commerçant** qui tient la comptabilité tout d'abord. On considère que le fait d'enregistrer un document dans sa comptabilité est un aveu de l'existence de l'opération que ce document constate. Il est donc très dangereux de comptabiliser une facture contestée: il existe un risque sérieux qu'un tribunal interprète cette mention comme la reconnaissance de la régularité de la facture.

**Mais le commerçant peut aussi invoquer sa propre comptabilité contre son cocontractant.** C'est une exception notable au principe selon lequel on ne peut pas se fabriquer ses propres instruments de preuve. Cette exception résulte du fait que les mentions de la comptabilité d'un commerçant doivent logiquement trouver une contrepartie dans la comptabilité de son client ou de son fournisseur. Mais s'il existe une contradiction entre la comptabilité des deux parties, il n'y a pas de raison de privilégier la comptabilité de l'un par rapport à celle de l'autre. Il faut alors rechercher d'autres éléments de preuve dans le dossier.

Cette règle ne s'applique pas à l'égard des non-commerçants. C'est logique puisque le client non-commerçant n'est pas tenu de tenir une comptabilité. Donc, les mentions de la comptabilité du commerçant ne trouveront pas leur équivalent auprès du client. Dans ce cas, la comptabilité du commerçant n'a pas de valeur particulière, sauf si le client accepte d'y ajouter foi.

La loi prévoit plusieurs procédés pour examiner la comptabilité d'un commerçant. La voie normale est la production par extraits, reprenant les mentions pertinentes pour la solution du litige. La production complète de la comptabilité n'est que rarement ordonnée, dans des litiges en matière de succession par exemple. Dès que le problème devient un peu technique, les tribunaux ne se contentent pas d'ordonner la production de la comptabilité d'une ou des parties mais désignent un expert comptable pour l'examiner et donner un avis sur la question litigieuse.

Dominique MOUGENOT,  
1 juin 2012