La facture

Kevin Magnier-Merran

▶ **To cite this version:**

Kevin Magnier-Merran. La facture. Droit. Université de Strasbourg, 2015. Français. NNT : 2015STRAA026 . tel-01346839

HAL Id: tel-01346839
https://theses.hal.science/tel-01346839

Submitted on 19 Jul 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, SCIENCES POLITIQUE ET HISTOIRE

UMR 7354 DRES- DROIT DES AFFAIRES

THÈSE présentée par :

Kevin MAGNIER-MERRAN

soutenue le : 29 **septembre 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : droit des affaires

LA FACTURE

THÈSE dirigée par :
Monsieur STORCK Michel — Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :
Monsieur MOUSSERON Pierre — Professeur, Université de Montpellier
Monsieur HENRY Xavier — Professeur, Université de Lorraine

AUTRES MEMBRES DU JURY :
Monsieur ERESEO Nicolas — Maître de conférences, Université de Strasbourg

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A la mémoire de ma mère

REMERCIEMENTS

La thèse aura été pour moi une épreuve de vie. Si le hasard fait finalement assez peu de choses, l'intitulé du sujet me laisse croire qu'il fallait payer le prix du soulagement. Je verse aujourd'hui un acompte laissant pour un temps paisible le bilan.

Mes premiers remerciements vont à Monsieur le Professeur Michel Storck. Il est celui qui a rendu la bonne fin du contrat possible. Sa disponibilité, son écoute, sa parole toujours réfléchie et mesurée ont été autant de sources d'apaisement pour moi durant ce long travail. Il m'a fait confiance, avec humanité, simplement.
Aussi, j'ai une pensée particulière pour Monsieur Alain Lienhard. Nos échanges avaient été particulièrement riches à l'époque du choix de ce sujet de thèse. Il en est l'iniateur.
Je n'oublie pas non plus l'ensemble du jury, qui a accepté avec spontanétié d'examiner mon travail.

Comment aussi ne pas remercier les Professeurs Jean-Pierre Brill et Estelle Naudin. Travailler avec eux a été avant tout une très belle aventure humaine. Ils savent toute l'estime que je leur porte.

J'ai une pensée émue aussi pour mes proches . Ils ont tous été là à des moments particulièrement difficiles, à leur manière. Je pense tout particulièrement à Edouard et Thérèse mais aussi évidemment à mon père ainsi qu'à mes soeurs Christelle et Sacha. Je n'oublie pas Laurent et nos nombreuses discussions motivantes, ainsi que Lola, Zoé et Manon, les trois petites étoiles.
Que Liliane aussi, ma très chère, sache à quel point ses lettres pleines de conseils pour lutter contre l'adversité font aujourd'hui sens. Je songe également à Denis, le peu d'égard qu'il a pour le concept d'indécision et ses nombreux encouragements ont été une source intense de motivation.

Les mots me manquent pour exprimer mes plus vifs remerciements également à Gaëlle Sampietro, ma plus fidèle amie. Son investissement à mes côtés en cette fin de thèse a été bouleversant. Ses encouragements, relectures et conseils quotidiens ont été salvateurs. Plus qu'un remerciement, qu'elle ait l'assurance de ma profonde reconnaissance. Je songe tout particulièrement aussi à Jihane, qui m'a tellement soutenu depuis des mois. Je leur dois beaucoup.

Enfin, l'achèvement de cette thèse n'aurait pas été possible sans songer à chaque instant à ma mère, qui aura brillé par sa présence lors des derniers temps d'écriture. Son départ précipité a renforcé ses enseignements. Elle m'a appris le courage, le dépassement de ses limites. Elle me manquera tant au jour de la soutenance. Puisse ce travail honorer sa mémoire.

SOMMAIRE

PARTIE 1.FACTURE ET CONTRAT: L'INSTITUTION SAISIE DANS SA DIMENSION CONTRACTUELLE

TITRE 1. LA FACTURE, MODE DE REPRESENTATION DU LIEN CONTRACTUEL : LA PERENNITE D'UNE RELATION CLASSIQUE

CHAPITRE 1. DE LA FACTURE ET DU PRINCIPE DE LIBERTÉ DE LA PREUVE EN MATIÈRE COMMERCIALE : UNE PROPENSION NATURELLE À LA REPRÉSENTATION DU LIEN CONTRACTUEL

Section 1. De la source de fécondité : le principe de liberté dans l'établissement d'une preuve particulière en droit des affaires

Section 2. De la source de stérilité : une mise à l'épreuve nécessaire de l'adage « nul ne peut se constituer de preuve à soi même » à travers le contentieux relatif a la preuve par facture

CHAPITRE 2. DE LA FACTURE ET DE L'INFLUENCE DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE SUR LE SYSTÈME DU FAUX : UNE PROPENSION NATURELLE À LA REPRÉSENTATION FICTIVE DU LIEN CONTRACTUEL

Section 1. De la fausse facture, pollution juridique naturelle

Section 2. D'une dépollution complexe

TITRE 2. LA FACTURE, MODE DE TRANSPORT DE LA MATIERE CONTRACTUELLE : L'AVENEMENT D'UNE RELATION PARTICULIERE

CHAPITRE 1. DE LA POSSIBILITÉ D'UN TRANSPORT DU PRIX DU CONTRAT

Section préliminaire. De l'objet de l'invitation au paiement

Section 1. De l'essor de la facture : la possibilité d'une fixation unilatérale du prix du contrat

Section 2. D'un essor encadré par le recours à la bonne foi, principe directeur en matière de facturation

CHAPITRE 2. DE LA CERTITUDE DU TRANSPORT DE LA MATIÈRE CONTRACTUELLE ACCESSOIRE

Section 1. Du principe du transport de la matière contractuelle accessoire

Section 2. De la mise en oeuvre du transport des clauses à travers le contentieux

PARTIE 2.FACTURE ET MARCHE : L'INSTITUTION SAISIE DANS SA DIMENSION TECHNIQUE

TITRE 1. LA FACTURE, MODE DE REPRESENTATION D'UNE OPERATION DE MARCHE

CHAPITRE 1. LA FACTURE ET L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE : UNE PROPENSION NATURELLE DE CORRESPONDANCE

Section 1. Des origines de l'institution technique

Section 2. De l'institution technique dans l'ordre concurrentiel : entre étanchéité et perméabilité

CHAPITRE 2. DE LA RÉALISATION DE LA FACTURE EN TANT QU'INSTRUMENT TECHNIQUE

Section 1. De la vocation extensive de la construction technique : le moule flasque de la transparence

Section 2. De la vocation restrictive du matériau technique : le moule rigide du droit pénal

TITRE 2. LA FACTURE, MODE DE TRANSPORT DE LA MATIERE OBLIGATOIRE : VERS UNE AUTONOMISATION DU DOCUMENT ?

CHAPITRE 1. DE LA TRANSPARENCE À L'APPARENCE : DE L'AUTOSSUFFISANCE DE PRINCIPE DU DOCUMENT EN DROIT FISCAL

Section 1. De la condition formelle attachée au droit à déduction à la TVA : première manifestation de l'autonomie du document

Section 2. De la présomption de régularité attachée au document en matière probatoire : seconde manifestation de l'autonomie du document

CHAPITRE 2. DE LA NÉCESSITÉ D'UNE RENCONTRE ENTRE LES DIMENSIONS DU DOCUMENT : LA PROJECTION D'UN DÉPASSEMENT

Section 1. Des dimensions en concurrence.

Section 2. La recherche d'un apaisement : d'une coalition sécurisée des dimensions possible ?

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ADP	Archives de philosophie du droit
aff.	Affaire
al.	Alinéa
AJPen.	Actualité juridique pénale
art.	Article
BDCF	Bulletin des conclusions fiscales
BID	Bulletin d'information et de documentation de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'État
Civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation
CGI	Code général des impôts

CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Chr.	Chronique
comm.	Commentaire
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
C. pen.	Code pénal
D.	Recueil Dalloz
D. actu.	Dalloz actualité
Dr. fisc.	Revue de droit fiscal
Dr. pen.	Droit pénal
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IR	Information rapide
JCP G	La Semaine juridique, édition générale
JCP E	La Semaine juridique, édition entreprise
JDI	Journal du droit international
LPA	Les Petites affiches
obs.	Observations

RCDIP	Revue critique de droit international privé
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle
Rev. Soc.	Revue de droit social
RDC	Revue des contrats
RIDA	Revue internationale des droits de l'Antiquité
RIDE	Revue internationale de droit économique
RHD	Revue historique de droit français et étranger
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDcom.	Revue trimestrielle de droit commercial
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaire
SS	Sous-section
V.	Voir

INTRODUCTION

1 . *L'image double des cygnes : une œuvre au service de la pensée.* En usant de la méthode paranoïaque-critique[1] conduisant l'artiste à privilégier la production d'images doubles, l'œuvre « Les Cygnes se reflétant en éléphants »[2] du célèbre peintre surréaliste Salvador Dali, témoigne du fonctionnement irrationnel de la perception et vise à mettre en doute les certitudes offertes par l'apparence.

Organisée autour d'une ligne de reflet horizontale autorisant un dédoublement parfait de l'œuvre, on y découvre, au sein d'une nature idyllique mais par certains de ses aspects très inhospitalière, la réunion de trois cygnes renvoyant pourtant le reflet de pachydermes en bonne et due forme. Sur la gauche se dresse l'image d'un Narcisse désabusé, empruntant l'allure du poète Garcia Lorca, tournant définitivement le dos à l'image que lui renvoyait le lac par transparence, au sein duquel il s'était perdu jadis.

2 . *Des cygnes aux signes présents sur la facture : l'enseignement ?* Voilà sans doute l'invitation au voyage que propose l'artiste, grâce à un ornement marin au style figuratif précis et appuyé, il décrit une baie à la fois paisible car dominée par un ciel bleu mais également étrange : au-delà même des tromperies de notre perception imagées par ce reflet illogique, on aperçoit un paysage en flammes, des troncs en partie brisés, irréguliers faisant alors songer à un environnement très tourmenté.

Il nous est apparu que l'aspect non logique du reflet en question ainsi que son décor tourmenté s'appliquait à l'objet de notre étude et en constituerait le fil directeur. Ce reflet interroge par le quasi trompe l'oeil qu'il autorise, le cou des cygnes prenant la forme d'un

1 Il s'agit d' « *une méthode spontanée de connaissance irrationnelle, basée sur l'objectivation critique et systématique des associations et interprétations délirantes* », S. Dali, « La Conquête de l'irrationnel », Éditions surréalistes, Paris, 1935, p. 16.

2 S. Dali, Les Cygnes se reflétant en éléphants, 1937, huile sur toile, 51 x 77 cm, Cavalieri Holding, Co., Inc., Genève, Suisse.

point d'interrogation tandis que les ailes déployées forment les oreilles des éléphants. Aussi, le jeu d'une homophonie remplaçant les cygnes par les signes présents sur le document invite à la réflexion. Les cygnes, dont on aperçoit l'activité paisible au sein de l'œuvre invoquée, ne laissent pas imaginer *a priori* qu'ils pourraient, aux yeux de celui qui tiendrait à remettre en cause le sens de nos premières perceptions, refléter une toute autre réalité bien plus lourde et centrale traduite par trois pachydermes au sein du tableau commenté, alors que les formes extérieures sont exactement les mêmes.

Il en est de même quant aux signes présents sur une facture qui composeront tant l'en-tête que le corps du document dont la faible juridicité, reflet d'une réalité passée, connue et acceptée par le truchement du consentement, est *a priori* évidente et légère. A tel point que le document est défini classiquement comme une « *une pièce comptable donnant le détail des marchandises fournies ou des travaux exécutés, avec indication en regard du prix de chaque objet ou service*[3]».

A propos du contenant de cette réalité passée, il sera tour à tour évoqué la facture mais également le document, en ce que ce dernier est un « *écrit contenant un élement de preuve ou d'information*[4]». A tel point, que nous préférons d'abord évoquer des signes plutôt que des renseignements écrits tant la facture peut apparaître *a priori* comme un document banal, non pas lu mais tout au plus aperçu bien souvent par son destinataire[5].

Qu'il s'agisse d'écritures ou de signes mathématiques, la facture se compose bien de signes sémiologiques[6] afin d'incarner avant tout un « message juridique » à vocation informative, à la fois exhaustif et accessible, sous la forme d'une rationalisation du rapport contractuel, l'efficacité de sa présentation participant alors de la « réalisabilité » du droit[7] à travers une représentation matérielle des paroles échangées. La facture entretient, d'autant plus depuis qu'elle tient en un énoncé de mentions obligatoires, un rapport tout

3 Cornu, Vocabulaire juridique, V° Facture.

4 Cornu, Vocabulaire juridique, précité, V° Document ; sur la notion de document, V. O. Audic, *Les fonctions du document en droit privé*, préface Ph. Delebecque, LGDJ, Paris, 2004.

5 V.H. et L. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II, Montchrestien 1956, n°137, p. 112 : « *un commerçant vérifie les conditions du marché avant sa conclusion, mais ne prête aucune attention spéciale à la correspondance postérieure ; les factures notamment sont remises au service de la comptabilité qui examine uniquement leur conformité quant au prix et aux livraisons* »

6 Sur le rapport plus général entre les signes et le droit, V. J.-P Gridel, *Les signes et le droit*, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 162, 1979.

7 D. Tallon , « Actualité de l'œuvre de Geny (A propos de la publication des conférences prononcées à l'occasion de son centenaire et de la traduction américaine de « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif ») », RIDC,1965, vol. 17, n°3 p.735.

particulier avec la langue juridique, dont la technicité ne peut être niée[8].

3. *La facture : une image contractuelle paisible.* Le lac contractuel accueillerait alors sans méfiance aucune cet ensemble de signes, résultat d'un phénomène naturel, qui compose le paysage juridique. Les signes présents sur ce document n'auraient *a priori* pour seul objectif que de « doubler » une existence contractuelle mais non de la créer. Ils en sont la représentation codée, symbole d'une nécessité comptable et juridique de filtrer et de maîtriser une réalité contractuelle, issue d'un contrat à titre onéreux. Le lien de filiation entre le contrat et la facture conduit donc *a priori* à la production d'une image contractuelle figée et qui, sans heurts, traduit l'existence d'un lien de droit entendu au sens de la « *reconnaissance d'une altérité* »[9] entre le créancier et le débiteur, dessinée dans le passé.

4. *Le choix de l'image d'un rapport entre professionnels*. A en croire excessivement ce premier constat, la facture ne serait que le miroir du contrat dont l'existence serait légitimée par l'hystérie collective du rappel et ne justifierait pas une étude d'ensemble tant le document est toujours périphérique, n'atteignant la moelle de la science juridique qu'à de rares exceptions. Or, nous souhaiterions démontrer que bien loin de concerner « le degré zéro du droit[10] », il a fallu pour mener ces recherches garder à l'esprit que le droit doit aussi se préoccuper des « virtualités opposées qui sont dans la petitesse, et que celle-ci, tel le caniche de Faust, peut receler le mal absolu[11]». Cette étude constitue en somme le questionnement du vide d'une évidence que semble subir la facture. Toutefois, nous avons souhaité limiter ce questionnement aux rapports entre profesionnels, car le trompe l'oeil y est plus perceptible qu'ailleurs. Aussi, une telle délimitation du sujet, si elle exclue naturellement par exemple le droit de la consommation[12], convoquera néanmoins

8 S. Chatillon, « Droit et langue », RIDC 2002, vol. 54, n°3, p. 685.

9 E. Jeuland, « L'énigme du lien de droit », RTDciv. 2003, p. 455, spe. p.457 lorsque l'auteur affirme que le lien de droit résulte de la rencontre de deux personnes qui se « *reconnaissent autres, ce qui se traduit par des appellations différentes, l'un doit payer, c'est le solvens, l'autre reçoit le paiement, c'est l'accipiens* ».

10 J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème ed., LGDJ, 2001, p.84.

11 J. Carbonnier, ouvrage précité, spe. p.86.

12 Les consommateurs sont pourtant évidemment concernés: ils sont destinataires de factures ou de facturettes. Souvent destinataire d'un contrat d'adhésion, le code de la consommation se fait fort, notamment, d'identifier en ses articles R. 132-1 et R. 132-2, les conditions de modification du contenu contractuel dont pourrait souffrir le consommateur. De manière générale, ces dispostions interdisent les clauses qui fondent l'adhésion du consommateur à des clauses

grand nombre de matières. Sans être exhaustif sur ce point, la polyvalence de la facture conduira naturellement à étudier le droit des contrats, appliqué aux contrats d'affaires ainsi qu'aux contrats spéciaux, le droit pénal, le droit international privé, le droit comptable et le droit fiscal. La prévalence donnée à un traitement du document à travers le prisme du droit des affaires se justifie également car il a été question de donner une certaine direction à cette étude, forcément exclusive car arbitraire. L'emprise de la technique sur le document est surtout perceptible lorsque la facture constitue la dernière étape d'une relation d'affaires. C'est cette technicisation du document qui nous a préocuppé, sa tentative d'autonomisation alors même que la facture tire sa source en principe du contrat et plus largement, de la volonté des parties. Cette double dimension du document, à la fois technique et contractuelle, constitue bien le mouvement dont nous voulons rendre compte or celui-ci est propre aux rapports entre professionnels et devait, au nom de l'expérimentation d'une symétrie entre les deux dimensions, s'y tenir.

5 . *Plan de l'introduction.* Mais il serait bien indélicat de faire fi des certitudes parfois justifiées entourant le document et qui expliquent son caractère accessoire. Afin que la présentation du sujet gagne en clarté, il semble opportun de commencer par exprimer ce qui semble être la cause d'un traitement faible du sujet en doctrine (§1) avant d'en proposer le dépassement (§2) pour donner sens à la problématique et à l'annonce du plan retenu.

§1 La facture, un document à portée doctrinale traditionnellement faible.

---

postérieures, non contenues dans l'écrit principal, à savoir, le contrat. Ces clauses seraient en effet abusives, conformément à la définition que l'article L132-1 du code de la consommation, en donne, à savoir: «(..) les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat(...)». En outre, le code de la consommation s'avère relativement pragmatique sur la question des factures, qu'il prend soin d'identifier comme un potentiel document contractuel, en son alinéa 4 du même article L132-1 qui dispose que:« Ces dispositions [relatives aux clauses abusives] sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies». Ainsi, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que le consentement du consommateur ne peut résulter du paiement de la facture dès lors qu'il n'est pas justifié qu'il n'a pas reçu une communication réelle des conditions du contrat au moment où il y a souscrit (v. p.e. TGI Nanterre (6e ch.), 9 fév. 2006: *RG n°04/02838 ; Cerclab n° 3994)*

Ces certitudes reposent tant sur des raisons objectives tenant à la substance supposée du document (A) qu'à des motifs davantage subjectifs tenant cette fois-ci à son environnement (B).

A. Les raisons objectives.

Ces raisons objectives lient la faiblesse originelle du document (1) à sa faiblesse fonctionnelle (2).

1. Le point de départ : la faiblesse originelle du document

6 . ***Absence de charge juridique nouvelle.*** Que certains considèrent que la charge juridique nouvelle et quasi nulle du document conduise à la plus grande humilité dans le traitement des informations s'y rattachant est de prime abord tout à fait cohérent avec le sens commun que l'on attache à la notion de facture, outil récapitulatif du passé.

On pourrait alors encore se demander si cette « légèreté juridique » nécessite une étude d'ensemble quand de passage, elle constitue « *un mémento aidant les témoins à s'en souvenir* »[13]. L'étude ne pourra guère nier ce dernier aspect ni consacrer une vision paroxystique de la facture. Le processus rationnel visant à l'élaboration de la facture avoue sa dépendance à d'autres concepts fondamentaux tels que le consentement et la théorie du contrat.

L'identification du talon d'Achille relatif au document relève de l'évidence : la facture est dans un sens commun un document unilatéral et soumis à vérification et il faudra composer avec cette faiblesse originelle. Aussi, le document s'avère être post-contractuel. Or une fois ces deux caractères identifiés, ils provoquent nécessairement méfiance et

13 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, spe., p. 31.

obligation de vérification. La réalité contractuelle portée par le document ne peut alors être avalisée que par un retour constant en amont du document. Ce lien indéfectible avec le passé fonde l'humilité avec laquelle il convient d'aborder la facture.

7. En effet, si la structuration de l'obligation en droit public est tout à fait perméable à l'idée de volonté verticale[14] et à l'unilatéralisme comme source d'obligations, le droit privé des contrats repose avant tout sur un échange horizontal, de conscience à conscience, et se refuse à considérer qu'un seul peut imposer sa volonté à l'autre[15] au nom du sacro-saint principe de l'autonomie de la volonté[16]. Il ressort donc qu'aussitôt émise ou produite en justice pour servir la preuve de l'existence d'un droit, une entreprise de vérification viendra anéantir, si besoin, toute distorsion entre la facture et les strates qui lui sont supérieures au sein de la pyramide des normes contractuelles. La jurisprudence est depuis bien longtemps limpide sur ce point[17].

8. La sagesse juridique commande alors de ne pas doter le document d'une charge juridique nouvelle mais bien de faire de la facture une simple synthèse des obligations nées préalablement, au jour de la conclusion du contrat, intégrant au besoin la trace des divers avenants contractuels. Le document est alors également la traduction d'une intentionnalité à ne pas considérer les situations dans lesquelles la facture résulte d'un contrat imposé comme la convention d'assurance. La facture symbolise alors la marque d'une aliénation désirée et temporaire des volontés dont on oublie peut-être vite qu'elle est le reflet du principe de la force obligatoire attaché aux conventions. La facture en est, d'ailleurs, peut être, l'expression formelle.

14 V. en ce sens J. Waline, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *in Le contrat au début du XXe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin,* LGDJ, 2001, p. 965 ; B. Plessix, « Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs, archéologie d'un silence », Annuaire de l'Institut Michel Villey 2012, vol. 4 p.184 ; J. Chevallier, « L'obligation en droit public », ADP 2000, t. 44, p. 179 ; X. Dupré De Boulois, *Le pouvoir de décision unilatérale (Étude de droit comparé interne)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 248, 2006.

15 M-A Frison-Roche, « Volonté et obligation», ADP 2000, *L'obligation* t .44 2000 p. 129.

16 E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Dijon, Paris, A. Rousseau, 1912 ; Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, Paris 1909 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, Toulouse, 1949; Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, Paris, 1891 ; F. Chabas, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1931 ; M. Salama, *La conception de l'engagement unilatéral de volonté en droit civil comparé*, Paris, 1957.

17 V. p.e. Crim., 4 novembre 1847, DP 1847.1.371.

9. A ceci près que la facture n'incorporera pas tout le contenu du contrat mais seulement sa version la plus épurée et la plus immédiate intégrant les modifications successives du coloris contractuel en faisant alors un mode de représentation partiel du contrat[18], sorte de décret d'application contractuel dans sa dimension de paiement[19].

Car ne nous y trompons guère, si la facture est le résultat, dans la production de l'acte juridique, d'une seule volonté, elle ne reflète absolument en rien une volonté unique[20] mais bien au contraire une cristallisation de deux volontés. C'est en cela que le document s'avère être également contractuel : si son élaboration est unilatérale, son contenu est contractuel et doit s'avérer conforme aux volontés des parties, c'est à dire à « *une conciliation des intérêts contradictoires* »[21] ce qui est antinomique de l'acte unilatéral tel qu'il est traditionnellement compris[22].

Nous percevons alors immédiatement à quel point la facture est en état de dépendance juridique vis à vis du contrat ; la facture ne peut pas créer, elle doit retranscrire et c'est sa fidélité contractuelle qui lui assure sa légitimité. On dira traditionnellement que la facture est causée par l'existence d'une antériorité juridique tangible. C'est aussi parce qu'elle est une traduction rationalisée des consentements qu'elle peut « inviter au paiement[23] » : son effet comminatoire n'a de sens qu'en ce que la facture est une suite contractuelle et ne situe pas en rupture d'une aliénation de volonté valablement opérée. Elle pourra alors rythmer l'exécution du contrat et devenir un acte juridique pré-liquidatif, intimement lié au paiement par la formulation mathématique de l'obligation de payer une somme d'argent qu'elle renferme.

---

18 Sur cette distinction, V. notamment P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTDciv. 1999, p. 772 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat » *in* Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz, 2005, p. 211 ; G. Wicker,« Force obligatoire et contenu du contrat » in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, sous la dir. P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Paris, Dalloz (coll. « Thèmes et commentaires »), 2003, p.151.

19 J-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du code civil », RTDciv. 2001, p. 266

20 Sauf à considérer, ce que nous aborderons lors du lien entre paiement et facture, qu'ainsi le créancier s'oblige à recevoir le paiement et à libérer le débiteur. En ce sens, la facture pourrait être le réceptacle d'un engagement unilatéral de volonté de l'*accipiens* à accepter le paiement du *solvens.*

21 J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil,* thèse précitée, n°39.

22 Pour une comparaison avec la logique administrativiste, voir M. Sinkondo, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », RTD civ.1993, p. 239.

23 R. Savatier, « La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain », RTDcom. 1973 p. 1.

2. Le prétendu point d'arrivée : la faiblesse originelle constitutive d'une faiblesse fonctionnelle.

10. *Influence comptable.* Au plan fonctionnel, l'origine comptable de la facture est évidente. Elle explique pour beaucoup la neutralité juridique attachée au document, la comptabilité étant une science de certitude où l'enregistrement des données économiques et financières est conditionné par leur existence indubitable, sauf hypothèse de fraude. La facture y est avant tout perçue comme la reconnaissance d'une contrainte, un « centre de coûts » s'il fallait qualifier cette externalité négative, générant l'existence d'un service tout spécialement dédié à la gestion de ce document. En effet, la polarisation du droit comptable autour de ses principes directeurs tels que la conformité ou la régularité[24] oblige le gestionnaire à une actualisation régulière des techniques de facturation dont les contours donnent une image pesante des conséquences ultimes attachées à l'acte de commerce. Ce « *document fondamental et protéiforme de la vie des entreprises*[25]» est donc avant tout comptable, ce qui influe nécessairement sur sa transmission au juriste[26]. Mais les missions diffèrent ici. Si le comptable sera attentif à la bonne tenue des comptes par le truchement d'un enregistrement des écritures[27], le juriste le considérera d'abord comme un élément de preuve. Plus encore, la facture représente avant tout pour l'homme de chiffres la trace d'une valeur dont Savatier estimait qu'elle est « *au cœur de la comptabilité*[28]». Selon lui, « *l'outil mathématique, disons au moins le langage original des chiffres, révèle l'existence d'une démarche plus nette et plus rigoureuse. A quoi peut s'ajouter dans les sciences sociales, surtout si elle sont normatives, une précision que les mots ne peuvent atteindre*[29] ». Il n'y aurait alors pas de coexistence étanche des deux sciences mais une complémentarité et une

24 Le concept pouvait être défini comme « la conformité aux règles et procédure en vigueur » selon J-L. Navarro et Ch. Lauzainghein, *Droit comptable*, Paris, Dalloz, 3ème edition, 2004, spe. p. 309.
25 E. A Caprioli, « Les nouvelles règles fiscales applicables en matière de facturation électronique », CCC 2013, p. 44.
26 Sur les rapports entre le comptable et le juriste, V. notamment M. Cozian, *La comptabilité racontée aux juristes*, Litec, 2013.
27 F. Terré, «Réflexions sur la norme comptable» *in* Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier, Economica, 2008, p. 393.
28 R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz 2005 (réimpression de l'édition de 1969), p. 396.
29 *Ibid.*

interdépendance certaine entre les signes comptable et juridique.

11. *De l'influence à la confusion ?* Nous noterons immédiatement que la précision offerte par la comptabilité imprègne depuis longtemps l'appréhension juridique de la facture. En effet, la recherche de l'exacte valeur, justifiée par l'impératif de transparence, semble marquer un changement de paradigme dans l'appréhension du document par le juriste, tel qu'il est prévu à l'article L.441-3 du code de commerce. Les écrits de Savatier s'avèrent être tout à fait d'actualité, tant son propos sur l'évaluation comptable pourrait s'appliquer au sujet de cette même disposition. Il rappelle en effet que « *les difficultés de l'évaluation sont évidemment liées, à travers la détermination du prix d'un bien ou service, ce qui renvoie à l'explication du niveau de ce prix. Déjà envisagée par Aristote, cette préoccupation est surtout présente dans la pensée de Thomas d'Aquin lorsque celui-ci se demande s'il est permis de « vendre une chose plus chère qu'elle ne vaut »* (Somme théologique, 2a, 2ac, 77), *ce qui renvoie à la notion de juste prix, dont le prix d'un bien ne doit pas s'éloigner indûment* »[30]. Il n'en sera question que plus tard dans notre étude, mais nous nous demanderons d'ores et déjà si ce changement de paradigme ne pêche pas par confusion des fonctions et excès de précision : le législateur doit-il à ce point rechercher l'exactitude au sein d'une science qui par essence recèle le doute et compose plus ou moins sainement avec ? L'interrogation est permise, d'autant plus que si l'objectif de sincérité assigné par le législateur au document n'est pas atteint, une sanction pénale pourra être prononcée à l'encontre de l'auteur de la facture selon les termes de l'article L441-4 du code de commerce.

12. *La conséquence des faiblesses originelle et fonctionnelle : un traitement doctrinal relativement faible.* Nous pourrions presque soutenir que l'intérêt juridique porté au document est inversement proportionnel à son utilisation fréquente, comme si la banalité et l'habitude chassaient l'interrogation. Toujours est-il que l'essence comptable du

30 R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'homme,* ouvrage précité, p. 398.

document semble avoir dissuadé les juristes d'une étude d'ensemble du document[31], préférant alors étudier la facture à travers un prisme plus classique[32], si nous exceptons une thèse aujourd'hui bien ancienne[33] ou des débats sur la notion d'acceptation par le silence de la facture[34]. Cette absence de questionnement à propos du document témoigne d'une relation d'abord progressive entre la facture et le droit, puis nettement affirmée et en ce sens, plus brutale. Si à présent ce lien est non seulement certain mais également obligatoire d'après le code de commerce ainsi que le code général des impôts, il a fallu souvent emprunter des voies détournées pour obtenir des informations au sujet de la facture, rendant la possibilité de l'étude intéressante mais également délicate. En effet, la rareté doctrinale sur l'ensemble du document peut s'expliquer par une « juridicisation » du document bien irrégulière et disparate d'abord, puis verticale, étatique et justifiée avant tout par des impératifs économiques, ensuite.

13. *Inflation du contenu de la facture et spécialisation du document.* D'une part, nous pensons que la nature écrite du document et la pratique de plus en plus courante de son envoi par le commerçant, ont conditionné l'insertion de données qui ne figuraient pas sur une facture rudimentaire, comprenant seulement un état détaillé des quantités et des prix comme pourtant certains lexiques continuent de définir le document, dans sa version la plus primaire. En effet, il y a eu de manière évidente une inflation de la charge juridique contenue dans le document, qu'il s'agisse des conditions générales de vente ou encore des diverses clauses d'exécution du contrat. C'est alors la possibilité du contentieux autour, notamment, de l'acceptation d'une clause insérée dans la facture qui a permis à cette dernière d'intégrer pleinement la sphère juridique. En revanche, l'absorption de ces problématiques par des thématiques plus larges, comme celles de la preuve ou de l'acceptation en droit des contrats, ont certainement fait ombre logique à des études plus

31 A l'exception fameuse de R. Savatier, *La facture et la polyvalence de se s rôles juridiques en droit contemporain*, Paris, Sirey, 1973.

32 M. Gast, *La facture, contribution à l'étude du droit de la preuve*, thèse dactylographiée, Lille, 2003.

33 G. Brunner, *La facture envisagée en tant qu'instrument de preuve et en tant qu'instrument de transaction des marchandises*, thèse Montpellier 1914.

34 V. Barraut et Valéry puis F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, préface J. Ghestin, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 241, 1994.

spécialement consacrées au document. D'autre part, et c'est sans doute ce qui empêche la rencontre entre la facture des parties et la facture étatique que nous nous proposons de provoquer, la juridicité de la facture a été brutalement renforcée par le législateur au nom d'un renforcement des conditions de libre concurrence, et dans une perspective de contrôle des activités économiques. Le droit spécial de la concurrence a alors pris le relais dans le traitement du document et avec lui son contentieux et sa doctrine propres[35].

14. *Premier bilan*. Ainsi, la constitution du document, le tropisme de son aspect probatoire ainsi que les conditions dans lesquelles sa juridicité s'est progressivement affirmée sont autant de raisons objectives justifiant sa discrétion doctrinale d'ensemble. La facture est passée d'une juridicité traditionnellement faible car correspondant soit à une redite contractuelle soit à la prudence avec laquelle il convient de traiter le document, à une juridicité vigoureuse tirée des mentions obligatoires qui doivent la composer, sans que le point de passage entre ces deux extrêmes n'aient attiré l'attention. Cette mécanisation par incorporation pleine et entière du document à la sphère juridique n'a donc pas été progressive et a sûrement empêché de prendre la mesure d'une pénalisation de la sphère contractuelle par le truchement de l'obligatoire production d'une facture.

B. L'environnement juridico-économique de la facture, ou l'existence de raisons subjectives expliquant la discrétion juridique du document.

15. *La facture et l'impayé*. Comme un symbole de l'écoulement du temps contractuel, la facture met à l'épreuve la patience du créancier[36] et peut en ce sens, à l'inverse de ce que commande son essence au coloris de la finitude, ouvrir une nouvelle période contractuelle

35 V. sur ce point, notamment, D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 7ème édition, Lexisnexis, 2014, n°356, p.190.

36 L. Gaudin, *La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, préface G. Pignarre, Répertoire Défrénois, 2009.

à travers la notion d'impayé[37]. Cette patience naturelle trouve sans doute en partie son explication dans la preuve de confiance[38] que le créancier accorde au débiteur lors de l'envoi de la facture. En effet, il compte sur le débiteur pour se soumettre à la loi des parties en adoptant un comportement conforme aux attentes du créancier au sein de la sphère contractuelle[39]. Mais la patience du créancier a été rapidement renforcée par le législateur, forçant parfois la patience de ce dernier, sous l'influence d'un développement accru de l'impayé, diminuant ainsi alors d'autant l'effet comminatoire de la facture.

16. *La facture : d'un traditionnel point d'arrivée à un point de départ*. La montée en puissance du formalisme attaché à la facture n'empêche pas son effet comminatoire de souffrir d'une faiblesse certaine, y compris dans le milieu des affaires au sein duquel le législateur s'épuise à lutter contre les retards de paiement[40]. L'impayé tient en effet une place de choix en droit français et peut être justement défini comme « *un état de factures impayées* »[41]. D'un document traditionnellement compris comme exprimant l'arrivée à terme d'une situation juridique, il faudrait alors en déduire qu'il peut également être conçu comme un document inaugurant la phase de l'impayé. La facture ne symboliserait plus la liquidation d'une situation juridique mais bien le point de départ de négociations entourant le paiement d'une somme d'argent. Ainsi, la facture peut concerner, à condition d'en avoir une opinion pragmatique, l'avenir contractuel dans sa phase de paiement et constituerait le socle des négociations des parties en présence, avec ou sans l'intervention d'un tiers, mettant à l'épreuve la durée du lien contractuel. Le paiement à échéance se faisant plus rare, il est d'autant plus intéressant de cerner les fondements de la patience du créancier autour d'une idée que le doyen Ripert avait su déceler très tôt[42]. Accepter l'existence de ce facteur subjectif, assis, il faut le reconnaître, sur une situation objective de généralisation de l'impayé, c'est également s'accorder à

37 E. Perru *L'impayé*, préface G. Goubeaux, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 438, 2005.

38 M-J Campana, « Le doute et la confiance en droit des affaires » *in* Le doute et le droit, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994.

39 B. Fages, *Le comportement du contractant*, préface J. Mestre, PUAM 1997.

40 M. Storck, « Les retards de paiement », *in* Le paiement, sous la responsabilité scientifique de M. Mignot et J. Lasserre-Capdeville, L'Harmattan, 2014, p. 255.

41 E. Perru, *L'impayé,* thèse précitée. p. 5.

42 G. Ripert , « Le droit de ne pas payer ses dettes » , DH 1936, p. 57.

replacer la facture dans le contexte de l'exécution de l'obligation contractuelle. Or, l'effet comminatoire attaché au document dépend, évidemment, de la philosophie qui guide la politique juridique en matière d'exécution de l'obligation, cette dernière étant évolutive selon qu'on y attache une contrainte fortement marquée ou une tolérance à l'égard du débiteur défaillant.

17. *Traitement de la facture et traitement du créancier*. Le spectre du questionnement s'épaissit alors. Le sort de l'effet attaché au document dépend largement de la place du créancier et par symétrie, de celle du débiteur en droit français puisque la facture n'est rien d'autre pour lui qu'une formalité au sein de laquelle il fait valoir son droit d'être payé. Il est vrai qu'au nom de la liberté contractuelle, le créancier pourra, à certaines conditions, insérer des clauses contractuelles rendant l'exécution du contrat fortement conseillée au débiteur. Il en va ainsi des clauses de réserve de propriété « *clause destinée à retenir la propriété d'un bien à titre de garantie qui suspend dans un contrat l'effet translatif de celui-ci jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en est la contrepartie* »[43] ou encore de la clause pénale, « *stipulation par laquelle les parties fixent elles même d'avance et de façon forfaitaire l'indemnité qui sera due en cas d'inexécution* »[44]. Néanmoins, l'article 1152 du code civil vient tempérer l'effet escompté de la clause en prévoyant que « *lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». Or, il n'y a qu'à scruter encore un peu plus de manière transversale l'arsenal juridique pour considérer que le sort du débiteur défaillant est évidemment pris en compte par le droit français, de manière directe et indirecte.

43 Cornu, Vocabulaire juridique, V° Clause pénale.

44 B. Fages, *Droit des obligations*, 5ème édition, Paris, LGDJ, 2015, p. 274; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préface Fr. Chabas, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 233, 1992.

18. *Impact direct d'un droit à vocation sociale.* Le droit spécial peut venir par des dispositions éparses et pour des raisons toujours particulières, réduire à néant l'effet comminatoire de la facture, en interdisant l'arrêt de la fourniture d'une prestation contractuelle en raison de factures impayées. Il en est ainsi de l'article L.115-3 du code de l'action sociale et des familles qui dispose en son alinéa 2 que « *En cas de non-paiement des factures, la fourniture d'énergie, d'eau ainsi que d'un service téléphonique restreint est maintenue jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide* (..) » et l'alinéa 3 de poursuivre que « *Du 1er novembre de chaque année au 15 mars de l'année suivante, les fournisseurs d'électricité, de chaleur, de gaz ne peuvent procéder, dans une résidence principale, à l'interruption, y compris par résiliation de contrat, pour non-paiement des factures, de la fourniture d'électricité, de chaleur ou de gaz aux personnes ou familles* ». Nous n'omettrons pas de relever qu'évidemment, la vocation sociale de ce genre de prestations justifie sans doute cette dérogation à la force obligatoire du contrat et notamment au mécanisme de l'exception d'inexécution, la continuité de tels services devant être assurée. Néanmoins, la facture délivrée *in fine* pourrait justifier une position plus libérale ou du moins une interrogation quant à la proportionnalité d'une telle mesure. Cette question a d'ailleurs fait l'objet d'une décision récente du Conseil Constitutionnel à propos d'une interdiction des coupures d'eau en cas d'impayés de facture[45]. La société requérante faisait valoir qu'en adoptant ces dispositions, le législateur a porté une atteinte excessive, d'une part, à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre et, d'autre part, au principe d'égalité devant la loi et les charges publiques. Mais le Conseil constitutionnel a écarté ces griefs et a jugé que « *l'atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre qui résulte de l'interdiction d'interrompre la distribution d'eau n'est pas manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur* »[46].

19. *Impact direct d'un droit à vocation économique*. Aussi, de manière directe encore et

45 Cons. Constit., Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015.
46 Cons. constit., décision précitée, §8.

sans prétendre à l'exhaustivité, en tant que débiteur responsable d'une collectivité économique, le chef d'entreprise destinataire des factures peut, d'après le droit des procédures collectives, obtenir un répit à certaines conditions. Le débiteur n'est en effet plus considéré comme un débiteur isolé mais comme l'image d'une entreprise[47] « *dont la survie est d'intérêt général et dont la protection relève, aux yeux du législateur, de l'ordre public économique et social*[48] ». L'effet comminatoire de la facture est alors anéantit par le gel du passif qui se traduira concrètement par l'interdiction des paiements au nom du principe d'égalité des créanciers. Mais plus encore, le droit des entreprises en difficulté réserve cette « faveur extraordinaire[49] » y compris à la procédure de sauvegarde, dont il faut rappeler qu'elle se caractérise par une absence de cessation des paiements[50]. Le recul de l'effet comminatoire y est encore plus net puisque la détection des difficultés en amont fait de cet article « *une disposition sans précédent, imposant à un débiteur qui est encore en état de payer ses dettes de ne pas le faire, et cela de manière générale, non par équité*[51] ». Le droit des procédures collectives, en privilégiant une gestion de plus en plus en amont des difficultés financières rencontrées par l'entreprise entame de façon très nette la sécurité du créancier et son droit au paiement, au nom d'un mouvement de responsabilisation sociale de l'entreprise. La volonté de relever le débiteur défaillant étant placée au centre du processus adopté, les dérogations à la force obligatoire deviennent plus nombreuses[52].

20. *Facture et délais de grâce*[53]. A un degré moindre, si l'article 1244 du code civil dispose que « *le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible* », l'article 1224-1 tempère immédiatement le principe en

47 T. Lamarche, « La notion d'entreprise », RTDcom 2006, p. 709.
48 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté,* Paris, LGDJ, 10ème édition, 2014, spe. p. 1.
49 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté,* ouvrage précité, spe. p. 214.
50 Art. L620-1 alinéa 1er du code de commerce : « *Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ».
51 S. Bécqué-Ickowicz, LPA, 8 fév. 2006, p. 43.
52 C. Brunetti-Pons, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », RTDcom. 2000, p. 783, spe. p.789 lorque l'auteure évoque « *le sacrifice de la loi du contrat* ».
53 A. Sériaux, « Réflexions sur les délais de grâce», RTDciv. 1993, p. 589.

affirmant que « *Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite des deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues* (...) [54]». Les délais de grâce impactent donc de manière automatique l'effet comminatoire de la facture. Et la jurisprudence ne manque pas d'affirmer par exemple de longue date, que si aucun délai de grâce ne peut être accordé en matière d'effets de commerce, lorsque le créancier exerce l'action née du rapport fondamental et non l'action cambiaire, le débiteur peut demander des délais de grâce[55]. Aussi, sans aller jusqu'à l'intervention du juge, il est courant qu'un créancier en relations d'affaires avec son débiteur puisse lui accorder des facilités de paiement, de même qu'un particulier pourra essayer de les obtenir de son créancier, ce dernier y étant parfois favorable dans un souci de fidélisation du client.

21. Basées sur le socle de la facture définitive, ces facilités de paiement correspondent en quelques sortent à un « crédit gratuit » octroyé par le créancier à son débiteur et qui se traduit concrètement par un paiement en plusieurs fois, sans frais. Si c'est une nouvelle preuve que le prix final de la facture peut être aisément contourné, le document semble ici regagner en intérêt en ce qu'elle constitue selon nous le socle d'une future convention de paiement .

22. ***Conséquence de la réduction de l'effet comminatoire : la facture-support et le tropisme des effets de commerce.*** Le droit français et la pratique des tribunaux font ainsi preuve d'une clémence certaine à l'égard du débiteur. Aussi, le milieu des affaires a dû se parer de mécanismes permettant de contourner la lenteur concernant l'attente du règlement d'une facture. Il s'est alors opéré un délaissement progressif du document au profit d'autres instruments de crédit et de paiement. Si certains y verront un accroissement du rôle de la facture comme support du crédit, il est surtout indéniable que

54 Sur cette disposition, voir particulièrement F. Zénati, « Paiement – Loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 relative à la clause pénale et au règlement des dettes », RTDciv. 1986, p. 209 ; H. Croze, « La loi n° 37650 du 9 juillet 1991 : le renouveau de l'exécution forcée », JCP G 1992, I, 3555.

55 V. p.e. CA Paris, 26 juin 1972, JCP 1973, II, 17637.

l'incapacité technique de la facture à « faire payer » est devenue quasi structurelle et a généré une tradition escompteuse. Or pour assurer les besoins du crédit, une ostracisation du rapport civil dans les relations commerciales et de toutes ses faiblesses s'avère utile à faire circuler plus rapidement la créance représentée par la facture. Cette créance doit être presque désincarnée par le mécanisme de l'inopposabilité des exceptions, incorporée au titre de paiement représenté par exemple par la lettre de change, ce que ne permet pas la facture. Le faible pouvoir de contrainte attaché au document a été un moteur d'accélération de l'usage des effets de commerce dont l'utilisation est elle-même à présent menacée par le mécanisme du virement, du bordereau Dailly ou encore de l'affacturage. Plutôt que de faire jouer son effet comminatoire et d'épuiser en ce sens l'effet du document, les acteurs économiques ont ainsi préféré faire preuve d'ingéniosité. En effet, les effets naturels du document, inapte à produire rapidement des liquidités, ont transformé la facture avant tout en un support, un point de départ.

23. *Exclusion de l'affacturage*. Il a ainsi été arbitré que les mécanismes dont la facture est le point de départ, s'il sont consubstantiels à la vie des affaires, ne feront pas l'objet d'une étude descriptive et déjà bien réalisée par ailleurs[56]. Ils ne renseignent que peu sur le document, qui n'est ici qu'un moyen et dont l'intérêt est de se mouvoir en objet du contrat d'affacturage par exemple qui lui repose avant tout sur le mécanisme de la subrogation au sens de l'article 1250 du code civil[57]. En effet, l'affacturage ou « factoring » est avant tout une opération de crédit garantissant le règlement et permettant éventuellement la mobilisation des créances commerciales à court terme au sein de laquelle un factor (l'affactureur) règle à son client des factures établies par celui-ci,

56 R. Bonhomme, Rep. Dr. Com., Dalloz, V. «Affacturage» ; L-E. Sussfeld, *Le factoring*, Paris, PUF, 1968 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, «Le contrat dit de factoring», JCP E 1966, I, 2044 ; Ch. Gavalda, «Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage», JCP E 1989, II, 15579 ; J. Le Toux, *Le contrat de factoring*, thèse, Rennes, 1977 ; J-Y. Merqui, *Aspects économiques et adaptation juridique de l'affacturage en France*, thèse, Nice, 1977.

57 On notera, tout au plus, que l'information du débiteur quant à l'existence d'un factor-subrogé peut d'un cachet apposé sur une facture (Com.,15 oct. 1996, D. 1996, IR p. 237 ; Dalloz Affaires 1996, p. 1388) dès lors que celui-ci est apparent (Com. 14 oct. 1975, JCP 1976, II, n° 18279, note C. Gavalda) et que la formule est claire, lisible et explicite (Paris, 10 févr. 1994, préc.).

moyennant le transfert au factor des créances professionnelles. Ainsi, il y aurait eu selon nous un artifice intellectuel à considérer la facture comme un support pour étudier ensuite le mécanisme de l'affacturage dans son ensemble, une facilité à laquelle nous avons souhaité résister afin de ne pas offrir des développements bien descriptifs. Mais il est acquis que la diminution de l'effet comminatoire attaché au document a fait basculer le « risque d'impayé » sur la tête d'un tiers, notamment en matière d'affacturage qui se distingue là de l'assurance crédit ou de l'esompte en ce qu'il permet une couverture à cent pour cent du risque de non-paiement des créances. Le législateur avait sans doute pris conscience de la demande de simplicité et de rapidité qui émanait des agents économiques en proposant une facture aux vertus coercitives dite « protestable » dès 1967[58] mais ce fut un échec, soldé par son abrogation au sein de la loi du 2 janvier 1981[59].

24. *Impact indirect à travers l'irruption d'une recherche de l'équilibre contractuel*. Mais de manière plus importante encore, si le paiement du débiteur peut être repoussé, aménagé voire effacé, le contenu du contrat qui a engendré la facture peut être remis en question. L'effet comminatoire attaché au document souffre directement de l'affaiblissement de sa source. En effet, la moelle de l'article 1134 du code civil, véritable loi d'airain du droit des contrats a vu sa portion parfois réduire au nom d'un développement d'une nouvelle culture juridique du contrat, davantage structurée autour de la recherche d'une permanence de l'équilibre contractuel. C'est de cette manière indirecte à présent que la facture, en tant que symbole du prix du contrat, peut être mise à mal. Reflet fidèle du contrat, la facture traduit en principe l'aboutissement d'un point de justesse, au nom d'une interprétation rigoureuse de la théorie de l'autonomie de la volonté que Fouillée viendra résumer par sa formule célèbre : « qui dit contractuel dit

58 La commission Gilet avait formulé des propositions débouchant sur l'ordonnance du 28 septembre 1967. Celui instituait alors le crédit de mobilisation des créances commerciales (CMCC) qui comprenait deux formes dont l'une dit « CMCC garanti » permettait aux entreprises de tranmettre globalement au banquier les créances grâce à une facture protestable et transmissible. Mais en raison d'une utilisation trop rigide, ce procédé à été rapidement condamné.

59 Dit loi Dailly, intitulée « *loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises* », aujourd'hui codifée dans le code monétaire et financier aux articles L313-23 à L313-35.

juste[60] » suite à sa première mise en lumière par Kant[61]. La théorie de l'autonomie de la volonté postule que le juge ne puisse modifier le contrat, son intangibilité ayant pour seule limite naturelle l'accord mutuel des parties. Autrement dit, la force obligatoire impose le contrat au juge dans toute sa teneur, ainsi que sa suite contractuelle constituée par la facture.

25. *Evolution.* La jurisprudence a parfaitement su traduire concrètement la toute puissance de l'autonomie de la volonté, refusant de consacrer la théorie de l'imprévision à travers le fameux arrêt *Canal de Craponne*[62] dont la lecture de l'attendu est tout à fait révélatrice[63].

Tout y est affirmé, peu importe l'équilibre, l'équité dont le juge pourrait se prévaloir le juge pour justifier sa décision, c'est l'autonomie de la volonté qui l'emporte sur le reste, elle justifie la teneur du contrat à elle seule, de la façon la plus absolue et certaine. La loi des parties doit survivre à tout déséquilibre extrinsèque.

Dans cette optique, la facture n'aurait pu que briller par son effet comminatoire, suite de l'effet intangible de la convention car « *la valeur de l'engagement libre devait l'emporter même sur le déséquilibre du contrat* »[64].

L'impératif de sécurité juridique commandait alors de ne pas modifier la loi des parties, au risque de perturber ce à quoi elles pouvaient s'attendre lors de la conclusion du contrat. Pourtant, cette conception du contrat sort affaiblie du XIX^{ème} siècle, les regards se tournant vers la recherche de ce qui pouvait apparaître jusqu'à présent comme un non-sens, à savoir l'équilibre contractuel, dont on trouve la première trace dans l'expression du

60 A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Paris, Librairie Hachette, 4ème éd., 1904.

61 E. Kant, *Éléments métaphysiques de la Doctrine du droit*, trad. Barni, Durand, 1853, spe. p. 169 : « *Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelqu'injustice (nous pourrions ici remplacer injustice par déséquilibre) ;mais toute injustice (ou tout déséquilibre) est justement impossible dans ce qu'il décide pour lui-même* » ; *contra* V. Y. Lequette , « Libres propos », *in* Droit et philosophie, 2012, vol. 4, p .151.

62 Cass. civ. 6 mars 1876 , GAJC, t. II, par H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Dalloz, 2000, n° 163.

63 Cass. civ. 6 mars 1876 : « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants » -Faire un lien ici avec le droit administratif qui retient une solution contraire en pareil cas (V. CE 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, GAJA, n° 31), solution justifiée par la continuité du service public.

64 R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2^{e} série, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Dallloz, 1959, n°12.

doyen Gény à travers l'expression du « *principe d'équilibre des intérêts privés en balance* »[65].

En effet, les crises économiques et monétaires soulignent peu à peu les excès du dogme de l'autonomie de la volonté ainsi que les postulats philosophiques qui la sous-tendent.

Le déséquilibre contractuel, parce qu'il découle d'une inégalité des parties au contrat, perd alors la légitimité que lui conférait originairement le consentement. La protection de la partie faible s'impose progressivement comme une nécessité instillant dans le droit des contrats une nouvelle culture juridique. Le courant solidariste prend alors forme, à travers Léon Bourgeois, l'un de ses pères fondateurs, qui avec son ouvrage intitulé *Solidarité*[66], jette les bases d'une construction intellectuelle ayant pour ambition de repenser l'organisation sociale et politique autour de lois morales. Il sera ensuite suivi par Émile Durkheim dont la formule « *tout n'est pas contractuel dans le contrat*[67] » témoignait alors des perspetives nouvelles que le contrat allait accueillir en son sein. Cette vision simpliste du contrat mais encore une fois fondée et légitimée par la théorie de l'autonomie de la volonté n'a pas résisté non plus, ensuite, au développement durant les cinquante dernières années, des interventions législatives.

26. *Force obligatoire et bonne foi*. L'idée, relayée depuis lors[68] est que le prix du contrat doit pouvoir être révisé sur le fondement de la bonne foi. La Cour de cassation a déjà pu retenir la responsabilité contractuelle d'une société pétrolière parce que celle-ci, en refusant de négocier avec un de ses distributeurs un accord de coopération commerciale lui permettant de faire face à la concurrence, n'avait pas *« exécuté le contrat de bonne*

65 Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, vol. 2, §171 à 173, selon qui « *on ne découvrira la mesure juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient* ».

66 L. Bourgeois, *Solidarité*, Paris, Armand Colin et Cie, 1896.

67 E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1998, spe. p. 189 ; V. également M. Plouviez, *Durkheim et l'histoire du droit contractuel, Une relativisation socio-historique de l'autonomie de la volonté*, Droit et philosophie, Vol. 4, 2012, p.231.

68 Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in* Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI[e] siècle, LGDJ, 2001, p. 441 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *in* Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit, Dalloz, 1999, p. 603 ; Grynbaum L. et Nicod M. (sous la direction de), « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », Paris, Economica, 2004 ; J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, p. 4 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTDciv. 1997, p. 357.

foi[69] ». Selon certains[70], il serait même conforme à l'article 1134 alinéa 3 du code civil que soit commandée la renégociation du prix du contrat en ce que les parties n'ont pu conclure qu'en considération d'un état de fait tout comme il serait certain de ne pas pouvoir lire l'article 1134 dans son ensemble sans lire son complément formé par l'article 1135 du code civil contenant un impératif d'équité à respecter.[71] Ces contrats générés par la pratique commerciale à qui on a reconnu une sorte d' « *affectio contractus* », traduction de l'existence d'intentions communes comme la conquête d'une part de marché, fait du contrat avant tout le support d'une intention commune aux parties. Bonne foi et équité permettraient au juge, sans violer le principe de la force obligatoire, de s'écarter d'une application stricte, mécanique, de ce qui a été voulu par les parties et de reconnaître la nécessité de sanctionner un « pouvoir déséquilibrant »[72], source de manière objective d'un effet disproportionel[73]. En somme, l'effet comminatoire de la facture est plus ou moins renforcé selon la place accordée à la force obligatoire du contrat[74].

Tout est alors question de mesure. Mais déjà le pouvoir de révision des clauses pénales, le contrôle de proportionnalité des prestations et la possible réduction des honoraires des mandataires, le contrôle de la bonne foi dans la mise en jeu d'une stipulation contractuelle ou dans la détermination du prix sont autant de solutions qui, pour protéger la partie faible, remettent en cause ce qui a été convenu. Et si le refus de la théorie de l'imprévision reste pour l'instant gravée dans le marbre, la doctrine n'aura pas manqué de relever l'existence de décisions jurisprudentielles à la portée discutable, donnant peut-être à relativiser la portée du pilier qu'est l'arrêt *Canal de Craponne*[75] et faisant du contrat « une sorte de microcosme »[76]. La force de contrainte attachée à la facture ne dépend

69 Cass. com., 3 nov. 1992, Defrénois, 1993, p. 137, obs. J.-L. Aubert ; JCP G. 1993, II, 22164, obs. G. Virassamy ; RTDciv. 1993, p. 124, obs. J. Mestre.
V. En ce sens, L. Aynès, « Le devoir de renégocier », RJcom., 1999, p. 11, spéc. n° 4 et s. ; G. Rouhette, « La révision conventionnelle du contrat », RIDC 1986, p. 369, spéc. n° 1, 3 et 17.

70 H. Lalou , « La révision des contrats par le juge en droit français », *in* La révision des contrats par le juge, Société de législation comparée, rapports préparatoires à la semaine internationale de droit , p.45 et s.,spéc. p.50.

71 Article 1135 C. civ. : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

72 Selon l'expression employée par V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000, n° 202, p. 205.

73 N. Rontchevsky, *L'effet de l'obligation*, préf. A. Ghozi, Economica, 1998.

74 P. Ancel, « La force obligatoire, jusqu'où la défendre ? » *in* La nouvelle crise du contrat, Dalloz, collection thèmes et commentaires, 2003, p.163.

75 Il en va ainsi d'un arrêt à la portée toutefois discutable de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 29 juin 2010, D. Mazeaud, D. 2010, p. 2481, « L'arrêt Canal moins ? ».

76 R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1931 tome 6, p. 9.

alors que de manière évidente de la philosophie retenue à propos de la force obligatoire du contrat. Pour sa part, l'article 1196 de l'avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 prévoit que « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation*.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». La place ainsi accordée par le futur droit des contrats à l'imprévision, apportant une sérieuse limite au principe d'intangibilité, accentuera encore probablement la diminution de l'effet comminatoire traditionnellement assuré par le document. Le dédoublement contractuel assuré par la facture subira en effet mathématiquement le sort réservé au contrat. La possibilité élargie d'une révision judiciaire du prix du contrat se poursuit pour le cas cette fois-ci des contrats cadre et des contrats à exécution successive. En effet, face à un prix fixé abusivement, le projet ne se contente pas, comme en droit positif, de donner la possibilité au juge d'indemniser le débiteur, mais lui offre le pouvoir de réviser celui-ci, conclusion possible à lecture de l'article 1163 alinéa 2 du même avant-projet qui prévoit que « *En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ». En charge du transport du prix, la facture subira évidemment les effets du paradigme de la révision, prôné par le projet de réforme.

27. *Conclusion.* Il ressort de l'analyse des raisons subjectives que la diminution de l'impact comminatoire du document de manière directe ou indirecte explique aussi sûrement que l'inconscient juridique collectif fasse de la facture un détail juridique.

§2 La proposition d'un affranchissement des certitudes dans la perspective d'un regain d'intérêt du document.

Cette proposition tient encore une fois tant à des raisons objectives (A) qu'à des motifs subjectifs qui en découlent (B).

A. Raisons objectives.

28. *La crédibilité historique du document*. La perspective historique rend en effet compte de deux tendances. Il s'agit à la fois de faire état de l'universalité des premiers systèmes de compte permettant au créancier de détenir un document représentatif de son droit de créance, tout autant que le constat d'une réglementation de l'économie très ancienne nous fera découvrir une circulation de documents relativement proches de la facture actuelle.

En effet, déjà bien avant le code d'Hamurabi et la codification de Lipit-Ishtar[77], des tablettes découvertes au cours de fouilles dirigées à tell Harmal de 1945 à 1947, révélées par Goetze[78] témoignent de l'existence de lois dans un ordre démontrant que la notion d'ordre public économique a des ressorts universels[79]. Il y est fait état du prix maximum de certaines denrées, des conditions de location d'un bateau en fonction de son tonnage, des salaires des ouvriers agricoles, des dépots et tout particulièrement des règles de vente et d'achat.

29. *Tablettes.* Aussi peuvent être mentionnés les tablettes juridiques cunéiformes du Musée de l'Université de Manchester[80]. Elles aussi semblent provenir de Babylone. Elles

77 Recueil législatif de la Mésopotamie ancienne, rédigées durant le règne de Lipit-Ishtar (vers 1934-1924 av. J.-C.), roi de la cité d' Isin qui dominait alors une grande partie du sud de la Mésopotamie.

78 A. Goetze, *The Laws of Eshnunna, 4 planches*, News Heaven, The Annual of the American Schools of Oriental Research ; E. Szlechter, *Les lois d'Esnunna*, Recueil Sirey, Paris, 1954.

79 P. Abrahami, V° Administration (Mésopotamie), *in* Dictionnaire de l'Antiquité, J. Leclant (sous la dir). p.18 ; R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, Paris, LGDJ, 2013, spe. p. 45.

80 Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, 103e année, 1959, n° 1, p. 77.

font état d'une réglementation sctricte sur l'achat-vente, l'échange, et le louage de terre notamment. Une tablette indiquera notamment l'usage de la technique actuelle de l'acompte. Il s'agissait alors d'une pré-vente qui ne devenait définitive qu'après le paiement total du prix (tuppi shîmatîm). De la même manière, la découverte des archives d'Etat provenant du palais royal d'Ebla en Syrie, à dater des XXIV^{ème} et XXIII^{ème} siècle avant Jésus-Christ témoignent des mêmes méthodes et de l'existence d'une administration économique[81].

30. *Archives.* Les archives mésopotamiennes témoignent également de l'utilisation de moyens mnémotechniques aux transactions commercaliales[82] . Il s'agissait déjà en effet de documents purement comptables qui furent très souvent les premiers documents conservés et archivés[83], tout autant que certains documents administratifs ou légaux. Ces tablettes témoignent que déjà, il s'agissait de détenir « *un document destiné à la main de celui qui réclame. Le droit et la méfiance du créancier ont amené la Mésopotamie à découvrir l'écriture* »[84]. Le ciment comptable s'opère grâce aux méthodes de l'écriture cunéiforme : c'est une caractéristique fondamentale de la civilisation mésopotamienne. Le support en est l'argile, sur lequel apparaitront alors les premiers sceaux, car c'est en « laissant dans la terre encore molle son empreinte »[85] que la personne se reconnaît comme débiteur. Les archives égyptiennes sont également extrêmement riches . Elles font tour à tour état de la tenue de registres de livraisons ainsi que d'actes de vente.[86]Ces derniers prennent l'allure d'un aide-mémoire, les vendeurs devant ainsi donner un reçu de l'argent tandis que l'acte de vente était dressé par un sribe avec témoins[87].

31. *Code d'Hamurabi.* Quant au code d'Hamurabi[88] précisément, il sera gravé sur une

81 D. Charpin, «Le statut des codes de loi des souverains babyloniens» *in* Le législateur et la loi dans l'Antiquité, Caen, PUC, 2005, p. 93 ; Cardascia, « La transmission des sources juridiques cunéiformes », RIDA 1960, 3ème série, n° 7, p. 48.

82 W. Eilers, «Reflexions sur les origines du droit en Mésopotamie», RHD, 1973, p.13.

83 Pour des exemples, V. RHD 1969 chr. p.121 ; RDH 1970, chr. p. 75 ; RDH 1971, chr. p. 149 ; RDH 1978, chr., p.125.

84 W. Eilers, «Reflexions sur les origines du droit en Mésopotamie», article précité, spe. p. 196.

85W. Eilers, «Reflexions sur les origines du droit en Mésopotamie», article précité, spe. p. 198.

86 S.Allam,La vente dans l'Egypte ancienne p.377RHD 1982

87 J. Pirenne, «L'écrit pour argent et l'écrit de cession dans l'ancien droit egyptien», RIDA 1948, n° 1, p. 173.

88 Sur le mécanisme du contrat « pour vendre, acheter et faire fructifier », V. J. Dauvillier, «La parabole des mines ou des talents et le §99 du code de hamurabi», *in* Mélanges Joseph Magnol, Sirey, 1948, p. 153.

pierre et les contrats devront être conclus à l'aune de ses prescriptions. En ce qui nous concerne, on peut y lire deux articles qui doivent tout particulièrement retenir notre attention. Il s'agit des articles 104 et 105. L'article 104 prévoyait en effet que si un négociant avait confié à un commis blé,laine,huile, ou tout autre denrée pour le trafic, le commis devait inscrire l'argent et le rendre au négociant. Le commis devait ainsi prendre un « signé », sorte de reconnaissance de l'argent qu'il a donné au négociant[89]. En d'autres termes, le commis assurait le rôle d'un véritable courtier qui devait fournir un reçu pour le montant perçu et recevait ensuite un reçu du marchand pour la somme qu'il lui a versée[90]. Cette absence de formalités était suivie d'une sanction, à l'article 105. Ce dernier prévoyait que si le commis avait été négligent et n'avait guère pris le signé de l'argent qu'il a donné au négociant, l'argent non signé (sans reconnaissance), ne pouvait être porté à son actif. Reste à préciser que le code en question résultait d'une vision empirique du droit puisque la pratique du signé résultait avant tout de la pratique.[91]

Il est tout aussi intéressant de constater que le code d'Hamurabi accordait déjà une place fondamentale à la notion de tarif en ses articles 51 et 89. Un auteur rapporte que certaines stèles à caractère plus restreint pouvaient servir de référence tarifaire[92].

Mais contrairement au recueil des lois d'Eshnunna, qui contient toute une série de denrées, suivie par les prix de location de divers objets, le code d'Hamurabi ne contient pas de liste de prix.

32. *Obligation*. En tant que document comptable, plus précisément à présent, l'acte juridique se trouve intimement lié à la reconnaissance de la notion d'obligation à travers le temps. Une telle reconnaissance suppose que les relations sociales puissent être gourvernées par des liens de droit. Ainsi, le droit romain l'a consacré expréssement, les Institutes de Justinien désignant par l'obligation « *un lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer conformément au droit de notre cité* »

89Trad. J-V. Scheil.

90Trad. L. W. King.

91 En ce sens, V. S. Démare, «La valeur de la loi dans les droits cunéiformes», ADP 1987, n° 32, p 335 ; V. Également, J-M. Seux, « Lois de l'ancien orient » Cahiers Evangile, 1986, n° 56, suppl.

92 D. Charpin, «Le statut des codes de loi des souverains babyloniens», article précité, spe. p.104 : « *celui qui ne connait pas le juste prix, que Samas le lui apprenne !* ».

(III,13,pr[93]). La Grèce ancienne se fera beaucoup plus évasive en la matière et tout au plus, on trouve le terme de « sunnalagma », pouvant signifier à la fois convention (*ekousia sunnalagma*) ou délit (*akousia sunallagma*), dans certains écrits d'Aristote. Toutefois, il serait éronné de ne présenter les choses qu'ainsi. En effet, les Grecs avaient pour habitude de pratiquer un écrit très engageant, par l'intémédiaire des chirographis et des syngraphis, sorte de reconnaissance de prêt[94]. C'est bien cet attachement à l'écrit qui marquera l'empreinte fondamentale de l'influence héllénique sur Rome[95].

33. *Insolvabilité.* A ce titre, le droit romain s'avère également très riche d'enseignement sur le thème de la dette et des rapports entre créancier et débiteur qui pourraient être le « reflet »[96] de son histoire politique et sociale, à travers une explosion des procès pour endettement[97]. L'endettement aristocratique concerne également l'homme de rang, qui pour obtenir le remboursement de sa créance et procéder lui-même au remboursement de sa dette, devait respecter un « *code de l'honneur du créancier et du débiteur* »[98]. En effet, les dignitaires de rang sénatorial n'allaient certainement pas s'abaisser à réclamer en personne les sommes dues et à en exiger le paiement. Ils faisaint alors appel aux services de leurs chargés d'affaires, fondés à réclamer et à recevoir paiement, sorte de préposés à la gestion comptable des maisons sénatoriales[99].

Dans l'attente du paiement, le titre de créance pouvait alors être escompté grâce à deux méthodes particulières qu'étaient l'intervention d'auctores, sorte de garants, et la *venditio nominis*, cas du créancier qui acceptait de mettre en vente son titre pour disposer de crédit. Le réalisme de ce genre de cessions est saisissant puisqu'elles avaient

93 J. Gaudemet et E. Chevreau, *Droit privé romain*, Paris, Montschrestien, 3ème ed., 2009, spe. p. 253.

94 R. Monier, *Manuel de droit romain*, *T. II, Les obligations*, Paris,Montchrestien, 5 éd, 1954, n°74 qui résulte des textes grecs que « *conformément à ce que paraît indiqué Gaius, la force obligatoire était attaché à l'écrit lui meme , et que le débiteur était, par exemple, tenu de payer une somme d'argent, par le fait même qu'il avait souscrit un chirographe, sans qu'on ait à rechercher s'il existait une dette antérieure* » ; V.également A-E.Giffard, *Précis de droit romain* , tome II, Dalloz, 1934, n°57.

95 Sur les tendances opposant formalisme et consensualisme à travers l'histoire, V. Y. Jeanclos, «Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats» *in* Hommages à Gerard Boulvert, Service d'Edition scientifique, Université de Nice,1987, p.333 ; V.également G. Augé, «Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius», ADP 1968, Sirey, « sur les notions de contrat », p.99.

96 M. Ioannatou, *Affaires d'argent dans la correspondance de Cicéron, L'aristocratie sénatoriale face à ses dettes*, De Boccard 2006, p.9.

97 M. Humbert, « le Procès romain : approche sociologique », ADP 1994, n° 44, p.73.

98 *Ibid.*

99 C. Nicolet, *Rendre à César. Economie et société dans la Rome antique*, Paris,1 988, spe. p.129.

surtout lieu pour des créances incertaines, réduisant d'autant alors le prix de la cession du titre[100].

Les *tabulae novae*, planches de bois blanchies à la cire, destinées à la conservation par l'écriture de tout document [101], étaient alors utilisées pour afficher publiquement l'insolvabilité des débiteurs en plein Forum, méthode qui durant tout le Haut-Empire, a prévalu églament chez les Egyptiens. Au singulier, le terme *tabula* pouvait également désigner les « *registres principaux dont se servaient les Romains pour tenir leur comptabilité privée* »[102]. A ce sujet, l'auteure fait part d'une anecdote à propos de Terencia, riche héritière de la famille consulaire de Varrones et épouse de Cicéron, rongée par une telle cupidité qu'elle se rendra coupable des premiers faux en écriture en passant de fausses écritures sur le livre de comptes de son mari[103]. Mais la notion de *Tabula* est riche de sens. Elle pourrait également renvoyer aux premiers titres juridiques, consignés en vue d'apporter la preuve d'un acte juridique.[104]

34. *Première comptabilité*. Toujours est-il que la méthode comptable, sur laquelle rejaillit la notion d'acte juridique, apparaît rodée. Les notions de *codex accepti* et *expensi* marquent en effet fondamentalement l'époque républicaine[105]. Véritable livre de comptes, le *codex* peut recueillir l'*acceptilatio*, qui correspond à un mode formel d'extinction d'une obligation par lequel le créancier déclarait avoir reçu la prestation due par le débiteur mais également l'*expensiliatio* qui constituait un report de dépense par lequel un créancier porte une créance en compte dans son livre de compte[106]. Cette comptabilité supportait encore la présence du *Kalendaria*, équivalent d'une liste des paiements à effectuer ou à recevoir ainsi que de l'*Adversaria*, sorte de liste des dépenses ou recettes de la journée[107]. Peu à peu, les besoins du commerce lointain impliquaient la nécessité de

100M. Ioannatou, *Affaires d'argent dans la correspondance de Cicéron, L'aristocratie sénatoriale face à ses dettes,* ouvrage précité, spe. p. 407-412.

101 Dictionnaire de l'Antiquité J.Leclant (Dir), dictionnaire précité.

102M. Ioannatou, *Affaires d'argent dans la correspondance de Cicéron, L'aristocratie sénatoriale face à ses dettes,* ouvrage précité, spe. p.74.

103M. Ioannatou, *Affaires d'argent dans la correspondance de Cicéron, L'aristocratie sénatoriale face à ses dettes,* ouvrage précité, spe. p.33

104J. Macqueron, *Contractus Scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, Camerino, 1982.

105P. Jouanique, «Le codex accepti et expensi chez Cicéron» RHD 1968, p. 5.

106G. Minaud, *La comptabilité à Rome. Essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le monde romain*, Lausanne, 2005.

107P. Ourliac et J. De Malafosse, *Histoire du droit privé*, tome 1, Paris, PUF, 1968, spe. p.48.

diffuser ce genre de pratiques[108]. On pourrait percevoir dans le *jussum* les premières « factures à l'envers » en ce que celui-ci était un écrit adressé au créancier au sein duquel le débiteur s'engageait à reconnaître la dette que le créancier faisait en même temps naître par l'inscription de celle-ci sur son registre[109]. Les romanistes ne s'accordent pas sur la valeur probatoire de l'*expensiliatio*, méthode qui consistait pour le créancier à reporter sa propre créance sur son livre de compte[110]. Ainsi, pour certains, l'exhibition du livre de caisse du créancier est insuffisante tandis que pour d'autres, c'est justement la déclaration écrite du créancier qui crée l'obligation, et ce malgré son unilatéralité. Des auteurs ont alors estimé que la méthode de l'expensiliatio pouvait également consister en des notifications envoyées par le créancier à son débiteur[111], ce qui rapproche très fortement cette pratique des factures actuelles.

3 5 . *Augmentation de la charge contractuelle contenue dans le document : le détournement de fonction du document.* C'est sans doute cette même crédibilité historique attachée au document qui explique non seulement son usage universel mais également, peut-être, à travers le temps, son dévoiement. Il s'agit en effet d'une pratique propre au milieu des affaires dont le contentieux semble témoigner, à savoir l'inflation notoire des clauses insérées dans la facture, posant la question de leur acceptation. Il s'agit de savoir alors précisément,si le rôle du document n'est pas dévoyé, dilué dans l'usage d'un « pouvoir contractuel »[112] qui tire certainement sa source dans la petitesse formelle du document. Or, celle-ci n'est pas, sauf à consacrer excessivement les apparences, proportionnelle à son importance substantielle. Il ne nous a pas semblé anodin de constater un lien évident entre la forme du document et son présupposé substantiel insignifiant. Le document étant en principe exempt de nouveautés, la facture est souvent ce document au format réduit reflétant une certaine instantanéité. Son format

108A. Gouron, «Commerce et diffusion du droit romain», *in* Etudes de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac, Librairies techniques, 1968, p.205.

109J. Gaudemet et E. Chevreau, *Droit privé romain, ouvrage précité,* spe. p. 266.

110J.P. Levy, «Cicéron et la preuve judiciaire», *in* Droits de l'Antiquité et sociologie juridique, Mélanges Henri Levy-Bruhl, Sirey, 1959 p. 187.

111V. Arangio-Ruiz «Les tablettes d'Herculanum», RIDA 1948, n° 1, p. 9.

112Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, préface A. Lyon-Caen, Paris, LGDJ, 2004, spe. p. 5 : « *de prime abord, contrat et pouvoir répondent à des logiques différentes, irréductibles. Le contrat n'est pas parvenu à refouler le pouvoir. Il s'exerce de manière ostentible, dans les rapports qu'il faut bien considérer comme formant la trame du pouvoir, ou plutôt, celle de son exécution*».

courant traduit l'économie qu'il y a lieu de faire quant à une redite du passé[113]. Mais cette banalité conjuguée à l'unilatéralisme qui conditionne sa création pourraient bien faire de la facture un acte juridique dangereux, participant d'une modification unilatérale du contrat[114].

36. *Contenu contractuel*. La facture profite en effet d'un certain éclatement du contenu contractuel. Il est à relever un morcellement, une décentralisation des clauses contenues parfois en amont[115] du contrat comme en aval de ce dernier. Les juges doivent alors pour retrouver une trace vraisemblable de consentement, procéder à un remembrement du contenu contractuel, ce qui n'est pas sans poser difficultés. Il convient notamment en la matière de prendre garde à la mauvaise foi de l'émetteur du document qui voudra tirer profit du caractère post-contractuel de la facture pour y insérer l'essentiel, espérant ainsi que le paiement de celle-ci emportera accord sur toutes les clauses contenues dans la facture. Cette dernière devient alors l'arme unilatérale d'imposition de conditions qui n'avaient au préalable pas été négociées. La facture et le contrat, autrefois frères jumeaux deviennent ainsi frères ennemis. En se retranchant derrière une conformité totale avec le contrat et profitant du peu d'égards que l'on peut porter au document, ce dernier pourrait être exploité comme une arme de domination contractuelle, un pouvoir aux mains du créancier qui perpétuerait une image contractuelle comprise comme un « *instrument de domination sociale d'un contractant faible par un contractant fort* »[116].

37. *Spécificité de la facture finale: la facture au sein d'une myriade contractuelle*[117]. La facture finale nécessite alors des précisions quant à sa définition car elle interagit avec d'autres documents au sein d'une véritable myriade contractuelle. Déjà envisagée comme

113La fameuse «facturette», délivrée après un paiement par carte bancaire, en constitue sûrement le paroxysme.

114Sur ce phénomène, V. H. Lecuyer, « La modification unilatérale du contrat », *in* L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, p. 47 et s. ou encore R. Demogue, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », RTDciv. 1970, p. 245 et s., spéc. p. 247 et C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat », *in* Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Dr. Et pat., 1998, n° 3, p. 46 et s., spéc. p. 57.

115Civ. 6 mai 2010, RTDciv. 2010, p. 580, note P-Y. Gauthier, à propos des documents publicitaires.

116G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » *in* Études offertes à René Rodière, Dalloz, 1982, p. 247, spe. p.255.

117F. Labarthe, *La notion de document contractuel,* préface J. Ghestin, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 241, 1994 ; J. Mestre, « Les documents contractuels », RTDciv. 1997, p. 118.

un document « *accessoire de l'exécution d'un contrat, appelé à faciliter l'accomplissement des obligations dérivant de ce contrat et à en permettre le contrôle*[118] », la facture définitive, au sens où nous l'entendons, n'est bien qu'un îlot au milieu d'un océan contratuel. Il est alors utile de la distinguer d'autres documents, forcément proches entre eux en ce qu'il doivent traduire une cohérence dans l'opération contractuelle[119].

38. Opération internationale. Lorsque cette opération est internationale, nous mentionnerons simplement que la facture s'insère dans ce que les praticiens nomment la chaîne documentaire, qui elle-même vient en complément des Incoterms, qui ont pour objet de clarifier les questions relatives notamment à la répartition des coûts de transport des marchandises entre l'acheteur et le vendeur. Précisément, les Incoterms « formalisent un ensemble de règles associées à des expressions consacrées par l'usage[120] ». Au sein de la chaîne documentaire, la facture tient une place de premier ordre puisque elle accompagne les marchandises lors du passage de la frontière. A ce titre, il peut s'agir d'une facture douanière, formulaire standardisé pour certains pays ou zones, et qui reprend les éléments essentiels de la facture. La facture consulaire est celle qui, à la demande de l'importateur, comporte une authentification du vendeur par les autorités du pays d'exportation[121]. Mais la facture ne forme qu'un maillon de la chaîne composé des documents douaniers, c'est-à-dire la déclaration en douane, et le cas échéant l'autorisation d'exportation pour certains produits. S'y ajoutent les documents d'importation lorsque l'Incoterm choisi met à la charge du vendeur l'accomplissement des formalités d'exportation, les certificats relatifs à la marchandise, c'est-à-dire selon les cas le certificat d'origine, la liste de colisage ainsi que les documents de transport, dont l'élément essentiel sera constitué par le connaissement en matière maritime, la lettre de voiture CMR, la lettre de voiture CIM (rail), ou la lettre de transport aérien. En matière

118J. Coillot, « Les factures », JCP E, 1969, II, 86737.

119Nous noterons que cette expression avait été utilisée par un auteur à propos des contrats préparatoires à la vente d'immeuble. V. F. Collart-Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, Coll. Immobilier - Droit et gestion, 1988, n°5 et s.

120F-X Testu, « Contrats d'affaires – Principes internationaux d'origine non-étatique », Dalloz 2010, n° 123. 09.

121F-X Testu, « Contrats d'affaires – Principes internationaux d'origine non-étatique », article précité, n° 123. 10.

internationale, le contentieux se porte surtout sur l'insertion des clauses attributives de juridiction dans l'un de ces documents.

39. *Opération contractuelle interne.* Le caractère interne de l'opération contractuelle ne rend pas moins nécessaire la nécessité d'observer la multiplicité des documents contractuels au service de la réalisation d'une opération globale. Davantage focalisé sur les conditions de validité du contrat que sur les étapes jalonnant sa formation, le code civil se montre relativement muet sur ces documents qui il est vrai, émanent avant tout de la pratique des affaires. A l'exception peut-être du droit de la consommation qui, s'il ne rentre pas dans le cadre cette étude, a le mérite par l'article L132-1 du code de la consommation relatif aux clauses abusives, d'avoir observé un certain pragmatisme législatif, en énonçant en son alinéa 4 que « *Ces dispositions* [relatives aux clauses abusives] *sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies* ». De manière indubitable, en spécifiant que des clauses portées sur de tels documents étaient opposables et en ce sens abusives, il faut comprendre que le législateur leur confère en même temps valeur contractuelle.

40. *Gradation contractuelle et facture.* Mais avant d'évoquer les documents contractuels *stricto sensu*, il convient de noter que le droit des contrats procède d'une gradation contractuelle[122] relativement fine dont la doctrine s'est saisie[123], oscillant entre liberté de contracter et force obligatoire des avant-contrats[124], dont la synthèse rapide donne tout son sens à la facture définitive, extrémité d'un processus de conclusion[125], qui fait semble

122J. Ghestin, « La notion de contrat », D. 1990, chr. XXVII, p. 148; C. Atias « Qu'est-ce qu'un contrat ? » *in* Droit et économie des contrats LGDJ (sous la direction de Ch. Jamin et J. Ghestin, La notion de contrat au regard de la diversité de ses élements variables, Rapport de synthèse, Travaux AHC t. IV), Nantes, 1999, Paris, LGDJ-EJA, p. 223.

123V. notamment E. Leduc, *Des avant-contrats*, thèse, Paris, 1909 ; M. Géninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse Paris II, 1985 ; J. M. Mousseron, « La durée dans la formation des contrats », *in* Études offertes à Alfred Jauffret, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509, spe. p.513.

124J. Schmidt-Szalewski, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats » RTDciv 2000, p. 25.

125B.Fages , *Droit des obligations*, 5ème édition, Paris, LGDJ, 2015, spe. p.60.

t-il état de volontés définitivement liées au sein d'une opération contractuelle au dénouement proche[126]. A l'opposé de la facture définitive se trouve très certainement l'entrée en pourparlers. En effet, si la facture définitive suppose la conclusion d'un contrat et la nécessité de son exécution au nom de la force obligatoire du contrat, l'entrée en pourparlers brille par la liberté donnée aux parties à la négociation de ne pas conclure le contrat, sous réserve que cette liberté ne fasse guère l'objet d'un abus[127]. Ainsi, la phase des pourparlers ne fait état d'aucune dimension contractuelle[128], contrairement à la facture, à moins que cette phase soit encadrée par exemple par un contrat de négociation. En revanche, l'accord de principe[129] traduit déjà une volonté d'aboutir à la conclusion d'un contrat dont la substantifique moelle reste encore à définir tant « *la référence au principe laisse subsister une possibilité de revirement*[130] ». Contrairement à l'accord de principe, qui engendre autant d'éventualités, la facture renferme bien plutôt la trace de la force obligatoire du contrat et, partant, de la certitude à moins évidemment qu'elle ne consacre qu'une illusion contractuelle.

41. *Facture définitive, devis*[131] *et facture pro forma*[132]**.** La dimension contractuelle se concrétise, mais n'est pas encore atteinte alors qu'il convient de remarquer que devis et facture *pro forma* pourraient constituer chacun des « factures en devenir », sous réserve que la correspondance entre le prix accepté au jour de l'acceptation du devis ou de la facture *pro forma* par le client et le prix finalement facturé, correspondent. Leur apparence similaire pourrait bien être responsable d'une similitude de nature juridique. Qu'il s'agisse d'un devis ou d'une facture *pro forma*, on notera au préalable avant de les

126Cette chaîne peut être considérablement raccourcie quand le contrat n'a pas fait l'objet de strates de négociations. Nous songeons notamment aux situations dans lesquelles la facture est le le résultat d'actes de la vie courante, mais encore aux contrats-types ou contrats d'adhésion, antinomiques de l'idée de négociation.en ce sens , V. G. Dereux, « De la nature juridique des contrats d'adhésion», RTDciv. 1910, p.563 ; G.Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1973 ; F-X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP 1993, I, p. 3673.

127Com. 26 nov.2003, RTDciv. 2004, p.80, note J. Mestre et B. Fages ; RDC 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; V. plus généralement O. Deshayes, « Le dommage précontractuel » RTDcom. 2004, p.184.

128Tout au plus peut-être parfois faire état d'engagements d'honneur cristallisant les couches successives des négociations, le tout sans avoir de portée juridique. V. E- Perreau, « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », RTDciv. 1914, p. 481 ; D. Mayer, « L'amitié », JCP 1974, I, p. 2663 ; B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », D. 1979, chr.106.

129I. Najjar, « L'accord de principe », D. 1991, p. 57.

130*Ibid.*

131 A-C Chiariny-Daudet, « Approche juridique du devis », LPA, 8 août 2007, n° 158, p. 3.

132D.Thomas , « La facture *pro forma* » , RTDcom. 1997, p. 671. ; sur la distinction avec la facture défintive, V. aussi M. Guilberteau, Rep. dr. Com., Dalloz, V° Facture ,n°14.

individualiser, que la structure matérielle de ces deux documents précontractuels, reproduit celle de la facture[133]. A vrai dire, on ne sait pas bien qui imite qui mais il est certain que ces documents ont toujours une vocation estimative et désirent informer leur destinataire de manière claire de la corrélation mathématique entre un prix et une prestation caractéristique. Ils sont toujours alors vecteurs d'une information sur le prix[134] qui par le mécanisme de l'acceptation pourra se nover en matière contractuelle. En conséquence, ce premier constat autorise une première conclusion quant à leur comparaison avec la facture. En effet, leur vocation prospective[135] semble bien les éloigner de la vocation liquidative de la facture finale. Alors que le devis et la facture *pro forma* doivent comporter les éléments essentiels du contrat projeté[136], la facture doit comporter les éléments essentiels du contrat conclu et s'avère alors être un document postcontractuel. Mais à condition de présenter les exigences de précision et de fermeté,[137] devis et facture *pro forma* pourraient bel et bien constituer une offre de contracter et non pas simplement une invitation à entrer en pourparlers.

En revanche, fermeté et précision n'habillent pas toujours les documents en cause et c'est en cela que devis et facture *pro forma* présentent aussi des singularités. Si la facture *pro forma,* est presque toujours aussi précise que ferme en raison de la prestation standardisée qu'elle sous-tend, tel n'est pas le cas du devis qui peut se trouver être plus ou moins technique, ou simplement descriptif sans être estimatif. Quant à la a facture *pro forma,* elle a d'ailleurs fait l'objet d'une définition jurisprudentielle qui rend compte de son degré de précision, laissant penser que la facture *pro forma* est presque toujours une offre de contracter[138]. On relèvera néanmoins une décision rendue par la chambre commerciale en date du 3 mai 1984[139] qui décide, pourtant dans un contexte particulier,

133D.Thomas , n°13 et s. op cit lorsque l'auteur souligne qu'elle n'a de la facture, que la forme .

134Cornu V° Devis « Etat, généralement détaillé, d'ouvrages ou de travaux à exécuter, avec indication des prix ».

135Il faut évidemment réserver le cas où le devis procède lui-même d'un contrat en formant ainsi son objet. V. p.e à propos d'un contrat d'architecte, F. Labarthe, JCP G 2012 n°22-23 p. 1082, à propos d'un arrêt 3 e civ 9 février 2011, n°10-10.264.

136G. Cornu , Vocabulaire juridique, v° Facture pro forma : « *Nom donné en pratique -pour la distinguer de la facture ordinaire ou définitive-à un document portant évaluation de biens ou de services qui, établi par un fournisseur avant de traiter aux conditions indiquées pour un client éventuel, est destiné à être remis par celui-ci, à titre d'information, à des tiers (organismes de crédit , administration) afin d'en obtenir divers avantages (financement de l'opération, autorisation d'importation ,etc)* »

137Com. 6 mars 1990, *Bull. civ.* IV, nº 74.

138 Crim. 11 mars 1964, Bull. crim. n° 5 : « *une attestation par le vendeur des conditions d'une vente acceptée par lui et destinée à être communiquée à un tiers afin d'obtenir certains avantages ».*

139 Com. 3 mai1984, Bull. Civ., IV, n° 149.

qu' « *une facture pro forma n'a aucun caractère contractuel* ». Le caractère général de l'énoncé de la solution est selon nous critiquable. En effet, dans cette espèce particulière, il existait une différence de prix d'acquisition d'un car entre la facture *pro forma* et le bon de commande. Prévalence a alors été donné au bon de commande qui il est vrai présentait les deux signatures des parties et avantagait ici, l'acheteur. On peut également comprendre que l'institution de la facture *pro forma* n'a été perçue qu'à l'aune de sa fonction d'attestation par les juges du fond, ce que la Cour de cassation s'empressa de confirmer. Il n'en reste pas moins que la facture *pro forma* est un document écrit, remis souvent à la demande de son destinataire et qui peut par son degré de précision et de fermeté, rencontrer une acceptation[140]. S'il est indubitable que la notion de document contractuel brille par sa diversité, cet arrêt témoigne en même temps de l'artifice, dans un système de toute façon consensualiste, à ne pas considérer que ces documents sont largement pérméables et que leur nature juridique évolue au gré de la volonté des parties. Ainsi, déclarer que la facture *pro forma* n'a pas de valeur contractuelle et ce par principe contrevient à tout bon sens en ce que ce même document peut potentiellement comporte trace de fermeté et de précision et ainsi faire l'objet d'une acceptation, ce qui lui confère indéniablement une valeur contractuelle.

42. La facture *pro forma* est encore à distinguer de la facture définitive par son fonction première. En effet, on en connait l'importance notoire qu'elle a en matière douanière, en ce qu'elle peut caractériser une attestation. Elle est alors avant tout utile dans un rapport avec les tiers, pour obtenir des autorisation d'exportation ou d'importation ou encore pour servir à des opération de financement. Tout au contraire de la facture définitive, la facture pro forma ne jouira donc ni d'un effet probatoire en ce qu'elle ne représente aucun lien contractuel, ni d'un effet comminatoire en ce qu'elle ne suppose l'existence d'aucun lien contractuel.

43. ***Multiplicité des temps contractuels sur un même support.*** Les parties au contrat peuvent bien souvent se contenter d'un seul *instrumentum*. Dans bien des cas, la

140 En ce sens V. F. Labarthe, *La notion de document contractuel,* thèse précitée, n°3 15.

dimension contractuelle du contrat procédera de la signature d'un devis marquant son acceptation ou encore de la signature de la facture *pro forma*. L'acceptation par son destinataire fait des deux documents, indifféremment, les supports du contrat. Le devis signé formera ainsi l'*instrumentum* et logiquement toute modification du devis, qui brille à présent par sa bilatéralité[141], devra faire l'objet d'une acceptation non équivoque en cas de modification. Nous relevons qu'une décision du Conseil d'État rend parfaitement compte de cette possible mutation du devis en facture totalement transposable selon nous à la logique privatiste puisque la saisine du Conseil d'État s'expliquait simplement ici par un contentieux portant sur la construction d'un centre culturel communal. En l'espèce, le Conseil décide que « *la rédaction par l'architecte, pour les entreprises ayant concouru à l'édification d'une centre culturel communal, des devis descriptifs techniques chiffrés position par position, formant factures*[142]*, n'excédait ni par sa nature, ni par son importance, les missions imparties...*[143] ».

Ainsi, en même temps que devis et contrat se confondraient sur un même support, la facture finale y prendrait également logiquement sa part, témoignant encore de la nature versatile de tels documents contractuels.

44. *Augmentation de la charge obligatoire sur le document: Facture, facturation, «facturologie»*[144]. C'est l'inflation de la technicité du document qui interroge. La gradation retranscrite n'est pas sans incidence sur la présentation de notre travail. La méthode de facturation qui consiste à retranscrire les mentions obligatoirement prescrites par la loi (que son origine soit fiscale ou commerciale) sous peine de sanction et qui, brillant par sa complexité, a fait parler de « facturologie », l'a considérablement emporté sur la facture en elle-même. Ainsi, le contenant a été délaissé pour le contenu. Et pour preuve, l'article L441-3 du code de commerce évoque bien la « facturation » avant d'évoquer la « facture ». Le législateur y sous-entend très certainement que l'action de facturer est

141 V. cep. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11ème édition, Paris, LGDJ, 2015, n° 517, qui analyse le devis comme constitutif d'une promesse unilatérale de contrat.

142Nous soulignons.

143CE, 10ème et 9ème SS, 03 nov. 1982, Rec. Lebon 1982, n°24102.

144J-M. Mousseron, «Une nouvelle science : la facturologie», Cah. dr. Ent. 1988, Fasc. 4.

contraignante et comporte un certain nombre de prescriptions quant aux mentions obligatoires. Il y a aussi derrière le concept de « facturation », mis en avant par le législateur lui-même, la reconnaissance implicite par ce dernier d'une obligation juridique, comptable et fiscale, lourde et à la charge du professionnel.

B. Raisons subjectives

45. *Problématique et axes de traitement du sujet*. Le caractère multidisciplinaire de la facture autorisait évidemment plusieurs grilles de lecture du sujet. En la matière, le chercheur jouit d'une liberté louable au premier abord mais également difficile à manier. Aussi, il conviendra de préciser immédiatement que cette étude ne prétend en rien être techniquement exhaustive sur le sujet de la facture et ne veut pas être comprise ainsi. Notre travail sera bien plutôt consacré à la dénonciation d'une technicité dévastatrice qui habillant un document secondaire tel que la facture avec une apparence irréprochable car avant tout technique, prend d'autant plus d'ampleur et nous place même en état de soumission par rapport à elle. Une soumission voulue et dont il nous parait impossible de sortir, au prétexte de sa justesse technique et de l'expertise économique qui a présidé à son élaboration. De telles critiques nécessiteront alors un examen approfondi de l'article L441-3 du code de commerce.

46. *Utilisation de la ligne horizontale*. Nous évoquions pour illustrer notre propos une œuvre structurée par une ligne horizontale, séparatrice de deux images bien différentes, initiatrice d'un reflet inquiétant par sa distorsion avec l'image dont pourtant il dépend. Dans « La conquête de l'irrationnel», l'artiste s'en expliquera : il s'agit d'user de l'image double en vue de la « r*eprésentation d'un objet qui est à la fois* (…) l*a représentation d'un autre objet entièrement différent*[145] ». Deux niveaux de lecture de l'œuvre sont alors

145S. Dali, « La Conquête de l'irrationnel », ouvrage précité, p. 16.

proposées au spectateur[146]. Il nous est apparu que ce dédoublement des genres s'appliquait à l'hypothèse de la facture, n'empêchant en rien une vision aussi globale que possible du phénomène juridique qu'elle constitue. Son caractère traditionnellement contractuel et sa dimension obligatoire font du document une zone de clauses et de mentions hybride et nous nous attacherons à démonter qu'elle ne peut, par les multiples sollicitations dont elle fait l'objet, ne proposer qu'une seule dimension.

47. *Dimension contractuelle.* L'institution qu'est la facture est duale. Il a ainsi été choisi de faire naître la réflexion du support ou plus précisément de l'apparence renvoyée par le document. L'essence unilatérale de la facture n'en fait pas moins un document traversé par deux paradigmes particuliers. Le premier tient en son aspect contractuel. Ainsi, comme nous l'avons déjà exposé, il est tout à fait fréquent d'y trouver, en sus du prix, des clauses contractuelles diverses et variées dont l'application en jurisprudence a fait de la facture un véritable document contractuel. A ceci près que l'unilatéralité du support permet, peut-être à l'insu de l'un des cocontractants, d'y insérer une clause qui n'aurait pas fait l'objet d'une acceptation par l'autre partie. Le pouvoir contractuel que la facture permet alors d'exprimer, en tout affranchissement des règles relatives au consentement, s'avère nuisible. Il importe alors de vérifier que la facture traduit un état contractuel connu et accepté et ne comporte pas la marque d'une imposition contraire à la réalité contractuelle des parties. Il en va naturellement de la sauvegarde de la sécurité juridique ainsi que de la cohérence contractuelle attendue par les parties .

48. *Dimension technique*. Le second de ses aspects tient en sa dimension technique. La facture est cette fois-ci traversée par un unilatéralisme fort car étatique. Si le document est soumis ici à vérification, c'est au nom d'une transparence qu'il faut respecter justement parce qu'elle est unilatéralement dictée, non plus par l'un des contractants, mais par l'État. Il n'est alors plus question d'examiner les distorsions entre le document et la réalité

146« La conquête de l'irrationnel », *in* Dali, les ABCédaires, Flamarion, 1935, p. 80.

juridique mais bien plutôt de scruter si les mentions prescrites par le législateur sont respectées sur la base d'un texte pourtant des plus critiquables. Voilà la première manifestation d'une déconnexion opérée par la mutation du document, dont la teneur peut concerner tantôt le juge civil, tantôt le juge pénal. Tandis que le juge civil se préoccupera d'une exigence de vérité contractuelle, le juge répressif aura le soin plus automatisé de vérifier si les coordonnées du document sont complets et prennent en compte les exigences de l'article L441-3 du code de commerce. Les objectifs sont alors très différents et l'institution de la facture doit alors supporter la difficile concurrence de ses dimensions, oscillant entre dépendance au contrat et autonomisation, en tant que pièce de contrôle.

49. *Le refus de préférer l'unité*. Il a alors été imaginé qu'une mise en symbiose des deux essences de la facture, contractuelle et obligatoire, permettrait une meilleure lecture du document, mais le résultat de cette équation chimique s'est avéré douteux. Surtout, il ne permettait absolument pas de mettre en lumière les reflets inquiétants projetés pourtant par un document souvent envisagé avec légèreté ou repoussant le juriste en raison d'une apparence avant tout technique. La ligne horizontale tracée par le peintre sera pour nous constituée par le caractère obligatoire du document, résultat de la ligne économique choisie à la sortie de la deuxième guerre mondiale, dans le contexte d'une économie de pénurie. Mais gardons-nous de vouloir faire comprendre au lecteur que la facture fût d'abord contractuelle puis bientôt obligatoire ; elle est à présent les deux à la fois et c'est la réception de cette instantanéité au sein de l'ordre juridique qui interroge. Cette thèse se veut être le questionnement de la pertinence d'un mouvement que le document emprunte à grande vitesse et qui n'est d'ailleurs qu'une déclinaison d'une technicisation du droit plus vaste. Il s'agit pour nous de mettre à jour un phénomène masqué très certainement d'une part par la conjugaison de la petitesse du document, et d'autre part, par un art législatif qui s'auto-légitime par sa hauteur technique. C'est précisément là que se situe le danger: la technique suppose alors la contrainte pénale comme boussole comportementale, ne respectant plus que l'essence de la technique, sans se soucier de l'essence du droit pénal.

50. *Le marché*. La notion de marché a, en outre, légitimé des processus juridiques visant à administrer et plus tard à réguler quantité d'échanges économiques en érigeant un droit de la quantité concernant au moins l'hypothèse de la facture. Ce droit de la quantité brille par son aspect obligatoire, automatique, souhaitant imprégner de manière hégémonique toute relation économique primaire. L'article L441-3 du code de commerce ne fait par exemple état d'aucun seuil de prix en la matière car l'objectif affiché de transparence tarifaire ne serait alors atteint de manière que trop parcellaire. Ainsi, si au plan individuel, de telles exigences peuvent paraître insupportables et presque contre productives, elle redeviennent utiles du point de vue de la massification des rapports économiques.

51. *Standardisation.* Le phénomène du marché a eu donc pour effet de densifier les rapports économiques et également de les dépersonnaliser. Les groupes ainsi que les intérêts catégoriels de marché ont fait prendre conscience au législateur que plusieurs comportements individuels pouvaient avoir des répercussions systémiques durables sur le marché. Il a fallu alors objectiviser les volontés, leur donner un cadre plus ou moins rigide afin d'assumer leurs effets macroéconomiques. Les particuliers n'ont pas résisté au mouvement, quand leur liberté contractuelle a par exemple été réduite à une peau de chagrin au sein des contrats d'adhésion. Cette standardisation des rapports économiques a eu un effet indéniable sur la teneur de l'ordre public économique au sein duquel les factures allaient jouer un rôle de premier plan. Mais ces dernières n'allaient bientôt plus être la trace de l'expression des intérêts privés, mais d'une opération de marché, à des conditions qui doivent satisfaire non pas la volonté des parties mais la volonté du marché en tant que garant d'une concurrence libre et saine. C'est cette transfiguration du document que nous interrogerons en ce que la facture ne semble plus, avant tout, le document des parties au contrat.

52. Si comme le soulignait déjà avec justesse un auteur[147] « *on comprend* (…) *que la perfection de la science juridique soit liée à la pureté de sa langue* », nous espérons que ce travail contribuera à préciser la teneur de l'institution qu'est la facture, en scrutant au plus près ses dimensions. Aussi, vouloir faire à tout prix de la facture un centre d'union juridique empêche de faire la distinction fondamentale entre la facture, document représentatif et la facturation, méthode contraignante de retranscription du passé économique et juridique d'une entreprise. Le document est ainsi à la fois soumis à l'épreuve du droit commun et du droit spécial.

53. En somme, il ne peut que très difficilement être nié la production de cette image double véhiculé par la facture car ce qui saisit, c'est la trajectoire vécue par un document plus que polyvalent ayant pour point de départ une pratique naturelle et avant tout comptable et parvenant à un point d'arrivée technique, pesant, symbole de la gestion d'une contrainte. La facture porte en elle le passage d'une norme comptable microéconomique à une norme macroéconomique, de marché et la transition ne semble pas s'être opérée de manière paisible . Plus précisément, le document recèle une tension entre la prévalence d'une raison d'Etat économique tenant en la prescription d'une contrainte, pénalement sanctionnée et la nécessité de faire perdurer les droits subjectifs des agents économiques en tant que sujets de droit, à savoir l'existence de « prérogatives individuelles que les personnes ont vocation à puiser dans le corps de règle qui constitue le droit objectif[148] ». Ces prérogatives tiennent tant à la sécurité juridique qu'au respect du principe de légalité[149] que la législation sur la facture menace directement.

54. *Le rapport de l'homme à la technique.* Les enseignements de la philosophie et de la sociologie sont à ce titre très éclairant et révélateurs du sens de la technicisation juridique

147F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préface R. Le Balle, Paris, LGDJ, Anthologie du Droit, 2014, p. 2.

148J-L.Aubert et E.Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, ouvrage précité, p. 2.

149R. Perrot, « Rapport de synthèse », Travaux de l'Association H. Capitant, Le rôle du juge en présence des rapports économiques (extraits), 1972, p. 255 : « *Le moment est désormais venu de s'interroger... il s'agit de savoir si la raison d'Etat économique doit finalement l'emporter sur le respect de nos droits subjectifs* ».

subie par la facture. C'est sans surprise que le rapport de l'homme à la technique a influencé sa conception de l'ordre juridique et la teneur de ses règles. En philosophie, le concept d'ontophanie est à ce tire tout à fait éclairant[150] pour exprimer le rôle joué par la technique dans la manière dont les objets nous apparaissent. Ce dernier, dont l'étymologie convoque la dimension de l'être (*ontos*) et de l'apparaître (*phaino*) n'est pas seulement propre au questionnement de l'apparence mais interroge notre système collectif en ce qu'il convoque un nouveau sens du réel, commandé par la technique. Descartes démontre également, dans son Discours de la méthode[151], à quel point la technique est une donnée irréductible. Sa thèse est d'ailleurs tout à fait transposable à la situation qui nous occupe. Selon lui, la recherche d'une meilleure santé pour les membres de la collectivité justifie une intense activité technique au service de cette recherche. De son côté, le législateur semble également user de cette adéquation « fin-moyens » en privilégiant l'emploi de matériaux techniques au service de la recherche d'une meilleure efficience du marché. Il s'agit en réalité de doter la nature d'une technique à même de la préserver et d'en maîtriser tous les ressorts.

Désireux de capter et d'isoler les mauvais flux sanguins du marché, le législateur aurait alors ni plus ni moins formulé, à travers l'article L441-3 du code de commerce, la proposition d'un modèle technique justifié par une teneur en apparence exemplaire.

Plus encore, l'ensemble du dispositif relatif à la transparence tarifaire viserait à « *nous rendre comme maîtres et possesseurs de la nature*[152] ». L'émetteur de la facture œuvre alors au sein d'un régime technique caractérisé par un ensemble de contraintes d'autant plus lourdes que l'agent économique est lui-même limité techniquement ; mais l'objectif de transformation de la matière contractuelle en « *matière de marché* », voulu par le législateur , légitime cet effort en ce qu'il est dicté par un projet économique qui tient à assurer la liberté de la concurrence, notamment par la transparence tarifaire.

55. *La facture est un objet technique*. La facture apparaît alors comme un « *objet juridique technique* » et il faudra alors se demander, si comme tout objet technique, son

150S.Vial, *L'être et l'écran (Comment le numérique change la perception),* PUF, 2013.
151Descartes, *Discours de la méthode,* Bibliothèque de la Pléiade, Éd. Gallimard, 6e partie, 1966.
152Descartes, *Discours de la méthode,* ouvrage précité, p. 168.

autonomie ne lui procure pas une destinée individuelle comme le philosophe Simondon le démontre à propos de tout objet[153]. Cette technicisation du droit a d'ailleurs fait l'objet d'une synthèse limpide de Carbonnier qu'il convient de relire avec attention au moment d'une emprise technique généralisée sur les règles de droit[154]. La réalité technique a également engendré selon certains, un législateur transfiguré en « homme de rangement[155] », et qui semble donc se satisfaire de l'identification de plusieurs objets juridiques, sans se soucier d'une cohérence systémique plus globale attachée à l'ensemble de ses choix, tant qu'ils sont compartimentés.

56. *La facture, entre représentation et transport de la matière*. Le résultat de cette technicisation de la facture est de fournir à cette dernière une composition hybride, à la fois obligatoire et contractuelle. Le même document concentre ainsi deux dimensions, aux causes et aux objectifs différents. Néanmoins, un principe directeur de fidélité et commun à ces deux paradigmes peut être identifié, soit qu'il s'agisse d'une fidélité contractuelle, soit que soit en cause la fidélité à l'objectif de transparence tarifaire que doit symboliser la facture. La facture accueille alors en son sein deux matières qu'elle tend à la fois à représenter et à transporter. La première est contractuelle : la facture représente classiquement le lien contractuel et en assure le transport, avec plus ou moins d'efficacité, cette matière contractuelle étant constituée des clauses contenues dans la facture, dont il faudra alors scruter la valeur contractuelle. La seconde est obligatoire: la facture représente une opération de marché, dont l'éfficience économique dépend justement du transport de certaines mentions obligatoires. Or, bien que contenues sur le même support, l'influence de chacune des dimensions est très variable. En tant que document représentant l'existence du lien contractuel ainsi que son contenu, sa dimension contractuelle est tout à fait relative et ne semble pas autonome. Son caractère unilatéral

153G. Simondon, *Du mode d'existence des objets techniques*, Aubier, 1958, réédition corrigée et augmentée, Flammarion, 2012.

154J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Défrénois, 1979, p. 218 : « *On ne s'étonnerait pas si quelques uns en venaient à faire de la loi un cas particulier de cette autonomisation des artefacts qu'ils décrivent comme un des phénomènes majeurs auxquels est en proie notre univers de production et de consommation, le texte prend corps, échappe à la société qui l'a crée, devient menaçant, angoissant pour ses créateurs – d'autant plus angoissant qu'il est réputé infaillible* ».

155 Baudrillard (J), *Le système des objets*, Gallimard, 1968, spe. p. 37 : qui « *se retrouve dans une manipulation et dans l'équilibre tactique d'un système* ».

et post-contractuel justifient cette position de principe. Néanmoins, la potentialité du document à « transporter » la matière contractuelle permet de relativiser l'affirmation de son absence d'autonomie. Nous l'avons déjà aperçu, lorsque nous avions identifié plus avant[156] le processus d'inflation des clauses contractuelles que la facture est à présent en charge de transporter jusqu'à son destinataire.

57. *Autonomie négative.* En revanche, en tant que document représentant l'existence d'une opération économique ainsi que ses conditions, sa dimension obligatoire est par essence toujours absolue. Son origine verticale, soudée par une prescription fondée sur la transparence tarifaire entraîne avec elle à la fois un droit technique mais également d'application mécanique. Sa matière première est celle des mentions obligatoires. A ce titre, le document bénéficie d'une autonomie que nous qualifierons de « négative ». En effet, alors que dans sa dimension contractuelle, les clauses contenues dans le document ne peuvent en elles-mêmes avoir force contraignante (ou d'effet juridique) car la nature du document ne le permet point, la logique est ici totalement inversée. Le seul manquement aux prescriptions de l'article L441-3 du code de commerce entraîne une sanction pénale, d'où l'idée d'autonomie négative. La seule apparence est ici constitutive d'un effet juridique, certes négatif, et ceci quand bien même le contrat ou d'autres documents pourraient établir le respect indirect du principe de transparence.

58. *Plan de la thèse.* Il fallait alors isoler la dimension obligatoire de la facture, tant ses sources, sa technicité mais également ses faiblesses doivent être traitées à travers le prisme d'une déconnexion de la facture avec le contrat (**Partie II**). Pour autant, cette image de la facture n'apparaît qu'à la lumière de son origine naturelle, c'est à dire contractuelle. Le droit construit et technique est alors d'autant plus perceptible que la facture résulte d'un phénomène presque biologique et doit avoir un lien de filiation irréfragable avec le contrat. La double image renvoyée par la facture n'aurait de sens sans le rappel orthodoxe de sa nécessaire dimension contractuelle (**Partie I**).

156Sur l'inflation de la charge contractuelle contenue dans le document, v. Supra. n°35

PARTIE I.

FACTURE ET CONTRAT:

L'institution saisie dans sa dimension contractuelle

59. *La représentation.* La première image renvoyée par le document est celle d'une juridicité paisible et structurée autour d'une identité contractuelle que la facture a pour seule charge de représenter. Elle devrait donc correspondre à une reproduction fidèle et

encore plus synthétique du contrat, trouvant ses racines en son sein et *in fine*, sa cause (Titre 1).

60. ***Le transport.*** Mais si la facture est par excellence l'acte du constat, nos recherches conduisent à reconsidérer la place du document dans une dimension plus active liée notamment aux clauses d'exécution du contrat qui peuvent y être insérées. L'image du lien paisible entretenu par la facture avec la source du contrat mérite d'être questionnée, à l'aune d'un développement accru de l'unilatéralisme en la matière. La jurisprudence aura pour lourde tâche de canaliser l'émergence du « pouvoir contractuel », issu de la pratique des contrats d'affaires. Plus qu'un mode de représentation figé du lien de droit unissant le créancier à son débiteur, la facture pourrait bien s'être mutée en un « véhicule contractuel », en charge de transporter la matière contractuelle (Titre 2).

TITRE 1.

La facture, mode de représentation du lien contractuel : la pérennité d'une relation classique

61. La facture entretient avec le contrat des relations ambivalentes. Le caractère unilatéral du document ne l'autorise pas, par principe, à assurer l'authentification de sa teneur. Néanmoins, la liberté de la preuve en matière commerciale sauve parfois la facture de sa faiblesse constitutive et peut la promettre à des effets inattendus sur un plan probatoire (Chapitre 1).

62. Néanmoins, l'apparence du document peut tout autant lui permettre de ne représenter qu'une illusion contractuelle. La facture est dès lors fausse, car sa mission représentative n'est pourvue d'aucune cause (Chapitre 2).

CHAPITRE 1.

De la facture au sein de la liberté de la preuve : une propension naturelle à la représentation du lien contractuel.

63. En droit commercial, le principe est celui de la liberté de la preuve. Ainsi, tout écrit peut, par principe, être porté devant le juge afin d'établir la preuve d'un fait ou d'un acte juridique. La facture peut ainsi constituer un instrument probatoire important en droit commercial (Section 1). Toutefois, son unilatéralité,entendue traditionnellement, doit être confrontée à l'adage selon lequel «nul ne peut se constituer une preuve à soi-même» (Section 2).

Section 1 : De la source de fécondité : le principe de liberté dans l'établissement d'une preuve en droit des affaires.

64. Si le principe de liberté de la preuve en matière commerciale s'avère propice à l'utilisation de la facture comme mode de preuve du lien contractuel (§1), son unilatéralité fragilise considérablement et classiquement ses capacités probatoires (§2).

§ 1 Des fondements d'une fertilité relative.

65. *La facture, un écrit.* Que la facture contribue à la preuve d'un passé contractuel n'a rien de surprenant. C'est d'ailleurs ce qui vient immédiatement à l'esprit du juriste lorsqu'il se saisit du document, faisant ainsi de la facture un écrit lié de manière consubstantielle à la preuve du contrat. Son caractère post-contractuel et écrit en font même à certains égards son essence puisqu'elle a pour principal intérêt de retranscrire les termes primitifs du contrat. Ainsi, naturellement promise à une telle vocation[157], la facture doit d'ailleurs au droit de la preuve ses premières sollicitations juridiques et cela parce que « *l'écrit est plus fidèle que la mémoire humaine, laquelle a des troubles et des défaillances, tant naturels que volontaires* »[158]. Mais la question de son avenir est posée par la dématérialisation des factures depuis longtemps[159], à l'heure où l'on semble s'en rapprocher de manière inexorable en même temps que le document pourrait en retirer une certaine crédibilité. Néanmoins, toujours est-il que son caractère unilatéral limite la portée de sa capacité probatoire au nom d'une appréhension de l'unilatéralisme qu'il conviendra de discuter. Cette première idée de « facture passive », attachée à la seule représentation du choix contractuel des parties est sans aucun doute la plus naturelle et c'est ce qui justifie qu'elle soit pour nous un point de départ, dont le caractère classique justifiera en même temps une certaine brièveté.

157Mohamed Charfedinne, « L'écrit, une preuve à l'épreuve » *in* Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXe siècle, LGDJ, 2001 p. 217, spe. p. 218 ; F. Gonthier, « Réfléxion sur la notion d'écrit », JCP N 1999 n° 49, p. 1781.

158H. Levy-Bruhl, La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique, Librairie Marcel Rivières et Cie, Paris, 1964, p.113, cité par H. Croze, « Informatique, preuve et sécurité », D.1987, doc., p. 165.

159J. Huet, « Transmission télématique de factures, un pas de géant dans l'EDI », Dr. .Inform. et télec.1990, n°4, p.111.

66. Exclusion du système de la preuve légale. Cantonnée aux rapports entre professionnels, la facture pourra déployer davantage son impact probatoire qu'en matière civile où les contraintes en matières d'administration de la preuve sont abondantes. Le système de la preuve légale[160] a en effet pour principe que les preuves doivent être préconstituées par les parties[161]. Nous faisons le choix de ne pas aborder cette question, puisque l'étude se concentre sur les rapports entre professionnels. Aussi, nous évoquions au sein de notre introduction l'aspect classique de cet angle d'approche qui de plus, a déjà fait l'objet d'une étude particulière[162].

67. *Explicitation du principe de la liberté de la preuve.* La position tenue par le droit commercial est tout à fait contraire à celle que le droit civil privilégie. La preuve par tous moyens y règne en maître pour des besoins de flexibilité, et au nom d'un certain pragmatisme juridique assumé, avec lequel il est plus ou moins aisé de composer.
La réalité économique ne peut en effet dépendre uniquement de preuves préconstituées dont le système, s'il garantit la recherche de l'authenticité, peut être générateur d'une lourdeur peu compatible avec la souplesse souvent prônée en matière commerciale pour laquelle « *tout est alors affaire de conviction du juge*[163] ».

68. Ainsi, le droit positif traduit le système de la liberté de la preuve en matière commerciale à travers l'article L110-3 du code de commerce qui dispose que « *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 matière fait figure d'exception[164] à la

160J-L. Aubert et E. Savaux *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, 15ème édition, 2014, spe. p. 248.

161Art. 1341 C. civ. : « *Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce* ».
Aussi, l'article 1341 du code civil, qui exige un écrit pour une transaction excédant une somme fixée par décret (1500 euros), prévoit-il en son alinéa 2 que la disposition s'impose « *sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce* ».

162Pour un aperçu complet du rôle joué par la facture au sein du système de la preuve légale, V. M. Gast, *La facture, contribution à l'étude du droit de la preuve*, thèse dactylographiée, Lille, 2003.

163J-L. Aubert et E. Savaux *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, ouvrage précité, spe. p. 254.

164 Sur l'ensemble de la question, V. Y. Chartier, « La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980 » *in* Études

lumière de l'article 1341 du code civil qui, après avoir exposé le principe des preuves préconstituées, prévoit en son deuxième alinéa 2 que ce principe vaut « *sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce* ».

Cette exception vivifiante en matière commerciale est ancienne. En effet, un édit de Charles IX de 1563 instituant les juridictions consulaires admettait déjà la preuve par témoin[165]. Aussi, l'article 109 du code de commerce modifié par la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques, devenu L110-3 dudit code, prévoyait déjà que « l*es achats et les ventes se constatent : par actes publics ; par actes sous signature privée ; par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties ; par une facture acceptée ; par la correspondance ; par les livres des parties ; par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre* ». Son apparente exhaustivité n'a pourtant pas résisté à une interprétation jurisprudentielle plus générale, étant affirmé qu' « *aux termes de l'article 109 du Code de commerce, il appartient aux tribunaux, statuant en matière commerciale, de puiser les éléments de leur conviction, dans tous les moyens de preuve établis par la loi*[166] ».

La Cour de cassation a, en outre, très tôt précisé qu'il était possible de prouver par tous moyens même contre un acte écrit[167].

69. *Conditions.* Traditionnellement, la possibilité d'user de l'article L110-3 du code de commerce est soumise à deux conditions cumulatives qui concernent tant la nature de l'acte en cause que la qualité de celui contre lequel il convient de prouver[168]. En effet, cette disposition n'est valable en premier lieu qu'en présence de contrats commerciaux. Nous rappellerons que le principe de liberté de la preuve échoue lorsque le contrat n'est pas commercial, quand bien même deux commerçants en seraient les parties. S'opère alors ici un retour net au système de preuve préconsituée[169].

---

réunies en l'honneur de Michel de Juglart, Aspects du droit privé en fin du Xxe siècle, LGDJ, Montchrestien, 1986, p. 95. ; Chamoux, La preuve dans les affaires, Paris, Litec, 1979 ; G. Parléani, «Un texte anachronique : le nouvel article 109 du code de commerce», D. 1983. Chron. 65. ; Pellegrino, La preuve en droit commercial, thèse Aix,1968. ; Ruet, Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial, RTD com. 1991. 151 .

165F. Dekeuwer-Defossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial,* Paris, LGDJ, 11ème ed., 2015, spe. p. 18.

166Civ. 17 mai 1892, DP 1892, I, p. 604.

167Req, 25 nov. 1903, DP 1904, 1, p. 332 ; Com .18 juin 1991, Gaz .Pal. 1992, Pan.156.

168 L. Leveneur, « Double condition délimitant la liberté de preuve en matière commerciale », JCP E 1998, p. 1970.

169V. par ex. Civ, 23 mai 1977, RTDcom. 1977, p. 711, obs. J. Derruppe.

En second lieu, la règle ne concerne évidemment que les commerçants dans l'exercice de leur activité. Il faut en effet que l'acte ait été passé par un commerçant[170] ayant agi dans l'exercice ou dans l'intérêt de son commerce[171].

70. *Actes mixtes.* «Un acte mixte est un acte civil pour l'une des parties et commercial pour l'autre[172] ». Il convient de mentionner les actes mixtes en ce qu'ils viennent parfois restreindre la portée de l'article L110-3 du code de commerce. En pr—sence d'un tel acte, il convient de s'interroger sur la règle de preuve qui lui est applicable. Le principe est limpide : en ce qui concerne les actes mixtes, conclus entre un commerçant et un non-commerçant, la preuve se fait par tous moyens contre la personne qui est intervenue en qualité de commerçant et dans l'intérêt de son commerce. La jurisprudence est posée sur ce point[173]. Toutefois, cette règle de souplesse cesse en revanche de jouer lorsque le défendeur n'est pas commerçant[174]. La doctrine est d'ailleurs divisée au sujet de la pertinence du régime probatoire des actes mixtes. Certains auteurs s'accordent à trouver en cette répartition un caractère raisonnable car elle concerne « l*es actes les plus importants ; les commerçants, lorsqu'ils traitent avec des non-commerçants, [qui] doivent se ménager une preuve par écrit*[175] ». Cette solution pourrait s'avérer légitime à travers le prisme de la protection d'un non-commerçant qui est présumé plus faible que le commerçant[176]. Mais il n'y a là guère de consensus puisque selon certains, un même contrat ne devrait pas pouvoir générer des systèmes de preuve différents[177].

71. *Particularisme de la preuve judiciaire : facture, vraisemblance et cohérence.* Il est bien acquis de soutenir l'importance cruciale qu'il y a d'être en mesure d'établir

170Com, 10 nov. 2009, n° 06-12.779.
171Com, 19 janv.1993, Bull. civ. 1993, IV, n° 21.
172Dekeuwer-Defossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial,* ouvrage précité, spe. p. .99.
173 Com, 20 mai 1980, Bull. civ. 1980, IV, n° 210 ; Com. 21 juin 1994, Bull. civ. 1994, IV, n° 232 ; Civ. 8 fev.2000, Bull. civ n°35.
174Civ. 31 mars 1874, D. 1875, 1, p. 229 ; S. 1875, 1, p. 365 ; Com, 8 juillet 1968, Bull. civ. IV, n° 226 ; Civ, 23 mai 1977, Bull. civ. I, n° 246, RTDcom. 1977, p. 711, obs. J. Derruppe ; Civ. 9 mai 2001, D. aff, 2001, p. 1950 ; Com, 13 nov. 2007, n° 06-17.823.
175J.-B. Blaise, *Droit des affaires ; commerçants, concurrence, distribution*, Paris, LGDJ, 5ème édition, 2009, spe. n° 254.
176R. Mougenot, *Droit des obligations, La preuve*, 2ème édition, Bruxelles, Larcier, 1997, spe. n° 59.
177F. Chamoux, *La preuve dans les affaires*, Paris, Litec, 1979, spe. p. 92.

l'existence d'un droit pour pouvoir en jouir, autant qu'il est couramment énoncé qu'une facture ne contient que des prétentions unilatérales l'empêchant de satisfaire à la preuve judiciaire. Mais loin d'être établi comme une preuve scientifique, la preuve judiciaire et avec elle la recherche de la vérité dépend d'un ensemble de facteurs visant davantage à se contenter d'une certaine vérité plutôt que rechercher une vérité objective[178], tant celle-ci semble relever d'un «idéal inaccessible»[179], justifiant toujours une différenciation entre la vérité matérielle et la vérité juridique[180]. Si fort heureusement le droit français de la preuve présente une nette fidélité à la recherche du vrai, il n'omet pas l'évidence selon laquelle le juge peut parfois être confronté au doute, l'obligeant à se contenter du vraisemblable.

72. *Démarche du juge.* La démarche du juge est alors au centre des débats. Il se doit d'être pragmatique et ne peut refuser de juger, sauf à se rendre coupable d'un déni de justice[181]. L'obligation de trancher le litige mêlée à un temps imparti au procès, ne font qu'avouer l'imperfection d'un système qui contient toujours en lui une part d'approximation, une marge irréductible d'appréciation subjective. Le principe de liberté de la preuve est alors tout à fait significatif. Il pourrait permettre une approche de la vérité plus satisfaisante en ce que les modes de preuve sont plus souples, la diversité des pièces produites pouvant alors « maximiser » la recherche d'une vérité centrée autour d'un faisceau d'indices. La facture y trouverait alors *de facto*, une certaine raisonnance, comme participant d'un ensemble de faits à même de permettre au juge de se forger une conviction.

Cette recherche de vérité, toute relative, est encore amoindrie lorsqu'il s'agit pour le juge de consacrer l'apparence, lorsqu'un tiers a pu légitimement s'y fier. En effet, il n'est alors pour le juge même plus question de rapprocher vérités matérielle et juridique. Le litige n'a plus pour objet l'établissement d'une vérité matérielle, tangible et nécessitant en ce sens une charge probatoire plus lourde. Bien au contraire, la question posée à la juridiction saisie sera de savoir si la situation en cause a pu générer chez le tiers une

178Sur cette distinction, V.notamment X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préface J. Ghestin, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 239, 1994.

179V. Lasserre-Kiesow , « La vérité en droit civil », D. 2010, p. 907.

180P. Louis-Lucas, « Vérité matérielle et vérité juridique », *in* Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965, p. 583.

181Selon l'article 4 du code civil.

croyance en une certaine vérité, à la profondeur bien plus réduite. Le juge n'est plus questionné sur l'existence d'une vérité matérielle mais sur la possibilité d'une vérité apparente, susceptible de produire des effets juridiques. La charge probatoire est alors moindre : il n'est plus question de parvenir à l'établissement d'une vérité même vraisemblable, dont le fondement réside dans sa probabilité[182], mais de déceler la possibilité d'une apparence, reposant sur la « croyance raisonnable » du tiers.

Forte de sa vocation informative et comportant des informations ainsi que des mentions parfois décisives, la production de la facture ne laissera pas les magistrats indifférents dans la recherche des motifs de croyance des tiers. La méthodologie probatoire épousera alors le principe qu'elle met à l'œuvre. Peu importe alors de savoir si l'apparence masquait ou non une réalité, cette dernière peut d'ailleurs bien ne point exister tant qu'elle a fait l'objet d'une croyance « légitime ». C'est sans doute pour cela qu'en pareille situation, les droits anglo-saxons, pionniers du principe de l'estoppel ou de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, confèrent une crédibilité très forte à l'apparence[183]. L estoppel n'intégrera en revanche que progressivement le droit français[184] qui en dehors de la sphère procédurale, consacre tantôt la théorie de l'apparence[185], tantôt la bonne foi et le devoir de cohérence[186] pour protéger la croyance des parties ou du tiers à une situation juridique.

Au sein du principe de la liberté de la preuve, le contentieux démontre que la facture apparaît souvent comme une source de détection ou de confirmation d'une situation juridique.

182Colmar, 12 nov. 1948 :« *la vraisemblance n'est pas l'apparence de la vérité, mais ce qui est probable et il ne suffit pas que le fait allégué soit simplement possible* », D. 1949, p. 72

183R. David et D. Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, 2ème édition, LGDJ, 1985 spe. p.120; O. Moréteau, *Droit anglais des affaires*, Paris, Dalloz, 2000.

184 H. Muit-Watt, « Pour l'accueil du principe de l'estoppel en droit privé français », *in* Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, L'internationalisation du droit, Dalloz, 1999, p. 303 ; O. Moreteau, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse, Lyon III, 1990 ; M-C. Dauchy-Psaume, L*'estoppel by representation, Étude comparative de droit privé et anglais*, thèse, Paris XI, 1999 ; C. Maréchal, « L'*estoppel* à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », D. 2012, p. 167.

185V. en particulier J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préface H. Cabrillac, LGDJ, Paris, 1959.; plus généralement A. Rabagny, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, 2 vol., ANRT, 2011.

186B. Fages, *Le comportement du contractant*, préface J. Mestre, PUAM 1997 ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préface de H. Muir-Watt, PUAM 2001.

§ 2 De la mise en œuvre de l'efficacité probatoire du document

73. Faisceau d'indices. La liberté de la preuve trouve néanmoins sa limite dans la nécessité pour le juge de forger son opinion. Il est incontestable que les juges du fond apprécient souverainement les modes de preuve qui leurs sont soumis. Ainsi, il est à comprendre que le principe de la liberté de preuve conduit parfois à réunir un faisceau de preuves et de présomptions précises et concordantes. Nous avons déjà souligné que la vérité judiciaire était particulière par sa relativité assumée. Ne résidant pas dans un idéal de vérité mais dans la possibilité d'une vraisemblance, cette tendance au pragmatisme est renforcée dans un milieu d'affaires où règnent les pratiques les plus variées. En charge de déceler une vraisemblance, la magistrature économique ne semble pas indifférente aux informations portées sur une facture produite devant elle. Qu'il s'agisse de démontrer la réalité d'une relations d'affaires, l'existence d'une société créée de fait ou d'un rapport fondamental pouvant « sauver » la traite irrégulière, la production de factures en tant qu'éléments imprimant la conviction des magistrats est indéniable.

La jurisprudence a eu l'occasion d'expliciter le rapport que la facture pouvait entretenir avec la preuve dans un arrêt rendu le 3 février 1970 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a reconnu une valeur probatoire aux factures en prononçant « *qu'une facture est une écriture de commerce ; qu'en cas d'instance judiciaire entre commerçants elle est de nature à former sinon un titre parfait, au moins une de ces présomptions que la loi abandonne à la prudence du juge* [...] »[187]. La motivation retenue est particulièrement précise et tranche nettement avec la banalité avec laquelle le document est habituellement traité. La Cour prend ici soin d'approcher la nature juridique de la facture. Après avoir justement rappelé que la facture constituait une écriture de commerce, elle reconnaît à la facture à la fois une impuissance probatoire mais également une potentialité. Son impuissance probatoire tient évidemment à son caractère unilatéral et empêche le document, de manière tout à fait logique, d'accéder à la catégorie des

187Crim. 3 févr. 1970, Rev. sc. Crim. 1970, p.860, obs. A. Vitu.

titres juridiques. En revanche, la facture s'intègre en filigrane à la lecture de cette décision, à l'étendue de l'article 1353 du code civil qui dispose que « *Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol* ». Ainsi, le document peut consister « *en une de ces présomptions que la loi abandonne à la prudence du juge*»[188].

74. ***Facture et titre juridique.*** La question de la relation entre la facture et la notion de titre mérite d'emblée d'être aperçue à la lumière de cet arrêt. Ce lien ne peut souffrir que de trop de nuances même si la rencontre des dimensions dégagées mérite que l'on y apporte une réponse synthétique, que nos développements continueront considérablement à aborder. Nous savons que le titre se définit comme un « écrit en vue de constater un acte juridique ou matériel pouvant produire des effets juridiques »[189]. Si incontestablement, la facture correspond bien à un écrit constatant un acte juridique, ses effets sont évidemment très dépendants du point de savoir dans quelles circonstances la facture peut assumer une telle fonction. En ce qui concerne la capacité de la facture à constater, il en va ici de son essence. Dans sa dimension purement contractuelle, la facture est évidemment par essence l'acte du constat, le récapitulatif du passé, sa mémoire. Son origine comptable ne la destinait au départ qu'à cette seule fonction. La dimension technique est venue ici imiter la nature avant tout contractuelle du document, en la précisant à travers l'édiction des mentions obligatoires. Un certain contenu est imposé par l'article L441-3 du code de commerce. Aussi, une facturation conforme aux exigences des prescriptions du même article oblige à ce que la facture soit délivrée en double exemplaire, ce qui rapproche considérablement, par analogie, la facture de l'hypothèse de l'article 1325 du code civil qui impose la rédaction en double exemplaire des actes sous seing-privé contenant des conventions synallagmatiques, même si celui-ci n'est pas applicable en matière commerciale. Mais la qualification de titre ne dépend que

188Comme l'affirme Monsieur Bergel, « d*ans un système de liberté de preuve, le juge titre son intime conviction de la libre appréciation des indices et des circonstances* », *Théorie générale du droit*, ouvrage précité, spe. p. 332.

189G. Cornu, Vocabulaire juridique, V° « Titre ».

trop d'une bilatéralisation du document, qui n'est pas de l'essence de la facture par définition unilatérale. La facture peut ainsi être qualifiée de titre au gré des méandres de la jurisprudence que nous allons observer. Sa capacité a prouver une créance ainsi que le contenu contractuel, seconde phase de l'identification d'un titre qui suppose sa capacité à créer des effets de droit, dépend alors de circonstances très diverses. Il peut s'agir, hypothèse rare, d'une signature du document par le débiteur, mais aussi d'une acceptation résultant des hypothèses analysées plus après, telles que le silence ou les usages dans une certaine matière. Finalement, la facture renferme plutôt en elle, aidée par sa dimension technique, la potentialité d'un titre sans jamais pouvoir, en raison de son unilatéralisme de structure, n'en être un qu' *a posteriori*.

75. Mais la vocation informationnelle de la facture, son apparence, la mise en scène générée par son établissement parfois répété sont autant d'éléments propices à sa prise en compte par les tribunaux[190]. Son impact pratique est démontré à travers la méthode du faisceau d'indices, conséquence évidente de la liberté de la preuve en matière commerciale. Aussi, cette prise en considération des factures est d'autant plus encouragée et efficace qu'elle vise à ériger des qualifications souples, à contenu variable. La diversité du contentieux illustrant la prise en compte des factures produites à l'appui des prétentions en témoigne.

76. *L'hypothèse du droit cambiaire.* Il est un rôle traditionnellement attaché à la facture lors de l'établissement d'une lettre de change. Dès son émission, le tirage de la lettre de change pourrait s'effectuer[191].

L'intérêt du mécanisme est connu : plutôt que d'attendre que l'effet comminatoire de la facture ne produise son effet, le créancier devient tireur d'une lettre de change sur son débiteur, tiré, à qui l'ordre a été donné par le tireur de payer à une époque déterminée une certaine somme d'argent à une troisième personne, appelée bénéficiaire ou preneur.

L'intérêt pour le vendeur est de pouvoir mobiliser sa créance en escomptant la lettre

190 Ch. Perelman, *Le fait et le droit, Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, spe. p.271.
191R. Savatier, *La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain*, Paris, Sirey, 1973.

auprès d'un banquier escompteur qui verse immédiatement au tireur le montant de l'effet diminué d'une commission. La conséquence du mécanisme est tout aussi connue : le rapport cambiaire propre à la création de la traite se détache du rapport fondamental qui lui préexiste et cela grâce au règne de l'inopposabilité des exceptions. En effet, l'objectif du droit cambiaire est bien la démonstration constante de l'indépendance entre l'obligation fondamentale et l'obligation cambiaire mais comme le souligne Monsieur Boujeka, « *cet ordonnancement juridique subit parfois la perturbation des rapports complexes du mécanisme cambiaire de l'acceptation avec l'obligation fondamentale de provision*[192] » . A propos d'un sauvetage d'une traite irrégulière par le truchement de factures venant accréditer la thèse de l'existence d'un rapport fondamental, il peut notamment être évoqué un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 16 janvier 2001[193]. Dans cette affaire, la Cour de cassation devait répondre à la question de savoir si le porteur d'une lettre de change, empêché d'user de la prérogative cambiaire de l'acceptation en raison d'une fausse signature affectant celle-ci, pouvait néanmoins obtenir le paiement de la traite sur le fondement du rapport fondamental en prouvant que la provision existait à l'échéance à son profit. A cette question, la Cour de cassation répond par la positive. Elle décide en effet que le paiement a pu être réclamé « *non sur l'engagement cambiaire de M.X.., mais sur le rapport d'obligation fondamental, ayant préexisté à la création des effets* ». Par ailleurs, la preuve de l'existence de la provision a été rapportée comme le précise la Cour de cassation, « *au moyen des bons de commande, des factures, des chèques d'acomptes et des traites elles-mêmes* ». En effet, si le porteur recouvre sa créance en l'espèce, ce n'est non pas sur un fondement cambiaire dont l'acceptation est viciée, paralysant ainsi son dynamisme et sa vigueur, mais sur celui du rapport fondamental qui a préexisté à la création des effets et dont la preuve est notamment rapportée par la production des factures. Le rapport fondamental doit être compris comme la trace du lien contractuel et le raisonnement de la Cour de cassation contient un élément temporel qu'il convient de relever. Le rapport fondamental préexiste à la création de la lettre de change. Cette définition primaire tient

192 A. Boujeka, « Effets à l'égard du tiré d'une lettre de change comportant une fausse signature d'acceptation », D. 2002, p. 2113.

193Com. 16 janv.2001, n° 97-18.752

lieu de motivation sous-jacente à la Cour de cassation qui revient à travers le prisme de cette solution sur le mécanisme légitimant la création d'une traite. Pour qu'une lettre de change puisse être tirée, il faut que celle-ci soit précédée, à moins de consacrer la traite de complaisance, d'un rapport fondamental, d'une obligation portant sur une somme d'argent liant le tireur au tiré. C'est ce rapport fondamental, rapporté notamment par les factures, qui sauve la traite ici et qui permet au porteur d'obtenir le paiement car la lettre de change était tout à fait causée. Cette solution est intéressante au titre du rappel opéré par la Cour de cassation du mécanisme même de la lettre de change dont le tirage dépend de la facture adressée au débiteur. Le rapport fondamental que les parties à la lettre de change prennent le plus souvent soin de verrouiller, notamment grâce au mécanisme de la solidarité commerciale et de l'inopposabilité des exceptions, refait surface et, de plus, dans l'intérêt du porteur, preuve encore une fois que l'indépendance des rapports cambiaires et fondamentaux n'est pas sans limites. C'est sans doute ce qu'il faut mettre en exergue en ce que la solution est salvatrice du bon sens : la prétendue fausse acceptation du tiré n'affecte pas la validité de la traite toute entière et encore moins la validité de la naissance d'une dette antérieure à la lettre de change et qui a justement permis sa création.

On ne s'étonnera donc pas de voir d'autres décisions statuer dans le même sens et faire de la facture le pivot de la détection du rapport fondamental. Il en est ainsi dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 13 juin 2006[194] ou encore dans une décision du 12 mai 1987[195].

77. *La facture, moteur d'accélération d'une qualification juridique : Exploitation en commun et apparence d'une société créée de fait*[196]**.** Si à la lecture de l'article 1832 du code civil, il apparaît que la preuve de l'existence d'une société par un associé suppose la réunion de trois éléments cumulatifs tels que l'existence d'apports, l'intention des parties de s'associer et la vocation des parties à participer aux bénéficies et aux pertes, il n'en est rien quant à la preuve de l'apparence d'une société créée de fait que le tiers pourrait

194Com. 13 juin 2006, n° 05-16251.
195Com. 12 mai 1987, n° 86-11136.
196Sur l'ensemble de la question , V. M. de Gaudemaris « Théorie de l'apparence et sociétés », Rev. Soc. 1991, p. 465.

rapporter. Désignant « *la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société*[197] » , la preuve d'une telle société n'est pas la même selon que sa charge pèse sur l'un des associés désireux d'obtenir un partage de sa dette avec les autres associés conformément à la lettre de l'article 1832 du code civil ou sur un tiers, dont l'intérêt à l'action repose aussi sur la solidarité commerciale afin d'augmenter ses chances d'être payé[198]. La jurisprudence fait d'ailleurs le départ entre ces deux hypothèses de manière certaine lorsqu'elle affirme que « *si l'existence d'une société de fait exige la réunion des trois éléments constitutifs de toute société, l'apparence d'une société de fait s'apprécie globalement, indépendamment de l'existence apparente de chacun de ses éléments*[199] » et la doctrine de conclure aussi clairement que « *L'apparence d'une société créée de fait peut donc être caractérisée, alors que le demandeur n'a perçu aucune apparence d'apports, de partage de bénéfices ou de contribution aux dettes. Une simple apparence d'activité commune peut suffire, quand les circonstances renforcent la croyance en l'existence de la conclusion implicite d'un contrat de société*[200] ».

Le rôle des factures dans la preuve de l'existence d'une telle société dépend alors de la qualité du demandeur. Si elles seront évidemment insuffisantes à caractériser le triptyque qualificatif d'une société créée de fait lorsqu'il s'agit du demandeur désireux d'établir une reconnaissance *a posteriori* d'un statut d'associé[201], elles pourront tout à fait manifester, de manière plus ou moins directe, l'apparence d'une société créée de fait, suffisante lorsqu'un tiers en fait la demande.

La distorsion du poids dans la charge de la preuve s'explique sans doute par la position du tiers qui, extérieur à la société, aurait bien du mal à prouver de manière plus précise l'existence d'une société à l'endroit même où les associés n'avaient pas forcément

197G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial, t. 1*, Paris, LGDJ, 1977, spe. n° 725 ; F-X Lucas, « La société dite « créée de fait » *in* Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels de droit des affaires, Dalloz 2003, p. 737 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 28me édition, 2015, spe. p. 676 et s. : « le comportement des personnes en présence est celui de véritables associés , même s'ils n'en ont pas pleinement conscience ».

198Com. 12 févr. 1980, Bull. civ. IV, n° 74, p. 58.

199Civ. 13 nov. 1980, D. 1981, p. 541, note J. Calais-Auloy ; Com 29 mars 1994, Bull. Joly 1994, p.665, note J. Vallansan ;Civ. 2ème, 22 mai 2008, JCP E 2008, pan. 1875, Rev. Soc. 2008, p. 630, note J-F. Barbièri, Bull. Joly 2008, p. 866, note B. Dondero.

200M. de Gaudemaris « Théorie de l'apparence et sociétés », article précité, spe. §55.

201La jurisprudence s'avère alors exigeante sur la réunion des trois conditions. V. notamment Civ. 3 déc.2008, JCP G 2009, I, p.140, obs. M. Storck et plus récemment Com. 12 mai 2015, n°14-13.229.

conscience, de l'intérieur, d'agir comme tels. Il s'agit là d' « *un équilibre (..) établi qui correspond à la fonction organisatrice du droit*[202] ».

78. *La preuve par le contenu intrinsèque de la facture*. En effet, dans un arrêt relativement ancien, le fait de faire figurer plusieurs noms imprimés dans les traites ou sur les factures a été constitutif d'une preuve de cette exploitation[203]. Mais la jurisprudence semble briller par son intemporalité. Ainsi, la Cour de cassation a pu décider, dans un arrêt du 12 juin 1972 rendu par la chambre commerciale,[204]qu'une cour d'appel a justement décelé l'existence d'une société créée de fait en raison de la correspondance, des factures, ainsi que des effets de commerce.

Aussi, dans une décision du 11 décembre 1990, l'apparence d'une société de fait a été découverte à l'aune de lettres et factures libellées au nom de deux personnes agissant de concert aux yeux du tiers. La Cour ne laisse aucun doute lorsqu'elle affirme « *qu'après avoir d'abord, analysé la teneur de plusieurs lettres, à l'en-tête de "Marjorie X...", signées de M. C... et faisant état des relations professionnelles existant entre celui-ci et M. A..., ensuite, constaté que certaines factures étaient libellées au nom de "Michel B... Marjorie X...", la cour d'appel a estimé que de ces documents résultait l'apparence, vis-à-vis des tiers auxquels ils étaient destinés, d'une société de fait entre M. C..., "Marjorie X..." et M. A...*[205] ». La même logique demeure lorsqu'une entreprise avait adressé à sa cliente des devis ainsi que des quittances signées indifféremment par deux personnes qui semblaient ainsi intervenir sur un pied d'égalité. Les juges du fond avaient donc considéré que l'apparence « *avait créé à l'égard de la cliente l'apparence qu'il avait traité pour le compte d'une société dont il était l'associé* », ce que la Cour de cassation approuve sans réserve[206]. La valeur informationnelle de la facture est ici renforcée par la qualité du demandeur à l'action. En tant que tiers, ce dernier peut être victime d'une apparence qui

202C. Champaud et D. Danet, « Société de fait. Apparence à l'égard du tiers contractant », RTDcom 1995, p. 426.

203Req. 15 janv. 1923, S. 1924, 1, p. 12 et déjà sur le fondement de l'apparence d'autres documents commerciaux et dans même sens, V. Nancy, 25 avr. 1853, DP 1855, 2, p. 349 ; T. com. Seine, 11 juill. 1899, Journ. Trib. 1900, p. 116 ; Civ. 3 avr. 1895, DP 1895, 1, p. 443.
Aussi bien que des factures émises sur plusieurs mois peuvent permettre d'établir l'antériorité de l'usage d'un nom commercial, V. Com. 29 juin 1993, n° 91-16752.

204Com. 12 juin 1972, n° 71-10757.

205Com. 11 déc. 1990, n° 89-14713.

206Com. 15 nov. 1994, Bull. civ. IV, n° 332, Defrénois 1995, p. 679, obs. J. Honorat ; Dr. Soc. 1995, comm. n° 23, note Th. Bonneau.

peut résulter des informations qui lui ont été transmises. Peu importe alors le caractère unilatéral du document. Sa fonction n'est plus celle d'un titre visant à établir l'existence d'une situation juridique. Bien au contraire, il est ici perçu comme un simple document à caractère informationnel transmis au tiers. Il participe alors pleinement de la reconstitution d'une apparence. Plus que sa valeur juridique, c'est sa simple existence matérielle qui permet au document d'assumer cette fonction probatoire. La facture perd alors de son caractère unitaire au plan probatoire, et cela déjà dans sa fonction la plus classique. Alors qu'elle n'est habituellement présentée que comme un titre imparfait à démontrer l'existence d'un acte juridique, elle peut tout à fait participer à la démonstration d'une apparence, son caractère unilatéral y étant alors indifférent.

Au nom d'un pragmatisme cher au droit des affaires, les juges du fond ne se contentent pas d'apprécier le contenu de la facture mais vont plus loin en appréciant, à charge pour le demandeur d'en apporter la preuve, le comportement de celui qui « risque » d'être rattrapé par sa qualité d'associé de fait, face au document. Accepter d'en être le destinataire ou pire, régler la facture, pourraient bien être autant d'aveux de sa qualité d'associé en vertu cette fois-ci d'une preuve extrinsèque au document.

79. *Spécificités des groupes de sociétés*. Nous mentionnerons d'abord une solution rendue dans le contexte particulier des groupes de sociétés[207]. Il y était question à nouveau en phase pré-contentieuse de l'attitude d'une société mère qui lors de la réception de factures par sa filiale avait pris part aux négociations, faisant alors croire au tiers qu'elle était le débiteur de la facture. Le créancier impayé a alors adressé ses factures à la société holding qui contrôlait la filiale débitrice. Fort logiquement, pour dénier toute obligation envers le cocontractant de sa filiale, la société mère a tenté de donner plein effet au principe d'autonomie de la personnalité morale. Mais la Cour de cassation ne l'entend point ainsi puisqu'elle prononce au sujet de la société mère que s'il est vrai qu'elle ne s'est « *pas immiscée dans la conclusion et l'exécution du contrat jusqu'à la mise en demeure délivrée par la société Devicelock, elle est intervenue en revanche au*

207Com. 3 fév. 2015, RTDciv. 2015, « D'une personne morale à l'autre : transmission des dettes *via* l'entreprise sous-jacente », p. 388, note H. Barbier ; déjà , dans le même sens V. Civ. 3 mai 1995, RDI 1995, p. 554, obs. Ph. Malinvaud ; RTDciv. 1996, p. 155, obs. J. Mestre.

stade précontentieux, lorsque le créancier s'apprêtait à saisir la juridiction en paiement de la créance, à plusieurs reprises, pour discuter le montant de l'obligation, en proposant notamment un montant moindre tiré de remises consenties à l'occasion de commandes précédentes, et tenter d'obtenir un arrangement amiable, laissant ainsi croire à la société Devicelock, à un moment où la société Copernet (filiale) avait encore des actifs, qu'elle se substituait à cette dernière dans l'exécution du contrat ; que de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que l'immixtion de la société mère avait été de nature à créer une apparence propre à faire croire à la société Devicelock qu'elle se substituait à sa filiale ».

Dans le contexte particulier du groupe de sociétés, c'est encore le comportement à réception des factures par la filiale qui a été décisif pour la Cour de cassation. L'attitude entreprenante de la société mère a généré une croyance légitime, non pour le tiers, mais pour le créancier qui a pu y trouver, tout simplement, un nouveau débiteur.

80. *Acceptation de la réception des factures et conséquence.* Dans une décision du 11 juillet 1988[208], le fait pour un conseil juridique d'accepter la réception des factures pour le compte de l'un de ses clients, tout en garantissant le paiement de dettes de ce dernier, a aussi suffi pour caractériser une apparence de société créée de fait parce qu'existait une apparence de qualité d'associé. De manière encore plus nette, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu décider que « *le comportement univoque de M. Y... pendant la période au cours de laquelle il a effectué des apports de fonds au bénéfice de la société, réglé des factures*[209]*, fait l'avance de frais, traité directement l'achat de marchandises et disposé d'une carte bancaire à son nom délivrée à la société CCC et de cartes de visite où il apparaissait avec l'en-tête de la société sous la dénomination « sales manager »(...)*[210] » démontrait que loin d'agir comme un simple prêteur de fonds, il agissait comme un véritable associé.

208A. Viandier et J.-J. Caussain, JCP E1989, II, 15415.
209Nous soulignons.
210 Com. 24 sept. 2003, D. 2004, p. 1305.

81. *L'importance du comportement.* Participant certainement d'une « objectivisation de l'*affectio societatis* »[211], les diverses décisions rendues témoignent évidemment davantage d'un ensemble de pratiques répétées plutôt que de manifestations non équivoques de volonté. Il n'est pas étonnant de relever que la dernière décision commentée fait justement état d' un « comportement équivoque » de la part de l'associé de fait. L'identification d'un « comportement » n'est pas anodin là où le contrat de société nécessite normalement l'identification d'une volonté. Le tiers lui n'est pas dans une position « normale » vis à vis de la société qui elle-même s'ignore ou du moins feint de s'ignorer. Il ne peut qu'en fustiger le comportement, c'est-à-dire ce qui se révèle à sa perception raisonnable puisque il demeure toujours extérieur à celle-ci. Le règlement des factures, élément décisif parmi d'autres, fait parti de cet ensemble comportemental entretenu par celui qui se prétendait simplement prêteur et que le contentieux nove ici en associé. Ce même « comportement » fait état de la spécificité de la preuve en matière d'apparence de société de fait. Ce doit être le point de départ du raisonnement des magistrats et de manière formelle, ce même comportement constitue la porte d'entrée du raisonnement retranscrit par la Cour de cassation au sein de sa décision.

82. *Caractérisation du comportement*. Le détail du comportement est par ailleurs particulièrement motivé à l'heure où l'on reproche souvent à la Cour de cassation de rendre des décisions lacunaires. Nous ne pouvons que souscrire à une telle motivation qui démontre que si l'apparence réduit considérablement les difficultés probatoires du tiers désireux d'établir l'existence d'une société de fait, l'élément matériel ne doit pas pour autant être occulté. Les conséquences financières attachées à l'identification d'une société créée de fait peuvent s'avérer dévastatrices[212] pour les associés reconnus comme tels *a posteriori*. Il ne faudrait pas créer l'illusion pour les justiciables d'une automaticité entre une quelconque apparence et la qualification de société créée de fait. La mauvaise foi des tiers serait alors diluée dans une jurisprudence trop clémente à leur égard, tandis que les défendeurs n'auraient plus aucune chance de démontrer qu'il demeure utile de ne pas se

211G. Kessler, « L'objectivisation de l'*affectio societatis* », D. 2004, p.1305.
212F. Dekeuwer-Défossez, « Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait », D. 1982, chron. 84.

fier à toute apparence. Et cela d'autant plus que de jurisprudence constante, l'article 1353 du code civil ne s'oppose pas à ce que les juges forment leur conviction sur un fait unique si celui-ci leur paraît de nature à établir la preuve nécessaire[213]. Ce fait unique, souvent constitué par la méthode du faisceau d'indices, se devra d'être pertinent pour emporter la conviction du juge, à la recherche d'une probabilité raisonnable quant à la fiabilité de l'apparence. En revanche, il serait excessif de conclure à la vigueur hégémonique de l'apparence des factures pour démonter l'exploitation commune, entre époux notamment[214]. Une décision illustre bien la distinction entre ce qui relève de la simple aide entre époux et ce qui relève d'actes de commerce à titre de profession habituelle[215]. En effet, la Cour de cassation n'hésite pas à censurer le raisonnement des juges du fond qui condamnent une femme mariée à payer, solidairement avec son mari, le montant de factures relatives à l'exploitation d'un fonds de commerce inscrit au registre du commerce au nom du mari, en énonçant qu'elle avait sa résidence familiale à la même adresse que le fonds de commerce et qu'elle participait à l'exploitation de celui-ci et à sa gestion, tout au moins apparemment aux yeux des tiers et des créanciers, tolérant la réception des factures à son nom, sans avoir recherché si elle faisait des actes de commerce à titre de profession habituelle et non comme simple aide de son mari sous la dépendance de celui-ci. L'arrêt y était alors rendu au visa de l'article 4 ancien code de commerce qui disposait alors que « *Le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux* ».

83. ***Conclusion de la section.*** Souvent confortée par d'autres éléments, la facture tient néanmoins une place non négligeable au sein du contentieux. Et s'il fallait selon nous identifier cette tendance, on ne peut guère s'en étonner. Là où la facture semble impuissante à caractériser l'existence « véritable » du lien de droit en raison de son unilatéralité, elle peut bien tout au contraire participer de manière assez franche à l'avènement d'une situation juridique apparente et « obligeante » comme la société de

213Civ. 3ème, 28 nov 1987, Bull. civ. III, n°636 ; Civ. 5 fév. 1991, D. 1991, p. 456, note J. Massip.
214B. Maubru, « Les sociétés créées de fait entre époux » *in* Mélanges offerts à Jean Derruppe, Les activités et les biens de l'entreprise, GLN Joly et Litec, 1991, p.275.
215 Com. 18 déc. 1984, n° 83-14961.

fait pour ceux qui y prennent part, justement parce qu'elle n'est qu'extériorisation et qu'elle contient des informations et prétentions elles-mêmes génératrices d'une apparence à laquelle il n'est nullement demandé d'être confirmée par une réalité sous-jacente. En renforçant l'apparence à laquelle le tiers a pu se fier, le document crée un épaississement venant rendre la croyance du tiers encore plus crédible. En tant que force de propulsion d'une apparence économique, la facture devient un moteur d'accélération d'une qualification juridique.

84. Entendue ainsi, la facture semble bénéficier des atouts de sa valeur informationnelle et participe de l'établissement indirect d'une situation juridique, basée sur l'apparence. Néanmoins, ce rôle reste assez marginal. Classiquement, c'est en tant qu'acte juridique qu'elle est invoquée, par le créancier désireux de démontrer l'existence d'un lien contractuel source d'une obligation au paiement pour le débiteur. L'interrogation est alors toute autre : il s'agit d'établir non plus une apparence, mais la réalité de l'existence d'un acte juridique. La place que le droit de la preuve réserve au document est alors diamétralement opposée à ce que nous avons observé. Son unilatéralité fonde son impuissance et sa partialité, autant d'éléments qui conduisent le document à subir les foudres de l'adage selon lequel nul ne peut se constituer une preuve à soi-même.
(Section 2).

Section 2. De la source de stérilité : l'adage « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » dans le contentieux relatif à la preuve par facture.

85. *Principe*. L'adage semble être le reflet d'un autre principe général selon lequel « nul n'a le droit de se faire justice à soi-même ». La jurisprudence y semble particulièrement attachée[216] car admettre une preuve que l'une des parties s'est constituée serait une manière de condamner l'autre de manière irrémédiable. Mais la lecture de l'article 1322 du code civil relative à la validité des actes sous seing privé donne une explication plus rationnelle à l'impossibilité de se constituer une preuve à soi-même. L'article susmentionné dispose qu'un tel acte n'a force probante contre celui à qui on l'oppose que si ce dernier l'a « reconnu », ce qu'il fait en le signant. La signature de chaque partie est indispensable à la validité de ce type d'acte. Le document émanant d'un seul plaideur ne peut pas être une preuve contre l'autre. L'adage selon lequel « nul ne peut se constituer une preuve à soi-même »[217] est donc consubstantiel à la philosophie de la jurisprudence en la matière.

86. *Application au cas des factures.* En matière de factures, le principe légitime notamment les solutions au sein desquelles la Cour de cassation rappelle que la preuve du montant[218] ou du paiement[219] d'une créance ne peut résulter des seules factures. En l'absence d'autres éléments, la facture avoue ici sa faiblesse à prouver l'existence du lien contractuel[220]. A l'opposé, Il est d'ores et déjà incontestable qu'une facture équivaudra dans un litige à un acte sous seing privé lorsqu'elle aura été acquittée ou signée[221]. Ces

216Com. 17 juin 1997, RTDciv. 1998, p. 154, obs. P. Crocq ; JCP E 1997 ,II, 1007, note D. Legeais ; Civ, 21 juin 2005, n° 02-19.446 ; Civ. 2ème, 3 juill. 2008, n°07-16693 ; Com. 11 avr. 1995, D. 1995, p. 588, note y. Picod ; RTDciv. 1996, p. 172, obs. J. Mestre.

217Sur l'ensemble de la question, V. C. Mouly-Guillemaud, « La sentence "nul ne peut se constituer de preuve à soi-même" ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », RTDciv. 2007, p. 253.

218Civ. 24 sept. 2002, Bull. civ. I, n° 219.

219Civ. 3eme, 18 nov. 1997, préc.

220Com. 11 avr. 2012, n° 11-15.968 ; Com. 17 nov. 2009, n° 08-20957 et n° 08-20.958 ; Com. 20 mai 2008, n° 07-13556 précité ; Com., 8 novembre 2005, n° 03-14.898.

221 Com. 19 fév. 2008, n° 06-19.310 ; Com., 25 fév. 2003, n° 00-20956.

solutions sont cohérentes avec la conception traditionnelle de l'unilatéralisme. Le principe transcende ici la matière civile et commerciale. Il repose sur le postulat que l'unilatéralité du document est source de partialité et qu'il doit conduire à la plus grande prudence dans l'appréciation du document ou pire, à l'irrecevabilité de principe d'un tel moyen de preuve. Nous verrons que la dimension technique du document ne peut plus tolérer une telle acception de l'unilatéralisme et remet en cause la pertinence de l'adage évoqué.

87. *Atténuations de la conception simpliste du document : la pertinence du document préférée à son unilatéralité.* Il est pourtant certaines situations où la seule facture produite par le créancier a permis la preuve de la créance ou de son *quantum.* Ainsi, des factures confortées par des relevés de compte, bien qu'unilatéralement établis par la partie qui les allègue, parviennent à prouver l'existence d'une créance[222]. La chambre commerciale a censuré également une cour d'appel qui avait retenu qu'une société ne prouvait ni le montant ni le principe de sa créance, « *ne produisant que des documents unilatéraux, réclamation, tableau récapitulatif, "extraits de compte", qui n'ont aucune valeur probatoire, cette société n'étant pas un établissement de crédit* », sans expliquer en quoi ces extraits de compte ne pouvaient être admis comme moyen de preuve entre deux sociétés commerciales[223].

La recherche du vraisemblable et la répétition de factures émises par le créancier semblent bien avoir emporté la conviction des juges du fond, à l'endroit même où l'on aurait pu attendre que l'adage soit appliqué de manière rigide. La Cour de cassation se contente ici de relever que les éléments de fait ont été jugés pertinents par la cour d'appel, se contentant d'un contrôle extrêmement léger sur la situation d'espèce, cette dernière étant avant tout factuelle. Plus que cela, juge du droit, la Cour de cassation aurait pu sanctionner le raisonnement des juges du fond sur le fondement de l'adage étudié, mais cet élément semble indifférent dans la motivation retenue par la Cour de cassation, tandis qu'il est rendu un vif hommage à l'appréciation souveraine des juges du fond, sur les éléments de preuve qui lui sont fournis. La Cour de cassation semble exploiter en

222 Com. 29 avr. 1997, n° 94-19258, inédit.
223 Com. 6 sept. 2011, n° 10-21.909, et déjà en ce sens V. Com. 21 nov.2006, n° 05-15128.

filigrane l'esprit de la liberté de la preuve en matière commerciale. Contrairement au système de la preuve légale, les modes de preuves ne sont pas filtrés en amont par le législateur. La « réalité économique » justifie un recul des modes de preuves préconstitués au nom d'une flexibilité probatoire, justifiée elle-même par la recherche d'une vérité économique. C'est cette fois-ci en aval, grâce au filtre de la seule « pertinence[224] » que le magistrat décidera d'accorder *a posteriori* aux éléments de preuve qui lui sont soumis leur valeur probante.

88. *Le problème de la réception de l'adage : du titre à la preuve, le glissement rédactionnel.* Il est également classiquement rappelé que l'adage s'entend de manière restrictive au titre et non à la preuve. En effet, la vulgarisation de l'adage serait la trace alors de « glissements rédactionnels erronés[225] ». Comme le signale justement un auteur « *la Cour de cassation sanctionne la recevabilité des factures, lorsqu'elles sont invoquées par leurs auteurs, sur le fondement indistinctement formulé de la prohibition de la constitution unilatérale d'un titre ou d'une « preuve* »[226]». C'est alors confondre la recevabilité d'un moyen de preuve et sa force probante. Le titre prouve là où la preuve est laissée à l'appréciation des magistrats et ne tend qu'à démontrer l'existence d'un fait. Ce rappel semble pourtant avoir échappé à l'attention des juges de la Cour de cassation et pourrait expliquer que l'élargissement de l'adage procède avant tout d'une confusion.
Cette confusion a par la suite été nettement affirmée par un arrêt en date du 23 novembre 1972[227] et s'avère toujours d'actualité tels qu'en témoignent deux arrêts récents rendus respectivement par la deuxième chambre civile[228] et la première chambre civile[229] de la Cour de cassation.

89. *Positionnement.* De telles confusions sont regrettables. S'agissant de la recherche de la vérité, il est incontestable que la première justification de l'adage tient en ce qu'une

224Terme choisi dans l'arrêt précité.
225 Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, « La preuve », particulièrement le « Livre 3 : Etude – La preuve ».
226C. Mouly-Guillemaud, « La sentence "nul ne peut se constituer de preuve à soi-même" ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », article précité, §5.
227Soc. 23 nov. 1972, n° 71-12032.
228Civ. 2ème, 6 mars 2014, n° 13-14295.
229Civ. 3 juin 2015, n° 14-19825.

preuve élaborée par celui qui s'en prévaut ne peut que traduire un excès de partialité et une atteinte directe à la recherche de la vérité. De même, il est évident que la nature juridique du titre, qui suppose une bilatéralité, est antinomique de la facture et que conçu de manière restrictive, l'adage est parfaitement légitime.

Mais il en va autrement lorsque titre et preuve sont confondus, ne laissant alors aucune chance à l'unilatéralisme de prospérer en droit de la preuve. Une telle confusion dénote un choix de politique juridique et une certaine vision du droit de la preuve qui devrait, par mesure de sûreté, ne même pas examiner ce qui est produit par une seule partie au nom d'une méfiance saine et justifiée, en déclarant irrecevable une preuve élaborée par l'auteur de la prétention. Nous nous opposons fermement à cette vision hégémonique et bien réductrice des convictions qui pourraient être véhiculées par un document unilatéral. Un auteur résume excellemment ce parti pris pour la méfiance spontanée[230]. C'est aussi, selon nous, réduire la capacité du magistrat à forger sa conviction, en le privant *a priori* d'éléments qu'il filtrera de toute façon *a posteriori*[231], grâce à la boussole de la pertinence du document invoqué.

90. ***La comptabilité, source de preuve.*** La remise en cause de la compréhension élargie de l'adage provient également de ce que le document procède également de nombreuses contraintes entourant son élaboration. Il est acquis que l'article L123-12 alinéa 1er du code de commerce oblige le commerçant, personne physique ou morale, à la tenue d'une comptabilité. La partie réglementaire dudit code en précise les modalités en son article R123-173[232]. L'article L123-23 du code de commerce précise de manière

230C. Mouly-Guillemaud, « La sentence "nul ne peut se constituer de preuve à soi-même" ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », article précité, spe. §16 : « *La formule ne sert certainement pas la vérité. Concédons que la preuve alléguée par son propre auteur ne reflétera bien souvent qu'une présentation partiale des faits, alors impropre à transcrire la réalité. Cependant, le grief de partialité n'est que suspecté et non pas avéré, et parce que la sentence méconnaît cette nuance, parce que son principe tend à écarter le projet de preuve sur cette seule suspicion, elle exagère et force la méfiance que suscite un tel projet. Car, à l'inverse, ne peut-on estimer, comme le suggère le professeur Lagarde, que la simple allégation d'un plaideur contient inexorablement une part de vérité et que l'action en justice qu'il entreprend afin de la voir entérinée atteste de sa crédibilité ? Ainsi, parce que deux perceptions de la preuve unilatéralement constituée sont possibles, son exclusion de principe ne présente pas le caractère de fatalité et d'évidence que la sentence tend à lui octroyer. Elle n'est qu'une option, celle de la méfiance, au détriment du pragmatisme que traduit l'autre alternative. Ce faisant, elle présume irréfragablement le plaideur de mauvaise foi. Plus encore, elle prive le juge de la possibilité d'apprécier une prétention pourtant susceptible d'établir la réalité de certains faits. Ce n'est pas là servir la vérité* ».

231J. Mestre, « A propos de la règle selon laquelle nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », RTDciv. 1997, p. 136.

232Art. R123-173 C. com. : « *Tout commerçant tient obligatoirement un livre-journal, un grand livre et un livre d'inventaire. Le livre-journal et le livre d'inventaire peuvent, à la demande du commerçant, être cotés et paraphés, dans la forme ordinaire et sans frais, par le greffier du tribunal dans le ressort duquel le commerçant est*

heureuse que les livres de commerce font preuve entre commerçants[233] à condition que la tenue de la comptabilité soit régulière[234], c'est-à-dire que celle-ci doit être conforme à l'ensemble des règles définies par le droit comptable, le principe de régularité coexistant à côté de ceux de sincérité et de fidélité. La place accordée à la facture au sein du principe de liberté de la preuve ne peut être pleinement comprise sans un détour par le sort tout particulier qui est réservé à la comptabilité et cela pour trois raisons au moins.

91. *La proposition du rétablissement d'un équilibre.* D'abord, la facture apparaît bien souvent comme une émanation de la comptabilité du commerçant[235]. Enfin et surtout, nous souhaiterions réfléchir à une analogie qui peut être faite entre les deux notions tant les contraintes qui pèsent sur elles sont identiques même si elles n'ont pas la même finalité. Il est indubitable que les contraintes qui pèsent sur la comptabilité du commerçant doivent également peser de manière positive sur sa destinée probatoire. Il est à notre avis à souhaiter que les contraintes légales en matière de facturation ainsi que la sûreté de son élaboration, notamment par voie électronique, soient prise en compte, quand bien même elles seraient produites par son auteur. Il s'agit là d'une juste contrepartie et répartition entre les charges obligatoires et la respiration du lien contractuel. Souvent étouffé par les contraintes obligatoires et inintelligibles, le lien contractuel doit pouvoir selon nous retrouver vigueur grâce à ces mêmes contraintes. Parce qu'elles ont pesé sur le commerçant de manière négative, elles doivent être légitimes à une utilisation ensuite positive, afin de simplifier la preuve du lien contractuel et partant d'une créance. Nous critiquerons alors vivement l'élargissement de l'adage, dans sa teneur et dans sa compréhension, selon lequel « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » car si la contrepartie entre obligation légale et impact probatoire est plus ou moins garantie en ce qui concerne la comptabilité, la même sûreté n'est encore que trop partielle en ce qui concerne les factures.

---

immatriculé ».

233Com. 21 nov. 2006, n° 05-15.128, inédit.

234Com. 27 avr. 1993, n° 91-16.223, CCC 1993. Comm. 147 ; Com.18 févr. 1992, n° 89-10.673 , Bull. civ. IV, n° 77.

235F. Dekeuwer-Defossez, *Droit commercial*, ouvrage précité, spe. p.244.

92. *Caractère obligatoire de la facture, obligation d'archivage et pertinence de l'adage.*
L'accélération technique subie par le document contraste pourtant anormalement avec une conception de la sentence trop rigide qui empêcherait la facture de se voir reconnaître une quelconque force probante. L'article L441-3 du code de commerce est d'ordre public. La facture est donc pour les professionnels un document obligatoire.
Or, la jurisprudence s'est déjà prononcée sur la force probante d'un document obligatoire dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 18 décembre 2001[236] estimant nettement que « *le registre des associés de la coopérative, prévu par l'article R522-2, alinéa 3, du code rural, soumis aux autorités administratives de contrôle, constitue en tant que document obligatoire, un élément de preuve que le juge ne peut par principe écarter des débats* ». La motivation de cette solution rassure : le caractère obligatoire du document devrait normalement interdire son irrecevabilité de principe comme mode de preuve, bien qu'il soit unilatéral. Il est alors justement évoqué la source du caractère obligatoire du document pour établir une corrélation entre exigence légale et « élément de preuve », pour ne citer ici que la décision.
Le raisonnement nous paraît en tout point transposable à l'hypothèse des factures, quand bien même cette solution illustrerait la particularité de la nature juridique du lien coopératif. Le rapport entre la nature obligatoire de la facture et sa nécessaire caractéristique d'élément de preuve n'a pourtant pas, à notre connaissance, fait l'objet d'une décision aussi claire que celle rendue à propos du registre coopératif. Néanmoins, tout autorise à y songer. Car si la facture entre professionnels, prévue par l'article L441-3 du code de commerce, soumise aux autorités administratives de contrôle, est indéniablement un « document obligatoire », il serait alors incompréhensible qu'un syllogisme de bon sens n'en fasse pas également « un élément de preuve, que le juge ne peut par principe écarter des débats ».
Tout comme au sein de la décision précitée, l'argument selon lequel le registre ne saurait être retenu comme moyen de preuve car il émane de la coopérative elle-même, il ne devrait pas plus emporter la conviction des magistrats à propos des factures entendues

236B. Saintourens « Nature, preuve et rupture du lien coopératif : positions récentes de la Cour de cassation », Rev . soc. 2002, p. 308.

dans leur dimension obligatoire. En effet, l'argument ne persuade pas par l'entendement parcellaire qu'il recèle à propos de l'unilatéralisme. Tout comme le registre en matière coopérative, la facture n'est pas constituée par le plaideur uniquement dans une perspective probatoire justement parce qu'elle est obligatoire. Sa production ainsi que sa méthode d'élaboration résultent avant tout d'une prescription légale, pénalement sanctionnée, et non plus d'une initiative visant justement à « se constituer une preuve à soi-même ». La sentence perd alors selon nous en grande partie sa légitimité dans l'intention qui a présidé à l'élaboration du document ; la facture est élaborée unilatéralement mais au nom d'une mise en conformité avec la loi. C'est donc la prescription légale qui génère la production du document. Comment, dès lors, soutenir que le document n'est pas avant tout conçu à travers le prisme de la contrainte pénale plutôt que pour se constituer une preuve ? Le changement de paradigme est à ce point flagrant que, en outre, le texte de l'article L441-3 du code de commerce commande aux parties de conserver le document[237]. Cette obligation d'archivage, bien que commandée par un objectif de transparence tarifaire, ne peut pas ne pas avoir de retentissement sur l'appréhension du document par le juge en charge d'en apprécier la force probante. La systématique de l'enregistrement donne d'ailleurs à relire Pothier pour qui les « papiers cueillerets », sorte de registres tenus par les seigneurs, pouvaient déjà constituer des « semi-preuves » lorsqu'ils étaient « anciens et uniformes »[238].

Or, l'article L441-3 du code de commerce véhicule à la fois une recherche d'ancienneté par l'obligation de conservation et d'uniformité par l'appel au respect de mentions obligatoires devant impérativement apparaître sur la facture.

93. Conclusion de la section et du chapitre. La destinée probatoire de la facture ne peut plus être balayée au prétexte de son unilatéralité. Son caractère avant tout obligatoire et contraignant doivent mener à une forte relativisation de sa méthode de conception, unilatérale mais devant respecter des prescriptions imposées verticalement. Nous aurons l'occasion de démontrer que la pertinence de l'adage se comprend encore moins à la

237Art. L441-3 al. 2 C. com : « […] *Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire* ».
238R-J. Pothier et M. Dupin, *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit frąncais*, Vol. 2, 1835, spe. n° 752.

lumière des supports automatisés pouvant générer des factures ou encore à l'aune du document sous sa forme électronique. Cette méfiance à l'égard de l'unilatéralisme se conçoit également par le truchement du droit pénal, qui a dû spécifiquement appréhender le phénomène des fausses factures, en adaptant au besoin sa conception traditionnelle du mensonge. Véhicule de l'apparence, la facture peut tout autant la générer de manière frauduleuse, en se faisant caution d'un lien contractuel illusoire (chapitre 2).

Chapitre 2.

De la facture et du faux : une propension naturelle à la représentation fictive du lien contractuel.

94. *La fausse facture ou le trompe l'oeil des Cygnes de Dali*. Le point d'interrogation formée par le cou des cygnes trouverait ici une première source de légitimation. Les signes présents sur la facture représentent-ils réellement une opération juridique passée ou ne sont-ils que la trace d'un mirage économique ? La fausse facture résulte d'une utilisation malhonnête d'un processus courant visant à établir une croyance trompeuse en l'existence d'une créance véritable. Elle est un habit frauduleux visant à masquer la nudité d'un rapport juridique et à permettre la réalisation de ses effets à très court terme, en matière d'octroi de crédit par exemple. Contrairement à la première hypothèse visée au sein du chapitre précédent selon laquelle la facture parvenait potentiellement, malgré ses faiblesses constitutives et dans certaines conditions, à établir la réalité d'une figure contractuelle passée, la proposition d'une fausse facture tend justement à profiter de cette faiblesse unilatérale pour en faire la principale force de la fraude.

C'est un choix, chargé d'histoire comme nous avons souhaité le préciser, d'avoir établi que la facture a notamment pour fonction de représenter une opération économique et plus particulièrement, un lien juridique. Son travestissement astucieux n'en est alors que la conséquence face à laquelle le droit pénal lutte de manière délicate (Section 2). Plus que

cela, cette représentation fictive du lien de droit par le truchement des fausses factures est même encouragé par des facteurs qui engendrent selon nous mécaniquement le déversement de cette pollution juridique naturelle (Section 1).

Section 1 : De la fausse facture, pollution juridique naturelle.

95. *Approche retenue*. La facture est une fin et un moyen. Fin d'une relation contractuelle, elle est un moyen d'en inaugurer une autre avec un tiers dispensateur de crédit. Elle est alors un « outil-support » de crédit. L'outil symbolisé par la facture n'est normalement que la conséquence ultime de l'acte de commerce (§1) mais les besoins en matière de circulation du crédit, sous-tendus par des valeurs de confiance et d'apparence, engendrent *de facto* une pollution juridique par une prolifération d'outils défectueux et mensongers (§2).

§1. De la fausse facture entendue comme l'inexistence d'une cause générant la production du document.

96. *Historique, une pollution datée.* En son livre III, « Des crimes, des délits et de leur punition» ainsi qu'à l'issue du titre premier intitulé « Crimes et délits contre la chose publique », l'ancien code pénal prévoyait par ses articles 145 à 152 au sein d'un chapitre 3 nommé déjà « crimes et délits contre la paix publique », de punir par des procédés

spécifiques celui qui s'était rendu coupable d'un faux. Aussi, jusqu'à l'ordonnance n° 58-1298 du 23 décembre 1958[239], le faux, même commis dans les écritures privées, était un crime. Si Jousse définissait le faux comme « *toute action faite pour détruire, altérer ou obscurcir la vérité au préjudice de quelqu'un, et dans le dessein de le tromper* »[240], le droit français a tardé à se monter précis sur la notion de faux, sans doute influencé par le droit romain pour qui tout faux faisait l'objet d'une seule et même incrimination par la *lex cornelia de falsis*[241].

97. *Droit positif : l'article 441-1 du code pénal*. Se situant toujours parmi les atteintes à la confiance publique, la place de l'incrimination du faux n'a pas été bousculée. S'inspirant d'une thèse éminente sur le sujet[242], les rédacteurs du nouveau code pénal définissent le faux comme « *toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* ».

98. *Éléments constitutifs*. Classiquement, un élément matériel et un élément intentionnel doivent être réunis à la caractérisation de l'infraction. L'élément intentionnel résulte d'une appréciation souveraine des juges du fond[243] tandis que l'élément matériel consiste en l'usage d'un support matériel ou non[244] devant traduire une altération de la vérité causant *in fine* un préjudice. Il est à noter que ce dernier n'a pas à être effectif puisque cette altération doit être, aux termes de l'article 441-1 du code pénal, « *de nature à causer un préjudice* », éléments appréciés à travers le prisme de la fausse facture, le point d'achoppement principal résidant dans la valeur du support. La peine de principe

239Ordonnance n°58-1298 du 23 décembre 1958 modifiant notamment certains articles du code pénal, JORF du 24 décembre 1958.

240D. Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, t. III, ed. Debure père, 1771, p. 341.

241V. Malabat, Rép. Dr. Pén., Dalloz, V° « Le faux », n°1.

242H. Donnedieu De Vabres, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943.

243 Crim. 23 nov. 1995, Bull. crim. N°357.

244 Ainsi, la Cour de cassation considère qu'un ordre de virement peut être un faux. En ce sens, V. Crim. 16 oct. 2013, AJPén. 2014, p.183, note J. Lasserre-Capdeville.

encourue par une personne coupable de faux et d'usage de faux est, selon ce même article, puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Le code pénal prévoit cependant d'autres peines dans certaines hypothèses. Ces différents cas sont prévus aux articles 441-2 à 441-8 du code pénal[245].

99. *Fausse facture.* Si la facture est un lieu d'apparences, elle l'est également pour le pire en ce qu'elle permet avec une aisance certaine la falsification d'un passé contractuel. Véritable fabrication d'une illusion, la retranscription purement artificielle de volontés qui ne sont en réalité jamais rencontrées si ce n'est au moment, peut-être, de l'établissement de la falsification, font alors visiter les aspects les plus sombres de la liberté de la preuve à travers le prisme de la facture non causée[246]. La petitesse du document montre alors ses premiers effets néfastes, ce « mal absolu » que nous évoquions pour démontrer l'intérêt de l'étude. La faiblesse du document a fait naturellement sa force. Puisqu'il est unilatéral, il peut être falsifié, expliquant ainsi les précautions légitimes entourant la prise en compte du document mais également le maintien du document dans sa faiblesse originelle. Traditionnellement, l'étude des factures de complaisance, nous fait entrevoir immédiatement les ressorts du droit pénal[247] et sa capacité à « capter » les flux de fausses factures et à les endiguer.

245A titre d'exemple, citons l'article 441-2 du code pénal qui dispose que « *Le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. L'usage du faux mentionné à l'alinéa précédent est puni des mêmes peines. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis : 1° Soit par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ; 2° Soit de manière habituelle ; 3° Soit dans le dessein de faciliter la commission d'un crime ou de procurer l'impunité à son auteur* », ou encore l'article 441-4 aux termes duquel « *Le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. L'usage du faux mentionné à l'alinéa qui précède est puni des mêmes peines. Les peines sont portées à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 euros d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission* ».

246En ce sens, Monsieur Bergel a pu écrire que « *Le droit et la preuve sont des notions distinctes dont l'indépendance s'affirme d'autant plus que la liberté de preuve se restreint et que la preuve est difficile à faire. On peut donc penser que plus le droit de la preuve est souple, plus la preuve permettra d'approcher la vérité. Il faut songer cependant que la liberté favorise des excès, des retards et des fausses preuves* », *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5éme édition, 2012, p.330.

247Sur la notion de faux en droit pénal, V.notamment : R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, tome 3 : Droit pénal spécial*, 2 vol., éditions Cujas 1982 ; Y. Mayaud, *Le mensonge en droit pénal*, Lyon, édition l'Hermès, coll. Droit-économie-gestion, 1979 ; J-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, coll. Droit fondamental, 2004 ; H. Donnedieu De Vabres, « La notion de document dans le faux en écriture, examen critique du système constructif français », Rev. sc. Crim. 1940, p. 157 ; H. Donnedieu de Vabres, « La notion de faux intellectuel en droit pénal français », Rev. sc. Crim. 194, p. 273.

100. *Distinction.* Mais la discipline se dédouble ici pour juguler deux phénomènes différents qu'il convient immédiatement de séparer. En effet, le droit pénal est efficace à lutter tant contre le phénomène des fausses factures que contre leur manque de précision, cette dernière hypothèse étant liée non plus à une préservation de la confiance publique mais à l'objectif de transparence tarifaire auquel le législateur a cru bon d'accoler la méthode pénale pour appeler les agents économiques au respect d'un comportement économique rigoureux et soucieux du respect de la concurrence.

Il n'est pas question de soutenir que les infractions ne peuvent pas être constatées en même temps[248] ni qu'une infraction aux règles de la facturation ne puisse faire l'objet d'un faux, mais de reconnaître qu'elles interviennent parfois différemment. En effet, si la volonté de nuire et de duper est absolument indubitable dans la première hypothèse de la fausse facture, cette même volonté est tout à fait discutable et parfois inexistante dans le cas d'un manquement aux obligations en matière de facturation comme le commande l'article L 441-3 du code de commerce. Il ne sera donc pas question au premier chef ici des diverses imprécisions techniques venant rendre plus floue la teneur exacte du lien contractuel et pouvant donner lieu à une sanction pénale mais bien des situations où le lien contractuel n'existant pas, une facture est venue *a posteriori* faussement lui offrir une cause.

101. Plus qu'une imprécision pénalement sanctionnée, il est donc question d'une falsification totale du lien contractuel. Le tiers doit être placé dans une position de croyance en l'existence du rapport d'obligation ayant conduit à l'élaboration d'une facture, sorte de « produit fini » d'un circuit de production juridique. Autrement dit, c'est la croyance suscitée chez le tiers qui doit être réprimée car la facture n'est truquée qu'autant qu'elle pourra servir de support à l'obtention d'avantages financiers par

248V. p.e Paris, 21 sept. 1998, BICC 1999, nº 700 : *« Constituent des faux en écriture, au sens de l'art. 441-1 nouv. et de l'art. 150 ancien C. pén., des factures qui constatent des prestations fictives et appuient des paiements indus de rémunérations occultes dès lors, d'une part, qu'une facture, qui doit être conforme aux prescriptions de l'art. 31 de l'ordonnance du 1er déc. 1986, ne doit être délivrée qu'à la réalisation effective d'une vente ou d'une prestation de service et, d'autre part, qu'elle sert de pièce comptable justifiant des passations d'écritures dans les livres et comptes dont la tenue est obligatoire et qui, selon l'art. 17 C. com., sont admis pour servir de preuve entre commerçants* ».

exemple. A ce titre, la fausse facture[249] n'est souvent que le point de départ d'une fraude plus vaste[250]. Il n'est d'ailleurs nullement besoin de faire preuve d'une extrême ingéniosité pour que l'idée soumise à une forme de « délinquance astucieuse »[251] de truquer un document à la banalité féconde en terme d'opportunités de crédit ne fasse son effet. Des « sociétés facturières » des années soixante-dix ou encore des sociétés « taxis », il ressort une logique primaire visant à utiliser des sociétés de pure façade imbriquées dans des sociétés saines et dont le seul objet est d'assurer à ces dernières la possibilité d'entreprendre au besoin une fraude à la taxe sur la valeur ajoutée en lui mettant à disposition des factures qui ne correspondront à aucune activité réelle[252]. La fausse facture peut alors entretenir une relation étroite avec d'autres délits à la portée plus vaste comme la corruption, mais celle-ci dépasse largement le seul travestissement du lien contractuel[253].

§ 2. De la fausse facture, pollution juridique consubstantielle a une legislation tournée vers l'« offre ».

102. *Brève analyse économique des fausses factures*[254]. Si le phénomène des fausses

249V. également, C. Mascala, *Fraudes et facturation*, thèse, Bordeaux, 1989 ; N. Stolowy, *Les délits comptables*, Paris, Economica, 2001; D. Peyron, « La fausse facture (dans la confection) », Gaz. Pal. 1986, p.442 ; D. Djoudi, « Les fausses factures et le délit de faux », Rev. sc. crim., 1996, p. 357 ; J. Djoudi, « La lettre de change valant titre au sens du faux », D. 2000 p.431 ; C. Ducouloux-Favard, « Fausses factures et corruption », D. 1996, chron., p. 352 ; C. Ducoulous-Favard, « Surfactures et factures fictives face aux délits de fabrication et d'usage de faux en écriture » *in* La facturation de complaisance dans les entreprises, L'Harmattan, 2001, p. 97 ; R. Koering-Joulin, « La « cession Dailly » de créances fictives est-elle pénalement répréhensible ? » *in* Mélanges A.Vitu, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p. 277 ; M. Véron, « La répression du faux : du préjudice éventuel au préjudice virtuel », Dr. pén. 1999, chron 27 ; B. Bouloc, « La facture mensongère et le faux », D. 2003, p. 448.

250Sur ce point, V. J. Cosson, *Les industriels de la fraude fiscale*, Seuil, coll. Économie, 1971 ; A. Dekeuwer, « Les mobilisations de créances fictives à l'épreuve des qualifications pénales de faux et d'escroquerie », JCP E, 1995, Fasc. 451, p. 149.

251F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, Paris, LGDJ, 3ème édition, 2010, spe. p. 4.

252Crim. 19 oct. 1987, Bull. crim. n° 353 ; Paris, 9 juill. 1985, Gaz. Pal. 1985, p. 551, note Marchi ; Crim. 5 avr. 1993, Bull. crim. n° 144 ; Crim. 16 déc. 1997, Bull. crim. n° 428, D. 1998, p. 538, obs. B. Bouloc ; Rev. Soc. 1998 p. 402, obs. B. Bouloc ; RTDcom. 1998, p. 696, obs. B. Bouloc.; Crim 23 mai 2007, Bull. crim. n° 137, AJPen. 2007, p. 327, obs. G. Roussel ; RTDcom. 2008. 199, obs. B. Bouloc.

253Sur ce point, V. l'étude de C. Ducouloux-Favard, « Fausses factures et corruption », précitée et la jurisprudence citée par l'auteur.

254« *From time to time it is probably necessary to detach one's self from the technicalities of the argument ans to ask quite naively what it is all about* », Friedrich Hayek, Economics and Knowledge, 1937, Economica, London ,Vol IV,

factures s'auto-entretient, c'est sans nul doute pour ne pas priver l'entier droit des affaires de sa part inéluctable de mauvaises apparences à l'endroit même où règnent célérité, apparence et sécurité. Nous proposons d'analyser la fausse facture comme une externalité négative. La question posée est de savoir si, au-delà de leur caractère pernicieux, les fausses factures ne sont pas le produit économique et juridique d'un système souple, fondé sur l'apparence, dans l'octroi des divers procédés que le législateur tient à la disposition de l'agent économique afin que le crédit, moteur d'investissement, puisse circuler. Si l'on quitte un instant le terrain de la juridicité des fausses factures pour aborder la substance économique des normes environnantes, une conclusion sur l'inéluctabilité des fausses factures s'impose. En effet, la flexibilité proposée par le législateur en matière d'octroi de crédit par le truchement d'une lettre de change ou d'une cession Dailly explique en grande partie le phénomène des fausses factures. Il pourrait même être soutenu que le système facilite la commission d'une telle infraction.

103. *Le cas de la lettre de change*. La lettre de change est régie par les articles L511-1 et suivants du code de commerce. Elle est un « *écrit par lequel une personne, appelée tireur, donne à une autre personne, appelée tiré, l'ordre de payer à une époque déterminée une certaine somme d'argent à une troisième personne, appelée bénéficiaire ou preneur, ou à l'ordre de celle–ci*[255]».

L'ensemble du dispositif relatif à la lettre de change met en scène, au nom de l'exigence de célérité et de sécurité, un véritable triomphe des apparences. A tel point que l'existence de la provision, nom donné à la créance fondamentale qui doit justifier le tirage de la lettre de change, n'est pas répertoriée au sein des conditions de validité de la lettre de change. Ceci est confirmé à la lecture de l'alinéa 2 de l'article L511-7 du code de commerce qui est à ce titre tout à fait révélatrice[256]. Le Professeur Jestaz en fait un

p.54 ; reproduit dans Friedrich Hayek, Individualism and Economic Order, 1948 (1992), Chicago University Press, Chicago, p.56, cité par R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, Paris, LGDJ, Institut de Varennes, 2011, p.5 ; Sur le rapport plus général entre droit pénal et l'analyse économique du droit, V. G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique, Études de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, préface de F. Shaslak, Paris, LGDJ, 2009.

255R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, Paris, LGDJ, 11ème édition, 2015, spe. p. 105.

256 Art. L511-7 al. 2 C. com. : « *Il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est*

excellent résumé en expliquant que « *jusqu'à l'échéance, le droit de propriété est sans objet, le porteur n'a qu'une enveloppe vide ; à l'échéance, la créance du tireur contre le tiré vient sous le nom de provision se glisser dans l'enveloppe* »[257].

Ainsi le système, en donnant une prévalence à la forme du titre comme conditions de validité, semble avoir relayé de manière délibérée au second plan les conditions de fond. La conséquence en a été l'irruption des effets de complaisance[258] dont le mécanisme réside dans l'engagement cambiaire du tiré de payer le tireur alors qu'aucune créance fondamentale n'existe si ce n'est l'apparence d'une fausse facture elle-même renforcée par l'illusion d'une lettre de change.

104. *Cession Dailly.* Issu de loi du 2 janvier 1981 intitulée « loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises », le mécanisme figure à présent au sein du code monétaire et financier aux articles L313-23 à L313-35. En réaction aux lourdeurs de l'escompte, il s'est agit pour le législateur d'instaurer « *pour alléger la gestion sans sacrifier la sécurité, un instrument assurant le transfert global au banquier mobilisateur d'un ensemble de créances* »[259]. Et la « souplesse remarquable[260] » du dispositif est perceptible à première vue puisque l'article L313-23 alinéa 2 prévoit que « *peuvent également être cédées.*(...) *les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ». L'objectif du législateur, affiché dans le titre de la loi qui « vise à faciliter le crédit aux entreprises » se reflète donc logiquement dans la teneur de cette disposition au coloris libéral évident mais qui facilite la fraude. Une politique de l'offre, initiatrice de demande et de croissance, assume alors cette prise de risque afin de générer des flux financiers plus importants qu'au sein d'un système rigide en espérant maximiser les conséquences positives d'une telle option.

---

redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change ».

257Ph. Jestaz, « Le tireur conserve t-il la disponibilité de la provision après émission de la lettre de change ? », RTDcom 1966, p. 881, spe. p. 883.

258Massart, « Les effets de complaisance en question », LPA , 28 juin 1991, p. 27.

259R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, ouvrage précité, spe. p. 200.

260R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, ouvrage précité, spe. p. 204.

105. *Ordres construit et spontané complémentaires.* Théorisés par Hayek[261], l'ordre construit tient selon lui en un ensemble de normes édictées par une autorité étatique tandis que l'ordre spontané résulte davantage d'un ensemble d'interactions horizontales épousant souvent la formes de conventions entre les personnes privées. Souvent opposés, nous savons à quel point Hayek défendait la seule pertinence de l'ordre spontané car selon lui « *le but des règles doit être de faciliter l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés*[262]», ce que l'ordre construit ne permet pas en raison de sa rigidité et de sa difficulté à évoluer. En matière de facilitation du crédit aux entreprises par le biais des instruments de crédits étudiés, ces deux ordres semblent complémentaires. Ainsi, non seulement l'ordre construit édicte des normes au contenu souple comme nous l'avons remarqué mais en plus, l'ordre spontané que nous nommerons ici « la pratique » semble aller dans le même sens, doublant ainsi l'efficacité de l'ordre construit. Partant, nous nous contenterons de relever qu'en pratique, l'impact d'une relation teintée d'un fort *intuitu personae* basée sur la confiance renforce un peu plus la souplesse dans la mise en œuvre des mécanismes étudiés. Il est à ce titre constant par exemple de remarquer que « *dans les faits, l'acceptation (du débiteur cédé dans le cadre d'une cession Dailly) est rarement sollicitée* »[263] ce qui aurait pour effet pourtant de faire bénéficier au cessionnaire de l'inopposabilité des exceptions aux termes de l'article L313-29 du code monétaire et financier[264]. La même conclusion est possible dans la pratique de la lettre de change au sujet de son acceptation lorsque la doctrine ne manque pas de rappeler que « *dans plus d'un cas sur deux, le porteur (en général, un banquier) choisit de ne pas présenter le titre à l'acceptation, parce qu'il a confiance en son client, le tireur, et que les manipulations requises pour l'acceptation paraissent inutiles* »[265]. Au sein d'un système de production intense de crédits, les fausses factures constituent finalement une sorte de pollution

261F. Hayek , *Droit, législation et liberté , tome 1 : Règles et ordre*, Paris, PUF, 1980.
262F. Hayek, *op. cit*, spe. p.117.
263 R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, ouvrage précité, spe. p. 241.
264Art. L313-29 CMF : « *Sur la demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement : cet engagement est constaté, à peine de nullité, par un écrit intitulé : " Acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle ".Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit ou à la société de financement les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit ou la société de financement, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur* ».
265R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, ouvrage précité, spe. p. 132.

juridique naturelle et directement causée par un système plutôt tolérant.

106. *Conclusion de la section.* La volonté du législateur de donner prévalence au conditions formelles dans l'établissement d'une lettre de change ou du bordereau Dailly rejaillit sur le délaissement de leurs conditions de fond. Or l'apparence, qui règne en matière d'instruments de crédit, peut également générer fictivité et fraude. Ainsi, le rapport fondamental normalement sous-jacent à la création d'une lettre de change ou encore la créance intégrée au bordereau Dailly, qui ne peut être qu'éventuelle, ne sont souvent que pures illusions économiques. Le droit pénal aura néanmoins la tâche de tenter d'assainir l'état des canaux économiques, souvent encrassés. Mais cela sera pour lui complexe, car la fausse facture n'épouse pas, en cette matière, une catégorie évidente, d'autant plus que le principe d'interprétation stricte de la loi doit présider à toute opération de qualification (section 2).

Section 2 : D'une dépollution pénale complexe.

La facture fait parfois l'objet d'une altération pouvant avoir des conséquences non négligeables d'un point de vue économique. Le droit pénal ne peut à l'évidence rester muet face à cette pollution juridique. La lutte opérée par le droit pénal à l'encontre des fausses factures n'est cependant pas aisée. L'étude de ce domaine montre en effet que si certaines infractions, telle l'escroquerie, permettent de combattre indirectement ce phénomène (§2), il apparaît en revanche qu'un combat direct soit difficilement menable, la jurisprudence considérant que la nature juridique du document ne le permet pas (§1).

§1. D'une dépollution directe impossible.

107. *Droit des affaires et droit pénal : l'impossible conciliation ?* Si la fraude peut trouver une explication économique, le droit pénal ne peut pour autant y rester indifférent.
Il résulte de cette remarque que le droit pénal des affaires tend à concilier à la fois une lutte nécessaire contre toute corruption du système en même temps qu'il doit préserver les initiatives des acteurs économiques. On ne manquera pas de relever que « *la greffe n'a pas toujours bien pris entre un droit des affaires, pluridisciplinaire et tourné vers la performance d'un côté et un droit pénal, empreint de légalisme et de justice sociale, de l'autre*[266] ». Les solutions rendues à propos des factures de complaisance témoignent de ce que « *le droit des affaires y a trouvé une certaine rigueur et le droit pénal une relative souplesse*[267] ». Pourtant, les hésitations jurisprudentielles à ce sujet s'accordent mal avec

266F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, ouvrage précité, spe. p. 1.
267*Ibid.*

le principe de légalité, là où une « lecture attentive des textes devrait normalement suffire »[268].

108. *Le mensonge en droit pénal : spécificités*. La capacité du droit pénal à embrasser l'hypothèse des fausses factures est loin d'être évidente. La complexité résulte du caractère restrictif de la prise en compte du mensonge par la matière pénale tandis que la facture n'est pas en elle-même un titre juridique, susceptible comme tel de créer des effets de droit. Se différenciant de la morale, le droit pénal n'a pas pour objectif de sanctionner tout type de mensonge[269]. La frontière est semblable en droit civil lorsque le législateur et avec lui la jurisprudence ne décident de prendre en compte que l'erreur qui a été déterminante du consentement et qui n'est pas inexcusable. Ainsi, toute circonstance matérielle n'est pas éligible à recevoir une qualification juridique, soit qu'elle relève avant tout de la morale, soit que le système juridique n'y soit pas réceptif. La jurisprudence relative à la fausse facture fait état d'un flux et d'un reflux constant entre un rapport d'exclusion et d'intégration des factures fictives à la sphère du droit pénal. D'autres solutions, moins claires et critiquables en ce sens, prennent le parti pour l'un des rapports sans véritablement lui offrir une assise juridique, prêtant ainsi le flan à la critique mais nous faisant peut-être également sortir des sentiers battus en la matière.

109. *Application*. La lecture de l'article 441-1 du code pénal nous force bien à l'usage d'un syllogisme départiteur de ce qui relèvera d'une hypothèse de faux ou d'une hypothèse non prise en compte par la disposition. Car en effet, « *l'effet juridique qui s'attache à ces conditions n'est pas automatique : le lien de causalité entre le fait et le droit ne s'opère que sur le plan des représentations intellectuelles*[270] ». Il en va encore ainsi de la facture et du faux. La difficulté tient à la définition du faux et son incompatibilité à considérer *a priori* que la facture puisse en faire l'objet en raison de la nature du support qu'est la facture. En effet, la disposition précitée prévoit l'incrimination

268 Y. Mayaud, « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », article précité. spe. p.111

269Y. Selon Y. Mayaud, « *Un tri s'impose, destiné à départager les hypothèses, à rejeter celles considérées comme innocentes, et à sélectionner, au contraire, celles jugées perturbantes* », « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », article précité, spe. p.111 ; V. également Y. Mayaud, *Le mensonge en droit pénal*, thèse précitée.

270J-L. Bergel, *Théorie générale du droit,* ouvrage précité, spe. p. 328.

pour le cas du document « *qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit* » Or, l'objet de notre premier chapitre a bien été de démontrer l'incapacité naturelle de la facture, sans qu'elle ait fait l'objet d'une acceptation ou de circonstances particulières, à constituer un titre, la facture n'étant pas un document probatoire en soi. En effet, par principe, les factures sont des documents dressés en vue de constater une opération juridique, la vente d'un bien ou l'exécution d'un service mais elles sont, en raison de leur unilatéralisme de constitution, soumises à discussion et à vérification. Les énonciations qu'elles contiennent ne sont alors que de simples prétentions. Ainsi comprises, puisque le faux ne porte que sur un document ayant pour effet d'établir la preuve d'un droit, les factures ne peuvent être susceptibles d'un faux[271].

110. ***Résultat.*** Les factures ne constituent donc pas, en l'absence de toutes autres précisions, des titres susceptibles d'entrer dans les prévisions du code pénal[272]. Une déclaration unilatérale, transmise à un créancier, même en exécution d'une prescription légale pour établir l'assiette d'une dette, ne contient aucune convention, disposition, obligation ou décharge et ne constitue pas un titre[273].

111. Dès lors, comment la facture a pu rentrer dans les prévisions légales du faux, puisque tout mensonge n'est pas pris en compte par le droit pénal ? [274] En réalité, le mensonge n'est, selon la jurisprudence, pas suffisant pour que la facture entre dans les prévisions de l'incrimination du faux. Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle pu juger que « *Si de simples mensonges sont insuffisants à constituer les manœuvres frauduleuses* [...,] i*l n'en est pas de même lorsqu'à ces mensonges viennent*

271V. en ce sens, Crim. 7 mars 1972, Bull. crim. n°86, p. 213 ; Crim. 12 déc. 1977, Bull. crim. n° 393 ; Crim. 13 févr. 2002, n° 00-85338. ; Crim. 12 déc. 1977 ; Bull. crim. n° 86.

272Crim. 12 déc. 1977, Bull. crim. n° 393 ; Paris, 4 juin 1992, D. 1993, p. 480, « Constitue l'exercice illégal de la profession d'agent immobilier le fait, par un marchand de biens, de céder, à titre gratuit ou onéreux, et de manière habituelle, des promesses unilatérales de vente », note D. Fortin.

273Crim. 23 nov. 1972, Bull. crim. n° 357 ; D. 1973. Somm. 19.

274V. en ce sens, Y. Mayaud, « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », article précité, spe. p.113 : « *Ce dernier en ressort avec une force de conviction qui ne peut que surprendre la bonne foi des victimes, et on rebondit ainsi sur le juste partage qu'il convient d'opérer entre le simple mensonge, exclu du droit pénal, et le mensonge combiné ou construit, quant à lui tributaire de la répression* ».

se joindre des faits ayant pour objet de leur donner force et crédit[275] ». Il faut donc qu'au mensonge s'ajoute un certain nombre d'actes, des « faits » matériellement constitués. Une dépollution serait dès lors, possible.

§2. De la possibilité d'une dépollution indirecte.

112. ***Reconnaissance du préjudice.*** En réalité, ce qui caractérise la notion de faux est plutôt l'altération d'un document pouvant faire naître une conviction contraire à la vérité chez les personnes auxquelles il sera présenté, c'est-à-dire pouvant servir de preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Monsieur Djoudi estime pour sa part que « *de la capacité à former la conviction d'autrui, les factures tiennent leur valeur probatoire*[276] ». Il est certain que la radicalité de la non prise en compte des fausses factures par la théorie du faux s'accorde mal avec la logique pragmatique qui imprègne la liberté de la preuve en matière commerciale. Revers de cette liberté, si cette dernière permet l'établissement de la preuve par la facture, celle-ci doit alors pouvoir faire l'objet d'une prise en compte par le droit pénal au titre du faux. Ainsi, il convient de mentionner une nouvelle fois l'arrêt rendu le 3 février 1970 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a reconnu une valeur probatoire aux factures en prononçant « *qu'une facture est une écriture de commerce ; qu'en cas d'instance judiciaire entre commerçants elle est de nature à former sinon un titre parfait, au moins une de ces présomptions que la loi abandonne à la prudence du juge* [...] *Qu'il suit de là que la falsification de facture donne naissance aussi bien à un préjudice individuel qu'à un préjudice social* [277]». Deux enseignements sont à tirer de cette jurisprudence. Le premier, dont nous avions déjà

275Crim. 12 nov. 1864, DP 1865, 5, p. 158 ; V. également, Crim. 26 juin 1885, DP. 1886, 1, p. 89 (2e espèce), note Garraud ; Crim. 3 juill. 1920, DP 1921, 1, p. 54 (2e espèce).

276J. Djoudi, «Les fausses factures et le délit de faux », article précité, spe. p. 357.

277Crim. 3 févr. 1970, Rev. sc. Crim. 1970, p.860, obs. A. Vitu.

Voir également B. Bouloc, « La facture mensongère et le faux », article précité, pour qui « *Sans doute, y avait-il préjudice, puisqu'en l'espèce la facture avait permis un transfert de marchandises d'une société vers un magasin appartenant en propre à l'administrateur de la société, mais cela ne justifie pas en quoi la facture était « un titre »* », p. 448.

connaissance, tient au fait qu'*a contrario*, la facture peut constituer un titre parfait lorsqu'elle aura été acceptée ou réglée sans réserve. Mais ce n'est pas toujours le cas. Intervient alors surtout l'autre enseignement de cette solution : la chambre criminelle semble bien pouvoir faire une entorse à la définition traditionnelle du titre. C'est à l'aune du préjudice que le titre semble avoir existé *a posteriori*. C'est parce que les circonstances de la cause auraient produit un transfert de la marchandise, et donc un effet de droit, que l'imperfection du titre semble indifférente à la Cour. L'enjeu réside dès lors dans la qualification du titre. Ce qui trouble pourtant à première vue, c'est la correspondance de la définition classique du titre au sens civil, et le libellé de l'article 441-1 du code pénal. Tandis que le titre est défini classiquement comme l'acte susceptible de produire des effets de droit, la disposition précitée fait référence à un support qui a pour effet d'établir la preuve d'un droit. Aussi, une interprétation stricte de la loi pénale devrait conduire à ne reconnaître qu' *a priori* la qualité de titre au document en cause. Autrement dit, il ne pourrait y avoir de faux qu'autant que le document en cause établit de manière intrinsèque la preuve d'un droit, sans référence aux circonstances extérieures, ce qui crée du même coup une correspondance parfaite entre le titre entendu au sens civil et pénal. La Cour choisit de s'écarter de la lecture classique du titre, au détriment même de la disposition pénale. Elle reconnait d'ailleurs la naissance d'un préjudice social. Il faudrait alors évidemment lire l'article 441-1 dans l'ensemble qu'il renferme, à savoir celui de la protection de la confiance publique,[278] pour comprendre le raisonnement tenu en l'espèce. Mais nous le verrons, c'est au prix d'une déformation de la notion de titre et surtout au prix d'un défaut d'interprétation stricte du texte. C'est cette même interprétation stricte qui rend l'interprétation téléologique plus délicate en cette matière, même si le droit pénal ne la proscrit pas.[279]

113. *Passage en comptabilité.* Il en va alors autrement lorsque la facture est usée au soutien d'une affirmation mensongère qu'elle tend à rendre crédible. Plusieurs affaires témoignent de l'existence d'un point de passage permettant à la facture d'accéder à la

278Titre IV du code pénal, «Des atteintes à la confiance publique».
279Cass. crim., 21 janv. 1969, n° 68-91712, *Bull. crim.* N° 38.

qualification juridique de faux au moment où le document est passé en comptabilité.

Ainsi, dans une affaire dans laquelle le demandeur au pourvoi arguait que la simple remise d'une fausse facture était constitutive d'un mensonge non répréhensible pénalement, aucun fait extérieur de nature à rendre cette facture vraisemblable ne venant se joindre à ce mensonge, la chambre criminelle a estimé que « *la remise de ces factures falsifiées tendait à se faire remettre par les vendeurs ainsi trompés quittance ou décharge alors que ceux-ci n'avaient reçu qu'une partie des sommes réellement dues* » et, la cour d'appel ayant relevé « *à la charge des prévenus l'emploi de manoeuvres frauduleuses ayant en l'espèce consisté en la fabrication de faux documents associés à l'intervention d'un tiers* », elle a pu déclarer ces derniers coupables du délit d'escroquerie[280]. La solution semble identique dans un arrêt du 5 avril 1993 lorsque la Cour déclare que « *constitue un faux en écriture de commerce, le fait par une personne, tenue de justifier sur le plan comptable les mouvements de fonds effectués en vertu de son mandat, d'établir des pièces justificatives inexactes concernant les opérations correspondantes*[281]».

La fraude provient ici de l'utilisation du mécanisme comptable pour donner force et crédit à ce qui ne constituait jusqu'à lors qu'un simple mensonge, insusceptible d'entrer dans les prévisions du faux. La jurisprudence n'a depuis eu de cesse de le rappeler[282].

114. La création du faux reflète ici un symbole spécifique entre le droit pénal et la comptabilité[283] entendue comme « *une technique d'enregistrement des mouvements de valeur qui se produisent dans les éléments de l'entreprise* »[284]. La fausse facture, une fois intégrée à la comptabilité, va alors constituer l'un des principaux points de rencontre entre le droit pénal et la comptabilité, faisant alors jouer à plein l' « office probatoire de la comptabilité »[285]. Cette intégration de la fausse facture à la comptabilité fait bien souvent du faux une étape intermédiaire à la production d'autres irrégularités comptables[286] en matière de composition du bilan comptable ou d'inexactitudes dans l'évaluation de ses

280Crim. 24 avril 1984, Bull. crim. n° 142.

281Crim. 5 avr. 1993, Dr. pén. 1993, comm. 178, obs. M. Véron.

282V. p.e. Crim. 9 sept. 1995, Bull. crim., n° 274 ; Crim. 16 déc. 1997, Bull. crim. N° 428 ; Crim.16 déc. 1997, Bull. crim. n° 428.

283F. Goré, « La comptabilité commerciale et le droit », *in* Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel, Dix ans de conférence de l'agrégation, Dalloz 1961, p.89.

284M. Delma- Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, PUF, Thémis, 4ème édition, 2000, p.365.

285F. Pasqualini, « Autonomie comptable et qualification juridique », LPA, 1994 n°19 p. 8.

286N. Stolowy, « Délinquance des comptes et droit des entreprises en difficulté », JCP G 2003, I, p. 147.

éléments ou encore dans la présentation de leurs postes. Le résultat de la somme de ces irrégularités comptables est appréhendé par l'article L123-14 du code de commerce[287] à travers la notion d'image infidèle des comptes[288]. La comptabilité constitue indéniablement un premier point de passage pour le mensonge, jadis enfermé dans un acte impropre à faire réagir le droit pénal, dans la lourde tâche qui est la sienne quant au tri des duperies susceptibles d'être incriminées. La comptabilité devient ainsi une source qualifiante pour le mensonge retranscrit sur la facture. La comptabilité du commerçant, dont ce dernier peut se servir au titre de la liberté de la preuve, rejaillit logiquement sur la qualification du mensonge, qui une fois passé sous l'égide par exemple du bilan comptable, fait partie d'un ensemble frauduleux plus vaste et surtout probatoire. C'est cette même comptabilité qui fournit au mensonge sa crédibilité et lui permet ainsi de produire des effets de droit, auxquels l'article 441-1 du code pénal ne peut plus dès lors rester indifférent. Comme le résume un auteur *« La fausse facture devient, en quelque sorte, un titre par « destination » parce qu'elle contribue à former la conviction d'autrui à travers la falsification d'un document probatoire[289] ».*

115. *L'escroquerie : second mode de dépollution.* Selon l'article 313-1 du code pénal, l'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Pour ce qui relève du cumul réel d'infractions[290], si la frontière entre le faux et l'escroquerie paraît poreuse puisque les

287Art. L123-14 C. com. : « *Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner l'image fidèle mentionnée au présent article, des informations complémentaires doivent être fournies dans l'annexe. Si, dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé. Cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise* ».

288B. Le Bars, « L'image fidèle : la fonction pivot de l'élément intentionnel », LPA 12 avril 2007, n°74, p. 27.

289J. Djoudi, « Les fausses factures et le délit de faux », article précité, spe. p.

290V. Lesclous, « Le cumul réel d'infractions », Rev. sc. Crim. 1991, p.717.

infractions s'imbriquent lorsque l'escroquerie est obtenue au prix d'une fabrication de faux documents, le mécanisme du cumul réel d'infractions s'applique classiquement[291].

116. *Manoeuvres frauduleuses*. L'exclusion du simple mensonge est un principe bien acquis[292] pour cette qualification, et la jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens[293]. L'idée se comprend aisément puisque l'élément matériel des manœuvres frauduleuses implique « une certaine machination »[294], comme par exemple l'intervention d'un tiers[295], une mise en scène ou pour ce qui nous intéresse, la production de documents écrits venant confirmer le mensonge. Une telle solution a pu être rappelée au sujet d'un chèque sans provision[296]. Ainsi, l'autre point de passage fondamental pour le mensonge porté sur la facture susceptible d'entraîner la qualification de faux a été l'utilisation de fausses factures pour établir les créances à céder sur le bordereau Dailly, le mensonge étant pris en compte lorsque les fausses factures viennent accréditer la thèse de véritables créances[297]. Dans un arrêt du 22 avril 1958, la Cour de cassation jugea que les manœuvres frauduleuses étaient constituées par la production, à l'appui d'allégation mensongères, d'une pièce tendant à faire croire à l'existence d'un crédit imaginaire. En l'espèce, le prévenu avait obtenu l'escompte de traites fictives accompagnées de fausses factures qui n'avaient pas été acceptées par le tiré[298]. Il est à ce sujet également souvent

291C. Mascala, Rep. Dr. Pén., Dalloz, V° « Le faux », n° 16 et 17. L'auteur y rappelle que «*retenir autant d'infractions qu'il y a de valeurs sociales différentes protégées par la loi qui ont été lésées. En l'occurrence, l'infraction de faux protège la confiance publique, alors que le délit d'escroquerie est une atteinte à la propriété d'autrui. La lésion de ces deux valeurs sociales différentes justifie une poursuite sur le double fondement. Cependant, en application du principe du non-cumul des peines (C. pén., art. 132-3), il ne peut être prononcé qu'une seule peine de la même nature dans la limite du maximum légal le plus élevé. L'escroquerie et le faux étant deux délits, une seule peine correctionnelle, la plus haute, pourra être prononcée : en l'occurrence, le maximum légal est fixé par la sanction applicable en matière d'escroquerie - cinq ans d'emprisonnement et 375 000 Euros (2 500 000 F) d'amende -, le faux n'étant passible que de trois ans de prison et 45 000 Euros (300 000 F) d'amende (C. pén., art. 441-1)* ».

292 M-P. Lucas de Leyssac, « L'escroquerie par simple mensonge ? » D. 1981, chron. p. 17.

293V. p.e. Crim. 20 juill. 1960 : « *De simples allégations mensongères ne sauraient, en elles-mêmes, et en l'absence de toute autre circonstance, constituer des manoeuvres frauduleuses* », D. 1961, p. 191, note Chavanne ; JCP 1961. II. 11973, note Guyon ; Gaz. Pal. 1960. 2. 252 ; S. 1961. 175 et la jurisprudence citée *supra.*

294C. Mascala, Rep. Dr. Pén., Dalloz, V° « Le faux faux », n°73.

295V. sur ce point P. Bonnard, *De l'intervention des tiers dans le délit d'escroquerie*, thèse, Montpellier, 1948.

296Crim. 1er juin 2005, D. 2005, IR p. 1961 ; AJ Pénal 2005, p. 329, note M. Redon ; Dr. Pénal 2005, n°10, p. 18, note M. Véron ; D. Père, « L'émission d'un chèque sans provision est-elle constitutive d'une escroquerie ? », D. 2006, p. 1950.

297V. En ce sens A. Dekeuwer, « Les mobilisations de créances fictives à l'épreuve des qualifications pénales de faux et d'escroquerie », article précité, p. 451 ; R. Koering-Joulin, « La « cession Dailly » de créances fictives est-elle pénalement répréhensible ? », article précité, spéc., p. 280.

298Crim. 22 avril 1958, JCP G. 1958, II, 10620.

renvoyé à un arr=t en date du 30 mars 1992 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation[299]. En l'espèce, le souscripteur d'un bordereau avait remis, à l'appui de la cession, trois factures qu'il avait établies sans avoir fourni les prestations correspondantes. Poursuivi pour faux en écriture de commerce, il avait été relaxé par les juges du fond qui n'avaient vu dans la remise de ces documents que la simple affirmation d'un droit de créance inexistant. Pourtant, le raisonnement est censuré par la Cour de cassation qui décida que les factures jointes à l'appui des bordereaux de cessions de créances prévus par l'article 1er de l'ancienne loi du 2 janvier 1981 constituaient des titres dont la falsification était punissable sous la qualification de faux.

117. *Ambivalence de la fausse facture*. Cette différence dans le traitement du cas d'espèce entre les juges du fond et la Haute Cour est tout à fait symptomatique de l'ambivalence de la notion de faux appliqué à l'hypothèse des fausses factures. Prise isolément, la facture ne peut faire l'objet d'un faux car elle ne contient qu'une prétention, qu'une affirmation sujette à vérification. Elle ne peut être pénalement mensongère car le destinataire ne peut être dupé par un document à la crédibilité trop faible. En somme, il ne mérite guère de protection spécifique car seule sa légèreté l'aurait conduit au préjudice qu'il déclare subir. C'est le raisonnement qui a été tenu par les juges du fond. On notera alors que la valeur informationnelle renvoyée par la facture ne suffit pas, comme nous l'avons observé pourtant à propos par exemple des sociétés créées de fait, a créer une apparence qui aurait pu faire croire à une réalité sous-jacente. La méfiance qu'exige le droit pénal à propos d'un document qui ne contient qu'allégations est largement relativisée en matière commerciale, au moins en ce qui concerne la croyance directe que peut induire le document, au nom de la théorie de l'apparence.

Toutefois, dans l'arrêt précité, les fausses factures n'y étaient pas isolées mais faisaient partie d'un ensemble visant à rendre crédible la croyance du destinataire en l'existence de créances véritables. L'artifice consistait à joindre les factures au bordereau pour faire

299Crim. 30 mars 1992, D. 1994, somm. 157, obs. G. Roujou de Boubée ; RTDcom 1992, p. 843, « Cession de créances professionnelles. Faux », note M. Cabrillac et B. Teyssié ;
V. également, Crim. 6 avril 1994, Bull. crim. n°134.

croire à l'existence de créances cédées, ce qui a valu ici la qualification de titre aux factures en cause. Il est possible de rapprocher cette situation de certaines hypothèses voisines dans lesquelles le banquier octroie des avances sur la foi de factures fictives, sans qu'il y ait cependant transfert de créances à son profit. Ainsi, il a pu être jugé que le faux est constitué à chaque fois qu'il y a concert frauduleux entre l'émetteur de la fausse facture et son destinataire qui l'accepte pour tromper un tiers comme le fisc ou les associés[300]. De même, le faux a également été retenu en cas de remise à un factor de factures fictives acceptées par un faux débiteur[301]. Ces solutions semblent pouvoir bénéficier également pleinement du sceau de l'article 441-1 du code pénal. La fausse acceptation donne l'illusion à la victime du faux qu'elle est en présence d'un titre puisque le faux a pour point de départ un document bilatéralisé par ces manoeuvres frauduleuses. Nous mentionnerons encore deux décisions récentes sur ce point. Le premier arrêt a été rendu à propos d'une escroquerie en bande organisée à l'échelle européenne[302]. En l'espèce, des individus étaient poursuivis pour avoir imaginé un circuit triangulaire de facturation et de convoyage de véhicules d'occasion entre la France, l'Allemagne et l'Espagne leur permettant d'émettre des factures mentionnant une TVA faussement acquittée afin d'obtenir le statut fiscal applicable à ces véhicules acquis hors taxe auprès de professionnels étrangers, en leur appliquant frauduleusement le régime de la taxation sur la marge et d'avoir ainsi déterminé l'administration fiscale à délivrer des quitus valant décharge de la TVA. Dans un premier temps, la cour d'appel de Colmar avait prononcé la relaxe au motif que le quitus délivré à l'acquéreur d'un véhicule après un contrôle apparent des pièces justificatives présentées n'est remis que pour les besoins de l'immatriculation et n'emporte pas décharge de la TVA normalement due, le Trésor conservant le droit d'en réclamer le règlement. Mais la Cour de cassation a accueilli le pourvoi formé par l'administration dont l'épine dorsale était constituée par la révélation

300TGI Paris, 10 janv. 1980, RTDcom 1981, p. 123, obs. B. Bouloc.
V. également Com. 28 nov. 1977 Bull. civ. N°372 ; Com. 24 avr. 1984, D. 1986, p.125, obs. J. Cosson ; Paris, 9 juill. 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, p.551, Rev sc crim 1985, p.318, obs. J. Cosson ; Crim. 12 sept. 2006, n° 05-87609 : « a*lors que la présentation de fausses factures pour obtenir indûment une garantie constitue une manœuvre frauduleuse et, non pas un simple mensonge écrit, cette manœuvre excluant l'existence d'une pratique commerciale acceptée par la partie civile* ».
301Crim. 8 fév. 1988, n° 85-92909.
302Crim. 3 déc. 2014, Rev. sc. crim. 2015, p. 96, obs. H. Matsopoulou ; RTDcom. 2015 p. 163, obs. B. Bouloc.

d'une escroquerie. La Cour de cassation va estimer que les « manœuvres frauduleuses », telles que visées à l'article 313-1 du code pénal, sont caractérisées par la mise en place d'un réseau de personnes se chargeant de faire « circuler » ces véhicules d'occasion dans différents pays et participant également à l'établissement des fausses factures déclaratives de la TVA. Ces manœuvres sont, selon la Cour, constituées dès lors qu'il existe un lien de cause à effet évident entre les manœuvres utilisées et la remise du certificat fiscal par l'administration, qui entraîne décharge de la taxe en France.

118. Le deuxième arrêt fait état d'une fabrication de fausses factures établie par deux sociétés, en leur qualité de tiers payant subrogé dans les droits des malades, adressées à la caisse primaire d'assurance maladie, entre mai 2008 et juillet 2009, afin d'obtenir le remboursement de produits et de matériels[303]. La procédure a révélé que les factures étaient pour la plupart d'entre elles fictives puisque les établissements ne recevaient aucune livraison de produits, ni de matériels médicaux. Les sociétés et leurs dirigeants ont été poursuivis pour escroquerie. Les juridictions du fond, piégées par une vision parcellaire de la fraude, ont prononcé une relaxe au motif que les factures fictives constituent de simples mensonges écrits, bien insuffisants à caractériser à eux seuls des manœuvres frauduleuses. Au contraire, la Cour de cassation retient une toute autre qualification des factures comprises dans un ensemble frauduleux, faisant de ces dernières des fictions destinées à convaincre de remettre la somme équivalente aux documents truqués.

119. *Mise à l'écart de la fausse qualité.* Au titre des éléments matériels du délit, l'article L441-6 du code pénal fait référence à la fausse qualité[304]. N'étant pas une notion juridique strictement définie, la fausse qualité aurait pu conduire les tribunaux à estimer que se prévaloir de la qualité de créancier face à un banquier dispensateur de crédit, pour la matière qui nous occupe, afin d'obtenir une remise de fonds serait un élément matériel

303Crim. 17 déc. 2014, Rev. sc. crim. 2015, p. 93, obs. H. Matsopoulou ; Dr. Pén. 2015. Comm. 17 obs. M. Véron.

304Art. L441-6 C. pen. : « *Le fait de se faire délivrer indûment par une administration publique ou par un organisme chargé d'une mission de service public, par quelque moyen frauduleux que ce soit, un document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité ou à accorder une autorisation est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* », nous soulignons.

suffisamment précis pour emporter la qualification d'escroquerie. Aussi, comme s'emploie à le démontrer un auteur[305], la jurisprudence a retenu une conception plutôt large de cette notion. Toutefois, « *le mensonge n'est pas toujours assimilé à l'emploi d'une fausse qualité. Il est admis, en effet, que le délit d'escroquerie ne saurait exister lorsque la victime avait la possibilité de vérifier l'allégation de l'agent qui prétend être titulaire d'un droit*[306] ».

120. Affirmer faussement être créancier d'une personne n'est cependant pas considéré par la jurisprudence comme une manœuvre visant à prendre une fausse qualité[307]. Ainsi, lorsqu'un individu s'arme d'une traite fictive, celui-ci réalise un mensonge écrit, la présentation de cette traite à l'escompte ne constituant qu'une simple répétition de ce mensonge[308]. De telles solutions nous semblent incohérentes. En effet, ce qui permet à la qualité ou à la manœuvre d'être actionnée est bien ici la nécessité de protéger le destinataire. Une relation de confiance étant instaurée, le destinataire ne peut se plaindre du seul mensonge. Comment, en effet, le banquier pourrait-il demander une vérification comme la logique du simple mensonge l'exige ? Il faudrait, selon nous, accepter des hypothèses ou fausse qualité et manœuvres se confondent. Pourtant, la jurisprudence n'hésite pas à sanctionner[309], au titre de la fausse qualité, les personnes usant par exemple de la fausse qualité de chômeur pour bénéficier de prestations indues. Ces solutions ont pu paraître extensives, quant à la définition de la notion de fausse qualité, *stricto sensu,* mais quoi qu'il en soit, dans ces hypothèses le mensonge est généralement assorti de manœuvres frauduleuses, justifiant la condamnation pour escroquerie. Cette distorsion entre État et banquier dispensateur de crédit peut être critiquée. La justification apportée par la doctrine ne nous convainc pas. Elle peut apparaître ainsi, pour justifier la distinction, car selon un auteur, « *de toute façon, dans ces hypothèses, en général, le mensonge est*

305Véron M., *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, Sirey, 15ème édition, 2015, spe. p. 313.
306C. Mascala, Rep. Dr. Pen., Dalloz, V° « escroquerie », n° 60.
307 Crim. 15 juill. 1869, DP 1870, 1, p. 237 ; Crim. 6 oct. 1980, D. 1981, IR 141, obs. G. Roujou de Boubée.
308 V. en ce sens, Crim. 11 juill. 1935, Bull. crim. n° 92 ; Crim. 22 déc. 1954, Bull. crim. n° 425 ; Crim. 28 févr. 1957, Bull. crim. n° 214.
309Pour un aperçu de cette jurisprudence, V. P. Mistretta, Escroquerie aux assurances sociales : le mensonge n'est jamais innocent, RSC 2015. 421

assorti de manœuvres frauduleuses, justifiant la condamnation pour escroquerie »[310]. Nous en concluons plutôt que l'Etat jouit d'un privilège quant à la démonstration de la fausse qualité. Aussi, il est admissible que pour l'État existe un intérêt systémique qui doit être protégé. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour les établissements bancaires ? La dérogation extensive de la fausse qualité pourrait en tout cas également bénéficier aux établissements de crédit. En effet, ces derniers assument une mission d'intermédiation bancaire, « *parce que les établissements de crédit recueillent l'épargne afin de la redistribuer sous forme de crédit*[311] ». Il y aurait donc tout autant d'intérêt à ce que l'établissement de crédit puisse récupérer relativement facilement une somme versée indûment, d'autant plus qu'il est souvent placé dans une relation de confiance l'empêchant de procéder à toutes les vérifications que la prudence pénale lui commande. Il n'en va en revanche pas de même lorsque l'on s'intéresse à la qualité de commerçant. Une jurisprudence constante et depuis longtemps établie estime en effet que le seul fait de prendre la fausse qualité de commerçant, en vue de se faire remettre des marchandises ou des valeurs, suffit pour constituer l'escroquerie[312].

121. En droit pénal, l'interprétation stricte prévaut. En conséquence, la jurisprudence assume un rôle délicat et semble osciller entre une analyse classique de la facture, impuissante à constituer un faux et son intégration au sein d'un ensemble délictueux plus vaste. Les cassations fréquentes au sujet de la caractérisation des manoeuvres frauduleuses témoignent de deux logiques d'appréhension de la facture au sein de la sphère pénale. Une vision a pour elle son aspect légaliste tandis que l'autre préfère faire usage d'un certain réalisme pénal. Les critères légaux ne seraient alors peut-être pas efficients. Il faudrait inventer, une autre méthode de compréhension du document, assise cette fois-ci, sur une notion de titre élargie. Ainsi, Monsieur Djoudi estime pour sa part qu'il faut revenir à une interprétation téléologique des dispositions en la matière, et ne pas omettre qu'elles prennent place au sein d'un titre consacré à la protection de la confiance[313]. Comme nous l'avions souligné, le banquier est dans une relation *intuitu*

310C. Mascala, précité, n° 62.
311Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 11ème édition, 2015, p. 14.
312V. En ce sens, Crim. 14 mai 1859, Bull. crim. n° 128 ; Pau, 22 nov. 1949, Gaz. Pal. 1950, 1, p. 13 ; Crim. 21 avr. 1970, Bull. Crim., n° 136.
313J. Djoudi, « Les fausses factures et le délit de faux », article précité.

personae, antinomique des précautions recommandées par la jurisprudence la plus classique sur la caractérisation du faux. Réduire les écarts d'interprétation en la matière nécessite pour Monsieur Mayaud la reconnaissance du concept de «crédibilité légitime[314] ». Ce dernier évoque que la force de conviction du mensonge ne puisse faire l'objet d'un aménagement préalable mais retire sa force de conviction d'un certain vécu social. Ainsi, c'est le milieu qui pourrait légitimer certaines croyances, ce qui justifierait une prise en compte au cas par cas. Nous ne pouvons que souscrire à une telle analyse dont la critique légaliste semble pourtant évidente. L'interprétation téléologique n'est toutefois pas proscrite en droit pénal. Définir *a priori* le mensonge correspond selon nous à la négation de sa composition intrinsèquement sociologique. Il est fonction d'un milieu, de ses habitudes, d'une pratique et surtout d'un moment. Il est également fonction de son destinataire et du contexte de la relation en cause. Adaptée à la pratique bancaire, la crédibilité légitime est celle qui irrigue la relation que le client entretient avec son banquier, basée sur le confiance. Or, nous avons mis à jour les usages en la matière. Le banquier fait plutôt confiance et n'est pas regardant quant à la réalité des factures qui lui sont remises. Le système l'y encourage d'ailleurs, c'est également ce que nous avons voulu souligner. Il serait alors bien indélicat de lui reprocher sa légèreté là où précisément, d'autres lois lui commandaient de faire confiance.

122. *Conclusion de la section et du chapitre*. Le rôle négatif que la facture symbolise à travers le faux résulte d'une conjonction juridique. D'abord, le milieu des affaires et son législateur exigent de la fluidité et de la confiance. Celles-ci supposent alors un délaissement de la consistance et une préférence pour l'apparence. De plus, le droit pénal des affaires et ses méthodes d'interprétation mettent à jour une rigidité évidente, qui contraste avec la souplesse économique. Dès lors, la fausse facture peut être un outil frauduleux puissant. Sa circulation est assurée par le milieu des affaires et la pratique bancaire, tandis que les ressorts du droit pénal s'avèrent impropres à la maîtriser, si ce n'est grâce à des méthodes indirectes. La fausse facture permet de mentir au banquier

314Y. Mayaud, « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », article précité, spe. p. 113.

sans que le droit pénal n'y voit un mensonge digne d'être protégé. Voilà un premier paradoxe porté par le document.

123. *Conclusion du titre : de la représentation au transport.* En tant qu'outil de représentation du lien contractuel, la facture assume ainsi un rôle classique, à la fois positif et négatif. Son rôle positif est variable mais pourrait bien se stabiliser à l'heure de la facture électronique, qui comme nous en tâcherons d'en rendre compte, propose une connexion efficace en apparence entre la facture et sa source, le contrat. Son rôle négatif résulte de son utilisation frauduleuse. En tout état de cause, il ne pouvait point être passé sous silence la pérennité d'une relation aussi évidente. C'est le rappel à l'image paisible du lac contractuel : la facture cherche avant tout à doubler l'existence du contrat en lui assurant une représentation fidèle, soit qu'il s'agisse d'une représentation positive, soit qu'il s'agisse d'une représentation négative parle truchement du faux. Pourtant, le même document va bientôt être en charge de transporter la matière contractuelle. La facture s'alourdit considérablement en assumant cette autre fonction. Elle intègre une dimension active et se charge, sans doute à contre-courant de sa nature première, de transporter la matière contractuelle, posant ainsi la question de son acceptation. En effet, sa valeur informationnelle s'enrichit de clauses contractuelles dont l'acceptation peut être parfois douteuse en raison de leur défaut de communication antérieure. Le contentieux vient alors confirmer l'avènement d'une relation particulière entre la facture et le contrat. Elle qui jadis n'en était que la fidèle copie pourrait en devenir le complément, comme tout autre document contractuel (Titre 2).

TITRE 2.

La facture, mode de transport de la matière contractuelle : l'avènement d'une relation particulière

124. *Transport des clauses et transport du prix.* Il n'est pas étonnant que la facture puisse contenir diverses clauses d'exécution du contrat au nom d'une certaine inflation de la charge juridique contenue dans le document. En effet, nous avons déjà pu observer que l'institution d'origine purement comptable avait été révélée à la sphère juridique, notamment par la voie contentieuse, en ce qu'elle pouvait, au-delà de sa dimension comptable classique de « report » de l'opération et de rappel adressé au débiteur, officier en tant qu'outil de « transport » de la matière contractuelle souvent accessoire, composée notamment d'une clause de réserve de propriété ou d'une clause d'élection de for (Chapitre 2).

Il est en revanche plus original de constater que la facture peut dans une certaine mesure transporter le prix du contrat. Cette observation tient à la conséquence du développement de l'unilatéralisme en droit des contrats[315] et tout particulièrement à la possibilité d'une fixation unilatérale du prix. Bien loin de sa fonction de réitération

315R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préface A. Lyon-Caen, LGDJ, Paris, 1998 ; Ch. Jamin et D. Mazeaud (sous la dir. de) *L'unilatéralisme en droit des obligations*, Economica,1999.

contractuelle, la facture se trouve investie d'une fonction informative qui ne concerne plus classiquement le rappel d'un passé choisi mais l'annonce d'un futur probable, dont seul le principe était connu des parties (Chapitre 1).

Chapitre 1.

De la possibilité d'un transport du prix du contrat.

125. Les liens évidents qu'entretiennent paiement et facture méritent d'être soulignés (section préliminaire). En effet, si l'obligation au paiement était d'ores et déjà contenue au titre d'un contrat synallagmatique au sein de la convention des parties, elle n'est dans certaines situations qu'identifiée dans son principe. Le principe du paiement se distingue alors de son montant, dont la révélation empruntera pour la première fois le support de la facture (Section 1). Quoiqu'il en soit et que le prix du contrat soit connu des parties lors de la conclusion du contrat ou non, son transport par le véhicule de la facture doit s'exécuter de bonne foi (Section 2).

Section préliminaire : De l'objet de l'invitation au paiement.

Évoquer le paiement et son prix permet de faire le constat du recours aux usages en la matière (§1) avant la visite obligatoire du lien entre l'invitation au paiement et la théorie du paiement (§2).

§1. L'objet de l'invitation au paiement : prix, facture et usages.

126. *Prix*[316]. Au titre des éléments qui composent naturellement la facture, le prix prend une place largement constitutive du document. Ce dernier habite la facture définitive et permet ainsi de distinguer le document de ses voisins contractuels en ce que son prix ne correspond plus à une projection contractuelle comme il peut l'être au sein du devis, susceptible comme telle d'évolution et de modification, mais bien à un état contractuel figé et aussi définitif que possible tant qu'aucun contentieux à son sujet ne se déclare.
Plus spécialement, le prix peut être défini comme une « *somme d'argent due par l'acquéreur au vendeur*[317] » ou encore dans sa composition comme « *tous les éléments qui profitent au vendeur et qui correspondent dans son patrimoine à la valeur de la chose vendue* [318] ». Essentiel à la validité du contrat de vente[319] comme nous aurons l'occasion de le redire, sa révision ne fait pas légion en droit des contrats. D'inspiration libérale, le code civil ne connaît véritablement que la rescision pour cause de lésion pour

316 L. Ruet, « Les quatre fonctions du prix », LPA 2005, n° 144. p. 4 ; A. Gherbi, *Le prix du contrat*, thèse Strasbourg, 2011.
317G. Cornu, Vocabulaire juridique, V° « Prix ».
318M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème édition, t. 11, Paris, LGDJ, 1952-1960, spe. n°243 ; J-B. Racine, « La notion de prix en droit contemporain des contrats », RIDE 1999, p. 777.
319J-M. De Bermond De Vaulx, « La détermination du prix dans le contrat de vente », JCP G 1973, I, p. 2567.

réviser le prix d'une vente et cela à des conditions relativement strictes. De consécration exceptionnelle, la lésion fait en effet l'objet d'une application particulièrement rigoureuse afin de ne pas heurter le principe dégagé à l'article 1118 du Code civil[320]. Fort du principe de la force obligatoire des conventions, l'article 1134 du code civil ne fait guère plus de place à la révision du prix du contrat sous réserve évidemment des hypothèses solidaristes dont nous avons rendu compte et qui amenuisent l'effet comminatoire de la facture, celles-ci pouvant être directes ou indirectes. Conçu ainsi, le prix se devrait systématiquement de refléter un état juste[321] et partant inviolable, au nom du respect de l'autonomie de la volonté et de l'alchimie entre l'offre et la demande.

L'article L410-2 du code de commerce dispose en effet que par principe « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ». Cette dernière vision économique du prix démontre que le document est bien traversé par deux paradigmes : c'est à la fois le reflet d'une rencontre entre deux volontés particulières mais également, dans sa dimension obligatoire, la trace d'une opération économique qui se doit d'être transparente[322].

127. Droit spontané[323] *et facture : triple niveau d'influence.* La fréquence de l'établissement et de l'émission des factures pour les commerçants ne pouvait laisser indifférents « *les usages, assez naturellement, mais aussi une cohorte de pratiques, relations d'affaires (...) recommandations et autres avis(...)*[324] ». Ces notions feront l'objet d'une définition au fur et à mesure de leur traitement et non immédiatement. Successivement, il sera question d'étudier leur influence sur le droit applicable à la facture au niveau de l'établissement de son prix puis quant aux clauses qu'elle peut contenir[325].

320Art. 1118 C. civ. : « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes...* ».

321M-A. Frison Roche, « L'indétermination du prix », RTDciv. 1991, p.269, spé. p. 270 : « *L'homme raisonnable ne recherche pas un résultat « à tout prix », mais le « juste prix », signe d'équivalence . Cet équilibre qui gouverne le prix par rapport à la chose, est présent dans toute action humaine : l'on exprime souvent sous le vocable de « bénéfice » le résultat d'une action qui rapporte plus de satisfaction qu'elle n'a coûté de sacrifice* ».

322V. Partie 2.

323P. Deumier, *Le droit spontané*, préface Jean-Michel Jacquet, Paris, Economica, 2002.

324P. Deumier, *Le droit spontané*, thèse précitée, spe. p. 19.

325V. Le chapitre 2 du titre 2 de la partie 1.

128. *Usages et prix.* La référence aux usages permet d'indiquer la nature du prix indiqué dans une facture entre commerçants, lorsque celle-ci ne fait pas état d'une mention particulière informant que le prix est à entendre hors taxes ou non. Cette question a fait l'objet d'un contentieux qui semble désormais réglé en vertu de pratiques répétées en la matière, alors novées en usages qui irriguent le droit de la facture et auquel ce dernier semble en l'occurrence pleinement attentif[326].

La question était d'une importance pratique redoutable pour les praticiens : en cas de silence du contrat sur ce point, le prix de vente stipulé ensuite sur la facture doit-il être considéré comme hors taxes ou toutes taxes comprises, sachant que la taxe sur la valeur ajoutée dont est redevable le vendeur, est normalement facturée à l'acheteur ?

Rendue à propos d'un contentieux relatif aux procédures collectives concernant l'acquisition d'une entreprise dans le cadre d'un plan de cession, la portée de la solution rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 9 janvier 2001[327] en dépasse largement le cadre.

Comme le révèle Monsieur Lienhard [328], la réponse à la question posée aurait pu se trouver au sein même de l'article 1593 du code civil en ce que ce dernier prévoit que « l*es frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur* » mais le même auteur ajoute immédiatement que « *malgré quelques flottements au niveau des juges du fond, il paraît acquis que cet article ne joue pas dans ce cas, la TVA s'analysant comme un élément qui grève le prix convenu avec le client et non comme un accessoire du prix*[329] ».

D'autant plus quand dans une autre décision plus ancienne[330] portant sur l'intégration de la TVA dans le prix du contrat, la Cour avait jugé que l'opposabilité au débiteur de l'usage selon lequel, entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes supposait que les parties aient expressément entendu l'adopter.

Ce n'est pourtant pas le cheminement juridique qui sera adopté par les hauts magistrats

326Sur cette tendance, V. J-Ph. Lévy, « Les actes de la pratique, expression du droit » RHDFE 1988-2, p.151.
327Com. 9 janvier 2001, n° 97-22212.
328A. Lienhard, « Entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes », D. 2001 p. 550.
329L'auteur cite alors une jurisprudence confirmative : Civ. 21 mai 1990, D. 1990, IR p. 146.
330 Com. 8 oct. 1991, CCC 1992, n° 1, note A. Leveneur.

en l'espèce. A nouveau, puisque le contrat s'avère silencieux sur ce point, la Cour n'a d'autre choix que de procéder à un contrôle de l'éventuelle dénaturation par les juges du fond de la convention par les parties. Elle doit alors rechercher, conformément à l'article 1156 du code civil, quelle a été la commune intention des parties contractantes. Surtout elle doit, cette fois-ci au nom de l'article 1159 dudit code, interpréter ce qui demeure ambigu « *par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* » au même titre que l'article 1160 permet de « *suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* ». A cela doit être ajouté que l'usage désigne des « *comportements qui, en raison de certaines de leurs qualités objectives et subjectives, bénéficient d'une force normative*[331] ». La Cour de cassation revient alors sur sa jurisprudence en déclarant sans ambages que « *procédant à l'interprétation nécessaire de l'offre de cession qui ne portait pas la mention hors taxes ou toutes taxes, l'arrêt retient que, selon un usage constant entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes, sauf convention contraire* ». La Haute juridiction était confrontée ici à un vide contractuel et elle a décidé d'approuver la cour d'appel d'avoir fait de cet usage « la loi des parties[332] » alors même que ce dernier n'était que conventionnel et partant susceptible d'être écarté. Il est également permis de songer, au titre des éléments pris en compte par le juge quant à l'opposabilité d'un tel usage, de la pertinence du contexte juridique global dans lequel il s'inscrit. Il serait pour le moins disharmonieux que les prix ne s'entendent guère hors taxes à l'heure où le législateur oblige le commerçant, à travers l'article L441-3 du code de commerce, à faire figurer sur la facture un « *prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus* ». Le silence des parties fonde donc ici l'acceptation de l'opposabilité d'un tel usage. En outre, la Cour redonne à l'usage une force salvatrice en renforçant considérablement son rôle de « présomption simple[333] ». Cet arrêt semble alors témoigner d'un mouvement plus vaste, traduisant une perméabilité entre l'usage de droit et l'usage conventionnel. A ce sujet, un auteur[334] estime que « *la distinction entre l'usage dit conventionnel et l'usage dit de droit est une simple*

331P. Mousseron, *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, Paris, LexisNexis, Droit & Professionnels, 2014, spe. p.3 n°7.
332A. Lienhard, « Entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes », article précité.
333*Ibid.*
334Salah M. Mahmoud, Rép. de. Com., Dalloz, V°« Usages commerciaux », spe. n°28.

distinction de degré qui concerne plus la façon dont le système juridique reçoit officiellement les règles élaborées par les professionnels que la nature de ces règles » tandis que d'autres parviennent à la conclusion qu'il n'existe que des usages conventionnels en matière commerciale[335].

Et pour preuve de cet estompement de frontière entre les deux notions, la solution a depuis lors été confirmée par un arrêt rendu le 8 janvier 2008[336] par la Cour de cassation, non publié mais dont nous nous proposons de faire l'écho. Il y était à nouveau question d'une facture faisant référence à un montant sans plus de précision. La Cour y juge que « *la société Gemplus ayant soutenu, dans ses conclusions, que sa facture faisait apparaître le montant hors taxes comme habituellement, ce dont il résultait qu'elle avait entendu se référer à la pratique suivie en cette matière par les commerçants, c'est sans violer le principe de la contradiction, que la cour d'appel après avoir relevé qu'il est d'usage entre les commerçants d'exprimer les prix hors taxes, a retenu que le prix de 65 000 francs devait s'entendre hors taxes* ».

Voilà tour à tour convoqués l'habitude, la pratique suivie et *in fine* l'usage. Cette solution fait jaillir un doute selon nous quant à sa « source validante », tant « *Il n'est pas, en effet, contestable que l'intervention du juge constitue un signe précieux de reconnaissance et d'effectivité de l'usage*[337] » interrogeant ainsi sur la nature de l'usage en question. Il est fait état d'une pratique suivie en cette matière par les commerçants et d'un usage entre commerçants. La réserve de la volonté contraire n'apparaît pas dans le raisonnement de la Cour de cassation. L'usage, jadis conventionnel, serait alors devenu « impératif ». La conséquence pratique est évidemment notoire en ce que l'identification d'un usage de droit s'impose sans qu'il soit besoin de sonder la volonté des parties, lorsqu'elle ne l'ont pas écarté. Néanmoins, la distinction perd immédiatement en pertinence puisque certains usages dits de droit comme celui de la capitalisation trimestrielle des intérêts dans les contrats de compte courant ne peuvent s'imposer contre la volonté des parties. Ces usages n'ont que la valeur d'une règle supplétive. Les tentatives de systématisation entre

335V. en ce sens, A.Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, Paris, 1984.
336Com. 8 janv. 2008, n° 06-16262.
337alah M. Mahmoud, Rép. dr. Com., Dalloz, V°« Usages commerciaux », spe. n° 23.

adage conventionnel et coutume[338] et entre adage de droit et adage de fait[339] ne semblent plus imprégner le raisonnement semblant en l'espèce renvoyer a une notion uniforme. Tout au plus, est-il possible de relever au sein de l'attendu conclusif que la « *facture faisait apparaître le montant hors taxes comme habituellement* », ce qui pourrait faire référence à la relation personnelle des parties, par opposition à la définition objective de l'usage qui semble retenue *in fine*. Mais l'expression semble trop discrète pour emporter la conviction. Surtout, elle n'est en rien complétée par l'existence d'une réserve mise à la disposition des parties pour écarter l'usage. Aussi, comme le souligne Monsieur Mousseron, « *les deux usages produisent des effets juridiques, ils sont tous les deux de droit ; les deux étant soumis à la volonté des parties, ils sont tout aussi conventionnels* ». Appliqué à la force de l'usage en matière de facture, nous soulignerons tout au plus que si les deux usages produisent des effets juridiques et à ce titre méritent tous deux d'être qualifiés d'usages de droit, leur vitesse de propulsion au sein de la sphère conventionnelle n'est peut être pas la même. Dans leur dimension négative, il est vrai que les deux types d'usages sont conventionnels en ce qu'ils peuvent toujours être écartés. Dans leur dimension positive, les deux types d'usages pourraient être distingués en ce que l'usage dit « de droit » bénéficierait d'une applicabilité plus directe que l'usage dit « conventionnel » qui procéderait d'une plus grande place laissée à la volonté des parties et ne serait applicable qu'à la condition qu'il fasse l'objet d'une référence expresse ou tacite de la part des parties. L'usage de droit serait alors soit tout bonnement exclu (il regagne alors son caractère conventionnel), soit applicable à défaut d'avoir été écarté (son caractère conventionnel est alors, dans une certaine mesure, relatif). Sa vitesse de propulsion est alors inexistante ou fort rapide, ne subissant pas le frein d'un examen de la volonté des parties qui n'ont pas su l'exclure. L'usage conventionnel de son côté, peut évidemment être exclu, tout comme il peut ne pas l'être. Dans cette dernière hypothèse, il subit le ralentissement d'un examen de la volonté de parties qui ont dû s'y référer expressément ou tacitement. Nous nous demandons tout de même si ce ralentissement n'est pas largement illusoire dans la mesure où la volonté tacite pourrait très largement

338F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1995, spe. p. 418 et s.
339J. Escarra, « De la valeur de l'usage en droit commercial », Ann. dr. Com. 1910, p. 97.

dégénérer en volonté présumée, au nom d'une preuve parfaite impossible à rapporter. Le résultat en serait identique au prétendu « usage de droit » puisque déduit et en ce sens objectivisé, l'usage s'appliquerait peut-être contre la volonté réelle des parties. La tentative d'une systématisation absolue à propos des usages semblent donc vouer à l'échec et leur distinction, comme le souligne Monsieur Mousseron, fort poreuse. Les deux jurisprudences citées à propos des factures font plutôt état d'une distinction pour le moins fragile, mettant le juriste au défi d'une classification qui l'habite souvent de façon obsessionnelle, là où le droit spontané ne demande justement peut être pas à devenir un droit organisé[340].

§2 La facture, une invitation au paiement.

129. *Paiement.* Le paiement exprime au sens courant « *le versement d'une somme d'argent en exécution d'une obligation de somme d'argent*[341] ». Si en réalité, la lecture de l'article 1235 du code civil nous apprend que le paiement est une notion plus large et qu'elle embrasse toute exécution d'une obligation quel que soit son objet, c'est particulièrement le sens courant de la notion de paiement qui évidemment nous intéresse ici. La question de la nature juridique de l'institution divise[342]. La doctrine y voit classiquement une « *convention en vue d'éteindre l'obligation primitive*[343] » entre le créancier et le débiteur, ce dernier proposant d'exécuter son obligation afin d'être déchargé et le créancier l'acceptant ou encore un acte juridique unilatéral, la libération du débiteur ne dépendant pas de la volonté du créancier[344]. Toutefois, le paiement a

340Sur cette distinction V. J-L. Bergel, *Théorie générale du droit,* ouvrage précité, spe. p. 61.
341G. Cornu, Vocabulaire juridique, V° "Paiement".
342G. Loiseau, « Réflexion sur la nature juridique du paiement », JCP G 2006, I, p.1789 et s.
343 J. Carbonnier , *Droit civil, Les obligations*, PUF, t. 4, 22ème édition, Thémis, 2000, spe. n°327 ; A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, t. I, refondu par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1957, spe. n°100 ou encore R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t.3, Paris, Rousseau, 1923, spe. p.142 n° 87 **;** F. Galonie de Miremont, *Du paiement en droit romain et en droit français, considéré comme mode d'extinction d'une obligation civile*, thèse Toulouse, 1872.
344A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14ème édition, 2014, Montchrestien, n° 783.

également pu être analysé comme un fait juridique[345] puisque c'est la loi qui, bien avant la volonté des parties, produirait l'effet extinctif du paiement. *In fine*, la nature hybride[346] du paiement semble se dégager, ce que semble confirmer la jurisprudence[347].

130. *Facture et paiement.* « *A force de distinguer dans nos cours la naissance des obligations et leur extinction, nous regardons volontiers le paiement comme le simple déroulement de ce qui précède. Nous le reléguons en queue et nous ne recueillons qu'une attention modérée, car normalement la fin de l'histoire était déjà inscrite dans le début*[348] ». Cette proposition pourrait tout à fait convenir à la facture. Son désintérêt doctrinal s'explique en ce qu'elle ne correspond classiquement qu'à une photographie du contrat, permettant d'identifier les protagonistes et l'objet de leur rencontre.

L'apparente proximité entre la facture et le paiement ne fait pourtant pas légion parmi les études classiques sur le sujet du paiement. Pour ne citer qu'un exemple probant, la thèse de Madame Catala sur la nature juridique du paiement[349] ne contient par exemple aucune référence à la facture dans son index. Il est tout à fait remarquable de voir que la tendance est générale. Tout au plus les auteurs abordent la question et il n'est même pas certain qu'il faille y voir un appel à la facture. Pourtant, lorsque Monsieur Grua évoque la nécessité d'une « organisation du paiement[350] » car « l'obligation commande de payer mais ne dit pas comment[351] », il est presque frustrant de ne pas voir apparaître la facture au titre d'un rôle de concrétisation de l'obligation de paiement. Aussi, Madame Deschamp-Poulin[352], pour qui « *le paiement est un composite (...) le résultat d'interactions entre des éléments objectifs, tels que le droit et plus précisément l'obligation préalable, et des éléments subjectifs, que sont les volontés respectives du*

345N. Catala, *La nature juridique du payement*, Montpellier, ed. J. Reschly, 1960.
346V. en ce sens A. Sériaux, « Conception juridique d'une opération économique : la paiement », RTDciv. 2004, n° 2, p. 225.
347V. par exemple Civ. 19 mars 2002, D. 2002, p. 1324 ; Soc. 11 janv. 2006, IR. 250, obs. Ph. Delebecque ; Civ. 6 juill. 2004, RDC 2005, p. 286, obs. P. Stoffel-Munck.
348F. Grua, « L'obligation et son paiement », *in* Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p. 479.
349N. Catala, *La nature juridique du payement*, thèse précitée.
350F. Grua, « L'obligation et son paiement », article précité, spe. p.480.
351F. Grua, « L'obligation et son paiement », article précité, spe. p.481.
352C. Deschamp-Poulin, *La cause du paiement : une analyse innovante du paiement et des modes de paiement*, préface A. Prüm, Larcier, 2010.

débiteur, du créancier et très fréquemment du tiers solvens[353] » ne fait pas mention de la facture au titre de ces interactions et Madame Catala de préciser qu'il existe en sus du paiement des « *actes précisant ou modifiant la nature de la prestation due* » qui « *facilitent le paiement* »[354], approchant alors la facture d'encore plus près.

131. *Fixation unilatérale du prix et nature juridique du paiement d'une somme d'argent, indifférence relative.* Nous avons fait état des thèses en présence à propos de la nature juridique du paiement qu'il convient à présent de confronter à l'hypothèse de la fixation unilatérale du prix. La jurisprudence étudiée démontre qu'à cet égard, le caractère hybride du paiement ne peut être que confirmé. Le paiement immédiat du *solvens* pourrait, il est vrai, être compris sous l'égide de la théorie du fait juridique. Quant à la théorie de l'acte juridique, elle suppose d'une part la proposition du *solvens* et l'acceptation de l'*accipiens*. C'est ici que les rapports semblent inversés. Ne pourrait-on pas penser que c'est l'*accipiens* qui propose au *solvens* une facture dont l'acceptation par le *solvens* conditionnera l'effet extinctif du paiement ? Dans cette hypothèse, le *solvens* peut bien justifier d'un refus d'exécuter son obligation de payer une somme d'argent à l'*accipiens* en raison d'un abus dans la fixation unilatérale du prix. En réalité, le domaine particulier du droit du paiement ne permet pas de valider une telle analyse. En effet, si le *solvens* acceptait de payer le prix fixé unilatéralement par l'*accipiens*, ce dernier reste libre *in fine* et pour d'autres raisons, de refuser son paiement, forçant le *solvens* pour qui « *Le paiement n'est pas seulement (…) un devoir, mais aussi un droit*[355] », à utiliser la procédure dite des offres réelles et de la consignation[356].

Fort du constat d'une absence de lien net entre la facture et le paiement, nous voudrions démontrer au sein des deux prochaines sections que la facture contribue de manière indubitable à la bonne réalisation du paiement. Deux éléments au moins fondent ce rapprochement.

353C. Deschamp-Poulin, *La cause du paiement : une analyse innovante du paiement et des modes de paiement,* thèse précitée, spe. p. 55.
354N. Catala, *La nature juridique du payement*, thèse précitée, spe. n° 109, p.182.
355Ph. Simler, Y. Lequette et F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 11ème édition, 2013.
356Art.1257 à 1264 du code civil.

132. *Valeur informationnelle de la facture*. Le premier tient en la valeur informationnelle du document. Le principe est que le paiement d'une somme d'argent ne peut avoir lieu s'il ne correspond point aux « *données initiales du lien obligatoire*[357] ». Néanmoins, cela n'a de sens que dans les hypothèses ou le lien obligatoire fait état d'un prix bilatéralement convenu. Or, nous verrons que la facture peut contenir le prix du contrat qui jusqu'à lors n'était pas connu des parties en vertu d'un droit à la fixation unilatérale du prix applicable dans certains cas. En effet, sans pour autant faire de référence au couple facture-paiement, Monsieur Sousi n'a-t-il pas raison de remarquer qu'exécuter son obligation de payer une somme d'argent, c'est inviter le débiteur à « *verser une certaine quantité de monnaie à son créancier*[358] » ? Dès lors, la facture étant parfois porteuse de la révélation du prix du contrat, c'est bien elle qui permettra, par cette information fournie a u *solvens*, la bonne exécution de l'obligation de payer l'*accipiens*. De manière plus accessoire, la valeur informationnelle du document tient aussi aux volontés du créancier qu'elle peut laisser apparaître quant à la réalisation du paiement. Notamment, la facture pourra comporter les informations utiles au *solvens* pour payer. Il en va de l'indication d'un mode de paiement, auquel cas celui-ci pourrait générer de plus amples précisions (ordre du chèque, numéro de compte en cas de virement, etc..) ou du refus exprimé par le créancier au sein de la facture d'un paiement fractionné, au nom du principe de l'indivisibilité du paiement dégagé à l'article 1244 du code civil. Le constat d'un essor du document, vecteur du prix du contrat, s'impose.

133. *Valeur contractuelle du document*. Le paiement, entendu au sens de la recherche d'une satisfaction du créancier[359] pourrait bien être perturbé par la théorie de l'abus dans la fixation unilatérale du prix. En effet, dans l'analyse précitée, Monsieur Rouvière fait justement état de ce que l'envers du paiement réside dans la satisfaction du créancier, justifiant alors un ensemble de remèdes contractuels en cas de non-paiement et donc d'insatisfaction afin que le créancier soit *in fine* satisfait. Il sera précisé que l'envers du paiement dépend tout de même fortement du décor contractuel au sein duquel le

357N. Catala, *La nature juridique du payement*, thèse précitée, spe. p.151.
358G. Sousi, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », RTDciv. 1982, p. 514, spe. p. 516.
359F. Rouvière, « L'envers du paiement », D. 2006, p. 481.

paiement a lieu et qu'une recherche de l'envers de l'insatisfaction s'impose. En effet, nous observerons qu'en matière de fixation unilatérale du prix, c'est bien le créancier qui pourrait générer sa propre insatisfaction, obligé d'indemniser le débiteur en vertu d'un abus, antinomique de la satisfaction escomptée et pourtant consubstantielle au paiement[360]. Mais il doit être également rendu compte de ce que cette insatisfaction pourrait tout aussi bien provenir des conditions de délivrance de la facture, reflétant pourtant un prix fixé de manière bilatérale, mais qui n'a pas été générée conformément à l'exigence de bonne foi issue de l'article 1134 alinéa 3 du code civil.

360L'abus dans la fixation du prix peut en effet être compris comme un moyen de permettre au juge de réduire le prix du contrat.

Section 1 : De l'essor de la facture : la possibilité d'une fixation unilatérale du prix du contrat.

134. Si le transport unilatéral du prix est un phénomène classique au droit des contrats spéciaux (§1), la possibilité reconnue de la fixation unilatérale du prix renouvelle la question du prix porté sur la facture (§2).

§1. Du transport unilatéral du prix du contrat : un phénomène classique au droit des contrats spéciaux.

135. *Nature du contrat et fixation unilatérale du prix*. Il est des situations où la facture, bien qu'*a priori* antinomique du transport de la nouveauté contractuelle, a toujours été chargée, en raison de la nature du contrat, d'en transporter le prix sans que ce dernier n'ait fait l'objet d'un accord préalable, si ce n'est évidemment quant à son principe. Le cas des honoraires fait notamment état d'un prix indéterminé lors de la conclusion du contrat. Correspondant à la « *rémunération (fixée de gré à gré ou tarifée) des services rendus par une personne dont l'activité est indépendante et non salariée*[361] », la doctrine a pu évoquer à propos des exemples qui suivront de véritables « marchés sur facture »[362]. Pour ces contrats, la jurisprudence n'a pas fait application de l'article 1129 du code civil car le prix « *dépend d'une activité humaine, dont l'étendue peut ne pas être connue*[363] ». La

361G. Cornu, Vocabulaire juridique, V° «Honoraires».
362P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrat spéciaux*, Paris, LGDJ, 7ème édition, 2015, spe. p.446.
363*Ibid.*

règle consiste ici à accepter un réexamen des honoraires, quand bien même ils auraient été déterminés à l'avance. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous en formulerons quelques exemples.

136. *Contrat d'entreprise*[364]. Ancien « louage d'ouvrage » tel que le code civil le définit encore en ses articles 1779 et suivants, la jurisprudence a défini la notion comme étant « *la convention par laquelle une personne s'oblige contre rémunération à exécuter un travail de façon indépendante et sans représenter son cocontractant*[365] ». Tandis qu'un maître de l'ouvrage commandera un travail, l'entrepreneur se chargera de l'effectuer.
Le caractère déterminé ou déterminable du prix posé par l'article 1129 du code civil ne concerne pas le contrat d'entreprise[366]. Ainsi, la jurisprudence a toujours posé en principe qu'« *un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel d'un contrat de cette nature*[367] », ce qui en fait un trait caractéristique de ce contrat.
C'est alors bien à la facture qu'il appartient de fixer le montant exact du prix du contrat[368]. Le domaine particulier du contrat d'entreprise se fait alors fort de réduire le degré d'incertitude entourant la délivrance finale du prix. A cette fin, la facture est souvent précédée de la méthode des séries de prix ou du « *marchés sur devis, au sein desquels le prix n'est pas fixé globalement dans le contrat mais article par article, suivant le devis. Il ne peut être déterminé qu'à la fin des travaux, d'après la quantité exécutée*[369] ». Dans ce cadre, la facture finale opère un lien net avec le paiement en ce qu'elle permet au *solvens* de connaître le résultat final de l'opération à laquelle conduit la multiplication des quantités avec leur prix, sa valeur informationnelle permet une réalisation du paiement plus efficace et accélère son effet extinctif. Toutefois, un risque pèse donc de manière

364M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème édition, t. 11, Paris, LGDJ, 1952-1960, spe. n° 906 ; Ph. Delebecque, *Le contrat d'entreprise*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1993 ; B. Boubli, Rep. dr. Com., Dalloz, V° « Contrat d'entrprise ».

365Civ. 19 févr. 1968, RTDciv. 1968, p. 558, note G. Cornu : « *le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage ; il en résulte que ce contrat, relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation* », ce qui permet une distinction avec le mandat.

366Civ. 20 fev. 1996, Bull. civ. I, n° 91.

367Civ. 15 juin 1973, D. 1973, IR 199 ; JCP G 2001, I, p. 301, obs. F. Labarthe ; CCC 2001, n° 38, note A. Leveneur.

368Ph. Malinvaud, « Les règles de paiement de l'entrepreneur dans les marchés privés de travaux », RDI 2013, p. 53.

369Ph. Malaurie, L. Aynès et P-Y. Gautier, *Les contrat spéciaux,* ouvrage précité, spe. p.449.

évidente sur le maître de l'ouvrage puisque les quantités déterminées à l'avance ne sont pas définitives. La responsabilité de l'entrepreneur ne sera retenue que si le dépassement est manifestement excessif[370]. Pour éviter l'arbitrage du juge[371], la période précédant la délivrance de la facture finale devra se doter d'instruments permettant une description efficiente des ouvrages à produire. En ce sens, la jurisprudence affirme qu'à défaut d'accord certain sur le montant des honoraires dus pour le louage d'ouvrage, la rémunération peut être fixée par le juge en fonction des éléments de la cause[372].

137. *Honoraires d'avocats.* Il en va également des honoraires facturés par un avocat[373]. Il s'agit d'un phénomène daté[374] puisque conformément à l'article 11-1 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat ainsi qu' à l'article 10 de la loi de 1971[375], les honoraires peuvent n'être fixés qu'à l'issue de la mission de l'avocat et de manière unilatérale par ce dernier. En conséquence, quand bien même ces derniers auraient été fixés à l'avance, ils peuvent être soumis à un réexamen judiciaire. Là encore, la facture ou note d'honoraires sera impactée par l'intervention du juge de l'honoraire qui d'après le même article sont fixés « *selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et de ses diligences*[376] ».

La méthode n'est alors que plus logique en l'absence totale de note d'honoraires. Le juge retrouve alors son pouvoir d'appréciation et de fixation des honoraires[377] et, de manière classique, la jurisprudence la plus récente le confirme[378].

En revanche, il est des situations où la facturation des honoraires ne peut plus subir de

370Civ. 3ème, 22 avr. 1971, Bull. civ. III, n° 260.

371F. Labarthe, « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise », *in* Études offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux, Litec, 2003, p. 275.

372Civ. 4 oct. 1989, Bull. civ, I, n°301 ; Com. 2 mars 1993, D. 1994, somm 11 obs. J. Kullmann.

373R. Martin, « La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire. Recherches archéologiques », JCP G 1999, I, p. 110 ; B. Boccara, « Du pouvoir judiciaire de réduction de l'honoraire de l'avocat. Libres critiques de la dialectique judiciaire », Gaz. Pal. 1998, Doctr. 1142 ; E. Serverin, « Le contrôle du juge sur les honoraires d'avocats : deux procédures, deux poids et deux mesures », Rev. Trav. 2010, p. 50.

374Civ. 9 mai 1866, DP 1866, 1, p. 246 ; Req. 28 mai 1913, S. 1915, 1, p. 116 ; Civ. 17 juin 1970, Gaz. Pal. 1970, 2, p. 81 ; L.Sebag, « La détermination des honoraires de l'avocat après l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 1970 », D. 1970, Chron. 177.

375Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

376Civ. 3 mars 1998, JCP G 1998, II, 10115 ; Civ. 3 mars 1998, DA 1998, p. 576 ; Civ. 6 juin 2000, n° 97-18.188, Bull. civ. I, no 172 ; elle est également reprise par la deuxième chambre : Civ. 2ème, 13 mars 2003, Bull. civ. II, n° 59.

377Soc. 24 juin 2008, n° 07-16.636.

378Orléans, 22 avr. 2015, D. actu. 7 mai 2015, note A. Portmann.

modifications ultérieures. Il en va ainsi lorsque le client a accepté, après service rendu, le montant de l'honoraire réclamé par l'avocat[379]. Cette solution s'explique aisément par le retour à la bilatéralité dans la fixation du prix dont nous avions vu qu'elle engendrait automatiquement un recul voire une disparition du pouvoir du juge, au nom du respect de la force obligatoire du contrat.

Il est possible d'étendre le sens de cette jurisprudence à tout « contrat sur facture » au sein duquel le prix est fixé par l'entrepreneur après réalisation du travail. Mais alors, une certaine exigence de loyauté semble émaner du contentieux relatif à ce type de contrat, en même temps que le juge doit rester garant du contrôle d'un éventuel excès. En témoigne un arrêt rendu par la première chambre civile le 18 novembre 1997. En l'espèce, un expert-comptable avait demandé en justice le payement de ses honoraires que le client avait trouvé excessifs. La cour d'appel avait refuser de les modérer estimant qu'« *il n'appartient pas à la justice (…) d'examiner la qualité de la consultation et, faute de contrat d'honoraire, il importe uniquement de rechercher si la facturation est ou non exorbitante eu égard à la réputation du consultant au aux usages de la pratique* ». Mais l'arrêt est cassé au double visa des 1134 et 1315 du code civil. Selon la Cour de cassation, « *il incombe au prestataire, en sa qualité de demandeur, d'établir le montant de sa créance et à cet effet, de fournir les éléments permettant de fixer ce montant, et il appartient au juge d'apprécier celui-ci, en fonction notamment de la qualité du travail fourni*[380] ». L'ensemble de la jurisprudence citée se trouvait alors être bien en avance sur son temps puisque il en ressort déjà l'obligation pour celui qui fixe le prix de manière unilatérale de fournir les éléments permettant de fixer le montant réclamé. C'est également ce qui ressort nettement de l'article 1163 du dernier avant projet de réforme du droit des obligations à propos des contrats cadres et des contrats à exécution successive[381] et qui justifie d'autant l'appel d'une partie de la doctrine à l'élaboration d'un

379Civ. 2 avr. 1997, Bull. civ., I, n° 113 ; Civ. 2ème, 7 mai 2003, n° 01-15.607 et 01-15.923 , Bull. civ. II, n° 129 ; Civ. 2ème, 5 juin 2003, n° 01-15.411 , Bull. civ., II, n° 169 ; Civ. 2ème,18 sept. 2003, D. 2004. Somm. 2830, obs. Blanchard ; Civ. 2ème, 6 mars 2014, D. 2014, p. 672, obs. Blanchard.

380Civ. 18 nov. 1997, Défrénois 1998, p. 405, obs. A. Benabent ; RTDciv. 1998, p. 372, obs. J. Mestre.

381Art. 1163 C. civ. : « *Dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation* ».

régime de fixation unilatérale du prix cohérent et étendu[382].

§ 2. De l'essor de la facture à la lumière des contrats-cadre.

138. L'idée défendue ici est de constater l'élargissement du spectre de la matière contractuelle dont la facture peut être chargée. Si l'hypothèse de certains contrats spéciaux plaçait déjà la facture dans une position originale quant au transport du prix du contrat, le cas des contrats-cadre participe de l'agrandissement du véhicule de la facture comme mode de transport du prix du contrat. Au nom d'un certain pragmatisme, nous ferons donc le constat que la fixation unilatérale du prix profite à l'essor de la facture en tant que document vecteur du prix du contrat.

139. *Contrat cadre*[383]. L'accord de distribution conclu entre un fournisseur et un de ses clients peut être compris comme un accord-cadre fixant un ensemble de règles selon lesquelles s 'exécuteront les contrats cette fois ci d'application, c'est-à-dire les ventes qui interviendront de manière successive entre les parties en application du contrat et ce jusqu'au terme prévu[384]. En d'autres termes, « *le contrat cadre est un contrat qui ne détermine pas les termes essentiels de l'échange économique définitif : mais c'est en lui-même un contrat et il doit être soigneusement distingué des conditions générales, notamment dans un contrat de vente ou d'achat ; il implique l'obligation de conclure des contrats d'application ; le risque d'injustice par la conclusion d'un contrat déséquilibré fait l'objet d'un contrôle judiciaire sur la base de la théorie de l'abus*[385] ».

382C. Aubert de Vincelles, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », D. 2006, p. 2629.

383 F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, « Le contrat cadre par delà les paradoxes », RTDcom. 1996, p. 179 ; C. Lavabre, « Éléments de la problématique du contrat cadre », RJDA 2002, p.603.

384Ces contrats « *préparent les contrats d'application, par lesquels les parties exécutent, au moyen de ventes fermes, les engagements antérieurement pris* », selon MM. Malaurie et Aynès, *Droit civil, les contrats spéciaux,* 10ème édition, Cujas, 1997.

385J. Ghestin, « La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y rattachent », JCP E 1997, suppl. n°3-4, p.7.

140 *Fixation du prix et de la jurisprudence*. Pendant près de 25 ans, les tribunaux ont annulé les contrats de distribution commerciale en raison de la présence d'une clause laissant au fournisseur le pouvoir unilatéral de fixer le prix des marchandises achetées par le distributeur en exécution du contrat-cadre de distribution. Sur le fondement de l'article 1129 du code civil, le juge annulait le contrat en raison de l'indétermination de la quotité de l'objet de l'obligation du distributeur[386], après avoir épuisé les ressorts de l'article 1591 du code civil pour atteindre le même objectif qui exige, pour la vente, un prix déterminé[387]. La doctrine[388] s'est alors pleinement employée à remplir son office pour remédier aux inconvénients de ces diverses solutions en proposant d'autres alternatives pour l'avenir du contentieux. Elle est entendue par la Cour de cassation qui donne plein écho aux propositions formulées au sein des fameux arrêts de 1995[389] qu'elle rendra dans sa formation la plus solennelle. Nous rappellerons toutefois comme il est coutume de le faire en cette matière que déjà, dans deux arrêts rendus par la première chambre civile le 29 novembre 1994[390], la jurisprudence s'était montré particulièrement évolutive en décidant dans l'un des espèces que « *la convention litigieuse faisait référence à un tarif, de sorte que le prix en était déterminable, et qu'il n'était pas allégué que (le bailleur) eût abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime et ainsi méconnu son obligation de bonne foi* ». La jurisprudence s'avère plus audacieuse en 1995.

Les deux premières décisions concernaient des contrats de location-entretien d'installation téléphonique. Dans la première espèce[391], le locataire s'était vu réclamer le paiement de l'indemnisation prévue en cas de rupture anticipée de la convention conclue pour une durée de 15 ans. Conformément à la jurisprudence constante sur ce point, il avait alors invoqué la nullité du contrat pour indétermination du prix. Dans la seconde

386Com.17 nov 1980, Bull. civ., IV, n°378 ; Com 1er déc. 1981, Bull. civ., IV, n°418 ; Com 14 juin 1988, Bull. civ., IV, n° 206 ; Com 23 juin 1992, Bull. civ., IV, n° 249 ; M.A Frison Roche, « Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences », LPA 1993, n°147, p.14.

387Com. 27 avr. 1971, n° 70-10.216 ; Com. 5 nov. 1971, n° 70-11920.

388C. Atias, « Debout les ouvriers du droit ! (Autorité et poids de la doctrine) » *in* Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz 2005, p. 361.

389Ass. Plen. 1er déc. 1995 (4 arrêts), JCP G 1996, II, 22565, note J. Ghestin ; JCP E 1996, II, p. 776, note L. Leveneur ; D. 1996, p. 13, note L. Aynès ; RTDciv. 1996, p. 153, « Feu l'article 1129 sur le terrain du prix» obs. J. Mestre.

390Civ. 29 nov 1994, JCP G 1995, I, n° 22371, note J. Ghestin.

391Ass. Plen. 1er déc. 1995, n°91-15999.

affaire[392] tranchée le même jour par la Cour de cassation, c'est le fournisseur qui avait résilié le contrat et cela pour non-paiement des redevances et qui, réclamant l'indemnité contractuelle prévue, s'était vu opposer une demande d'annulation pour indétermination du prix. À hauteur d'appel, la nullité était systématiquement prononcée. Les deux décisions sont alors censurées au quadruple visa des articles 1709, 1710, 1134 et 1135 du code civil : « *Attendu que lorsque une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* ».

La troisième espèce[393] concernait la location d'une installation téléphonique servant à l'exploitation d'un hôtel, conclu pour une durée de dix ans. En l'occurrence, le cessionnaire du fonds n'avait pas voulu poursuivre l'exécution du contrat. Mécaniquement, le loueur réclama le paiement de l'indemnité conventionnelle tandis qu'il allait lui aussi être confronté à l'invocation par le locataire de l'indétermination du prix. Contrairement aux deux premières espèces, les juges d'appel n'avaient pas donné une suite favorable à l'exception de nullité invoquée. Le pourvoi formé contre leur décision a été alors rejeté par l'assemblée plénière qui énonce à son tour « *que l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix et la Cour n'ayant pas été saisie d'une demande de résiliation ou d'indétermination pour abus dans la fixation du prix sa décision est légalement justifiée* ».

Enfin, la quatrième décision[394] avait trait à un contrat de franchise conclu pour une durée de cinq ans au terme duquel le franchisé s'était engagé à n'utiliser que les produits du franchiseur. Plus précisément, le contrat prévoyait que les produits seraient vendus au tarif en vigueur au jour de l'enregistrement de la commande. Ce tarif était d'après le contrat celui du prix catalogue appliqué à l'ensemble des franchisés. Les juges d'appel avaient alors fait droit à une demande d'annulation du contrat pour indétermination du prix qui restait selon elle à l'entière discrétion du franchiseur. Au visa des articles 1134 et 1135 du code civil la décision de la cour d'appel est censurée. Selon la Haute Cour, « *la clause*

392Ass. Plen. 1er déc. 1995, n°91-15578.
393Ass. Plen. 1er déc. 1995, n°93-13688.
394Ass. Plen. 1er déc. 1995, n°91-19653.

d'un contrat de franchise faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ».

Ainsi, s'il est indéniable que ces arrêts constituent un revirement de jurisprudence, une interprétation téléologique des solutions précédant le revirement avec celles de 1995 pourraient néanmoins traduire un objectif commun, à travers l'utilisation de moyens différents[395].

Aussi, comme nous l'avions déjà soutenu au sein de la section préliminaire, la jurisprudence de 1995 propulse la facture au titre d'un document pouvant contenir le prix du contrat qui jusqu'à lors n'était pas connu des parties et cela en vertu d'un droit à la fixation unilatérale du prix, applicable dans certains cas. En conséquence, elle autorisera, par cette information fournie au *solvens*, la bonne exécution de l'obligation de payer l'*accipiens*, satisfait à hauteur du prix présenté sur la facture.

141. *La réserve des dispositions légales particulières*[396] : *l'essor de la facture, révélatrice d'un prix jusque là simplement déterminable*. Le prix du contrat ne peut faire l'objet d'un transport initial en tout point par le truchement de la facture en certains domaines. Ainsi, il est indéniable que la Cour de cassation visait au titre de l'exception à l'application de sa nouvelle jurisprudence l'hypothèse du contrat de vente. En effet, l'article 1591 du code civil prévoit que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* » afin que le contrat ne fasse l'objet d'une nullité[397]. Mais la jurisprudence s'est toutefois montré pragmatique en ce qu'elle a décidé d'assouplir l'exigence textuelle de l'article 1591 en décidant que ce dernier n'impose pas que l'acte porte en lui-même l'indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable[398]. Par exemple, la Haute Cour a pu décider qu'« *est déterminable en fonction d'éléments ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties le prix d'un contrat de fourniture de denrée fixé par référence au prix*

395M. Jamin défend l'idée d'une continuité jurisprudentielle au regard du sens de la jurisprudence antérieure, au nom d'une « *constance de la politique jurisprudentielle : permettre à la partie, qui ne dispose pas du pouvoir de négociation suffisant pour déterminer le prix, de se tourner vers la concurrence en cours d'exécution du contrat* ».

396N. Molfessis, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *in* Le contrat, question d'actualité, LPA 5 mai 2000, n°90, p. 41.

397Com. 30 nov. 1983 Gaz. Pal. 1984, 2, p. 675 note Calvo ; Civ. 18 avr. 2000, n° 98-16686, inédit.

398Civ. 3ème, 26 sept. 2007, Defrénois 2007, p. 1725, obs. R. Libchaber.

du marché, dès lors qu'il existe des cotations officielles significatives du marché de cette denrée »[399].

A nouveau, la valeur informationnelle de la facture la rend certainement constitutive d'un acte qui « facilite le paiement » comme Madame Catala en rend compte[400]. En effet, la facture contiendra le fruit des prévisions des parties quant au caractère déterminable du prix. En comportant un prix à présent déterminé, elle permet au *solvens* de connaître l'exacte étendue de son obligation de paiement d'une somme d'argent[401], nécessaire à la satisfaction de l'*accipiens* et à l'effet libératoire du paiement. A n'en pas douter, la facture est un acte visant à la bonne organisation du paiement, y compris au sein d'une sphère où pourtant le prix se doit d'être déterminable en vertu de critères extérieurs à la volonté des parties au jour de la conclusion du contrat.

142. *La facture, point d'équilibre au carrefour de choix idéologiques*. Nous avons exposé dans notre premier titre la fonction classique de la facture qui se doit de perdurer par essence, en tant qu'institution représentative du passé contractuel. Il n'est alors pas anodin de constater qu'à côté de cette fonction représentative du lien contractuel se dessine une fonction de concrétisation de ce même lien. Le phénomène est visible à travers le transport du prix du contrat que la facture est en charge d'assurer. Lorsque la facture reflète un prix connu des parties et simplement réitéré par le document, ce dernier est pleinement dans sa fonction de rappel, ce qui n'appelle pas de développement particulier. En vertu de l'article 1134 du code civil, le prix du contrat ne peut être en disharmonie avec le prix de la facture, lorsque ce dernier avait fait l'objet d'un accord entre les parties et que son montant était pleinement entré dans le champ contractuel.

Il n'en est pas de même lorsque la facture, forte de son unilatéralisme de conception, se double d'un unilatéralisme dans la fixation du prix du contrat. Néanmoins, en même temps que la facture peut s'avérer être un mode de transport privilégié d'un prix qui n'était jusqu' à présent pas connu de son destinataire en raison bien souvent de la nature même du contrat, il convient de révéler l'augmentation symétrique du pouvoir de révision

399Civ. 14 déc. 2004, CCC 2005, n°64, note L. Leveneur.
400N. Catala, *La nature juridique du payement,* thèse précitée, spe. n° 109, p.182.
401F. Grua, « L'obligation et son paiement », article précité.

du juge, sorte de garde-fou du consentement que le destinataire de la facture, jadis en position d'accepter la convention n'a pas pu donner précisément quant au prix *in fine* facturé.

Le droit de la fixation unilatérale du prix procède ainsi de la recherche d'un certain équilibre entre un pouvoir reconnu à une partie, dans certaines circonstances et pour certaines raisons, de la possibilité de fixer le prix de manière non concertée et un même pouvoir de révision reconnu au juge, alors même que ce dernier est irresponsable économiquement[402], organisant de la sorte une « réfaction officieuse du contrat »[403]en cas d'abus.

143. *La facture unilatérale créatrice d'un rapport triangulaire.* En somme, au moins potentiellement, la facture gagne en unilatéralité mais s'adresse potentiellement non seulement à la partie au contrat mais également au juge, la hissant ainsi au sein d'un rapport triangulaire dans lequel le juge aura une légitimité plus vaste quant au contrôle du contenu du prix de la facture, justement en raison du nécessaire contre-pouvoir dont il se trouve investi face à la puissance de la volonté unique de l'émetteur. L'objectif est *a priori* louable. Cette certitude d'un contrôle judiciaire potentiel du prix de la facture en aval en cas d'abus, décomplexé car reposant sur l'idée du contrôle d'une volonté unique et non plus sur l'œuvre d'une rencontre, invite certainement l'émetteur à adopter une attitude raisonnable. La crainte du contrôle pourrait alors générer une certaine objectivisation des échanges, un lissage des rapports économiques. Indirectement cette jurisprudence formulerait un nouvel appel à la loyauté dans les affaires ainsi qu'à la transparence[404]. A ce titre, l'article 1163 du dernier avant-projet de réforme droit des obligations est tout à fait évocateur. Il prévoit que « *Dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation* ». Nous

402M-A. Frison-Roche, « De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix », RJDA 1996, n°1, p.3.

403Th. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », *in* L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Colloque Universités de Lille II et de Paris-Val-de Marne, coll. Etudes juridiques, Economica, 1999, n°18, p.44.

404 M-A. Frison-Roche, « Va t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? » Rev. conc. Conso 1992, suppl., com. 92, p.13.

soulignons cette dernière expression tant elle imprègne le sens de notre propos. Cette demande de justification du montant que l'article L441-3 parachève par un énoncé de mentions obligatoires sur lesquelles le juge pourrait s'appuyer pour vérifier de la méthode de fixation du prix semble inhérente au droit de la facture, quand bien même cette dernière ne serait pas envisagée immédiatement dans sa sphère obligatoire. Ainsi, l'obligation de justifier en aval le montant de la facturation pourrait générer en amont, un codage de l'opération économique encore plus ample. En revanche, en même temps que cette potentialité interventionniste semble louable, elle interrogera évidemment les ressorts de la volonté individuelle prise dans le carcan de la crainte d'un abus dans la fixation unilatérale du prix. Elle fera craindre également les méthodes utilisées quant à la caractérisation d'un abus car la facture ne pourrait alors porter qu'un montant jugé *in fine* comme étant excessif en raison d'indices que la volonté de l'émetteur n'avait pas perçus, impactant alors la prévisibilité ainsi que la sécurité juridiques[405].

144. *Conclusion de la section: l'unilatéralité au bénéfice de la bilatéralité*. On pourrait alors légitimement se demander, aussi paradoxal que cela puisse paraître, si le contractant n'est pas mieux protéger par un juge interventionniste en matière de fixation unilatérale du prix en ce que l'acte unilatéral doit refléter néanmoins une « *bilatéralité du lien contractuel*[406] » que par un juge respectueux de la lettre du contrat au nom de sa force obligatoire lorsque le prix a fait l'objet d'un commun accord. Autrement dit, il convient de se demander si la jurisprudence autorisant la fixation unilatérale du prix « *ne se caractérise pas surtout par un souci plus grand de satisfaction de l'intérêt des deux contractants, autrement dit, si elle ne marque pas un progrès du bilatéralisme, entendu non formellement, comme la décision exprimée par les deux parties, mais substantiellement, comme la conformité d'une norme contractuelle à l'intérêt des deux parties*[407] ».

La question mérite d'être posée en ce que le prix facturé par une fixation bilatérale n'apparaîtra que rarement excessif, au nom de la liberté contractuelle et de la force

405M. Bandrac, « Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts d'assemblée plénière », JCP E 1996, suppl.n°5 p. 38.

406M-A. Frison-Roche,« Unilatéralité et consentement », article précité.

407Th. Revet, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », RDC 2012, p. 327.

obligatoire du contrat. Nous avions déjà, au sein de notre introduction, évoqué les diverses thèses qui pouvaient s'affronter à ce sujet. Il n'en reste pas moins que par principe, la fixation bilatérale du prix réduit considérablement les possibilités d'une intervention judiciaire tandis que cette dernière est consubstantielle à la fixation unilatérale du prix[408]. Évidemment, cette hypothèse ne peut avoir de sens qu'à l'aune des critères choisis pour déceler l'excès[409] d'une partie et sa pertinence ne fait pas l'unanimité. Certains ne manquent pas d'identifier « l'émancipation du pouvoir contractuel[410] » dont la fixation unilatérale du prix ne serait qu'une manifestation concrète parmi d'autres tandis que la dimension économique de l'opération[411] en serait la première responsable. Encore faut-il être certain du sens donné à l'évolution de la jurisprudence en la matière qui ne supporte pas au demeurant, de point de vue unique. Mais c'est bien l'arsenal de la bonne foi et de ses corollaires qui fondent la recherche de cette bilatéralité que la prérogative contractuelle a tenté de dissoudre (section 2).

Section 2 : D'un essor encadré par le recours à la bonne foi, principe directeur en matière de facturation.

145. *Double hypothèse*. L'article 1134 alinéa 3 du code civil dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Cette disposition concerne le droit de la facture à un double niveau. D'abord, il vient d'être dit que la fixation unilatérale du prix supposait un contrepoids judiciaire à même de déceler l'abus en la matière. Cet abus repose avant tout sur la notion de bonne foi, commandant une perméabilité des deux notions (§1). En dehors de l'hypothèse d'une fixation unilatérale du prix, l'obligation de

408Ch. Albiges, « Le développement discret de la réfaction du contrat » *in* Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz, Litec, 1999, p. 3.

409D. Bakouche, *L'excès en droit civil,* préface Michelle Gobert, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 432, 2005, spe. n° 244 à 251.

410 P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préface A. Lyon-Caen, Paris, LGDJ, 2004, spe. p. 192.

411S. Saussier, « L'indétermination du prix (à propos des arrêts de 1995), le point de vue d'un économiste » *in* Droit et économie des contrats, Paris, LGDJ, sous la direction de Ch. Jamin, p. 115, spéc p. 118 : « *Tout contrat de long terme est incomplet. La rationalité des agents leur interdit la mise au point d'un contrat complet. En effet, dès lors que la transaction prend place dans le temps, le niveau d'incertitude entourant la transaction ne peut plus être supposé nul, et les bornes de la rationalité des agents sont atteintes* ».

bonne foi irrigue de manière certaine les conditions de la délivrance de la facture tout comme elle commande au débiteur de la réclamer (§2).

§1. De la bonne foi, source de la découverte d'un abus en matière de fixation unilaterale du prix.

146. Présentation. L'essor d'une facture doublement unilatérale, dans son élaboration mais également dans le choix du prix du contrat à travers la fixation unilatérale du prix ne peut évidemment pas se concevoir sans limite. En ce que le contrat génère la facture comme une « suite contractuelle », une totale disharmonie entre l'esprit de la convention et sa lettre n'est pas acceptable. Bien plus, la facture ne peut être autonome qu'autant qu'elle ne froisse pas l'essence du contrat, qui à la lettre du code civil justement met à la charge des parties une obligation de bonne foi quant à l'exécution de leurs obligations. A la crainte d'un interventionnisme judiciaire excessif au titre du contrôle de la fixation unilatérale du prix, nous répondons que celui-ci est de fait, commandé par l'article 1134 du code civil. Il appartient tout autant au juge de faire respecter la convention au sens de l'alinéa 1er de l'article 1134 du code civil que de veiller à ce que celle-ci soit exécutée de bonne foi au nom d'une lecture circulaire et non pas hiérarchisée de l'article en cause[412]. Le motif d'intervention du juge n'est alors pas arbitraire. Il est encore moins question, selon nous, d'ingérence puisque c'est la convention elle-même, en ce qu'elle doit traduire la satisfaction de deux intérêts, qui convoque la nécessité d'une intervention judiciaire. Porteuse du prix du contrat, la facture ne peut compléter le contrat de manière unilatérale qu'à la stricte condition de ne pas trahir l'essence de la bilatéralité qui a généré quant à elle, l'existence du contrat-cadre. Bien entendu, cette conception de l'intervention judiciaire n'est possible qu'à la condition de faire de l'article 1134 alinéa 3 le siège de tout abus en matière contractuelle.

147. ***Bonne foi, source nourricière de l'abus.*** La ligne tortueuse que forment « *les*

412C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat », *in* Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Dr. Et pat., 1998, n° 3, p. 46.

méandres de la fixation abusive[413] » pourrait retrouver une certaine cohérence en se reconnectant à sa source première : la bonne foi dans l'exécution des conventions. L'abus, tel qu'il apparaît dans les arrêts de 1995, est en effet « *l'objet de toutes les interrogations*[414] » à tel point qu'il serait « opportun de recenser les diverses propositions[415] » faites à son sujet. Il pourrait alors notamment résider uniquement dans « *l'effet économique destructeur*[416] », la rupture de « *l'équilibre contractuel*[417] », consister en une « *référence au marché*[418] » et *in fine* être caractérisé « *au regard de l'obligation de bonne foi* [419]». Ainsi, trois tendances semblent se dégager. Certains feraient une analyse objective de l'abus à travers l'utilisation du concept de déséquilibre contractuel[420]. Pour d'autres, il s'agirait au contraire d'insister bien davantage sur la finalité de la clause de fixation unilatérale du prix recherchée par les parties[421] privilégiant une vision plus subjective de l'abus. Enfin, c'est la « finalité sociale », en tant qu'un ensemble de « *valeurs qui sous-tendent l'exercice des droits*[422] » qui devrait conduire à apprécier le détournement de la prérogative contractuelle de son but.

Ces distinctions mettent en évidence la complexité dans la recherche d'une caractérisation de l'abus en matière de fixation unilatérale du prix. Or, la facture doublement unilatérale doit trouver un contrepoids efficient. Aussi, le déploiement des conceptions aussi diverses que variées de l'abus témoigne de leur porosité naturelle. Enfin, elles tendent d'après nous à autonomiser un concept qui devrait rester fortement dépendant de sa source, en ce que seule cette dépendance justifie pleinement l'office du juge en la matière. Pour autant, le morcellement de la notion est naturel. Il n'est pas question de prôner une conception unitaire de l'abus en la matière mais d'évaluer la capacité d'une source unique telle que la bonne foi à offrir des solutions lisibles, dont il sera vu que leur caractère si peu technique au plan juridique est à présent critiqué.

413S. Amrani-Mekki et M. Mekki, « Droit des contrats », D. 2015 p. 531.
414R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, *Lamy Droit économique*, Wolters Kluwer France SAS, 2014, spe. n° 3932.
415*Ibid.*
416R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, *Lamy Droit économique*, ouvrage précité, spe. n° 3933.
417R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, *Lamy Droit économique*, ouvrage précité, spe. n° 3934.
418R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, *Lamy Droit économique*, ouvrage précité, spe. n° 3935.
419R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, Lamy Droit économique, ouvrage précité, n° 3936.
420M-A. Frison-Roche, « De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix », article précité.
421P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.
422 L. Josserand, *De l'abus des droits*, A. Rousseau, Paris, 1905, spe. p. 57.

148. *Pour une systématisation du contentieux de l'abus autour des canaux de diffusion de la bonne foi.* Pouvant se définir comme une norme de comportement qui s'impose au créancier comme au débiteur, la bonne foi oblige celui-là à s'abstenir « *d'exploiter abusivement sa situation de créancier, soit en utilisant un droit pour d'autres fins que les siennes, soit en poursuivant par l'exercice de ce biais la recherche d'avantages disproportionnés*[423] ». La source de la bonne foi est à ce point riche qu'elle a fait naître, à travers un contentieux qui ne tarit pas, des flux presque endigués autour du devoir de coopération, de loyauté[424] ou encore de cohérence[425]. Tout au plus la bonne foi trouve une origine commune à toutes ses manifestations dans l'idée qu'elle est « *l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif*[426] ». Tout l'intérêt d'une notion standard comme la bonne foi est justement de pouvoir se mouvoir et s'adapter à un contexte particulier. Néanmoins, faire de la notion un véritable caméléon juridique nous semble excessif tant le contentieux entourant la notion témoigne d'une systématisation plutôt réussie autour de pôles concrets. Ces pôles pourraient être particulièrement efficients en matière d'abus dans la fixation unilatérale du prix, qu'il s'agisse du devoir de loyauté et encore plus du devoir de coopération, particulièrement identifiable pour des contrats de longue durée. Les notions ne se confondent pas. La loyauté tiendrait à la recherche d'un certain intérêt commun[427] tandis que le devoir de coopération tirerait sa source de l'*affectio contratus*, sorte d'objectif contractuel qui devrait être placé au-dessus des intérêts des parties et qui suppose alors un « état dynamique »[428] de la bonne foi encore plus prononcé. Comme l'exprime Monsieur Fages, « *tandis que le devoir de loyauté permet simplement de sanctionner les mauvais comportements*[429] », le devoir de coopération engage quant à lui

423A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14ème édition, 2014, spe. p. 46.

424Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préface G. Couturier, LGDJ, Paris, 1989 ; J. Klein, « La loyauté en droit des contrats », Justice et Cassation 2014, p. 77 ; L. Aynès, « L'obligation de loyauté », APD, 2000, p.195, spe. p.198 « *sa nécessité est donc technique tout autant que morale : une condition, non dite, mais fondamentale, de la règle de droit* ».

425D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle,* thèse précitée.

426G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4ème édition, 1949, n° 157.

427D.Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » *in* Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit, Dalloz, 1999, p. 603.

428 Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, Rep. dr. civ., Dalloz, V° « Bonne foi », n° 58.

429B. Fages, *Le comportement du contractant ,* thèse précitée, spe. n° 558, p. 301.

le contractant à « *faire preuve d'ouverture et d'assistance envers l'autre partie*[430] ».

Si la question est en effet loin d'être simple, il se peut toutefois que l'attention portée au couple bonne fois-abus offre des grilles de lectures quant à la teneur de ce dernier non négligeables quant à la régulation du contentieux à venir.

Plus précisément, à condition de relier de manière intangible la bonne foi et l'abus en ce domaine particulier, les devoirs engendrés par la bonne foi et que le contentieux a révélé seraient tout aussi applicables aux hypothèses d'abus. Il en est un exemple évident à propos du devoir de coopération dont on regrette qu'il n'apparaisse pas dans les décisions relatives à l'abus comme nous ferons mention plus tard. En effet, quelle meilleure place offrir au devoir de coopération que celle des contrats de distribution, par essence de longue durée « *où les parties poursuivent de concert la conquête d'une clientèle*[431] » ?

149. *Relecture de la jurisprudence*. Aussi, ce lien indéfectible entre les deux notions n'est pas seulement suggéré par la jurisprudence, il est commandé. La lecture des deux premiers arrêts de 1995 rendent compte notamment de l'utilisation du visa des articles 1134 et 1135 du code civil. L'utilisation de l'article 1134 dans son ensemble témoigne de ce que le contrat doit perdurer dans sa force obligatoire avec toutefois la réserve de l'abus dans la fixation unilatérale de son prix. C'est alors comme l'a justement souligné un auteur, « *l'abus dans la fixation du prix et non le prix excessif qui est condamné (…). Même lorsqu'il existe un prix de marché (…) rien ne permet de penser que les parties ont entendu s'y référer. Lorsque le juge contrôle l'exercice d'un droit de fixation unilatérale du prix, ce n'est pas la valeur objective du bien qu'il s'attache à découvrir, mais la loyauté de la pratique contractuelle*». Nous souscrivons à cette analyse. La confusion provient sans doute d'une confusion entre ce qui doit être l'objet du contrôle du juge et le résultat auquel il peut éventuellement conduire. L'analyse d'une pratique contractuelle peut révéler que le prix a été fixé de manière abusive. La seule apparence du prix porté sur la facture, quand bien même il serait supérieur au prix du marché, ne doit pas à lui seul

430*Ibid.*

431L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préface Y. Guyon, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 256, 1995, n° 152 et s.

permettre de révéler un abus. Aussi, la référence à l'article 1134 ainsi qu'à l'article 1135 semble signifier qu'il faille pour le juge envisager de déceler l'abus par une interprétation entière de la convention, tant sur le fondement de la bonne foi que sur celui de l'équité. Il s'agirait alors de faire triompher la fonction interprétative de la bonne foi, jadis mise en lumière par Marcadé[432]. Il doit être dans tous les cas réaffirmé que l'on est passé « *d'un contrôle de la formation du contrat à celui de son exécution. Et pour sanctionner toute faute contractuelle, le juge devra se fonder sur les articles 1134 et 1135 du code civil* »[433]. Toutefois Monsieur Boré « *peine à croire que, dans un régime de concurrence obligatoire où les prix doivent être déterminés par le libre jeu du marché, la détermination du prix de marché ne soit pas un élément déterminant de l'appréciation de l'abus dans la fixation du prix, sauf circonstances tout à fait particulières*[434] ». Les deux positions ne sont pourtant pas inconciliables. Sous l'égide du devoir de loyauté, comme Monsieur Aynès semble d'ailleurs implicitement y faire référence, les deux positions pourraient trouver un point de convergence. Autant il peut paraître légitime que le devoir de loyauté engendre un respect du prix du marché lorsque il n'est pas rapporté que les parties ne prétendaient pas s'y soumettre, autant il ne peut être fait aucun lien automatique entre le niveau d'un prix et la déloyauté d'une pratique contractuelle en raison comme le souligne Monsieur Boré de la possible existence de « circonstances tout à fait particulières ».

Monsieur Aynès a à notre avis raison d'insister sur la nuance à effectuer entre l'abus dans la fixation du prix et le niveau du prix en tant que tel tant ce doit être l'abus et en ce sens la rupture de bilatéralité contenue dans la convention qui justifie l'intervention du juge. Il y aurait grand danger à « déduire l'abus », alors que tout abus suppose une volonté de détourner la prérogative contractuelle de son utilité, ce qui ne peut *a priori* faire l'objet d'une présomption. Il y aurait ensuite place pour un réel contrôle des prix là où pourtant le système juridique les proclame libres quant à leur détermination, sauf hypothèses exceptionnelles. Ce serait renforcer l'unique apparence du prix contenu sur la facture,

---

432V. V-N. Marcadé, *Éléments du droit civil français*, t. 4, 2ème édition, 1846, p. 461 : « *Le juge doit toujours prononcer ex aequo et bono, en recherchant par tous les moyens possibles quelle a été la commune intention des parties, pour donner tout son effet à cette intention* ».

433V. Sélinsky, « Les limites à la liberté de fixer le montant du prix », *in* Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, p.161.

434J. Boré, « Morte au champ d'honneur : la jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats-cadres de longue durée », *in* Mélanges en l'honneur de Champaud, Litec 1997, p. 101, spe. p. 113.

sans rechercher l'identification d'une faute contractuelle. Le point de départ de la caractérisation de l'abus ne peut tenir aux seules circonstances objectives mais nécessite un examen *in concreto* de la situation contractuelle duquel un faisceau d'indices pourrait démontrer l'abus qui ne trouverait alors plus sa source dans la bilatéralité mais dans un arbitrage purement économique pour lequel il est incompétent.

Sur ce point Monsieur Boré semble opter pour une vision diamétralement opposé au nom de « l'environnement réel » dans lequel il conviendrait de replacer les arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995. Selon lui, le juge devient un organe de plus de régulation qui n'a d'autre choix que d'appliquer les exigences de l'ordre public économique. Qu'il nous soit permis sur ce point d'exprimer notre profond désaccord. Si nous sommes tout à fait conscient du contexte de transparence tarifaire qui habite l'entier droit de la concurrence et de l'ordre public économique dont il émane, celui-ci ne doit pas pour autant conduire à une déformation de la notion d'abus à tel point qu'il ne serait plus jamais question de volonté des parties mais de l'unique volonté économique étatique que le juge viendrait traduire quand il est saisi. La confusion des genres ne nous paraît pas souhaitable au moins à deux titres. D'abord, il appartient au juge saisi d'un abus de déceler si les faits qui lui sont soumis peuvent emporter une telle qualification. Or, cette dernière nécessite une démonstration reposant sur une argumentation juridique[435] et ne peut supporter d'être déduite à la lumière d'exigences étrangères à la saisine du juge. Cela ne peut l'être car il est question d'un abus dont la véracité doit être au moins vraisemblable et qui ne peut, comme le soulignait Monsieur Aynès, reposer sur l'unique constat de la valeur du contrat comparativement au prix du marché en ce qu'un simple écart de prix peut trouver d'autres sources de légitimité.

Ensuite, si Monsieur Boré a raison de faire état du poids de l'impérativité économique, on ne peut alors en même temps ne pas y renvoyer pour constater qu'il existe des mécanismes permettant la remise en cause de la fixation unilatérale du prix. Or, que ces mécanismes soient appliqués de manière très différente de celui de l'abus est tout à fait normal quand le texte sur lesquels ils reposent le permettent spécialement. Mais en cette

435Sur la particularité du raisonnement juridique, V. J-L. Bergel, *Théorie générale du droit,* ouvrage précité, spe. p. 331.

matière, si le droit spécial déroge au droit général, il ne doit pas pour autant entraîner la disparition des mécanismes propres au droit général. Ainsi, par exemple, si la prohibition des prix discriminatoires[436] ou avantages ne correspondant à aucun service commercial[437] peuvent tout à faire conduire à sanctionner le défaut d'alignement d'une entité sur les prix du marché, c'est bien en vertu d'un dispositif spécial, comprenant sa logique propre et justifiant une saisine du juge sur ces fondements spécifiques. Ce que nous dénonçons, c'est la prétendue perméabilité de tous les fondements pouvant conduire à la sanction d'un abus. Or il n'en est rien : la spécificité du fondement de l'abus doit justifier un raisonnement propre à la notion reposant sur l'identification d'une rupture de l'exigence de bonne foi et non d'une distorsion apparente de prix, ce que se charge de faire le droit de la concurrence, porteur en ce sens d'un projet économique. Derrière cette confusion des genres, il est notamment question du respect des volontés individuelles ayant présidé à l'élaboration de la convention.

Finalement, si le juge civil saisi de la demande d'une reconnaissance d'un abus en matière de fixation unilatérale du prix sur le fondement de la jurisprudence des arrêts de 1995 se contente, à terme, de comparer le prix de la facture au prix du marché sans scruter les clauses ou les comportements qui ont pu conduire à l'acceptation d'une différence de prix entre les parties, il nie la liberté contractuelle et pire, il consacre peut être la mauvaise foi du demandeur qui aura su profiter de l'impossibilité pour le défendeur de rapporter la preuve de l'inexistence d'un abus.

436Art. L420-2 C. com. : « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme* ».

437Art. L. 442-6, I : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité...* ».

150. *Inefficience du droit positif à dégager une motivation de l'abus satisfaisante.* La jurisprudence caractérisant l'abus en matière de fixation unilatérale du prix est suffisamment rare pour être remarquée. Néanmoins, elle semble faire de son aspect factuel un principe directeur, en même temps qu'en conséquence, la Cour de cassation ne semble exercer qu'un contrôle léger sur la motivation retenue par les juges du fond. Cette position tient sûrement à présenter des avantages en ce qu'elle admettrait une souplesse de fonctionnement et une adaptation au fait économique, comme toute notion standard. Il n'en reste pas moins que l'abus est une notion juridique et qu'en ce sens, cette même jurisprudence nous paraît critiquable puisque elle ne permet pas de dégager une prévisibilité suffisante et porte ainsi atteinte à la sécurité juridique. Certainement consciente de leur faible portée juridique, la haute Cour fait le choix de ne pas publier les solutions que nous allons exposer.

Dans un arrêt du 15 janvier 2002[438] la chambre commerciale décide « *qu'ayant, par une décision motivée, relevé que la société France Motors, qui s'était trouvée confrontée à un effondrement général du marché de l'automobile, aggravé par une hausse du yen, avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité, l'arrêt retient que le concédant ne s'est pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires et que notamment, en ce qui concerne le Garage Schouwer, il aurait pu disposer à son endroit d'un montant équivalant à l'insuffisance d'actif que celui-ci a accusé ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations déduites de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, la cour d'appel, qui a légalement justifié sa décision sans méconnaître l'objet du litige et sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu*

438Com. 15 janv. 2002, nº 99-21.172.

estimer que la société France Motors avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente et qu'elle devait réparation au Garage Schouwer du préjudice qui en était résulté pour lui ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses diverses branches ». S'il y était question d'un droit de fixer unilatéralement les conditions de vente, l'analogie est évidemment permise. A la lecture de cette solution, Monsieur Stoffel-Munck a pu se demander si la notion d'abus procédait d'une « *vraie définition ou d'un faux semblant* »[439]. Il est vrai qu'une analyse extrinsèque de l'arrêt rend immédiatement compte du peu de portée que la Cour a entendu conférer à sa solution, les mentions de publication «F- D », signalant que la Cour a statué en formation restreinte et qu'il sera simplement diffusé. Or, « c*e choix minimaliste ne peut pas être innocent*[440] ». L'analyse intrinsèque révèle pour sa part, comme continuera à le faire la Cour en ce domaine dans un arrêt plus récent du 4 novembre 2014[441], celle d'une « *licence donnée, sans approbation ni improbation, aux juges du fond*[442] ». Il est en effet question d'user pour la Cour de cassation d'un contrôle léger, ce qu'elle exprime dans les solutions par la formule « la cour a pu », sorte de confirmation minimaliste de la position des juges du fond. A ce titre, la richesse des observations de Monsieur Stoffel-Munck le conduit à faire état de deux arrêts rendus par des juridictions d'appel, pour espérer y déceler un raisonnement davantage technique. Le résultat s'avère décevant puisque si la première affaire fait état d'une condition de domination économique, la seconde ne produit que la notion profit illégitime pour caractériser l'abus sur laquelle l'auteur ne manque pas d'attirer notre attention[443]. Nous nous rallions à la critique quant à « l'absence de terminologie technique » d'une décision fondée *in fine* sur la notion de profit illégitime. Cette légèreté de motivation est tout à fait blâmable. Et un effet d'imitation est alors à redouter si le profit illégitime devenait,

439P. Stoffel-Munck, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », D. 2002, p. 1974.

440P. Stoffel-Munck, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », article précité, spe. p. 1975.

441Com. 4 nov. 214, n° 11-14.026.

442P. Stoffel-Munck, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », article précité, spe. p. 1975

443P. Stoffel-Munck, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », article précité, spe. p. p.1979 : « *Outre que, dans une économie de marché, la recherche du profit selon des voies licites est le moteur même de l'activité de chacun, salariés et concessionnaires inclus, cette expression laisse la part trop belle à toutes les divergences d'appréciation selon la sensibilité partisane de chacun. La formule « Le profit doit être légitime » n'a pas la précision nécessaire pour constituer une règle de droit. C'est tout au plus un slogan politique, une flèche de plaidoirie, qui mérite de rester extérieur à la terminologie technique des décisions de justice ».*

somme toute, une notion standard au même titre que la bonne foi. Si cette dernière a su trouver des points d'ancrage assez satisfaisants, la notion de profit légitime est des plus subjectives et ne donne que trop de marge d'appréciation au juge, rompant avec le principe de sécurité juridique. Il manque aux deux décisions la trace du raisonnement juridique fondé sur la bonne foi seule à même d'identifier une faute contractuelle, quand bien même celui-ci aurait conduit au même résultat.

151. *Réactions doctrinales*. Monsieur Jamin a pourtant proposé une définition qui aurait pu gouverner les décisions en matière d'abus lorsqu'il identifie la faute quand « *l'une des parties abuse du droit qui lui est reconnu de fixer unilatéralement le prix lorsqu'elle se réserve un profit qui ne permet plus à l'autre de retirer celui qu'elle est aussi en droit d'attendre de l'exécution du contrat, rompant ainsi son équilibre*[444] ». Il n'y est plus alors question d'une posture quant à une éventuelle illégitimité de profit mais bien plutôt d'une sanction de l'abus sur le fondement d'une faute contractuelle, celle-ci étant identifiée par l'inexécution d'une obligation de loyauté ou de coopération.

Pourtant, près de 13 ans après l'arrêt du 15 janvier 2002, les observations de Monsieur Stoffel-Munck semblent trouver un écho parfait au sein de l'analyse faite par Monsieur Ghestin à propos de l'arrêt du 4 novembre 2014[445].

L'arrêt récemment rendu par la chambre commerciale est au plan du droit tout aussi décevant. En l'espèce, un contrat d'approvisionnement exclusif avait été conclu entre deux professionnels ayant pour objet la fourniture de chair d'escargot. Le prix y était fixé unilatéralement par le fournisseur chaque année de manière doublement encadrée : le fournisseur s'engageait à « *faire ses meilleurs efforts pour déterminer les prix de manière à permettre [au distributeur] de faire face à la concurrence* » ; le fournisseur s'engageait également à ne pas faire varier le prix au-delà de 3% chaque année. Le distributeur avait alors considéré que le fournisseur avait manqué à ses obligations et invoqua la fixation

444C. Jamin, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP G 1996, I, n° 3959, n° 10.

445J.Ghestin, « De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », D. 2015 p. 183 ; V. également sur cet arrêt, S. Bros, « Est abusive la fixation unilatérale de prix ne permettant pas, dès l'origine, de faire face à la concurrence » ,Com. 4 nov. 2014, AJCA 2015, p. 78 ; S. Amrani-Mekki et M. Mekki, «Droit des contrats», D. 2015, p. 531.

abusive du prix. La Cour de cassation lui donnera finalement gain de cause en jugeant qu'« *après avoir relevé que l'article 3 du contrat, qui permettait à la société C. de fixer unilatéralement le prix de vente des marchandises vendues, moyennant une évolution, chaque année civile, comprise dans une fourchette de plus ou moins 3 % stipulait à sa charge, en contrepartie, l'obligation de faire ses meilleurs efforts pour déterminer les prix de manière à permettre à la société L. de faire face à la concurrence, l'arrêt constate que la société C. vendait à la société L. les chairs d'escargot à un prix moyen 25 % plus cher qu'à ses autres clients, que son taux de marge brute moyen était de 29 % sur les ventes à la société L. quand il était de 10 % sur les ventes aux autres clients et qu'elle a consenti à cette dernière une diminution importante du prix de vente à l'occasion du renouvellement du contrat, démontrant le caractère excessif des prix habituellement pratiqués ; qu'en l'état de ces motifs, dont il ressort que les prix unilatéralement fixés par la société C., excessifs dès l'origine, ne permettaient pas à la société L. de faire face à la concurrence, la cour d'appel a pu retenir que la société C. avait abusé de son droit de fixer unilatéralement le prix des marchandises* ».

152. *Permanence du problème.* En apparence, la solution se présente clairement : il s'agit d'y déceler la sanction d'un abus dans la fixation unilatérale du prix. Mais cette apparence ne paraît pas fiable tant elle masque une motivation en réalité lacunaire. L'analyse extrinsèque montrant les mêmes failles qu'au préalable, il ne sera point reformulé les mêmes observations. La substance de la solution mérite tout autant d'être éprouvée et cela à deux niveaux. D'abord, la clause de fixation unilatérale du prix était encadrée par une clause de « best effort ». Or dans son commentaire, Monsieur Ghestin fait état de ce que la cour d'appel avait quant à elle établit un rapport d'articulation net entre les deux clauses, en établissant séparément les deux fautes. L'arrêt d'appel rendu par la cour d'appel de Paris le 17 février 2011[446] pourrait être le plus abouti techniquement en ce qu'il reconnecte l'abus à sa source, à savoir l'exigence de bonne foi[447]. Tout au plus, il est fait

446Décision citée par J. Ghestin, « De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », article précité.

447V. J. Ghestin, « De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », article précité qui en cite la teneur : « *que la SAS Larzul établit ainsi que la SAS Camargo n'a pas exécuté le contrat de bonne foi, en abusant de son droit de fixer unilatéralement le prix des marchandises, ce qui était accentué par le*

état d'une impossibilité de faire face à la concurrence pour l'une des parties au contrat. Mais immédiatement une lecture plus attentive de l'arrêt témoigne du contrôle léger qui a été porté sur la motivation de la cour d'appel. L'occasion était pourtant donnée à la Cour de cassation d'établir, tout particulièrement dans les réseaux de distribution, un lien franc entre le devoir de coopération, tiré de la bonne foi, et la nécessite de placer son partenaire dans une situation concurrentielle en dehors de toute stipulation contractuelle. Le regret est d'autant plus permis que la Cour de cassation avait pu le faire dans son fameux arrêt Huard[448] au sein duquel elle avait décidé « *qu'en privant, en l'absence de tout cas de force majeure, un distributeur agréé des moyens de pratiquer des prix concurrentiels,une société pétrolière n'a pas exécuté le contrat de bonne foi* ». Elle aurait pu du même coup à l'avenir, retrouver l'emprise de son contrôle sur les décisions des juridictions d'appel.

Toujours au sein de la décision du 4 novembre 2014, c'est la référence aux « prix excessifs dès l'origine » qui a mobilisé l'ensemble des commentateurs. Deux approches sont concevables à propos d'une telle référence. La première tient selon Madame Choné-Grimaldi[449] à une confusion des genres douteuse. Selon elle, le prix excessif dès l'origine renvoie au prix du contrat d'approvisionnement qui ne peut faire l'objet de l'application de la théorie de l'abus dans la fixation unilatérale du prix justement parce que ce dernier a été décidé de manière bilatérale. Pour Monsieur Ghestin[450], il n'est question là que d'une maladresse évidente de rédaction. Il suggère ainsi que l'expression « dès l'origine » aurait dû être remplacé par la formule « dès la première commande », le prix excessif renvoyant plutôt selon lui au tarif du fournisseur, en accord avec les arrêts de 1995 précités dont l'une des espèces faisait justement état d'une clause de tarif fournisseur[451]. D'autres encore[452] regrettaient que la Cour de cassation ne se soit pas simplement prononcée sur une inexécution de la clause de « best effort » pour éviter toute discussion autour de

fait que la SAS Larzul étant liée à la SAS Camargo par un contrat d'approvisionnement exclusif, elle ne pouvait pas échapper aux conditions qui lui étaient imposées en changeant de fournisseur ».

448Com. 3 nov. 1992, D. 1995, p. 85, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. Mestre ; JCP 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; V. aussi Com. 24 nov. 1998, RTDciv. 1999, p. 98, obs. J. Mestre ; RTDciv. 1999, p. 646, obs. P-Y. Gautier.

449Choné-Grimaldi, JCP 2014, n° 1310, p. 2319.

450*Ibid.*

451Ass. Plen. 1er déc. 1995, Bull. Ass. Plén. n° 8.

452S. Amrani-Mekki et M. Mekki, «Droit des contrats», article précité.

l'abus. Nous nous rangerons pour notre part à l'opinion formulée par Monsieur Ghestin au nom d'un certain pragmatisme. La maladresse rédactionnelle semble de pure forme à l'endroit même où la Cour de cassation aurait écarté nettement la thèse de l'abus dans la fixation unilatérale du prix s'il était réellement question d'un prix bilatéralisé.

Reste à souligner que cette affaire peut être comparée à un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 juin 2011[453]. En l'espèce, un contrat de fourniture donnait le pouvoir exclusif au fournisseur de moduler le prix tout en stipulant par ailleurs que le prix résultait de la libre concurrence et qu'il était celui usuellement pratiqué avec des clients de même nature, que la clientèle soit sous exclusivité ou libre d'engagement[454]. La cour d'appel avait alors rejeté la demande de dommages-intérêts formulée à l'encontre du fournisseur au motif que le contrat lui permettait de moduler le prix en fonction des relations qu'il entretenait avec chaque client. La Cour de cassation a alors censuré cette décision au nom de la force obligatoire de celui-ci puisque le contrat stipulait également que le prix résultait de la libre concurrence et qu'il convenait, par conséquent, de rechercher les prix pratiqués à l'égard des autres clients du fournisseur. Une comparaison entre les prix pratiqués dans la relation en cause et ceux pratiqués avec les autres clients du fournisseur était alors nécessaire pour apprécier le caractère abusif des prix. Comme dans l'arrêt du 4 novembre 2014, une référence aux prix pratiqués à l'égard des concurrents du contractant figurait dans le contrat et encadrait la fixation du prix.

Il est vrai que dès lors, le meilleur moyen d'éviter les aléas d'une jurisprudence bien subjective, est de stipuler au contrat une clause de référence à certains prix pratiqués afin que l'abus naisse uniquement d'un critère objectif et surtout, choisi par les parties.

153. *Conclusion.* Nous avons ainsi observé que la facture était tout à fait concernée par l'hypothèse de fixation unilatérale du prix. D'abord, elle est le support du prix du contrat et permet ainsi sa réalisation. Elle informe le *solvens* sur l'étendue de son obligation de payer une somme d'argent à l'*accipiens*. Ensuite, cette même facture doublement

453Com. 28 juin 2011, n° 10-20457, inédit.

454Sur la question de l'exclusivité contractuelle, V. N. Eréséo**,** *L'exclusivité contractuelle*, préface D.Ferrier, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008.

unilatérale dans son élaboration et son contenu relatif au prix, doit supporter l'épreuve d'un éventuel contrôle sur l'abus de cette prérogative contractuelle laissée au créancier. Si l'abus était reconnu, le paiement en serait évidemment atteint puisque la sanction de l'indemnisation revient pour le créancier à obtenir moins que ce qu'il espérait, contrairement à la satisfaction qu'il retire en principe du paiement.

§ 2. De l'influence de la bonne foi en matiere de fixation bilaterale du prix sur le droit au paiement.

154. *Présentation.* L'hypothèse est ici différente. Le prix a fait ou non l'objet d'un accord au jour de la conclusion du contrat. Néanmoins, pour diverses raisons, le créancier omet de délivrer une facture à son débiteur ou surfacture sa prestation. De son côté, le débiteur n'a point réclamé la délivrance de celle-ci. Ces deux attitudes sont-elles fautives et peuvent-elles entraîner l'engagement de leur responsabilité contractuelle ? L'article 1134 du code civil prévoit en son alinéa 3 que « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* ». Pourrait-on alors imaginer en vertu d'un devoir de loyauté, spécifiquement en droit des affaires, et en considération d'un devoir de coopération que ces deux absentions seraient fautives en ce qu'elles révéleraient un défaut d'exécution du contrat vu à travers le prisme de la bonne foi ? La situation s'analyse nécessairement tant que côté du débiteur, c'est-à-dire le *solvens* (A) que du côté du créancier, c'est-à-dire l'*accipiens* (B).

A. L'absence de facture et la bonne foi : première source d'atteinte au paiement.

155. *La prétendue faute du créancier*. Dans un arrêt de la première chambre civile rendu le 23 janvier 1996[455], il a été jugé que le débiteur, en vertu de son devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, doit vérifier que son créancier lui a bien facturé les prestations à fournir, et à défaut, l'en avertir. En l'espèce, la Compagnie générale des eaux (CGE) assurait conventionnellement la distribution de l'eau à un ensemble d'immeubles appartenant à un même bailleur, l'OPHLM du Val-d'Oise, et avait omis de facturer les fournitures concernant deux des immeubles pendant plusieurs années. La CGE entreprit alors d'en poursuivre le paiement. Mais l'Office demanda alors reconventionnellement des dommages-intérêts d'un montant équivalent à sa dette. La Cour d'appel de Versailles lui donna gain de cause. Selon cette juridiction, si l'Office était indubitablement débiteur du coût des fournitures, il convenait néanmoins d'engager la responsabilité contractuelle de la CGE. En omettant de facturer « *avec la ponctualité nécessaire à la correcte gestion des immeubles* », le créancier avait commis une faute dans l'exécution du contrat de distribution et causé au débiteur, qui s'était trouvé dans l'impossibilité de répercuter sa dette sur les locataires, un préjudice égal à ladite dette. La CGE forma donc un pourvoi et la Cour de cassation censura l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles sur le seul visa de l'art. 1134 alinéa 3 du code civil. La première Chambre civile reproche aux juges du second degré d'avoir retenu que « *rien ne faisait obligation à l'Office de détecter l'absence de facturation* » alors que ce dernier « *ne pouvait ignorer être débiteur du coût de la consommation d'eau* » et ainsi « *tenu d'exécuter de bonne foi le contrat le liant au distributeur* », l'Office devait vérifier si la CGE avait réellement procédé à la facturation des fournitures.

156. *La réalité du devoir de loyauté du débiteur.* La Cour de cassation ne fait ici manifestement pas dans la demi-mesure et condamne le seul débiteur sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3. C'est alors d'une part écarter toute faute du créancier et mettre à la charge du débiteur une obligation de loyauté dont on comprend qu'elle entraîne pour lui une obligation de vérifier si la facture lui a bien été délivrée[456]. La loyauté du

455Civ. 23 janv. 1996, CCC 1996, p. 76, note L. Leveneur ; RTDciv. 1996, p. 898, obs. J. Mestre.

456D. Mazeaud se pose la question pour sa part de l'existence d'un « *devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui* » dans son article « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », précité.

débiteur apparaît en filigrane dans l'arrêt lorsque la Cour rappelle que ce dernier « *ne pouvait ignorer être débiteur du coût de la consommation d'eau* ». Alors qu'*in fine*, le débiteur est condamné à l'intégralité du paiement de la dette au nom de la force obligatoire du contrat, la Cour de cassation choisit de viser spécifiquement son alinéa 3 là où elle aurait pu viser l'ensemble du texte de l'article 1134 du code civil. De même, le comportement du créancier lui est indifférent, là où il a pourtant fondé l'entier raisonnement de la cour d'appel qui avait tout simplement considéré que le débiteur devait être déchargé de son obligation contractuelle. Les deux solutions auraient eu tout intérêt à faire jaillir une théorie du juste milieu en la matière, que le droit permet d'exprimer à travers l'hypothèse d'un partage de responsabilité.

157. *Le partage.* Dans une affaire similaire[457], la Cour de cassation n'en avait pas exclu l'hypothèse aussi radicalement que dans la solution du 23 janvier 1996. En effet, alors qu'Électricité de France réclamait à un commerçant le paiement de sa consommation, ce dernier fit valoir que son compteur n'avait pas été relevé pendant près de dix ans par le biais d'une demande reconventionnelle en invoquant une faute de l'EDF dans l'exécution du contrat. La cour d'appel n'accéda pas à sa demande au motif que le débiteur « *avait exploité délibérément l'erreur commise par l'EDF et qu'il pouvait éviter le préjudice en provoquant l'envoi des factures de l'EDF* ». Cet arrêt fût cassé au visa de l'article 1147 du code civil car les juges du fond n'avaient pas relevé que la faute commise par le débiteur était exclusive de celle commise par l'EDF.

Mais ce n'est pas sur une telle voie que la Cour de cassation s'est positionnée. La lecture combinée de l'arrêt d'appel et de l'arrêt de cassation qui lui succède traduit une opposition de vue radicale. Si la cour d'appel de Versailles avait admis que « *rien ne faisait obligation à l'Office de détecter l'absence de facturation* » en s'appuyant sur le caractère quérable et non portable des dettes, la Haute Cour estime pour sa part au contraire que l'article 1134 alinéa 3 imposait à l'Office la vérification des factures émises périodiquement par la CGE. On ne manquera pas de remarquer que la qualité du débiteur peut expliquer la radicalité de la solution de la Cour de cassation. Dans une

457Civ. 29 avr. 1981, RTDciv. 1987, n° 7, p. 119, obs. J. Mestre ; JCP G 1982, II, n° 19730, note P. Courbe.

autre espèce[458], alors que le débiteur était un simple particulier, la solution fût sensiblement différente. En effet, un particulier avait acheté un billet d'avion et à son retour la compagnie aérienne lui réclama le complément de prix qui à la suite d'une erreur de l'agence avait été acquis à la moitié de sa valeur. Refusant d'effectuer le paiement complémentaire, le tribunal d'instance de Forcalquier condamna le débiteur à payer la moitié de la somme manquant tandis que l'autre moitié devait rester à la charge de la compagnie en raison de son erreur. Cette équité apparente n'a pas emporté la conviction de la première chambre civile qui cassa le jugement rendu au visa de l'article 1134 du code civil en déclarant que « *Le transporteur aérien qui, par suite d'une erreur dont il est responsable, délivre un billet à un prix inférieur au tarif ne peut, après la réalisation du voyage, réclamer à son client un complément de prix que s'il démontre que ce dernier avait eu connaissance de l'erreur commise avant le voyage et n'avait donc pas été de bonne foi dans l'exécution de la convention ; d'où il suit qu'en ne recherchant pas si le débiteur avait eu effectivement connaissance du prix réellement applicable avant d'accomplir le voyage, le tribunal d'instance n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Mais même en considération de la qualité du débiteur et si la solution du 23 janvier 1996 a le mérite de rappeler que la bonne foi est une exigence bilatérale qui pèse également sur le débiteur, cette solution souffre selon nous d'une sévérité excessive. En effet, s'il est tout à fait légitime que le débiteur doive, au nom du devoir de loyauté, avertir le créancier de l'erreur qu'il commet, il peut paraître excessif de créer une sorte de loyauté à sens unique déresponsabilisant le créancier qui obtiendra satisfaction quand bien même il aurait omis systématiquement d'adresser les factures à son débiteur. Comme le résume Monsieur Soustelle, « *ce serait reconnaître au créancier, pourtant négligent, le droit incontestable d'obtenir l'intégralité de son paiement dans les limites de la prescription*[459] **» .** Aussi, il ne peut pas être nié que le créancier qui s'abstiendrait de délivrer une facture, doit être qualifié de négligent en ce qu'il met à mal la réalisation de l'objet du contrat. Si l'argument n'a pas convaincu la Cour de cassation dans son arrêt de 1996, il est tout à fait possible qu'au sein d'une autre espèce soit démontrée la réalité du

458Civ. 2 juin 1987, RTDciv. 1987, n° 7, p. 118, obs. J. Mestre.
459 Ph. Soustelle, D. 1997, p. 571, spe. p. 572.

préjudice subi par le débiteur qui se heurterait, par exemple, au silence ou à la négligence de son créancier lorsqu'il lui fait expressément la demande des factures afin par exemple de provisionner les sommes correspondantes. Les rapports seraient alors inversés et le créancier « *ne pourrait pas ignorer être créancier et à ce titre, devoir au débiteur la délivrance régulière des factures* » pour faire écho à la motivation retenue en 1996, « *exécutant de bonne foi le contrat* ». L'hypothèse est encore plus vraie lorsque le prix a fait l'objet d'une fixation unilatérale et que le débiteur se trouve en attente de sa connaissance par la facture afin de pouvoir adopter un comportement prévoyant.

158. *L'objet de la réticence : la dette, substance du contrat*. La crainte d'un développement excessif de la fonction interprétative de la bonne foi a donné l'occasion à la Cour de cassation de faire le départ entre la substance du contrat et les prérogatives contractuelles. Dans un arrêt à présent fameux du 10 juillet 2007[460], la chambre commerciale a décidé au visa de l'article 1134 alinéas 1 et 3 « *que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé, par fausse application, le second des textes susvisés et, par refus d'application, le premier de ces textes* ».

Cette solution appelle deux remarques fondamentales quant à l'impact variable de la bonne foi sur la notion de paiement. D'une part, à n'en pas douter, la fixation unilatérale du prix peut être qualifiée de prérogative contractuelle, laquelle peut alors totalement se montrer perméable à la notion de bonne foi comme le commande la solution de 2007. Nous l'avons d'ailleurs exploré à travers la notion d'abus. Ainsi, lorsque le juge statue sur l'hypothèse d'un abus en matière de fixation unilatérale du prix, il est question pour lui de « *sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle* », ce qui confirme une fois de plus que le constat d'une déloyauté doit absolument résulter du raisonnement

460Com. 10 juill. 2007, D. 2007, p. 2839, note P. Stoffel-Munck ; D. 2007, Pan., p. 2972, obs. B. Fauvarque-Cosson ; JCP E 2007, p. 2394, note D. Mainguy et J.-L Respaud ; P. Ancel, « Les sanctions à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 » *in* Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Dalloz, Litec, 2011, p. 61.

juridique sur l'abus. C'est la condition d'une cohérence et d'une intelligibilité du système juridique qui ne peut pas d'un côté, dans un arrêt aussi fondamental que celui-ci, déclarer que l'usage d'une prérogative contractuelle peut être sanctionné lorsqu'il est déloyal et, de l'autre, ne pas qualifier la déloyauté en matière d'abus dans la fixation unilatérale du prix alors que ce procédé correspond justement à une prérogative contractuelle. Il en va du respect d'un syllogisme élémentaire. D'autre part, il a été constaté en amont du raisonnement qu'il est certain que le débiteur doit respecter un devoir de loyauté quant aux vérification de réception des factures de son créancier, sans que ce dernier ne soit véritablement inquiété de son immobilisme, sauf hypothèse où son débiteur est un particulier. On peut alors se demander si la solution du 23 janvier 1996 n'était pas un rappel du débiteur à son devoir le plus primaire : payer sa dette. Aussi, la prévalence donnée au créancier dans cette affaire témoigne peut être de la réticence à toucher au cœur du contrat en ce que l'Office « *ne pouvait ignorer être débiteur* ». Surtout, dans cette situation, le prix a pleinement intégré le champ contractuel et en est devenu la substance au moment de la formation du contrat puisque il a été « *légalement convenu entre les parties* ». Le juge semble alors être dans une situation inextricable. Saisi d'une demande d'engagement de la responsabilité contractuelle du créancier pour non envoi régulier des factures ou pour facturation tardive, le constat d'une déloyauté devrait alors lui permettre de prononcer la sanction d'un partage de responsabilité, alors que celle -ci a pour effet immédiat de porter atteinte au montant d'une créance, « violant » ainsi sa propre jurisprudence qui lui interdit précisément de porter atteinte à la substance du contrat aux droits et aux obligations des parties.

159. *Conclusion.* On remarquera alors que l'impact de la bonne foi sur le paiement est tout à fait dépendant du mode de fixation de celui-ci. Si le mode de fixation du prix est unilatéral, il est alors traité comme une prérogative contractuelle susceptible comme telle d'être freinée dans son usage lorsqu'il est déloyal sur le fondement de la bonne foi.
Mais bien plus, le débiteur semble bénéficier d'une seconde protection quand bien même le prix facturé unilatéralement ne le serait pas de manière abusive. On songe ici à

l'absence de facture délivrée au débiteur lorsque ce prix est fixé unilatéralement. Il est alors selon nous fort probable que le non envoi régulier des factures au débiteur soit constitutif d'un manquement au devoir de bonne foi, qu'il s'agisse du devoir de loyauté ou de coopération. En effet, la facture comporte ici une dimension informationnelle nécessaire à la partie en tant que débiteur puis en tant que *solvens*, respectivement pour réaliser l'objet du contrat et pour réaliser le paiement. La facture comportant un prix fixé unilatéralement est alors tout à fait perméable à la bonne foi dans sa fonction modératrice. Si, en revanche, le mode fixation du prix est bilatéral, le prix est symbole de la substance même des droits et obligations des parties et, partant, il devient presque intouchable. Aussi, puisque le prix était connu, la facture perd en conséquence informationnelle et son absence de réception paraît moins déséquilibrante que dans l'hypothèse d'une fixation unilatérale du prix, justifiant alors d'autant moins la reconnaissance d'une rupture d'un devoir de loyauté à la charge du créancier. En ce cas, l'absence de facture paraît plus étanche à la bonne foi.

B. L'inefficience de la facture et la bonne foi, seconde source d'atteinte au paiement.

On distinguera successivement deux hypothèses particulières. L'une tient à la surfacturation (1) tandis que l'autre repose sur l'idée que la facturation intempestive, sans égard pour un débiteur en difficulté, peut être source de contentieux (2).

1. La surfacturation.

160. *Présentation*. La chambre commerciale a rendu un arrêt en date du 27 janvier 2015[461] qui s'avère tout à fait intéressant du point de vue étudié. En l'espèce était en cause un contrat de prestations d'assistance en escale délivrées par une chambre de commerce et

461Com. 27 janv. 2015, RTDciv 2015 p. 392, note H. Barbier ; A. Martin-Serf, « Créance de prix et créance née d'une exécution défectueuse du contrat », RTDcom. 2015, p. 372.

d'industrie (CCI) à une compagnie aérienne sur un aérodrome. Estimant excessif le coût des prestations fournies par la CCI, la compagnie aérienne avait demandé à celle-ci l'autorisation de pratiquer l'auto-assistance ce qui lui fut accordée après plusieurs refus, peu avant la mise en redressement judiciaire de la compagnie aérienne. Après le prononcé de la liquidation judiciaire, le liquidateur avait assigné la CCI en indemnisation, laquelle a opposé la compensation des créances connexes. La créance de la CCI sur la compagnie correspondait à des redevances facturées à la compagnie aérienne alors que celle de cette dernière résultait des surcoûts qu'elle avait supportés du fait de l'impossibilité pour elle de s'auto-assister durant trois ans. Ainsi, les deux créances dérivaient toutes deux du contrat. Les juges du fond ont refusé de compenser les deux créances, considérant que la créance née de l'exécution abusive du contrat constituée ici par une surfacturation ne pouvait se compenser avec une créance née du même contrat. La Cour de cassation censure la décision au visa des articles 1134 et 1147 du code civil et L621-24 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, il est fait reproche à la cour d'appel d'avoir ainsi statué alors qu'« *une créance résultant d'une surfacturation, procédant d'une exécution défectueuse du contrat, est connexe avec une créance née du même contrat* ».

Aux termes de l'article 1289 du code civil, « *lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère une compensation qui éteint les deux dettes* ». L'institution de la compensation correspond à un mode de paiement simplifié[462] encore plus spécialement lorsque elle a lieu pour dettes connexes[463] en ce qu'elle produit un effet de garantie des créances entre elles[464]. Parfois présenté comme un mode de compensation légale en ce qu'elle se produit de plein droit si ses conditions sont réunies, la compensation pour dettes connexes préside à la solution rendue en l'espèce. Traditionnellement, il était déjà acquis que les créances issues de l'inexécution d'un contrat pouvaient être connexes[465] en vertu de leur « unité de source[466] », élargie parfois à

462 A-M. Toledo-Wolfsohn, Rep. dr. Civ., Dalloz, V° « Compensation », n°1.

463Pour une vue d'ensemble, V. C. Gabet-Sabatier, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », RTDciv. 1980, p. 39 ; F. Danos « La connexité en matière de compensation », D. 2015, p. 1655.

464A. Bénabent, *Droit des obligations*, ouvrage précité, n° 823.

465Com. 18 juill. 1989, n° 88-14.301.

466F. Danos « La connexité en matière de compensation », article précité.

l'ensemble contractuel plutôt qu'au contrat *stricto sensu*[467].

161. ***Solution.*** Mais pour appliquer la compensation pour dettes connexes à notre hypothèse, encore fallait-il décider que la surfacturation correspond à une inexécution du contrat. C'est dans cette perspective que l'arrêt révèle tout son intérêt juridique. L'utilisation du visa de l'article 1134 pour détecter une « exécution défectueuse au contrat » causée par une surfacturation nous fera comprendre qu'*a contrario*, l'exigence de bonne foi contenue à l'alinéa 3 du même article aurait exigé, très certainement au nom d'un devoir de coopération entre les parties, que l'une d'entre elle (en l'espèce la CCI) fasse son possible pour que le contrat produise son effet bénéfique. La Haute Cour ne pouvait faire acte de plus de clarté lorsqu' elle exprime qu'« *une créance résultant d'une surfacturation* » procède d' « *une exécution défectueuse du contrat* ». Le visa de l'article 1134 en son entier pourrait alors avoir une autre signification. En ce qu'elle résulte d'une exécution défectueuse du contrat, la facture émise par la CCI ne pourrait trouver force obligatoire et être due car elle dépasse le prix qui aurait été légalement convenu entre les parties et qui ne peut résulter que d'une prestation conforme aux attentes des parties. En cela, la Cour de cassation peut alors légitimement porter atteinte à la prétendue créance de la CCI par le truchement de la bonne foi. Car contrairement à l'arrêt du 10 juillet 2007 qui invite le juge à la prudence, les factures émises ne correspondaient en rien à la substance du contrat, c'est-à-dire à l'expression d'une dette convenue et en ce sens due puisque la teneur de ces factures n'exprimait justement qu'une « exécution défectueuse du contrat », une « surfacturation » c'est-à-dire une facture en partie non causée. Autrement dit, le visa de l'article 1147 signifie par là que la surfacturation a engagé la responsabilité contractuelle de la CCI, faisant alors naître une créance au profit de la CCI et justifiant d'autant la compensation pour connexité.

La notion de bonne foi a encore irrigué ici les limites du droit au paiement pour le créancier. L'inefficience d'une facture peut résulter de son caractère excessif quand cette dernière n'est absolument pas justifiée par un exercice normal du contrat, justifiant ainsi que le créancier ne puisse la faire valoir pour obtenir satisfaction.

467Com. 9 mai 1995, RTDciv. 1996, p.163, obs. J. Mestre.

2. La facturation au-delà d'une interruption caractérisée des paiements de la part du débiteur, une autre forme d'inefficience de la facturation au nom de la prévalence du devoir de loyauté.

162. *Présentation.* Laisser s'accroître de manière délibérée la dette de son débiteur pourrait bien empêcher le créancier d'obtenir un paiement en vertu de factures émises au-delà des réelles difficultés rencontrées par son partenaire économique, ce qui devrait d'autant obliger le créancier à mettre un terme aux relations contractuelles pour en éviter le pourrissement au nom de l'exercice de son devoir de loyauté ou dans sa version plus active, sur le fondement du devoir de coopération.

Lorsque la dette est par ailleurs garantie par un tiers, il paraît acquis que ce dernier puisse reprocher au créancier de ne pas avoir agi en temps utile. En témoigne notamment un arrêt rendu par la première chambre civile en date du 16 juillet 1998[468] au sein duquel il été décidé au visa de l'article 1147 du code civil qu'« *en laissant s'accroître la dette sans agir en temps utile, M.L (le créancier) a privé M.P (le débiteur) de la possibilité d'acquitter lui-même les sommes dues et d'exercer l'action en résolution qui lui eut permis d'éviter que les nouveaux loyers ne viennent à échéance et de limiter, ainsi, le montant de la dette cautionnée* ».

Déjà, dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 5 décembre 1995[469], la chambre commerciale avait reproché à un couple bailleur d'avoir laissé s'accroître la dette de loyers pendant vingt-trois mois sans jamais pourtant faire usage de la clause résolutoire. Les garants du débiteur ont alors invoqué la passivité des créanciers pour engager leur responsabilité, ce qu'accueille la Cour de cassation en reconnaissant que le créancier n'avait pas exécuté de bonne foi le contrat. L'identification du tiers permet à notre avis plus facilement d'atteindre le droit au paiement par le devoir de bonne foi en ce sens

468Civ. 1§ juill. 1998, JCP G 1999, II, 10000, note B. Fages.
469Com, 5 déc. 1995, RTDciv. 1996, p. 899, obs. J. Mestre.

qu'il est aisément démontrable que le créancier a alors profité de cette sûreté pour faire preuve d'une vigilance nulle à l'égard du débiteur, l'abus étant alors caractérisé puisque l'institution de la sûreté est détournée de sa fin.

163. *Solution.* En revanche, le succès des prétentions du débiteur sur le même fondement lorsque par ailleurs la dette facturée ne fait l'objet d'aucune garantie, doit également faire l'objet d'un examen attentif. Un arrêt rendu le 26 juin 2001 par la cour d'appel de Paris[470] nous renseigne à ce sujet. En l'espèce, un contrat de maintenance d'un lecteur de chèques prévoyait que le client (une société) s'engageait à verser au prestataire une redevance mensuelle pendant une période irréductible de quatre ans. Le contrat contenait une clause de reconduction tacite, laquelle stipulait qu'à défaut de résiliation notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception trois mois avant l'échéance contractuelle en cours, la convention initiale se reconduirait automatiquement d'année en année. Dès la fin de la première année d'exécution de la convention, le client cessa définitivement de payer les mensualités, sans pour autant envoyer un courrier recommandé faisant état de sa volonté de ne pas reconduire le contrat à son terme. L'entreprise de maintenance ne s'en soucia guère et, sans même réclamer à son cocontractant les mensualités impayées, laissa le contrat se reconduire pendant deux années supplémentaires. Au cours de la deuxième année, elle mit en demeure le client de s'acquitter des sommes dues, pour l'attraire ensuite en justice afin d'obtenir sa condamnation à payer les mensualités au titre du contrat initial et de ses deux années de reconduction, majorées des intérêts légaux à compter de la mise en demeure. Mais la cour d'appel ne suit pas les prétentions du créancier en vertu d'un raisonnement dont la majeure dispose que « *les conventions s'exécutent de bonne foi* » pour en déduire ensuite « *qu'en s'abstenant de toute mise en demeure avant la fin de la première durée contractuelle de quatre ans, alors que le service de la dette était interrompu depuis déjà trois années, la société bailleresse a laissé la convention se reconduire tacitement pendant deux années supplémentaires dans des conditions exemptes de bonne foi, en tirant manifestement profit du silence de son cocontractant pour prolonger une situation*

470Paris 22 juin 2001, D. 2002, p. 843.

qui ne pouvait évoluer qu'à son seul avantage ». La cour d'appel de Paris décide ainsi de limiter la condamnation du débiteur à hauteur des mensualités encore dues au titre de la première période contractuelle, sans y ajouter celles qui résultaient des deux années pendant lesquelles la convention devait s'être en principe reconduite.

164. ***Synthèse***. De prime abord, la différence paraît ténue entre l'hypothèse d'un créancier qui omet d'adresser des factures et qui ainsi laisse les dettes de son débiteur s'accumuler[471] et celle d'un créancier qui ici manque à son devoir de limiter le montant de la dette de son débiteur défaillant. Pourtant, les solutions à ces deux litiges sont radicalement opposées. On se souvient que dans l'arrêt du 23 janvier 1996, c'est le débiteur qui en vertu d'un devoir de bonne foi, devait s'assurer que les prestations en cause lui étaient bien facturées et qui *in fine*, était condamné au paiement sans même qu'un partage de responsabilité ne soit prononcée. Il convient dès lors d'analyser la faute du créancier en se demandant comment elle a pu générer une rupture avec la prescription de l'article 1134 alinéa 3. La particularité de l'espèce nous semble importante à cette fin. En effet, la cour d'appel a pris soin de relever, une fois le rappel du principe de la bonne foi opéré, que le débiteur avait interrompu les paiements depuis trois ans pour en déduire qu'il s'agissait pour le créancier de tirer « *manifestement profit du silence de son contractant pour prolonger une situation qui ne pouvait évoluer qu'à son seul avantage* ». Une différence notoire est alors à noter entre les deux arrêts puisque l'arrêt du 23 janvier 1996 fait état de ce que les immeubles étaient toujours desservis en eau, ce qui empêche de conclure à une situation qui ne tournerait qu'en l'avantage du créancier. En filigrane, il est assez original de constater que c'est ici le non usage foncièrement déloyal d'une prérogative contractuelle qui est sanctionné tandis que cette dernière est envisagée la plupart du temps dans sa dimension positive. Comme en témoigne la solution de la chambre commerciale du 10 juillet 2007, c'est « l'usage » en premier lieu d'une prérogative contractuelle qui peut être sanctionné sur le terrain de la bonne foi. Le « non usage » d'une telle prérogative, lorsque il caractérise la mauvaise foi du contractant, peut aussi être sanctionné. Un auteur y a vu le passage à véritable devoir de coopération,

471Arrêt du 26 janvier 1996 précité.

supposant un comportement plus actif du créancier à l'égard de son débiteur qu'en matière de devoir de loyauté pour justifier la potion tenue par la Cour d'appel[472]. Il est vrai qu'a s'en tenir au devoir de loyauté, il aurait été tout aussi légitime de blâmer le comportement du débiteur qui, négligent, a contribué à son dommage en ne résiliant pas le contrat à temps quand il le pouvait. Il faudrait alors comprendre que le devoir de coopération est tel qu'il efface la négligence du débiteur. Pourtant, il est regrettable que le devoir de coopération, qui sous-tend certainement la solution, ne soit pas ici bilatéralisé.

165. *Conclusion de la section et du chapitre*. En matière de paiement, l'influence de la facture est donc perceptible à deux niveaux, même si elle reste conditionnelle. Elle peut d'abord informer le *solvens* du prix du contrat. Support d'une fixation unilatérale du prix, elle peut alors rencontrer l'hypothèse d'un abus. En outre, dans la perspective d'une fixation du prix bilatéralisée, les conditions de délivrance de la facture peuvent être telles qu'elles influenceront le bon déroulement du paiement en raison encore de la perméabilité de l'obligation de facturation à l'exigence de bonne foi.

En considération non pas seulement du prix du contrat mais également de toutes ses clauses d'exécution, cette interrogation mérite d'être poursuivie. L'analyse de la facture en tant que document contractuel met à jour sa fonction complétive de la convention des parties, ce qui pourtant devait rester antinomique de sa fonction première. Pour autant, le contentieux témoigne d'une mobilisation fréquente de la facture en tant qu'outil contractuel, qui nous permet d'affirmer avec certitude qu'à présent, le document assume pleinement sa fonction de transport de la matière contractuelle (chapitre 2).

472C. Coulon, « L'obligation de limiter le montant de la dette du débiteur défaillant » , D. 2002, p. 843.

Chapitre 2.

De la certitude du transport de la matière contractuelle accessoire.

166. Dans sa fonction initiale, la facture est considérée comme un document post-contractuel ayant comme seul objectif la retranscription d'éléments convenus antérieurement. L'étude du document incite néanmoins à relativiser le propos. La matière contractuelle n'est désormais plus l'apanage du seul contrat. La facture est désormais l'un des véhicules de la matière contractuelle accessoire (section 1). Ce détournement du rôle est à l'origine d'un contentieux important quant au transport de ces clauses, témoin d'une tension entre la fonction première du document et son utilisation contractuelle (section 2).

Section 1 : Du principe du transport de la matière contractuelle accessoire.

167. Initialement seule source du lien contractuel, le contrat doit aujourd'hui composer avec des documents annexes. En effet, de nombreuses clauses, qu'il nous faudra définir (§2) sont insérées dans ces documents et, particulièrement, dans les factures. Il faut toutefois dans un premier temps nous interroger sur les raisons entraînant la possibilité pour la facture d'être le support de ces clauses (§1).

§ 1. Facteurs du transport.

168. *Inflation de la charge juridique transportée.* Nous faisions état, au sein de l'introduction de cette étude, d'un phénomène d'inflation de la charge juridique concernant la facture. Cette affirmation est possible, à l'aune d'un contentieux extrêmement dense sur la question de l'acceptation des clauses figurant sur la facture. La jurisprudence a eu alors à traiter de situations qui à travers le prisme de la nature juridique de la facture, peuvent apparaître *a priori* comme contre nature. En effet, la facture, en tant qu'acte de retranscription, n'est pas supposée transporter la moindre nouveauté contractuelle. Mais cet idéal de fonction paisible attribuée au document a été mis a rude épreuve d'une pratique contractuelle pragmatique[473], qui a vu dans le document, au delà de sa fonction d'invitation au paiement, un moyen pour elle d'informer parfois le destinataire de la facture de son intention de se prévaloir de certaines clauses contractuelles en cas de contentieux. Surtout, les informations transportées par la facture bénéficient parfois d'un lieu propice à un tel transport. Tel est celui des affaires qui investit

473J. Mestre, « Les documents contractuels », RTDciv. 1997, p. 118.

dans l'apparence, l'habitude ou encore les usages. Le contentieux témoigne alors d'un recul de l'instantanéité du consentement, d'une nécessité pour la juridiction saisie de procéder au « remembrement » contractuel, véritable puzzle contractuel lorsqu'il s'agit de savoir si la clause objet du litige a été ou non acceptée[474].Cette question de l'acceptation est d'autant plus importante que conformément à l'article 2248 du code civil, elle interrompt la prescription.

169. *Détournement de fonction.* Ce détournement de la fonction primaire attribuée au document interroge. Le support n'est plus dans une fonction représentative de « l'accepté » en ce sens, d'une certitude. Il s'est nové en support prospectif, suggérant alors une acceptation par son destinataire de ce qu'il renferme, à l'endroit même ou le document ne devait pourtant n'être perçu par lui que comme un rappel. La richesse du contentieux devrait alors être perçu comme un enseignement pour la pratique, à savoir celui d'observer très attentivement les flux et reflux de clauses contractuelles qui irriguent et qui viennent bien souvent se nicher dans la facture, pour élever au plus vite, à condition que la teneur habituelle de leurs relations d'affaire ne le prohibe pas, toute contestation. Au titre des éléments pouvant figurer sur la facture, tant au recto qu'au verso de celle-ci, l'étude attentive de ses clauses nous est apparue comme essentielle, sans prétendre à l'exhaustivité mais en tachant d'approcher les clauses les plus symptomatiques en la matière. Le contentieux se concentre bien souvent sur la connaissance et l'acceptation de ladite clause et partant, en ce qui nous concerne, sur la valeur contractuelle de la facture. La clause suppose en effet le consentement en ce qu'elle traduit et renferme une position contractuelle acceptée des parties. C'est à cette condition unique que cette « micro-convention » aura, sur le fondement de l'article 1134 du code civil, force obligatoire.

170. *Incertitude et vraisemblance.* Il sera souligné que si la volonté contractuelle s'exprime par principe en dehors de toute forme pré-requise au nom du principe du consensualisme, cette même volonté contractuelle irrigue le contentieux d'une incertitude sur la réalité du consentement à la clause qui lui est presque consubstantielle. C'est avec

474A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse dact. Aix-Marseille III, 1992.

cette incertitude que les parties et le juge doivent composer pour démontrer ou non la réalité d'une connaissance et plus tard d'une acceptation de la clause. Il est alors plus que naturel pour le juge de recourir à des déductions. Mais celles-ci ne doivent pas être étendues à des circonstances ne les justifiant point : dès lors que l'éloignement avec la réalité du consentement devient évident et le rend bien hypothétique, des interprétations trop souples au nom de l'apparence ou de l'habitude ne doivent pas être généralisées car ce serait évidemment menacer l'essence même de l'autonomie de la volonté. En effet, l'institution de l'autonomie de la volonté comme principe suppose qu'une sécurité soit due à la volonté particulière : la certitude de son existence ou du moins la très forte vraisemblance de sa manifestation. Pour autant, nier les circonstances où le juge s'en remet à un usage, une habitude, une acceptation tacite circonstanciée pour justifier sa déduction de la connaissance de la clause serait une position intenable. Idéalement, pour apporter la preuve d'une volonté enfermée par le consentement, il faudrait non pas se contenter d'un faisceau d'indices comme le commande pourtant la pratique jurisprudentielle mais ne trancher qu'en vertu d'une certitude, souvent impossible à rapporter par les plaideurs. La facture, comme d'autres documents contractuels, va alors jouer un rôle que nous nous proposons d'évaluer. La démonstration suppose néanmoins le rappel de mécanismes irréductibles, dont nous avons déjà fait l'écho. L'étude du document doit d'abord être traitée à travers le prisme de sa faiblesse originelle. Celle-ci tient à deux évidences déjà mentionnées qu'il est bon de rappeler avant d'apprécier le traitement du document par la jurisprudence. La première tient au caractère unilatéral du document tandis que la seconde, garante de la précaution avec laquelle il convient de scruter le document, tient en sa nature post-contractuelle. Quant à la durée du contrat, le phénomène d'inflation contractuelle propre à la facture est d'autant plus remarquable pour les contrats de longue durée ou la facture pourra prendre la place d'un avenant. Elle est alors le témoin d'une fragmentation du consentement. L'exemple des contrats à exécution successive est tout à fait probant en la matière : si une seule convention cadre entoure les relations des parties, il n'en est pas moins vrai que la répétition de l'exécution des obligations par les parties et donc la réitération de la facturation est une source de

contentieux intarissable. Ainsi, son contenu contractuel se déplace et sa captation devient alors délicate. L'éclatement du contenu contractuel est avant tout du à l'éclatement du consentement, qui se fragmente en raison de la durée du contrat. Ce n'est qu'*a posteriori* que l'on pourrait observer la topologie du consentement unique, en rassemblant et en unifiant artificiellement tout ce qui a été accepté tout au long de la période contractuelle. Les périphéries contractuelles se sont épaissies au profit de la facture ou, dirons d'autres, au détriment de sa fonction première. Dans le droit fil de l'œuvre que nous citions en guise d'illustration globale du sens de notre démonstration, le reflet projeté par la facture est alors toute autre que sa présupposée paisibilité.

171. *L'arme de l'unilatéralisme.* Car il est d'usage de constater à présent que l'unilatéralisme peut servir d'arme. La banalité du document pourrait bien se retourner contre le destinataire, lorsque ce dernier, négligeant la lecture attentive d'un document rappelant avant tout le prix d'une prestation, se retrouve confronté au problème d'une prétendue acceptation tacite de la clause au prétexte qu'il aurait payé, ou qu'il ne se serait pas manifesté en temps utile. Nous parvenons alors à la conclusion selon laquelle le juge, plutôt que de s'assurer de l'exactitude, de la matérialité et partant d'une certitude de consentement, prendra davantage soin de constater une vraisemblance de volonté[475], meilleur parti sans doute en ce qu'il satisfait l'apparence et la confiance légitime de celui qui pensait pouvoir se prévaloir d'une clause précédemment acceptée mais aussi en ce qu'il permet, justement parce qu'il ne s'agit que de vraisemblance, de déceler l'abus de position contractuelle dont l'émetteur du document se rendrait coupable.

172. *La rencontre des unilatéralismes contraires : les « battle of forms » à la française.*

475 Il ne fait nul doute que le milieu des affaires influe sur la méthode de jugement. Comme le résume P. Hébraud, « la volonté produit par elle-même des effets de droit ; si l'on ne peut en faire procéder tout ce qui découle du contrat, il en est ainsi, du moins pour l'essentiel, ce qui correspond directement au contenu de la volonté. Mais le milieu dans lequel s'insère la volonté, sur lequel elle agit, participe à son efficacité, en procurant une base à ses initiatives, en soutenant ou amplifiant leur conséquences », « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques » *in* Mélanges Maury, t. 2, Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé, Dalloz, Sirey, 1960, p. 419, spe. p. 451.

Très connue des droit anglo-saxons[476], la « bataille » des conditions générales[477] concerne aussi directement le sort de la matière contractuelle transportée par la facture. Il peut apparaître une distorsion substantielle entre d'une part les bons de commande de l'acheteur et, d'autre part, les factures du vendeur. Si de manière pragmatique mais discutable, le droit anglais règle ce type de conflit en usant de la théorie du « *last shot*[478] » dont on comprend aisément qu'elle poste l'application des conditions figurant sur le dernier document envoyé par l'un des contractants à l'autre, le droit français n'entend guère faire une loi d'airain de cette théorie en la matière, ne conférant alors pas d'office une force plus importante à la facture qu'à un autre document contractuel.

173. Un arrêt rendu par la Cour de cassation en fait parfaitement état[479]. En l'espèce, des marchandises vendues par une société font l'objet de factures impayées. Parallèlement, la société qui les a acquises est placée en redressement judiciaire. Le vendeur, fort de la croyance en l'application d'une clause de réserve de propriété contenue sur les documents transmis à son contractant (l'arrêt ne précise par la nature exacte des documents en question) revendique les marchandises. Le pourvoi formé contre l'arrêt qui a débouté le vendeur de sa demande est rejeté aux motifs suivants : « *Attendu qu'ayant constaté que l'article 17 des conditions générales d'achat précisent "sauf stipulation contraire dans les conditions particulières d'une commande, le transfert de propriété et des risques s'effectue à la réception reconnue bonne, que nous récusons de toute façon toute clause de réserve de propriété que nous n'aurions pas expressément acceptée", et relevé, par motifs adoptés, que [le vendeur] ne présente aucun document sur lequel la débitrice aurait accepté la clause de réserve de propriété, l'arrêt retient que l'adhésion de la débitrice à la clause de réserve de propriété n'est ni certaine, ni non équivoque et*

476R. David et D. Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, ouvrage précité, spe. p.257 ; R. H. Folsom et A. A. Levasseur, *Pratique du droit des affaires aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 1995, spe. p. 195.

477 Le traitement du phénomène reste relativement rare en doctrine. V. sur ce point, Mahé, *La résolution du conflit de conditions générales. Une étude comparative*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2006 ; C. Delforge, « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », *in* M. Fontaine [sous la dir. de], *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 479 ; V Forti , « La bataille des conditions générales contradictoires : étude comparative », RIDC 2008, n°3 p. 729 ; Y-M. Laithier, « La « bataille » des conditions générales : le vainqueur n'est pas le dernier tireur », RDC 2013, n° 2, p. 528.

478O.Moréteau, *Droit anglais des affaires,* ouvrage précité, spe. p.241.

479Com. 10 janv. 2012, nº 10-24847.

qu'ayant ainsi fait ressortir qu'en raison de la contradiction entre les conditions générales d'achat et de vente, le vendeur ne pouvait se prévaloir du silence gardé par l'acheteur pour en déduire que ce dernier avait accepté la clause de réserve de propriété, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

174. La décentralisation contractuelle entraîne avec elle une la participation d'une multiplicité de documents à l'élaboration du lien contractuel, lesquels peuvent s'avérer contradictoires[480], chaque contractant étant désireux d'imposer à l'autre ses propres conditions. La première réponse en cas de contrariété entre un bon de commande et une facture, peut-être de s'en remettre à l'interprétation de la convention par le juge. L'article 1156 du code civil prévoit, à cette fin, que l' « *on doit dans les conventions rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* » . Le juge, tenu par ailleurs de respecter la force obligatoire de la convention en vertu de l'article 1134 du même code que le pourvoi ne manque pas d'invoquer, se trouve alors dans une situation délicate et cela quand bien même cette interprétation relève de son pouvoir souverain, de jurisprudence constante[481]. C'est pourquoi sans doute, au sein de l'espèce commentée, le juge a préféré la neutralisation des clauses contraires à l'application arbitraire des unes au détriment des autres. Le recours aux conditions les plus apparentes semblent lui aussi, avoir été abandonné[482]. Mais lorsque le contentieux ne fait pas état d'une contradiction telle entre les clauses des partie en présence justifiant ainsi qu'elles soient effacées du contrat et que des logiques supplétives prennent le relais, la question de l'acceptation d'une clause positionnée sur la facture reste entière et justifie d'autant plus une tentative de systématisation.

§2. Typologie des clauses étudiées, objet du transport.

480Ch. Atias, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, PUAM, 4eme édition, 2008.
481Civ. 2 fév. 1808, GAJ , 11 e ed. n°160.
482V. Com., 29 oct. 1964, Bull. civ. III, nº 458.

175. *Liberté contractuelle.* Entamée par l'ordre public économique, la facture démontre ici qu'au delà de sa dimension obligatoire, elle conserve également une forte dimension contractuelle qui peut s'exprimer en vertu de la liberté contractuelle. Principe dérivé de l'autonomie de la volonté, cette liberté implique alors la possibilité pour les parties de choisir le contenu du contrat en déterminant elles-mêmes, et librement, leurs droits et leurs obligations, sous la réserve évidente du respect d'une réglementation impérative dérogatoire à cette liberté. Le droit permet donc d'insérer dans un contrat ou dans un document annexe une variété de clauses telle qu'il serait utopique de vouloir toutes les analyser. Nous nous cantonnerons à l'étude des clauses qui font l'objet d'un contentieux important, soit parce qu'elles sont régulièrement usitées, soit parce qu'elles sont considérées comme dangereuses. Il en va ainsi des clauses de réserve de propriété (A) et des clauses attributives de juridiction (B) qu'il convient de présenter avant de mesurer leur impact lorsqu'elles sont insérées dans une facture.

A. Les clauses de réserve de propriété.

176. *Présentation.* Lorsqu'est conclu un contrat translatif de propriété, l'une des parties est tenue de transmettre la propriété d'une chose, l'autre de payer le prix. Généralement, le transfert de propriété s'opère dès l'accord des parties sans qu'aucune formalité ne soit requise[483]. Ainsi par exemple, en matière de vente, l'article 1583 du Code civil dispose que la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à*

483Art. 1138 C. Civ : « *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes* ».

l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoi que la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Cependant, la partie s'engageant à transférer la propriété d'une chose peut craindre que son cocontractant ne respecte pas son obligation de paiement et peut souhaiter qu'une garantie soit mise en place. C'est pourquoi il est fréquent que soit insérée dans un contrat translatif de propriété une clause de réserve de propriété. Il s'agit d'une sûreté par laquelle « *La propriété d'un bien peut être retenue en garantie* [...] [et] *qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie*[484] ». Par la technique de la réserve de propriété, le vendeur conserve donc la propriété de la chose vendue tant que son cocontractant n'a pas exécuté son obligation principale à son égard.

Le domaine d'application de la réserve de propriété est défini dans le code civil et dans le code de commerce. Une clause de réserve de propriété peut être valablement insérée dans tout contrat translatif de propriété[485]. En outre, les articles 2367 du Code civil et L624-16 alinéa 2 du Code de commerce se référant au « bien », il faut en déduire que la réserve de propriété peut porter sur tous types de bien, qu'ils soient meubles, immeubles, corporels ou incorporels[486]. Pour être valablement formée, la clause de réserve de propriété doit être convenue par écrit. Cette exigence ressort de la lettre de l'article L624-16 du Code de commerce. La clause de réserve de propriété « *doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit* » précise l'article L624-16 du Code de commerce. Cet écrit n'est pas une condition de validité de la convention mais constitue un élément factuel permettant de vérifier l'accord des parties quant transfert différé de propriété des marchandises et constitue ainsi une condition d'opposabilité. Il en résulte que, pour qu'il y ait accord des parties, le seul échange des consentements suffit, conformément au principe du consensualisme. Ainsi, il n'est pas nécessaire d'établir un écrit spécifique : il suffit que la clause de réserve de propriété ait été stipulée dans un écrit qui a ensuite été

484Art. 2367 al. 1 C. civ.

485Sur ce point, le code de commerce est plus restrictif que le code civil. En effet, l'article L. 624-16 al. 2 du code de commerce ne fait référence qu'aux « *bien vendus avec une clause de réserve de propriété* ». La jurisprudence a cependant interpréter ce texte de manière extensive, de sorte qu'une telle clause peut figurer dans tout contrat translatif de propiété en matière civile comme en matière commerciale. V. p.e Com., 19 nov. 2003, n° 01-01137, rendue au sujet d'un contrat d'entreprise qui juge que la clause de réserve de propriété peut jouer « *quelle que soit la nature juridique du contrat dans lequel elle figure* », Bull. Civ. IV, n° 174.

486V. en ce sens D. Voinot, Rép. dr. com., Dalloz,V° « Réserve de propriété », §21.

porté à la connaissance du débiteur avant la livraison[487]. L'écrit étant nécessaire, nous vérifierons si la facture peut constituer le support de cet écrit. Cette clause doit également faire l'objet d'une acceptation de l'acquéreur. Un doute était survenu sur ce point en matière de procédure collective. La loi n°96-588 du 1 juillet 1996 avait en effet modifié l'article L624-16 en précisant que cette clause était opposable à l'acquéreur et aux créanciers à moins que les parties n'aient stipulé que celle-ci devait être écartée[488]. La jurisprudence déduisait de ce texte que la clause de réserve de propriété pouvait être imposée à l'acheteur et était valable sans acceptation de sa part[489]. Cette disposition a cependant été supprimée par l'ordonnance du 23 mars 2006. L'acceptation de l'acquéreur est donc à nouveau requise à titre de validité. Cette acceptation doit intervenir au plus tard au jour de la livraison des marchandises.

B. Les clauses attributives de juridiction.

177. *Présentation*[490]. Longtemps, aucune condition de forme n'était exigée pour qu'une clause attributive de juridiction soit considérée comme valide. Un document écrit n'était donc nullement nécessaire[491]. Cependant, en pratique, ces clauses étaient régulièrement insérées dans des documents annexes au contrat, telles les factures[492]. De telles pratiques pouvaient considérablement désavantager la partie à laquelle la clause était opposée, la

487V. D. Voinot, Rép. dr. com., Dalloz, V° « Réserve de propriété », §35.

488Art. L624-16 al. 2 dans sa version issue de la loi du 1er juillet 1996 : « *Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier* ».

489V. p.e. Com. 19 déc. 2000, Rev. Proc. Coll. 2001, n° 15, p. 3, obs. B. Soinne.

490 Adde, D. Mouralis, « Clause attributive de juridiction», p. 113, in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, sous la dir de J. Mestre et J.-C. Roda, Paris, Lextenso, 2011.

491H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, pref. H. Batiffol, Dalloz, Paris, Bibliothèque de droit international privé, vol. 4, 1965, n°241.

492V. en ce sens F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, pref. J. Ghestin, LGDJ, 1994, n° 46, p. 35 ; Ph. Guez, *L'élection de for en droit international privé*, thèse dactylographiée, Nanterre, 2000, spe. p. 333.

partie la plus forte l'insérant à son profit. La protection du cocontractant devenue inévitable, des règles de forme ont été élaborées tant en droit conventionnel qu'en droit international privé commun. En la matière, deux éléments antagonistes doivent être pris en considération : la nécessité de s'assurer de l'existence de l'accord des parties -ce qui paraît difficile sans extériorisation de celui-ci- d'une part, et, d'autre part, la pratique par essence peu formaliste du commerce international. Les formes mises à la disposition des parties ont donc dû tenir compte de la souplesse inhérente au commerce international.

La validité de la clause d'élection de for reste cependant souvent soumise à son expression sous forme d'écrit. Le formalisme et plus particulièrement l'exigence d'un écrit permet de s'assurer de l'effectivité du consentement[493], ce qui ressort de la jurisprudence européenne en matière de clause d'élection de for[494], ce qui permet aisément de déduire son acceptation. La forme écrite semble requise tant en droit international privé commun qu'en droit conventionnel. L'article 48 du Code de procédure civile dispose que « *Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins* […] *qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée* ». Si ce texte ne prévoit pas expressément que la clause attributive de juridiction doit être formulée par écrit, cela se déduit aisément des termes employés. En droit européen, le Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I », prévoit en son article 23 que la prorogation de compétence peut s'effectuer « *a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite*[495]».

En présence d'un litige, la détermination du juge compétent se fait en principe par

493V. en ce sens, Ph. Guez, *L'élection de for en droit international privé*, thèse précitée, sep. p. 339.

494CJCE, 14 dec. 1976, aff. 24/76, Colzani, prec. §7 : « *l'article 17 impose au juge saisi l'obligation d'examiner, en premier lieu, si la clause qui lui attribue compétence a fait effectivement l'objet d'un consentement entre parties, qui doit se manifester d'une manière claire et précise ; que les formes exigées par l'article 17 ont pour fonction d'assurer que le consentement entre parties soit effectivement établi* » .

495Précisons que l'article17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et l'article 17 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, toujours applicables, prévoient également qu'une « *convention attributive de juridiction est conclue : a) par écrit...* ». De même, l'article 25 du Règlement (UE) n°1215//2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions n matière civile et commerciale « Bruxelles I *bis* » applicable depuis le 10 janvier 2015 reprend la même formulation que l'article 23 a) du Règlement Bruxelles I.

référence aux règles de procédure civile. En droit interne, ces règles sont pour la plupart énoncées dans le Code de procédure civile[496]. En droit international privé, la compétence directe des tribunaux est déterminée soit par des dispositions nationales étendues à l'ordre international[497], soit en vertu d'accords internationaux. L'ensemble de ces règles n'ayant cependant bien souvent qu'un caractère supplétif, le droit international privé français commun et le droit conventionnel permettant aux plaideurs potentiels de les écarter au profit de juridictions d'un autre État.

178. *Fréquence de la clause*. Il n'est pas rare dans le cadre de rapports internationaux que les parties usent de cette possibilité de choisir le tribunal compétent. Pour ce faire, celles-ci doivent désigner le for ou, plus généralement, les tribunaux de l'État qui seront compétent pour connaître du différend qui pourrait naître. Cette adaptation du droit d'agir est le plus souvent utilisé dans le cadre d'un contrat et prend la forme d'une clause attributive de juridiction, parfois appelée clause ou accord d'élection de *for*[498]. La conclusion d'une telle clause permet ainsi aux parties de déterminer la juridiction compétente avant tout litige et ainsi de sécuriser leur relation. Les clauses d'élection de for présentent l'avantage de « diminuer sensiblement l'insécurité inhérente à l'absence d'organisation de la société internationale[499] ». Aussi, la licéité de principe de ces clauses a été consacrée très tôt par la jurisprudence française[500]. Un doute a cependant surgi à la lecture de certaines dispositions du décret du 5 décembre 1975 instituant le nouveau Code de procédure civile. Plus précisément, s'est posée la question de l'extension de l'article 48 qui prohibe les clauses attributives de juridictions sauf lorsque celles-ci sont conclues entre commerçants. La notion de commerçant étant différente selon les pays, l'extension de l'article 48 aurait conduit à condamner ces clauses dans le commerce international. Aussi, la Cour de cassation est intervenue et a affirmé que « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un*

496Mais pas exclusivement. En effet, si l'on raisonne dans d'autres matières, d'autres textes permettent de déterminer la compétence des juridictions. Citons, par exemple, le Code de procédure pénale et le Code de Justice administrative. En outre, en matière civile, certains règles contenues dans d'autres Codes permettent de déterminer le juge compétent.

497Civ. 1ère, 19 oct. 1959, *Pelassa,* D. 1960, 37, note G. Holleaux.

498Nous utiliserons ces différents termes indistinctement.

499B. Ancel et Y. Lequette, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 17 déc. 1985, *Sorelec,* GA, n° 72, spe. p. 647.

500Civ. 1ère, 19 fev. 1930 et Cass. Civ. 1ère, 27 janv. 1931, Sirey 1933, 1, p. 41, note Niboyet.

litige international et que la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française[501] ». Par cet attendu de principe, la Cour de cassation a donc affirmé et délimité la licéité des clauses attributives de juridiction en précisant deux conditions. Tout d'abord, le litige doit être international, c'est-à-dire présenter un élément d'extranéité, le seul choix par les parties d'un tribunal étranger ne permettant pas de caractériser l'internationalité du litige[502]. En revanche, il n'est pas nécessaire qu'existe un lien entre l'affaire et le tribunal désigné par les parties[503]. Ensuite, la compétence impérative des juridictions françaises ne doit jamais être menacée.

179. Quant à la validité de la clause attributive de juridiction qui serait insérée dans un contrat, celle-ci n'est pas inconditionnelle. Chacune des parties doit en effet donner son consentement à celle-ci. Bien souvent, cet accord de volonté des parties s'extériorise par un formalisme exigé par le législateur. A cet égard, la Cour de Justice des Communautés européennes a pu exprimer l'idée selon laquelle le formalisme instauré par les traités européens (en l'espèce la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 permet observer réalité du consentement en affirmant que « *les formes exigées par l'article 17* [de la Convention de Bruxelles] *ont pour fonction d'assurer que le consentement entre parties soit effectivement établi*[504] ».

180. *Conclusion de la section.* Les clauses sont nombreuses, foisonnent au fil des pages des contrats afin de régir chaque parcelle de la relation contractuelle. Pour qu'elles produisent effet, la manifestation de volonté des cocontractants, bien que nécessaire, reste souvent insuffisante. Il ne saurait en effet y avoir adhésion à une stipulation sans connaissance préalable de celle-ci. Cela est d'autant plus vrai lorsque la clause ne figure pas dans le corps même du contrat mais dans la facture. C'est alors une étude du contentieux qui permet de révéler, au prix d'une tentative de systématisation des

501Civ. 1ère, 17 dec. 1985, *Sorelec*, GA n° 72.
502H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé* , thèse précitée, spe. p. 186 et p. 191.
503*Ibid.*
504CJCE, 14 déc. 1976, aff. 24-76, *Estasis Salotti di Colzani Aimo et Gianmario Colzani c/ Rüwa Polstereimaschinen GmbH,* §7.

solutions énoncées, le sort réservé aux clauses figurant sur les factures (section 2).

Section 2 : De la mise en oeuvre du transport des clauses à travers le contentieux.

181. *Labyrinthe contractuel.* Les causes et circonstances rendant possible une acceptation d'une clause présente sur la facture sont nombreuses et s'entremêlent. Néanmoins, dans un souci de simplification, il nous est apparu efficient de dégager trois tendances expliquant le contentieux relatif au transport de la matière contractuelle par la facture. D'abord, l'acceptation peut résulter du fait que l'émetteur porte à la connaissance du destinataire la clause objet du contentieux (§1). Ensuite, l'acceptation peut résulter de l'identification d'un comportement particulier du destinataire de la facture (§2). Enfin et surtout, en cas de silence à réception des factures, l'acceptation peut résulter d'un contexte entourant émetteur et destinataire de la facture (§3).

§1. La mise à disposition effective de la clause à son destinataire par son émetteur, source d'acceptation de la clause insérée dans la facture.

182. *Présentation.* Bien que le droit des contrats repose sur le consensualisme, la formation d'un contrat donne généralement lieu à l'échange d'un certain nombre de documents, ce qui suppose leur rédaction préalable. Ainsi une clause, qu'elle concerne la réserve de propriété ou encore la compétence juridictionnelle, peut avoir été insérée dans le document principal ou dans un document annexe. Tel est le cas lorsque la clause figure sur les factures. Évidemment, si une telle clause figure dans le document principal, il y a tout lieu de penser que celle-ci est connue des cocontractants -et même acceptée- dans la mesure où si les parties n'ont pas nécessairement rédigé le contrat ensemble, elles sont

censés en avoir pris connaissance avant d'en accepter les termes. Classiquement, la facture est définie comme une pièce comptable. Son objectif est de retranscrire une opération économique, une vente par le truchement de différentes mentions obligatoires. Mais comme il a déjà été précisé, ce n'est toutefois pas l'unique rôle de la facture qui peut également venir compléter le contrat et ainsi contribuer à sa formation[505]. Outre les mentions devant impérativement figurer sur la facture[506], d'autres clauses, reflétant la volonté des parties, ou du moins de celui qui l'émet, peuvent y être librement stipulées. En effet, le contrat ne se réduit pas à l'*instrumentum.* Il peut y avoir une remise progressive de documents à valeur contractuelle et c'est alors dans un ensemble qu'il convient de rechercher le contenu exact du contrat. Le raisonnement est plus complexe lorsque la facture n'est pas signée, ce qui par ailleurs est nettement plus courant.

183. Si la logique voudrait que les clauses les plus importantes du contrat soient stipulées dans l'*instrumentum* et fassent l'objet d'une signature, nous l'avons dit, dans la pratique un certain nombre d'entre elles figurent sur des documents extérieurs. Pour être opposable dans un tel cas, encore faut-il que la clause eut été connue des parties. Un certain nombre de décisions montrent que la jurisprudence exige, depuis longtemps, cette connaissance de la part des parties. Une clause, quelle qu'elle soit, est évidemment connue de celui qui l'a rédigée. Risquant de demeurer méconnue de l'autre partie[507], il appartient alors à celui qui désire son opposabilité de la faire connaître à son contractant. La question posée est alors de savoir en quoi la facture peut être un vecteur efficace d'une telle information. En d'autres termes, est-il suffisant de faire figurer la clause sur une facture pour que celle-ci soit connue et, partant, présumée acceptée par l'autre partie ? La réponse ne peut être uniforme. Le législateur ou la jurisprudence imposent le moment auquel la clause litigieuse doit être connue pour pouvoir produire effet. La jurisprudence a longtemps exigé que la clause attributive de juridiction soit connue au plus tard au moment de la formation du contrat (A). Quant à la clause de réserve de propriété, le code

505F. Labarthe, *La notion de document contractuel,* thèse précitée, spe. p. 229.
506V. art. L441-3 C. Com.
507V. A. Huet, Jcl Dr. Int., Fasc 51 « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. – Clauses attributives de juridictions », §39.

de commerce précise qu'elle doit être connue au plus tard au moment de la livraison des marchandises (B). Dans les deux situations, il appartient bien à l'émetteur de la facture de s'assurer que le destinataire en aura connaissance.

A. Le moment de la connaissance de la clause attributive de juridiction.

184. *Distinction.* Lorsqu'un litige met en cause une clause attributive de juridiction, il est parfois nécessaire de démontrer que les parties au contrat ont eu connaissance de cette clause au moment de la conclusion du contrat (1). Une dose de souplesse a toutefois été introduite par la possibilité de faire figurer, dans l'*instrumentum*, un renvoi exprès à un document extérieur au contrat dans lequel la clause est insérée (2).

1. Connaissance de la clause attributive de juridiction au moment de conclusion du contrat.

185. L'analyse de la jurisprudence démontre que la clause attribuant compétence à une juridiction doit avoir été connue des parties au plus tard au moment de la conclusion du contrat et doit figurer dans le contrat afin d'être valable. Plusieurs décisions nous permettent d'illustrer cette affirmation.

186. Un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 23 octobre 1963, est à ce titre, évocateur. Étaient en cause deux sociétés ayant conclu un contrat portant sur la vente d'huile. Une clause attributive de juridiction avait été insérée dans les factures délivrées par la société venderesse, clause qui fut invoquée au cours d'un litige visant à obtenir la résolution des ventes. La clause figurant sur les factures, la question de

sa validité fut soulevée. La Cour de cassation constate que les correspondances entretenues entre les deux sociétés ne faisaient nullement mention d'une quelconque clause d'élection de for, ce dont elle déduisait que la preuve de la connaissance de la clause au moment de la formation du contrat n'était pas rapportée et, ainsi, « *La clause litigieuse ne pouvait être opposée par la société contredisante à son cocontractant pour ne pas avoir été portée à sa connaissance antérieurement à la signature du contrat*[508] ».

187. La chambre commerciale de la Cour de cassation est également intervenue sur cette question, notamment par un arrêt du 28 avril 1964. Dans cette affaire, une facture *pro foma* avait été émise le 13 mars. Cette facture *pro forma* contenait une clause attributive de juridiction, de sorte que l'acheteur avait eu connaissance de celle-ci avant même de contracter. Ce n'est que le 20 mars que le contrat fut conclu. Celui-ci ne faisait aucune référence à la clause attributive de juridiction, laquelle n'est réapparue que sur les factures postérieures. Bien que la clause ait dans un premier temps figuré dans la facture *pro forma*, la Cour de cassation en a déduit que la clause était postérieure à l'accord des parties et, partant, était privée d'effet[509]. Quelques mois plus tard, la chambre commerciale[510] s'est à nouveau prononcée sur cette question et a rendu une solution contraire et plus souple que celle que nous venons d'exposer. En l'espèce, une facture *pro forma* contenant une clause attributive de compétence avait été émise le 7 avril 1955. La Cour d'appel de Paris avait fait droit à l'exception d'incompétence du tribunal de commerce de la Seine excipée par Jacob X. L'accord de volontés n'était intervenu que le 23 mai de la même année sans que soit fait référence à cette clause. Quelques mois plus tard, le 7 septembre 1955, avait été émise une facture contenant la clause attributive. Monsieur Jacob X., a qui la clause été opposée, faisait valoir qu'il n'avait eu connaissance de la clause qu'à la date de cette dernière facture et qu'ainsi, la clause n'ayant pas été établie au moment de la formation du contrat, elle était inopposable. La Cour d'appel de

508Civ. 2ème, 23 oct. 1963, Bull. civ., II, n° 656. ; V. dejà Com. 17 déc.1957, Bull. civ. III, n°350.

509V. également Paris, 1ère ch., 14 déc. 1971, JDI 1973, p. 743, note B. G. En l'espèce, la clause attributive de juridiction figurait dans les statuts de la chambre de commerce et d'industrie. La Cour d'appel estime que cette clause n'est opposable qu'à condition que la personne à qui elle est opposée en ait eu connaissance ce qui n'était pas démontré.

510Com, 1er juin 1964, Bull. civ. IV, n°282.

Paris, dans un arrêt du 3 février 1959, avait fait droit à cette argumentation. Par une décision du 1er juin 1964, la Cour de cassation rejeta ce raisonnement estimant que la clause figurait sur la facture *pro forma*, c'est-à-dire avant même la conclusion du contrat, « *Il était [donc] loisible à Jacob […] de repousser la clause d'attribution de compétence de lui connue et qu'il n'en a rien fait* ». La clause attributive de compétence ayant été portée à la connaissance du demandeur avant même la conclusion du contrat, elle pouvait produire effet. Par la suite, la jurisprudence est revenue à solution du 28 avril 1964. Ainsi, la Cour d'appel de Rouen a pu décider qu'une clause attributive était valable lorsque la partie à laquelle elle est opposée avait eu connaissance de la teneur du document contenant la clause au moment de la conclusion du contrat[511].

188. Il est également possible de citer un arrêt de la chambre commerciale en date du 10 mars 2009. Dans cette affaire, une compagnie d'assurance avait émis une attestation d'assurance désignant la société Iris catamaran (qui avait donné un navire en affrètement) comme bénéficiaire cette police d'assurance et la société Meltem (qui devait effectuer un service de transport de passagers entre la Turquie et le nord de l'île de Chypre) comme souscripteur. Suite à une manœuvre sur un port, le navire a été endommagé et la compagnie d'assurance refusa de prendre en charge les réparations. La société Iris catamaran a donc intenté une action en justice devant le tribunal de commerce de La Rochelle. La compagnie d'assurance objecta qu'une clause d'élection de for au profit des juridictions turques avait été insérée dans les conditions générales de la police d'assurance. La Cour de cassation ne fit cependant pas droit à la compagnie d'assurance au motif que n'était pas rapportée la preuve que la société Iris catamaran avait eu connaissance de la clause attributive de juridiction au moment de la conclusion du contrat[512]. Certes, en l'espèce la clause litigieuse ne figurait pas sur une facture.

511Rouen, 6 juin 2002, RTDcom. 2002, p. 774, chr. Ph Delebecque.
La même solution a été rendue par la Cour d'appel de Paris au sujet d'une clause compromissoire. En l'espèce, la clause compromissoire été mentionnée dans les conditions générales de vente. Bien que le contrat ne faisait aucune référence à ces conditions générales, la clause était considérée comme valable dès lors que la partie à laquelle elle était opposée avait eu connaissance de la teneur du document contenant la clause au moment de la conclusion du contrat (Paris, 17 mai 1955, JDI 1996, p. 110 et s., note E. Loquin).

512Com. 10 mars 2009, n°07-19447 : « *ayant relevé que l'attestation d'assurance versée aux débats ne faisait pas mention de la clause attributive de compétence, mais visait seulement les conditions générales turques et retenu qu'il n'était pas démontré qu'au moment de la formation du contrat, la société Iris catamaran ait eu connaissance de ces conditions et de la clause attributive de compétence qu'elles contenaient […] la cour d'appel a statué comme elle a*

Cependant, il nous semble que cette solution pourrait également s'appliquer dans le cas où la clause serait insérée dans une facture ou dans tout autre document extérieur au contrat.

189. Un arrêt récent impose également la connaissance de la clause au moment de la formation du contrat. La société Creno avait, le 24 février 2004 conclu un contrat avec la société Microsoft business solutions aux droits de laquelle est venue la société Microsoft France. Des difficultés étant survenues dans la réalisation du contrat, la société Creno a conclu le 23 juillet 2008 un nouveau contrat dans lequel figurait une clause attribuant compétence aux juridictions irlandaises avec la société Microsoft Ireland. Les difficultés persistant, la société Creno a saisi le tribunal de commerce de Paris en vue d'obtenir la nullité des contrats ainsi que des dommages et intérêts. La société Microsoft France se prévalut de la clause attributive figurant dans le contrat du 23 juillet 2008 afin que les tribunaux français soient déclarés incompétents. La Cour d'appel de Paris avait estimé le contredit mal fondé, la société Microsoft France n'étant pas partie au contrat contenant la clause litigieuse. La Cour de cassation ne suivit pas le raisonnement des juges du fond. Au visa de l'article 48 du Code de procédure civile, elle décida que les juges d'appel auraient dû rechercher si la société Microsoft France avait eu connaissance de la clause attributive de juridiction au moment de la formation du contrat[513]. Cette décision, bien que s'inscrivant dans la ligne de la jurisprudence antérieure nous semble plus souple. En effet, dans cette affaire, la clause d'élection de for pourrait jouer alors même que celui qui s'en prévaut n'était pas partie au contrat dans lequel la clause était mentionnée. Peu importe donc que celui qui invoque la clause soit tiers au contrat. Reste que c'est toujours au moment de la formation du contrat que la clause doit avoir été connue.

190. En droit interne comme en droit international, il est donc des hypothèses dans

fait sans encourir les reproches des deuxième et troisième branches », JCP E 2009, n°18 p. 27 ; JCP G 2009, n° 16-17, p. 42.

513Com. 4 mars 2014, n°13-15846 : « *en se déterminant ainsi, sans rechercher, cependant que la société Creno fondait ses demandes à l'encontre de la société Microsoft France sur le contrat du 23 juillet 2008 auquel celle-ci n'était pas partie, si, au moment de la formation de ce contrat, la clause litigieuse n'était pas connue de la société Microsoft France [...] la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

lesquelles la jurisprudence, établie de longue date, exige que la clause attributive de juridiction figure dans le contrat et soit connue des parties au moment de sa formation au plus tard. Il en résulte que dans un tel cas la facture ne présente aucun aspect contractuel : l'insertion de nouvelles clauses dans les factures ne rend pas celles-ci obligatoires puisqu'elles ne sont pas supposées connues et, partant, ne peuvent avoir été acceptées par les parties. Cette approche peut paraître restrictive au regard des spécificités du commerce international. Toutefois, il s'agit d'une interprétation stricte de l'article 48 du Code de procédure civile. Celui-ci dispose en effet que la clause doit avoir été spécifiée « *dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée* ». Cela signifie bien qu'elle doit être stipulée dans le contrat et paraît donc inapplicable à un document qui serait remis après la conclusion du contrat telle une facture. La facture est donc dénuée de toute autonomie. Les parties peuvent, si elles le souhaitent insérer une clause attributive de juridiction dans une facture. Mais pour qu'elle puisse produire effet, il faudra qu'il s'agisse d'une réitération d'une clause déjà mentionnée dans le corps même du contrat.

Cette nécessité de faire figurer la clause attributive de juridiction dans le contrat n'est cependant pas absolue. La jurisprudence admet en effet que la clause puisse être insérée dans un document annexe au contrat si un renvoi exprès à ce document est opéré.

2. Connaissance des clauses par renvoi exprès à la facture.

191. Lorsque la clause attributive de juridiction figure sur un document annexe au contrat, la jurisprudence exige qu'un renvoi exprès soit effectué vers ce document. Ce renvoi doit figurer dans le contrat et permet de considérer que la partie à laquelle la clause est opposée en a eu connaissance puisqu'elle a signé l'*instrumentum*[514]. Si cette clause n'est

514En ce sens, F. Labarthe, *La notion de document contractuel,* thèse précitée, spe. p. 212, pour qui le renvoi permet de « *prouver que le contractant a pris connaissance de ces documents* ».

pas connue, il est difficile d'admettre qu'elle puisse avoir été acceptée[515]. Cette solution vaut tant en droit européen qu'en doit international privé commun.

192. En droit européen, la question d'un renvoi au document annexe contenant la clause attributive de juridiction a été soulevée dans l'arrêt *Colzani* rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes le 14 décembre 1976. En l'espèce, la clause d'élection de for figurait au verso du contrat sans que soit apposée une signature sur ce verso. Dans cette affaire, la Cour de Justice a décidé qu'un renvoi exprès devait être opéré estimant qu' « *il y a lieu de dire qu'en elle-même, la simple impression, sur le verso d'un contrat établi sur le papier d'affaires de l'une des parties, d'une clause attributive de juridiction dans le cadre des conditions générales de cette partie ne satisfait pas aux exigences de l'article 17, aucune garantie n'étant donné par ce procédé que l'autre partie a consenti effectivement à la clause dérogatoire au droit commun en matière de compétence judiciaire ; qu'il en est autrement dans le cas où, dans le texte même du contrat signé par les deux parties, un renvoi exprès est fait à des conditions générales comportant une clause attributive de juridiction*[516]». Si cette décision évoque l'effectivité du consentement, elle permet également de déduire que la connaissance de la clause est nécessaire. En effet, puisqu'un renvoi exprès au verso de l'*instrumentum* est exigé, il est permis de penser qu'à défaut d'un tel renvoi, la partie à laquelle la clause est opposée n'aura pas nécessairement lu le verso du contrat et, partant n'aura pas eu connaissance de celle-ci. Une telle solution permet de garantir l'effectivité du consentement des parties, ce à quoi la Cour de Justice attache une importance primordiale. La Cour s'attache à garantir l'existence du consentement. C'est pour cette raison qu'elle estime qu'à défaut de renvoi,

515V. p.e Paris, 13 déc. 1995, JCPG 1997, n° 5, p. 54.
Nous verrons toutefois que l'existence de relations habituelles d'affaires ou d'usage du commerce international permet de présumer l'acceptation.

516CJCE, 14 dec. 1976, aff. 24/76, Colzani, prec. §9 : « *il y a lieu de dire qu'en elle-même, la simple impression, sur le verso d'un contrat établi sur le papier d'affaires de l'une des parties, d'une clause attributive de juridiction dans le cadre de conditions générales de cette partie ne satisfait pas aux exigences de l'article 17, aucune garantie n'étant donnée par ce procédé que l'autre partie a consenti effectivement à la clause dérogatoire au droit commun en matière de compétence judiciaire ; qu'il en est autrement dans le cas où, dans le texte même du contrat signé par les deux parties, un renvoi exprès est fait à des conditions générales comportant une clause attributive de juridiction* ». Cette solution a été réaffirmée par la CJCE dans son arrêt *Tilly Russ* du 19 juin 1984, aff. 71/83, §16 : « i*l y a lieu d'ajouter que la simple impression au verso du formulaire du connaissement d'une clause attributive de juridiction ne satisfait pas aux exigences de l'article 17 de la Convention, aucune garantie n'étant donnée par ce procédé que l'autre partie a consenti effectivement à la clause dérogatoire au régime commun de compétence de la Convention* », JDI 1985, p. 159, obs. J-M Bischoff.

il n'est pas certain que la partie à qui la clause d'élection du for est opposée y a effectivement consenti, autrement dit qu'elle l'a réellement acceptée. Un raisonnement *a contrario* nous incite à affirmer que lorsqu'une clause de renvoi est stipulée, l'acceptation à la clause attributive de compétence est effective. Toutefois, lorsque les parties concernées sont des opérateurs réguliers du commerce international, des professionnels avertis, il peut paraître surprenant qu'ils n'aient pas à se préoccuper des mentions figurant au verso des documents qu'elles signent. Étant habituées à ce type d'opération, ces professionnels ont conscience qu'au dos des documents qu'ils signent peuvent être insérées des clauses attributives de juridiction. Un pan de la doctrine est pour le moins réservé quant à la solution rendue par la Cour de Justice des communautés européennes. A cet égard, Bischoff note qu' « *il peut paraître pour le moins étrange « qu'une partie appliquant une diligence normale » n'ait pas le moins du monde à se soucier de ce qui se trouve à l'envers du papier qu'elle signe, à moins qu'on ne l'y invite spécialement à y regarder de plus près, ce en quoi peut finalement se résumer la position de la Cour*[517] ». Cette solution, rendue dans l'hypothèse où la clause attributive de juridiction figure au verso de l'*instrumentum* vaut *a fortiori* dans les cas où la clause figurerait sur les factures ou tout autre document annexe.

193. En droit international privé commun français, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 30 janvier 1990[518]. Dans cette affaire, l'acheteur, la société Oger, société de droit saoudien, avait passé une commande auprès de la société italienne Verbano et lui avait fait parvenir par télex un document confirmant la commande, ce dernier précisant que la commande était passée « aux conditions générales annexées ci-après ». Une clause attributive de juridiction au profit du Tribunal de commerce de Paris avait été insérée dans ces conditions générales. La société Verbano à qui était opposée la clause estimait la clause inopposable dans la mesure où elle n'en avait eu connaissance que postérieurement la conclusion du contrat. La Cour de cassation releva cependant qu'après réception du document transmis par télex, le vendeur l'avait renvoyé à l'acheteur

517J-M Bischoff, note sous CJCE, 14 déc. 1976, JDI 1977, p. 734, spe. p. 737.
518Com., 30 janvier 1990, n°88-10466, Bull. Civ. IV, n°26. ; RTDcom 1990, p. 453, note A. Huet.

après l'avoir signé et mentionné qu'il l'acceptait sans réserve. De tous ces éléments, la Cour de cassation conclut que « *la clause litigieuse figurait dans l'engagement de la société Verbano et que celle-ci avait expressément consenti à cette stipulation, peu important, dès lors, que cet accord fût postérieur à l'exécution partielle du contrat* » et répond ainsi aux conditions énoncées par l'article 48 du Code de procédure civile. Cet arrêt est important en ce qu'il admet qu'une clause attributive de juridiction peut être valablement stipulée postérieurement à la conclusion du contrat. Il faut donc déduire de cette décision qu'à partir du moment où un document élaboré après le contrat opère un renvoi vers un autre document contenant une clause attributive de juridiction et qu'il est signé des deux parties, une telle clause peut être insérée dans un document extérieur au contrat, serait-il, par définition, porté à la connaissance de la partie intéressée après la conclusion du contrat. Au regard de cette jurisprudence, il semble que dès lors que le contrat y ferait référence, une clause attributive de juridiction pourrait être valablement insérée dans une facture. Il s'agit là d'une interprétation large de l'article 48 du Code de procédure civile qui exige que « *Toute clause qui […] déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins […] qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée* ». Or, la Cour de cassation, en admettant la validité de la clause du fait de la signature de la confirmation de la commande et de l'acceptation sans réserve des termes de ce document, admet que la clause n'ait pas à figurer dans l'engagement des parties. En effet, en l'espèce, « *ce n'est plus la clause qui figure dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée, mais uniquement l'acceptation générale des termes du contrat*[519]».

Dans un arrêt du 16 février 1999, la première chambre civile a également admis que lorsqu'une clause d'élection de for figure dans un document extérieur au contrat –en l'occurrence dans le cahier de prescription des charges- et que les documents contractuels y renvoient, la clause est valable. Bien que la partie n'affirme pas expressément consentir à la clause, le silence peut valoir acceptation du fait de la référence effectuée[520].

519F. Labarthe, *La notion de document contractuel,* thèse précitée, spe. p. 43.

520Civ. 16 fev. 1999 : « *la cour d'appel, qui a relevé qu'une clause attributive de compétence aux juridictions tunisiennes était stipulée dans le « cahier des prescriptions générales » gouvernant les relations des parties et*

194. Il convient également de citer un arrêt rendu le 12 février 2002[521]. En l'espèce, la société française TSR et la société Isocar, société portugaise, avaient conclu en 1995 un contrat de vente portant sur des semi-remorques. Les factures n'ayant pas été payées, la société TSR a introduit une action en justice devant le tribunal de commerce de Paris. La société Isocar a alors contesté la compétence du tribunal de commerce en se prévalant d'une clause d'élection de for au profit des juridictions portugaises. Cette clause figurait dans un contrat de concession en date du 19 septembre 1994 conclu entre la société Isocar et la société André Trouillet SA. La société française opposa alors une clause figurant au verso des factures. Plus précisément, les factures renvoyaient aux conditions générales de vente, qui contenaient une clause attributive de juridiction, insérées au verso des factures. La Cour d'appel de Paris avait retenu la compétence des juges français. La Cour de cassation approuvera cette solution aux motifs, d'une part que le contrat de concession était inopposable à la société TSR et, d'autre part, qu' « *ayant relevé que les cinquante-cinq factures litigieuses comportent toutes sur leur recto une mention renvoyant expressément aux conditions générales de vente reproduites au verso dans lesquelles figure une clause attributive de compétence dont elle a souverainement estimé, hors toute dénaturation, qu'elle prévoyait en cas de litige, quel qu'il soit, compte tenu de la généralité des termes employés, la compétence du tribunal de commerce de Paris et estimé que le nombre de factures et leur étalement dans le temps sur une période de près d'une année sans que la société Isocar ait jamais émis la moindre protestation lui interdisait de prétendre ne pas avoir accepté ces conditions, la cour d'appel a statué à bon droit* ». Il s'agit d'un arrêt particulièrement motivé dont on peut déduire que la clause attributive de juridiction est réputée acceptée, quand bien même la référence qui y serait faite figure dans un document annexe. Notons toutefois que cet arrêt semble isolé et n'a pas été publié au bulletin. Il paraît donc difficile d'en tirer un principe général. Néanmoins, sa motivation mérite que l'on s'y arrête un instant. Elle semble se situer à mi-chemin entre la nécessité pour le juge d'établir la réalité du

auquel se référaient les documents contractuels, en a justement déduit que la société Recocer avait eu connaissance de cette clause et l'avait acceptée », JCP G 1999, n° 38, 10162, note B. Fillion-Dufouleur.

521Com. 12 fev. 2002, n° 99-16124.

consentement mais également de se contenter de sa vraisemblance. Elle interrogera les partisans d'une acceptation plus orthodoxe, soucieux de préserver l'autonomie de la volonté et le caractère subjectif de la relation contractuelle. Elle rassurera les défenseurs d'une conception objective du contrat, basée sur un crédit donné à l'apparence et sur la confiance légitime de l'émetteur en la teneur du lien contractuel. Par la répétition des cinquante-cinq factures émises[522], leur structure identique, leur étalement dans le temps ainsi que, durant la même période, l'absence de protestation quant à leur contenu contractuel, s'est crée ce qui pourrait être nommé un « consentement permanent », ou de fait. Mais la conception objective du lien contractuel retenu ici est permise car les cinquante-cinq factures représentaient autant de potentialités d'élever une contestation pour le défendeur qui en l'occurrence n'a jamais eu lieu. Ce à quoi il pourra être répondu que ces protestations n'ont pas eu lieu justement parce que le destinataire n'avait aucunement connaissance de l'existence de cette clause. Mais la multiplicité d'une émission de documents identiques sur une période suffisamment longue sans que jamais la moindre protestation ne s'élève de la part du destinataire semble avoir crée une unité contractuelle cohérente qu'il ne convenait point d'ébranler alors même que les renvois opérés par l'émetteur avaient lieu au sein du même document contractuel. Dès lors, l'absence de publication de la solution pourrait s'expliquer par une motivation particulièrement circonstanciée, factuelle et faisant une entorse à la relative fermeté traditionnelle en la matière. Mais l'ambiguïté ne disparaît pas lorsque de manière paradoxale, la Cour de cassation renforce d'autant plus la position des juges du fond par l'emploi de l'expression « à bon droit », dont on sait qu'elle donne encore plus de force et crédit au raisonnement des juges du fond.

195. La Cour de cassation s'est toutefois montrée plus ferme quant à l'exigence d'une référence[523]. En l'espèce, un contrat de représentation commerciale avait été conclu le 1er

522La loi du nombre, évoquant à la fois multiplicité et crédibilité de l'acceptation, permet une analogie avec un arrêt rendu en matière maritime. Dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 12 mars 2013 (n°1024465), la Cour de cassation faisait état dans sa solution de la « *production de cent quarante-six connaissements* » afin d'établir l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction qui y figurait de manière systématique, en plus d'un usage propre à la branche considérée rendant opposable ce type de clause.

523Civ. 30 juin 1992, JCP E 1993, I, n°21 p. 162, obs. Ph. Coursier ; D. 1994, p. 169, note Ph. Guez ; V. dans le même sens au sujet d'une clause limitative de garantie, Civ. 18 oct. 2005 : « *en se fondant exclusivement sur les relations*

novembre 1982 entre une société française et une société égyptienne. Ce contrat contenait une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de commerce de Lyon, clause également contenu dans les documents commerciaux de la société française. Suite à la conclusion de ce contrat, la société égyptienne commanda à la société française une machine qui fut expédiée afin d'être utilisée dans le cadre d'un projet d'association. Le projet d'association fût abandonné et la société française décida de vendre la machine à un tiers plutôt que de la faire réexpédier en France. La vente fut conclue au profit de M.X sur proposition de la société égyptienne. La société française, n'ayant pas reçu le paiement, saisit les juges lyonnais. L'affaire fut portée devant la Cour de cassation. A l'appui de son pourvoi, la société française faisait valoir que la vente était fondée sur le contrat de représentation commerciale et que, dès lors, la clause attributive de juridiction y figurant était applicable. Sur ce point, la Cour de cassation estima que les juges disposaient d'une appréciation souveraine. La société française estima également qu'au regard des relations d'affaires suivie entre les deux sociétés, la clause figurant dans les documents commerciaux devait être appliquée. La première chambre civile rejeta le pourvoi jugeant que « *la connaissance éventuelle par l'une des parties, à l'occasion d'opérations antérieures, des conditions générales de l'autre partie contenant une clause de juridiction ou la connaissance de l'existence d'une telle clause dans des documents étrangers à l'opération litigieuse ne suffit pas, même au cas de relations d'affaires suivies, à lui rendre opposable cette clause si le contrat n'y fait aucune référence, directement ou indirectement ; que c'est donc à juste titre que la cour d'appel a encore écarté la clause de juridiction figurant de manière générale sur les documents commerciaux de la société* [française] ». Cet arrêt est particulièrement intéressant en ce qu'il exige expressément qu'une référence directe ou indirecte au document contenant la clause soit effectuée. Certes, nous l'avons vu, qu'un renvoi au document extérieur soit exigé afin de rendre opposable la clause attributive de juridiction n'est pas une nouveauté. En revanche, c'est la première fois que la Cour de cassation l'exprime sous forme de principe général[524]. Par

d'affaires suivies, sans relever que la vente conclue le 21 septembre 1994 se serait référée, de façon directe ou indirecte, à la clause limitative de garantie, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » , RTDciv. 2006, p. 107, obs J. Mestre et B. Fages.

524V. Ph. Guez, *L'élection de for en droit international privé,* thèse précitée, spe. p. 353.

cette décision, la Cour de cassation manifeste sa volonté de contrôler la connaissance effective de la clause d'élection de for qu'à la partie à laquelle elle est opposée. Ainsi, une connaissance de la clause qui ne serait qu'« éventuelle » ne suffit pas à rendre la clause opposable. En outre, la Cour de cassation précise également que si le contrat litigieux ne contient pas de clause d'élection de for, l'existence de relations d'affaires suivies entre les parties ne suffit pas à rendre applicable la clause qui aurait été stipulée dans des contrats antérieurs à moins que celui-ci y fasse référence « directement ou indirectement ». Enfin, et c'est ce point qui est pour nous particulièrement intéressant, la Cour de cassation exige qu'une référence soit faite dans le contrat et une connaissance concrète de la clause. Il faut en déduire que, contrairement à ce qui avait pu être décidé en 1990, une clause attributive de juridiction ne saurait être stipulée dans un document porté à la connaissance de la partie intéressée après la conclusion du contrat quand bien même une référence à ce document serait mentionnée dans le contrat. Appliqué aux factures, cela signifie qu'il serait impossible de rendre opposable une clause d'élection de for insérée dans une facture remise postérieurement au contrat. En revanche, si lors d'une opération antérieure entre les parties les factures émises contenaient une clause attributive de juridiction, celle-ci serait opposable si le contrat litigieux faisait référence à ces factures antérieures. Dans une telle hypothèse, la partie à laquelle la clause d'élection de for serait opposée aurait en effet une connaissance effective de ladite clause.

196. Synthèse. Il ressort de l'ensemble de cette jurisprudence qu'une clause attributive de juridiction peut figurer dans des documents extérieurs au contrat, et notamment dans des factures, si un renvoi est opéré dans le contrat. Il faut néanmoins nuancer cette affirmation. Comme nous l'avons vu, la Cour de cassation exige parfois que la clause soit portée à la connaissance de la partie à laquelle elle est opposée au plus tard au moment de la signature de l'engagement des parties.

Le renvoi exprès à un document extérieur au contrat permet donc d'intégrer celui-ci au champ contractuel et lui confère ainsi la même force que s'il s'agissait de l'*intrumentum* lui-même. Ce renvoi fait présumer la connaissance de la clause attributive de juridiction.

Selon Madame Labarthe, le renvoi permet en effet de « *prouver que le contractant a pris connaissance de ces documents*[525] », la signature sur l'*instrumentum* l'attestant. Cette jurisprudence démontre cependant l'absence d'autonomie contractuelle de la facture. En effet, si la clause insérée dans la facture peut être valable, c'est à la seule condition qu'un renvoi exprès soit effectué, renvoi devant figurer dans le contrat. La réalité de la connaissance de la clause attributive de juridiction et, par extension, du consentement à cette clause ne dépend donc pas uniquement de la facture mais bien du lien opéré entre le contrat et la facture. Dans cette hypothèse de renvoi, la facture permet au mieux une prise de conscience par la partie à qui la clause est opposée du contenu de la clause. De ces différents arrêts, il ressort lorsque le contrat comporte une référence une clause attributive de juridiction figurant dans un document annexe -ou simplement à ce document annexe- la signature de *l'instrumentum* vaut acceptation de la clause si ledit document a été communiquée à la partie intéressée[526]. Le cocontractant, par sa signature, accepte les termes du contrat. Si ce contrat comporte une clause de référence, la signature vaudra également acceptation des stipulations auxquelles le renvoi est opéré. Il s'agit d'une acceptation tacite puisque la partie n'a pas signé l'acte sur lequel a été stipulé la clause attributive de juridiction et, de fait, n'en a pas nécessairement eu connaissance : elle est en réalité présumé avoir accepté les termes des documents auxquels il est fait référence. Autrement dit, accepter l'*instrumentum* implique l'acceptation de la référence et accepter la clause de référence revient à accepter la clause attributive de juridiction. Appliqué aux factures, cela signifie que si une partie a signé un contrat mentionnant qu'en cas de litige, sera applicable la clause de juridiction insérée dans les factures à venir, elle aura effectivement accepté les termes de cette clause. L'existence de l'acceptation se situe donc en amont des factures et se vérifiera au moment de la conclusion du contrat. La solution est en revanche incertaine lorsque la clause de référence se situe dans un document extérieur au contrat comme c'est le cas dans l'arrêt du 12 février 2002.

525F. Labarthe, *La notion de document contractuel,* thèse précitée, spe. p. 212.

526V. A. Huet, Jcl Dr. Int., Fasc 51 «« Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. – Clauses attributives de juridictions », §49.

197. Le facteur temps a son importance pour déterminer la connaissance de la clause attributive de juridiction. Si la clause est insérée dans l'*instrumentum*, elle est nécessairement connue : la partie qui a signé le contrat et à qui la clause est opposée est supposée avoir lu les stipulations du contrat. Si la clause est insérée dans un document extérieur au contrat, la jurisprudence est fluctuante. Toutefois, si un renvoi au document contenant la clause d'élection de for est opéré, rien ne s'oppose, nous semble-t-il, à ce que la clause soit considérée comme opposable, à condition bien sûr d'avoir été acceptée. Cette affirmation nous paraît solide lorsque la référence est faite à un document antérieur au contrat, tel une facture *pro forma*. Il faut sans doute être plus nuancé lorsque le document est remis après la conclusion du contrat. Cela étant, lorsque les contractants sont des opérateurs réguliers du commerce international, ils devraient avoir à se soucier des éléments pouvant figurer dans les documents annexes au contrat. En tant que professionnels avertis, ils ont conscience que des clauses importantes sont parfois insérées dans ces documents annexes, et notamment dans les factures. C'est sans doute pour cette raison que l'on peut observer une évolution du droit européen qui permet d'écarter l'exigence d'un renvoi si telle est l'habitude des parties. Les règles régissant les clauses de réserve de propriété divergent sur ce point, et, en admettant que la clause puisse être connue de la partie à laquelle elle est opposée au plus tard au jour de la livraison des marchandises, elles semblent, de prime abord, plus compatibles avec leur possible insertion sur les factures.

B. Connaissance de la clause de réserve de propriété au moment de la livraison des marchandises.

198. L'article L624-16 alinéa 2 du code de commerce précise que la clause de réserve de propriété doit être « *convenue dans un écrit au plus tard au moment de la livraison*[527] ». Si

527Pour une interprétation *contra legem*, V. Com., 6 mars 1990 qui juge que la clause de réserve de propriété aurait dû

la livraison des marchandises soumises à réserve de propriété constitue le *dies ad quem* pour s'entendre sur l'insertion d'une clause de réserve de propriété, ce moment constitue également la limite à laquelle les parties doivent avoir pris connaissance de celle-ci afin qu'elle puisse être valablement opposée. Admettre que la conclusion et la connaissance de la clause de réserve de propriété puisse intervenir jusqu'au moment de la livraison des biens, c'est indirectement reconnaître que cette clause peut figurer dans des documents extérieurs à l'*instrumentum* dès lors qu'ils sont remis au plus tard à la livraison. Il est ainsi évident qu'une clause de de réserve de propriété peut être valablement insérée dans une facture. En effet, celle-ci est bien souvent remise au moment même de la livraison des marchandises vendues. La jurisprudence rappelle régulièrement que la clause de réserve de propriété doit être connue des parties au plus tard au moment de la livraison.

Ainsi en est-il dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 14 février 1995. En l'espèce, un contrat de vente avait été conclu entre deux sociétés. Suite à la mise en redressement judiciaire de l'acheteur, la société venderesse se fonda sur l'existence d'une clause de réserve de propriété pour demander la restitution de ces fournitures. La clause de réserve de propriété invoquée figurait dans les conditions générales figurant elles-mêmes au verso de factures. La Cour d'appel de Rennes ayant débouté le vendeur par un arrêt du 23 octobre 1991, il forma un pourvoi en cassation. La Cour de cassation confirma la décision des juges du fond au motif que la société venderesse ne démontrait pas que l'acheteur avait eu connaissance de l'existence de la clause de réserve de propriété pour chacune des ventes en cause au plus tard au moment de la livraison des biens[528].

199. Une autre décision de la chambre commerciale peut également être citée à titre d'illustration. En l'espèce, une société, la société Rittal France, fournissait de manière habituelle du matériel à la société DED. Suite à cette décision, le fournisseur, déclara sa

être connue de la partie à laquelle elle est opposée avant la livraison des marchandises ; RTDcom 1990, p. 629, note B. Bouloc.

528Com., 14 fév. 1995, n° 92-10945 : « *la société Bayer France ne démontrait pas, par la production de bons de livraisons identiques aux factures sur lesquelles était inscrite une clause de réserve de propriété, que pour chacune des ventes litigieuses les établissements Defaysse et la société Distripro aient eu connaissance d'une telle clause stipulée dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison [...] la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

créance et excipa d'une clause de réserve de propriété aux fins de revendiquer la marchandise livrée. La clause de réserve de propriété figurait dans les conditions générales de vente, elles-mêmes insérées au dos des factures. La Cour d'appel de Toulouse ayant rejeté les prétentions de la société Rittal France, elle forma un pourvoi en cassation. La Cour de cassation, par un arrêt du 19 novembre 2003, confirma la décision des juges du fond. Pour ce faire, elle commença par rappeler que la clause de réserve de propriété doit être convenue dans un écrit établi au plus tard au moment de la livraison des marchandises. Elle continua son argumentation en se basant sur le terrain de la preuve, estimant que dans les relations entre les parties au litige les factures étaient habituellement adressées après la livraison. Ce caractère habituel faisait naître une présomption selon laquelle toutes les factures étaient effectivement adressées après la livraison. Il revenait donc au fournisseur, demandeur au pourvoi, de prouver que l'acquéreur avait eu connaissance de la clause de réserve de propriété au plus tard à la livraison des marchandises, ce qui n'était pas le cas en l'espèce[529].

200. Enfin, nous pouvons évoquer un arrêt de la chambre commerciale du 16 septembre 2008. En l'espèce, la société Demag invoquait une clause de réserve de propriété à l'encontre de la société La précision plastique, mise en redressement judiciaire le 25 février 2003. la Cour d'appel d'Amiens ayant ordonné la restitution des marchandises à la société Demag, le liquidateur forma un pourvoi en cassation estimant que la clause de réserve de propriété état inopposable, la commande ayant été effectuée le 3 décembre 2001. La Cour de cassation relève cependant que la société La précision plastique était simplement gardienne de la marchandise et que cette commande n'avait été acceptée que le 8 janvier 2002, de sorte que « *la livraison des marchandises s'est confondue avec l'acceptation de la vente par cette société et leur facturation à la date du 8 janvier 2002, de sorte que la clause de réserve de propriété figurait bien dans un écrit établi au plus*

529Com. 16 nov. 2003, n° 01-00749 : « *attendu que la clause de réserve de propriété, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble de relations commerciales, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison ; Attendu que l'arrêt retient que la société Rittal ne produit aucun élément établissant que l'acquéreur a eu connaissance de la clause au plus tard au moment de la livraison, puisque la clause figure sur des factures qui sont de manière habituelle adressées après la livraison* ».

tard le jour de la livraison[530]».

201. La présence d'une clause de réserve de propriété dans une facture permet, dans certaine hypothèses, sa connaissance au moment de la livraison des marchandises. La preuve de cette connaissance doit néanmoins toujours être rapportée, les factures n'étant pas toujours délivrées au moment de la livraison des marchandises ou avant cette livraison. Si en revanche, la délivrance de la facture répond à cette exigence temporelle, la facture devient alors un outil de transport fiable de la clause de réserve de propriété.

§2. Le comportement du destinataire, source d'acceptation de la matière contractuelle transportée par la facture.

202. Le commerce interne et international suppose un certain pragmatisme et, partant, des solutions permettant une certaine souplesse. Pour cette raison, le législateur et la jurisprudence admettent parfois que l'acceptation à une clause figurant sur la facture revête un caractère tacite (B). Bien évidemment, cette acceptation pourra toujours être expresse (A). Le comportement du destinataire permettra de déduire le mode d'acceptation de clause contenue dans la facture.

A. L'acceptation expresse des clauses figurant sur une facture.

203. Rareté. L'acceptation expresse est celle qui est clairement exprimée et dépourvue d'équivoque. Le plus souvent, cette acceptation expresse résulte d'un écrit. Cet écrit peut

530Com. 16 sept. 2008, n° 07-18207.

être extériorisé, notamment, par la signature[531]. Il va de soi que la signature d'un document peut valoir son acceptation[532]. L'hypothèse dans laquelle la facture ferait l'objet d'une signature ne soulève cependant pas de difficulté nécessitant d'importants développements. Pour cette raison, nous nous contenterons d'en dire quelques mots en guise d'introduction. Lorsque la clause figure dans l'*intrumentum*, elle est réputée connue du fait de la signature des parties. Ainsi, il nous semble que si la facture comprenant une clause qui n'était pas prévue à l'origine est signée de la partie qui la reçoit, celle-ci accepte ses termes. Dès lors, la facture serait à tout le moins un document contractuel et les clauses insérées dans ce document seraient valables du fait de l'engagement des parties. Jadis, il était fréquent que la facture fasse l'objet d'une signature de la part de son destinataire[533]. Cette pratique est aujourd'hui tombée en désuétude. Si toutefois une personne venait à signer une facture contenant une clause ne figurant pas dans l'*instrumentum*, celle-ci ne pourrait pas affirmer qu'elle n'en avait pas eu connaissance et sera réputée non seulement en avoir pris connaissance mais aussi l'avoir accepté, la signature valant adhésion du document -c'est-à-dire la facture- signé et de tous les éléments y figurant. A notre connaissance, aucune décision relative à une telle hypothèse n'a été rendue.

Nous pouvons cependant évoquer un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 8 avril 2009[534] relatif à une clause attributive de juridiction qui aurait pu d'après une lecture a contrario de la solution, figurer sur une facture. En l'espèce, M. X avait acheté en 1996 un lot de carrelage aux établissements Bati-Seul. Au cours de l'hiver 2002, le carrelage fut endommagé par le gel. M. X saisit alors le juge français en vue d'être indemnisé par ladite société. La société Bati-Seul appela en garantie la société CMC qui invoqua une clause attribuant compétence aux juges italiens en cas de litige.

531V. A. Huet, Jcl Dr. Int., Fasc 51 «« Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. – Clauses attributives de juridictions », §46.

532V. en ce sens, Civ. 12 déc. 2006, n°05-21388 : « *la signature globale du contrat, constituant un écrit au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, suffisait à exprimer le consentement des consorts X... à la prorogation de compétence* ».

533Madame Gast note ainsi que « l'acceptation écrite, bien que peu courante, peut prendre plusieurs formes, le destinataire, agréant la facture, appose sur le document lui-même une mention signifiant son accord, telle que le terme « accepté » suivi de sa signature, et en retourne le double ensuite à son cocontractant » , *La facture, contribution à l'étude du droit de la preuve,* thèse précitée, spe. p. 159.

534Cass. Civ. 8 avril 2009, n°08-10678.

Déboutée par la Cour d'appel d'Agen, la société CMC forma un pourvoi en cassation. Les juges de cassation relèvent que la société CMC ne démontre pas que la clause attributive de juridiction « *était mentionnée sur un document contractuel signé et donc accepté par la société Bati-Seul de nature à établir que celle-ci avait eu connaissance de cette clause au profit des tribunaux de Modena* ». Mais la Cour de cassation ajoute également qu'en l'espèce, la production de l'intégralité des factures en cause d'appel était inopérant. On notera alors immédiatement le lien qui est fait entre la notion de document contractuel et la facture. En filigrane, on peut déduire de cette solution que les factures auraient aisément pu transporter la clause attributive de juridiction si la production de ces dernières n'établissaient pas qu'un « verso » au moment de leur production en première instance.

204. Outre l'écrit, l'acceptation expresse peut également résulter de l'oralité : le principe du consensualisme permet à une partie d'exprimer verbalement son acceptation à un acte. Il convient de distinguer les conditions de formation d'un acte des conditions d'expression de l'acceptation à cet acte. Ainsi, les articles 17 des conventions de Bruxelles et de Lugano et l'article 23 du Règlement Bruxelles I et 25 du Règlement Bruxelles I *bis* prévoyant qu'une clause attributive de juridiction peut être conclue « *par écrit ou verbalement avec confirmation écrite* » énoncent des conditions de validité de la clause. En revanche, ces articles, tout comme l'article 48 du code de procédure civile, sont muets quant aux modalités d'expression du consentement. De la même manière les articles du code civil et du code de commerce relatifs aux clauses de réserve de propriété ne donnent aucune indication quant aux moyens de manifester le consentement. Cela est tout à fait logique au regard du principe du consensualisme. Reste que l'écrit permet de garantir l'effectivité du consentement. C'est sans doute pour cette raison que dans certaines affaires, la jurisprudence exige une acceptation expresse afin que la clause d'élection de for soit valablement opposable.

Ainsi, dans un arrêt en date du 21 janvier 1981, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que la clause attributive de juridiction figurant dans les conditions

générales de vente et dans la confirmation de commande était irrégulière à défaut d'acceptation écrite et ce, même si elle avait été implicitement admise[535].

De même, dans le cadre d'un litige opposant un employé à son employeur, la Cour de cassation a jugé que la clause attributive de juridiction figurant sur le contrat de travail ne pouvait pas être opposée au salarié, celui-ci n'ayant pas signé ledit contrat et, de ce fait, n'ayant pas accepté la clause attributive de juridiction[536]. Il faut en déduire que dans le cas contraire, la clause d'élection de for aurait été valable, l'exigence d'une signature revenant à exiger une acceptation expresse. Dans ce cas précis, la solution n'a rien de surprenant, les juges s'attachant à protéger la partie faible.

Plus récemment, il peut être fait mention d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles rendu le 17 juillet 2012. En l'espèce, la clause attributive de juridiction au profit des juridictions de Nanterre figurait dans les conditions générales de ventes insérées au dos des factures. La Cour d'appel releva qu'en l'absence de relations habituelles d'affaires entre les parties, il fallait une acceptation expresse et concomitante à l'engagement des parties. Les factures ayant été émises après la conclusion du contrat et la présence d'une clause de renvoi ne valant pas acceptation expresse à la clause d'élection de for, celle-ci n'était pas valable[537].

205. Aujourd'hui, la jurisprudence est plus souple et l'acceptation expresse n'est pas considéré comme une nécessité absolue. Dans un domaine cependant, les juges sont plus stricts. En droit maritime, un écrit est souvent nécessaire. Dans l'arrêt *Colzani*, la Cour de Justice des communautés européennes n'a envisagé l'hypothèse d'une acceptation à la clause attributive de juridiction uniquement dans le cas où le contrat de transport serait signé des deux parties[538]. Par la suite, la Cour de Justice a précisé que ce consentement

535Civ. 21 janv. 1981 : « *la clause attributive de compétence ne pouvait être considérée comme régulière, à défaut d'établir l'acceptation écrite de la clause ou l'acceptation écrite de l'ensemble des conditions générales* », JDI 1983, p. 402, note D. Holleaux.

536Soc., 14 janv. 1988 : « *Attendu qu'ayant constaté que l'accord verbal de M. X..., qui n'avait pas apposé sa signature sur le contrat, lequel, loin de s'insérer dans le cadre de rapports courants, avait fondé les relations contractuelles entre les parties, portait sur les conditions générales du contrat et non pas, de manière expresse, sur la clause attributive de juridiction qui n'avait pas fait l'objet d'une acceptation écrite, la cour d'appel répondant aux conclusions prétendument délaissées, abstraction faite de motifs surabondants, a pu en déduire que la clause ne répondait pas aux conditions de validité imposées par la convention susvisée* », JDI 1989, p. 91, note A. Huet.

537Versailles, 17 juillet 2012, RG 11/02984, Bull. trans. et logis. 2012, 3425.

538CJCE, 14 dec. 1976, aff. 24/76, Colzani, prec.

pouvait être exprimé dans l'*instrumentum* ou dans un acte séparé[539]. Il ressort de cette jurisprudence qu'en droit maritime, l'acceptation doit se manifester par écrit. Dans la mesure où la Cour de Justice prévoit que cette acceptation peut se faire par le biais d'un document séparé, celle-ci pourrait sans doute se manifester au sein de la facture. Il faut toutefois noter que la jurisprudence à évoluer dans le sens de la souplesse. Aujourd'hui, même en droit maritime, une acceptation expresse n'est plus imposée[540].

206. En matière de clause de réserve de propriété, une acceptation expresse est exigée lorsque dans un premier temps l'une des parties avait refusé de donner son accord à une telle clause. Quatre arrêts permettent d'illustrer cette solution. Les faits étaient identiques dans les quatre affaires : la société CODEC n'avait pas payé ses fournisseurs. Ces derniers invoquaient une clause de réserve de propriété contenue dans leurs conditions générales de vente afin de revendiquer les marchandises impayées. De son côté, la société CODEC avait envoyé à ses fournisseurs ses conditions générales d'achat dans lesquelles était indiqué le refus d'accepter toute réserve de propriété. L'acceptation de l'acheteur à la clause de réserve de propriété doit être prouvée par le vendeur. Dans le cas où l'acheteur refuse toute réserve de propriété tout en acceptant la livraison des marchandises, la question se pose de savoir si le refus de l'acheteur doit prévaloir sur la clause de réserve de propriété portée à sa connaissance à la livraison. La Cour de cassation retient que lorsque l'acheteur a refusé d'accepté la clause de réserve de propriété avant la livraison, il importe peu que le vendeur ait établi des documents contenant une telle clause postérieurement au refus de l'acheteur. Autrement dit, tant que l'acheteur n'est pas revenu sur son refus, il n'est pas possible pour le vendeur de démontrer l'acceptation à la clause. La seule possibilité pour que la clause de réserve de propriété puisse être opposée à l'acheteur est de prouver l'existence d'une acceptation expresse qui vaudrait rétractation de ce refus[541].

539CJCE, 19 juin 1984, aff. 71-83, Tilly Russ, §16 : « *Il convient de constater que, s'agissant d'une clause attributive de juridiction figurant dans les conditions imprimées sur un connaissement, signé par le transporteur, il n'est satisfait à la condition d'une convention écrite au sens de l'article 17 de la convention que si le chargeur a exprimé par écrit son consentement aux conditions comportant cette clause, que ce soit sur le document en question lui-même ou dans un écrit séparé* ».

540V. not. CJCE, 16 mars 1999, aff. C-159/97, *Trasporti Castelletti*, JDI 2000, p. 528, note A. Huet.

541Com. 25 oct. 1994 ; Com. 11 juillet 1995 (3 arrêts), JCP E 1996, I, n° 6, p. 29, note J. Vallansan.

207. Il reste cependant rare, dans les autres domaines, qu'une acceptation expresse soit exigée. Si les conditions de forme sont respectées, l'acceptation doit en effet pouvoir s'exprimer par n'importe quel moyen. Ainsi, il nous semble que si une facture comporte une clause attributive de juridiction ou une clause de réserve de propriété, l'acceptation expresse peut résulter des termes de ce document ou de son éventuelle signature. La facture peut sans nul doute également constituer la confirmation écrite nécessaire après un accord verbal évoquée par les textes européens relatifs aux clauses d'élection de for.

208. Aujourd'hui, l'écrit est principalement réservé aux contractants occasionnels. Certes, les professionnels y ont parfois recours. Cependant le pragmatisme impose, dans le monde du commerce, et particulièrement du commerce international, de prendre en considération d'autres modes d'expression du consentement des parties. En outre, les professionnels étant avertis des pratiques commerciales, il n'est pas anormal que les exigences d'expression du consentement soient plus souples. C'est souvent de façon tacite qu'est extériorisée l'acceptation des opérateurs du commerce, mode d'acceptation plus souple. Ainsi, lorsqu'une clause d'élection de for ou de réserve de propriété est insérée dans une facture, les parties peuvent, à certaines conditions, y consentir tacitement.

B. L'acceptation tacite de la clause figurant dans une facture.

209. Le principe du consensualisme permet de prendre en compte la manifestation tacite de volonté. Celle-ci peut se définir comme une acceptation non formellement exprimée mais réelle qui doit être certaine et non-équivoque[542]. Elle résulte de l'attitude des parties,

V. aussi Com. 17 janv. 1995, n° 92-21808 : « *attendu [...]que cette clause , à défaut d'acceptation expresse rétractant le refus antérieurement exprimé,ne pouvait être opposée à la société Codec* ».

542La jurisprudence rappelle régulièrement cette nécessité d'une acceptation certaine et non-équivoque. Ainsi, dans un litige opposant deux société dont l'une ayant été mise en redressement judiciaire et n'ayant pas payé les marchandises se voyait opposer une clause de réserve de propriété figurant dans les conditions générales de vente, la chambre commerciale a pu décider que « *ayant constaté que l'article 17 des conditions générales d'achat précisent "sauf stipulation contraire dans les conditions particulières d'une commande, le transfert de propriété et des risques s'effectue à la réception reconnue bonne ; nous récusons de toute façon toute clause de réserve de propriété que nous n'aurions pas expressément acceptée", et relevé, par motifs adoptés, que la société Brampton ne présente aucun document sur lequel la débitrice aurait accepté la clause de réserve de propriété, l'arrêt retient que*

en l'occurrence de celui à qui la clause attributive de juridiction ou la clause de réserve de propriété est opposée. Cette acceptation tacite de la facture peut prendre plusieurs formes. Elle peut résulter du paiement du prix indiqué sur la facture (1), de la signature de l'*instrumentum* opérant un renvoi vers un document extérieur au contrat (2), de l'exécution du contrat (3).

1. Acceptation tacite par le paiement de la facture.

210. La facture est un document permettant d'effectuer un rappel des obligations incombant à chacune des parties au contrat. Notamment, il est fait mention du prix que doit payer le destinataire de la facture. Si la production d'une facture par son auteur, n'établit pas d'elle-même que le destinataire de cette facture a accepté de contracter aux conditions qui y figurent, l'acceptation de la facture peut résulter du paiement du prix sans protestation[543]. Le paiement du prix indiqué sur la facture constitue pour son destinataire l'exécution de son obligation de payer le prix. Dès lors, si le destinataire effectue ce paiement sans émettre de contestation, c'est que le prix indiqué dans la facture correspond à son engagement contractuel. Si la somme inscrite n'était pas égale à celle promise, le destinataire de la facture refuserait logiquement de payer le prix et la contesterait. La jurisprudence admet même que le paiement seulement partiel équivaut à une acceptation de la facture[544].

211. Aussi peut-on se demander si l'acceptation tacite de la facture par le paiement entraîne l'acceptation d'une clause qui y serait insérée.

La jurisprudence ne s'y est d'abord pas montrée favorable. En témoigne un arrêt par lequel la Cour de cassation considère en effet que des mentions figurant sur des factures

---

l'adhésion de la débitrice à la clause de réserve de propriété n'est ni certaine, ni non équivoque [nous soulignons]*; qu'ayant ainsi fait ressortir qu'en raison de la contradiction entre les conditions générales d'achat et de vente, le vendeur ne pouvait se prévaloir du silence gardé par l'acheteur pour en déduire que ce dernier avait accepté la clause de réserve de propriété* » (Cass. Com. 10 janv. 2012, n° 10-24-847, RDC 2013, p. 528, note Y-M Laithier).

543V. en ce sens, F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, thèse précitée : « *il ne fait pas de doute que l'acceptation a eu lieu lorsque l'acheteur s'est exécuté, c'est-à-dire qu'il a payé le prix demandé* », spe. p. 244.

544Lyon, 24 dec. 1930, DH 1932, som. 18 ; Montpellier, 12 mars 1998, n°97/0001427.

ne sont pas intégrées au contrat, même si les factures ont été acceptées et réglées[545]. Dans cette affaire, la société B. avait acheté des extincteurs à M. C. Trois ans plus tard, la société B avait refusé de recevoir le préposé du vendeur C qui s'était présenté pour effectuer la vérification annuelle des appareils. M. C. réclama néanmoins à la société B le coût de cette prestation en faisant valoir qu'à l'origine avait été non seulement conclu un contrat de vente mais encore un contrat d'abonnement obligeant l'acquéreur à faire entretenir les extincteurs par le vendeur pendant dix ans. La Cour de cassation approuve en ces termes le jugement d'un tribunal d'instance ayant rejeté cette prétention : « *Attendu que le jugement relève que la société B. a acheté des extincteurs à M C.; que la facture réglée par elle est intitulée contrat d'achat et d'abonnement; que ce libellé prêtant à confusion est censé obligé l'acquéreur à le faire entretenir par le vendeur pendant dix années comme indiqué au verso du document; qu'en l'état de ces seules constatations d'où il résulte que, eu égard à la présentation du document litigieux, la société B. n'avait pas donné son consentement aux conditions du contrat d'entretien invoqué par M. C., le tribunal a pu décider que ce contrat ne s'était pas formé* ».

Mais sans doute l'hypothèse des contrats liés impliquent plus de précautions en ce qu'il exigent une acceptation à chacune des prestations proposées. Or en l'espèce, le paiement d'une facture du matériel acheté comportant pour la première fois au verso les conditions du contrat d'entretien ne peut emporter l'acception de celles-ci en ce que la facture opère ici un transport d'une matière contractuelle inconnue du contractant au moment de l'achat du matériel.

212. Paiement sans réserve. Néanmoins, les solutions semblent affaire d'espèce car sur la question de savoir si le paiement peut emporter acceptation des clauses figurant sur la facture, un arrêt de la Cour de cassation[546], pas davantage publié que la première espèce, répond en sens inverse à propos de l'acceptation d'un délai de préavis. Cet arrêt nous intéresse en ce qu'il est notamment rendu au visa de l'article 1134 du code civil censurant ainsi un juge de proximité qui avait cru bon de séparer paiement et acceptation du

545Com., 26 février 1991, RTDciv. 1992, p. 78, obs. J. Mestre.
546Civ. 14 juin 2007, n° 06-14160.

préavis figurant sur la facture. En effet, au visa de la force obligatoire du contrat, la Cour estime « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si l'acceptation de cette clause ne résultait pas du paiement effectué sans réserve par Mme X... des factures qui lui étaient adressées et si le contrat ayant été conclu à durée indéterminée n'imposait pas à Mme X..., pour le dénoncer unilatéralement, de respecter un délai de préavis d'usage, le juge de proximité a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé* ». Nous nous contenterons de relever la première partie de la motivation de la Haute Cour. Il y est clairement établi que l'acceptation d'une clause peut résulter du paiement « *effectué sans réserve* » des factures. Deux remarques s'imposent. La première tient en la relation établie entre le paiement et l'acceptation. Au sein de cet arrêt, le paiement est apte à former l'acceptation. Le paiement par le destinataire de la facture de son montant légitimerait alors pleinement que le facture fut un mode de transport de la matière contractuelle. A nouveau, il est question d'une sorte de « consentement de fait », apparaissant *a posteriori* par le truchement du paiement. Cela légitime alors une deuxième remarque quant à l'usage de l'article 1134 du code civil. Certes, si la clause a été acceptée par le paiement, elle doit avoir force obligatoire. Néanmoins, la Cour prend soin de préciser que le paiement a été effectué « *sans réserve* ». Est-ce à dire, *a contrario,* que le lien établit entre le paiement de la facture et l'acceptation n'est pas absolu et qu'il pourrait souffrir d'une exception ? La « réserve » permettrait alors au débiteur d'honorer son obligation au paiement tout en informant le créancier qu'il n'entend pas par là accepter le contenu de la facture. Mais on doute de la portée pratique de la réserve tant il sera parfois évident pour le créancier de refuser le paiement de son débiteur en démontrant à son tour que le prix avait été fixé en considération de l'acceptation de cette clause par son débiteur. *In fine*, la Cour de cassation se garde ici de toute automaticité entre le paiement et l'acceptation mais déduit l'acceptation, en vertu de son pouvoir de reconnaissance contractuelle, d'un paiement sans réserve.

213. Paiement réitéré. Enfin, plus récemment, toujours au sein d'une décision non publiée, la jurisprudence répond par l'affirmative au lien supposé entre le paiement de la facture par son destinataire et l'acceptation d'une clause attributive de juridiction qu'elle

comporte. Ainsi, dans un arrêt du 20 mars 2012[547], la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « *quand bien même la société SBMM n'aurait jamais signé aucun document comportant cette clause attributive de juridiction, il est suffisamment établi qu'elle l'a acceptée par le paiement réitéré des factures au dos desquelles elles étaient imprimées* ». Au paiement sans réserve s'adjoint ici la notion de paiement réitéré qui suscite à nouveau autant d'occasions pour le débiteur d'élever une contestation. En cela, le paiement réitéré rejoint l'hypothèse du paiement sans réserve. Mais il s'en éloigne également en ce sens que le paiement réitéré semble supposer une épreuve temporelle. A nouveau, on perçoit ici la conception objective du lien contractuel qui prévaut. Plutôt que de s'intéresser au consentement réel du destinataire, dont la preuve est sûrement impossible tant elle relève d'une intention qui ne se révèle à la sphère juridique que par certains comportements, le juge préfère déceler un consentement supposé, qu'il légitime non pas par le simple constat d'une apparence mais par le comportement du destinataire des factures qui rend vraisemblable son acceptation.

3. *Acceptation tacite par l'exécution du contrat en connaissance de cause.*

214. La connaissance de cause. La jurisprudence admet également que l'acceptation tacite puisse résulter de l'exécution du contrat « en connaissance de cause ». Cette formulation est employée par les juges lorsque la clause litigieuse est une clause de réserve de propriété. Elle n'est en revanche pas utilisée à notre connaissance dans les litiges relatifs aux clauses attributives de juridictions. L'acceptation tacite de la clause de réserve de propriété par l'exécution du contrat en connaissance de cause est admise de longue date. Ainsi, dans une décision rendue en 1984 étaient en cause plusieurs sociétés. La société CIB avait été mise en liquidation judiciaire sans avoir payé à la société Les

547Com. 20 mars 2012, n° 11-11570. ; dans le même sens , à propos d'une clause pénale Com 23 nov. 1982 , n° 81-10549.

bitumes les marchandises livrées à une troisième société. La société Les bitumes, invoquant une clause de réserve de propriété contenue dans l'accusé de réception du bon de commande revendicative les marchandises. La cour d'appel accueillit cette demande, décision qui fut confirmée par la Cour de cassation au motif que le contrat avait été exécuté en connaissance de cause sans opposition de l'acheteur avant la livraison des marchandises. Dès lors, la clause de réserve de propriété avait été acceptée par cette exécution[548].

Il s'agit d'une solution constante, régulièrement rappelée par la Cour de cassation. A titre d'exemple, nous pouvons encore citer un arrêt de la chambre commerciale du 11 juillet 1995. En l'espèce, la Compagnie Marseillaise d'importation amazone revendiquait la marchandise livrée à la société CODEC mise en redressement judiciaire. La demande ayant été accueillie par les juges du fond, la société CODEC forma un pourvoi en cassation qui fut rejeté par la chambre commerciale qui estima que l'acceptation à la clause de réserve de propriété n'avait pas à être écrite et résultait de l'exécution du contrat en connaissance de cause[549].

215. La question sous-jacente dans de tels contentieux est de savoir si la clause de réserve de propriété parce qu'elle figure sur une facture, c'est-à-dire sur un document extérieur et séparé de l'*instrumentum,* a été consentie ou ne l'a point été. La loi indique que la clause de réserve de propriété doit avoir été convenue avant la livraison des marchandises, c'est-à-dire qu'à cette date, les parties au contrat doivent toutes avoir consentie à cette clause. Ainsi, lorsque la clause figure sur une facture, laquelle est remise au plus tard à la livraison, les conditions de délai sont respectées. Pour autant, que la clause soit communiquée dans ces circonstance, respectant ainsi la volonté du législateur n'implique pas que la clause de réserve de propriété ait réellement fait l'objet d'une acceptation. *A contrario*, cela n'implique pas non plus qu'elle ne l'ait point été. La réception des marchandises par l'acheteur constitue un acte d'exécution du contrat qui a été préalablement conclu. Or,

548Com., 11 mai 1985, n° 83-11360.

549Com., 11 juill. 1995, RTDcom 1996, p. 319, note B. Bouloc.
V. également Com., 3 juin 1997, n° 93-21322 ; Com., 13 oct. 1998, n° 96-10861 ; Com., 13 oct. 1998, D. 2000, p. 65, note D. Mainguy ; Versailles, 28 oct. 2004, D. 2005, n° 1, p. 79, note A. Lienhard.

pour être valable, un contrat suppose le consentement des parties au moment de sa conclusion et selon les informations contractuelles disponibles[550]. Si parmi ces informations contractuelles figurait la clause de réserve de propriété, le consentement général donné au contrat implique le consentement à la clause de réserve de propriété quand bien même l'acheteur n'aurait réellement pris connaissance et donc pu accepter la clause que plus tardivement parce que réitérée sur la facture. L'exécution du contrat en connaissance de cause permet alors de se satisfaire d'une apparence de consentement.

§3. Autres hypothèses.

216. Celles-ci tiennent au cas du silence à réception du document (A), dont la discussion est toute particulière au sein des relations d'affaires (B).

A. Acceptation tacite par le silence.

217. Un autre mode d'acceptation doit être évoqué : l'acceptation tacite. Celle-ci peut résulter du silence. Si en principe, le silence ne vaut pas acceptation, dans certaines circonstances, le silence gardé par le destinataire de la facture équivaut à son acceptation. Au début du XX^{ème} siècle, la jurisprudence et la doctrine majoritaire considéraient que la réception sans contestation d'une facture, c'est-à-dire la réception silencieuse, valait acceptation tacite de celle-ci et, partant, de la clause attributive de juridiction qui y serait stipulée (1). La jurisprudence a cependant évolué et était devenue incertaine au milieu du siècle. Aujourd'hui, le silence n'est plus à lui seul équivalent à une acceptation tacite de la facture et des clauses qu'elle contient (2). Afin de déterminer le rôle du silence dans

550V. en ce sens, D. Mainguy, note précitée.

l'acceptation de la facture, il nous faut présenter les différentes étapes de cette évolution doctrinale et jurisprudentielle.

1. La thèse du « silence acceptation » au début du XX^{ème} siècle.

218. Au début du XX^{ème} siècle, l'acceptation de la facture par le silence a fait l'objet d'une célèbre controverse entre deux auteurs. En effet, la valeur à donner au silence a souvent divisé la doctrine[551] autant qu'un débat passionné a semblé opposé les opinions de Barrault[552] à celles de Valéry[553]. A cette époque, la doctrine et la jurisprudence[554] majoritaire estimaient que la réception sans protestation d'une facture équivalait à l'acceptation de celle-ci. Le silence valait donc acceptation tacite de la facture et des stipulations qu'elle contenait. Ainsi, une clause attributive de juridiction ou une clause de réserve de propriété contenue dans une facture était opposable car considérée comme acceptée du fait du silence de son destinataire.

219. Le silence-acceptation : controverse doctrinale. La thèse du « silence-acceptation » fut ardemment défendue par Valéry[555]. Pour cet auteur, cette théorie qui remontait au droit romain reposait sur deux idées principales. L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi d'une part, et celle de répondre à l'offre d'autre part.

Barrault en revanche s'opposa vigoureusement à Valéry. Défendant la thèse opposée, il estimait que le silence ne pouvait valoir acceptation affirmant qu' « Il apparaît comme inconciliable avec les principes essentiels de notre droit, de voir dans le silence de l'acheteur au reçu d'une facture, la manifestation d'une adhésion aux clauses qu'elle

551R. Popesco-Ramniceano, « Le silence créateur d'obligation et l'abus de droit », RTD civ 1930, p. 999 ; M-J. Littman, *Le silence et la formation du contrat*, thèse Strasbourg, 1969 spe. p.311 ; V. en ce sens, R. Perrot, « Le silence en droit judiciaire privé », *in* Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, Sirey 1985, p. 627, spe. p. 628 et 633 ; N. Martial « L'ambivalence du silence en droit des contrats » *in* Le silence saisi par le droit privé, ouvrage collectif co-dirigé avec Mme F. Terryn, Bibl. de l'IRJS - André Tunc, tome 54, 2014. ; W. Yung, «L'acceptation par le slilence d'une offre de ontracter» , *in* Mélanges offerts à R. Secrétan, Paris, Imprimerie Corbaz Montreux, 1964, p. 339.

552J. Barrault, « De l'acceptation des factures par le silence », Ann. dr. com.1913, p. 347 et s.

553J.Valéry, « De l'acceptation des factures par le silence (réponse à M. Jean Barrault) », Ann. dr. com.1914, p. 118 et s.

554V. p.e Lyon, 24 dec. 1844, D. 1845, 4, 102 ; Toulouse 24 nov. 1855, DP 1856, 2, p. 80 ; Nîmes, 8 dec 1874, DP 1876, 2, p. 206 ; Montpellier 23 fev. 1875, *ibid* ; Req. 9 nov. 1885, Gaz. Pal. 1885, 2, p. 678.

555 Qui fut rejoint par d'autres auteurs. Notamment G. Brunner, *La facture envisagée en tant qu'instrument de preuve et en tant qu'instrument de transmission des marchandises*, thèse, Montpellier, 1914.

renferme[556] ». Pour ce dernier, la thèse du silence-acceptation était contraire à l'équité, le silence étant insusceptible d'interprétation. Barrault estimait que l'insertion de clauses dans des documents post-contractuels tels que les factures constituait de nouvelles obligations et déduire du silence des parties l'acceptation revenait à vider « la règle essentielle aux termes de laquelle la volonté de s'obliger ne se présume point[557] ». Constatant en outre la désuétude de la pratique d'accepter les factures, il concluait que « *le silence du destinataire ne peut être assimilé à une adhésion*[558] ». Ses arguments ne convainquirent pas les magistrats[559] qui continuèrent à admettre que le silence à la réception d'une facture valait acceptation tacite de celle-ci. Depuis un arrêt remarqué du 25 mai 1870[560], la jurisprudence a évolué et n'admet plus aussi facilement que le silence vaut acceptation tacite de la facture. Aujourd'hui, le silence gardé par le destinataire de la facture ne peut valoir acceptation que dans certaines circonstances.

2. Les solutions actuelles.

220. La solution retenant que le silence gardé à la réception des factures valait acceptation a pu être considérée comme dangereuse pour le destinataire de la facture qui pouvait se voir engager pour une clause qu'il n'avait pas prévu et dont il n'avait pas nécessairement pris connaissance[561]. A partir du milieu du XX^{ème} siècle, la jurisprudence évolua et la tendance fut alors au refus de la théorie de l'acceptation tacite par le silence. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation confirma une décision des juges du fond qui avaient jugé que la clause attributive de juridiction insérée dans les factures, sans qu'aucune référence y ait été faite auparavant, avait été portée à la connaissance de la partie à laquelle elle était opposée tardivement et n'avait, de ce fait, pas pu être acceptée[562]. La jurisprudence restait cependant incertaine et continuait parfois à admette

556 J. Barrault, « De l'acceptation des factures par le silence », article précité, spe. p. 354.
557 *Ibid.*
558 *Ibid.*
559 Certains arrêts allaient tout de même à l'encontre de cette théorie. V. p. e Orléans, 3 fev. 1846, D. 1846, 2, p. 43.
560 Civ. 25 mai 1870, D. 1870, 1, p. 257 ;
561Roger Perrot, «Le silence en droit judiciaire privé», *in* Mélanges Pierre Raynaud, Paris, Dalloz,Sirey, 1985, p. 627.
562Civ. 2ème, 23 oct. 1963, Bull. Civ. II, n° 656, p. 490.
V. également Com. 4 fev. 1964, Bull. Civ. II, n° 53, p.45 ; Com. 14 janv. 1975, Bull. Civ. IV, n°11, p. 9.

qu'à défaut de contestation de la facture, le silence pouvait valoir acceptation[563].

221. A l'heure actuelle, le silence ne vaut plus à lui seul acceptation. Il est indispensable de citer un arrêt fondamental en la matière, rendu par la première chambre civile en date du 24 mai 2005[564], qui semble synthétiser l'état actuel du droit en la matière et dans lequel la Cour estime que « *si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* ». Il est tout aussi utile de noter que dernier avant-projet de réforme du droit des obligation fait état en son article 1121 que « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ». Ainsi, seul le silence circonstancié, c'est-à-dire gardé dans certaines circonstances, est révélateur de l'acceptation. Tel est le cas lorsque les parties contractent habituellement ensemble[565] ou lorsqu' existe un usage du commerce international.

B. L'existence de relations habituelles d'affaires.

222. La connaissance de la clause est nécessaire pour assurer son efficacité. Le moment de cette connaissance n'est pas uniforme et dépend de la nature de la clause concernée. Si l'instant déterminant diverge selon que l'on traite d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause de réserve de propriété, un rapprochement s'opère lorsque l'on s'interroge sur l'impact des relations habituelles d'affaires entre les parties contractantes. En droit international privé, divers textes prévoient la possibilité d'une prorogation volontaire de compétence par le biais d'une clause d'élection de for. Ces textes énoncent

563 V. p.e Com. 1er juin 1964, Bull. civ. n° 282. En l'espèce, la clause attributive de juridiction figurait dans une facture *pro forma* datée du 15 avril 1955. Cette clause avait également été insérée dans la facture émise le 7 septembre 1955. La Cour de cassation estima que dans la mesure où la partie à laquelle la clause était opposée avait eu connaissance de celle-ci dès le 1er avril, il lui était loisible de la contester. Au regard de l'abstention de la partie intéressée, la Cour de cassation conclut que la clause d'élection de for contenue dans la facture *pro forma* avait été acceptée.

564Civ. 24 mai 2005, RTDciv 2005, p. 588, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2005, p. 1007, obs. D. Mazeaud.

565V. sur ce point A. Huet, Jcl Dr. Int., Fasc 51, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. – Clauses attributives de juridictions », §51 ; A. Huet, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé » *in* Études à la mémoire du professeur A. Rieg, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Brylant, 2000, p. 501.

les formes que peut revêtir une telle clause. Pour être valable, la clause attributive de juridiction doit être connue de la partie à laquelle elle est opposée. Le droit européen prévoit que la forme de la clause peut résulter d'une habitude. Ainsi, l'article 17 b) de la Convention de Bruxelles dispose que la *« convention attributive de juridiction est conclue : [...] b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles* ». Cette disposition est reprise aux articles 23 1, b) du Règlement Bruxelles I[566] et 25 1, b) du Règlement Bruxelles I *bis*[567]. Il n'existe en droit français aucun texte semblable relatif aux clauses de réserves de propriété. La jurisprudence est cependant intervenue à diverses reprises se prononçant également sur l'impact des relations habituelles d'affaires entre les parties. Dès lors, si les cocontractants ont pris l'habitude d'insérer une clause attributive de juridiction ou une clause de réserve de propriété dans les factures, il semble que celle-ci devrait être opposable car connue des parties. Toutefois, avant de déterminer l'impact que peuvent avoir les relations habituelles d'affaires sur la connaissance de ces clauses insérées dans les factures (2), encore faut-il savoir ce que recouvre la notion de « relations habituelles d'affaires » (1).

1. La notion de relations habituelles d'affaires.

223. Si l'habitude, en ce qu'elle suppose un comportement crée chez quelqu'un par une action répétée ou encore un état stable ayant vocation à se perpétuer et s'extériorisant par la répétition volontaire d'actes[568] n 'a pas pu laisser le droit indifférent à son existence[569], le droit des affaires en a fait une clé de voûte de bon nombre de ses raisonnements. Elles peuvent alors être définies comme une habitude circonstanciée en droit des affaires supposant la volonté des parties de travailler durablement ensemble[570].

566Art. 23, 1, b) Regl. Brux. I : « *Cette convention attributive de juridiction est conclue : b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles* ».

567Art. 25,1, b) Regl. Brux. I *bis* : « *La convention attributive de juridiction est conclue : [...] b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles* ».

568G. Endreo, « L'habitude », D. 1981, chr. XLIV, p. 313 ; E. Perreau, "Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé", RTDciv. 1911, p. 229.

569 G. Endreo, « L'habitude », article précité, spe. p. 314 : « *les habitudes, comme toutes les normes infrajuridiques, sont typiquement des phénomènes de raccordement du fait au droit* ».

570F. Pollaud-Dulian, « L'habitude en droit des affaires », *in* Études à la mémoire d'Alain Sayag, Droit et vie des affaires, Litec 1997, p. 349, spe. p. 352 ; B. Magerand, *Les relations d'affaires en droit des obligations*, thèse Dijon 2001.

Partant, il faut plus qu'un acte pour que se crée une habitude. Pour M. Audit, il faut « *une succession de contrats, dot il faudra sans doute au demeurant qu'ils se rattachent à la même convention-cadre*[571] ». Il est cependant possible de douter de la nécessité d'une convention-cadre dès lors que les contrats successifs qui seraient conclus entre les parties concernées comporteraient des conditions générales identiques comportant une clause attributive de juridiction identique. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'oriente la jurisprudence. Il nous semble en effet qu'une habitude peut être constituée lorsque les cocontractants concluent une succession de contrats,quand bien même ils ne seraient pas régis par une convention-cadre. Cette notion pose des difficultés quant au nombre d'actes nécessaires pour que la répétition devienne une habitude[572]. Sur ce point, il semble que les juges du fond disposent d'une souveraineté d'appréciation.

224. Certains estiment que l'habitude est une notion « infrajuridique[573] ». Cette notion n'est cependant pas dénuée de toute valeur juridique. Relativement aux clauses attributives de juridictions, c'est la jurisprudence européenne qui, dans un premier temps, a interprété l'article 17 de la Convention de Bruxelles pour justifier la prise en considération de la notion d'habitude. Plus précisément, dans son arrêt *Segoura,* la Cour de justice des Communautés européennes avait alors tenu compte des « rapports commerciaux courants » entre les parties. Dans cette affaire, il était demandé à la Cour de justice d'interpréter les dispositions de l'article 17 de la Convention de Bruxelles permettant, notamment, qu'une clause d'élection de for soit insérée sous la forme d'un accord verbal confirmé par écrit. A cet égard, la Cour décida que si par principe une confirmation écrite est nécessaire, « *Le fait, pour l'acheteur, de ne pas élever d'objections contre une confirmation émanée unilatéralement de l'autre partie ne vaut pas acceptation en ce qui concerne la clause attributive de juridiction, sauf si l'accord verbal se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre parties, établis sur la base des conditions générales de l'une d'entre elles, comportant une clause attributive de juridiction* ». L'existence de « rapports commerciaux courants » fut à nouveau invoquée en

571B. Audit, obs. sous Civ. 1ère, 3 déc. 1985, D. 1986, p. 267.
572Sur ce point, V. F. Pollaud-Dulian, « L'habitude en droit des affaires », article précité.
573V. G. Endreo, « L'habitude », article précité.

1984 dans l'arrêt *Tilly Russ* pour justifier de l'application d'une clause d'élection de for[574]. Ces deux décisions constituent les prémisses de l'insertion au sein de la Convention de Bruxelles de la « forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles »[575]. Désormais, les relations habituelles d'affaires permettent de justifier l'insertion d'une telle clause sous une forme non-prévue par les textes. Ainsi, le législateur européen n'impose pas aux cocontractants le mode d'extériorisation que doit endosser la clause. Ce sont les parties qui, par les habitudes tissées entre elles, créent la forme. Dès lors, il peut y avoir autant d'habitudes qu'il y a de parties contractant entre elles. Ainsi, on peut supposer que si, dans le cadre de leurs relations d'affaires, les parties à un contrat ont pris l'habitude d'insérer une clause d'élection de for dans les factures, cette clause pourra être réputée connue de ces dernières et particulièrement de la partie à qui la clause est opposée.

2. L'impact des relations habituelles d'affaires sur la connaissance des clauses attributive de juridiction et des clauses de réserve de propriété.

225. La nature des relations entre les parties concluant un contrat contenant une clause attributive de juridiction ou une clause de réserve de propriété n'est pas sans incidence sur la validité et, partant, sur la connaissance de celles-ci. La jurisprudence a en effet tenu compte de manière générale de l'existence de relations habituelles d'affaires entre les parties et, s'agissant spécialement des clauses attributives de juridiction de la législation

574CJCE, 19 juin 1984, aff. 71/83, *Tilly Russ*, §19 : « *Il convient de répondre à cette première branche de la question posée qu'une clause attributive de juridiction figurant dans les conditions imprimées sur un connaissement satisfait aux conditions posées à l'article 17 de la convention […]* si le connaissement se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre les parties, dans la mesure où il est ainsi établi que ces rapports sont régis par des conditions générales comportant ladite clause ».

575V. en ce sens P. Jenard et G. Moller, Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988, *JOCE*, n° C 189, 28 juillet 1990, §§ 56, 57 et 58 : « *aux termes du paragraphe 1 point b) de l'article 17 de la convention, une convention attributive de juridiction remplit les conditions formelles si elle est conclue sous une forme qui est conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles. Cette disposition ne figure pas dans le texte de l'article 17de la convention de Bruxelles. Cependant, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, il semble bien que telle soit la signification de l'article 17 de la convention de Bruxelles. Le groupe de travail a estimé que cette signification devait être explicitement reflétée dans le texte de la convention* » ; M. de Almeida Cruz, M. Desantes Real et P. Jenard, Rapport sur la Convention relative à l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise, JOCE n° C 189, 28 juillet 1990, §26.

européenne affirmant qu'un accord d'élection de for pouvait être conclu selon une forme conforme aux habitudes établies entre elles. A nouveau, toute une série d'affaires peut nous permettre d'illustrer notre propos et de montrer que de telles clauses peuvent figurer dans les factures, tant quant aux clauses attributives de juridiction(a) qu'en ce qui concerne les clauses de réserve de propriété(b).

a) Les clauses attributives de juridictions.

226. Durant un temps, la jurisprudence n'était pas claire. Selon les espèces considérées, les relations habituelles d'affaires avaient un impact sur l'acceptation d'une éventuelle clause attributive de juridiction ou, au contraire, n'en n'avait aucun. Ainsi, en 1967, l'existence de relations habituelles d'affaires a pu justifier l'acceptation d'une clause d'élection de for. La Cour d'appel de Paris avait en effet pu décider que l'existence de relations d'affaires antérieures ayant donné lieu à l'émission de factures payées au vendeur et l'absence de protestation impliquent de la part de l'acheteur la connaissance et l'acceptation implicite d'une clause attributive de juridiction figurant en caractère apparent sur ces factures[576]. Il faut toutefois se garder de donner une une trop grande importance à cet arrêt au regard des relations habituelles. Certes la Cour d'appel évoque l'existence de ces relations d'affaires antérieures entre les parties pour justifier de sa décision. Cependant, ce n'est pas le seul motif retenu : les juges du fond remarquent également que les factures comportant la clause litigieuse avaient fait l'objet d'un paiement sans protestation. Or, nous avons vu que l'acceptation tacite de la facture et des clauses y figurant peut résulter de l'exécution des obligations rappelées par la facture, c'est-à-dire du paiement, sans qu'il soit nécessaire de justifier de relations d'affaires entre les parties. Reste que cette affaire fait un lien, aussi mince soit-il, entre les relations habituelles d'affaires et l'acceptation par le silence. Dans d'autres affaires, la Cour de cassation niait toute portée aux relations habituelles d'affaires dans la détermination de l'acceptation d'une clause attributive de juridiction. La Cour de cassation a ainsi eu

576 Paris, 9 janv. 1967, RTDcom. 1967, p. 134, obs. M. Boitard.

l'occasion d'écarter une telle clause estimant que les relations habituelles d'affaires ne suffisaient pas à justifier une acceptation implicite. Elle jugea au contraire qu'une acceptation écrite, c'est-à-dire une acceptation expresse, était nécessaire pour rendre la clause opposable[577].

227. Le rôle des relations habituelles d'affaires était incertain : la jurisprudence n'admettait pas toujours qu'en présence de telles relations, le silence pouvait valoir acceptation d'une clause d'élection de for. Il semble être devenu incontestable à la fin des années 1980.
Ainsi, la Cour d'appel de Paris a pu décider, dans la décision du 30 novembre 1988 qu'en présence de relations d'affaires suivies, la clause attributive de juridiction était nécessairement acceptée, même si le document comprenant ladite clause n'avait pas été signé[578]. En l'espèce, une société française et une société anglaise étaient en relations d'affaires suivies. A chaque commande de tissu de la société française, celle-ci recevait une confirmation de commande devant être signée puis renvoyée à la société anglaise. Au dos de ces confirmations de commande figuraient les conditions générales de vente contenant une clause d'élection de for au profit des juridictions anglaises. En 1985, la société française fit une nouvelle commande mais ne renvoya pas la confirmation. La marchandise ayant été livrée et présentant des défauts, la société française saisit le tribunal de commerce de Paris en vue d'obtenir des dommages-intérêts. La société anglaise excipa d'une exception d'incompétence en vertu de la clause attributive de juridiction. Les juges de première instance écartèrent cette exception : la confirmation de commande n'ayant pas été renvoyée, la société française n'avait pas accepté les conditions générales de vente et, de ce fait, n'avait pas eu connaissance de la clause litigieuse. La Cour d'appel de Paris infirma ce jugement au motif que dans le domaine des « *relations du commerce international entre professionnels de même spécialité lorsque le*

577 Civ. 1ère, 21 janv. 1981 : « [la] *clause figurait seulement dans les conditions générales de vente et que, celles-ci fussent-elles admises et même appliquées dans leurs autres dispositions à l'occasion d'affaires antérieures, la clause attributive de compétence ne pouvait être considérée comme régulière, à défaut d'établir l'acceptation écrite de la clause ou l'acceptation écrite de l'ensemble des conditions générales par la société Rohr* », JDI 1983, p. 402, note D. Holleaux.

578Paris, 30 nov. 1988 : « *lorsque le contrat litigieux se situe dans le cadre de rapports commerciaux suivis, établis régulièrement sur la base de conditions générales stipulées par le vendeur -avec une clause attributive de compétence-* [ces stipulations sont] *nécessairement connues et acceptées par l'acheteur, partenaire habituel du vendeur* » , Paris, 30 nov. 1988, JDI 1990, 1, p. 153 s ; D. 1989, somm. p. 253, obs. B. Audit.JDI 1990, 1, p. 153 s.

contrat litigieux se situe dans le cadre de rapports commerciaux suivis, établis régulièrement sur la base de conditions générales stipulées par le vendeur -avec une clause attributive de compétence- [ces stipulations sont] *nécessairement connues et acceptées par l'acheteur, partenaire habituel du vendeur* ». Une telle solution paraît somme toute raisonnable. Les parties en cause étant toutes deux des professionnels en affaire de longue date, la clause attributive pouvait être considérée comme un accord habituel et donc incluse tacitement dans leur contrat[579]. Cette solution nous semble transposable à l'hypothèse dans laquelle les conditions générales de vente contenant la clause litigieuse auraient été stipulées au dos des factures.

228. La Cour de cassation a d'ailleurs eu la possibilité de se prononcer sur ce point. Dans un arrêt en date du 9 janvier 1996[580], une clause d'élection de for au profit des juridictions allemandes était en cause. En 1991, une société française, la société Construction métallurgiques gouzeaucourtoises avait assigné son vendeur, la société Dubois, devant les tribunaux français. Celui-ci appela en garantie son fournisseur, la société allemande Fulgurit. La société Fulgurit se prévalait d'une clause attributive de juridiction au profit des juridictions de Hanovre, clause figurant dans les conditions générales de vente imprimées au verso des confirmations de commandes et des factures. La Cour d'appel de Douai rejeta l'exception d'incompétence. Au visa de l'article 7 de la Convention de Bruxelles, la Cour de cassation censura les juges du fond estimant que la société Dubois et son fournisseur étant en relation d'affaires depuis 1981 et « plusieurs centaines de documents » reproduisant la clause attributive de juridiction ayant été adressés dans protestation durant cette période, celui-ci était nécessairement connue et était donc opposable à la société Dubois. Dès lors, il ne faisait nul doute que la clause attributive de juridiction avait été acceptée tacitement. Pour ces motifs, la Cour de cassation annula la décision des juges du fond. La chambre commerciale s'est prononcée dans le même sens dans un arrêt en date du 28 mars 2006[581]. En l'espèce, le juge des référés du Tribunal de commerce de Roanne avait été saisi par la société Sab Mécabel aux fins d'obtenir le paiement d'une

579*Ibid.*
580 Cass. Civ. 1ère, 9 janv. 1996, JDI 1997, p. 173, note A. Huet.
581 Com. 28 mars 2006, n° 05-15913.

provision par la société X. La société X saisit la Cour d'appel et excipa d'une exception d'incompétence. La société estimait la clause attributive figurant au recto des accusés de réception, des factures et des avoirs inopposable. A cet égard, elle arguait du fait qu'elle n'avait pas accepté la clause au moment de la formation du contrat, ce qu'aurait dû rechercher les juges du fond. Cette argumentation aurait pu être favorablement reçue. Jadis, nous l'avons vu, la jurisprudence exigeait en effet que la clause attribuant compétence à une juridiction ait été connue et acceptée au moment de la conclusion du contrat. Cependant, lorsque les parties sont en relations d'affaires habituelles, la jurisprudence est plus souple. C'est pourquoi la chambre commerciale rejeta le pourvoi formé par la société X jugeant que « *en relevant que l'ancienneté des relations commerciales entre les parties et le caractère apparent de la clause figurant distinctement au recto des accusés de réception des commandes, des factures et des avoirs, permettent d'opposer cette clause à la société X..., la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que celle-ci […] l'avait tacitement acceptée, elle [la Cour d'appel] a légalement justifié sa décision* ».

229. Plus récemment, un arrêt rendu par la première chambre civile a fait couler beaucoup d'encre. L'Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA), un établissement de droit public dont le siège administratif se situe à Paris, était en litige avec une compagnie aérienne congolaise à laquelle elle avait facturé le coût du contrôle aérien dont elle avait fait l'objet et une société belge qui se prétendait agent de la compagnie congolaise. Les factures demeurant impayées, l'ASECNA saisit le Tribunal de commerce de Paris, se fondant sur une clause attributive de juridiction figurant sur ces factures. Un contredit fut alors formé tant par la compagnie aérienne que par la société belge. La Cour d'appel rejeta le contredit. Suite à cette décision, la compagnie congolaise et son agent se pourvurent en cassation. Conformément aux exigences de l'article 23 du Règlement Bruxelles I, la Cour de cassation vérifia le consentement des parties. Par une décision du 17 février 2010[582], elle décida que la clause

582 Civ. 17 fév. 2010, n° 08-12749 et n° 08-15024, RTDcom 2010, p. 460, note Ph. Delebecque ; D. 2010, p. 588, « Clause attributive de juridiction : contrat d'adhésion international » note X. Delpech ; RLDC 2010, n° 70, p. 15, « Clause attributive de juridiction : les factures sont admises », note C. Le Gallou ; Procédures 2010, n° 4, «

attributive de juridiction n'avait pas à être spécialement acceptée, l'acceptation pouvant résulter du silence circonstancié. Plus précisément, la première chambre civile, a l'instar de la Cour d'appel, constata que la compagnie aérienne avait nécessairement connaissance de la clause d'élection de for pour deux raisons. D'une part, dans cette affaire, avait été conclu un contrat d'adhésion dans un domaine particulier : le transport aérien. Selon les juges, une compagnie aérienne usant des services de l'ASECNA et souscrivant avec elle un tel contrat a le devoir de prendre connaissance des conditions du contrat, particulièrement de la clause attributive de juridiction, ces conditions étant affichées dans les aéroports et régulièrement adressées aux compagnies concernées[583]. D'autre part, et c'est le point qui nous intéresse tout particulièrement, la Cour de cassation relève qu'au regard de la continuité et de l'ancienneté des relations d'affaires, la compagnie aérienne et la société belge ne pouvaient prétendre ne pas avoir connaissance de la clause reproduite sur l'ensemble des factures. De ces éléments, il faut déduire que malgré le silence, la clause attributive de juridiction avait été tacitement acceptée en raison de son caractère habituel dans les relations entre l'ASECNA et les compagnies aériennes[584]. Certains auteurs estiment même que la Cour de cassation aurait pu fonder sa décision sur l'article 23 c) du Règlement Bruxelles I relatif aux usages du commerce international[585].

230. Dans un arrêt du 26 juin 2013, la Cour de cassation a à nouveau affirmé que les relations habituelles d'affaires pouvaient permettre de valider une clause attributive de juridiction figurant sur les factures. En l'espèce, une société belge avait passé diverses

---

Opposabilité d'une clause attributive de juridiction en application du règlement « Bruxelles I » », comm. 117, C. Nourissat ; JCP G 2010, n° 16, 440 « Forme d'une clause attributive de juridiction dans un contrat d'adhésion international », note C. Bruneau ; N. Joubert, « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat d'adhésion relatif au contrôle aérien » RCDIP 2010, p. 525.

583Civ. 17 fev. 2010, prec. : « *il incombe aux compagnies aériennes opérant dans ce secteur, qui souscrivent un contrat d'adhésion, de prendre connaissance des conditions écrites de la convention, en particulier de la clause attributive de juridiction, ces conditions étant affichées dans les aéroports de la zone et régulièrement adressées aux sociétés* ».

584Civ. 17 fev. 2010, prec. : « *elle a [la Cour d'appel], d'autre part retenu que, compte tenu de l'ancienneté de leurs relations d'affaires avec la société de contrôle aérien, les deux sociétés ne pouvaient soutenir ignorer la clause attributive de juridiction, reproduite sur chacune des factures de l'ASECNA, dont une partie a été payée par la société Demavia ; qu'elle a pu en déduire […] que la clause était opposable aux deux sociétés et que le tribunal de commerce de Paris était compétent* ».

585 V. C. Le Gallou, « Clause attributive de juridiction : les factures sont admises », note précitée.

commandes à une société française omettant de payer. La société française assigna la société belge en paiement des factures et saisit à ce titre le tribunal de commerce de Nîmes qui s'est déclaré incompétent au profit du tribunal de commerce belge de Nivelles. La société française se prévalait d'une clause d'élection de for au profit des juridictions nîmoises insérée, notamment, au verso des factures. La Cour d'appel de Nîmes renvoya les parties devant le tribunal de commerce de la même ville. La société belge invoquant l'article 23 du Règlement Bruxelles I forma un pourvoi en cassation estimant la clause d'élection de for inopposable. Par un arrêt du 26 juin 2013, la Cour de cassation rejeta le pourvoi au regard, d'une part, de l'existence de relations d'affaires suivies entre les parties et, d'autre part, de la remise d'une facture et d'un bon de livraison au dos desquels figurait la clause litigieuse, ce qui impliquait la connaissance de la clause attributive de juridiction par la société belge[586].

231. Ces solutions sont heureuses. En présence de relations habituelles d'affaires et lorsque les contrats successifs sont conclus aux mêmes conditions, il ne paraît pas anormal de déduire que la partie à laquelle la clause est opposée en a eu connaissance. De plus, cette solution est en conformité avec la jurisprudence européenne. Dans son arrêt *Segoura*, la Cour de justice des Communautés européennes avait en effet estimé qu'une clause attributive de juridiction est valable si le document sur lequel elle figure si aucune objection n'a été émise et si ce document « *se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre les parties, établis sur base des conditions générales de l'une d'entre elles, comportant une clause attributive de juridiction*[587] ».

b) Les clauses de réserve de propriété.

586Civ. 26 juin 2013, n° 12-17537 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que les parties étaient en relation d'affaires suivies pour la vente des produits fabriqués par la société Laboratoires Pasquier et que leurs conventions verbales successives s'étaient matérialisées par trois types de documents : un accusé de réception de commande, au verso duquel étaient précisées les conditions de traitement de la commande, ainsi qu'une réserve de propriété, un bon de livraison au verso duquel étaient reproduites les conditions générales comportant la clause attribuant compétence au tribunal de commerce de Nîmes pour l'examen de tous litiges ou toutes contestations relatives aux ventes, une facture au verso de laquelle étaient également reproduites lesdites conditions générales de vente avec la clause litigieuse, la cour d'appel a pu en déduire que la clause attributive de juridiction était opposable à la société Biolab* ».

587CJCE, 14 dec. 1976, aff. 25-76, *Segoura*, §12, prec.

232. Le silence circonstancié peut tout aussi bien valoir acceptation tacite de la clause de réserve de propriété. Une telle solution n'allait cependant pas de soi et il a pu arriver que la Cour de cassation refuse de déduire l'acceptation de clauses de réserve de propriété du simple silence de son destinataire.

233. Dans un premier temps, la jurisprudence a affirmé, dans un contentieux mettant en cause une clause de réserve de propriété, que les relations habituelles d'affaires ne permettaient pas de présumer la connaissance de la clause litigieuse. En l'espèce, la société PAPET a été mise en règlement judiciaire sans avoir payé les dernières marchandises livrées par son fournisseur, la société STDC. Cette dernière, excipant d'une clause de réserve de propriété pour revendiquer les marchandises, intenta une action en justice. La société STDC ayant été déboutée en appel, elle forma un pourvoi en cassation faisant valoir que la clause de réserve de propriété était connue et acceptée de la société PAPET en ce qu'elle était rappelée dans les « nombreuses factures » lui ayant été adressées durant plusieurs années et que ces factures avaient été payées sans qu'aucune réserve n'ait été émise. La Cour de cassation rejeta le pourvoi estimant que pour les marchandises revendiquées, le demandeur ne rapportait pas la preuve que la clause de réserve de propriété été stipulée dans un écrit porté à la connaissance de son cocontractant au plus tard au moment de la livraison de ces marchandises, peu important « *les clauses de réserve de propriété stipulées dans les ventes antérieures*[588]». Les parties au litige étaient en affaire de longue date et, pour chaque contrat était stipulée une clause de réserve de propriété. Il était alors possible de soutenir que les deux parties avaient connaissance de la clause du fait de ce courant d'affaire. La Cour de cassation a cependant refusé de prendre en considération cet argument s'en tenant à une interprétation stricte de l'article L624-16 du Code de commerce.

234. De même dans un arrêt du 17 juillet 2001, une société, la société Plastijo, revendiquait, sur le fondement d'une clause de réserve de propriété des emballages vendus à la société Celatose qui faisait l'objet d'une mise en cessation des actifs. A l'appui

588Com. 5 nov. 1985, n° 84-15125.

de son pourvoi, le demandeur faisait valoir que la clause de réserve de propriété était stipulée dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales entre les deux sociétés en affaire depuis un certain temps, que cette clause figurait également sur les factures et que celle-ci était opposable à la procédure collective en vertu de la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des entreprises en difficulté. La chambre commerciale rejeta le pourvoi par un arrêt estimant qu'en dépit de l'existence d'un courant d'affaire entre les parties, la clause de réserve de propriété doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit adressé à l'acheteur avant chaque livraison. Autrement dit, pour chacune des ventes, l'acheteur aurait dû recevoir un écrit dans lequel figurait la clause de réserve de propriété. Certes, il ne fait aucun doute qu'un écrit existait en l'espèce : la clause de réserve de propriété figurait dans un contrat-cadre et dans les factures. Toutefois, la Cour de cassation refuse, d'une part, de prendre en compte cet écrit relatif à un ensemble d'opération qui par définition ne concerne pas chaque vente individuelle et, d'autre part, elle relève que les factures, bien que comportant la clause litigieuse étaient adressées après les livraisons et décide « *qu'en dépit d'un courant d'affaires régulier entre les parties, la clause de réserve de propriété doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit adressé à l'acquéreur avant chaque livraison et acceptée par ce dernier, pour chaque vente conclue de façon successive mais autonome, ce qui ne peut résulter de l'indication de la clause sur la facture après chaque livraison*[589] ». Au regard des relations entre les parties et du caractère répété de l'insertion de la clause de réserve de propriété dans les factures, il ne serait pas incohérent de déduire que les parties avaient toutes deux connaissance de cette clause. Néanmoins, la connaissance de la clause n'équivaut pas à son acceptation et, dans cette affaire, la Cour de cassation refuse d'assimiler le silence à une acceptation tacite de la clause du seul fait de l'existence des rapports d'affaires courants entre les parties.

235. Par un arrêt important du 31 janvier 2012, le Cour de cassation a précisé sa jurisprudence et a reconnu qu'en présence d'un courant d'affaires entre les parties, il pouvait y avoir acceptation tacite de la clause de réserve de propriété. Dans cette affaire,

589Com. 17 juill. 2001, n° 98-20336.

une société revendiquait des marchandises vendues à une autre société mise en liquidation judiciaire. Pour cela, elle se prévalait d'une clause de réserve de propriété figurant sur les factures. La Cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 21 octobre 2010 accueilli la demande de revendication. Le liquidateur forma alors un pourvoi soutenant qu'à défaut de contrat-cadre, une clause de réserve de propriété n'était opposable pour des ventes successives qu'à la condition que pour chacune de ces ventes la clause ait été stipulée par écrit et acceptée par l'acheteur au plus tard au moment de la livraison des marchandises. Il faisait valoir que l'existence d'un courant d'affaires ayant donné lieu à des ventes pour lesquelles une clause de réserve de propriété figurait sur les factures correspondantes ne caractérisait pas l'acceptation de cette clause pour les ventes suivantes, qu'en l'espèce, il n'y avait pas de contrat-cadre et que l'existence de ventes antérieures à la vente litigieuse ayant donné lieu à l'émission de factures stipulant la clause de réserve de propriété après la livraison ne caractérisait pas l'acceptation à celle-ci pour les ventes postérieures et autonomes des biens revendiqués. La chambre commerciale rejette le pourvoi estimant que l'existence d'un courant d'affaires assez ancien entre les parties remplace l'exigence d'un contrat-cadre formellement établi en décidant que « *à défaut d'écrit régissant un ensemble d'opération commerciales convenues entre les parties, l'acceptation par le débiteur de la clause de réserve de propriété s'apprécie pour chaque vente objet de celle-ci au plus tard à la date de la livraison, cette acceptation pouvant, suivant les circonstances, être déduite de l'existence de relations d'affaires et de la réception par le débiteur, dans le courant de ces relations, de factures antérieures comportant la clause litigieuse, sans protestation de sa part ; qu'ayant relevé que les sociétés Fashion et Morgan étaient en relations d'affaires depuis septembre 2008 et que la société débitrice avait déjà, au 30 octobre 2008, date de la première livraison impayée, reçu cinq factures mentionnant lisiblement la clause de réserve de propriété puis retenu qu'elle en avait eu ainsi connaissance et fait ressortir qu'elle l'avait acceptée par l'exécution du contrat*[590] ». La clause ayant été reproduite sur toutes les factures et les parties étant en relation d'affaires, la Cour de cassation décide

590Com. 31 janvier 2012, RTDcom 2012, p. 617, note A. Martin-Serf ; RLDC 2012 « Clause de réserve de propriété : des conditions de son acceptation dans le cadre de relations d'affaires », note P. Paillier.

par cette décision de prendre en compte la pratique afin de démontrer l'acceptation. Les relations habituelles d'affaires permettent donc de prouver l'existence de la clause. Il s'agit d'une solution pragmatique permettant de mettre en œuvre une clause de réserve de propriété qui, au regard des relations entre les parties, était connue. Arguer du contraire serait certainement faire œuvre de mauvaise foi.

236. Il ne fait plus de doute aujourd'hui qu'en présence de relations habituelles d'affaires entre les parties concernées, le silence n'est pas dénué de toute portée. L'évolution de la jurisprudence montre que désormais lorsque l'habitude des parties consiste à insérer une clause d'élection de for ou une clause de réserve de propriété dans les factures, le silence est présumé valoir acceptation. La clause pourra alors produire pleinement ses effets. Ces rapports commerciaux courants permettent ainsi de se contenter d'une apparence de consentement sans rechercher la réalité de celui-ci. La vérification de l'acceptation à la clause est donc minime. Certains auteurs déplorent que la notion de relations habituelles d'affaires soit utilisée afin de déduire du silence l'acceptation d'une clause d'élection de for. Madame Labarthe, notamment, a pu écrire à ce sujet qu' « il faut se garder de préconiser une telle méthode, de par l'incertitude qu'elle contient[591] ». La prise en considération des relations habituelles d'affaires est pourtant une solution pragmatique répondant aux exigences du commerce international. C'est d'ailleurs pour cette raison que les conventions internationales en font une condition de forme. En outre, le principe de bonne foi justifie une telle solution[592]. En effet, on peut légitimement supposer, lorsque l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans les factures est habituelle, qu'elle a à nouveau été stipulée dans le nouveau contrat. Ainsi, même si dans le nouveau contrat la clause n'a pas fait l'objet d'une acceptation expresse, la bonne foi permet de considérer que la clause est connue et tacitement acceptée. Cela va d'ailleurs dans le sens de la jurisprudence européenne qui a pu décider que « *dans un tel contexte, il serait contraire à la bonne foi, pour le destinataire de la commande, de dénier l'existence d'une prorogation de compétence, même à défaut d'une acceptation de sa part*[593] ». La prise en

591 F. Labarthe, *La notion de document contractuel,* thèse précitée, spe. p. 273.
592 V. en ce sens, JDI 1990, p. 155, note A. Huet ; JDI 1997, p. 175 note A. Huet.
593CJCE 14 dec. 1976, aff. 24/76, *Colzani*, prec., §11 ; CJCE 19 juin 1984, aff. 71-83, *Tilly Russ*, prec. §18.

compte des relations habituelles d'affaires permet de valider un grand nombre de clauses attributives de juridiction. Il ne faut cependant pas donner à cette exception au principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation une trop grande ampleur. Elle se cantonne bien aux relations d'affaires, aux relations professionnelles. Des rapports antérieurs entre les parties d'ordre personnel ne permettraient pas de décider que le silence vaut acceptation de la clause attributive de juridiction[594]. Le silence peut également valoir acceptation de la clause d'élection de for dans d'autres circonstances. Plus souple que l'écrit mais plus stricte que les relations d'affaires sont les usages permettant également de faire présumer l'acceptation de la clause attributive de juridiction en cas de silence.

237. Notons que la facture peut être le support d'autres types de clauses devenant valables lorsque des relations habituelles d'affaires entre les parties sont établies. Peut ainsi être inséré dans une facture une clause d'irresponsabilité.
Tel était le cas dans une affaire ayant fait l'objet d'un arrêt de chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 23 novembre 1999. Dans cette espèce, une société estimait la clause d'irresponsabilité nulle car revêtant un caractère abusif, raisonnement que 'avait pas suivi la Cour d'appel de Nancy. La Cour de cassation confirma la solution des juges d'appel estimant qu'elle avait constaté que « *la clause figurait sur toutes les factures*[595] […] *que le contrat avait été conclu entre deux commerçants dans le cadre de relations professionnelles habituelles* ». Cet arrêt est particulièrement intéressant en ce que le premier argument énoncé par les juges pour constater la validité de la clause est sa présence sur toutes les factures en même temps qu'il fait place une fois encore à une conception objective du contrat[596].

238. La jurisprudence relative aux relations habituelles d'affaires permet de constater que la connaissance d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause de réserve de propriété s'apprécie différemment selon qu'elle figure dans un contrat s'insérant dans le

594V. En ce sens J. Moury, « L'acceptation de l'offre de contrat ou de modification du lien contractuel peut-elle résulter du silence de l'une des parties », D. 1994, p. 69.
595Nous soulignons.
596Com. 23 nov. 1999, JCP G 2000, n°22, p. 1030, note J-P Chazal.

cadre de relations d'affaires courantes entre les parties ou dans un contrat occasionnel. Ainsi, si les parties sont régulièrement en relations, leur habitude permet de présumer qu'elles ont eu connaissance de la clause, alors même qu'en pratique, il est possible que la partie à qui la clause est opposée n'en n'ait jamais pris connaissance. Quand bien même dans une telle hypothèse la connaissance effective de la clause est en réalité incertaine, la notion de relations habituelles d'affaire permet de dégager une solution souple, propice aux nécessités du commerce, notamment du commerce international. Cela permet en effet de valider une clause qui, hors de cadre de ces relations, aurait été déclarée inopposable. En outre, une telle solution ne paraît pas illogique. En effet, lorsque deux parties sont en affaire de longue date et que les conditions auxquelles sont conclus les contrats sont les mêmes pour l'ensemble des contrats successivement conclus, il est permis de penser qu'elles ont pris connaissance de ces conditions. Ces solutions paraissent aussi en un sens source de responsabilisation quant à l'attention portée par un professionnel aux documents contractuels. Si la partie à laquelle est opposée la clause attributive de juridiction ou la clause de réserve de propriété n'a jamais émis de protestation à l'encontre des factures dans lesquelles la clause est insérée, le principe de bonne foi ou de confiance légitime permet de supposer et même de prouver qu'elle en avait connaissance. Cela est d'autant plus vrai dans le cadre de relations professionnelles dans le domaine du commerce international. Il serait sans doute contraire au principe de bonne foi de dénier l'existence d'une clause attributive de juridiction, même a défaut d'acceptation expresse de celle-ci lorsqu'un énième contrat a été conclu entre les parties aux mêmes conditions.

3. Usages du commerce international en matière de clause d'élection de for[597]*.*

239. Nombre de solutions déjà évoquées pourraient s'appuyer tout autant sur la notion

597V. P. Mousseron, *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, Paris, LexiNexis, Droit & Professionnels, 2014 p. 121 n° 340.

d'usage pour légitimer l'acceptation de la clause d'élection de for insérée dans la facture. Ainsi, le Professeur Mousseron voit également dans la décision précitée du 26 juin 2013 à propos des relations habituelles d'affaires une acceptation par le truchement d'un « *usage généralement et régulièrement suivi lors de la conclusion des contrats du commerce internationale dans la branche commerciale considérée*[598] *».* Si la portée systémique et objective de l'usage dans un milieu considéré se distingue des relations d'affaires, non pas forcément dans ses effet sur l'acceptation de la clause mais dans ses causes, les relations d'affaires étant particulières et propres aux parties, nous ne pouvons que souscrire à une telle analyse. En effet, il arrive que les professionnels soient à la fois tenus par un devoir de cohérence résultant de leur relations d'affaires autant que par un usage systémique propre au secteur considéré. C'était le cas dans l'arrêt, même si la Cour de cassation ne motive sa décision *in fine* en ne faisant point référence à un usage quelconque mais à une relation d'affaires suivie et donc tout au plus, à l'un de ses éventuels facteurs. Or, ce dernier participe indéniablement à la reconnaissance postérieure d'un usage[599]. Il est dès lors regrettable que la Cour de cassation n'établisse pas un lien plus solide entre l'usage et la notion de relation d'affaires suivie[600].

240. La notion d'usage du commerce international a été ajoutée à l'article 17 de la Convention de Bruxelles par la Convention relative à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, l'assouplissement des conditions de forme étant nécessaire dans le milieu des affaires internationales. A ce titre, le rapport Schlosser indique que « *l'interprétation de l'article 17, que de nombreux tribunaux nationaux ont tendance à partager, ne répond ni aux usages ni aux exigences du commerce international. En particulier, il n'est pas raisonnable, dans la pratique commerciale internationale, d'exiger que le cocontractant de l'utilisateur des conditions générales de vente confirme par écrit l'inclusion de celles-ci pour qu'une clause attributive de juridiction contenue dans les conditions puisse avoir effet. Le commerce international ne saurait se passer de*

598P. Mousseron, *Les usages : l'autre droit de l'entreprise,* ouvrage précité, spe. p. 122.
599P. Mousseron, *Les usages : l'autre droit de l'entreprise,* ouvrage précité, spe. p. 3.
600P. Mousseron, *Les usages : l'autre droit de l'entreprise,* ouvrage précité, spe. p. 9 : « *Dans l'esprit, les deux notions visent à conférer un effet de droit à des comportements le plus souvent informels. A ce titre, le rapprochement des usages et des relations commerciales peut être fructueux en ce que les solutions rendues pour l'une ou pour l'autre de ces notions pourront par analogie s'exporter à l'autre* ».

conditions types comportant des clauses attributives de juridiction […] *C'est pourquoi l'article 17, dans sa nouvelle version, assouplit les exigences de forme pour ce qui concerne les transactions commerciales internationales*[601] ».

La teneur d'un usage du commerce international permet donc de valider certaines clauses si son existence est démontrée. La jurisprudence a donc écartée certaines clauses attributives de juridictions du fait de l'absence de preuve de cet usage. Tel était le cas dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris le 8 juin 1988. En l'espèce, une clause d'élection de for figurait sur une facture. Les juges d'appel ont refusé d'appliquer la clause au motif qu'il n'était pas prouvé qu'il s'agissait d'un usage[602]. *A contrario*, cela signifie évidemment que s'il existe, dans le commerce international, un usage qui veut qu'une clause attributive de juridiction soit insérée dans une facture et que la preuve de son existence est rapportée, il sera donné plein effet à cette clause qui sera considérée comme acceptée par la partie à laquelle elle est opposée.

241. Quelques mois après cet arrêt a été rendue la première décision reconnaissant la validité des clauses attributives de juridiction conclue en une forme conforme aux usages du commerce international que les parties sont censées connaître ou dont elles auraient du avoir connaissance. En l'espèce, une société française était concessionnaire en France d'une société allemande qui fabrique des pelles mécaniques. Ayant livré des produits défectueux, la société française fut assignée devant le tribunal de commerce de Paris. Celle-ci appela en garantie la société allemande qui excipa d'une clause d'élection de for conclue au profit des juges allemands. Cette clause attributive de juridiction figurait dans les conditions générales de vente. Le tribunal de commerce de Paris refusant de faire

601P. Schlosser, Rapport sur la Convention relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, JOCE, n° C 59, 5 mars 1979, §179.
Le nouvel article 17 permit d'insérer une clause attributive de juridiction « *conclue dans le commerce international, en une forme admise par les usages dans ce domaine et que les parties connaissent ou sont censées connaître* ». Quelques années plus tard, la Convention de San Sebastian du 26 mai 1989 modifia la formulation de l'article 17 selon lequel il est possible de conclure une clause d'élection de for « *sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée* ». Cette formulation fut reprise à l'identique à l'article 23 c) du Règlement Bruxelles I et à l'article 25 1 c) du Règlement Bruxelles I *bis*.

602Paris, 8 juin 1988, D. 1988, IR, p. 203 : « *doit être écartée l'application de la clause attributive de compétence stipulée sur une facture dès lors qu'il n'est pas justifié que cette pratique soit conforme aux usages du commerce international* ».

droit à cette demande, la Cour d'appel de Paris fut saisie. La clause avait été portée à la connaissance de la société au moment de la conclusion du contrat. Une confirmation écrite de la commande renvoyait expressément aux conditions générales de vente contenant la clause litigieuse. La Cour d'appel décida au visa de l'article 17 de la convention de Bruxelles que les conditions générales de ventes étaient applicables aux relations d'affaires que les deux sociétés entendaient établir entre elles, que la société française avait connaissance et avait accepté ces conditions et que « l*a référence faite à des conditions de vente - contenant la clause attributive de juridiction – dans la confirmation écrite de la commande est conforme aux usages du commerce international et répond aux exigences de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*[603] ». Certes, cet arrêt ne concerne pas les factures. Il nous semble toutefois important dans la mesure où, d'une part, rappelons-le, il s'agit du premier arrêt validant une clause attributive de juridiction conclue selon un usage du commerce international et, d'autre part, parce qu'une telle solution serait également applicable dans le cas où la clause serait insérée dans une facture en vertu d'un usage. Cet arrêt nous permet donc de confirmer l'interprétation que nous avons donnée de l'arrêt du 8 juin 1988.

242. Les deux arrêts que nous venons d'évoquer sont relatifs aux usages du commerce international comme condition de forme d'une clause d'élection de for. Si l'acceptation est un sujet sous-jacent, il n'y ait pas fait de référence expresse. D'autres arrêts en revanche, précisent que l'existence d'un usage permet de retenir l'acceptation tacite de la clause attributive de juridiction conclue en suivant cet usage. Nous pouvons citer, par exemple, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar le 6 décembre 1993[604]. Dans cette affaire, une société française et une société anglaise avaient conclu un contrat de vente portant sur un matériau qui s'est avéré défectueux. Au verso de ce contrat figuraient les conditions générales de vente parmi lesquelles était stipulée une clause attributive de juridiction, laquelle fut opposée à la société française. Celle-ci soutenait qu'il n'était pas démontré qu'elle avait accepté la clause litigieuse et que, partant, elle lui était

603Paris, 14 dec. 1988, JDI 1990, p. 151, note A. Huet ; D. 1988, IR 203.
604Colmar, 6 déc. 1993, JDI 1995, p. 152, note A. Huet.

inopposable. Saisie de cette question, la Cour d'appel de Colmar se fondant sur l'article 17 de la Convention de Bruxelles décida que « *la mention d'une clause attributive de juridiction dans les conditions générales de vente figurant au verso des contrats constitue un usage général dans le commerce international* ». Dans la mesure où le contrat avait été signé, il fallait déduire que consentement avait été donné tant au contrat en général, qu'à la clause attributive de juridiction figurant dans les conditions générales, les parties étant censé prendre connaissance des termes du contrat[605]. Comme les précédents, cet arrêt permet de valider une clause insérée dans un contrat selon un usage du commerce international. Un reproche doit être formulé à l'égard des juges d'appel. S'ils ont parfaitement pris en considération les usages, ils ne se sont pas fondés sur le bon texte. En effet, cette solution a été rendue au regard de de l'article 17 de la Convention de Bruxelles dans sa rédaction issue de la Convention d'adhésion du 9 octobre 1978. Or, en l'espèce, l'action en première instance avait été intentée après l'entrée en vigueur de la Convention de San Sebastian, convention qui avait quelque peu durcit les critères de prises en considération des usages en ce domaine. Plus précisément, les juges d'appel auraient du justifier leur solution en constatant l'existence d'un usage « dans la branche commerciale » dans laquelle les deux sociétés intervenaient[606]. Reste que cette solution montre une nouvelle fois que les usages permettent de déduire l'acceptation tacite d'une clause d'élection de for lorsqu'aucune protestation n'est émise[607].

605V. en ce sens, A. Huet, note sous Colmar prec., spe. p. 153.

606Précisons que quoi qu'il en soit, la clause aurait été considérée comme opposable. En effet, la Cour d'appel de Colmar avait également fait référence aux relations habituelles d'affaires estimant qu' « *il existait entre les parties [...] des relations d'affaires depuis près de quinze années et que [la société française] n'a jamais protesté contre cette clause attributive de compétence dont elle avait parfaitement connaissance* ».

607 La Cour de cassation admet même, semble t-il, la prise en considération des usages du commerce international alors même que des protestations auraient été émises. Ainsi, dans une affaire jugée le 5 mars 2008, une société française avait conclu un contrat d'agence commerciale avec une société luxembourgeoise. Une clause d'élection de for au profit des juridictions françaises avait été insérée au dos des factures. La société française se prévalant de cette clause saisit le juge français. Les juges français déclinèrent leur compétence au motif que la société luxembourgeoise aurait contesté la clause en contestant les factures et en saisissant les juges luxembourgeois. Au soutien de son pourvoi, la société française soutenait qu'il était d'usage dans le commerce international d'insérer des clauses d'élection de for au dos des factures. La Cour de cassation cassa et annula la décision des juges du fond au motif qu'ils auraient du « *rechercher si la clause litigieuse satisfaisait aux conditions de l'article 23 du Règlement Bruxelles I* ». Ce faisant, la Cour de cassation ne répond pas à la question. Néanmoins, en invitant les juges du fond à vérifier les conditions de l'article 23 du règlement Bruxelles I, il nous semble que la Cour de cassation admet, au moins implicitement, que les usages du commerce international peuvent justifier la validité de la clause d'élection de for contenue dans les factures alors même que celles-ci auraient fait l'objet de contestation de la part de l'une des parties. Civ. 1ère, 5 mars 2008, RLDC 2008, n° 49, p. 13 « Clause attributive de juridiction : les factures satisfont-elles Bruxelles I ? », note C. Le Gallou » ; JDI 2008, p. 1087 note A. Sinay-Cytermann ; D. 2008, p. 1729, note H. Kenfack.

243. Progressivement, la jurisprudence française a pris en compte les usages. Cela étant, il restait quelques incertitudes sur cette notion telle qu'envisagée par l'article 17 de la Convention de Bruxelles dans sa version issue de la Convention de San Sebastian. La Cour de Justice des communautés européennes a eu à se prononcer en 1997 dans l'affaire des *Gravières Rhénanes*[608]. En l'espèce, une lettre de confirmation commerciale contenant une mention pré-imprimée précisant que « le lieu d'exécution et celui du for auquel toute compétence est attribué est Wuerzburg » avait été envoyée, c'est-à-dire aux juridictions allemandes. En outre, les factures mentionnaient également ce for comme étant le for compétent en cas de litige. La lettre de confirmation n'avait pas été contestée et l'ensemble des factures avait été payé par la société Les Gravières Rhénanes. Cette société estimait que les juridictions françaises étaient compétentes au regard des dispositions des articles 2 al. 1, 5 point 2 et 5 point 3 de la convention. La Cour de Justice des communautés européennes fut saisie afin de donner une interprétation de l'article 17 alinéa 1 de la Convention de Bruxelles. Plus précisément, la question qui se posait en l'espèce était de savoir si pour retenir l'existence d'une clause attributive de juridiction, il suffit que les factures envoyées aient toutes contenues une mention relative à la compétence exclusive des tribunaux ou s'il fallait un accord de volonté préalable. Autrement dit, une clause attributive de juridiction est-elle considérée comme valablement conclue et acceptée du fait du paiement répété sans contestation des factures (sans confirmation écrite de l'accord verbal) ou faut-il un accord préalable des deux parties ? La Cour de Justice décide que la réalité du consentement des parties doit être vérifiée mais qu'un accord préalable des parties n'est pas nécessaire pour que la clause d'élection de for soit valable s'il s'agit d'un usage du commerce international que les parties connaissent ou sont censées connaître. Elle estime en effet que « *l'accord de volontés des parties est présumé établi lorsqu'il existe à cet égard des usages commerciaux dans la branche considérée du commerce international, usage que ces mêmes parties connaissent ou sont censées connaître*[609] » et ajoute qu' « *il convient, dès lors, de considérer que l'absence de réaction et le silence d'une des parties*

608 CJCE, 20 fev. 1997, aff. C-106/95, *Mainschiffagrts-Genossenschaft eG (MSG) c/ Les Gravières Rhénanes SARL*.
609 CJCE, 20 fev. 1997, *Les Gravières Rhénanes*, prec. §19.

contractantes[610] *[…] ainsi que la circonstance qu'une des parties a réglé de manière répétée et sans aucune contestation des factures émises par l'autre partie et contenant des mentions analogues, peuvent valoir consentement*[611] *sur la clause attributive de juridiction litigieuse, si un tel comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel opèrent les parties en question et si ces dernières connaissent cet usage ou sont censées le connaître*[612] ». La Cour précise également qu'il revient au juge national d'apprécier l'existence d'un usage dans la branche du commerce international concerné et de vérifier si les parties ont connaissance ou sont censées connaître cet usage[613]. Cet arrêt est particulièrement intéressant en ce qu'il vient préciser que le silence peut valoir acceptation d'une clause attributive de juridiction en présence d'un usage. Il l'est d'autant plus dans le cadre de notre étude que dans les faits de l'espèce, la clause figurait sur des factures. En somme, s'il est démontré que dans la branche du commerce international en cause, il existe un usage selon lequel une clause attributive de compétence insérée dans les factures est acceptée, cela ne posera pas de difficulté. La validité de la clause attributive de juridiction en présence d'un usage n'est toutefois pas inconditionnelle. Tout usage ne permet pas de présumer l'acceptation de cette clause. Sur ce point, la Cour de Justice donne des précisions importantes, qui étaient souhaitées par une partie de la doctrine[614]. Selon elle, « *l'existence d'un usage […] doit être constatée […] dans la branche commerciale dans laquelle les parties contractantes exercent leur activité*[615] ». Elle donne ensuite une définition autonome de la notion d'usage du commerce international estimant qu' « *Il y a usage dans la branche commerciale considérée lorsque, notamment, un certain comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans cette branche lors de la conclusion de contrats d'un certain type*[616] ». Cette définition se situe dans une acception restrictive selon laquelle « les usages du commerce international ne peuvent s'entendre que des pratiques contractuelles habituellement suivies dans une branche donnée du

610 Nous soulignons.
611 Nous soulignons.
612 CJCE, 20 fev. 1997, *Les Gravières Rhénane*s, prec. §20.
613 CJCE, 20 fev. 1997, *Les Gravières Rhénanes*, prec. §21.
614 V. notamment, B. Audit, obs. sous CA Paris, 30 nov. 1988, prec.
615 CJCE, 20 fev. 1997, *Les Gravières Rhénanes*, prec. §23.
616 *Ibid.*

commerce[617]». Un usage est donc une pratique répétée dans un domaine particulier du commerce international tel, par exemple le commerce maritime. Cette solution a été réaffirmée par la Cour de Justice dans un arrêt du 16 mars 1999[618] qui se réfère à l'arrêt Les *Gravières Rhénanes.* Cet arrêt ajoute clairement que l'article 17 permet de présumer établie le consentement lorsqu'il existe des usages dans la branche commerciale considérée[619]. Du fait des besoins du commerce international, la notion d'usage a fait son apparition dans la doctrine puis dans les textes de lois pour permettre d'introduire une certaine souplesse dans la conclusion d'accords d'élection de for. Tout comme dans l'hypothèse dans laquelle il est possible d'invoquer des rapports commerciaux courants, cette notion permet de valider des clauses prévues par les parties selon des formes qui ne seraient pas prévues par des textes. Les usages permettent cependant une validation des clauses attributive de juridiction moins importantes que les relations habituelles d'affaires puisque ceux-ci doivent exister dans une branche spécifique du commerce international, ce que les juges sont tenus de vérifier, au prix d'une motivation parfois appuyée[620]. Reste que l'étude de la jurisprudence relative aux usages du commerce international nous a permis de démontrer que l'insertion d'une clause d'élection de for insérée dans une facture peut, le cas échéant, constituer un tel usage et que, dans un tel cas, le silence peut valoir acceptation tacite de la facture et de la clause y figurant. A cet égard, l'avocat général Giuseppe Tesauro a pu affirmer au sujet des clauses attributives de juridiction que « l*a réalité du consentement, initialement indispensable et assuré uniquement par la forme écrite ou par la confirmation par écrit d'un accord verbal, dans le commerce*

617E. Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *in* Études offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 203, spe. p. 206.

618 CJCE, 16 mars 1999, aff. C-159/97, *Trasporti Castelletti*, JDI 2000, p. 528.

619 CJCE, 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, prec., §21 : « *l'article 17, premier alinéa, deuxième phrase, troisième cas de figure, de la convention doit être interprété en ce sens que le consentement des parties contractantes à la clause attributive de juridiction est présumé exister lorsque leur comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel elles opèrent et dont elles ont ou sont censées avoir connaissance*». V. également les conclusions de l'avocat général Ph. Léger qui estime que « Pour faciliter la rapidité des transactions, c'est donc un consentement tacite des parties à ces usages qui est reconnu dans la nouvelle rédaction de l'article 17 » (§64).

620La Cour de cassation s'est d'ailleurs prononcé récemment sur cette question. V. Com. 23 sept. 2014 : « *la clause de compétence qui figure au verso du connaissement, suivant une présentation habituelle sur le site internet du transporteur maritime acte majeur du transport de marchandises en conteneurs, est opposable au commissionnaire de transport, praticien de longue date de l'organisation des transports pour toutes destinations qui s'adresse de manière habituelle à tous les transporteurs, dans ses relations contractuelles avec le transporteur maritime, en vertu d'un usage qui consiste à faire figurer les clauses de compétence au dos des connaissements* », JDI 2015, n° 1, p.134, note C. Legros.

international cède désormais le pas à la présomption d'un consentement effectif[621] ».

244. ***Conclusion de la section.*** Le contentieux confirme une intuition qui ne pouvait se révéler que subjective. Il n'est en pourtant rien. La facture est devenue, objectivement, un mode de transport de la matière contractuelle. La sûreté du transport est pourtant loin d'être assurée, justement parce que le véhicule est souvent trop étroit, en raison de son unilatéralisme, et ne permet pas d'assurer la réalité du consentement du destinataire de la facture. Le flux du contentieux témoigne d'ailleurs du caractère impropre du document à assurer cette fonction, même si la pratique semble assumée. Nous avons alors pu observer que l'acceptation de la clause qui figure sur la facture suppose toujours un contexte particulier.

245. ***Conclusion du chapitre et de la première partie.*** Le détournement de fonction subi par le document semble bien irréversible. La facture est un document contractuel à part entière. Sa particularité réside tout de même dans le fait que bien souvent, il constitue le dernier ressort contractuel. Le paiement de la facture est alors riche d'interrogations lorsque celle-ci contenait une clause qui ne figurait pas sur un support antérieur. La dimension contractuelle propose alors également le recours à une forme de technique. Mais celle-ci reste fondamentalement contractuelle. Le milieu des affaires a choisi d'augmenter la charge juridique attribuée au document, ce qui lui permet aussi de garder un certain contrôle sur l'élaboration de celui-ci. La facture, en ce sens, reste profondément horizontale. Elle est la marque et l'ultime conséquence de l'acte de commerce et plus largement, comme certaines hypothèses en attestent, de l'échange économique. L'institution de la facture reste alors, dans un premier temps et assez naturellement, la chose des parties au contrat. Pour autant, le contentieux ne brille pas par sa cohérence, les arrêts de la Cour de cassation semblent bien être dans l'incapacité de mettre de l'ordre en la matière, déjouant alors les objectifs de prévisibilité et de sécurité juridiques. Le déplacement de la simple représentation du contrat vers le transport de sa matière devait être constatée, afin de rendre compte de la dimension active du document,

621 G. Tesauro, concl. du 26 sept. 1996 sur l'arrêt de la CJCE du 20 fev. 1997, *Les Gravières Rhénanes,* §25.

traditionnellement présenté comme l'indication formelle de ce qui a été accepté, par le passé. Cette première partie a aussi été l'occasion de constater l'appropriation du document par les professionnels : il y a, en somme, une pratique de la facture, consistant à y insérer des clauses habituelles, dans certains milieux économiques. Ce sont d'ailleurs souvent, les obligations post-contractuelles qui trouvent le support sur la facture. De là à franchir le pas d'une standardisation des clauses contenues dans les factures, il n'y qu'un pas. L'étude sur les usages en matière de clause attributive de juridiction peut en faire prendre conscience, tant l'identification du consentement à la clause semble relever dans certaines décisions, de l'artifice. Ne devrait-on pas admettre, plutôt que de rechercher un consentement divinatoire, que certaines clauses soient qualifiées de clauses du marché, justifiant ainsi que la seule entrée sur un marché en particulier rende la clause opposable ? Quoiqu'il en soit, le contentieux renforce encore le constat de l'inflation juridique subie par le document, qui a définitivement quitté sa fonction traditionnelle de représentation pour embrasser, celle, bien plus incertaine, du transport de la matière contractuelle. Aussi, puisque « *toute institution juridique a une valeur et une signification économique*[622] », la facture n'échappera pas à cette loi d'airain. Le document va alors subir, de manière progressive et en demeurant contractuel, un second détournement de fonction. Il est l'oeuvre de l'Etat, qui a décidé d'assigner, relativement tôt, une mission économique à la facture. Cette dernière doit être à présent saisie dans sa dimension technique, à travers sa signification économique . L'échange qu'elle traduit, qu'elle représente et dont elle transporte parfois le principal et les accessoires, est traversé par une verticalité étatique qui donne à la facture une dimension technique. Les parties se sont unies, mais le législateur a prévu de les enchaîner par l'obligation de facturation. A l'époque du marché, la facture ne peut plus être que la traduction de deux consentements isolés. Elle est la trace d'une opération de marché et en ce sens, elle se doit d'être source de transparence tarifaire. Il est d'ailleurs tout à fait saisissant de songer à l'étymologie du terme « facture ». Du latin *factura*, la notion était alors à entendre comme un processus, un procédé de fabrication qui devait suivre des étapes structurantes. Prise dans sa dimension technique, la facture n'a alors peut-être jamais aussi bien porté son nom. Pour autant, la sollicitation

622E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, A. Rousseau,1898, p. 4.

d'un même document à des fins si différentes peut interroger. Fondamentalement, la facture reste une invitation au paiement et pourtant, le droit s'est approprié le document pour en faire une pièce de contrôle. La dimension technique de la facture rend compte d'une autonomisation du document, interrogeant sa rencontre avec sa dimension contractuelle (Partie II).

PARTIE II.

FACTURE ET MARCHE :

L'institution saisie dans sa dimension technique

246. *Parallélisme des formes.* Pour donner sens à une rencontre esquissée entre les deux dimensions du document au sein du dernier chapitre de cette étude, nous proposons d'adopter le même découpage au sein de la présente partie, à propos des fonctions que le document assume lorsqu'il est pris dans sa dimension technique.

L'emprunt d'un parallélisme des formes est d'autant plus permis que la dimension technique ne semble pas perturber le rôle dual qu'endosse le document en raison de sa structure. Pris dans sa dimension technique, il demeure tout à la fois l'instrument de représentation d'une opération de marché[623] (Titre 1) et en même temps, le mode de transport d'une matière obligatoire corrélative. A ceci près que la dimension technique inaugure une distinction qu'il importe de faire dès à présent quant aux informations obligatoires contenues dans le document. Au titre de ces informations, nous nous concentrerons sur les mentions obligatoires de l'article L441-3 du code de commerce ainsi que l'obligation faite au vendeur de délivrer une facture contenant la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), à la lumière notamment de l'article 289 du code général des impôts. Néanmoins, il est acquis que s'agissant des mentions obligatoires prévues par le code de commerce, il y aurait eu quelque inconvenance à proposer de les intégrer à un transport de la matière obligatoire par le truchement du document. En effet, il est davantage question d'un report de la matière obligatoire sur le document que d'un transport à proprement parler. Autrement dit, nous distinguons le report du transport car le report semble plus commode pour désigner le report des mentions obligatoires sur le document, report que le législateur impose. Aussi, il fallait selon nous isoler l'hypothèse du droit fiscal qui confère au document une autonomie certaine en vertu de la théorie de l'apparence, notamment en matière de transport de la TVA, puisque le destinataire pourra jouir de son droit à déduction sur simple détention formelle de la facture. Une fois ce travail effectué, il sera proposé au sein du dernier chapitre de cette étude d'entrevoir les résultats auxquels pourraient conduire la nature hybride du document, à la fois fruit d'une rencontre des volontés entre les parties et intéressant l'ordre public (Titre 2).

623J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », Rev. Éco. Indus., 2000, n°s pé., *Économie des contrats*, p. 81.

TITRE 1.

La facture, mode de représentation d'une opération de marché.

247. *La facture, institution technique intégrée.* La propulsion du document au rang technique ne peut être comprise isolément. L'article L441-3 du code de commerce s'insère lui-même dans un système de normes tournées à la lecture du Livre IV « De la liberté des prix et de la concurrence » vers la recherche d'une satisfaction aux conditions de la libre concurrence. Ce livre comporte lui-même sept titres, au sein desquels prend place un titre IV intitulé « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence ». Ce dernier contient un chapitre premier nommé pour l'occasion « De la transparence et d'autres pratiques prohibées » incorporant l'article L441-3 du code de commerce. L'interprétation téléologique est dès lors permise. Il faut comprendre que la production automatisée et standardisée de la facture est gage de transparence. Il faut saisir alors que la transparence est une condition *sine qua non* de la liberté des prix et de la concurrence. Il faut alors enfin admettre que la facturation obligatoire est préservatrice d'une telle liberté. La contrainte individuelle que l'obligation de facturation peut représenter ne serait alors que la condition d'un bienfait collectif. L'article L441-3 du code de commerce fait

alors état d'un arbitrage assumé, la préférence pour une absorption d'un phénomène naturel au sein d'une construction collective et technique dont l'acceptation reposera néanmoins sur les destinataires de la règle. Mais très vite, la volonté individuelle est conduite à se faire discrète, elle ne doit en rien troubler le jeu du marché dont la fluidité repose sur le respect de règles préalablement établies. Son individualité subjective se perd pour devenir une unité de marché. L'instrument de la facture, jadis repère d'une volonté librement aliénée, devient le support d'une perte d'identité contractuelle propre au bénéfice de son intégration au marché. Une telle philosophie conduit alors à compléter le dispositif par d'autres mesures standardisantes indéniablement responsables d'un lissage des consentements. On notera alors que le législateur s'est tout autant préoccupé d'embrasser la matière des pratiques anticoncurrentielles[624], de la concentration économique[625], d'identifier certaines pratiques restrictives de concurrence et cela de manière extensive[626]. Au besoin, le législateur a pris soin de démontrer le caractère hégémonique des normes en cause en prévoyant en guise de préambule, en son article L410-1 que « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service publi*c ». C'est là la contrepartie de ce qu'il promet de garantir plus bas, au sein de l'article L410-2, à savoir, que « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

248. La vocation hégémonique du droit en cause est tout aussi visible à l'aune de sa défaillance définitionnelle. La « transparence » affichée officierait alors dans le secret, sans être identifiée et produirait autant d'objets techniques qu'elle ne dit son nom. Mieux, elle vivrait de la force d'une évidence, car son nom ne véhicule après tout que l'idée d'une injonction de loyauté massive dans la vie des affaires. C'est alors encore la transparence qui prendrait la place d'une cause impulsive et déterminante du consentement des agents

624 Articles L420-1 à L420-7 du code de commerce.
625 Articles L430-1 à L430-10 du code de commerce.
626 Articles L443-1 à L443-3 du code de commerce.

économiques au contrat social de la concurrence que l'État leur propose. La liberté de la concurrence a un coût que l'agent économique accepterait de consentir car c'est le gage pour lui de voir ses concurrents astreints aux mêmes règles. La dimension technique se doit alors de se doubler d'une dimension coercitive.

249. Tracé et mesure de la norme. Mais la technique n'a de sens qu'autant qu'elle n'est respectée. Les deux dimensions peuvent alors former l'essence d'une pièce de contrôle, que le législateur se fait fort de confirmer à l'article L450-3 du code de commerce[627]. La pièce de contrôle dépend alors d'une norme technique et d'une norme coercitive. Dans sa dimension technique, la norme a une fonction de tracé, c'est une équerre, comme son origine étymologique, *norma*, nous l'enseigne. Elle permet à l'agent de savoir si son comportement est conforme à la règle. Dans sa dimension de contrôle, la norme a une fonction de mesure. Elle permet au tiers responsable du contrôle de savoir si la règle a été respectée.[628] L'institution technique ne peut alors perdurer qu'autant que cet équilibre fondamental existe, sans quoi la norme ne remplit plus son rôle le plus primaire. Il en va ainsi quand elle ne permet point d'identifier la justesse du comportement de celui qui y est assujetti ni n'autorise le juge à dire si le comportement en cause doit être sanctionné. Si cette double condition n'est dès lors pas respectée, la norme en cause n'aurait d'elle que le nom. L'institution technique ne serait plus une norme juridique. Elle aurait alors totalement cédé sa place à la norme économique qui à son tour n'aurait de juridique que la forme. L'équilibre de départ est dès lors rompu. L'obligation d'une soumission à la technicité devait avoir pour contrepartie que celle-ci permette à l'agent économique de demeurer libre à condition qu'il respecte la norme de marché. Mais l'illisibilité de celle-ci est telle qu'un comportement raisonnable ne permet pas d'être assuré de son respect. Néanmoins, le pouvoir sanctionnateur de l'État se poursuit au détriment de ceux qui désormais méritent le nom de justiciables. La norme technique n'assure alors que sa

627Art L.450-3 C. com : « *(...) Les agents peuvent exiger la communication et obtenir ou prendre copie, par tout moyen et sur tout support, des livres, factures et autres documents professionnels de toute nature, entre quelques mains qu'ils se trouvent, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission. Ils peuvent exiger la mise à leur disposition des moyens indispensables pour effectuer leurs vérifications. Ils peuvent également recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement, document ou toute justification nécessaire au contrôle(...)* ».

628C. Thibierge, « Au cœur de la norme, le tracé et la mesure », ADP, 2008, p. 51.

fonction de sanction, de mesure, et cela en vertu d'un tracé des plus sinueux. Elle ne demeure juridique que par la voie qu'elle emprunte, sans se soucier de la mesure du comportement du justiciable.

250. Ces effets pervers[629], dont nous espérons montrer les ressorts à propos de l'actuel article L441-3 du code de commerce[630], sont d'autant plus inquiétants qu'ils concernent la matière pénale. Il sera défendu l'idée, que si la facture s'avère être pour certains, du « petit » droit pénal, celui-ci n'en sape pas moins les principes fondamentaux qui tiennent à la matière au premier rang desquels figurent le principe de légalité que le texte ne respecte pas selon nous, en l'état actuel de sa rédaction. Son inconstitutionnalité pourrait en ce sens être soulevée à travers les nombreuses failles qu'il comporte et qui confère au juge répressif un pouvoir d'interprétation extensive tout à fait contraire à l'interprétation stricte que commande le droit pénal. Il sera alors proposé, au vu des solutions dégagées par la jurisprudence, une réécriture partielle du texte en cause. Néanmoins, son intérêt réside plutôt dans la démonstration qu'il serait somme toute assez aisé que la source légale intègre ce que la pratique, la doctrine ou encore la jurisprudence semblent avoir définitivement accepté à propos de certaines de ses mentions (Chapitre 2).

Mais bien avant, nous pourrions nous demander si cette rencontre conflictuelle entre droit pénal et droit de la concurrence n'était pas prévisible. Autrement dit, la finalité économique de transparence, hégémonique et extensive, peut-elle se réaliser en vertu d'un moyen restrictif dont les ressorts sont d'interprétation stricte ? L'enchevêtrement des disciplines ne paraît pas possible sans un compromis. Mais alors, de quel côté doit-il tendre sachant qu'il est question du respect des droits subjectifs d'un côté tandis que de l'autre, il en va d'un équilibre systémique que le marché recherche pour perdurer. L'état actuel du contentieux rendu à propos de l'article L441-3 du code de commerce ne fait aucun doute : la faveur va à l'ordre public économique (Chapitre 1).

629Ph. Malaurie, « Les effets pervers des lois » *in* Ecrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique, PUF, 1994, p. 309.

630Pour une démonstration des défaillances techniques que comportent le droit de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence, V. M. Martin, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, préface Louis Vogel, PUAM 2012..

Chapitre 1.

La facture et l'ordre public économique : une propension naturelle de correspondance.

251. L'institution de la facture a été saisie par l'ordre public en raison des qualités naturelles qu'elles renferment. En effet, si sa dimension économique transfigure l'institution dans ses fondements et ses effets, il n'en reste pas moins qu'un tel bouleversement n'a pu être autorisé qu'en raison de la nature intrinsèque du document. C'est sa valeur informative qui justifie son intégration pleine et entière à l'ordre public économique (Section 1). Il est tout aussi essentiel de noter que l'obligation de facturation est restée globalement étanche au phénomène de la régulation, qu'elle n'intègre qu'au plan des valeurs et non des méthodes (Section 2).

Section 1 : Des origines de l'institution technique.

252. *Un mouvement daté.* Le résultat technique de l'article L441-3 du code de commerce, que les interactions entre droit et économie ont pu produire, ne peut se comprendre sans un retour sur l'impact inexorable d'une pesanteur économique sur le droit, si bien que la rencontre du contrat, à l'état de nature, avec son versant technique ne va évidemment pas s'opérer sans heurts. En énonçant, dès 1912 que « *l'ère de l'autonomie de la volonté et de la suprématie du contrat est déjà close*[631] », Gounot entrevoyait déjà une tendance dont l'épaississement allait sans aucun doute se poursuivre. S'il est presque unanimement acquis aujourd'hui que la liberté contractuelle doit supporter des tempéraments, la suprématie d'une technique imposée verticalement n'a pas rencontré les faveurs de la doctrine classique, tant elle pouvait être source d'ébranlements intempestifs de la théorie du contrat. La doctrine s'est alors considérablement interrogée sur l'instrumentalisation du droit contractuel, au nom d'une technique économique supérieure que le dernier tiers du XX^{ème} siècle allait rendre irréversible en raison de l'industrialisation et de la massification des rapports économiques qui l'accompagnent. On ne manquera pas de relever qu'elle s'y est opposée dans un premier temps, regardant la dévastation de la liberté contractuelle avec suspicion[632] pour davantage s'y conformer ensuite au nom d'un certain réalisme juridico-économique justifiant la naissance doctrinale d'un droit économique[633]. Après Gounot, c'est Jossserand qui s'illustre au sein d'une chronique restée fameuse et intitulée sans équivoque « Le contrat dirigé[634] » au sein de laquelle l'auteur stigmatisme les excès du légalisme et la fin de « cet âge d'or contractuel ». Son opinion mérite d'être

631E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse précitée, spe. p. 419.

632G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949.

633C. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », D. 1967, chron.XXIV, spe. p. 216 :« *L'apparition de disciplines juridiques nouvelles et, spécialement du Droit Economique, est liée à la grande mutation économique que nous vivons (...) En tant qu'économistes, juristes, sociologues, nous devons prendre ce phénomène comme un fait et comme un mouvement irrépressible et irréversible, même si en tant que philosophes ou moralistes, nous contestons la valeur de la course au bonheur matériel qui en résulte et qui agite les hommes* » ; F. de Kiraly, « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique sa nature, son contenu, son système », *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny, 1977, p. 111.

634Josserand*, «* Le contrat dirigé », DH, 1933, p. 19 ; Josserand, « Le contrat-forcé et le contrat légal », DH, 1940, p. 5.

retracée en ce qu'elle apparaît des plus tranchées à propos du dirigisme dont il déclare qu'« *il est singulièrement plus oppressif, plus destructif de l'autonomie de la volonté, plus anticontractuel ; avec lui, c'est une socialisation, une étatisation du contrat qui se poursuit sans relâche, surtout depuis la guerre, et qui devient fort inquiétante, car, en faisant échec à la libre volonté des parties et surtout en faisant bon marché de l'engagement pris, de la parole donnée, elle menace de déplacer l'axe contractuel, d'ébranler les fondements millénaires du droit et de le « démoraliser » en l'asservissant à l'économie politique et à la politique tout court, en substituant l'emprise de la raison d'État à celle de la raison, sans qualificatif*[635] » pour en conclure au sein d'une autre contribution que « *Le contrat a cessé d'être libre pour devenir dirigé* »[636] car « *l'ordre public économique a commandé la transformation de l'ordre juridique contractuel*[637] », ce qu'il confirmera encore[638]. Ce nouveau paradigme justifie d'autant selon lui « *la protection des faibles par le droit*[639] ». La doctrine s'anime alors autour d'un débat symptomatique de l'emprise de la sphère économique sur les qualifications juridiques traditionnelles à propos du contrat d'adhésion. La pensée de Josserand devient plus ambigüe, car s'il reconnaît la nécessité de prévoir, par des mesures exceptionnelles, une réponse juridique aux contrats de masse, il réaffirmera sans détour que « *la liberté économique n'est pas une condition de validité des conventions*[640] ».

Ripert poursuivra l'analyse en affirmant que « *le capitalisme a créé une législation qui lui a permis d'affirmer sa puissance*[641] » avant d'ajouter que « *l'économie dirigée est une économie qui a un cadre juridique et qui se met sous l'obédience du droit positif*[642] », ce que Durand exprime tout aussi bien en reconnaissant que « *l'autorité publique recourt maintenant à ses agents pour enserrer les volontés individuelles et imposer au contrat la*

635Josserand, « Le contrat dirigé », article précité, spe. p.19.
636Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTDciv. 1937, p.1.
637*Ibid.*
638Josserand, « La publicisation du contrat », *in* Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert, Paris, LGDJ, 1938, t. 3, p. 143.
639Josserand, « Évolutions et Actualités, conférences de droit civil », Sirey 1936, p. 159.
640Josserand, *Cours de droit civil*, t. II, 3ème édition, 1939, n°400.
641G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1949, p. 7 ; G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny, t. 2, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris, Dalloz, 1934, p. 347 ; J- P. Chazal et G. Ripert, « Le déclin du contrat », RDC, 2004, p.244.
642G.Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, ouvrage précité, p. 216.

discipline de l'économie dirigée[643] ». La doctrine prend ainsi pleinement conscience d'une standardisation des rapports économiques et de leur influence sur la conception traditionnelle du contrat dont le contenu technique et obligatoire semble irréversible[644].

Cette rencontre entre le droit et l'économie se poursuivra au sein du fameux recueil d'études offertes à Ripert[645]. On pourra y lire un article de Morel intitulé « Le contrat imposé[646] » tandis que Hamel y soulignait l'accroissement des opérations de commerce et sa conséquence sur le droit civil[647]. Hémard, quant à lui, y livrera à son tour son point de vue sur « l'économie dirigée et les contrats commerciaux[648] » dont on peut notamment retenir le constat de la « *transformation de la loi économique en loi positive*[649] », tant le constat s'avère efficient à l'heure de la justification de l'article L441-3 du code de commerce au sein d'un chapitre intitulé « De la transparence ».

253. *La facture en tant qu'institution technique, émanation de l'ordre public économique*[650]. Ce constat donne alors tout sens sens à l'ordre public économique envisagé comme « l'antithèse de la liberté contractuelle[651] ». Cette idée constituera le fer de lance de la doctrine qui émergera ensuite. En effet, dans sa thèse fondamentale sur l'ordre public économique[652], Farjat s'interroge tant sur son contenu que sur ses méthodes. Il prévient de ce que « *l'intervention est toujours délicate et suppose une connaissance exacte et précise des mécanismes naturels*[653] » préconisant ainsi de « *ne pas détruire le contrat mais de le rendre conforme*[654] » pour découvrir, au sein de sa théorie

643P. Durand, « Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat » RTDCciv. 1946, p. 155 ; V. aussi du même auteur, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », article précité.

644Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, 1934, T. II, p. 333 ;

645V. Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Études offertes à Georges Ripert, tout spécialement le tome II, Paris, LGDJ, 1950.

646Morel, « Le contrat imposé », *in* Études offertes à Georges Ripert, LGDJ, 1950, p.117.

647Hamel, «Droit civil et droit commercial en 1950» *in* Le droit privé français, Etudes offertes à Georges Ripert, p. 261.

648J. Hémard, « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », *in* Le droit privé français, Etudes offertes à Georges Ripert, op cit, p.341

649J. Hémard, « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », *in* Le droit privé français, Etudes offertes à Georges Ripert, op cit , spe. p.343.

650L'expression est employée pour la première fois par le doyen Ripert, V. G.Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in* Mélanges Geny, 1934, t. II, p. 374 ; R. Savatier, « L'ordre public économique », D. 1965, chron. 37.

651G. Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963, spe. p.32 ; B. Oppetit, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », Rev. sc. morales et poliques, 1995, p. 241.

652Montesquieu, *De l'esprit des lois (édition augmentée)*, Arvensa Editions, 2014.

653G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse précitée, spe. p.71.

654G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse précitée, spe. p.192.

générale de l'ordre public économique, à côté de l'ordre traditionnel de direction, un ordre de protection ou ordre privé impératif[655] en ce que « *l'ordre public économique serait d'abord l'expression juridique de l'ordre économique fondamental d'une société donnée*[656] », un projet politique quant à un droit de l'organisation de l'économie par les pouvoirs publics[657]. Autrement dit, il s'agit pour l'État de construire des procédés autoritaires à des fins économiques. L'auteur y décrira alors déjà la « *logique interne de l'interventionisme*[658] » tout à fait transposable à notre étude, qui suppose qu' « *une mesure autoritaire en appelle une autre*[659] ». De manière plus précise encore, Farjat identifie six caractéristiques majeures de l'ordre public économique. Toute disposition intégrant l'ordre public économique traduirait selon lui une obligation positive, concrète, sanctionnée rigoureusement[660] notamment par le truchement du droit pénal. Il s'agit aussi souvent d'une disposition portant sur un détail au contenu défectueux dont la source peut être extrêmement variée[661]. Il est indubitable que l'actuel article L441-3 du code de commerce et les appels à d'autres sources de droit que sa défectuosité génère répond en tout point aux caractéristiques dégagées par Farjat et passe l'épreuve de l'ordre public économique avec brio. Le constat que Farjat dresse à propos des méthodes interventionnistes est des plus actuels. Il suffit pour cela de confronter le texte aux critères que l'auteur dégage. Il est en effet évident qu'en matière de facturation, l'État commande aux agents de respecter une telle obligation selon un procédé bien défini, sanctionné avec vigueur par le droit pénal. Il s'agit bien d'une législation de détail en ce qu'elle impose des mentions particulièrement précises sur la facture. Son contenu est tout aussi défectueux et a fait l'objet de nombreuses reprises, témoignant de la variété des sources édictant cette prescription. On peut d'ores et déjà y adjoindre, en ce qui nous concerne,

655J. Mestre,« L'ordre public dans les relations économiques », *in* Th. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 33. On notera néanmoins qu'une telle acception de l'ordre public économique, dégagée par Farjat et reposant à la fois sur un ordre de direction et de protection a fait l'objet d'une critique du doyen Savatier pour qui il fallait contenir l'ordre public économique dans un ensemble de « *contraintes imposées à la liberté contractuelle par la doctrine économique au pouvoir* ».

656G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse précitée, spe. p. 30.

657G. Farjat, « La notion de droit économique », ADP 1992, p. 27.

658 G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse précitée, spe. p. 72.

659*Ibid.*

660F-C Jeantet, « Aspects du droit économique » *in* Études de droit commercial offertes à Joseph Hammel, Dix ans de conférence de l'agrégation, Dalloz, 1961, p. 33, spe. p. 36 lorsque l'auteur propose d'identifier le droit économique par deux caractéristiques auxquelles il astreint des majuscules « *Mobilité et Discipline* ».

661G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse précitée, spe. p. 97 à 103.

le caractère hégémonique[662] de la disposition en cause, l'article L441-3 du code de commerce prévoyant que c'est « *tout achat de produits* » et « *toute prestation de service* » qui doivent faire l'objet d'une facturation.

254. *De la nécessité de réguler.* Le débat apparaît déjà dans les écrits de Montesquieu. Nous en citerons un des passages les plus probants lorsque l'auteur déclare que « *La liberté du commerce n'est pas une faculté accordée aux négociants de faire ce qu'ils veulent ; ce serait bien plutôt sa servitude. Ce qui gêne le commerçant ne gêne pas pour cela le commerce* »[663]. L'État doit ainsi être associé aux échanges. Montesquieu ne souscrit pas à l'idée d'une correspondance spontanée entre les intérêts de l'État et ceux des négociants. Il faut d'ailleurs voir dans les écrits de Montesquieu une confirmation de la thèse de Melon, qui dans son *Essai politique sur le commerce*, déclarait déjà sans détours que « *La liberté, dans un gouvernement, ne consiste pas dans une liberté à chacun de faire ce qu'il juge à propos, mais seulement de faire ce qui n'est pas contraire au bien général. De même, la liberté dans le commerce ne doit pas consister dans une imprudente licence aux négociants d'envoyer et de recevoir librement toute sorte de marchandises, mais seulement des marchandises dont l'exportation et l'importation peut procurer à chaque citoyen des facultés d'échanger son superflu pour le nécessaire qui lui manque, conformément à la définition du commerce* ». On ne peut qu'être interpellé par l'actualité de ces propos lorsque Melon ajoute : « *Il y a des règlements pour toutes les manufactures, il y a des mesures et des poids étalonnés, des marques et des cachets qui assujettissent les ouvriers, et qui préviennent la cupidité frauduleuse du marchand. Tout cela est fait en faveur du citoyen : ainsi, pour connaître si les lois nouvelles sont contraires au commerce, il ne faut point examiner si les négociants ou les ouvriers en sont fatigués ; ce n'est pas pour eux qu'elles sont faites : il faut examiner s'il s'ensuivra une meilleure vente au propriétaire de la denrée, ou des achats moins chers et plus assurés pour les besoins des citoyens. Ces deux conditions étant remplies, alors le négociant et l'ouvrier*

662Selon Madame Frison-Roche, « Le droit de la concurrence a vocation à se superposer sur toute autre branche du droit, dès l'instant qu'il reconnaît un marché, une entreprise, un produit, des acteurs et un prix. », *in* Le modèle du marché, ADP, tome 40, Droit et Esthétique, 1996, p.287, spe. p.301.

663Montesquieu, *De l'esprit des lois (édition augmentée)*, Arvensa Editions, 2014, 4ème partie, Livre XXe, Chap. 12, sep. p. 522.

ne sauraient être trop favorisés, ni avoir trop de facilités dans toutes leurs entreprises. C'est sur ces notions que nous allons parcourir divers exemples de liberté et de contrainte[664] ». Il a été fait référence à ce passage tant il est symptomatique du questionnement qui transcende l'objet de cette étude quant aux conditions d'application d'une méthode technique dans un milieu juridique donné[665]. L'interprétation extensive de la loi pénale qui pourra être observée après, et que nous critiquerons, pourrait *in fine* tout à fait trouver justification dans une telle pensée philosophique. En un sens et au nom de l'ordre public économique, le droit de la facture tel qu'il est prévu par le code de commerce propose des solutions qui trouvent certainement une résonance économique en tant que « *la bonne décision correspond alors à une « production de savoir » : elle est le fait d'experts*[666] ».

255. *Conclusion de la section.* Reste que cette conception relativisée de la liberté du commerce et de l'industrie est confirmée à l'article 7, toujours en vigueur, du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 selon lequel : « *A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

Preuve en est que l'idée d'une technique, à travers le prisme du droit, est tout à fait consubstantielle à l'économie. Au sein du marché, on observera alors la naissance d'un ordre concurrentiel. Celui-ci est à double détente. Il repose sur ses mécanismes propres, issus de la théorie économique. Mais ces mécanismes vont à nouveau saisir l'institution à l'étude pour en parfaire la technicité (section 2).

664Melon, *Economistes-Financiers du XVIIIe siècle*, précédés de notices historiques, Prestre de Vauban, Boisguillebert, Jean Law, Melon, Dutot, Paris, Guilaumin Librairies,1843, ChapI XI, p. 756 dont nous soulignons ce passage en particulier.

665M. Glais et Ph. Laurent, « De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence », Gaz. Pal. 1978, p. 209.

666C. Le Berre, « Les ‘‘fondements économiques’’ du droit de la concurrence », *in Droit et économie. Études en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Litec, 2009, p. 187 et spe. p. 188.

Section 2 : De l'institution technique et de l'ordre concurrentiel : entre étanchéité et perméabilité.

256. *La facture, perméable à l'ordre de régulation par les valeurs promues au sein d'un ordre concurrentiel* . D'un point de vue strictement économique, la concurrence présente des bienfaits en ce qu'elle génère une compétition saine au service d'un abaissement des prix pour le consommateur[667]. Classiquement, elle correspond à une « rivalité entre offreurs ou demandeurs d'un même bien ou service[668] ».

La fin des trente glorieuses aurait fermé la porte de l'ordre public économique entendu classiquement pour ouvrir celle d'un ordre public régulatoire[669] qui contrairement à l'impérativité de l'ordre public économique reposerait davantage sur la flexibilité et l'adaptabilité des règles[670], brouillant en même temps les frontières classiques entre droit privé et droit public[671]. Si Ricardo admettait déjà la nécessité de réguler un système basé sur la libre concurrence[672], le marché entraîne une promotion de ses valeurs propres dont l'État assure le relais. Pour Monsieur Mekki, « *l'intérêt général se laisse séduire par*

667J. Schumpeter, *Théorie de l'évolution économique*, Paris, Dalloz, Sirey, 1999.

668Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, V° « Concurrence »

669M. Salah, « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulatoire ? » *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue* ?, *Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261 ; M-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », D. 2001, p. 610.

670Pour l'identification de la distinction, V. M-A. Frison Roche, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », RTDciv. 1998, p. 43, spé. p. 44 où l'auteur indique qu'« *en droit, contrairement à la science économique qui ne distingue pas l'une de l'autre, la régulation s'oppose à la réglementation : elle est souvent la conséquence de la déréglementation. La réglementation est souvent la marque du normatif lorsqu'il prétend soumettre une organisation à des principes exogènes ; elle est ainsi le propre de l'économie administrée. Si l'on peut dire que la déréglementation correspond à une économie libérale, dans sa brutalité, la régulation évoque une économie sous surveillance, dont les rouages ne sont plus gouvernés mais dans laquelle les équilibres internes ne sont pas pour autant laissés à eux-mêmes. La violence des ajustements n'est pas admise. La régulation est alors une sorte d'accompagnement de l'économie, entre l'abandon et la mise sous tutelle. Elle a la modernité de l'entre deux* ».

671F. Ost et Ph. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?* , Bruxelles, PUFUSL, 2002 ; D.Bureau, « La réglementation de l'économie », *in* Le privé et le public, APD, t. 41, 1997, p317 ; J. Caillosse, « Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique », AJDA 1996, p. 955 ; A. Pirovano, « Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution sélective » *in* Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 211.

672D. Ricardo, *On the principles of political economy and taxation*, third edition, London, Jonh Murray, Albemarle street, 1821 : « *To determine the laws wich regulate this distribution, is the principal problem in political economy* ». Il faut évidemment rester prudent sur la traduction de ce que l'auteur entendait par l'emploi du terme « law », certainement employé pour exprimer une loi économique. Néanmoins, Ricardo fait état d'explications insuffisantes jusqu'à présent puisqu'il déclare ensuite « *much as the science has been improved by the writings of Turgot, Stuart, Smith, Say, Sismondi, ans others they afford very little satisfactory information respecting the natural course of rent, profit and wage* ».

l'idéologie de marché et les impératifs économiques[673] ». La conception traditionnelle de l'ordre public économique, qui prévalait sous la plume de Farjat comme une antithèse à la liberté contractuelle, se mute alors plutôt en un « *cadre normal et indispensable*[674] » et mériterait d'être dépassée grâce à une dialectique plutôt qu'une opposition[675]. Comme elle l'avait fait par le passé à propos de la naissance du dirigisme économique, la doctrine se saisit de la rencontre cette fois-ci entre contrat et concurrence[676].

En ce sens, l'article L441-3 du code de commerce semble répondre à la promotion des valeurs de marché[677] puisqu'il s'insère dans un titre dédié à la transparence tarifaire, seule à même d'assurer, selon ses promoteurs, le libre jeu d'une concurrence pure et parfaite. Ainsi, il est indéniable que la méthode législative soit conquise à promouvoir ce que la doctrine a identifié comme un « ordre concurrentiel[678] » en ce qu'il serait rationnel et que la concurrence « *fonctionne comme un ordre, c'est-à-dire constitue par elle-même et pour elle-même une forme d'organisation*[679] » dont le fondement économique repose sur le marché[680]. Mais cet ordre, comme le souligne Madame Boy, est à son tour contrôlé et régulé, « *c'est le second sens du concept d'ordre concurrentiel*[681] ». La facture et son contenu peuvent alors apparaître comme des modèles de régulation en ce qu'ils participent à résoudre les asymétries d'information par l'énoncé des mentions

673M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchisation des intérêts en droit privé,* préface Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004. p. 15.

674M. Mekki*, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchisation des intérêts en droit privé ,* thèse précitée*,* p.187.

675M-L. Mathieu-Izorche, « La liberté contractuelle », article précité, spe. p.633.

676O-M. Boudou, *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence*, th. Paris II, 2001 ; M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations,* Paris, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de thèses, vol. 32, 2004 ; F. Dreifuss-Netter, « Droit de la concurrence et droit des obligations », RTDciv 1990, p. 369 ; M. Maulaurie-Vignal, « Droit de la concurrence et droit des contrats », D. 1995, chron. 51 ; J. Mestre, « Le juge du contrat », *in* Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun, PUAM, 1995, p. 22 ; B. Fages et J. Mestre, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », RTDcom. 1998, p. 71.

677Celui-ci pouvant s'entendre comme un « mécanisme d'organisation sociale » selon P. Rosenvallon *in*, *Le libéralisme économique, Histoire de l'idée de marché*, Seuil, 1989, p.70.

678Sur ce point, V. les Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano, L'ordre concurrentiel, éd. Frison Roche, 2003.

679L. Boy, « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », *in* Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, L'ordre concurrentiel, Ed. Frison-Roche, 2003, p.23 ; V. aussi A. Pirovano, « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », Justices, 1995, n°1, p. 15.

680On cite souvent la définition classique de A. Cournot devenue célèbre qu'il avait suggérée sous la forme d'une note de bas de page à propos du marché : « *On sait que les économistes entendent par marché, non pas un lieu déterminé où se consomment les achats et les ventes, mais tout un territoire dont les parties sont unies par des rapports de libre commerce, en sorte que les prix s'y nivellent avec facilité et promptitude* » *in* Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses, 1838, Paris, Librairie de l'Université royale de France, p. 55 ; Sur l'apparition du marché comme institution, V. R. Coase, *The nature of the Firm*, Economica, nov. 1937, trad. *in* Revue française d'économie, II, 1987.

681L. Boy, « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », article précité, spe. p. 24.

obligatoires. Il s'agirait d'établir une réglementation de l'information dont les bienfaits économiques sont tenus pour établis, bien loin du modèle de pureté du marché qu'Adam Smith préconisait à travers la « main invisible », trace d'une libre rencontre entre l'offre et la demande[682] ou de l'ordre spontané proposé par Hayek[683], dont nous avons déjà effleuré le sens[684]. Toutefois, si la doctrine économique s'accorde pour reconnaître les vertus de l'information sur un marché, la nuance reste de mise sur la portée d'une telle croyance.

257. *Facture, qualité informationnelle et transparence.* On pourrait immédiatement objecter que la facture n'intéresse que peu la transparence puisque prise dans sa dimension contractuelle, elle ne fournit pas d'informations au marché puisque elle est un document privé. Mais ce serait alors méconnaître sa dimension technique. La facture contribue en réalité *ex post* à la transparence du marché puisqu'elle établit les conditions auxquelles une opération a été réalisée. Elle est alors pleinement dans sa fonction de représentation d'une opération de marché. Autrement dit, la facture est un outil de transparence indirecte : elle constitue *in fine* le moyen de vérifier que l'obligation de transparence qui résulte de l'obligation de communiquer les barèmes et conditions générales de vente n'a pas été fraudée par des conditions ne correspondant pas à celles annoncées *ex ante* au marché.

La facture tend donc à assumer une fonction concurrentielle. L'institution technique induit un double niveau d'exigence. Elle est avant tout une étape technique obligatoire visant à déceler des déséquilibres de marché plus importants. Elle est un support d'information, ce qui induit qu'elle puisse être un outil de contrôle et de sanction d'autres infractions. Mais pour qu'elle puisse assurer sa fonction de régulation, propre aux lois de l'ordre concurrentiel, elle doit demeurer un outil de réglementation respecté. Sa fonction régulatrice en dépend. Si la valeur informationnelle est perdue, le support perd son effet concurrentiel. Elle doit donc être dûment réglementée pour servir d'appui fiable à la

682V. A. Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations,* Livre I et II, trad. Fse, Economica, 2000, spe. p. 64 : « *Le prix de marché d'une marchandise donnée est déterminé par la proportion entre la quantité qui est réellement apportée au marché et la demande de ceux qui consentent à payer le prix naturel de la marchandise* ».

683F-A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, ouvrage précité.

684V. également D. Danet, « Le droit économique doit-il être hayekien ? » RIDE 1995, p. 407 .

détection d'opérations qui compromettent le libre jeu de la concurrence. En d'autres termes, la finalité du support obligatoire prétend à l'effet macroéconomique par une obligation microéconomique. Ainsi, la revente à perte ainsi que l'abus de position dominante s'avèrent être liés à la facture de manière naturelle.

258. *Revente à perte*[685]. L'article L442-2 dispose qu'est interdit le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. Le rôle de la facture, consubstantiel à la revente à perte en la matière pourrait être fragilisé s'il était avéré que le droit français n'est pas conforme au droit de l'Union européenne. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, à propos de la loi belge, que la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales s'oppose à une disposition nationale qui prévoit une interdiction générale de la revente à perte, pour autant que cette disposition poursuive des finalités tenant à la protection des consommateurs[686]. L'étude des mentions obligatoires nous fera revenir à la notion de prix d'achat effectif.

259. *Abus de position dominante*. Mais la facture peut jouer un rôle pivot également en matière d'abus de position dominante[687]. Principal apport de la réforme de 1986[688], l'article L420-2 du code de commerce dispose que l'abus peut, notamment, consister en des conditions de vente discriminatoires. Le principe de hiérarchie des normes autorise à prendre appui sur la définition plus précise de l'article 82 du Traité CE qui retient comme critère celui « d'appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». La fonction concurrentielle du document est alors notoire en ce qu'il a pu être jugé que des remises sur factures et des remises différées en fin d'année,

685Sur les évolutions sinueuses de la législsation au sujet de la revente à perte, V. M.Martin, thèse précitée, p.102-110.

686CJUE 7 mars 2013, aff. C-343/12. ; Cette interdiction a toujours divisé et son avenir semble très incertain. On citera, dejà, les rapports Canivet et Attali, rendus respectivement le 18 octobre 2004 (*Rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*) et le 15 octobre 2007 (*Commission pour la Libération de la Croissance Française, Premières Propositions sur le pouvoir d'achat*) qui se prononçaient très nettement pour la suppression de la revente à perte, tant à l'aune du libre jeu du marché qu'à la lumière de l'augmentation du pouvoir d'achat.

687J. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie,* LGDJ, 2000, n°563 et s.

688J-M. Glais, « L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986: analyse économique », Gaz. Pal. 1989,1 chron. p. 290.

différenciées et sans contrepartie, présentent un caractère discriminatoire lorsque, en retenant des critères variables selon les contrats, elles tendent à privilégier parmi les revendeurs, les vendeurs par correspondance, les multispécialistes et les détaillants au détriment des grands magasins et des grandes surfaces et créent pour ces derniers un désavantage dans la concurrence[689].

260. En outre, le Conseil de la concurrence[690] décide que « *le maintien, par une entreprise dominante, qui est dominante aussi bien sur le marché de la matière première que sur celui d'un produit dérivé, d'une marge entre le prix qu'elle facture pour la matière première aux entreprises qui la concurrencent sur le marché du produit dérivé et le prix qu'elle facture pour le produit dérivé trop étroite pour refléter le coût de transformation de l'entreprise dominante elle-même (…), avec pour effet de restreindre la concurrence sur le produit dérivé, constitue un abus de position dominante* ». Plus récemment, dans sa décision Deutsche Telekom AG du 21 mai 2003[691], la Commission a précisé qu'« *on peut conclure à l'existence d'un effet de ciseau abusif lorsque la différence entre les prix de détail d'une entreprise qui domine le marché et le tarif des prestations intermédiaires pour des prestations comparables à ses concurrents est soit négative, soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur dominant pour la prestation de ses propres services aux abonnés sur le marché aval. […] Une marge insuffisante entre les prix des prestations intermédiaires et les prix de détail d'un opérateur verticalement intégré occupant une position dominante constitue plus particulièrement un comportement anticoncurrentiel, dès lors que d'autres opérateurs s'en trouvent écartés de la concurrence sur le marché en aval, même s'ils sont au moins aussi efficaces que l'opérateur historique* ».

261. ***Facture et prix abusivement bas.*** Aussi, puisqu'elle comporte irrémédiablement un prix, la facture participe de l'ordre concurrentiel au titre de la vente à prix abusivement

689Décis. Cons. conc. no 93-D-56 du 7 déc. 1993.
690Décis. Cons. conc. no 04-D-45 du 16 sept. 2004, *Société Export Presse c/ Groupe des NMPP.*
691Décis. Comm. CE no 2003/792, JOCE, no L 300,18 nov.

bas[692]. Dans une économie de marché, si la vente d'un bien à prix très compétitif peut avoir comme cause l'amélioration des outils de production et plus généralement l'avancée du progrès technique, il se peut également qu'une entreprise propose à la vente des biens à un prix ne couvrant qu'une faible partie du coût de revient. L'objectif est des plus limpides : attirer la clientèle et ainsi s'octroyer une place si avantageuse sur le marché que le rival va rapidement céder sa place, ne pouvant plus faire concurrence en raison d'une perte massive de clientèle. Cette pratique sera souvent l'œuvre d'une entreprise relativement importante, pouvant compenser ses pertes de bénéfices par la vente d'autres biens[693]. Mais la facture devra son relai à la notion de « *marché pertinent*[694]», définit comme le marché sur lequel les produits présentent une substituabilité suffisante pour les consommateurs.

262. *La facture, entre ordre naturel et ordre régulé*. L'article L441-3 réaliserait alors une sorte de symbiose entre les deux ordres concurrentiels. Elle serait à la fois en charge du respect d'un ordre concurrentiel naturel, et participative d'un ordre concurrentiel, contrôlé. Elle tirerait de sa nature informationnelle sa place naturelle au sein d'un ordre concurrentiel, au même titre que toutes les règles du droit de la concurrence, celle-ci organisant une rencontre certaine entre le droit et l'économie[695]. En effet, il est indubitable que le droit de la concurrence est un élément central pour l'économiste soucieux de jauger l'efficience[696] d'un système donné. L'idée était déjà défendue dans les

692Art. L.420-5 du Code de commerce.

693Ainsi, dans sa décision 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC-Ciné cité, l'Autorité de la concurrence considère que pour qu'une telle stratégie puisse se développer, il faut qu'elle soit pratiquée pendant un temps suffisamment long *« pour évincer les concurrents, dans l'espoir de récupérer les pertes subies en pratiquant des prix élevés une fois les concurrents sortis du marché »*. L'Autorité a ajouté que *« pour qu'une telle stratégie ait une chance d'être profitable, il faut, d'une part, que les concurrents ne puissent pas résister trop longtemps aux prix bas et décident de sortir assez vite du marché et d'autre part, qu'il existe des barrières à l'entrée substantielles sur le marché considéré, de manière à ce que les prix élevés pratiqués dans le futur n'induisent pas le retour des concurrents évincés ou l'entrée de nouveaux opérateurs »*.

694G. Canivet, C. Champalaune, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation » *in* Mélanges en l'honneur du Professeur P.Bezard, *Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 260.

695C. Le Berre, « Les fondements économiques du droit de la concurrence », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur M. Bazex, Droit et économie interférences et interactions, Litec ,2009, p. 187.

696E. Mackaay, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », RIDE 1986, t. 1, p. 43.

premières thèses d'analyse économique du droit[697] et est toujours utilement rappelée[698]. Mais si la règle doit être économiquement compatible à la concurrence, elle n'emprunte pas moins l'habit du droit[699]. Cette problématique n'est pas nouvelle et a toujours suscité l'intérêt de la doctrine pour qui « *les rapports du droit et de l'économie sont passés au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêt réciproque*[700] ». Les règles relatives à la facturation participent alors de l'édiction des principes directeurs du maintien d'un ordre concurrentiel, fondé sur la recherche d'un équilibre, « *essence du droit de la concurrence*[701] » et d'une meilleure allocation des ressources.

263. *Réception juridique de la norme économique*. Plus que le lien évident entre les deux disciplines, la mise à l'épreuve de l'article L441-3 du code de commerce correspond à un questionnement de la pertinence du modèle choisi pour parvenir à une « *concurrence-objectif*», en l'occurrence le modèle pénal. Indirectement, c'est alors poser la question de la prévalence de l'économique sur le juridique[702], dans la sphère particulière de la facture. Appliqué avec tant de rigueur qu'il suppose d'accepter que l'ordonnance du 1er décembre 1986 « *n'est plus un ordre public de direction économique, c'est un nouvel ordre économique: l'ordonnance pose le principe d'une économie de marché, mais une économie qui est soumise à un contrôle*[703] ». Encore faut-il savoir si le nouvel ordre, par son aspect dominateur et la raison d'État qui l'inspire, ne heurte pas de manière trop violente le respect des droits subjectifs. La question mérite d'être posée quand bien même un modèle s'avère nécessaire car « *un droit de la concurrence qui entend en*

697V. Posner, qui résume l'article « What Pragmatism has to Offer Law ? » *in* Dictionnaire de la justice, Loic Cadiet, PUF, 1ère éd., 2004, p. 1002. Il traduit l'intérêt qu'il accorde au raisonnement du juge et à la part des éléments non strictement juridiques dans la formation de la décision judiciaire, la nécessité de penser le droit comme un lieu de déploiement d'un calcul économique rationnel.

698M.-A.Frison-Roche et S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005 ; G. Farjat, *Pour un droit économique,* ouvrage précité.

699A. Jacquemin, « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* M.Van de Kerchove (sous la direction de), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Droit », Bruxelles, 1978, p.485.

700B. Oppetit, Conférence prononcée au Séminaire du Centre de Philosophie du droit de l'université de Paris II, le 20 novembre 1990 *in* Droit et économie, APD, t. 37, Sirey 1992.

701Y. Auguet, « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », *in* Mélange Y. Serra, Dalloz, 2006, p. 30.

702E. Mackaay, « Le juriste a t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », RRJ 1987, p. 419 ; M. Malaurie-Vignal, « Logique économique et logique juridique », CCC 2005, n°21 ; L. Vogel, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », *in* Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq, Litec, 2004, p. 605.

703Ph. Malaurie, « La notion d'ordre public économique », Rev. conc. consom. 1995, p.48.

garantir la loyauté et l'effectivité ne restreint pas, mais au contraire protège la liberté économique d'entreprendre ; lorsque la liberté juridique tend, par ses abus, à se tuer d'elle-même, c'est le droit de la concurrence qui la sauve[704] ».

Il faudra se demander si la règle de droit économique, entendue comme celle qui « *ne résulte pas d'un consensus général, mais de la volonté des pouvoirs publics d'imposer une ligne de conduite qui ira à contre-sens des tendances de l'ensemble et tend à les redresser*[705] » est soluble juridiquement. Plus encore, jusqu'à quel point le juriste peut-il s'accommoder de ce « *droit autre, à vocation impérialiste*[706] », d'un dispositif « *contraire aux tendances innées, aux conceptions acquises, à la « loi naturelle » (...) sans entrailles, sans considération pour la bonne ou mauvaise foi des actions prohibées, sans souci des mobiles individuels*[707] » ?

264. *La facture, étanche au concept de régulation par la permanence des méthodes*. La conclusion de Monsieur Mohamed Salah peut sembler excessive en ce sens que selon lui, « *les procédés de l'ordre public de l'après-guerre sont tous en mutation* ». Il n'en est rien à propos de l'obligation de facturation qui suppose toujours l'utilisation d'une « *macro-contrainte*[708] » pénale, comme Farjat l'avait décelé au titre des éléments caractéristiques de l'ordre public économique. D'ailleurs, Madame Boy voit dans l'utilisation du droit pénal peut-être l'un des derniers vestiges de la souveraineté de l'État, balayé par la prévalence du marché[709]. C'est alors l'ordre concurrentiel qui justifierait un maintien du droit pénal[710].

265. Aussi nous appartient-il de souligner que les juridictions d'appel saisies d'un litige sur les mentions relatives à la facturation font régulièrement appel à la notion d'ordre public

704B. Goldman, « La liberté du commerce dans les pays développés », *in* Libertés et droit économique, Bruxelles, De Boeck, 1992, p.105.

705F-C. Jeantet, « Aspects du droit économique », article précité, spe. p. 42.

706M.-A Frion-Roche, « Le modèle du marché», article précité, p. 301.

707F-C. Jeantet, « Aspects du droit économique », article précité, spe. p. 42.

708Behar-Touchais, M. Bruschi, *Études juridiques, La contrainte*, Paris, Economica 2007, spe. p. 64.

709D. Bosco, « De la théodulisation du droit de la concurrence », CCC mai 2014, p.1.

710Ce « *dépérissement de l'État ne le conduit-il pas à se retrancher dans ses tâches régaliennes classiques ? (...) L'Etat ne ressentirait-il pas le besoin d'affirmer sa puissance vis-à-vis de ses citoyens ou d'autres États car il ne pourrait plus affirmer sa puissance à l'égard du marché ? L'ordre concurrentiel ne pousse-t-il pas à la montée du droit pénal ?* » *in* L'ordre concurrentiel, essai de définition d'un concept, p. 26 ; V. aussi M. Delmas-Marty, « Code pénal d'hier, droit pénal aujourd'hui, matière pénale de demain », D. 1986, chr., p.27.

économique, témoignant ainsi de sa vive actualité. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 16 janvier 2014, les juges du fond se réfèrent à cette notion pour sanctionner le caractère insuffisamment motivé des factures comme suit : « *cette double dénomination est d'autant plus impérieuse qu'elle permet, d'une part entre les parties, le contrôle de la conformité du service réalisé pour la revente du produit ainsi que du prix convenu, et d'autre part au titre de l'ordre public économique*[711] *du secteur de la grande distribution*[712]*-outre la justification de la TVA applicable-le contrôle du prix de revente des produits inférieur au prix unitaire porté sur la facture d'achat* ». Il en va ainsi également de la motivation retenue par la cour d'appel de Douai qui dans un arrêt du 13 janvier 2005[713] pour sa part évoque l' « *ordre économique* » tandis que, parmi d'autres décisions, la cour d'appel de Rennes[714] ne fait pas fi d'une référence à « l'ordre public économique » au sein de son raisonnement.

266. *Conclusion de la section et du chapitre.* Ces motivations sont particulièrement intéressantes et témoignent à ce titre d'une évolution qui n'a pas toujours prévalu[715]. La transparence, jadis consubstantielle aux seuls marchés financiers, justifie que la facture soit au cœur de l'ordre public économique et cela de manière déterminante. Comme nous le verrons en en formulant la critique, cette évolution témoigne d'une politique juridique, qui affiche au besoin l'impératif de transparence pour reléguer au second plan la sécurité juridique, par le truchement d'une institution technique (chapitre 2).

711Nous soulignons.
712 Versailles, 16 janv. 2014, n° 13/01610, nous soulignons.
713 Douai, 13 janvier 2005, n° 04/01971.
714 Rennes, 18 mars 2004, n°03/01905.
715 En ce sens, V. M-A Frison-Roche, « Les principes directeurs des mentions obligatoires en matière de facturation », D. 1994, p. 311, spe. p. 316 : « *On a pu dire que le marché doit être transparent parce que la transparence est, dans la théorie libérale, une des conditions de la concurrence pure et parfaite. Ainsi, les factures doivent comporter le plus d'indications possibles pour que le maximum d'informations circule sur le marché, ce qui accréditerait l'interprétation large de l'art. 31, en reléguant au besoin les principes d'interprétation restrictive du droit pénal. Mais l'on doit observer tout d'abord que la transparence est un dogme moins contraignant sur un marché non réglementé que sur un marché réglementé, tel que le marché financier, et l'on observera qu'en droit de la concurrence on ne trouve pas dans les intitulés des lois et dans les principes jurisprudentiels cette référence à la transparence comme finalité du marché, comme on peut la trouver en droit financier. Ainsi la prise en compte de la transparence en droit de la concurrence est moins déterminante* ». Cette affirmation mérite bien d'être nuancée à l'aune des décisions de jurisprudence citées, qui font directement référence à l'ordre public économique et à l'objectif de transparence.

Chapitre 2.

De la réalisation de la facture en tant qu'institution technique.

267. Cette réalisation se fait au prix d'une lourde entorse aux méthodes traditionnelles du droit pénal (Section 2), qui ne supporte qu'en principe très mal la vocation extensive que l'institution technique souhaite lui assigner (Section 1).

Section 1 : De la vocation extensive de la construction technique : le moule flasque de la transparence.

268. *La règle économique doit-elle faire l'économie du droit ?* La dimension technique du document, en tant qu'instrument de contrôle des prix, naît d'abord de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945, et tout particulièrement de ses articles 46 à 69, aujourd'hui abrogée. Depuis l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986[716], la valeur

716F-C. Jeantet, « L'esprit nouveau du droit de la concurrence », JCP G 1987, n°9, 3277 ; J-C. Fourgoux et J-P. Marchi, « Réflexions sur le projet d'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence, la fin de l'incohérence ? », Gaz.Pal., 1987 p.702 ; G. Raymond, « Le nouveau visage de la distribution, après l'abrogation des ordonnances de 1945 », Gaz. Pal., 1987, p. 248 ; J-P. Brill, « Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre

informationnelle du document, que la dimension contractuelle de la facture a démontré, a été mis au service d'un contrôle de la revente à perte, le seuil de cette dernière étant défini par rapport au prix porté sur la facture d'achat. La doctrine s'est alors chargée de cerner les contours de cette nouvelle fonction attribuée au document[717]. Une partie en a d'ailleurs immédiatement senti la dimension « scientifique[718]».

Le contentieux révèle que si les intentions pouvaient paraître louables, la pratique de l'article L441-3 du code de commerce n'en a pas fait une science à la portée de tous[719]. Toute construction technique vient perturber l'environnement[720] qui l'entoure et surtout qui la précède. Mieux, elle peut s'avérer tout à fait polluante pour lui. Elle interroge les valeurs jusque là défendues et ne propose pas toujours un compromis avec l'existant au moment de sa propulsion dans la sphère juridique. Bien plus, la construction technique peut heurter une méthode de pensée mais également une façon d'agir. Dans le milieu des affaires, l'avènement d'un droit autoritaire peut alors bousculer les usages et les pratiques. Sa légitimité est alors avant tout économique et la norme technique en retire tout son état de grâce. La règle est noble et se soucie peu des contingences à venir au moment de son édiction puisqu'elle procède d'une expertise rationnelle. Toutefois, si la dimension technique de la facture n'échappe en rien à ces premiers constats, elle interroge indéniablement le sens de la norme[721].

269. L'article L441-3 du code de commerce puise sa légitimité économique des concepts de transparence et d'information, gage d'une meilleure allocation des ressources sur un marché[722]. C'est alors la finalité économique de transparence qui justifie cette tentative

1986 », Gaz. Pal. 1987, p.775.

717P. Arhel, « La fonction économique de la facture : assurer la transparence tarifaire », Rev. conc. conso 1992, comm. N°67, p.16 ; L.Vogel et J.Vogel, « Ombres et lumières de la transparence tarifaire », JCP E 1995, I , n°436 ; M. Maularie-Vignal, « Transparence tarifaire et liberté contractuelle », JCPE 1996, I , p. 537.

718J-M. Mouseron, « Une nouvel science: la facturologie », article précité ; J-M. Mousseron, « La transparence tarifaire, étude des articles 31 à 33 de l'ordonnance de 1986, modif. 1992-1993 », Cah. dr. Entr. 1993, n° 1, p. 11.

719N. Renaudin, «La "facturologie" : une science à la portée de tous », Rev. Conc. Conso. 1994, n° 81, p. 33.

720V. en ce sens P. Pigassou, « La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises », RTDcom. 1995, p. 693.

721J. Boré, « La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire », *in* Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain, Éditions Cujas,1989, p. 25.

722Bien qu'elle ait pu un instant interroger les spécialistes de la matière. V. en ce sens G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p.131 qui s'interroge à propos de l'obligation de facturation conforme : « en quoi l'opacité serait-elle illégitime dans les affaires ? ». Mais l'auteur de reprendre à la même page que « *cependant l'obligation de faire connaître les conditions auxquelles les affaires sont traitées permet de vérifier que les règles sont respectées* ».

d'autonomisation du document qui doit, tout au contraire de sa dimension contractuelle, se suffire à lui-même. Nous avons déjà exposé les ressorts de la théorie économique[723]. Néanmoins, il nous appartient maintenant de questionner la recevabilité d'un tel procédé au sein d'une règle de droit.

270. *La transparence*[724]*, matière première de l'objet technique.* La facture est transparence. La transparence est information. L'information est concurrence. La trilogie énoncée n'est pas anodine. Elle constitue presque une invitation à être poursuivie. La proposition serait alors : la concurrence est facture. Nos recherches et leur résultat nous conduisent à soumettre à l'analyse le pilier de verre de l'institution technique que constitue la transparence. Selon nous, il génère une méthode, la facturation en quête d'exactitude, puis deux dangers : le peu d'égard quant à son élaboration, pourvu qu'il transperce, et le peu d'égard pour ceux qui sont astreints à son respect, pourvu qu'ils soient transparents. Au sujet de la transparence, Carbonnier y voyait avant tout un paradoxe car « *par définition, elle devrait être transparente, invisible, ne faisant que passer la lumière*[725] ». L'expérience de la facturation la rend pourtant opaque, visible mais illisible et relaye des zones d'ombres. C'est dès lors une « *contrainte, c'est dans la pratique une transparence forcée, une transparence d'ordre public* »[726] et Carbonnier de conclure que « *la transparence imposée déclenche une réaction : (..) un mensonge* ». Un mensonge conforme pourrions-nous ajouter. Autrement dit, la transparence est-elle à même de générer une substance au-delà de celle de l'apparence et d'une simple mise en conformité avec elle ? Si la transparence génère de l'apparence, est-elle à même d'atteindre les objectifs étendus qu'elle se fixe ? La transparence, parce qu'elle repose sur une contrainte, générerait autant d'informations que de simulations, de déplacements et d'artifices. C'est, peut être ça, également, la « facturologie ».

723V. également M.Glais, « le processus concurrentiel: une présentation historique des apports de la théorie économique», RTDcom.2014 n°1, p.37.

724M. Malaurie-Vignal, « La transparence doit-elle être érigée en dogme absolu ? », LPA, 3 oct. 1994, p. 4 ; F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2002, spéc. p. 39 : selon l''auteur, « *la facture est un instrument imparfait de concurrence* » ; N. Vignal, *La transparence en droit privé des contrats*, thèse précitée ; E. Garaud, *La transparence en matière commerciale*, Thèse dactyl. Limoges, 1995 ; « La transparence », colloque Deauville 19-20 juin 1993, RJcom. n° spéc.1993.

725J. Carbonnier, in « La transparence », colloque Deauville 19-20 juin 1993, RJcom. n° spéc.1993. p.11.

726J.Carbonnier in « La transparence », colloque Deauville 19-20 juin 1993, RJcom. n° spéc.1993. , spe. p.12.

271. *La réaction environnementale. Liberté contractuelle, secret des affaires et facturation obligatoire.* La facturation conforme procède d'un investissement dans la valeur informationnelle du document. En ce qu'elle commande la retranscription d'un acte de commerce, elle peut heurter tout à la fois la liberté contractuelle et le secret des affaires[727] . Le principe de l'autonomie de la volonté repose sur le postulat que l'obligation contractuelle n'existe qu'autant qu'elle ne tire sa source dans la volonté des parties. La volonté des parties serait alors la source et la mesure des droits crées. Le consensualisme serait alors la conséquence naturelle d'une volonté souveraine : on ne pourrait dès lors n'être obligé que parce que nous l'avons voulu et dans les conditions que nous avons voulu. Ainsi, sans pour l'instant viser le contexte de son élaboration, le contrat génère ici une étendue des obligations plus large que celle qui résulte de la seule volonté des parties puisque sa conclusion commande immédiatement la réalisation d'une autre obligation dont la source est légale. Aussi, le rite de la facturation est selon nous commandé par la rentabilité économique que les parties espèrent retirer du contrat. En effet, la sanction pénale que le législateur prévoit pour défaut de facturation conforme prend la forme d'une amende, dont le paiement par les parties pourrait entamer sérieusement leurs prévisions. Dès lors, pour que la volonté puisse produire son effet utile et reste souveraine, sa liberté est entamée là où seul l'accomplissement d'une obligation légale peut lui donner plein effet. De plus, le législateur a bilatéralisé l'obligation de facturation : ce sont donc les deux parties qui doivent s'assurer de l'exécution de cette obligation afin que le contrat puisse réaliser les prévisions qu'il contient. Dès lors, l'article L441-3 du code de commerce s'avère contraire à la forme la plus épurée de liberté contractuelle. Cette vision de l'individu comme seule source de ses droits subjectifs repose en effet avant tout sur une doctrine philosophique qui a pu être largement critiquée en raison de sa dimension absolue[728] et que les premiers travaux préparatoires

727 M-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », ADP, t. 40, Droit et Esthétique, 1996, op. cit p. 48 : « au contact du marché, toujours friand de transparence, le contrat devient translucide. Se répand une sorte d'horreur du caché contractuel. Cela s'observe à travers le recul constant du secret des affaires ».

728V. notamment A. Bürge, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », RTDciv. 2000, p.1.

du code civil ne consacraient pas[729], ni évidemment son article 6 ensuite. Sur le plan de la liberté contractuelle, l'environnement juridique ingurgite alors plutôt aisément la réglementation impérative en ce qu'il admet une liberté contractuelle relative par nature et qui doit supporter des tempéraments pour exister et favoriser l'intérêt général[730].

Farjat démontrait d'ailleurs déjà magistralement que l'ordre public économique était à l'antithèse de la liberté contractuelle car l'ordre public économique le commandait. Cette position a pu être nuancée par d'autres estimant que l'avenir nous mettait au défi de raisonner en terme de dialectique[731], tout à la fois que la liberté contractuelle est généralement présentée comme « *la liberté de déterminer le contenu du contrat dans le respect des règles impératives*[732] ». La liberté contractuelle n'est pas définie par le code civil, dont elle est pourtant l'un des principes directeurs. Elle est en revanche protégée constitutionnellement[733]. A ce titre, le dernier avant-projet de réforme du droit des obligations intègre la notion de liberté contractuelle en son article 1102[734], au titre des dispositions préliminaires de son chapitre premier. Sa lecture permet alors de comprendre que l'obligation relative à l'obligation de facturation pourrait figurer bien au titre des « règles qui intéressent l'ordre public ».

272. *Facture et secret des affaires*[735]. La question de la compatibilité de deux logiques

729Selon Portalis, « *En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins... La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, et par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* », Extrait discours préliminaire code civil *in* P-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, 15 vol., Paris, 1827 réimpression Osnabrück,1968, t.1, p.510.

730V.en ce sens V. Lautsch, « L'évolution des pratiques tarifaires ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle », D. Aff. 1999, n°178, p. 1477.

731M-L. Mathieu-Izorche, « La liberté contractuelle » , *in* R. Cabrillac, M-A. Frison-Roche, et Th. Revet (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux,* Paris*,* Dalloz, 2004, spe. p.633.

732B. Fages, *Droit des obligations,* ouvrage précité, spe. p.45.

733H. Barbier, « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », RTDciv. 2013, p. 832.

734Art. 1102 du projet de réforme du droit des obligations : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ».

735Sur le secret des affaires, V. en général, « Transparence et secret », Pouvoirs, 2001, notamment D. Kessler, « L'entreprise entre transparence et secret », p. 33 ; Y. Paclot, « Les diverses facettes du secret des affaires », Dr. et pat. 2002, n°102, p.71 ; J-M. Garinot, « Le secret des affaires », LexisNexis, coll. tr. CREDIMI, 2013, n°19 ; C. Gavalda, « Le secret des affaires » *in* Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, 1965, p. 305 ; M. Cremieux, « Le secret des affaires » *in* L'information en droit privé, LGDJ, 1978 ; C. Lecoeur, « Le secret des affaires à l'ère de la transparence. Réflexions suscitées par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi », RRJ 2014, n°39, p. 325 ; L. Idiot, « Quelques réflexions sur la confidentialité en droit de la concurrence : à propos des secrets d'affaires et du secret professionnel » *in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien, 1996, p. 109 ; C. Lemaire, « La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue », JCP E, 2006, n°4, p.191 ; B. Bouloc, « Le secret des affaires », Dr. Prat. Com. Int., I,

pourrait être posée à l'heure ou le Parlement européen examine en commission un projet de directive déposée en novembre 2013 par la Commission européenne destiné à créer un cadre civil communautaire pour protéger le secret des affaires[736]. L'intégration du secret des affaires dans l'ordre juridique est tout aussi protéiforme que son adoption de principe semble problématique. En témoigne encore le rejet d'un amendement à l'occasion de l'examen du projet de loi Macron pour la croissance et l'activité en commission spéciale à l'Assemblée nationale, présenté par le rapporteur général du projet de loi, Richard Ferrand[737], qui reprenait l'essentiel d'une récente proposition de loi[738].

Il ne fera nul doute que la dimension technique de la facture trouble le secret inné. En ce qu'elle suscite l'obligation de révéler des informations relatives à une opération économique, elle érode une tradition lourde de sens. Le secret pourrait d'ailleurs être identifié comme un pendant de la liberté contractuelle. En effet, si celle-ci suppose de pouvoir décider du contenu du contrat, sans qu'il soit besoin non plus de le retranscrire pour lui donner plein effet, cette liberté serait à même de faire barrage à la découverte du secret. Nous avons vu néanmoins que la liberté contractuelle suppose par nature des tempéraments. Surtout, la facture n'est pas directement communicable aux tiers mais seulement à l'administration de contrôle. Aussi, le secret des affaires n'a de sens que lorsque il est invoqué pour éviter que la révélation de certaines informations ne trompe le libre jeu de la concurrence. Il n'a de légitimité qu'autant que la découverte d'une information est source pour celui qui l'invoque d'un préjudice, même éventuel. Or, l'obligation de facturation traduit avant tout un rapport vertical. Les informations révélées par la facture ne sont pas divulguées, au sens péjoratif du terme, à l'égard d'un autre concurrent. Lui-même y est d'ailleurs également astreint en vertu de cette obligation verticale, ce qui assure au contraire une égalité entre concurrents face aux obligations qui sont à leur charge. L'État est ainsi dans une position de contrôle des prescriptions qu'il édicte. Un secret des affaires étendu balaye du même coup tout ordre public économique

1990, n°1, p. 6.

736L. Arbelet, « Le secret des affaires revient par la porte européenne », D. actu., 21 avril 2015 ; X. Delpech, « Le secret des affaires bientôt protégé par la loi ? », AJCA 2015, p. 52.

737Amendement n° SPE1810.

738Doc. AN n° 2139, 16 juill. 2014.

puisqu'il justifierait une absence totale de révélation au nom simplement du caractère financier des données en cause. Nous partageons ainsi l'idée que « *dépourvu de justification, un secret des affaires généralisé se heurte, au contraire, à de nombreuses objections*[739] ». En cohérence avec ce qui vient d'être énoncé, la Commission européenne retient une définition qui ne menace pas la conquête informationnelle de l'État à l'égard des agents économiques. En effet, le secret des affaires vise des informations confidentielles, ayant une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes et enfin qui ont fait l'objet de dispositions destinées à les garder secrètes. Ces trois critères cumulatifs répondent en tout point à l'amendement à la loi Macron qui n'a pas été adopté puisqu'il prévoyait lui-même que la protection d'une information au titre du secret des affaires suppose une information non publique en elle-même, dont la valeur économique procède de son caractère secret et, par voie de conséquence, de l'avantage concurrentiel qu'elle peut procurer. Enfin, l'information doit faire l'objet de mesures de protection dites raisonnables, c'est-à-dire d'un niveau adapté au type de secret concerné. Ce ne serait donc qu'au prix d'une grave incohérence systémique que de soutenir que l'obligation de facturation met à mal, par elle-même, le secret des affaires.

273. *Facture, secret des affaires et mesures d'instruction in futurum*[740]. En revanche, la valeur informationnelle du document, produit par le respect des mentions obligatoires, pourrait être détournée de sa fonction initiale d'une toute autre manière portant peut-être alors atteinte, de manière indirecte, au secret des affaires.

Il faut pour cela imaginer l'hypothèse de deux concurrents désireux de détourner l'article 145 du code de procédure civile de sa fonction initiale. Celui-ci prévoit que :« *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement*

739 M. Cremieux, « Le secret des affaires », article précité, spe. p. 459.

740I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz 2002 ; L. Cadiet, « Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés », *in* Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du doit économique, Dalloz, 1999, p. 151.

admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». La vocation non exclusive et autonome de l'article 145 du code de procédure civile ainsi que le rôle pivot dans la détection d'infractions joué par la facture font état d'une combinaison qui pourrait cette fois-ci s'avérer dangereuse pour la préservation du secret des affaires. En effet, le motif légitime, lui-même souverainement apprécié par le magistrat chargé de décider du prononcé de la mesure, devient une autre source d'insécurité et de duperie. Un plaideur mal intentionné pourrait y voir un moyen d'obtenir des informations précieuses sur son concurrent, alors pour autant qu'il n'a nulle réelle intention d'agir en concurrence déloyale ou en responsabilité civile contractuelle contre lui.

274. La question est alors de savoir si l'invocation du secret des affaires suffit à évincer l'éventualité d'une communication des documents comptables. Le point de départ du raisonnement pourrait être trouvé à l'article L123-23 du code de commerce qui prévoit en son alinéa 3 que « *La communication des documents comptables ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société et en cas de redressement ou de liquidation judiciaires* ». Les factures, documents comptables par essence, ne pourraient alors être communiquées que dans des cas limitativement énumérés et ne permettraient pas de vérifier notre hypothèse de départ. Mais la Cour de cassation ne l'entend pas ainsi. Certainement respectueuse de l'esprit et de l'autonomie du texte de l'article 145 du code de procédure civile qui ne contient pas en son sein pas de réserves spéciales, la Cour de cassation décide dans un arrêt du 6 mai 1999[741] que « *Les dispositions de l'art. 17 [devenu L. 123-23] C. com. ont trait à la communication de l'ensemble des documents comptables et ne peuvent être invoquées pour faire échec au pouvoir du juge d'ordonner, sur le fondement de l'art. 145 NCPC [devenu C. pr. civ.], les productions utiles* ». La position de la Cour de cassation s'est encore affermie dans un arrêt du 7 janvier 1999, dans lequel elle juge que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent

741Civ. 2ème, 6 mai 1999, Bull. civ., II, nº 81.

d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées[742]. Toutefois, la Cour de cassation a pu estimer que le président d'un tribunal ne saurait ordonner, de façon générale et en dehors des cas prévus par la loi, l'appréhension de ces documents par voie de confiscation ou de saisie. Elle a ainsi cassé un arrêt donnant mission à un huissier de se faire communiquer des factures et l'autorisant, en cas de refus, à appréhender ces documents[743].

275. Le secret des affaires reste une notion fonctionnelle d'après la jurisprudence, qui ne permet pas d'appréhender des situations précontentieuses sans se tourner vers l'objectif recherché par le plaideur. Le secret est alors relatif. Il ne permet pas d'évincer toute discussion sur la communication des factures lorsqu'elles peuvent servir à l'issue d'un litige. Aussi bien que le secret des affaires ne permet pas une saisie des documents comptables sans que celle-ci soit tournée vers une recherche efficiente, sauf à détourner l'institution de l'article 145 du code de procédure civile de sa fonction. Une telle approche fonctionnelle nous paraît saine. Une définition rigide du secret des affaires pourrait dissuader les tentatives de détournement de l'article 145 du code de procédure civile. Toutefois, une telle conception du secret des affaires, si elle participerait d'un scepticisme excessif à l'égard du plaideur qui estimerait légitimement que doit être ordonnée la production de factures démontrant l'existence d'une pratique contraire à l'ordre public économique, comme une discrimination ou encore une revente à perte avant que le délai de conservation des documents ne soit écoulé, ne serait de toute façon que diamétralement opposée à la finalité économique assignée à la facture.

276. *Conclusion de la section.* C'est cette même finalité économique qui justifie que la transparence soit en même temps la matière première de la facture dans sa dimension technique. L'environnement juridique y réagit de diverses manières. De manière relativement positive d'abord, puisque la liberté contractuelle peut supporter des tempéraments. De manière plus négative ensuite, à travers des premières fissurations

742Civ. 2ème, 7 janv. 1999, D. 1999. IR 34 ; dans le même sens, V. Civ. 2ème, 8 févr. 2006, D. 2006. IR 532.

743Com. 16 juin 1998, Bull. civ., IV, n° 192 ; V. également Paris, 14e ch. B, 5 sept. 1997, n° 022620 ; Com. 16 mai 2012, D. 2012, p. 2066, obs. L. Gissinger et F. Renault-Malignac.

rendues visibles par l'exploitation négative, par exemple, des mesures d'instruction *in futurum*. Mais l'environnement juridique, que nous assimilions dans l'introduction au décor tourmenté de l'oeuvre de Dali, ressort encore davantage menaçant quand le droit pénal, naturellement restrictif, sert d'arme de légitimation à la transparence, par essence extensive (section 2).

Section 2. De la vocation restrictive du matériau technique : le moule rigide du droit pénal.

277. En tant qu'objet technique, la facture peut également s'avérer polluante pour son environnement. C'est le principe de légalité et ses corollaires qui semblent au premier plan malmenés par un droit très souvent illisible (§1) et qui justifieront, au delà d'une critique de posture, une analyse technique de la disposition en cause (§2) ainsi qu'une proposition de refonte (§3).

§1. Du caractère restrictif de la méthode employée.

278. *Le principe de légalité intolérant à l'ordre public économique*. La création technique reposant sur l'édiction verticale de mentions obligatoires utilise alors un support juridique, la loi, pour confondre en son sein réalité juridique et scientifique. Au titre de l'un des dangers suscités par cette entreprise législative, dont nous faisions écho au sein de notre introduction à propos d'une « *confusion des fonctions* » et d'un « *excès de précision*», le droit de la concurrence est alors dans la nécessité de contraindre ceux qui y sont assujettis. Il est tout à fait essentiel de noter que ces considérations ont des effets pratiques indéniables sur la méthode de jugement dans des affaires liées à des manquements en matière de facturation.

279. Surtout, elles semblent confirmer, au vu du peu d'égard réservé à l'intentionnalité d'une utilisation du droit pénal fort discutable. Il est alors à déplorer, et les affaires

mentionnées semblent le confirmer, qu'une institution aussi technique soit-elle, justifie parfois non plus une dialectique mais une opposition frontale entre ce que commande l'ordre économique et la prudence à laquelle devrait conduire la maîtrise l'ordre juridique.

A ce titre, il est tout à fait certain que la massification des échanges a réduit la portée de la liberté contractuelle en réduisant les sphères de négociabilité. Elle a conduit le consommateur a adhérer à un modèle contractuel proposé au sein duquel sa volonté ne peut s'exprimer que sur le principe d'une acceptation[744]. Elle conduirait maintenant l'agent économique, dans sa dimension concurrentielle, à adhérer à un modèle de marché au sein duquel sa liberté est placée sous contrôle. Pour autant qu'il y aurait selon nous une sorte de contrat d'adhésion économique entre l'État et les agents économiques composant le marché, dont nous ne voulons point dénoncer l'existence, le prêt-à-porter juridique ne peut pour autant mener à un prêt-à-porter de jugement sans que ce dernier encourt immédiatement le risque d'une illégitimité.

280. *Dimension technique et principe de légalité*. La dimension technique a décidé d'emprunter la contrainte pénale. Dès lors, elle est censée en épouser les ressorts. Pour apprécier la déconnexion de l'institution technique avec la méthode qu'il emploie, il convient de rappeler le sens de la méthode choisie. Or la méthode est limitée. La contrainte pénale n'a évidemment pas la vocation extensive de l'ordre public économique. Tout au contraire, elle tire sa légitimité de son caractère extraordinaire, lui-même orchestré par le principe de légalité des délits et des peines dont il est pourtant devenu courant d'affirmer le déclin, en raison de la prolifération des sources du droit pénal et de la multiplication des incriminations, rendant leur connaissance délicate[745]. Les règles relatives à la facturation, particulièrement illisibles, participeraient d'un retour de l'arbitraire, à l'opposé de l'idéal de complétude de la source législative en matière pénale tel qu'il est exprimé dans les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme de

744G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1973.

745P. Maistre du Chambon, « Le déclin du principe de la légalité en matière pénale », *in* Mélanges Roger Decottignies, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p.209.

1789 et tel qu'il avait été formulé par Beccaria[746]. La répartition des tâches que la Constitution du 4 octobre 1958 opère entre pouvoirs législatif et exécutif reflète pour beaucoup le principe de légalité tel qu'il est énoncé dans le code pénal et pourrait être la première cause de son recul[747]. Mais en réalité le principe de légalité, pourtant fort de sa consécration constitutionnelle[748], aurait tout bonnement cédé sa place à un « principe de textualité[749] », sous l'influence d'une européanisation du droit pénal et de la conception extensive du principe de légalité retenu par la Cour européenne des droits de l'Homme[750], alors même que celui-ci influence des cultures juridiques très variées[751]. Il est vrai qu'en matière de facturation, l'éparpillement des sources influençant l'évolution des incriminations pourraient bien répondre à une telle évolution consistant à analyser le principe de légalité uniquement à travers son prisme substantiel, ne supposant alors comme mode de légitimité de l'incrimination, sa seule énonciation dans un texte, là où le principe de légalité n'acceptait, dans sa forme la plus épurée, qu'un certain texte de légitimation de l'incrimination : la loi.

281. *Dimension technique, accessibilité, intelligibilité de la loi et sécurité juridique*. Pour autant, cette évolution apparaît tout à fait condamnable. Il est même établi, comme le contentieux sur la facturation le démontre, que le « principe de textualité », à le supposer établi, n'est pas respecté en la matière. D'abord, il est des situations où la transparence ajoute à la loi pénale ce qu'elle ne contient pas, pour incriminer, sans texte. Surtout, ces mêmes textes sont d'une interprétation fort délicate et peuvent se contredire. D'autant

746C. Beccaria, *Des délits et des peines*, préface de R. Badinter, GF Flammarion, 1991, spe. p. 65.

747Art.111-2 C. pen. : « *La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants* ».
Art. 111-3 C. pen. : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention* ».

748Pour la décision constitutionnalisant le préambule de la Constitution de 1958, renvoyant lui-même à la Déclaration de 1789, V Cons. Const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, AJDA 1971, p. 537, note J. Rivero ; Pour la décision qui confirme la valeur constitutionnelle du principe de légalité, V. Cons. Const. 20 janv. 1981, Déc. n° 80-127 DC, D. 1982, p. 441, note A. Dekeuwer.

749Cl. Lombois, *Droit pénal général*, Hachette supérieur, 1994, spe. p. 13.

750F. Sudre, « Le principe de légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Rapport au XIV[ème] congrès de l'Association française de droit pénal, Dr. Pén. 2001, p.335 ; A. Bernardi, « Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'européanisation du droit sur le système pénal », RIEJ 2004, p. 52.

751R. Munday, « Le principe de légalité en pays de *Common Law* », Rapport au XIV[ème] congrès de l'Association française de droit pénal.

plus que fort heureusement, cette évolution négative du principe de légalité est contrebalancée par la consécration des notions d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en tant qu'objectifs à valeur constitutionnel, consubstantiels au principe de légalité puisque c'est la qualité de la norme qui fonde l'incrimination et partant sa prévisibilité. En effet, Le Conseil Constitutionnel a fondé cet objectif à valeur constitutionnelle sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen en déclarant : « *en effet, l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la garantie des droits reprise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*[752] » . Il est question alors pour le droit de « *ne pas méconnaître une finalité de sécurité juridique qui est inhérente à sa définition*[753] ». Pour Monsieur Bergel, la sécurité juridique doit emporter des conséquences très concrètes au point que tout texte devrait se voir imposer « *une étude d'impact préalable obligatoire*[754] » . La sécurité juridique entraînerait selon Monsieur Bergel trois conséquences impérieuses : « *l'accessibilité matérielle et intellectuelle du droit qui doit être clair et compréhensible, la stabilité des droits et des situations individuelles et la prévisibilité qui doit l'emporter*[755] ». Le Conseil d'État s'était d'ailleurs un temps saisi de la question[756], mais l'inflation et la complexité des sources en matière de facturation ne semblent témoigner que d'une faible prise de conscience en la matière.

752Cons. Const., 16 déc. 1999, Déc. n° 99-421 ; M-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000, p. 361 ; N. Molfessis, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », RTDciv. 2000, p. 18.

753J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, ouvrage précité, spe. p.42.

754J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, ouvrage précité, spe. p.43.

755*Ibid.*

756R. Denoix de Saint-Marc, « Sécurité juridique et complexité du droit », La Documentation française, Éditorial, Rapport public 2006, Études et documents, n°57, p. 9.

§2. De l'analyse de la disposition.

282. La transparence postcontractuelle est imposée par l'article L441-3 du code de commerce[757]. En conséquence, l'article L441-4 du même code prévient que : « *Toute infraction aux dispositions de l'article L441-3 est punie d'une amende de 75 000 euros. L'amende peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée* ».

Pourtant, l'infraction est opaque, reposant alors la question de la qualité de la norme[758]. Nous ne pouvons toutefois nous satisfaire de ce seul constat. La critique du texte passe par l'énumération de ces failles, sans prétendre à l'exhaustivité. C'est à ce prix qu'il est possible d'émettre une critique fondée. Il faut alors immanquablement explorer ces mentions obligatoires et les soumettre à l'analyse, sans quoi la crique serait idéologique et tout aussi dogmatique que ne peut l'être la transparence dans ses sombres aspects.

L'article L441-3 du code de commerce s'ouvre ainsi : « *Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.Sous réserve des deuxième et troisième alinéas du 3 du I de l'article 289 du code général des impôts, le vendeur[759] est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer. La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire(...)* ».

283. *Le vendeur.* Une remarque a pu être formulée en doctrine au sujet de la nature de la vente en question. Madame Martin[760] soulève sur ce point le caractère abstrait du texte, qui ne renseigne pas sur le niveau de la chaîne de distribution qui justifierait l'émission

757V. Annexe I.

758V. Circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, JO n° 199 du 29 août 2003, p. 14720. V. également sur ce point P. Wachsmann, « Sur la clarté de la loi », *in* Mélanges P. Amsalek, Bruylant, 2005, p 809 ; R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977, p.4 ; G. Cornu, « L'art d'écrire la loi », Pouvoirs, 2004, p. 5 ; P. Muzny, « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », D. 2006, p. 2214 ;

759La justesse juridique commanderait toutefois de distinguer le vendeur du prestataire de service.

760M. Martin, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, préface Louis Vogel, PUAM, 2012.

d'une facture. Ainsi, l'auteure fait état d'une obligation qui s'applique pourtant d'après la jurisprudence indifféremment au distributeur, au fournisseur ainsi qu'au commissionnaire de transport. Nous sommes plus nuancés quant à cette prétendue lacune. D'abord, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas et nous ne pensons pas que le texte gagnerait à établir une liste difficilement exhaustive des « parties à la facturation ». Son libellé hégémonique renvoyant à tout achat ou toute prestation doit être compris comme ne distinguant pas, ce qui rend tout à fait cohérent la jurisprudence dont Madame Martin fait état sur ce point. Si le texte est suffisant, il doit de plus être lu avec une disposition cardinale qui le précède et qui se trouve à l'article L410-1 du code de commerce. Celle-ci prévoit que « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

284. *L'activité professionnelle.* En revanche, la sécurité juridique mériterait sans doute d'être renforcée sur un autre point relatif aux ventes effectuées par un particulier. Si le texte n'évoque *a priori* que l'obligation d'un vendeur quant à l'établissement d'une facture « pour une activité professionnelle » et semble exclure les particuliers, la jurisprudence ne l'entend pas ainsi lorsqu'elle juge que « *l'obligation de réclamer une facture s'impose quand bien même les achats sont effectués auprès de particuliers, en l'occurrence des ramasseurs de champignons qui ne souhaitent pas apparaître dans les transactions*[761] ». En outre, l'administration a pu préciser que les grandes surfaces de vente au détail ont le devoir de procéder à la délivrance systématique de factures dans tous les cas où les achats effectués par un client permettent, de par leur régularité et leur importance, de les identifier comme correspondant à une activité professionnelle[762]. Aussi, l'administration a précisé que l'obligation de facturation peut s'étendre à certains particuliers dès lors que les ventes de produits effectués par ceux-ci à des professionnels pour les besoins de leur activité revêtent « *un caractère significatif par leur quantité ou leur répétition*[763] ».

761TGI Bergerac, 9 mai 2000, BID 2002, n° 12, p. 24.
762Rep. min. à QE n° 30677, JOAN Q. 23 nov. 1987, p. 6436.
763DGCCRF, note de service n° 5322, 3 févr. 1988 ; V. aussi C. Babusiaux, « Commentaire de la note de service de la

Le point de départ de ces différents raisonnements est cohérent. Il vise à capter les opérations qui pourraient défaire le libre jeu de la concurrence et ne remonteraient pas jusqu' à l'administration. Le marché, que nous évoquions précédemment, est à entendre au sens large et ne peut tolérer de telles exclusions formelles, basées sur le caractère officiellement non professionnel des parties en cause alors que pourtant elles réalisent des opérations substantiellement aussi importantes que les acteurs officiels du marché. Aussi, ce serait faire peser le coût de la facturation uniquement sur ces derniers en créant alors une distorsion de concurrence manifeste. Néanmoins, le texte gagnerait en accessibilité et en intelligibilité auprès de ses destinataires, souvent peu au fait, à préciser ce que le législateur entend par « activité professionnelle » afin qu'il passe le test du respect du principe de légalité. En effet, l'absence de précision est ici source d'une double insécurité juridique. Le vendeur, d'abord, ne s'estimant pas professionnel pourrait alors ne pas émettre de facture. Il pourrait alors faire l'objet, sur le fondement de la jurisprudence précitée, d'une sanction pénale sur le fondement de la non-exécution de son obligation de facturation. Dans le silence du vendeur, l'acheteur pourrait à son tour ne pas réclamer la facture, estimant que son vendeur n'était pas tenu de la délivrer. Il se met lui-même en situation d'infraction puisque l'article L441-3 du code de commerce commande à l'acheteur de réclamer la facture. Cette double sanction, bilatéralisée au nom d'une interprétation stricte de la loi pénale, pourrait être à tout le moins justifiée si le texte prévoyait une telle hypothèse. C'est selon nous ici que la loi manque à ne pas distinguer deux hypothèses différentes aux yeux du destinataire de la règle. Ainsi, l'alinéa 1er de l'article L441-3 du code de commerce pourrait être complété comme suit : « *Il en va de même pour tout achat ou prestation de service effectués en dehors de toute activité professionnelle, mais qui revêtent, par leur quantité ou leur répétition, un caractère significatif* ».

Évidemment, l'intervention du juge pénal reste nécessaire pour parachever le rajout et la proposition n'est sûrement encore que trop imparfaite car elle n'indique pas le seuil qui permettrait au particulier de savoir s'il est soumis ou non à l'obligation de facturation. Elle

DGCCRF relative aux règles de facturation et à l'application de l'article 31 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 », LPA, 23 sept. 1988, p.14.

aurait néanmoins le mérite de poser un principe qui n'est à ce jour par contenu dans le texte. Quant à son application et au nom d'une cohérence systémique, le juge répressif pourrait s'inspirer des solutions dégagées en matière commerciale. Il s'agirait alors de déceler si l'acte en question revêt un caractère spéculatif que la jurisprudence décide d'établir de longue date par sa répétition[764].

285. *L'acheteur.* Une fois encore, l'institution technique s'avère fragile. Le texte doit être relu. « *Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer (...)* ». C'est ce dernier point qui interroge. Son application a fait l'objet d'une interprétation à nos yeux beaucoup trop extensive[765]. En témoigne un arrêt de la Cour de cassation en date du 20 juin 1994, qui décide que « *Les dispositions de l'art. 31 [C. com., art. L. 441-3], selon lesquelles tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facture mentionnant, notamment, les rabais, remises ou ristournes dont le principe est acquis et le montant chiffrable au moment de la vente, s'imposent indistinctement au vendeur et à l'acheteur, tenus à des obligations complémentaires et réciproques*[766] ». Cette jurisprudence est critiquable en deux points. D'abord, sur le fond la solution rendue revient à dépasser les exigences du législateur, méconnaissant ainsi l'interprétation stricte de la loi pénale. Alors que le texte prévoyait une obligation de réclamation, la Cour de cassation en donne une lecture extensive en y voyant une obligation de réclamation d'une facture conforme aux prescriptions du texte alors même que ce dernier ne le formule point[767]. Ensuite, la solution est également douteuse sur la forme. Comme elle le fait souvent, la Cour de cassation combine le texte et l'interprétation qu'elle en fait pour livrer une solution fluide et conforme au texte. Si nous

764Civ. 30 juill. 1912, DP 1914, 1, p. 86 ; Paris, 13 janv.1976, JCP 1977, II, 18576.

765N. Charbit, P. Lignières, « Faut-il infléchir les principes du droit pénal pour faire triompher le droit de la concurrence ? A propos de la prétendue co-responsabilité de l'acheteur en cas d'infraction aux règles de facturation », Gaz. Pal. 8 fév. 1997, p. 201.

766Crim. 20 juin 1994, Bull. crim. n° 245. V. également, Dijon 2 6 mai 1994, Lettre distrib. nov. 1994 ; Colmar, 18 nov. 1999, BID 1999, n°11, p. 47.

767Surtout, la doctrine enseigne que l'interprétation stricte de la loi pénale prohibe l'interprétation extensive du texte et commande en cas de doute une interprétation *in favorem* de celui-ci. V. en ce sens R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7ème ed., 2000, Cujas, n° 162, p. 255.

relisons attentivement la solution, la Cour livre un raisonnement qui n'apparaît absolument pas au sein de l'ordonnance aujourd'hui codifiée. Elle raisonne à rebours du texte. En effet, ce dernier énonce successivement l'obligation de facturation du vendeur en son principe, puis l'obligation pour l'acheteur de réclamer la facture, tout autant sous forme de principe. Nous soulignerons encore qu'au sein de la disposition, deux phrases séparent l'obligation pour l'acheteur de réclamer la facture de l'énoncé des mentions obligatoires. Le texte énonce en effet que « *La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire*[768] ». Ce n'est qu'ensuite que le législateur fait état des mentions obligatoires que doit comporter la facture, ce qui trouble un peu plus le sens immédiat de la disposition en cause. Le destinataire non averti et même raisonnable de la norme ne peut comprendre à la lecture du texte qu'il faille pour lui exiger plus que le principe d'une facture. Or, la Cour de cassation ne l'entend pas ainsi en suggérant une lecture unitaire de la disposition. On regrettera que la Cour de cassation tienne une telle position tandis que la Cour d'appel de Limoges, dans un arrêt rendu le 16 octobre 1996, tient pour établi que « *l'article 31 de l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 qui sert de base aux poursuites précise, en son alinéa 2, que c'est le vendeur qui est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou de la prestation de service, et que « l'acheteur doit la réclamer* » de sorte que c'est uniquement cette dernière exigence dont le défaut d'exécution peut être imputé, le cas échéant, à l'acheteur, offrant à lire une solution en phase avec le texte[769] et ne faisant pas alors de l'objectif de transparence une justification à l'intransigeance pénale, en méconnaissance du principe de légalité. Nous estimons que le texte devrait impérativement subir une sérieuse retouche également à cet endroit en disposant du complément suivant :

« *L'acheteur doit réclamer une facture conforme aux prescriptions légales exposées ci-après* ».

286. *L'opération donnant lieu à facturation* . Sur ce point, la défectuosité du texte avait

768Article L441-3 al. 2 du code de commerce.
769Limoges, 16 oct. 1996, Lettre distr., déc. 1996.

déjà été excellemment mise à jour par Madame Frison-Roche et Monsieur Meffre[770], à l'époque où le troisième alinéa de l'article 31 du 1er décembre 1986 disposait que « *La facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que tout rabais, remises ou ristournes dont le principe est acquis et le montant chiffrable lors de la vente ou de la prestation de service, quelle que soit leur date de règlement* ». La doctrine s'est alors interrogée sur le sens à donner au « principe acquis », tout aussi peu acquis pour les commentateurs que sa dénomination dans le texte semblait pourtant l'indiquer[771]. Surtout, le texte a fait l'objet de divergences très tranchées entre l'Administration, la jurisprudence et la doctrine. Celles-ci étant dues à la délicate résolution de ce qu'il conviendrait de nommer un oxymore juridique puisqu'un principe n'est par définition pas acquis tandis que ce qui est acquis n'existe plus seulement en son principe mais de manière véritable. Ainsi, lors de l'émission de la facture, « *fallait-il voir en ce « principe acquis » un droit à réduction « acquis en principe » mais pouvant être subordonné à une condition dépendant de la seule volonté de l'acheteur ou fallait-il y voir un droit à réduction « définitivement acquis », c'est à dire non conditionnel ?*[772] ». En conséquence, la loi Galland[773] a remplacé la formule susmentionnée par l'expression suivante : « *toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de service, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture* ». Le texte a eu le mérite de supprimer les gradations bien conflictuelles entre les rabais, remises et ristournes ainsi que la notion de montant chiffrable. Aussi, il a pu être jugé au bénéfice des justiciables que la loi Galland restreignant le champ d'application de l'infraction, il y avait lieu d'appliquer l'article 112-1 alinéa 3 du code pénal selon lequel les dispositions d'une loi nouvelle, lorsqu'elles sont

770M-A Frison-Roche et J-M Meffre, « Les principes directeurs des mentions obligatoires en matière de facturation », D. 1994, p. 311.

771 L.Vogel, « Ombres et lumières de la transparence tarifaire », JCP E, 1995, I, p. 436 ; F. Delbarre, « La nouvelle facture », Cah. dr. ent., 1996, n°5, p. 2 ; J-M. Mousseron, note sous Crim., 18 févr. 1991, JCP E 1991, II, p. 183.

772M. Martin, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence,* thèse précitée, spe. p. 157.

773Loi n°96-588 du 1 juillet 1996 ; M. Malaurie-Vignal, « Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », D. 1996, p. 361; J. Simon, « Les nouvelles orientations du droit français de la concurrence : la lutte contre les pratiques déloyales », D .aff. 1997, p 652.

moins sévères que les dispositions anciennes, s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur[774].

Toutefois, la jurisprudence fait encore signe de désunion autour de la nouvelle règle. La chambre commerciale de la Cour de cassation a pour sa part décidé que l'article L441-3 du code de commerce n'interdisait pas de faire figurer sur la facture une remise conditionnelle[775], tandis que la chambre criminelle, au nom d'une interprétation stricte de la loi pénale, décide au contraire que seules les réductions de prix acquises à la date de la vente doivent être mentionnées sur la facture de vente, censurant ainsi la position inverse des juges du fond[776]. Plus précisément, la Cour de cassation relevait que « *des ristournes de fin d'année, dont le bénéfice n'est acquis au distributeur des produits d'une marque qu'après réalisation de certains seuils de chiffre d'affaires ou d'opérations de promotion, ne sauraient être regardées, faute d'accomplissement des conditions auxquelles elles sont subordonnées, comme acquises au moment de la vente* ». Si la relaxe semble exceptionnelle en cette matière extrêmement rigoureuse, on ne peut reprocher à la Cour de cassation d'avoir dit qu'en droit le texte ne permettait pas d'entrer en voie de condamnation pour un motif que le texte ne comprend pas. Pourtant, au détriment encore de la sécurité des justiciables, la Cour de renvoi a confirmé la culpabilité du prévenu ayant accepté des factures ne mentionnant pas l'ensemble des ristournes qui lui étaient accordées, alors que celles-ci étaient pourtant conditionnelles et partant non acquises au moment de la vente[777].

Faudrait-il alors comprendre en filigrane, déduction encore contraire au principe de légalité, que la cour d'appel en revient au temps du « principe acquis » sans le dire ? Il faut pour cela se pencher sur la définition de la ristourne qui correspond au « *remboursement au client d'une partie de la somme qu'il a déjà payée. Elle est généralement accordée périodiquement en fonction de la réalisation des objectifs qui conditionnent son versement*[778] ». La défectuosité du texte et les méandres de son interprétation justifient alors le report à un avis de la Commission d'examen des pratiques

774Crim. 23 janv. 1997, CCC 1997, com. 120, L. Vogel.
775Com. 6 sept. 2011, D. Actu. 2197, obs. E. Chevrier.
776Crim. 12 juin 1997, D. 1997, IR 187 ; RTDcom. 1998, p. 223, obs. B. Bouloc.
777Colmar, 18 nov. 1998, BID 1999, n°11, p. 47.
778DGCCRF, annexe à la circulaire Dutreil.

commerciales (CEPC), qui a estimé qu'au regard des exigences et des objectifs de la transparence tarifaire instituée par l'article L441-3, lorsque l'acheteur s'est engagé contractuellement à réaliser un objectif en termes de chiffres d'affaires et que le palier est atteint, la réduction de prix obtenue en contrepartie est acquise dès la première vente et doit par conséquent figurer d'emblée sur la facture correspondante[779]. Mais bien plus, la doctrine estime que lorsque l'acheteur s'est engagé contractuellement à réaliser un objectif en contrepartie d'une réduction de prix, celle-ci lui est bien acquise puisque l'événement n'est pas incertain en raison de cet engagement. Il dispose alors d'un droit immédiat à réduction qui concrètement pourra être résolu si le chiffre d'affaires n'est pas atteint. En conséquence, la réduction de prix doit figurer d'emblée sur la facture[780]. Sans doute faut-il alors se référer à l'article 1181 du code civil pour comprendre la pertinence juridique du raisonnement qui, à propos de l'obligation conclue sous une condition suspensive, prévoit qu'elle est celle qui dépend d'un événement futur et incertain ou d'un événement actuellement arrivé mais encore inconnu des parties et justifiant alors que l'obligation ait son effet du jour où elle a été contractée. Il n'en reste pas moins que l'on appréciera le syllogisme juridique, par définition réservé aux juristes, là où le texte devrait être immédiatement saisi du justiciable au nom de son droit à la sécurité juridique. D'autant plus que l'article 122-3 du code pénal dispose que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». L'arrêt de renvoi susmentionné démontre néanmoins qu'une telle approche peut être retenue. C'est alors la notion de « *réduction de prix acquise à la date de la vente* » qui serait encore à préciser. Il pourrait alors être proposé d'adjoindre le raisonnement de la Cour de cassation au texte actuel, en y ajoutant la phrase suivante : « *La réduction de prix devant figurer sur la facture est celle qui est acquise définitivement à la date de la vente , c'est à dire celle dont toutes les conditions se sont déjà effectivement réalisés à cette date la rendant alors liquide certaine et exigible* ».

779CEPC, avis nº 14-09 du 22 septembre 2014.
780F. Delbarre, « La nouvelle (?) facture », JCPE E 1996, suppl. n° 5, p. 3.

287. *Le cas des « escomptes non prévus sur la facture ».* L'escompte est un « *avantage dont bénéficie le débiteur d'une dette à terme lorsqu'il paye sa dette avant l'échéance*[781] ». En ce sens , il peut tout à fait être identifié comme une réduction de prix au sens de la disposition en cause. A ce titre, il devrait alors intégrer la facture comme toute autre réduction de prix si le vendeur a convenu avec son client que celui-ci paiera comptant. Mais c'est encore une déduction que le texte rend très obscure[782]. Pourtant, c'est bien ce que juge la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 juin 2000 au sein duquel elle énonce que « *la société s'étant engagée à régler de manière anticipée les factures de ses fournisseurs en contrepartie d'escomptes à des taux avantageux, les escomptes,acquis à la date de la vente, constituaient des réductions de prix devant figurer sur les factures*[783] ».

288. *Un fondement fragile.* Nous ne pouvons manquer de citer encore le texte servant de fondement à cette solution qui prévoit *a priori*, justement, que « *toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture* ». L'inintelligibilité du texte est ici poussée à son paroxysme. Elle est d'autant plus intolérable qu'elle conduit au prononcé d'une sanction pénale.
Document de mentions, ne pourrait pas justement soutenir qu'en leur réservant une exception, le législateur entendait justement les exclure de la liste des mentions obligatoires, l'expression « *à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture* » pouvant être tout aussi bien comprise qu'il n'est pas besoin qu'ils y figurent ? Tout aussi bien qu'il pourrait être soutenu que les escomptes sont des mentions non prévues sur la facture, ce qui justifie justement leur exclusion, si l'on relit la phrase dans son ensemble : « *la facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente*

781G.Cornu, Vocabulaire juridique, V°« Escompte »

782F. Delbarre, « La nouvelle facture », article précité, spe. p. 5 : « *Le nouveau texte comprend une disposition étrangement rédigée (...) L'escompte est une réduction de prix comme les autres et, s'il est acquis, il doit figurer sur la facture comme toute autre réduction de prix. S'il n'est pas acquis parce qu'il est simplement proposé par le vendeur et que sa contrepartie, le paiement rapproché, n'a pas encore été accepté par l'acheteur, au moment de la vente, il n'a pas à être traité comme une réduction de prix acquise. Cette disposition montre que l'on peut atteindre la transparence par l'obscurité des lois* ».

783Crim. 21 juin 2000, RJDA 2000, n° 1179.

ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture ».

289. L'alinéa 4 se fait fort d'entretenir la confusion en précisant que la facture doit mentionner « *les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente* ».
C'est encore à raison d'une interprétation extensive que l'on peut comprendre qu'il est nécessaire de distinguer deux situations en la matière. En réalité, si le vendeur a convenu avec son client que celui-ci paiera comptant, l'escompte, qui devient alors une réduction de prix acquise, doit figurer sur la facture. En revanche, si le paiement anticipé a simplement été proposé par le vendeur et que l'acheteur ne l'a point encore accepté, la contrepartie qu'en constitue l'escompte n'est dès lors pas acquise et, à ce titre,ne doit pas figurer sur la facture. Le législateur crée donc ici, au détriment des justiciables, une fausse distinction, une exception totalement fictive source d'insécurité juridique. On ne sera pas plus satisfait de constater que la Circulaire Dutreil a tenté de rattraper l'imprécision du texte en précisant que « *l'alinéa 3 de l'article L441-3 du code de commerce doit être compris*[784] *en ce sens que l'escompte mentionné sur facture peut venir en déduction du prix net à payer dès lors que les parties ont établi entre elles une convention d'escompte assurant l'engagement de l'acheteur à payer effectivement dans le délai qui permet de bénéficier de cet avantage* ». Cette source ne témoigne que dans un plus grand irrespect du principe de légalité puisque à intervenir en dehors de la loi, on en reconnaît directement son insuffisance, elle qui pourtant doit prévoir le fondement de l'incrimination, au besoin complétée par la jurisprudence.
Puisqu' il est justement acquis et entendu que l'escompte acquis est une réduction de prix comme une autre et doit à ce titre figurer sur la facture, pourquoi ne pas supprimer tout simplement cette portion de phrase de l'article en cause ?

784 Cette compréhension ne devrait-elle pas découler du texte lui-même ?

Une autre solution serait tout à l'inverse de garantir plus de lisibilité en prévoyant dès après la virgule annonçant l'exception d'ajouter , « *ainsi que les escomptes acquis à la date de la vente* ».

290. *Les « conditions d'escompte ».* L'alinéa 4 de la disposition en cause poursuit : « *Elle* [la facture] *précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente* ». La compréhension immédiate du texte, d'interprétation stricte, tend clairement à indiquer que les conditions d'escompte ne sont à reporter qu'en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant des conditions générales de vente. On ne comprendrait pas *a priori* qu'il puisse en être autrement au sein d'un texte dont l'esprit est commandé par un énoncé de mentions qu'il convient au besoin d'intégrer à la facture ou d'exclure de celle-ci. Pourtant, la cour d'appel de Paris[785] ne l'entend pas ainsi lorsqu'elle considère sur le fondement de cet alinéa 4 que « *Considérant que la prévenue soutient vainement que les payements étaient effectués au comptant et qu'en conséquence, elle n'avait pas à indiquer les dates de règlement et conditions d'escompte ; qu'en effet, si comme elle le prétend, le payement était effectué au comptant, ce mode de règlement aurait dû être mentionné sur la facture* ». La dernière portion de phrase du raisonnement interpelle : « *ce mode de règlement aurait dû être indiqué sur la facture* » : la vocation extensive de l'ordre public économique ainsi que de la transparence imprègnent pleinement une interpellation extensive de la disposition, au détriment de son essence restrictive.

Les conditions d'escompte seraient à entendre largement, à l'instar de celles qui n'existent pas et qui ainsi devraient être reportées sur la facture. Nous doutons fortement que l'intention du législateur était telle. Les conditions d'escompte semblent plutôt raisonnablement signifier qu'elles n'ont lieu d'être mentionnées que s'il est établi qu'elles existent et qu'elles ont été contractuellement prévues. Prétendre que les conditions d'escompte s'entendent également négativement paraît bien incohérent et revient à ajouter au texte une condition qu'il ne prévoit pas, qui plus est en matière pénale.

785Paris 25 fév. 1998 D. aff. 1998, p. 707, obs. E. Pataut.

L'escompte peut absolument ne pas être prévu en cas de paiement anticipé. Mais bien plus que de ne rien indiquer, la jurisprudence a ainsi pu commander de faire figurer sur la facture la mention expresse d'un paiement au comptant. Pourtant, le texte de l'article L441-3 du code de commerce ne fait aucunement référence à une telle mention, que la jurisprudence déduit ici en méconnaissance du principe de légalité.

Une autre question a pu être soulevée à propos de cette mention obligatoire : obligerait-elle alors le vendeur, par le truchement de la facture, à consentir un escompte à l'acheteur en cas de paiement anticipé par rapport à la date de règlement fixée par les conditions générales de vente ? L'interrogation nous paraît, au-delà même du caractère par essence restrictif du texte pénal, curieuse du point de vue du respect de la liberté contractuelle. La volonté de réduire les délais de paiement conduirait donc toute entreprise, soucieuse de respecter des conditions positives d'escompte, à accorder de tels délais car ils doivent *in fine* apparaître sur la facture. Le contenu obligatoire de la facture serait alors à même de modifier le contenu contractuel du contrat. Mieux, il conviendrait alors d'observer la teneur finale de la facture pour décider du contenu contractuel du contrat. Une telle autonomisation du document ne paraît pas souhaitable. La facture serait alors propulsée à un rang que sa nature lui interdit en ce que ses mentions obligatoires seraient rétroactivement source d'obligations pour le vendeur. Voilà un mélange curieux que la liberté contractuelle ne peut tolérer. Les conditions d'escompte doivent être librement déterminées par les parties, au nom de l'article 1134 du code civil. Preuve étant qu'un acheteur qui appliquerait l'escompte prévu sur la facture sans respecter le délai de paiement correspondant ne remplit pas ses obligations et mettrait en jeu sa responsabilité contractuelle, comme a dû le rappeler l'administration[786].

Pour toutes ces raisons, l'article pourrait subir une retouche à l'endroit même des conditions d'escompte en indiquant à leur sujet qu'elles ne sont à reporter « *uniquement si de telles conditions existent, à défaut de quoi la facture doit mentionner que le paiement est effectué au comptant* ».

786Rép. min. à QE n° 3786, JOAN Q. 1er nov. 1993, p.3822.

291. *La « réduction directement liée à l'opération de vente ou de prestations de services ».* La loi n°96-588 du 1er juillet 1996 a ajouté une autre condition à celle de l'acquisition de la réduction à la date de l'opération : il faut que la réduction du prix soit « directement liée » à cette opération de vente ou de prestation de service » d'après l'actuel alinéa 3 de la disposition. L'introduction d'une telle exigence vise à faire échec à la pratique de la cagnotte[787] qui permet de regrouper sur une seule facture des ristournes acquises à l'occasion d'achat précédents et de diminuer ainsi le seuil de revente à perte des produits dernièrement acquis[788]. Ainsi, en obligeant le fournisseur a indiquer sur facture les remises directement liées aux achats, on s'oppose à la constitution d'une cagnotte. Le texte pourrait toutefois pêcher par son imprécision puisque comme nous l'avons vu. Les réductions de prix soumises à une condition suspensive n'ont pas à figurer sur la facture tant que la condition n'est pas réalisée, alors pourtant que celle-ci peut être directement liée à l'opération de vente ou à la prestation de service. Rappelons que l'objectif du texte est de prohiber la mention des remises accordées par un fournisseur en rémunération d'un service afin qu'elles ne puissent entrer dans le calcul du seuil de revente à perte autant qu'il souhaite faire échec à la coopération commerciale de façade[789], qui consiste a rémunérer les services spécifiques rendus par le distributeur par des réductions de prix alors que ces services sont détachables des contrats de vente conclus par ailleurs comme la Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer[790].

Il est regrettable que les articles L441-3 et L441-7 du code de commerce ne procèdent guère par renvoi pour lever toute ambiguïté, ce qui peut être adéquat pour ce type de situation[791]. En effet, l'article L441-7 pourrait tout à fait préciser, au titre de l'énoncé de la peine encourue en cas d'irrespect de ses prescriptions, que le contrat doit faire l'objet d'une facturation, conformément à ce que prévoit l'article L441-3. De son côté, l'article

787P. Arhel, « La technique de la cagnotte », D. aff. 1997, p. 300 ; F. Delbarre, « La nouvelle(?) facture », article précité, spe. p. 4.

788JOAN 22 mars 1996.

789Rép. min. n° 47190, JOAN Q, 17 mars 1997, p. 1409.
D'après l'article L441-1 du code de commerce : « *I - Le contrat de coopération commerciale est une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente* ».

790Com. 3 mars 2004, Bull. civ., IV, n°44 ; Paris, 5 oct. 2004, JCP E 2005, n° 31-34, p. 1332, obs. D. Mainguy.

791N. Molfessis, « Le renvoi d'un texte à un autre », *in Les Mots de la loi*, Coll. Études juridiques, Economica, 1999, p. 55.

L441-3 pourrait prévoir que la réduction de prix directement liée à l'opération de vente ou de prestation de service est entendue « *à l'exclusion des prestations de services rendues par un distributeur à son fournisseur dans le cadre d'un contrat de coopération commerciale prévu à l'article L441-7 du présent code ,qui devra faire l'objet d'une facture indépendante et conforme au présent article* ».

292. *Le problème de la « dénomination précise ».* Quant à cette mention, on ne peut reprocher au législateur d'avoir exprimé la recherche de la transparence par la précision. Mais le nombre de condamnations[792] sur le fondement de cette mention témoigne de la méconnaissance de sa portée. Le législateur pourrait alors intégrer le sens de la jurisprudence rendue à propos de cette mention au sein de la disposition même. Les décisions mentionnées font état de la nécessité pour les produits vendus et des services rendus qu'il soit fait état de leurs caractéristiques propres ainsi que de l'indication de la marque du produit. Surtout, au titre d'une volonté d'autonomisation du texte, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation saisie d'un litige portant sur une erreur matérielle de facturation décide que la dénomination doit permettre une identification de la prestation en cause de telle manière « *qu'il ne soit pas nécessaire de se référer aux documents qui les fondent*[793] ».

Il ne serait alors pas inutile de clarifier la disposition en y ajoutant les trois critères révélés par le contentieux à savoir que « *la dénomination précise des produits s'entend de celle permettant une identification exacte sans qu'il soit besoin de se référer aux documents qui les fondent ,notamment grâce au report de leurs caractéristiques ainsi que de leur marque* ». Il s'agirait davantage de sécuriser la facturation plutôt que de de rétablir un manquement au principe de légalité, que la disposition n'enfreint point selon nous ici.

§3. Proposition de mise en cohérence.

792En ce sens V. Crim. 6 déc. 2006, D.2007 p. 302, obs. E. Chevrier ; Crim. 10 mars 1999, D. aff. 1999, p. 704, obs. E. Pataut ; CCC 1999, nº 95, obs. M. Malaurie-Vignal ; Dijon, 4 déc. 2014, n° 12/00388 ;CA Aix-en-Provence, 18 déc. 2014, n° 2014/638 ; Paris, 23 mars 1999 : D. 1999. IR 140.

793 Com. 7 janv. 2014, n° 13-11894.

293. *Une constitutionnalité en question*. A notre connaissance, l'article L441-3 du code de commerce n'a fait l'objet d'aucune question prioritaire de constitutionnalité. Dans un domaine proche, mais qui consistait surtout en une question sur le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce, le Conseil constitutionnel a été saisi le 30 septembre 2010 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité à la Constitution des dispositions du paragraphe IV de l'article 47 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005, relative au seuil de revente à perte, et a estimé que ces dispositions n'avaient pas porté atteinte au principe de nécessité des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789[794]. Mais une autre donnée interroge. Dans une décision du 15 février 2011[795], la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le point de savoir si l'article L442-6-1°(avantage quelconque ne correspondant à aucune service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu) constitue une atteinte aux articles 34 de la Constitution et 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Au titre de ce refus, elle retient que les termes du texte visé sont clairs, précis, sans ambiguïté et ont fait l'objet d'une jurisprudence des juges du fond cohérente et nombreuse[796]. De tels arguments ne pourraient emporter la conviction à propos de la disposition commentée. Les écarts de raisonnement entre la Cour de cassation et les juges du fond peuvent être tout à fait perceptibles. Le non-renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité a d'ailleurs été justifié de la même manière dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 5 avril 2011[797], à propos cette-fois ci de l'article L442-6-I, 5° du code de commerce au sujet de la rupture brutale des relations commerciales.

Toujours est-il que les failles que nous avons cherché à mettre en exergue illustrent comment au sein d'un droit technique les principes les plus fondamentaux de la matière

794Cons. Const., 3 déc. 2010, décision n° 2010-74 QPC.

795Com. 15 fev. 2011, n° 10-21551.

796 Sur le problème de la lisibilité de la jurisprudence, V. X. Henry ,« Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation par le Bulletin civil », *Bull. inf. C. cass. 1er juin 2004, n° 599.*

797Civ. 5 avr. 2011, n° 10-25323.

pénale peuvent être impactés. Les solutions dégagées par la jurisprudence ne sont pas satisfaisantes. Elles portent indéniablement atteinte à l'accessibilité et à l'intelligibilité du droit.

294. *Proposition d'une réécriture partielle de l'article L441-3.* Sur la forme, l'actuel dispositif, tel qu'il a été codifié, est ramassé. Au titre de sa forme et à l'aune de l'objectif de simplification du droit, il devrait bénéficier d'une présentation formelle qui répond à son esprit. Nous pensons qu'une présentation sous forme de tirets, au besoin numérotés, permettrait de tracer une frontière plus nette entre les différentes mentions obligatoires. Elle est d'ailleurs tout autant commandée par le respect du principe de légalité, le manquement à la moindre des mentions imposées pouvant faire l'objet d'une condamnation. On pourrait d'ailleurs s'étonner que l'article L511-1 du code de commerce relatif à la lettre de change bénéficie d'une présentation nettement plus claire, alors que cette disposition n'est en rien concernée par l'ordre public de direction. Le contentieux semble rendre cette modification formelle indispensable tant les différentes portions de phrases longues peuvent être source d'ambiguïtés, comme en témoigne la situation des escomptes pour ne citer que cet exemple.

295. *Sur le fond.* On pourrait alors immédiatement nous opposer qu'en souhaitant irriguer la disposition de ses acquis jurisprudentiels, celle-ci sera plus longue et donc encore plus complexe. Or il n'en est rien, sauf à dire du principe de légalité qu'il doit reposer sur la paresse intellectuelle du destinataire du texte, ce que nous ne pensons pas. Bien au contraire, longueur ne rime pas avec complication. D'ailleurs, le principe de légalité n'interdit pas qu'un texte puisse porter sur une matière complexe ; il prohibe plutôt l'absence de prévision possible en raison de l'inintelligibilité totale du texte. Nous pensons en outre que sa longueur s'explique aussi parce que, conformément au principe de légalité tel que nous le défendons, il intègre des solutions dégagés tout à tour par l'administration, la jurisprudence et la doctrine. Il a pour unique objectif de faire de l'article L441-3 du code de commerce, certainement encore trop imparfait, une

disposition en accord avec sa jurisprudence dont certaines solutions ne nous paraissaient en aucun cas accessibles et compréhensives à la première lecture, et cela en méconnaissance du principe de légalité.

296. *Sur la rencontre de la lettre du texte avec son esprit.* Le problème principal de l'utilisation du droit pénal à des fins concurrentielles réside dans sa nature restrictive appliquée à une transparence extensive. Dès lors, pour ne pas subir les assauts de la critique légaliste, le texte peut tenter de parvenir de manière plus satisfaisante à faire correspondre l'objectif de transparence qu'il défend avec la méthode qu'il utilise à cette fin. Faire référence à l'ordre public économique et passer outre les exigences du droit pénal ne peut satisfaire le respect du principe de légalité. Ce serait mettre le droit pénal au service exclusif du marché, dans un état servant à son égard, lui qui doit tâcher de trouver un équilibre entre l'ordre et la sauvegarde des libertés. Son support doit alors évoluer, gagner en lisibilité, en transparence, en somme. La transparence d'ailleurs pourrait être mère d'autres disciplines. Elle pourrait s'avérer mère du principe de légalité, puisque celui-ci postule qu'une correspondance adéquate doit être établie entre le texte et l'incrimination. C'est cette même correspondance, traduisant une nécessité de « *soumettre l'exercice du pouvoir de punir à une prédétermination textuelle des infractions*[798] », qui doit être recherchée également afin que le droit de la facture demeure un instrument fiable d'orientation des conduites[799].

297. *Proposition.* Ainsi, il nous paraît nécessaire de proposer une réécriture de l'article L441-3 du code de commerce comme suit[800] :

> « *Tout achat de produit ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation conforme à l'ensemble des prescriptions du présent article.*
> *L'obligation de facturation peut également s'appliquer à tout achat de produit ou toute prestation de service effectués en dehors de toute activité professionnelle mais qui revêtent, par leur quantité ou leur répétition, un*

798A. Giudicelli « Le principe de la légalité en droit pénal français », Rev. sc. crim. 2007, p. 509.
799Sur l'idée de fiabilité du droit,V. P. Amsalek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964, spé. p. 66.
800Les passages en gras correspondent aux évolutions souhaitées. L'ordre des prescriptions est modifié.

caractère significatif.
Sous réserve des deuxième et troisième alinéas du 3 du I de l'article 289 du code général des impôts, le vendeur ou le prestataire de service est tenu de délivrer la facture dès la livraison ou la prise en charge de la marchandise ou dès la fin de l'exécution de la prestation du service[801].
La facture doit être rédigée en double exemplaire.
Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire
Sous réserve du c du II de l'article 242 nonies A de l'annexe II au code général des impôts, dans sa version en vigueur au 26 avril 2013, l'acheteur est tenu de réclamer une facture comportant les mentions obligatoires suivantes :

1° Le nom des parties ;
2° L'adresse des parties ;
3° La date de la vente ou de la prestation de service ;
4° La date à laquelle le règlement doit intervenir ;

5° La quantité (unité de produit ou service,ou poids, ou volume ou taux horaire,selon les usages de la profession ou de l'entreprise)[802] *;*

6° La dénomination précise des produits ou prestations de service, permettant leur identification exacte sans qu'il soit besoin de se référer à des documents annexes, notamment grâce au report de leurs caractéristiques ainsi que de leurs marques ;

7° Le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ;

8° Toutes les réductions de prix directement liées à cette opération de vente ou à la prestation de service, à l'exclusion des prestations de services rendues par un distributeur à son fournisseur dans le cadre d'un contrat de coopération commerciale qui devra faire l'objet d'une facture indépendante et conforme au présent article.En outre, seules sont exigées les réductions de prix acquises définitivement à la date de la vente ou de la prestation de service, dont toutes les conditions se sont déjà réalisées et qui les rendent liquides, certaines et exigibles ;

9° Tout escompte acquis à la date de la vente[803] *;*

801Rep. min. à QE n° 46291, JOAN Q 21 oct .1991 p. 4322 ; DGCCRF note de service n°5322, 3 fev. 1988.
802DGCCRF, note de service n° 5322 du 3 février 1988.
803Nous avons aussi proposé qu'une telle mention soit exclue du texte, puisque elle peut être comprise comme une réduction de prix et ainsi intégrer le 8°.

10° Les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente, uniquement si de telles conditions existent, à défaut de quoi la facture devra impérativement mentionner que le paiement est effectué au comptant ;

11° Le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture ;

12° Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier en cas de retard de paiement ;

13° En outre, toutes les mentions que l'art R.123-237 du même code rendrait obligatoire d'après la qualité du vendeur.

Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé ».

298. *Conclusion de la section.* Le report des mentions obligatoires sur la facture ne se fait donc pas sans difficultés. Dans sa fonction représentative d'une opération de marché, l'institution technique est pure contrainte. Au nom de la transparence dont elle souhaite porter les effets, la disposition de l'article L441-3 du code de commerce fait paradoxalement fi de toute clarté. La jurisprudence rendue à son sujet n'est pas d'un meilleur secours. Elle est fluctuante et génère des interprétations contraires, nuisant ainsi à la sécurité juridique en même temps qu'au principe de légalité. Qu'elle que soit l'évolution purement technique que le texte pourrait emprunter, il pourrait au moins intégrer ce que l'intelligibilité du droit commande.

299. *Conclusion du chapitre et du titre.* La dimension contractuelle de la facture faisait du document un modèle de représentation du contrat. Saisie dans sa dimension technique, la facture représente une opération de marché. Mais la réalisation de la facture en tant qu'institution technique nécessite une refonte substantielle. Le parallélisme des formes ne s'arrête pas là. En effet, si la dimension contractuelle de la facture double sa fonction de

représentation du contrat par une fonction de transport de la matière contractuelle, il en va de même quant à la dimension technique du document. En effet, au plan technique, la facture transporte également une matière, mais celle-ci est désormais obligatoire. Elle le réalise en transportant une valeur informationnelle d'une autre nature, fiscale cette fois-ci. Elle est donc à nouveau en charge de transporter une matière, obligatoire cette-fois ci et non liée à la volonté des parties. Le document profite alors pleinement des ressources que lui procure son apparence. Mais celle-ci n'est pas contrainte, elle profite avant tout à celui qui a pu légitimement se fier à la facture. Toutefois, il ne pourra être manqué de poser in fine la question de la rencontre des dimensions contractuelle et technique de la facture afin d'en percevoir les contours (titre 2).

TITRE 2.

La facture, mode de transport de la matière obligatoire : vers une autonomisation du document ?

300. Il ne pouvait être fait l'économie, au titre d'une étude générale sur la facture, des liens tout naturels que celle-ci entretient avec la matière fiscale. Bien plus, cette dernière fournit l'enseignement de ce que l'apparence du document peut suffire, à elle seule, à faire produire au document des effets juridiques autonomes. C'est à l'aune de ce constat qu'il faut concevoir l'ouverte d'une fenêtre fiscale (Chapitre 1).

Elle vient compléter de manière essentielle la rencontre des dimensions à la fois contractuelle et technique propres à la facture, dont nous avons voulu faire état et dont nous tenterons de réaliser, *in fine*, la synthèse, sorte d'antichambre à la conclusion générale de cette étude (Chapitre 2).

Chapitre 1 .

De la transparence à l'apparence : de l'autosuffisance de principe du document en droit fiscal.

301. *Valorisation du document par le droit fiscal.* La facture est un outil de transport de la matière obligatoire. Or l'économie de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) repose sur le principe fondamental selon lequel l'impôt inclus dans le prix d'une opération taxée est déductible de la taxe applicable à cette opération. Cette déduction est toutefois subordonnée, d'un point de vue formel, à la possession par les assujettis d'un document comportant distinctement la mention de la TVA. En général, ce document, qui justifie l'exercice du droit à déduction, est constitué par la facture remise par le fournisseur des biens ou des services. L'étude du contentieux fiscal témoigne d'un traitement particulier du droit fiscal à l'égard de la facture qu'il convenait d'isoler avant de pouvoir le mettre en perspective. Ce traitement est basé sur une principe d'autonomie que la facture doit au statut spécifique que la matière fiscale lui réserve. Cette autonomie est perceptible à deux titres. Elle s'observe tant à la lumière de l'apparence projetée sur le destinataire de la facture en matière de TVA (Section 1) qu'à la présomption de régularité que la matière fiscale attache à la facture au titre de la charge de la preuve (Section 2).

Section 1. De la condition formelle attachée au droit à déduction de la TVA : première manifestation de l'autonomie du document.

302. *Facture et apparence*. La facture est un document de mentions. Elle devient à ce titre un document d'apparence, celle-ci étant classiquement définie comme « *ce qui paraît, se montre clairement aux yeux*[804] ». Prise dans sa dimension contractuelle, nous avons pu observer que cette apparence était en principe insuffisante à produire des effets juridiques en raison de l'unilatéralité du document. Ainsi, ce que la facture montrait devait toujours être démontré. Néanmoins, le droit fiscal entretient avec l'apparence un lien des plus spécifiques[805]. Juridiquement, « *c'est ce qui, dans une situation juridique peut être connu sans recherche approfondie*[806] » et qui confère à une personne dupée par les apparences les mêmes droits que ceux qui auraient été les siens si la situation de droit à laquelle elle a cru avait été réelle[807]. En droit fiscal, la théorie de l'apparence trouve ses origines dans la jurisprudence Lemarchand du 20 février 1974[808] rendue à propos des effets fiscaux d'une convention de prête-nom. Mais au-delà de la particularité de l'espèce, le droit fiscal entretient un lien spécifique avec l'apparence en ce qu'il la dépasse ou choisit au contraire de la consacrer. La facture est dès lors immédiatement concernée par cette logique à double détente.

Pour être récupérable, la taxe sur la valeur ajoutée doit figurer sur une facture établie par le fournisseur comportant les mentions obligatoires prescrites par l'article 289 du code général des impôts ainsi que l'article 242 nonies A de l'annexe II du même code.

Une telle exigence a été validée par la Cour de justice des communautés européenne qui a jugé qu'il résultait des articles 18§1 a et 22§3 a et b de la sixième directive TVA qu'il est permis aux États membres de subordonner l'exercice du droit à déduction à la détention

804Dictionnaire, Le nouveau petit Robert ,V° « Apparent »

805Sur l'ensemble de la question, V. F. Durand, *L'apparence en droit fiscal*, préface Thierry Schmitt, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 507, 2009.

806G.Cornu, Vocabulaire juridique, V°« Apparence »

807Ass. Plen. 13 déc. 1962, D. 1963, p. 277 note J. Calais-Auloy ; RTDciv. 1963, p. 572, obs. G. Cornu.

808CE 7ème, 8ème et 9ème SS, 20 fév. 1974, Dr .fisc. 1974, n°30, com. 958, concl. D. Mandelkern ; Pour une relativisation de la portée de la théorie de l'apparence en droit fiscal, V. P-F. Racine, « Bref retour sur la jurisprudence Lemarchand et la théorie de l'apparence » *in* E tudes a la me moire du professeur Maurice Cozian, Étude de fiscalité des entreprises, Litec, 2009 p. 145.

d'une facture contenant obligatoirement certaines mentions nécessaires pour assurer la perception de la TVA et son contrôle par l'administration fiscale[809]. La même Cour avait toutefois posé une ligne directrice de souplesse dans l'application des conditions formelles, celles-ci ne devant avoir pour seule finalité de s'assurer que la taxe déduite a éternellement grevé les biens et services d'amont[810]. Une telle marge de manœuvre à propos du caractère de complétude que doit représenter la facture, n'est absolument pas connue de la matière commerciale. En effet, l'infraction contenue dans le texte de l'article L441-3 du code de commerce est une infraction *per se*. Aucune ligne directrice ne permet au magistrat saisi de se demander par exemple si le manquement aux règles de facturation a eu un effet concurrentiel négatif. Cette rencontre des dimensions techniques, à la fois commerciale et fiscale, fait état d'une distorsion dans l'appréciation des conditions de formes relatives à un même document au sujet d'une même opération économique, ce qui justifiera d'autant plus leur franche rencontre *in fine* au sein de la synthèse.

Mais celle-ci n'a de sens qu'au prix d'une analyse des décisions rendues en matière fiscale qui rendent compte d'une certaine forme de souplesse dans l'appréciation de la matière obligatoire que la facture peut transporter.

En matière de taxe sur la valeur ajoutée, le Conseil d'État peut autoriser les assujettis à déduire une taxe normalement non déductible en raison de l'apparence dont ils ont été les victimes[811]. En effet, la Haute juridiction a pu juger qu'un assujetti à la TVA est en droit de déduire la taxe que lui a facturé une personne du moment qu'il avait légitimement pu penser que son fournisseur avait eu le droit de la lui facturer et qu'il ignorait que tel n'était pas le cas « *dès alors qu'il n'était pas manifeste que le fournisseur n'eut pas rempli les obligations l'autorisant légalement à faire figurer la TVA sur les factures*[812] ». Cette solution de principe a été évidemment réaffirmée depuis[813]. La doctrine fiscale fonde

809CJCE,14 juill. 1988, aff. C-123/87, *Jeunehomme* et aff. C-300/87, *SA EGI*, RJF, déc. 1988, n°1396.

810*Ibid.*

811J-C. Bouchard et O. Courjon, « Comment la fraude à la TVA nous oblige à passer du savoir certain à l'ignorance légitime ? », LPA 2007, n°252, p. 3.

812CE, 8ème et 9ème SS, 29 déc. 1978, RJF, mars 1979 p. 75, chron. J-F. Verny, « Facturation et déduction de la taxe payée au fournisseur » ; V. également CE 24 nov. 1982, RJF, janv. 1983, n° 47 ; CE 28 fév. 1983, RJF, mai 1983, n° 634 ; CE 9 nov. 1994 n° 129632, *SARL Les Peintres de Paris* ; CE 20 oct. 2000, n° 182156, *SARL Evasion 2000,* RJF, janv. 2001, n° 76.

813CE, 9ème et 10ème, 4 août 2006, *SA Warsemann automobiles*, Dr. fisc. 2007, n°7, com. 188, concl. S.Verclytte. Le Conseil d'État considère dans cette décision que le fisc ne peut remettre en cause le principe de l'imposition sur la

traditionnellement cette solution sur l'erreur légitime causée par les circonstances de l'apparence, erreur qui peut être définie comme « *celle qu'aurait commise un bon père de famille, appréciée in abstracto, par référence au standard de l'être moyen ni trop diligent ni trop suspicieux et (qui) conduit à se demander quel aurait été l'état d'esprit de cet individu moyen à la vue des éléments de fait auxquels l'errant a été confronté*[814] ». C'est à cet endroit précis, au titre pourtant « *des éléments de fait* », que la facture assume un rôle fondamental contrairement à ce que sa dimension contractuelle ne lui permet de faire qu'à de très rares exceptions. Nous avions vu en effet que dans ses effets horizontaux, ce n'est qu'en vertu par exemple d'un silence prolongé du destinataire de la facture, dans des circonstances bien spécifiques, que l'apparence du document et la clause qu'il renferme peuvent avoir effet. La logique fiscale est à ce point contraire que la facture démontre alors toute la richesse des problématiques qu'elle suscite. Elle est ici autonome. Cette même facture jadis enfermée dans ses faiblesses constitutives, son unilatéralisme et son caractère post-contractuel, devient la source unique, sur le fondement de l'apparence qu'elle crée, d'un droit subjectif à déduction de la TVA.

303. *Facture fraude carrousel*[815] *: maintien de l'apparence.* Le circuit caractérisant la fraude carrousel tient en la mise en place d'une chaîne de sociétés dans plusieurs États réalisant entre elles des acquisitions intracommunautaires et des livraisons intracommunautaires et/ou des importations et des exportations. Il consiste à créer artificiellement des droits à déduction par l'intermédiaire de sociétés éphémères ou « taxi » qui ont pour rôle de générer de la TVA grâce à un circuit de facturation, dont nous mentionnons déjà l'existence au sujet des fausses factures. L'apparence suscitée par la facture s'avère, au sein du marché unique qui repose sur un régime commun concernant la TVA, responsable d'un nouveau type d'agissements frauduleux. Dans un tel circuit, la facture transporte une TVA fictive en vertu de sa valeur informationnelle. En effet, dans un tel circuit, il n'est pas essentiel que la marchandise existe ou circule réellement puisque le

marge appliqué de bonne foi par un négociant de véhicules d'occasion.

814F. Durand, *L'apparence en droit fiscal*, thèse précitée, spe. p. 24, n°82.

815M. Wolf, « Éradiquer la fraude carrousel », Dr. fisc., déc. 2014, p. 696 ; O. Fouquet, « L'administration fiscale a-t-elle les moyens juridiques de lutter contre la fraude fiscale ? » Rev. Admin. 2006, n°349, p. 44. ; Y.Sérandour, « La fraude au droit à déduction de la TVA selon la CJUE », Dr. fisc. 2012, n°3, p.6.

but des participants n'est pas de réaliser une opération économique et commerciale mais de partager une TVA éludée frauduleusement, d'obtenir la déduction ou le remboursement de la TVA qui n'a jamais été acquittée en amont et de diminuer le prix de la marchandise afin de gagner des parts de marché. Pour autant, il se peut tout à fait que le fournisseur, au début de la chaîne frauduleuse, ignore totalement que les opérations antérieures ou postérieures sont frauduleuses. Le Conseil d'État, juge dans un arrêt du 27 juillet 2005[816] « *qu'un assujetti à la TVA disposant de justificatifs de l'expédition de biens à destination d'un autre État membre et du numéro d'identification à la TVA de l'acquéreur doit être présumé avoir effectué une livraison intracommunautaire exonérée* », à charge pour l'administration d'établir que la livraison en cause est purement fictive. Il est donc affirmé que la circonstance que le destinataire de la livraison serait une personne dépourvue d'activité réelle ne suffit pas, à elle seule, à combattre la présomption dont bénéficie le fournisseur de bonne foi en vertu de la facture qu'il détient. La jurisprudence communautaire ultérieure a également posé comme principe qu'une opération intracommunautaire n'est pas entachée de fraude à la TVA du seul fait qu'elle s'inscrit dans un circuit de fraude de type « carrousel » sans que l'opérateur en cause sache ou puisse savoir qu'une autre opération antérieure ou postérieure à celle qu'il avait réalisée est entachée de fictivité et de fraude à la TVA[817].

304. *Facture, apparence et tolérance.* Mais, bien plus, la détention du document recèle une telle autonomie pour la matière fiscale que des manquements quant à son contenu n'excluent pas qu'il parvienne à produire son effet déductif. Ainsi, il a été admis que lorsqu'une facture est établie à un autre nom que celui du redevable, celui-ci peut apporter la preuve que des mentions étaient en réalité erronées à raison d'une erreur matérielle ou d'habitudes invétérées des fournisseurs[818].

S'agissant encore de la mention du numéro d'identification à la TVA de l'acquéreur, il a

816CE 27 juill. 2005, Sté Fauba France, RJF nov. 2005, n°117, concl. L. Olléon ; BDCF nov. 2005, n° 129, obs. O. Fouquet Rev. Admin 2006, p. 44.

817CJCE 12 janv. 2006 aff. C-354/03, C355/03, C484/03, *Optigen Ltd*, RJF, avr. 2006, n° 488, concl. L-M. Poiares ; RTDcom. 2006 p. 508, obs. O. Fouquet ; V. dans le même sens , CJCE 11 mai 2006 aff. C-384/04, *Federation of Technological Industries e.a.*, RJF août-sept. 2006, n° 1135 concl. L-M. Poiares ; CJCE 6 juill. 2006 aff. C-439/04 et C-440/04, *Axel Kittel et Recolta Recycling SRPL*, RJF oct. 2006, n° 1301.

818CE, 7ème et 8ème SS, 12 janv. 1977, Dr. fisc. 1977, n°19-20, comm. 815; RJF, mars 1977, n°139 ; CE 22 janv. 1982, *SARL Thirionet*, Dr. fisc. 1982, n°39 comm. 1789 ; RJF, mars 1982, n° 253 ; CE, 8ème et 9ème SS, 9 déc. 1991, *SA Sud-Ouest Medical*, Dr. fisc. 1992, n°13, comm. 687 ; RJF, fev. 1992, n°199.

été jugé que « *l'absence de mention de ce numéro sur une facture ne saurait entraîner à elle seule la perte du droit a exonération prévu au I de l'article 262 ter du CGI pour les livraisons intracommunautaires ; qu'il appartient toutefois dans ce cas à l'assujetti d'apporter la preuve par tout moyen de ce que l'acquéreur était effectivement identifié à la TVA au moment où les bien ont été livrés*[819] ».

Aussi, dans deux arrêts du 10 novembre 2004, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé, a propos du nom porté sur la facture, que lorsque l'assujetti est en possession d'une facture établie à un autre nom que le sien, il perd la présomption de déductibilité qui aurait découlé de l'inscription de son nom sur le document mais conserve la possibilité d'apporter la preuve du règlement effectif par lui-même de cette facture et du fait qu'elle a été exposée pour les besoins de ses propres opérations imposables.

Conscient des principes de confiance légitime, de neutralité et surtout de proportionnalité qui constituent le régime TVA[820], le Conseil d'État a encore jugé dans une décision en date du 26 mars 2012[821] que l'absence du nom du client sur la facture ou son caractère erroné pouvait ne pas faire obstacle à ce que la taxe soit déductible dans le cas où l'assujetti apporte la preuve par tous moyens du règlement par lui-même de cette facture pour les besoins de ses propres opérations imposables.

305. *Facture et acte authentique : limite.* La portée de cette souplesse n'est toutefois pas absolue. La cour administrative d'appel de Lyon[822] a jugé que l'acte authentique ne vaut facture pour la déduction de la TVA que s'il comporte l'ensemble des mentions visées à l'article 242 nonies A de l'annexe II au code général des impôts. En l'espèce, une personne exerçait l'activité de loueur en meublé professionnel depuis le 26 novembre 2007 après avoir acquis, le 9 octobre 2007, un bien immobilier, destiné à la location. L'acte de vente indiquait alors que l'assiette des droits était constituée par « *le prix de la présente vente, soit 195 076 euros, dont taxe sur la valeur ajoutée sur marge 20 030 euros* » . La question était de savoir si l'acte de vente valait facture au point qu'il puisse

819CE 9ème et 10ème SS, 30 déc. 2010, *SARL Verimex*, RJF avr. 2011, n°424.

820Y. Sérandour, « La fraude au droit à déduction de la TVA selon la CJUE », Rev. Dr. fisc. 2012, n°3, p.6.

821CE 10ème et 9ème SS, 26 mars 2012, n° 326333.

822CAA Lyon ,5ème ch., 5 avr. 2012, n° 11LYO1863, *M.Caron* ; dans le même sens , V. déjà CAA Marseille, 10 juin 2010, n° 07MA04926, *SCI La Brûlerie*.

permettre la déduction de la TVA. Le réponse fut duale. D'abord, la cour a confirmé la jurisprudence selon laquelle l'acte de vente valait facture s'agissant d'une opération immobilière[823]. Aussi, l'administration admet que l'acte notarié de vente comportant l'ensemble des mentions visées à l'article 242 nonies A de l'annexe II au code général des impôts vaut facturation. Ensuite, la cour juge que les mentions visées à l'article 242 Nonies A de l'annexe II au code général des impôts étaient impératives pour l'exercice du droit à déduction. L'acte litigieux n'allait alors pas pouvoir recevoir la qualification de facture puisqu'il ne faisait état ni de la marge hors taxe réalisée par le vendeur, ni du de taux sur la valeur ajoutée appliqué à cette marge en violation des dispositions de l'article 242 nonies A. Ainsi, le droit a déduction ne pouvait être octroyé en l'espèce. Mais cette limite est encore entaillée. Le Conseil d'État a pu faire preuve de pragmatisme, lorsqu'il juge par exemple que la taxe est déductible dès lors qu'elle est mentionnée sur la facture même si le prix est indiqué TTC avec retenue au taux de taxe appliqué, mais sans précision du montant exact de la taxe[824]. Le degré de généralité de la solution la rend d'autant plus rigide qu'elle s'applique également à des particuliers là où certains tribunaux s'avéraient moins exigeants[825]. Restait alors la question de savoir s'il y avait la possibilité de combler d'éventuelles lacunes par l'émission d'une facture rectificative. Le Conseil d'État a estimé que cela restait possible[826] quant au principe, la facture pouvant alors reprendre son empire, mais que, cependant, une attestation du vendeur postérieure à la notification des rappels litigieux ne saurait valoir facture rectificative[827].

306. *Société en formation. Autonomie relative de la facture quant à l'engagement représenté, au titre de la reprise des actes : le trésor va au Trésor.* Le même pouvoir de déduction attaché au document se retrouve en matière de société en formation. Pendant la période de formation de la société, celle-ci n'ayant pas d'existence juridique, la facture

823CE, 8ème et 3ème SS, 19 mars 2003, *SARL Cabinet Giordano*, Dr. fisc. 2003, n°26, comm. 495, G. Bachelier ; JCP N 2004, p. 1350, note N. Gonzalez-Gharbi.

824CE 9ème et 7ème SS, 22 janv. 1992, *SA Spéctacles Opéra*, RJF, mars 1992, n°382.

825TA Versailles, 1ère ch. 20 mai 1996, *Fourgeaud*, RJF, janv. 1997, n°22.

826CE 8ème et 9ème SS, 17 fév. 1982, *M. Raimond*, Dr. fisc. 1982, n°41, comm. 1864.

827Le Conseil d'État avait déjà jugé que des attestations émanant d'un notaire ne valaient pas factures rectificatives. V. CE 7ème et 9ème SS, 2 mars 1983, Dr fisc.1983, n°26, comm. 1430.
Il en est de même à propos des attestations de fournisseurs, CE, 3 mai 1995, *SNCM Helle*, RJF, juill. 1995, n°837.

est généralement établie au nom de l'associé fondateur. Or, une entreprise n'est en principe pas autorisée à déduire la taxe figurant sur des factures qu'elle détient mais qui sont établis à un autre nom que le sien si elle ne justifie pas qu'il s'agit d'erreurs matérielles. Néanmoins, la jurisprudence est venue tempérer cette solution[828]. En effet, la TVA payée au cours de la période de formation est récupérable si l'achat a été effectué dans l'intérêt de la société en vue de sa création. Il en va de même si la société a ratifié l'acte d'achat une fois l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés effectuée et, enfin, si le fondateur n'a pas lui-même utilisé le bien pour exercer une activité taxable. On notera que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne juge de son côté que les articles 9, 168 et 169 de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006[829] doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui ne permet ni aux associés d'une société ni à cette dernière de faire valoir un droit à déduction de la TVA payée en amont sur des frais d'investissement effectués, par ces associés, avant la création et l'enregistrement de ladite société pour les besoins et en vue de l'activité économique de celle-ci[830]. Le droit français est plus rigide en ce qu'il commande que la souplesse ne soit acquise qu'au moment de la reprise des actes. La solution établit donc une correspondance entre l'article 1843 du code civil, propre à la reprise des actes, et le pouvoir déductif attribué à la facture. La jurisprudence sait retrouver en revanche une certaine rigueur en la matière quand elle décide du refus de la récupération de la TVA pour des factures établies au nom du fondateur au cours du mois de constitution de la société lorsque rien ne faisait obstacle à ce que les factures soient directement libellées au nom de la société[831]. Toutefois, si la solution rendue est également due à l'incorporation de la facture au mécanisme de la reprise, l'absence de cette dernière ne peut permettre d'échapper à la TVA lorsque l'engagement que la facture traduisait au titre d'une éventuelle reprise ne l'a finalement pas été. C'est ce que juge le Conseil d'État, dans un arrêt du 27 février 2013[832], dont la motivation fait état pour

828CE 30 avr. 1980, *SCI Guinard-Montrouge*, RJF, juin 1980, n° 485.

829Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, JOUE du 11 décembre 2006.

830CJUE 1er mars 2012, aff. C/280/10, Kopalnia Odkrywkowa Polski Trawertyn P. Granatowicz, M. Wasiewicz spolka jawna, RJF, mai 2012, n° 545.

831Nantes, 19 déc. 2000, n° 97-2199.

832CE 27 fev. 2013, Sté civile du nouvel économiste, RJF, mai 2013, n° 486.

ce qui nous concerne, de l'autonomie avec laquelle le document est traité et plus largement de l'indépendance du droit fiscal avec le mécanisme de la reprise lorsque celle-ci vient soutenir la thèse d'une non obligation au paiement de la taxe en cause. La motivation est sur ce point très éclairante. Le Conseil d'État commence par rappeler qu'en vertu des dispositions de l'article 283, 3 du code général des impôts « *toute personne qui mentionne la TVA sur une facture ou tout autre document en tenant lieu est redevable de la taxe du seul fait de sa facturation* » et qu'ainsi « *une société qui mentionne un montant de TVA sur une facture en est en principe redevable* ». On notera au passage que le Conseil d'État valide la thèse de l'autonomie en déduisant l'existence d'une obligation fiscale « *du seul fait de sa facturation* ». Le Conseil d'État rappelle d'ailleurs régulièrement le rôle présomptif qu'elle attribue à la facture[833]. Fort heureusement, cette autonomie subit les limites de l'erreur[834]. Mais le Conseil d'État ne l'identifie pas en vérifiant qu'elle ne pouvait être constatée en l'espèce car « *la facture avait été émise à l'en-tête de la société (...) deux jours après sa création mais avant son immatriculation (…) par son principal associé (…) désigné comme son gérant (…) et ainsi (...) cette facture n'était pas intervenue à l'insu de la société* » pour en conclure que « *la société est redevable de la TVA qu'elle a mentionnée sur une facture à son en-tête* » et qu' « *est inopérant le moyen tiré de ce que cette facture, émise avant son immatriculation, constituait un engagement au sens de l'article 1843 du Code civil...* ». L'autonomie de la facture est ici irrigué par le flux d'enrichissement auquel a pu conduire l'acte qu'elle sous-tend. Dès lors, le droit fiscal retrouve son empire sur une pratique qui pourrait s'avérer des plus frauduleuses pour échapper à la TVA et qui consisterait à ne pas reprendre l'acte que la facture vient traduire pour échapper de manière corrélative au paiement de la TVA. La facture devient dès lors un objet d'appropriation pour le droit fiscal qui voit en elle la trace d'une opération économique et d'une richesse potentielle. C'est cette même appropriation qui confère à la facture une telle autonomie, faisant jouer à plein la présomption de l'article 283, 3 du code général des impôts.

833CE 25 juin 2003, *M. Arnaudo*, RJF, oct. 2003, n° 1095, concl. S. Austry.
834V. notamment CE 17 déc.1976, RJF, fev. 1977, n° 100 ; CE 23 fév. 1979, RJF, avr. 1979, n° 235.

307. *Conclusion de la section.* Pour autant, le droit fiscal observe à l'égard du redevable une position médiane en ce qu'il prévoit que la facture puisse constituer pour lui une présomption de régularité de ses opérations imposables. La force de l'apparence ne joue donc décidément pas qu'à double sens, au sein d'une branche du droit qui a décidé d'en faire un rude pilier (section 2).

Section 2. De la présomption de régularité attachée au document en matière probatoire : seconde manifestation de l'autonomie du document.

308. *Facture et présomption : un lien inédit.* A l'inverse de la portée probatoire discutée de la facture en matière contractuelle, le droit fiscal établit pour sa part une présomption de régularité des opérations imposables justifiées par des factures.

Lorsqu'il s'agit de démonter si les sommes portées sur des factures déductibles au bénéfice imposable par application des dispositions du 1° paragraphe 1 de l'article 39 du code général des impôts, le droit fiscal supporte donc, au titre de la charge de la

preuve[835], une forme de de souplesse qui contraste avec les hypothèses dégagées au sein de la première partie de cette étude.

Les règles de dévolution de la charge de la preuve en matière de charges incombant au contribuable ont d'abord été fixées par l'arrêt Renfort Service[836]. Le principe veut qu'en vertu des l'article 39 I et 54du code général des impôts, il appartienne au contribuable de justifier dans son principe comme dans son montant de l'exactitude des écritures de charges reportées dans sa comptabilité[837] et que c'est à l'administration qui entend invoquer l'existence d'un acte anormal de gestion qu'il incombe de démontrer que les charges en causes n'ont pas été motivées dans l'intérêt du contribuable, nonobstant les règles procédurales de dévolution de la charge de la preuve. La question est alors de savoir si la facture produite par le contribuable répond aux exigences textuelles et suffit à apporter la preuve satisfaisante qui lui incombe du caractère déductible des charges. Il serait alors acquis que l'autonomie de la facture doit être garantie comme la Cour de justice de l'Union européenne le rappelle d'ailleurs régulièrement : « *le droit à déduction (…) fait partie intégrante du système de la TVA et ne peut en principe être limité*[838] ». La facture est ainsi le vecteur d'un droit indispensable à la garantie de la neutralité du système commun de la TVA qui repose lui-même sur un droit à déduction permettant au contribuable de poursuivre son activité économique.

Ce droit suppose néanmoins, au détriment d'une fluidité absolue, qu'il faille pour les juridictions nationales refuser le bénéfice de ce droit lorsqu'il est établi au vu d'éléments objectifs ou qu'il est invoqué frauduleusement ou abusivement[839].

En droit interne, un arrêt est sur ce point venu troubler une dialectique jusque là paisible en ce qu'elle avait point de départ la présomption de régularité attachée à la facture. La décision de Section du Conseil d'État du 20 juin 2003[840] établit qu'il appartient à chaque partie d'établir les faits qu'elle invoque au soutien de ses prétentions, mais les éléments

835O. Fouquet, « Jusqu'où théoriser la charge de la preuve ? », RJF, juill. 2007, p. 631.

836CE 27 juill. 1984, RJF, oct. 1984 n°1233 ; CE 27 juill. 1988 n°50020 ; CE 8 août 1990, *SA Intertrans*, RJF, oct. 1990, n° 1252.

837Sur l'application du principe et le refus en conséquence du droit à déduction, V. par exemple CE 12 janv. 1977, RJF, mars 1977 p. 111.

838V. par exemple CJUE 21 juin 2012, aff. C-80/11 et C-142/11, *Mahageben kft et David*, RJF, oct. 2012, n° 973.

839CJUE 29 mars 2012, aff. C-414/10, *Véleclair*, RJF, juin 2012, n° 672.

840CE 20 juin 2003, *Sté des Établissements Lebreton*, RJF, oct. 2003, n°1140.

de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne peuvent être réclamés qu'à celle-ci. Pour les dépenses justifiées par des factures, l'application de cette règle reviendrait à réserver aux contribuables un sort particulièrement lourd. En effet, à la lecture de la règle dégagée, il serait exigé du contribuable qu'il soit en mesure de produire, en sus de la facture, tous les éléments justifiant la réalité de la contrepartie retirée et ce sur simple demande de l'administration, sans qu'il soit besoin que cette demande soit motivée.

La sévérité qui aurait pu conduire à une telle solution a amener le Conseil d'État à revoir sa copie dans l'hypothèse particulière des dépenses constituant des charges déductibles justifiées par des factures, puisque avant cette jurisprudence, elles constituaient des présomptions de preuve régulières[841]. Ainsi, dans un arrêt du 21 mai 2007, *ministre c. Sté Sylvain Joyeux*, le Conseil d'État a décidé que « *lorsqu'une entreprise déduit en charges une dépense réellement supportée, conformément à une facture régulière relative à un achat de prestations ou de biens dont la déductibilité par nature n'est pas contestée par l'administration, celle-ci peut demander à l'entreprise qu'elle lui fournisse tous éléments d'information en sa possession susceptibles de justifier la réalité et la valeur des prestations ou bien ainsi acquis* ». Le Conseil d'État a encore précisé « *que la seule circonstance que l'entreprise n'aurait pas suffisamment répondu à ces demandes d'explication ne saurait suffire à fonder la réintégration de la dépense litigieuse, l'administration devant alors fournir devant le juge tous éléments de nature à étayer sa contestation du caractère déductible de la dépense* » et « *que le juge de l'impôt doit apprécier la valeur des explications qui lui sont respectivement fournies par le contribuable et par l'administration* ».

Par une décision *ministre c. société Solamat Merex*[842], cette jurisprudence a été complétée ainsi : « *si l'administration apporte des éléments suffisants permettant de penser que la facture ne correspond pas à une opération réelle, il appartient alors au contribuable d'apporter toutes justifications utiles sur la réalité de cette opération* ». Ainsi entendue, l'autonomie de principe du document paraît sauve.

841CE 8 août 1990, *Sté Intertrans*, RJF, oct. 1990 n° 1252.
842CE 6 juin 2008 n° 299279.

En conséquence, le Conseil d'État a pu décider qu'une facture ne détaillant pas la consistance des prestations accomplies par un bureau d'études ne saurait être regardée comme irrégulière pour ce seul motif[843]. Le Conseil d'État était saisi dans cette affaire d'un pourvoi dirigé contre une cour administrative d'appel qui avait relevé que le contribuable avait présenté au vérificateur quarante-deux factures émises par des bureaux d'études. L'arrêt d'appel soutenait que ces factures étaient très sommaires et qu'elles ne détaillaient guère suffisamment les prestations facturées. Il en était alors déduit que « *compte tenu de cette carence, la société requérante n'établit pas les dépenses dont elle demande l'inscription en charge sont justifiées par des factures régulières et, par suite, n'apporte pas la preuve qui lui incombe, du bien-fondé de l'inscription de ces charges en comptabilité* ». A la lumière de la jurisprudence *ministre c. Sté Sylvain Joyeux*, le Conseil censure ce raisonnement. En effet, dans la mesure où l'administration ne faisait valoir aucun élément de preuve devant les juges du fond, la balance de la preuve devait pencher en faveur du contribuable[844].

Dans une autre affaire[845], une entreprise de plomberie et génie climatique avait déduit de ses résultats imposables des honoraires versés à deux sociétés intermédiaires pour permettre à l'entreprise de plomberie l'attribution de marchés. Néanmoins, l'administration avait réintégré ces honoraires dans ses résultats au motif habituel que le contribuable n'avait pu produire les documents nécessaires à la justification de la réalité et de la nature des prestations effectuées pour elle par ces deux sociétés intermédiaires. Par ailleurs, il est à souligner que l'administration avait refusé également la déduction de la TVA afférente à ces prestations, motif pris de la fictivité des factures. Sur le fond du litige, le Conseil d'État, comme dans l'affaire Sylvain Joyeux, admet au contraire que de telles prestations puissent ne pas donner lieu à d'autres documents que les factures émises pour le paiement des honoraires, déclarant que leur réalité peut être établie par l'obtention des marchés en cause[846].

843CE 1 fév. 2011, RJF, mai 2011, n°625 ; BDCF, mai 2011, n°63, concl. E. Cortot-Boucher, rapporteur public.

844Les règles sont les même à propos de la déductibilité de la TVA. V. en ce sens, CE 18 sept. 1998, *Sarl Diva,* RJF, nov. 1998, n°1330, concl. G. Goulard, p. 844.

845CE 6 oct. 2008, *Société Coopérative ouvrière de production Union Technique du Bâtiment* ,RJF, déc. 2008, n° 1315.

846Pour des hypothèses de factures fictives, V. CE 23 juin 1982, RJF, août-sept. 1982, p. 398.

309. *Facture et présomption : un lien tenace*. Le Conseil d'État s'est également prononcé dans un cas d'espèce relatif aux charges facturées par une société à sa filiale[847]. Le mécanisme était simple : une société avait conclu avec une filiale une convention aux termes de laquelle elle mettait plusieurs de ses salariés à la disposition de la filiale pour la réalisation de diverses prestations d'assistance. Plus précisément, la convention prévoyait le paiement annuel par la filiale d'une rémunération de ces prestations calculée par référence au prix du marché. En revanche, l'administration a relevé que ces charges étaient excessives et devaient être réintégrées au résultat de la filiale. Les juges du fond non pas plus accordé la décharge motif pris de l'absence de lien probant entre les éléments produits par la société et les sommes facturées *in fine*. Le Conseil a alors censuré ce raisonnement en raison de l'erreur de droit qu'il comportait. En l'espèce, le Conseil d'État reproche aux juges d'appel de ne pas avoir relevé que l'administration était en mesure de contredire ces affirmations, alors pourtant que la société redressée faisait état des conventions avec sa filiale, des factures annuelles émises par la société mère ainsi que d'indications détaillant le mode de facturation. Il appartenait donc aux juges d'appel de ne regarder les charges comme étant excessives qu'à la lumière des critiques formulés par l'administration, ce que l'arrêt d'appel ne mentionnait absolument pas.

Mais la logique suivie est ici différente. La motivation du Conseil d'État démontre qu'elle ne repose pas sur la présomption attachée aux factures, en raison du contexte mère-fille qui affaiblit leur vraisemblance. Le Conseil autorise l'inscription en charges des dépenses justifiées par les factures mais visant, sans logique de présomption aucune attachée à la facture, la preuve « *des éléments de comparaison entre les tarifs horaires facturés par la société mère (…) et les tarifs habituellement pratiqués en la matière* », et d'autre part, « *des éléments d'analyse tendant à établir que le nombre d'heures de travail que les trois personnes mises à sa disposition consacraient respectivement à leur mission d'assistance auprès d'elle et à leurs responsabilité au sein de la société mère, dont ils étaient les salariés, s'expliquait par l'importance relative des tâches à accomplir au sein des deux sociétés* ».

Aussi sur le fond, la décision est intéressante et nous fera songer à ce que nous avons

847CE 16 mai 2008, *Sté Selafa Géomat*, RJF, août-sept. 2008, n° 1002, concl. F. Séners.

déjà exposé à propos de la facture lorsque elle est porteuse du prix du contrat .

Il est en effet très intéressant de noter que le Conseil d'état ici relève que pour contrer les justificatifs apportés par la société au soutien des factures , « *l'administration n'a formulée qu'une critique de principe du calcul de la rémunération qui n'aurait pas dû excéder 10 % du prix de revient pour en déduire le caractère excessif des charges produites* » . A l'aune de la facture, on remarquera alors le lien de parenté que cette jurisprudence entretient avec l'abus en matière de fixation unilatérale du prix à propos duquel nous soulignions qu'il ne s'agissait pas d'observer pour le juge un niveau objectif de prix mais un abus dans la fixation de celui-ci.

310. *Groupe de sociétés*. Toujours est-il qu'au plan fiscal, le raisonnement est différent de celui qui est tenu dans la décision Sylvain Joyeux, en raison du contexte particulier du groupe de sociétés. La présomption de régularité peut toutefois, comme son régime le commande, être combattue. Néanmoins, un arrêt récent sème le doute et son interprétation *a contrario* laisserait tout à fait penser que la facture peut assumer un rôle de présomption simple de véracité de l'opération en cause, y compris au sein d'un groupe de société.

La jurisprudence a eu alors à résoudre un cas similaire au sein d'un groupe de sociétés, à propos d'une déduction à la TVA cette fois-ci. On pourrait alors songer à ce que le Conseil d'État retienne la même logique qu'en matière de charges déductibles établies par des factures. Pourtant, dans une décision du 3 décembre 2014[848], le Conseil d'État n'appliquera pas le même raisonnement, redonnant ainsi toutes ses lettres de noblesse à la facture en matière fiscale et faisant alors de la jurisprudence précitée un cas bien particulier. Cela étant, précisons immédiatement qu'il ne s'agit point d'un revirement de jurisprudence. En effet, la décision que le Conseil d'État a rendu le 16 mai 2008[849] mettait certes en exergue une relation « mère-fille » mais portait sur le point de savoir si des factures étaient suffisantes, à titre de présomption au moins, pour caractériser la réalité des dépenses engagées au titre des charges déductibles, ce qui reste étranger au sort de

848CE 3ème et 8ème SS, 3 déc. 2014, *Me Samzun, liquidateur de la Sté Garnier Choiseul Holding*, RJF, mars 2015, n° 240.

849CE 16 mai 2008, n°288101, *Sté Selafa Géomat.*

la TVA. La réalité est donc toute autre. Dans la décision du 16 mai 2008, il n'était pas question de contester la réalité d'une opération économique, ni le fait qu'elle ait été facturée. Ce point n'était d'ailleurs pas discuté. Le montant excessif des charges pouvait cependant interroger et exiger que des justificatifs supplémentaires soient exigés. Mais le droit à déduction de la TVA ne supporte pas de telles discussions. Il commande, à condition que la taxe soit mentionnée sur la facture, d'être déduit. En revanche, c'est la totalité de l'opération que l'administration peut remettre en cause, en démontrant que la TVA recouvrait des hypothèses de factures fictives. Ainsi, le Conseil d'État a pu décider que la seule circonstance que le prix facturé pour une prestation rendue ait été jugé anormalement élevée par l'administration au regard des règles de la gestion commerciale normale ne fait pas obstacle à la déduction, par l'acquéreur de la prestation, de la taxe ayant grevé le prix d'achat[850] . L'hypothèse soulevée par l'arrêt du 3 décembre 2014 était donc celle-ci, entendue au sein d'un rapport « mère-fille ». Or en matière de TVA, le Conseil d'État avait fait application de la jurisprudence *ministre c. société Sylvain* Joyeux par une décision rendue le 26 juin 2008[851]. La question était donc de savoir si la présomption de régularité en matière de TVA, attachée à la facture, valait dans un rapport de mère à filiale. Elle vaut sans nul doute. Le Conseil d'État décide en effet que « *Dans le cas où l'auteur de la facture était régulièrement inscrit au registre du commerce et des sociétés et assujetti à la TVA, il appartient à l'administration, si elle entend refuser à celui qui a reçu la facture le droit de déduire la taxe qui y était mentionnée, d'établir qu'il s'agissait d'une facture fictive ou d'une facture de complaisance* » avant de déclarer que « *Pour juger que la société n'était pas en droit de déduire la TVA en litige, la cour s'est bornée à faire sienne l'affirmation de l'administration selon laquelle l'accomplissement des prestations par la société mère ne serait pas établi. En mettant ainsi à la charge de la société vérifiée la justification de la réalité des opérations, alors qu'il appartenait à l'administration d'apporter préalablement des éléments suffisants pour permettre de penser que les factures d'honoraires de la société ne correspondaient pas à des opérations réelles et que ne pouvaient être regardées comme des éléments*

850CE 4 mars 1985, RJF, mai 1985, n° 700.
851CE 26 juin 2008, *min. c/ Sté Solamat-Merex*, RJF 10/08, n° 1107, concl. L. Olléon, BDCF, oct. 2008, n° 126.

suffisants les allégations, dont faisait également *état l'administration, selon lesquelles la société mère serait une société « holding pure de gestion » et que les prestations auraient pu être assurées par la société vérifiée elle-même, la cour a commis une erreur de droit* ».

Alors que le rapport étroit entretenu entre les deux sociétés aurait pu prêter à confusion, le Conseil d'État choisit tout au contraire d'appliquer sa jurisprudence Sylvain Joyeux, donnant force et vigueur à la présomption assumée par la facture, y compris en matière de groupe de sociétés.

311. ***Nouvelle position.*** Surtout, une décision tout à fait récente vient remettre en cause, d'après nous, ce que la jurisprudence Selafa Geomat avait posé. Pour rappel, celle-ci décide de ne pas conférer à la facture son rôle de présomption de régularité, quand elle est émise au sein d'un groupe de société, en matière de charges déductibles. Nous venons en outre de constater que ce raisonnement ne s'appliquait guère en matière de TVA. L'arrêt que nous désirons mentionner semble supprimer la distinction posée par l'arrêt Selafa Geomat. Dans une décision du 27 juillet 2015[852], le Conseil d'État était amené à se prononcer sur une espèce classique. La société Francesco Smalto et Compagnie avait demandé au tribunal administratif de Paris de prononcer sur la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés et de contribution additionnelle à cet impôt auxquelles elle avait été assujettie au titre des exercices clos en 2002, 2003 et 2004, ainsi que des intérêts de retard correspondants. Par un jugement du 26 janvier 2011, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande. La cour administrative d'appel de Paris a également rejeté la requête de la société dirigée contre ce jugement dans un arrêt du 24 janvier 2013. Le Conseil d'État était face à la même hypothèse que dans l'affaire précitée[853]. La société française faisait état de factures que la société mère lui avait adressées pour obtenir la déduction des charges correspondantes, conformément aux termes du 1 de l'article 39 du code général des impôts. Ces factures ne permirent pas d'établir la déductibilité des charges et justifieront d'autant leur réintégration au résultat.

852CE, 10ème et 9ème SS, 27 juill. 2015, n° 367151.
853CE 16 mai 2008, n°28810, *Sté Selafa Géomat*.

Mais au-delà, la motivation retenue par le Conseil d'État, alors pourtant qu'elle pourrait tout à fait emprunter le sillon de sa jurisprudence Selafa Géomat, semble reprendre en tout point le raisonnement consacré dans l'affaire Sylvain Joyeux. En effet, plutôt que de ne pas raisonner en vertu des factures présentées en visant directement les éléments extérieurs à elles, le Conseil d'État choisit tout l'inverse, comme en rend compte la motivation retenue : « *Considérant qu'après*[854] *avoir constaté que les dépenses litigieuses correspondaient à des factures régulièrement émises par la société Francesco Smalto International, la cour a relevé que*[855] *l'administration apportait des éléments de nature à contester l'existence, l'objet et le montant des prestations refacturées à la société requérante et que*[856] *les pièces produites par la société requérante, ne portant d'ailleurs que sur certains des exercices vérifiés, ne permettaient d'établir ni la nature ni le montant des prestations qui lui avaient été refacturées ni la contrepartie qu'elle en avait retirée* ». La logique ternaire du raisonnement que la jurisprudence Lebreton était venue perturber et à laquelle l'arrêt Sylvain Joyeux avait porté assistance, semble ressortir clairement du raisonnement. La dialectique de la preuve a bien été la suivante : la facture, puis les éléments apportés par l'administration pour la contredire et enfin la réponse que le requérant peut produire à l'aide d'autres pièces. Enfin, la recherche pour le juge de l'impôt de sa propre conviction. Dès lors, la spécificité de la jurisprudence Selafa Géomat n'aurait plus lieu d'être, elle qui pourtant visait à dénier la portée de la présomption de régularité d'une facture en matière de groupe de sociétés, en raison des suspicions qui l'habiteraient automatiquement. La solution commentée pourrait dès lors unifier le régime de la charge de la preuve, en proposant d'appliquer la jurisprudence Sylvain Joyeux aux hypothèses des charges déductibles portées sur une facture, dans une relation de mère à filiale. L'information quant à sa mention dans les tables du recueil Lebon, pourrait laisser croire qu'il fait évoluer la jurisprudence antérieure. Quoiqu'il en soit, il ne peut être mis en cause que le Conseil d'État a opéré un contrôle sur le respect de la charge de la preuve qui avait pour point de départ la facture, révélant alors à nouveau son rôle probatoire naturel en la matière.

854Nous soulignons.
855Nous soulignons.
856Nous soulignons.

312. *Conclusion de la section et du chapitre.* L'étude de la rigueur affichée au sein du droit de la concurrence dont nous avons rendu compte contraste fortement avec la logique retenue par le juge de l'impôt. Il reconnait l'erreur légitime, là où l'intransigeance est de mise en matière répressive. On pourrait croire que les objectifs de ces matières sont si différents qu'ils expliquent ces variations. Pourtant, que l'on puisse convoquer leurs méthodes respectives peut être justifié. En effet, si la concurrence peut en tout premier lieu se porter sur une politique de prix et sur la nécessité de contenir les mauvaises pratiques en la matière par le truchement des pratiques restrictives, la concurrence peut également tout à fait être fiscale. Les concurrents à cette fin doivent être placés sur un pied d'égalité, ce qui pourrait justifier une méthodologie d'approche différente, beaucoup plus orthodoxe et formelle, ce que pourtant le droit fiscal ne retient pas. La confrontation des matières interrogera alors la pertinence des choix du législateur en matière de droit de la concurrence. Cette distorsion explique, notamment, pourquoi il a été décidé de faire rencontrer les dimensions contractuelle et technique du document afin d'en proposer le dépassement (chapitre 2).

Chapitre 2

De la nécessité d'une rencontre entre les dimensions du document : la projection d'un dépassement.

313. La rencontre proposée fait d'abord état d'un conflit, résultant d'une mise en concurrence parfois rude des dimensions contractuelle et technique propre à la facture (Section 1). Paradoxalement, c'est l'avènement de la facture électronique qui pourrait faire naître une coalition apaisée et partielle des dimensions relatives au document (Section 2).

Section 1 : Des dimensions en concurrence.

314. La concurrence des dimensions attachées au document conduit à des résultats aléatoires. Ces derniers témoignent d'une concurrence qui s'avère davantage néfaste que saine lors de sa réception par le droit (§2). Bien plus, cette mise en concurrence pose la question de la pertinence du projet technique que porte la facture (§1).

§1. Le questionnement d'un certain droit.

315. *Le projet technique*. « *Le projet vécu d'une société technique, c'est la mise en cause de l'idée même de Genèse, c'est l'omission des origines, du sens donné et des essences »(...)* » disait Beaudrillard[857], dont le doyen Carbonnier recommandait vivement la lecture à l'heure de la technicisation du droit[858]. La pression technique dont le document fait état se manifeste par une mise en concurrence des dimensions dégagées à propos du document. Il n'est plus le document des parties, en même temps que la jurisprudence vient parfois rappeler l'essence du document en freinant ses tentatives d'autonomisation retranchées derrière son aspect technique. Toutefois, prétendre à l'exhaustivité des implications de cette rencontre serait une entreprise vaine et mensongère. Nous sommes heureux de pouvoir en faire le constat, loin du vide de l'évidence qui semblait accompagner la facture.

Le droit de la facture correspond avant tout à un choix sociétal, qui trouve en la concurrence ses fondements naturels,mais peut également être discuté. Il l'est parce qu'il pose, en axiome de départ, la contrainte pénale comme mode de gestion des libertés économiques. Il l'est parce qu'en outre, c'est un droit mal écrit, qui repousse plutôt qu'il n'intéresse, qui endort plutôt qu'il ne stimule, au détriment des graves lacunes qu'il recèle et qui mettent à mal le principe de légalité et de sécurité juridique.

Pourtant, il aura été défendu l'idée que toute norme aussi technique soit-elle doit se doter de prévisibilité. Sans prétendre à l'immobilisme d'une matière constamment en mutation, l'étude a été l'occasion d'une prise de conscience de ce que la technique entraîne autant de failles que de situations qu'elle souhaite résoudre. A ce titre, la suggestion formulée quant à la réécriture de l'article provient beaucoup moins d'un besoin technique que d'une volonté de redonner du sens au principe de légalité. C'est alors bien volontiers que nous sommes descendus dans les tréfonds de l'article L441-3 du code de commerce. Sa technicité dévastatrice et son évolution constante n'empêchent en rien l'analyse, elles en ont même été pour nous les facteurs.

857J. Baudrillard, *Le système des objets,* ouvrage précité, spe. p.40.
858J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, ouvrage précité, spe. p. 218.

316. *Un droit dur.* Cette technicité repose sur un pari, consistant à vouloir libérer le collectif par la contrainte individuelle[859]. En cela, l'institution technique qu'est la facture est le résultat d'un processus tout à fait primitif, traduisant un commandement général et permanent à l'heure ou l'administration fait elle-même usage des techniques contractuelles[860]. La législation technique et obligatoire du code de commerce se trouve alors bien loin des hypothèses de modèles alternatifs que la *soft law* ou le « droit souple »[861], expression traduisant l'avènement d'un droit postmoderne[862], proposent. En effet, l'histoire contemporaine du document et de son droit pourrait être résumée en une volonté étatique continue d'abaisser les ressorts de l'unilatéralisme particulier. Car la facture n'est pas qu'un droit, elle est avant tout un document à la croisée des unilatéralismes étatique et particulier, le second minoré par le premier, exacerbé. Au titre des mentions obligatoires que tour à tour le document transporte, l'unilatéralisme semble d'ailleurs être un vêtement un peu grand pour la facture. Il resterait bien à dire qu'il s'agit d'un unilatéralisme de principe, d'impulsion, dont la réalisation dépend après tout, de la volonté des parties mais son encadrement temporel et l'obligation d'une émission du document à un moment précis interpellent.

317. *L'appropriation étatique d'une pratique.* Observés à travers le prisme du marché, les contractants sont des acteurs de la concurrence et peuvent potentiellement en troubler le jeu. La facture, dont on a pu observer les ressorts historiques, a ainsi fait l'objet d'un transfert au sein d'un contrat d'adhésion économique trouvant ainsi son « autorité extérieure[863] » sans que celle-ci soit issue d'une autorité de l'expérience. Le droit de la

859H. Willke, « Diriger la société par le droit ? », *in* ADP, Le système juridique, t. 31, Paris, Sirey,1986, p.189.

860Y. Jégouzo, «L'administration contractuelle en question», *in* Mouvement du droit public, Mélanges Moderne, Dalloz, 2004, p. 552

861Sur l'ensemble de la question, V. notamment C. Thibierge, « Le droit souple », RTD civ. 2003, p. 599. L'auteure y propose une nouvelle échelle de normativité et surtout propose une nouvelle définition de ce qui relève du « normatif » pour y intégrer le droit souple, dénué parfois de sanction mais néanmoins normatif en raison du modèle de référence qu'il met en place.

862P. Amselek « Évolution de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RDP 1982, p. 273 ; J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne », *in* J. Clam et G.Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998.

863F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* ouvrage précité ; P. Roubier, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *in* Mélanges Ripert, LGDJ, 1950, t. 1, p.11. Selon cet auteur, la pratique bénéficie seulement d'une « *autorité d'expérience* » tandis que les règles formelles sont munies d'une « *raison d'autorité* ». Le déplacement « *consiste simplement à rechercher, dans les sources non formelles (...), celles qui leur*

facture enseigne que le législateur peut transformer l'objet comptable en pièce de contrôle au prix d'une lourde déformation du document, qui naguère dépendant du contrat, en y prenant la place d'un récapitulatif, doit dès à présent s'autosuffire. « *Ne faut-il pas des lois pour mesurer les mesures ?*[864] » interrogeait le Doyen Carbonnier. Elles sont là, répond l'article L441-3 du code de commerce. La législation économique est alors venu mettre fin à autant de comportements répétés, usages ou coutumes, ne pouvant ignorer qu'elles tiennent en droit des affaires un rôle fondamental[865], et ne pouvant ignorer non plus que droit de la concurrence est aussi un « droit comportemental[866] », avant d'être un droit dicté aux comportements. En cela, la facture pourrait reconstituer à petite échelle le signe d'une défiance sociologique, propre au modèle économique français, au sujet de laquelle certaines thèses économiques sont aujourd'hui connues[867]. Quoiqu'il en soit, l'institution technique, dans sa vocation obligatoire et hégémonique n'a gardé de la pratique que l'instrument comptable pour le transfigurer. Les sources ne communiquent plus, l'une a été absorbée par l'autre. Tout au plus, l'article L441-3 a pu rendre une jurisprudence, dont nous avons proposé l'intégration au sein du texte, qui se réfère à la pratique quant à la méthode d'évaluation des quantités. Une peau de chagrin donc.

318. *Texte pour tous et tous pour un*. Mais la source formelle n'a pas absorbé une pratique naturelle pour l'officialiser. Tout au contraire, la loi impose un modèle qui lui permet de lutter contre d'autres pratiques de facturation. Elle n'est en rien disposé à intégrer une quelconque substance sociologique, légitimée par le milieu avant qu'elle ne soit officialisée. Paradoxalement, le problème de la technicité de la norme génère selon nous le développement d'une pratique de la norme, qui correspond plus ou moins avec le projet technique du législateur. La source formelle ne parvient pas à diluer les diversités d'interprétation de la norme unique qu'elle prétend dégager. En d'autres termes, la

paraissent mériter de recevoir la sanction de la contrainte publique » ;

864J. Carbonnier, *Flexible droit*, ouvrage précité, spe. p. 40.

865Pour un aperçu global, V. N. Molfessis (dir.) « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires », Colloque LPA, 2003, n°237.

866M. Chagny, « Rétrospectives 2012 et prospectives : pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives. Rapport introductif », CCC 2013, n° 5, dossier n° 2, p.25.

867P. Rosanvallon, *La crise de l'État Providence*, Le seuil, 1981 ; Y. Algan, et P. Cahuc, *La société de défiance, comment le modèle français s'autodétruit*, Ed. ENS, spe. p.46 à propos du dirigisme économique.

technicité de la source formelle a pour conséquence de libérer autant d'interprétations de celle-ci. Mais loin de s'adapter à la pratique, elle choisit l'arsenal répressif pour la réprimer. L'article L441-3 du code de commerce rend compte d'une verticalité dans l'édiction d'une pratique unique de facturation mais aussi dans le refus immédiat d'adaptation de la norme au prétexte qu'elle est soumise aux méthodes d'interprétation du droit pénal[868]. La source formelle ne cherche point non plus sa légitimation par le milieu car elle ne renferme pas une infraction *ex post,* caractérisée uniquement s'il est avéré que les mauvaises pratiques de facturation ont eu un effet néfaste sur la concurrence. Elle est prête en outre à risquer sa délégitimation, puisque cette rigidité ne s'exerce pas en vertu d'un texte intelligible.

319. *La dimension contractuelle ou l'îlot de liberté.* Le texte du code de commerce est tout aussi formaliste que sa jurisprudence[869], cadenassée par le principe d'interprétation stricte de la loi pénale l'en empêchant de s'en écarter. Ainsi, il ne peut nullement être observé, « *une divergence de point de vue entre le législateur et le juge*[870] », le premier raisonnant *a priori* tandis que le second ne sanctionnerait *a posteriori* que les atteintes préjudiciables. Il n'en reste pas moins qu'observée dans sa dimension contractuelle, la facture participe de l'élaboration du contenu de celle-ci. La nature contractuelle du document ne peut être niée, ses clauses viennent parfaire les mentions obligatoires imposées par le législateur. L'étanchéité des contenus n'est d'ailleurs pas absolue. Après tout, les mentions correspondent à une situation contractuelle donnée, elles portent sur les points d'aboutissement les plus primaires de la négociation et de la conclusion du contrat. Nous songeons ici évidemment à la récapitulation des données du contrat comme le prix ou les quantités. Ce qui change, c'est l'obligation de retranscription d'une certaine partie du contenu contractuel, commandée par le législateur qui l'accompagne en outre, de mentions purement informatives. Le corps étranger du droit pénal vient opérer une sorte de novation du contenu contractuel en mentions obligatoires et c'est

868V. en ce sens, J. Foyer, « Le dévoiement du droit pénal », Dr pén, 1995, n° 4, p. 2.
869J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *in* Études Ripert, 1950, t.1, p.93 ; X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G, 1999, n° 40, I, p. 1767.
870X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », article précité, spe. p.1767.

ainsi la forme qui définira *a posteriori* la substance du contrat. Mais l'îlot de liberté est bien ailleurs. La facture peut surtout participer, par la valeur informationnelle qu'elle renferme, à demeurer un outil de communication des pratiques et des usages dans une certaine matière. Le milieu des affaires refait surface par la charge juridique qu'il impose au document. C'est en cela que la facture conserve fondamentalement une dimension contractuelle. Il faudrait que le législateur intervienne pour qu'il en soit autrement en imposant par exemple une facture aux mentions limitativement énumérées, qui ne supporterait plus aucune autre clause contractuelle sous peine de leur effacement du document. On pourrait objecter que cette mauvaise idée serait source de sécurité juridique. Après tout, ce serait redonner à la facture sa vocation première, celle de mémoire. Il ne serait plus question qu'un pouvoir contractuel puisse profiter de l'unilatéralité du document pour y imposer des clauses dont il y a fort à douter qu'elles aient été acceptées, sauf à ce qu'elles correspondent à un usage ou une pratique répétée propre au milieu en question. Ce serait aller encore à l'encontre du contenu naturel de la facture en droit des affaires, qui joue souvent aussi bien le rôle d'un mémoire que celui d'un avenant. Il est certain que nous avons observé que les clauses insérées dans un tel document par nature récapitulatif sont source d'un contentieux extrêmement riche. Elles posent toujours la question cruciale de leur acceptation. Mais le mode de transport de la matière contractuelle que se propose d'assurer la facture n'est pas unique. Le contentieux pourrait immédiatement se déplacer à l'aune d'autres instruments de transport de la matière contractuelle. Il pourrait tout autant s'agir de clauses qui intègrent un devis, un document publicitaire ou encore de manière postcontractuelle, un bon de livraison. La rigidité du document ne peut conduire en sus à la réduction de la marge de manœuvre contractuelle qu'il suppose.

320. *Facture et ordre public économique : d'un moyen de pression sur le débiteur à un moyen de répression étatique.* Néanmoins, le basculement du document dans une sphère intouchable est au cœur de la double image renvoyée par la facture. Dans sa dimension contractuelle, on se souvient que la facture traduit avant tout une aliénation des volontés évidemment librement consentie. Ses mécanismes correcteurs, en quête de

vraisemblance, visent avant tout à rétablir une réalité contractuelle passée. Cet établissement de la réalité s'opère alors à deux niveaux. Il peut d'abord s'agir de vérifier si la facture représente la réalité d'un accord passé entre les parties tandis qu'ensuite, le contenu contractuel de la facture interroge sur son acceptation par les parties, au titre du transport de cette matière par la facture, document unilatéral. En d'autres termes, le rôle du juge consiste à rechercher une vraisemblance, tirée de la volonté des parties, maîtres à bord du contrat conclu, à l'exception peut-être de l'intervention judiciaire en matière de fixation unilatérale du prix. Envisagée dans sa dimension technique, la facture se nove en document d'ordre public. Le document, qui ne traduisait jusque là qu'un rapport de droit privé assis sur la volonté des parties, suppose à présent l'intégration d'un corps étranger représenté par le droit pénal, qu'il devra assimiler, non sans difficultés et sans dangers. Si dans sa dimension contractuelle, la facture pouvait être le support d'un moyen de pression exercé sur le débiteur, elle devient dans sa dimension technique le support d'un moyen de répression étatique. La transfiguration de la facture est due à son intégration, au nom d'un certain dirigisme économique, à l'ordre public. On ne peut en être surpris de prime abord puisque le contrat a pu subir le même sort[871]. Si l'ordre public est aussi puissant qu'il est indéterminé juridiquement[872], il est néanmoins possible d'affirmer que l'article L441-3 du code de commerce a fait de la facture le support d'une « *norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leur convention*[873] ». Ainsi, l'article 6 du code civil prohibera toute clause contractuelle visant à éluder l'obligation de facturation commandée par le code de commerce pour les agents économiques qui y sont éligibles, tout autant qu'il défendra les parties de prévoir des méthodes de facturation autres que celles prévues par les textes. En ce sens, il a été notamment jugé que « *La disposition de l'art. 31 [C. com., art. L. 441-3] selon laquelle les factures doivent comporter toutes les mentions, quelle que soit leur date de règlement, étant d'ordre public, enfreint ledit article la clause des conditions générales de vente*

871Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, thèse, Paris, 1953.

872Ph. Maulaurie, *L'ordre public et le contrat*, thèse précitée. L'auteur fait état d'une vingtaine de définitions ;V° « Ordre public », *in* Dictionnaire de la culture juridique ; F. Terré, « Rapport introductif », *in* L'ordre public à la fin du XX^{e} siècle (sous la dir. de Th. Revet), Dalloz, 1996, p. 3; Ph. Malaurie, « Rapport de synthèse », *in* L'ordre public à la fin du XX^{e} siècle (sous la dir. de Th. Revet), Dalloz, 1996, p. 106.

873G. Cornu, Vocabulaire juridique, V° « Ordre public ».

prévoyant que le droit aux remises quantitatives et ristournes de fin d'année est subordonné au règlement complet à leur échéance des factures sur la base desquelles la remise ou la ristourne a été calculée[874] ».

321. *L'impact de l'ordre public au-delà des frontières : l'article L441-3 du code de commerce est-il une loi de police ?* L'article L441-3 du code de commerce est une disposition particulièrement importante en droit interne. Il ne faut toutefois pas estimer que son application se cantonne au territoire français. L'essor des contrats présentant un élément d'extranéité doit en effet interroger sur la place de cet article dans un cadre international.

Les hypothèses concernées peuvent être celles d'un contrat entre deux personnes résidant sur le territoire d'un État différent, d'un contrat portant sur des marchandises situées à l'étranger ou encore d'un contrat que les parties auraient choisi de soumettre à une loi étrangère. L'internationalité du contrat n'impacte pas en lui-même le processus de facturation. La question qui peut en revanche se poser est celle de savoir si en présence d'un rattachement avec l'État français, l'article L441-3 du code de commerce constitue une loi de police.

322. *Règles de conflit de lois en matière contractuelle.* Cette question suppose tout d'abord un rappel des règles de conflit de lois applicables aux contrats internationaux.

Il convient tout d'abord de préciser que plusieurs régimes concernant la loi applicable aux contrats internationaux coexistent. Les règles de conflit de lois ont dans un premier temps été bâties par la jurisprudence. La Cour de cassation avait dégagé une solution de principe dans un arrêt du 5 décembre 1910, admettant que les parties à un contrat international avaient la possibilité de choisir la loi applicable à leur contrat[875]. A défaut de choix, il revenait au juge de déterminer la loi applicable au contrat en le localisant et, plus précisément, en recherchant la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat[876].

Ce système d'origine prétorienne a été remplacé par la Convention de Rome du 19 juin

874 CA Paris, 15 nov. 1994, BID 1995, nº 12, p. 33.
875Civ. 5 dec. 1910, *American trading*, GADIP, n° 11.
876Civ. 6 juill. 1959, *Fourrures Renel*, GADIP, n° 35.

1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette convention s'applique à tous les contrats conclus après le 1er avril 1991[877]. Cette convention a été communautarisée par le Règlement 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit Règlement Rome I) régissant les contrats conclus à compter du 17 décembre 2009. Ces deux textes posent des règles similaires. Les deux articles pertinents pour tout contrat sont les articles 3 et 4 de la Convention et du Règlement. Ainsi, les articles 3 énoncent le principe de l'autonomie de la volonté. Ainsi, « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties* » qu'il s'agisse de la loi du for, d'une loi étrangère, voire d'une loi qui n'a aucun lien avec le rapport contractuel. A défaut de choix, les articles 4 de ces deux instruments internationaux ont posé des règles permettant de déterminer la loi objectivement applicable[878].

877Décret n° 91-242 du 28 février 1991 portant publication de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ensemble un protocole et deux déclarations communes), signée à Rome le 19 juin 1980.

878Art. 4 Conv. Rome : « *1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays. 2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement. 3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble. 4. Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises. 5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* ».
art. 4 Règl. Rom I « *1. À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit: a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ; b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ; c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ; d) nonobstant le point c), le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays ; e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ; f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ; g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé ; h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi. 2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. 3. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances*

Afin de palier certains excès du au principe de l'autonomie de la volonté, la Convention de Rome et le Règlement Rome I ont toutefois réservé le mécanisme des lois de police, respectivement en leurs articles 7 et 9.

323. *Notion de loi de police.* L'article 3 du code civil fait place au vide définitionnel en se référant aux lois de police sans en dire plus. Si la Convention de Rome et le Règlement Rome I prévoient la possibilité de faire jouer des lois de police, le Règlement Rome I a été plus loin que la Convention de Rome en insérant dans le texte une définition. Ainsi, aux termes de l'article 9§1 du Règlement Rome I, une loi de police est une « *disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ». Cette définition reprend en grande partie l'arrêt *Arblade* de la Cour de justice des communautés européennes qui avait pu définir les loi de police comme étant « *une disposition dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, social ou économique, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national ou à tout rapport juridique localisé dans cet État membre*[879] ». La Cour de justice s'était elle-même inspirée de la définition proposée par Francescakis selon qui une loi de police est une loi *« dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique »* du pays[880]. D'autres définitions des lois de police ont pu être données en doctrine[881].

Ainsi, les lois de police sont des lois s'avérant excessivement importantes pour pouvoir être mises à l'écart, même dans une situation internationale. Elles interviennent avant tout raisonnement conflictuel dans le but de préserver les intérêts essentiels de l'État en cause.

---

de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. 4. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

879CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade,* RCDIP 2000, p. 710, note M. Fallon.

880Ph. Francescakis, Travaux du comité français de droit international privé, 1966-1969, p. 165 ; « Lois d'application immédiate et règles de conflit », RDIPP 1967, p. 691.

881Citons, à titre d'illustration, la définition de Pierre Mayer pour qui les lois de police sont des « règles impératives qui, selon le droit du pays dont elles émanent, sont applicables quelque soit la loi désignée par la règle de conflit de ce pays » (P. Mayer, Rep. dr. intern., Dalloz, V° Lois de police, n° 1).

Malgré ces définitions, une difficulté existe : celle de la détermination des lois de police. En effet, les définitions que nous avons évoquées ne permettent en rien d'identifier si telle ou telle disposition constitue une loi de police[882]. Deux possibilités permettent alors d'identifier les lois de police. Les lois de police étant une traduction de la méthode unilatéraliste, le législateur peut clairement délimiter le champ d'application de la loi et énoncer que l'on est en présence d'une loi de police. Une telle situation est cependant relativement rare. Il revient donc aux juges de qualifier une disposition de loi de police[883]. Ces derniers doivent ainsi rechercher la volonté du législateur, la finalité de la loi, l'importance de la politique poursuivie...

S'agissant de l'article L441-3 du code de commerce, il ressort de ses termes que le législateur ne l'a pas expressément qualifiée de loi de police. Est-il pour autant dénuer d'impérativité au plan international ?

324. *La facturation dans l'ordre international : la probable qualification de loi de police.*

La facturation est un point essentiel des relations commerciales, à tel point que les dispositions qui y sont relatives, et notamment l'article L441-3 du code de commerce sont d'ordre public[884].

La jurisprudence a souvent assimilé les lois de police aux lois d'ordre public, estimant qu'une loi d'ordre public au niveau interne revêtait *de facto* les caractères des lois de police[885]. Une telle acception de la notion de loi de police n'est cependant pas satisfaisante[886]. La notion d'ordre public telle qu'elle est entendue en droit interne ne saurait embrasser la notion de loi de police. L'exemple le plus évident est celui du droit du travail. La grande majorité des dispositions du code du travail sont d'ordre public en droit interne. Pour autant, l'ensemble des dispositions du code du travail ne constitue pas

882Sur les différents critères proposés en doctrine afin d'identifier les lois de police, V., par exemple, Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, Droit international privé, Paris, Dalloz, 10ème ed., 2013, p. 154 et s.

883V. par exemple CE Ass. 29Juin 1973, *Cie internationale des Wagons-lits*, GADIP, n° 53, qui qualifie de loi de police la règle issue de l'article 21 de l'ordonnance du 22 février 1945 selon laquelle une entreprise de plus de cinquante salariés doit créer un comité d'entreprise. Cette règle est donc applicable à toute société établie sur le territoire français, quand bien même le siège social serait situé à l'étranger.

884Paris, 15. nov. 1994, décision précitée.

885Au sujet de l'assimilation de ces deux notions et ses critiques, V. notamment N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse dactyl., Strasbourg III, 2003.

886*Ibid.*

des lois de police au plan international[887].

Cela étant, une disposition d'ordre public interne peut être qualifiée de loi de police si elle répond à la définition de cette notion. Rappelons que le législateur ne s'est pas prononcé sur ce point. Il convient donc de s'intéresser à la jurisprudence. Nous pouvons tout d'abord constater que les juges se sont à plusieurs reprises prononcés sur la territorialité de la réglementation relative à la facturation, estimant que la loi française est compétente à une opération internationale donnant lieu à la production de factures dès lors qu'un rattachement à l'État français existe. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger que l'importateur a l'obligation, sous peine de sanction, d'exiger et d'obtenir la délivrance de factures conformes à la loi française, quand bien même le fournisseur serait étranger[888]. Partant, un rattachement au territoire français suffit à ce que l'article L441-3 du code de commerce ait vocation à s'appliquer. Cela ne signifie cependant pas que cette disposition constitue une loi de police. Elle pourrait en effet être évoquée à la fin du raisonnement conflictuel par le biais du mécanisme de l'exception d'ordre public international dans le but d'évincer la loi étrangère applicable selon les règles de conflit de lois[889].

La jurisprudence n'a jamais affirmé que l'article L441-3 du code de commerce est une loi de police. Il nous semble toutefois que cette disposition pourrait être qualifiée comme telle. Divers éléments nous permettent d'argumenter en ce sens. Dans un premier temps, nous l'avons déjà affirmé à plusieurs reprises, l'article L441-3 du code de commerce est une loi d'ordre public interne. Certes, ordre public et loi de police ne se recoupent pas. Cette qualification n'est cependant pas négligeable en ce qu'elle montre l'importance que revêt cette disposition dans l'ordre interne et, partant, son importance pour l'organisation économique du pays. Dans un second temps, l'inobservation des dispositions légales relatives sont pénalement sanctionnées. Par l'insertion de sanction pénale dans les textes, le législateur a voulu marqué l'importance qu'il attache à ces

887Pour un autre exemple illustrant la distinction entre loi d'ordre public au niveau interne et loi de police, V. Com. 28 nov. 2000, JCP 2000, act. 2324. Dans cette décision, la chambre commerciale affirme que la loi du 25 juin 1991 relative aux agents commerciaux, bien qu'étant une loi d'ordre public dans le système juridique français, ne constitue pas une loi de police.

888Crim. 18 juin 1998, D. aff. 1998, n° 130, p. 1434, note E. Pataut. V. déjà, en ce sens, la note de service de la DGCCRF du 5 août 1993, n° 5955 ; la note d'information de la DGCCRF du 13 décembre 1993, n° 1005 ; Com. 16 juin 1998, Bull. civ., IV, n° 192 ; Crim. 20 juin 1994, D. 1994, IR, p. 201.

889Précisons que les notions de loi de police et d'ordre public international ne se confondent pas. Sur ce point, V. N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé,* thèse précitée.

obligations. Or, « *La présence de sanctions pénales pourraient constituer un fort indice d'impérativité*[890] ». Enfin, les juges ont eu l'occasion de se prononcer au sujet de l'article L442-6 du code de commerce. Par un arrêt du 3 novembre 2009, la Cour d'appel de Rennes a ainsi pu juger que les dispositions L442-6 du code de commerce interdisant certaines pratiques commerciales discriminatoires de concurrence sont impératives et constitutives d'une loi de police[891]. Cette disposition figurant dans le même titre que l'article L441-3 du code de commerce, l'existence d'une interprétation téléologique identique de ces dispositions en droit interne et l'interdépendance de ces dispositions nous mènent à considérer qu'un raisonnement par analogie pourrait être fait concernant ce dernier article. Ainsi , selon nous, l'article L441-3 du code de commerce devrait être qualifié de loi de police et, de ce fait, intervenir avant tout raisonnement conflictuel en présence d'un contrat international. Autrement dit, en présence d'un tel contrat, que le vendeur ou l'acheteur, soit de nationalité étrangère, que les marchandises soient dans un pays étranger ou qu'elles doivent y être acheminées... l'obligation de facturation doit répondre, pour toutes les parties au contrat, aux prescriptions de l'article L441-3 du code de commerce, dès lors qu'un rattachement avec la France existe.

325. *Du projet à sa réalisation.* S'emparer d'une institution comptable pour en faire une probable loi de police ne se fait pas sans heurts. L'analyse de la jurisprudence démontre que la mise en perspective des dimensions du document les place souvent en situation conflictuelle.

§2. Des manifestations de la mise en concurrence des dimensions contractuelle et technique du document.

890D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, t. II, partie spéciale*, Paris, PUF, Thémis, 3ème éd. mise à jour, 2014, spe. p. 425.

891Rennes, 3 nov. 2009, n° 08/07491. V. égal. Sur le caractère de loi de police de cette disposition, L. Augagneur, « Application dans le temps et dans l'espace de la LME sur la réduction des délais de paiement », JCP E 2008, n° 45-46 ; X. Hugon et B. Jardel, « Réforme des délais de paiement : l'application de la LME dans l'espace », Décideurs : stratégie finance droit, 2010, p. 53.

326. *L'indépendance des dimensions :la résolution sans effet sur la facture*. En droit des contrats, la nullité a pour conséquence de priver d'effets le contrat qu'elle atteint, comme l'adage l'enseigne, *quod nullum est nullum producit effectum*[892]. Le contrat est dès lors privé d'effet pour l'avenir et le passé contractuel doit être effacé. Le contrat n'a pour ainsi dire, jamais existé. Or nous avons établi, que dans la sphère conventionnelle, la facture constituait en une suite contractuelle qui devait d'ailleurs à ce titre faire l'objet d'une transmission au nom du principe de bonne foi tel que compris à l'article 1134 alinéa 3 du code civil. Mais cette facture est générée par l'existence du contrat et dans sa dimension contractuelle, elle n'est absolument plus apte à produire après que le contrait ait été annulé. Le destinataire y verrait d'ailleurs un signe bien curieux, après que le contrat ne fut annulé. Pourtant, la Cour d'appel de Colmar[893], par un arrêt en date du 21 janvier 2004, retient que la résolution du contrat est sans incidence sur l'obligation de délivrance d'une facture. Cet arrêt traduit sûrement à lui seul le sens de la synthèse esquissée. Sur le fondement purement contractuel, la facture est connectée à sa source, elle est dès lors dépendante du sort du contrat. Mais l'obligation légale fournit à l'obligation de facturation une source autonome en la déconnectant de sa source aux fins de transparence. Ce mécanisme n'est pas sans rappeler le droit du change ou rapports fondamental et cambiaire se superposent mais parviennent à mener une existence indépendante. Il faudrait alors comprendre, en vulgarisant, que l'article L441-3 du code de commerce créé une sorte d'inopposabilité des exceptions au rapport contractuel. La facture est devenue dans son autre dimension la manifestation d'une opération de marché et justifie cette solution particulière. La dimension technique froisse cependant la facture en tant qu'institution contractuelle avec un fondement solide, qui réside en l'interprétation stricte du texte pénal. Après tout, l'obligation de facturation est contenue dans un texte qui ne contient aucune réserve quant au sort éventuel du contrat.

892Pour une application du principe selon lequel ce qui est nul est réputé ne jamais avoir existé, V. Civ. 2ème, 2 oct. 2002, RTDciv. 2003, p. 284, obs. J. Mestre.

893Colmar, 21 janv. 2004, JCP E 2004, n° 48, p. 1878, obs. Y. Decocq.

327. *Le questionnement d'une indépendance*. Néanmoins, l'insertion d'un corps étranger au sein du rapport de droit privé qu'est le droit pénal en bouleverse la compréhension. Il faut en conclure que la facture en question ne s'adresse plus en premier lieu au contractant, mais qu'elle doit perdurer dans sa fonction de contrôle et qu'à ce titre, elle transcende les mécanismes contractuels. Les logiques sont dès lors inversées : la facture se distingue du sort réservé au contrat, elle jaillit d'un système qui est avant tout fondé sur la transparence. Là où, en vertu de sa nullité, le contrat devrait disparaître de l'ordonnancement juridique, il faut au nom du marché, que sa trace subsiste. L'arrêt pourrait poser une autre question . *Quid* du coût de facture à laquelle des manquements sont reprochés, élaborée et émise avant la résolution du contrat en vertu du commandement pénal, au plan contractuel ? L'émetteur de la facture peut-il demander la restitution du coût qu'elle a généré auprès du destinataire ? Il est aujourd'hui possible d'affirmer que la facturation représente un réel enjeu pour l'émetteur de la facture, tant au plan pénal qu'au plan économique. Le document a un coût généré au sein des plus grandes entreprises par des services qui lui sont spécifiquement dédiés afin que le document réponde à l'ensemble des contraintes qui l'entourent. Dès lors, l'émetteur serait-il fondé, alors pourtant que la restitution suppose un « *contrat synallagmatique inversé*[894] », à en exiger le coût, au titre d'une prestation qui a été effectuée en exécution du contrat ? Un arrêt de la chambre commerciale du 24 septembre 2003[895] avait semé le doute en jugeant qu'une société pétrolière était redevable envers ses distributeurs de sommes représentant, pendant l'exécution du contrat nul, « *la légitime rémunération de leur travail et le remboursement de leurs pertes d'exploitation* ». Cette rémunération du travail pourrait alors comprendre les frais que la société a du exposer en vu de l'émission d'une facturation juste et parfaite. Mais d'autres décisions de la Cour de cassation,[896] dont les points d'achoppement ont mené la chambre mixte entre temps à se prononcer[897], témoignent d'un traitement particulièrement rigoureux à l'égard du traitement des restitutions post-résolutoires. Elles se justifient car comme l'explique Monsieur Mestre,

894J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, ouvrage précité, n° 107.
895Com. 24 sept. 2003, Bull. civ., IV, n° 138.
896Civ. 19 fév. 2014 (2 arrêts), D. 2014, p. 642, note S. Pellet ; B. Bouloc, « Restitution intégrale du prix », RTDcom. 2014, p. 385.
897Ch. mixte, 9 juill. 2004, D. 2004, p. 2175, note C. Tuaillon.

« *Remettre les parties dans la situation qui était la leur au jour où elles ont conclu, ce qui est jusqu'à preuve du contraire l'objectif des restitutions rétroactives, exclut la possibilité de donner en même temps naissance à une créance d'indemnité couvrant l'utilisation de la chose pendant la période allant de ce jour à celui de l'annulation ou de la résolution*[898] ». Mais cette position peut être critiquée. Pour Madame Pellet, les restitutions doivent permettre de « *parfaire l'anéantissement du contrat* », ce qui suppose qu'elles « *remettent véritablement les parties dans l'état où elles se seraient trouvées si le contrat résolu - que l'ordre juridique entend effacer - n'avait jamais été conclu. Or seule la prise en compte du fait matériel d'exécution permet d'obtenir un tel résultat* »[899]. Si la solution retenue par la Cour de cassation peut ainsi subir la critique, l'hypothèse de la facturation soulève néanmoins deux limites intrinsèques.

328. *Hypothèses.* D'un point de vue conceptuel, on pourrait tout à fait estimer que les frais exposés pour la facturation le sont dans l'intérêt exclusif du vendeur. Il facture avant tout au titre des multiples prescriptions légales qui l'y obligent, car celles-ci proviennent tout autant du droit commercial et comptable que du droit fiscal. C'est également pour lui la pré-constitution d'une preuve de l'opération commerciale, une invitation à payer et une manifestation de son devoir de loyauté contractuelle dont le défaut pourrait lui être reproché au jour de l'engagement de sa responsabilité contractuelle. Toutefois, il reste tout à fait certain que ce devoir aux sources multiples a un coût et que celui-ci n'aurait pas été engagé à défaut d'engagement contractuel. L'effacement parfait du contrat de l'ordre juridique, que se propose de réaliser la résolution, devrait alors conduire à l'effacement non pas seulement de la source principale mais également de tous les canaux subséquents de l'exécution du contrat. Ce serait sinon laisser subsister l'accessoire à un principal disparu. D'un point de vue pratique, on pourrait alors objecter que les frais de facturation ont normalement composé le prix du contrat et qu'à ce titre la restitution les intègre puisque par définition, elle n'intègre que le principal. Resterait alors la piste de l'article 1382 du code civil, mais il faudrait pour cela que la nullité du contrat ait été du fait

898J. Mestre, « Les restitutions et rien que les restitutions », RTDciv. 2005, p. 125.
899S. Pellet, note sous Civ.19 fév. 2014, op.cit p.643

dolosif de l'acheteur[900] tout comme on peut douter de la réalité du préjudice évoqué.

329. *Le cumul des obligations et leur sanction*[901]. Prise dans sa dimension contractuelle *stricto sensu*, nous avons pu observer qu'au nom de l'article 1134 alinéa 3 du code civil, les parties pouvaient être sanctionnées sur le terrain de la responsabilité contractuelle en raison de leur immobilisme quant à la délivrance et à la réclamation de la facture. Saisie dans sa dimension technique, les solutions dégagées à propos de la facture en matière de responsabilité contractuelle sont alors automatisées. Le mouvement est le même, s'appuie sur le même support, mais ses fondements et ses conséquences sont bouleversés. Il n'est alors plus question de bonne foi à l'égard de son cocontractant mais de transparence vis-à-vis du marché pour justifier de l'existence d'une telle obligation. De la même manière, il n'est plus question d'une éventuelle sanction assise sur la reconnaissance aléatoire d'un devoir de loyauté mais d'une sanction automatisée par les ressorts du droit pénal. Au sein du marché, la facture perd alors son coloris contractuel pour revêtir la rigueur à laquelle mène la recherche de transparence.

330. *Conséquences.* Le constat du cumul des fonctions appelle plusieurs remarques. D'abord, il commande un retour sur le vif débat qui oppose les partisans de l'obligation à la transparence verticale, dûment sanctionnée et ceux qui souhaitent une suppression du titre IV du livre IV du code de commerce, au nom des maladresses qu'il recèle et de la possibilité de trouver au sein du droit commun des solutions plus efficaces[902]. A ce sujet, Madame Martin estime que le contrat et l'obligation de facturation qu'il génère au titre d'une « *bonne gestion*[903] » suffit à lutter contre les mauvaises pratiques en la matière et qu'il est regrettable « *que la possibilité d'un recours au plan civil passe inaperçue*[904] ». Nous sommes pour notre part beaucoup plus réservé. D'abord et très certainement car cela dépassait le cadre de son propos, l'auteure ne fait pas mention de la jurisprudence

900Conformément à la décision précitée de la chambre mixte du 9 juillet 2004 qui se prononçait également sur ce moyen.

901 L. Leturmy, « La responsabilité délictuelle du contractant », RTDciv. 1998, p. 839.

902V. en ce sens, M. Martin, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, thèse précitée.

903M. Martin, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, thèse précitée, spe. p. 407.

904*Ibid.*

qui se rattache à une telle obligation contractuelle. Nous avons pour notre part pu estimer, au sein de la première partie, que cette obligation était loin d'être consacrée et que généralement prévalence était donné au créancier, de crainte pour le juge de modifier la substance des droits et des obligations des parties par le truchement de la bonne foi, ce que l'arrêt rendu par la chambre commerciale du 10 juillet 2007 rappelle fermement. Le recours au plan civil dont fait état Madame Martin ne reste pas tant discret en raison de l'existence d'une sanction pénale comme elle le suggère et dont d'ailleurs l'initiative n'appartient que rarement aux parties, mais plutôt en raison d'une jurisprudence civile qui ne dégage pas de ligne claire et qui fonctionne au cas par cas. Surtout, l'existence de cette action viserait à réparer un préjudice propre à la relation contractuelle des parties et non un préjudice causé au marché. Le droit civil pourrait prendre le relais, mais ce serait au prix de deux limites. La première est qu'un tel relais ne pourrait prendre forme qu'à la condition que le législateur ou la jurisprudence dégagent, sur le fondement du devoir de coopération relié au devoir de bonne foi, une obligation de facturation ponctuelle et précise. Cette évolution, dans un contexte de transparence et de loyauté des affaires, pourrait tout à fait voir le jour. Elle pourrait alors tout à fait constituer un outil précieux participant de l'ordre public de direction. D'ailleurs, il est assez courant que la communication des factures soit organisée contractuellement au sein d'un réseau de distribution, au-delà des rapports *inter partes*. La Commission européenne s'est prononcée sur cette question et estime que le fait qu'un fournisseur exige la consultation des factures d'un distributeur agréé, « *lorsque des éléments portent à croire que [celui-ci] participe à la revente de produits [du fournisseur] hors du réseau de distribution agréé », est « un moyen indispensable pour poursuivre des manquements éventuels au contrat de distribution et pour assurer l'homogénéité et l'étanchéité du système*[905] ». En revanche, le modèle resterait selon nous insuffisant à être un vecteur efficient de régulation pour une raison simple : l'initiative de l'action en responsabilité contractuelle n'appartiendrait qu'aux parties. Dans sa thèse consacrée à l'ordre public économique, Farjat faisait déjà état de cette probable évolution à l'initiative du droit civil

905 Décis. de la Commission, 16 déc. 1991, no 92/33, JOCE, no L 12, 18 janv. 1992, Rev. conc. conso. 1992, n° 69, obs. Dupeyron.

en doutant de son efficacité lorsque il déclare que « *Les auxiliaires (de l'ordre public économique) les plus précieux devraient être le juge et le Ministère public, du moins celui-ci quant à l'initiative du procès*[906] ». C'est d'ailleurs l'insuffisance actuelle du droit civil qui nous a convaincu de la nécessité, dans l'attente d'un autre modèle, d'un ajustement de la technique de l'obligation de facturation, pour mettre celle-ci davantage en phase avec le principe de légalité. Nous l'avons souhaité et cela d'autant plus que l'infraction relative aux règles de facturation est une infraction *per se*. Ce peut être d'ailleurs déploré. En effet c'est, techniquement, la différence d'approche entre le titre IV et le titre VI du livre IV du code de commerce. Cette différence d'approche nécessite d'ailleurs d'apporter un complément. Nous critiquions plus avant que la CEPC trahisse la faiblesse du texte en proposant une lecture simplifiée de la législation. C'est aussi l'occasion de refaire le constat que la CEPC définit les pratiques sans s'interroger sur leur effet sur la concurrence. Elle définit aussi bien les bonnes pratiques que les mauvaises et aussi, celles dont l'accumulation rend inacceptable un ensemble de pratiques qui, prises isolément, ne seraient pas contestables en elles-mêmes. L'analyse de cet effet sur la concurrence suppose une approche par le marché que ne peut pas faire la CEPC qui n'est pas outillée pour cela et qui empiéterait à l'évidence sur le domaine d'action des autorités de concurrence, française, voire européenne. C'est de cette approche hors marché qu'est née la CEPC et, par exemple, les pratiques de la facturation peuvent être définies comme bonnes ou mauvaises au seul regard de l'appréciation de leur caractère conforme ou non, sans qu'il y ait lieu de se demander quel est leur effet sur le marché. Opacifier ou tricher sur la détermination ou l'affichage du prix constitue, *per se*, de mauvaises pratiques, sans qu'il y ait lieu de se demander si ceci affecte la concurrence. C'est cet état du droit qui commande au moins une réécriture du texte.

331. *Facturation et faute pénale du contractant*. La rencontre de logiques résolument différentes à propos du même document se poursuit dans le cas du cumul des sources donnant naissance à l'obligation de facturation. La technique a robotisé la nature. L'obligation de bonne foi cependant perdure et peut justifier l'engagement de la

906G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse précitée, spe. p. 516.

responsabilité contractuelle de celui qui ne facture pas à temps. En même temps, le droit pénal se charge d'organiser sa poursuite, au nom de l'impératif de transparence, sur le fondement de l'article L441-3 du code de commerce. Prenons alors l'hypothèse suivante. A l'issue d'une enquête[907], le ministère public décide de poursuivre une société pour infraction aux règles de facturation[908]. Dès lors, son cocontractant se porte partie civile ,en raison du préjudice occasionné par l'absence de facturation, qui constitue une faute pénale. Néanmoins, nous connaissons l'existence, de jurisprudence constante[909], d'un principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle auquel peut être préféré l'expression plus franche de principe de non-option. Il signifie que l'article 1382 du code civil est inapplicable à la réparation d'un dommage se rattachant à l'exécution d'un engagement contractuel et qu'ainsi, le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle[910].

332. *Hypothèse*. Il est entendu, au gré néanmoins d'une jurisprudence fluctuante, que le manquement à la facturation puisse générer une faute contractuelle, à l'aune du devoir de bonne foi. Cette faute contractuelle est-elle susceptible dès lors de rattacher irrémédiablement le dommage invoqué à l'existence de cette faute, faisant ainsi échec au prononcé de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil, en vertu du principe de non cumul ?La jurisprudence semble apporter une réponse claire en prononçant qu'un fait dommageable, lorsqu'il constitue une infraction pénale caractérisée, entraîne une responsabilité d'ordre délictuel et fait de manière exceptionnelle échec au principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle[911]. Dans une telle hypothèse, une personne pourrait dès lors voir sa responsabilité pénale engagée, laquelle pourrait déboucher sur le versement de

907L'inverse n'est pas possible. L'article 5 du code de procédure pénale dispose que la partie qui a exercé son action devant la juridiction civile compétente ne peut la porter devant la juridiction répressive. Il n'en est autrement que si celle-ci a été saisie par le ministère public avant qu'un jugement sur le fond ait été rendu par la juridiction civile.

908*Nous rappellerons que la victime peut certes agir par la voie de l'intervention* tant devant les juridictions d'instruction que devant les juridictions de jugement dans le cas où l'action publique a déjà été mise en mouvement par le ministère public, mais qu'elle peut également user de la *voie d'action,* en cas d'inertie du parquet.

909Civ. 2ème, 9 juin 1993, JCP 1994, II, 22264, note G. Roussel.

910Civ. 11 janv. 1989, JCP 1989, II, 21326, note C. Larroumet.

911Crim. 6 juin 1946, D. 1947, p. 234, note J. Savatier ; Crim. 29 nov. 1955, D. 1956, p. 177 ; Crim. 17 mai 1966, D. 1966, p. 471, note R. Chauveau.

dommages-intérêts à la partie civile. Elle resterait en outre, sur le fondement du contrat, tenue de verser des dommages-intérêts au titre de son manquement à un devoir de bonne foi pour absence de facturation à son cocontractant. L'état du droit conduit ainsi à la possibilité d'un tel cumul.

Rendue en matière médicale[912], les solutions dégagées par la jurisprudence interrogent alors peut-être moins l'équité que le cumul auquel pourrait conduire l'hypothèse dont nous rendons compte. Mais la solution dégagée en matière pénale n'a que l'apparence d'une évidence. La doctrine a pu en effet s'interroger sur cette épineuse question qui donne à la victime une option entre le régime contractuel (si elle choisit la voie civile) et le régime délictuel par le truchement de la voie pénale. Madame Viney[913] rapporte que l'exception au non cumul des responsabilités est tirée d'un « *postulat selon lequel seule une faute délictuelle peut servir de support à une action civile devant la juridiction pénale. Or il s'agit là d'un préjugé parfaitement arbitraire qu'aucun texte ne justifie et qui d'ailleurs, s'il était appliqué correctement, devrait conduire à refuser purement et simplement l'exercice au pénal de l'action civile fondée sur l'inexécution d'une obligation contractuelle* ». En outre, l'auteure fait état d'un arrêt du 26 mars 1991[914] au sein duquel la chambre criminelle avait adopté une position presque contraire. Contraire, car la chambre criminelle y décide qu'une cour d'appel a justifié sa décision au regard de l'article 1147 du code civil, haut lieu de la responsabilité contractuelle. Presque, parce que la cour d'appel s'était prononcée sur le fondement de l'article 470-1 du code de procédure pénale, qui autorise expressément le juge pénal à accorder une réparation qui serait fondée, d'après le texte , sur « les règles de droit civil », en cas de relaxe au pénal. Madame Viney poursuit son raisonnement en expliquant que la distinction n'a pourtant pas lieu d'être avec une action civile classique, basée sur les article 2 et 3 du code de procédure pénale et que dès lors qu'il s'agit d'une action civile, cette dernière doit épouser le régime des « règles civiles ». Nous sommes plus réservés quant à cet automatisme car ni l'article 2 ni l'article 3 du code de procédure pénale n'évoquent « les règles du droit civil » que l'article 470-1

912V. pour l'exposé de cette jurisprudence, M. Muller, *L'inexécution pénalement répréhensible du contrat*, thèse dactyl., Paris II, 1976, n° 138 et 139.

913G. Viney, « Chronique Responsabilité civile », *JCP* 1994, I, 3773, n° 3.

914Crim. 26 mars 1991, JCP 1991 G, IV, p. 260.

vise expressément et qui, dès lors, pourrait faire l'objet d'une interprétation stricte. L'action civile est également à ce point spéciale qu'elle se distingue parfois de l'action en réparation d'un dommage fondé sur l'hypothèse de la responsabilité civile, ce qui justifierait également qu'elle ne soit pas exclusivement gouverné par les règles de droit civil[915]. Toujours est-il que dans notre hypothèse le surplus d'indemnités[916] auquel conduit le cumul nous paraît tout à fait constituer une entorse au principe de la réparation intégrale du préjudice. En autorisant potentiellement un tel cumul, la victime s'enrichit là où il ne devrait être question que de réparer tout le dommage mais rien que le dommage[917]. En pareille hypothèse, un tel détournement de fonction des procédures ne devrait pas pouvoir aboutir.

333. *La dimension technique impropre à effacer la dette : la dimension contractuelle saine et sauve.* Nous avons déjà fait état de ce que la facture n'était qu'en charge de représenter la substance contractuelle qui tire sa force obligatoire de l'article 1134 du code civil et dont la facture constitue la simple réitération. L'autonomisation du document a alors conduit certains plaideurs de mauvaise foi à confondre irrégularité de la facture et inexistence du contrat, en proposant ainsi à la dimension technique d'assumer un rôle tout à fait malsain. Fort heureusement, la jurisprudence ne cède pas à de telles manœuvres visant à ôter à la facture son origine contractuelle[918]. Une telle inversion des logiques avait déjà été repérée au sein de la première partie[919], sans même qu'il soit question pour la facture de présenter une irrégularité formelle et que celle-ci soit invoquée, pour se prétendre libérer de l'obligation contractuelle qu'elle est dans la simple obligation de rappeler et non de constituer. La dimension technique est ici venue parachever un raisonnement dont le fondement tient sur l'espoir néfaste d'une confusion

915Sur le particularisme de l'action civile, V. C. Amroise-Castérot, Rep. Proc. Civ., Dalloz, V° « Action civile », n° 2.

916Civ. 2eme, 23 janv. 2003 : « *Les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* », JCP 2003, II, 10110, note J-F. Barbièri.

917 V. pour une illustration concrète du cumul d'indemnités, Crim. 9 févr. 1994, Bull. crim. n° 59 ; P. Conte, « Où la Cour de cassation entérine une comédie judiciaire », RCA 1994, Chron. n° 38 ; et plus récemment, Crim. 14 nov. 2007, D. 2008, p. 759, note J. Lasserre-Capdeville. Cette solution a fait l'objet de vives critiques, V. notamment P. Jourdain, « Quand la chambre criminelle bafoue le principe de la réparation intégrale en autorisant un enrichissement de la victime », RTDciv. 2008, p. 309.

918Pour des exemples, V. Montpellier, 23 oct. 2014 (2 arrêts), n° 14/01422 et n° 14/01426.

919Civ. 23 janv. 1996, décision précitée.

des fonctions du document. Ces tentatives sont évidemment restées vaines. Elles restent toutefois dangereuses et doivent être dénoncées en ce qu'elles traduisent une volonté de nuire à l'essence d'une facture représentative du lien contractuel par le truchement de la technique.

334. *La dimension technique au service de la révélation d'un abus : fixation unilatérale du prix et méthode de facturation.* Il est acquis que la facture puisse être, dans bon nombre de situations, le support d'une fixation unilatérale du prix. Nous avons pu observer que la fixation unilatérale du prix réservait l'hypothèse de l'abus et que, dès lors, elle suscitait l'intervention du juge. Mais nous n'avions encore pas évoqué dans une telle hypothèse la nature du contenant soumis au juge. Celui- ci est technique et sa précision ne doit en principe pas faire défaut. On pourrait alors estimer que la dimension technique de la facture peut tout à fait participer à la révélation d'un abus dans la fixation unilatérale du prix. En effet, lorsque le juge est saisi de la question de savoir si la fixation unilatérale du prix a fait l'objet d'un abus, ce n'est pas tant le niveau du prix qui doit retenir son attention mais plutôt sa méthode d'élaboration, à la lumière du contenu contractuel qui lie les parties. Dès lors, la facture pourrait alors, grâce à l'objectif de précision que le législateur lui assigne, être un outil matériel précieux pour le juge en charge de déceler une intention souvent délicate à prouver. Car à travers ses mentions obligatoires, la facture ne peut être insuffisamment détaillée. Elle ne peut par exemple comporter uniquement le prix global du contrat, ce qui éveillerait immédiatement les soupçons du juge. La dimension technique pourrait ainsi participer à la réduction de la sphère de l'abus, à travers le modèle de facturation qu'elle induit. La fixation unilatérale du prix pourrait alors s'avérer fortement dépendante de la qualité de la facturation unilatérale du prix.Le pont entre l'abus et la facture insuffisamment détaillée semble pouvoir se prolonger au droit des sociétés.

335. *Facture insuffisamment détaillée et responsabilité du dirigeant ou la transparence au-delà de l'article L441-3 du code de commerce : le droit des sociétés sous influence ?*

La question d'un effet systémique de la disposition de l'article L441-3 du code de commerce mérite d'être posée à la lumière de trois décisions récentes de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Bien que simplement diffusées, ces décisions pourraient avoir une portée pratique considérable à propos de la nécessite pour le gérant de devoir rendre compte de ses dépenses, à l'aide de justificatifs en bonne et due forme.

Les deux premiers arrêts peuvent être regroupés en ce que les deux situations faisaient état d'un principe tandis que la troisième espèce rendait compte de sa mise en œuvre. Les deux premiers arrêts on été rendus respectivement le 25 juin 2013[920] et le 9 décembre 2014[921] par la Cour de cassation. Dans les deux espèces, les sociétés demandaient la condamnation au remboursement d'une indemnité de leurs dirigeants. Dans les deux affaires, les juges du fond ne donnent pas gain de cause aux sociétés en exigeant de leur part qu'elles apportent la preuve de leur libération sur le fondement de l'article 1315 du code civil. Mais c'est au visa de ce même article que les deux arrêts d'appel sont cassés.

336. ***Enseignements***. La lecture de ces solutions enseigne qu'il appartient au dirigeant social de rendre compte à la société en justifiant des dépenses faites par lui au moyen de fonds sociaux. La rigueur de ces deux décisions, pourtant non publiées, devraient faire prendre conscience de la nécessité pour le dirigeant de pouvoir produire des factures justifiant les dépenses en cause. Dans son commentaire de la décision du 9 décembre 2014, Monsieur Prévost faisait état à propos du dirigeant qu'à la suite de cette décision, « *le moindre oubli d'un justificatif pourrait engager sa responsabilité*[922] ». C'est à ce sujet qu'un arrêt tout à fait récent se prononce sur la mise en œuvre concrète de l'obligation dégagée précédemment. Indirectement, il nous donne l'occasion de nous interroger sur la portée de la valeur informationnelle de la facture, au-delà de sa stricte dimension concurrentielle.

La Cour de cassation a rendu, le 20 janvier 2015[923], une solution établissant un lien direct entre l'absence de précisions sur une facture et la responsabilité du dirigeant. L'espèce

920En ce sens, V. déjà Com., 25 juin 2013, Gaz. Pal., 19 nov. 2013, n° 323, p. 16, note N. Bargue.
921Com. 9 déc. 2014,n° 13-21787.
922S. Prévost, « Existe-t-il une obligation pour les dirigeants sociaux de rendre compte de leurs dépenses ? », Rev. Soc. 2015, p. 104.
923Com. 20 janv. 2015, nº 13-24195.

mettait en cause la cession des parts sociales de deux sociétés Bertobros et Bertobros holding, détenues par un même cédant M. X.. Ce dernier était par ailleurs gérant de la société Bertobros. Il cédait alors ses parts à ses coassociés, mais ceux-ci ne payaient pas le prix convenu. En effet, les chèques qu'ils lui avaient remis se révélaient sans provision. Mais assignés en paiement de la valeur des parts cédées, les cessionnaires demandaient reconventionnellement l'annulation de la cession, ce qui fournissait une explication possible au défaut de provision des chèques remis, la provision ayant pu être retirée intentionnellement pour empêcher le paiement du chèque par le banquier tiré. L'une des sociétés cédées, la société Bertobros, demandait par la voix de son liquidateur judiciaire à son ancien gérant, M. X, de lui rembourser des dépenses dont elle estimait qu'elles avaient été engagées fautivement par celui-ci. La cour d'appel saisie du litige condamne alors l'ancien gérant à verser à la société Bertobros une somme « *au titre des fautes de gestion commises en raison du paiement de certaines factures* ». Ces factures correspondaient à des frais de médiation, M. X ayant fait intervenir deux sociétés pour tenter d'améliorer les relations entre les associés de la société Bertobros. La cour d'appel considère que ces dépenses n'étaient pas conformes à l'intérêt de la société, dès lors que la mésentente entre associés ne compromettait pas la pérennité ou le fonctionnement de la société Bertobros. L'ancien gérant forme en conséquence un pourvoi en cassation, fondé sur le défaut de base légale au regard des articles 1843-5 et 1382 du Code civil. Il souhaitait ainsi établir que les prestations de médiation étaient en lien direct avec le fonctionnement de la société et lui étaient nécessairement utiles et profitables.

La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette cependant le pourvoi, jugeant l'arrêt attaqué légalement justifié en décidant : « *qu'après avoir relevé que, selon les constatations de l'expert, la facture Synapses n'était accompagnée ni d'un ordre de mission ni du détail des prestations en cause et que la facture Awac, relative à des frais de médiation entre associés, tardivement émise, était affectée d'incohérences chronologiques, d'absence de détails et de précision quant à la nature des prestations fournies, l'arrêt retient que les justificatifs produits ne permettent pas de retenir la réalité des prestations de formation ainsi facturées de sorte qu'elles doivent être mises à la*

charge de M. X ». A n'en pas douter, la prestation en cause obéissait à l'obligation de facturation contenue à l'article L441-3 du code de commerce. En effet, était en cause une prestation de service dans le cadre d'une activité professionnelle, ce qui répond au champ d'application de la disposition, tout comme elle était éligible à l'article l'article 242 nonies A de l'annexe 2 du Code général des impôts. L'intérêt de cet arrêt réside selon nous dans ce qu'il prend un appui très net sur la valeur informationnelle de la facture pour condamner un dirigeant pour faute de gestion. D'une part, il estime que le document principal qu'est la facture n'était pas accompagné d'autres documents. On reconnaîtra là une logique civiliste faisant de la facture un accessoire et non une pièce autonome. Mais d'autre part, le raisonnement est bien fondé sur le support unique constitué par la facture. Il est en effet dit à son sujet qu'elle a été tardivement émise mais également qu'elle était affectée d'incohérences chronologiques, d'une absence de détails et de précisions quant à la nature des prestations fournie fautive.

Évidemment, il aurait été plus facile de l'affirmer si le texte du code de commerce avait été visé, mais en filigrane la Cour semble pouvoir se référer à l'hypothèse d'une facturation conforme aux prescriptions de précision que commande l'article L441-3 dudit code. Ce dernier texte était dans tous les cas applicable à l'espèce. Plus intéressant est le résultat auquel son manquement peut conduire dans la sphère particulière de la société. Pourrait-on déduire de cette jurisprudence que l'absence de facture conforme dans les mains du dirigeant engage sa responsabilité automatiquement vis-à-vis de la société ? Bien que faisant l'objet d'une infraction pénale, la question pourrait tout à fait se poser à l'hypothèse civile. Il faut sans doute être plus réservé. Car l'arrêt entretient l'équivoque avec une référence à l' « ordre de mission » qui aurait du accompagner la facture. Toutefois, l'automaticité entre l'absence de justification de la dépense par la facture insuffisamment détaillée et sa mise à la charge du dirigeant donne au document une importance redoutable. L'absence de facture suffisamment précise est un motif d'engagement de la responsabilité du dirigeant par la société. Le concept flasque de la transparence que le droit des sociétés connaît à travers l'exigence du devoir de loyauté[924]

924G. Keutgen et Y. De Cordt, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », *in* Mélanges offerts à E. Cerexhe, Larcier 1997 ; H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTDcom. 1999, p. 274.

semble pouvoir inonder sans difficultés celui-ci. Mais qu'il soit gardé en ce domaine quelque mesure serait raisonnable. Tout comme le dirigeant pourrait être de bonne foi, la société ne doit pas bénéficier d'une automaticité formelle alors qu'elle a pu profiter de la dépense engagée. Mais la conclusion est importante : la facture insuffisamment détaillée participe de la naissance d'une dette du dirigeant à l'égard de la société. L'institution technique, qui commande une grande rigueur dans l'apparence du document, pourrait bien poursuivre ces annexions juridiques, au-delà des limites naturelles que lui astreint le droit de la concurrence.

337. ***Conclusion de la section.*** La rencontre des dimensions assignées au document semble tourner à la faveur d'une autonomisation indéniable de la facture. Elle est souvent conflictuelle mais s'opère dans la limite heureuse de son incapacité à remettre en cause l'existence même du lien contractuel. Bien plus, la facture électronique pourrait dès à présent constituer une avancée dans sa capacité naturelle à représenter l'existence d'un acte juridique (Section 2).

Section 2. La recherche d'un apaisement : d'une coalition sécurisée des dimensions possible ?

338. *Hypothèse de départ.* « *Le problème technologique réel étant celui d'une convergence des fonctions dans une unité structurale et non celui d'une recherche de compromis entre les exigences en conflit*[925] ». C'est la facture électronique, au regard de la capacité du document à représenter l'acte juridique qui le précède, qui pourrait jouer le vecteur d'une convergence des fonctions attribuées au document, au moins dans cette mesure et apaiser ainsi en partie les exigences en conflit. De façon originale, c'est l'institution technique, dans sa dimension électronique, qui pourrait ici remettre en cause nos réflexes naturels, qui nous font songer à la facture comme une antithèse probatoire à la lumière de l'adage selon lequel « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ».
Nous avons déjà observé que loin de vouloir établir une certitude, le droit de la preuve tendait plutôt à établir une conviction, ce qu'un auteur résume sans détour estimant que l'objet de la preuve est « *la plausibilité du possible et non la certitude du réel*[926] ». Comprise de manière extrême, la sentence selon laquelle « *nul ne peut se constituer de preuve à soi-même* » confond donc deux mécanismes pourtant différents : la recevabilité d'un tel mode de preuve, d'une part et sa force probante, d'autre part.

339. *Facture, résultat d'un enregistrement systématisé.* En outre, cette méfiance à l'égard de l'unilatéralisme est tout à fait discutable et vouée à l'obsolescence tant il faudrait s'interroger sur son devenir à la lumière d'une transfiguration des supports juridiques entraînée par le développement technique. Il faut en effet très certainement s'interroger sur la conception traditionnelle de l'unilatéralisme à l'heure parfois d'une

925J. Beaudrillard, *Le système des objets,* ouvrage précité, spe. p.11.
926P. Vermeren, « La preuve philosophique », *in* La preuve (sous le direction de C. Puigelier), Paris, Economica, vol. 19, 2004 p. 187 ; D. Ammar, « Preuve et vraisemblance », RTDciv. 1993, p. 499.

automatisation dans l'émission des factures.

C'est encore le sens premier de l'adage que nous souhaiterions mettre à l'épreuve à travers l'idée de « constitution » à des fins probatoires du document, qui serait forcément teintée d'un excès de partialité. Or, la transfiguration technique des moyens d'émission des factures doit entraîner *de facto* une actualisation dans la compréhension de la sentence. En effet, n'est-ce pas justement cette méfiance envers le plaideur qui interviendrait dans l'élaboration de sa preuve qui justifiait et justifie encore la maximisation de la sentence ? Il y aurait alors une différence fondamentale à faire entre, d'une part, ce qui relève de la production automatique de données selon un mode technique fiable et, d'autre part, l'utilisation qui en est faite. Ainsi, plus la production de données probatoires est indépendante de toute intervention humaine, plus sa force de conviction devrait être reconnue. Il ne s'agirait plus d'un unilatéralisme entendu classiquement, puisque ce n'est plus l'homme mais une machine qui produit la donnée selon un système dont l'expertise révélera s'il est fiable ou non. C'est à la seule condition d'apporter la preuve d'un défaut de fonctionnement ou d'une manipulation humaine que le juge pourra écarter des débats le document, nuance que ne permet absolument pas la position critiquée lorsqu'elle s'exprime de la manière la plus orthodoxe. L'approche du vraisemblable commande la nuance dans l'appréhension de l'unilatéralisme à l'heure où la demande d'enregistrement automatique et immédiate des opérations économiques est souhaitée par le législateur[927] et peut s'effectuer à l'aide d'un support informatique. La technicité du droit ne peut pas être contrainte absolue ; elle doit maintenir des droits subjectifs comme celui de pouvoir se prévaloir d'un document établi sur un support technique fiable[928], juste contrepartie à la technicité exigée dans l'établissement du document dont l'élaboration unilatérale est largement déshumanisée. C'est l'objectivité du support, sa fiabilité qui doit permettre le dépassement d'une sentence qui pourrait être entendue comme proscrivant toute recevabilité d'un document unilatéral. Mais cette position ne fait pas l'unanimité et certains auteurs restent fermement opposés à tout

927H. Croze, « Informatique, preuve et sécurité », article précité, spe. p. 170 ; L-M. Duong, « Le monopole de fait de la preuve dans les télécommunications », D. 2005, p. 496.

928D. Ammar, chron. préc., p. 506 : « dans la mesure où, *a priori*, le fonctionnement de l'appareil est indépendant de toute intervention humaine ».

procédé probatoire, même s'il est technique tant qu'il demeure unilatéral, y préférant toujours le recours à un tiers de confiance[929].

340. *Critiques*. Mais cette position nous paraît marquée du sceau de la méfiance absolue et ne peut à ce titre emporter notre conviction. En effet, c'est ne pas permettre au magistrat de forger sa conception du « vraisemblable » et préjuger de la mauvaise foi du plaideur. C'est confondre, une fois encore, la recevabilité et la force probante. C'est aussi mettre systématiquement en doute la bonne foi du plaideur et ne pas accorder de confiance suffisante au magistrat, seul à même de savoir *in fine* s'il écarte ou conserve les modes de preuve qui lui ont présentés. Fort heureusement, en matière de factures produites à partir d'enregistrements systématisés, la jurisprudence ne se montre pas réticente à la prise en compte de cette particularité technique[930]. Si le contentieux illustre autant de conflits entre le prestataire professionnel et l'usager ou l'abonné particulier, la logique retenue ne serait que la même si un conflit quant à une facturation d'eau ou de gaz émise à partir d'un système technique opposait deux professionnels. D'autant plus que le principe de liberté de la preuve renforcerait la possibilité d'user des moyens dont le plaideur dispose pour démontrer la pertinence de sa prétention. Le pragmatisme affairiste ne peut ainsi rester indifférent à une même efficience dans le processus de facturation qui retire sa fiabilité de son automaticité, créant ainsi une présomption de conformité, évidemment réfragable, entre la consommation d'un service et les sommes facturées.

341. *La facture électronique, au paroxysme de la technique.* Tendance tentaculaire[931], le

929V. M.-H. Tonnelier et F. Dupuis-Toubol, « Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve », JCP E 1998, p. 2011, spéc. p. 2020, affirmant que le principe « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » exige que tout document émanant du système informatique de la partie qui s'en prévaut soit systématiquement déclaré irrecevable, préférant le recours à un tiers de confiance.

930V. en ce cens, Com. 24 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 131 ; Com. 26 oct. 1993, CCC 1994 , p. 1, note J. Leonnet ; Civ. 1re, 28 mars 1995 ; Civ. 1re, 30 mars 1999, RTDciv. 1999, p. 642, obs. P.-Y. Gautier ; Civ. 1re, 7 mars 2000, RTDciv. 2000, p. 333, obs. J. Mestre et B. Fages.

931P. Catala, « Écriture électronique et acte juridique », *in* Mélanges offerts à M. Cabrillac, Paris, Litec, 1999, p. 9 ; P. Leclercq et Y Gérard, « L'évolution du droit des effets de commerce sous l'influence de l'informatique », RDBF 1989, p. 153 ; J. Huet, « La problématique juridique du commerce électronique » *in* Le droit des affaires au début du XXI ème siècle, colloque organisé par droit et commerce, Deauville, Juin 2000, RJcom. 2001, p.17 ; J. Huet, ; C. Hannoun, *La dématérialisation de l'entreprise : essai sur les dimensions immatérielles de l'entreprise*, L'Harmattan, 2010 ; H. de Vauplanne, 20 *ans de dématérialisation des titres en France : bilan et perspectives nationales et internationales*, Paris, La Revue Banque, 2005.

mouvement de dématérialisation des actes juridiques concerne également la facture. Le lien contractuel que la facture représente est alors enfermé dans une structure immatérielle. On s'interrogera sur l'impact de ce nouveau support impalpable uniquement quant à la compréhension classique de l'unilatéralisme en droit de la preuve, ne prétendant en rien aborder la facture électronique dans son ensemble, cette dernière concernant surtout la matière fiscale à laquelle elle apporte des modifications parfois plus techniques que substantielles. La facture électronique[932] est néanmoins le fruit d'un magma communautaire[933] qui laisse présager certainement du bouleversement que le support électronique porte en lui. Le sens de notre propos est simple : l'intégration de la facture électronique en droit français, tel que celle-ci est conçue, renforce encore plus l'obsolescence de la sentence voulant que nul ne puisse se constituer de preuve à soi-même. En effet, il n'est que plus facile, en même temps que le législateur demandera plus de garanties, que de procéder au stockage des factures par voie électronique. Il ressort aussi de la législation sur la facture électronique une volonté d'uniformiser et de lisser un peu plus les mentions à faire figurer sur le document. Au-delà des précisions techniques apportées par le législateur, c'est la *ratio legis* toute entière des textes relatifs à la facture électronique qui semble tournée vers la recherche d'une plus grande fiabilité. L'irrecevabilité de principe de la facture comme mode de preuve, l'empêchant même d'être tout au plus consultée par le magistrat serait source d'une grave incohérence

En dehors de la sphère du droit des affaires, V. G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 532, 2012.

932V. notamment, C. Sautereau et J-C Hua, *Electronic business group (France),*

systémique. Car les agents économiques devraient d'un côté supporter le poids d'une élaboration des factures respectueuses des textes, sans jamais, de l'autre, pouvoir les produire lors d'un litige.

342. *Présentation*. Au titre du droit positif, une simple lecture de l'article 289 du code général des impôts[934] prévoit désormais que « (…) *V. L'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et la lisibilité de la facture doivent être assurées à compter de son émission et jusqu'à la fin de sa période de conservation* » avant d'affirmer que « *VI.-Les factures électroniques sont émises et reçues sous une forme électronique quelle qu'elle soit. Elles tiennent lieu de factures d'origine pour l'application de l'article 286 et du présent article. Leur transmission et mise à disposition sont soumises à l'acceptation du destinataire* ». Mais le législateur va plus loin en mettant précisément à jour les modalités de mise en œuvre de la facture électronique. En effet, l'article susvisé se poursuit en énonçant que « *VII.-Pour satisfaire aux conditions prévues au V, l'assujetti peut émettre ou recevoir des factures :1° Soit sous forme électronique en recourant à toute solution technique autre que celles prévues aux 2° et 3°, ou sous forme papier, dès lors que des contrôles documentés et permanents sont mis en place par l'entreprise et permettent d'établir une piste d'audit fiable entre la facture émise ou reçue et la livraison de biens ou prestation de services qui en est le fondement ; 2° Soit en recourant à la procédure de signature électronique avancée définie au a du 2 de l'article 233 de la directive 2006/112/ CE du Conseil du 28 novembre 2006 précitée en ce qui concerne les règles de facturation. Un décret précise les conditions d'émission, de signature et de stockage de ces factures ; 3° Soit sous la forme d'un message structuré selon une norme convenue entre les parties, permettant une lecture par ordinateur et pouvant être traité automatiquement et de manière univoque, dans des conditions précisées par décret* ».

343. *Conséquences*. Plusieurs remarques peuvent être formulées. A tire préliminaire, on notera l'emploi répété d'un langage de certitude. Sont en jeu pour le législateur des

934Modifié par la loi de finances rectificatives n°2012-1510 du 29 décembre 2012 transposant directive 2010/45/UE du 13 juillet 2010.

impératifs tels que « l'authenticité[935]», « l'intégrité[936]» et la « lisibilité » du document. Autant de principes directeurs que le législateur assigne à l'élaboration d'un document que doctrine et jurisprudence considèrent de concert comme étant pourtant le support de prétentions pouvant être tout à fait discutables. Mais ces objectifs ne sont pas uniquement des points de départ garantissant la fiabilité du support. Le législateur, attentif aux leçons prodiguées par Pothier par un heureux hasard en matière d'ancienneté des documents unilatéraux, instaure le respect de ces principes « jusqu'à la fin de la période de conservation ». La régularité des factures électroniques supposera alors pour leurs émetteurs d'assumer la charge de leur fiabilité durant un temps relativement long . La logique d'archivage est dès lors renforcée et nous avons déjà démontré le lien qui pouvait être fait entre la conservation d'un document et sa crédibilité probatoire. Car il ne peut plus faire de doute à la lecture de l'article du code général des impôts que la facture électronique est émise et archivée au nom d'un objectif d'intégrité et non pour se constituer une preuve. L'unilatéralisme n'ayant plus les mêmes causes, il ne doit pas avoir les mêmes effets .

Aussi, « *Les factures électroniques sont émises et reçues sous une forme électronique quelle qu'elle soit. Elles tiennent lieu de factures d'origine pour l'application de l'article 286 et du présent article. Leur transmission et mise à disposition sont soumises à l'acceptation du destinataire*[937] ». On peut légitimement se demander si la nécessité pour le destinataire d'accepter la mise en place d'une réception électronique des factures, qui se matérialise par la signature d'une convention d'EDI conformément à la recommandation n° 94/820/CE de la commission du 19 octobre 1994[938], ne pourrait pas également symboliser pour un magistrat un indice non négligeable de l'existence de relations d'affaires entre deux entités économiques. En cas de doute sur l'existence d'un courant d'affaires entre deux sociétés, la preuve de l'acceptation de la transmission des factures électroniques par la signature d'une convention de facturation électronique pourrait mettre à jour l'existence de telles relations.

935Elle peut être définie comme la garantie de l'identité du fournisseur ou de l'émetteur de la facture. Sur ce point, V. directive n° 2006/112/CE, art. 233 §1, al 3.

936Elle implique une intangibilité du contenu de la facture. Sur ce point, V. directive n° 2006/112/CE, art.233 §1, al 4.

937Art. 289 V CGI.

938JOCE n° L338, 28 déc. 1994, p. 98.

Mais la facture électronique pourrait bien transfigurer le lien qu'elle entretient avec son fondement, à savoir le contrat. Dans une perspective de représentation du lien contractuel, la facture pourrait tenir une place non négligeable. En son VII. 1°, l'article 289 du code général des impôts prévoir que pour satisfaire aux conditions d'élaboration de la facture électronique « *des contrôles documentés et permanents sont mis en place par l'entreprise et permettent d'établir une piste d'audit fiable entre la facture émise ou reçue et la livraison de biens ou prestation de services qui en est le fondement* ». Cette disposition autorise deux remarques. La première tient encore à la contrainte qui pèse sur l'émetteur d'une telle facture. Loin de vouloir se constituer une preuve à soi-même, la facture électronique supposera pour lui une mise en place, certainement coûteuse, de « contrôles documentés et permanents » afin d'établir une « piste d'audit fiable » entre la facture et son fondement contractuel. Dès lors, on imagine mal une étanchéité parfaite entre la disposition et la perpétuation de l'adage en matière de factures. Au contraire, la perméabilité semble de mise à l'heure d'une généralisation programmée des factures électroniques.

344. *Autre influence*. Mais une seconde remarque doit être formulée. Si dans un contexte fiscal, cette disposition est à lire à travers le prisme des fraudes en matière de taxe sur la valeur ajoutée, l'effet systémique d'une telle disposition est évident. Comment ne pas déceler un lien probatoire entre « la piste d'audit fiable » et la remise d'une facture électronique au titre de la preuve du lien contractuel ? A charge pour le juge de vérifier la régularité des factures électroniques, ces dernières constitueraient, à conditions pour l'émetteur d'établir que la piste d'audit fiable a été constituée, une présomption non négligeable de l'existence d'un lien contractuel. Le juge pourrait alors, en vertu de cette

piste d'audit[939], retracer de manière fiable[940] le parcours de la facture en établissant si, vraisemblablement, elle permet d'établir l'existence d'un contrat. Le rôle de la facture est alors transfiguré car sa technicité, dont elle retire une fiabilité certaine, ne ferait plus d'elle un indice factuel parmi d'autres mais une présomption simple de l'existence d'une relation contractuelle ayant généré la facture, ce que l'hypothèse du droit fiscal connait déjà dans la présomption simple qu'il attribue au document au titre de la preuve. C'est le poids économique et juridique en amont de la production d'une facture électronique en bonne et due forme qui justifierait ce changement de paradigme.

Dans le cas d'échange de factures électroniques, il est également permis d'opter, comme le texte susvisé le mentionne, à la signature électronique avancée. Là encore, ce processus augmentera la vraisemblance de l'existence du lien avec une opération économique tant les obligations pesant sur l'assujetti sont lourdes en la matière. Outre la nécessite de s'enquérir de l'acceptation du destinataire, il ressort du décret n° 2013-350 du 25 avril 2013 modifiant les dispositions de l'annexe III au code général des impôts relatives aux factures transmises par voie électronique en matière de taxe sur la valeur ajoutée, et notamment de l'article 96 F, que la signature électronique telle qu'elle est entendue se doit « *tout à a fois d'être propre au signataire, de permettre une identification sans faille du destinataire, d'être crée à l'aide d'une technique que le signataire doit pouvoir garder sous son contrôle*[941] ». La facture électronique transmise par message structuré devant permettre un traitement univoque, cette dernière nécessite également un recours à un système de télétransmissions spécifique, « *qui s'entend comme l'ensemble du matériel informatique et des logiciels permettant à une ou plusieurs personnes d'échanger et de traiter automatiquement des factures à distance,*

939Dans le droit fil de la loi de finances rectificatives n°2012-1510, plusieurs décrets sont venus préciser les modalités de mise en œuvre de la facture électronique : le décret 2013-346 du 24 avril 2013 relatif aux obligations de facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée et au stockage de factures électroniques, JO du 25 avril 2013 ou encore le décret n° 21013-350 du 25 avril 2013 modifiant les dispositions de l'annexe III du code général des impôts relatif aux factures transmises par voie électronique en matière de taxe sur la valeur ajoutée, JO du 26 avril 2013 ; V. également les précisions apportées par la Direction générale des finances publiques, Bulletin officiel des Finances publiques -Impôt du 1 octobre 2013 « BIC-TVA-CF-Transposition de la directive 2010/45/UE du Conseil du 13 juillet 2010 modifiant la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne les règles de facturation.

940E. A. Caprioli, « Finalisation du cadre juridique de la facture électronique : mutatis mutandis », article précité, spe. p. 3 : « *plusieurs documents doivent être présentés tels que la cartographie des applications, la structure des fichiers, les tables de codifications* ».

941R. Gouyet , « Facturation électronique : vers une évolution des règles existantes? », Dr. Fisc. 2010, p. 712.

en conformité avec les sujétions posées par la loi[942] ».

345. *Renforcement du contrôle.* L'article L13D du livre des procédures fiscales dispose que « *Les agents de l'administration des impôts s'assurent que les contrôles prévus au 1° du VII de l'article 289 du code général des impôts garantissent l'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et la lisibilité des factures émises ou reçues par le contribuable. A cette fin, ils vérifient l'ensemble des informations, documents, données, traitements informatiques ou systèmes d'information constitutifs de ces contrôles ainsi que la documentation décrivant leurs modalités de réalisation. Si ces contrôles sont effectués sous forme électronique, les contribuables sont tenus de les présenter sous cette forme. Les agents de l'administration peuvent prendre copie des informations ou documents de ces contrôles et de leur documentation par tout moyen et sur tout support* ».

L'article L80 F alinéa 1du livre des procédures fiscales prévoit quant à lui que « *Pour rechercher les manquements aux règles de facturation auxquelles sont soumis les assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée en application du code général des impôts ainsi qu'aux dispositions adoptées par les États membres pour l'application des articles 217 à 248 de la directive 2006/112/ CE du Conseil, du 28 novembre 2006, les agents des impôts ayant au moins le grade de contrôleur peuvent se faire présenter les factures, la comptabilité matière ainsi que les livres, les registres et les documents professionnels pouvant se rapporter à des opérations ayant donné ou devant donner lieu à facturation et procéder à la constatation matérielle des éléments physiques de l'exploitation* ».

Le renforcement du contrôle, entraîné par l'avènement de ce nouveau type de facturation, ne peut laisser l'appréhension traditionnelle du document indifférente. La fiabilité du document doit être à même de démontrer une réalité autre que simplement fiscale.

346. *Connexion des dimensions contractuelle et technique*. Les factures doivent être lisibles et inaltérables dans la durée. Il faudra donc que les procédés techniques mis en œuvre soient à la hauteur des exigences juridiques. Si le droit de la preuve en matière commerciale est donc parfaitement adapté aux nouvelles technologies, il appartient à ces

942R. Gouyet, « Facturation électronique: vers une évolution des règles existantes? », article précité, spe. p. 714.

dernières de garantir techniquement la pérennité dans le temps de ces modes de preuve. Cependant, tout excès comporte des dangers. La technicité du document, portée par une logique de fiabilité, ne doit pas conduire à conférer une portée excessive à la facture électronique sur le terrain probatoire. La mutation de la conception de la facture, devenue obligatoire et uniformisée, l'évolution de ses modalités d'émission, conduisent à ne plus tolérer une irrecevabilité de principe d'un tel mode de preuve. Néanmoins, si l'irrecevabilité de principe s'avère intellectuellement peu justifiable, le juge doit garder son emprise sur la force probante du document, dans un contexte particulier. Comprise à travers son prisme électronique, la facture se propose d'opérer une connexion indéniable entre les dimensions du document. C'est effectivement la recherche de sincérité, de fiabilité et d'authenticité qui visent au premier plan à faire briller la dimension naturellement représentative du document, au sein pourtant d'un procédé technique.

347. *Conclusion de la section sous la forme d'une proposition finale visant à refaire de la facture un centre de coût mais aussi de profit immédiat : vers la possibilité d'une facture électronique protestable ?* La généralisation des factures électroniques semble être inéluctable. Pour preuve, la loi Macron[943] du 6 août 2015 contient un article 222 tout à fait évocateur : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi afin de permettre le développement de la facturation électronique dans les relations entre les entreprises, par l'institution d'une obligation, applicable aux contrats en cours, d'acceptation des factures émises sous forme dématérialisée, entrant en vigueur de façon progressive pour tenir compte de la taille des entreprises concernées* ». La détérioration des délais de paiement, ainsi que les initiatives répétées du législateur à ce sujet en sont la principale cause. En effet, l'article 121 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives est venu encore transposer un dispositif applicable en matière de pénalités de retard entre entreprises privées. L'article L441-6 du code de commerce prévoit désormais que le

943Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

débiteur qui paie une facture après l'expiration du délai de paiement est tenu de verser une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement à son créancier que le décret n°2012-1115 du 2 octobre 2012 a fixé à 40 euros[944]. Néanmoins, Monsieur Le Bossé, président d'une société de recouvrement de créances, indiquait dans la presse que « *79% des entreprises ne réclament pas les frais de relances. Elles sont dans un tel rapport de force avec leurs clients qu'elles sont tétanisées à l'idée de leur infliger des pénalités*[945] ». Réduire les délais de paiement impose donc progressivement de réduire le temps de circulation de la facture en les dématérialisant. Il serait, selon nous, envisageable que la dématérialisation du document soit responsable d'une autre approche globale du document.

Nous en dirons simplement quelques mots , qui correspondent bien plutôt à ce qui relève d'une prise de position personnelle sur l'appréhension du document. Il est vrai que la facture protestable n'a pas fonctionné lors de son adoption en 1967[946] et qu'elle fût rapidement abrogée en 1981[947]. Néanmoins, les raisons profondes de cet échec peuvent aujourd'hui se révéler instructives au moment d'un passage à la facture électronique. Une lecture du rapport que Monsieur Dailly avait présenté devant le Sénat avant l'adoption de la loi Dailly est à ce sujet très intéressant[948].

348. *Mécanisme de la facture protestable*. Le mécanisme de la facture protestable était simple. Toute banque pouvait obtenir la transmission des créances représentées par ces factures et exercées un recours direct contre le débiteur dans des conditions définies. La facture protestable possédait alors la même valeur contraignante qu'un titre. Elle était alors susceptible de protêt, à moins que le débiteur ne notifie dans un délai de quinze jours son refus ou des réserves. En toute logique, elle n'obéissait pas au formalisme de

944Art. D. 441-5 C. com.

945« Les délais de paiement, problème numéro un des entreprises », Le Figaro, supp. économie, p. 23, éd. du lundi 23 mars 2015.

946La commission Gilet avait formulé des propositions débouchant sur l'ordonnance du 28 septembre 1967. Celui instituait alors le crédit de mobilisation des créances commerciales (CMCC) qui comprenait deux formes dont l'une dit « CMCC garanti » permettait aux entreprises de transmettre globalement au banquier les créances grâce à une facture protestable et transmissible. Mais en raison d'une utilisation trop rigide, ce procédé à été rapidement condamné.

947La loi Dailly, intitulée « *loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises »*, est aujourd'hui codifiée dans le code monétaire et financier aux articles L313-23 à L313-35.

948E. Dailly, « *Rapport n° 324 : Projet de loi tendant à faciliter le crédit aux entreprises »* Sénat, Commission des lois, 19 juin 1980, spe. p.12.

l'article 1690 du code civil. Sa transmission résultait d'une mention réglementée par un décret du 22 décembre 1967.

A compter de la transmission de la facture, la banque ou l'établissement financier pouvait exercer les droits du créancier à l'égard du débiteur nonobstant toute cession, délégation ou opposition notifiée postérieurement à cette date. La transmission avait pour effet de faire bénéficier au banquier des mêmes garanties que celles qu'il aurait obtenues par l'escompte d'une lettre de change, à savoir l'inopposabilité des exceptions. Le rapport susmentionné fait alors état de ce que les banques ont préféré « *le progrès de l'informatique pour mettre au point de nouvelles techniques de mobilisation de créances à court terme, comme la lettre de change-relevé*[949] ».

349. *Poids de l'informatique*. La question posée est alors simple : la facture électronique, dans un format plus ambitieux, ne pourrait-elle pas supplanter les instruments actuels de crédit ou du moins leur faire une juste concurrence ? L'échec de la facture protestable est largement dû au concours à l'époque de la lettre de change relevé qui permettait grâce à une bande magnétique de supprimer toute référence au support papier dans la transmission des créances. Mais aujourd'hui, la dématérialisation des factures ne semble plus qu'être une question de temps, au moins pour les sociétés importantes dans un premier temps. Ne pourrait-on pas alors redonner, dans un contexte où sa dimension technique est écrasante, d'autres ambitions à la facture ? La fluidité de sa circulation annoncée ne peut pas nous empêcher d'y songer, en connaissance surtout des raisons ayant mené à l'échec de la facture protestable, dont le mode de circulation état jugé trop lourd. Dans leur grande majorité, les acteurs économiques subissent les effets néfastes d'une réglementation technique et fluctuante. Il s'agirait alors de faire du document à la fois un centre de contraintes directes mais également une potentielle source de crédit tout aussi directe. Ce lien direct entre facture et crédit fait aujourd'hui défaut. Il aura été remarqué en effet que la facture procède de deux logiques formidablement distinctes. Les parties vont d'abord devoir la révéler en vertu d'une obligation de facturation. Le

949 *Ibid.*

rapport doit émerger car il en va d'un impératif de transparence, sous peine d'une sanction pénale. Mais immédiatement, la facture, dans sa dimension contractuelle, va représenter une opération économique dont il va être recherché l'ostracisation, pour qu'elle produise du crédit. L'émission d'une lettre de change en est l'exemple le plus probant. Il faut débarrasser la facture, en tant qu'elle représente le contrat, de tous les vices qui pourraient l'affecter. Le rapport fondamental, qui a fait l'objet d'une révélation par le truchement de l'obligation de facturation, doit maintenant tout au contraire être relayé au second plan, derrière une obligation cambiaire. La volonté d'éviter le risque d'impayé est le même lorsque la facture est incorporée à une cession Dailly ou encore à un affacturage. Les exemples sont nombreux mais nous pourrions nous focaliser sur l'article L551-1 relatif à la lettre de change, tirée souvent au passage, dès l'émission de la facture. Dès lors, les commerçants sont astreints à la fois aux vertus de la transparence mais aussi à celle de l'apparence, non éloignée, qui commandent toutes les deux un respect attentif des formes pour donner à l'opération son plein effet économique, sans évoquer pour l'instant le coloris fiscal de l'opération. Ce même effet recherché par la forme permet alors de dépasser la frontière entre la volonté d'éviter une infraction pénale et un impératif lié à l'efficacité du droit du change puisque la bonne fin du contrat repose sur une juste évaluation de ces deux nécessités formelles, que celles-ci résultent des dispositions de l'article L441-3 du code de commerce ou de son article L511-1. La rentabilité économique de l'opération en dépend. Mais voilà un cumul des formes qui épouse des logiques bien différentes alors pourtant que ce cumul procède d'un parallélisme des formes saisissant, qu'il s'agisse du principe des mentions que de leur contenu concret, toujours soucieux de révéler l'exactitude d'un profit à travers notamment l'identification de l'identité du contractant[950]. Il suffit de comparer les dispositions de la facture et de la lettre de change pour s'en rendre compte.

350. *Efficacité*. Un autre système permettrait de donner aux contraintes formelles imposées au document une double détente. Ces mentions seraient les mêmes que celles

950J-F. Renucci, « L'identité du cocontractant », RTDcom. 1993, p. 441.

qui figurent aujourd'hui à l'article L441-3 du code de commerce. L'ordre public économique est sauf et les contrôles sur facture peuvent toujours s'exercer. Mais on peut imaginer que ces mêmes mentions composent le document *ad validatem*, faisant de la facture un titre de crédit immédiat lorsqu'elle est transmise au banquier par voie électronique et qu'évidemment, comme en matière de facture protestable, le débiteur ne s'y est pas opposé. D'ailleurs, on peut imaginer que les acteurs économiques seront d'autant plus attentifs aux mentions qui doivent composer le document que celles-ci seraient tout autant génératrices d'un crédit immédiat. La transparence tarifaire pourrait alors profiter du mouvement.

CONCLUSION

351. *La facture, une fausse unité pratique*. Le vide de l'évidence du document a été questionné, la facture n'est définitivement point la marque de la paisibilité juridique. Seule sa fonction récapitulative perdure à travers la multiplicité de ses usages. Le document est soumis à des logiques si éloignées qu'une vision commune du document n'est qu'une pure illusion. Un cygne sur un lac. Narcisse, qui y voyait son reflet par transparence a préféré lui tourner le dos. La fausse unité pratique se décompose ainsi: les uns ne voient la facture qu'à travers le prisme de son unilatéralisme, la rendant toujours insuffisante à établir la réalité tandis que les autres, au nom d'un unilatéralisme étatique, en ont fait une pièce de contrôle qui doit pouvoir fonctionner en autarcie sans qu'il soit besoin de se référer à d'autres informations. Sa valeur informationnelle peut alors être aussi relative qu'absolue, alors pourtant qu'elle est identique. Mais les yeux posés sur la facture en bouleversent la nature. Le décor juridique dans lequel l'institution technique a ainsi pris place est tourmenté à plusieurs égards. L'homme n'est pas devenu « maître et possesseur » de la facture.

352. *La facture soumise à une tentative d'unification théorique*. Toutefois, malgré la disparité des manifestations juridiques du document, nous avons voulu démontrer qu'elle était toujours une représentation et un outil de transport. Sa fonction représentative est d'ailleurs sans doute la cause première du délaissement habituel du document, puisque c'est cette même représentation qui fait du document un détail juridique et qui lui empêche *a priori* d'intégrer une quelconque nouveauté. Nous avons pu constater avec une relative aisance que cette fonction était malmenée et que le document semblait avoir

quitté cette seule fonction passive, pour préférer investir la sphère contractuelle, cette fois-ci en tant que document contractuel. L'approche de la dimension technique du document a mené au constat d'un parallélisme des fonctions du document. En effet, y compris au plan technique, la facture représente et transporte. Elle a été néanmoins comprise dans sa dimension de marché. Elle ne représente plus le seul contrat, mais l'expression d'une opération de marché, largement standardisée et dépersonnalisée par le truchement des mentions obligatoires imposées verticalement. Sa fonction de transport est alors avant tout économique, elle porte certaines informations nécessaires à la transparence tarifaire et jouit alors d'une autonomie parfois remarquable, notamment en tant que pièce de contrôle.

353. *Les résultats obtenus*. La cristallisation d'autant de dynamiques opposées conduit parfois à une mise en concurrence des dimensions contractuelle et technique. Surtout, la vocation extensive du droit de la concurrence, qui a mis à son profit le document, semble faire fi du respect du principe de légalité. Comprise dans ses deux sphères, la facture fait place entière au juge dans les rapports contractuels. La fixation unilatérale du prix convoque le juge en cas d'abus dans l'exercice de cette prérogative contractuelle tandis que le juge pénal devient également juge de la facture en organisant sa déconnexion partielle avec le contrat. Elle en devient la preuve unique de l'infraction là où elle demeure pour le juge civil fondamentalement dépendante du contrat. Le juge de l'impôt, scrutant la facture, semble être le plus tempéré lorsqu'il en fait une présomption simple, ne prenant ainsi parti ni pour l'absolu ni pour l'indifférence. La facture oscille ainsi entre des degrés de vérité tout à fait divers ; elle suscite tour à tour méfiance relative du juge civil, défiance absolue du juge pénal et confiance raisonnable au juge de l'impôt.
Dans sa dimension contractuelle, hors marché, la facture reste saisie par le droit et n'incorpore *in fine* que très peu de mécanismes propres. Dans sa dimension de marché, elle déforme notamment à l'initiative du législateur, le principe de légalité, pour ne citer que lui.

354. *L'avenir du document en question : la crainte.* La thèse a voulu rendre compte d'un conflit larvé entre d'une part, le respect d'une raison d'Etat et d'autre part, la nécessité d'assurer le respect des droits subjectifs au premier rangs desquels doivent figurer la sécurité juridique, la prévisibilité du droit et partant, le respect du principe de légalité. S'il est indubitable que la facture a une fonction économique et que les connaissances acquises en ce domaine joueront un rôle de plus en plus grand, la question d'un asservisemment du document à la seule logique économique doit être posée. Indubitablement, la faveur va à l'ordre public économique au détriment de la lisibilité de la norme et du justiciable. L'article L441-3 du code de commerce ne remplit pas, en l'état, sa fonction normative. La disposition ne remplit pas sa fonction de tracé : il est en effet délicat de savoir, à première lecture du texte, si la facture sera techniquement acceptable. Elle ne remplit alors qu'encore moins sa fonction de mesure : il devient compliqué pour le juge répressif, de trancher sans recourir à l'arbitraire d'une certaine compréhension de la disposition, ce qui interrogera le principe de légalité et éprouvera la constitutionnalité de la disposition. La crainte est alors renforcée lorsque la norme technique bénéficie du sceau d'une légitimité économique, dont le législateur a du mal à se débarrasser car il estime peut-être être en retard par rapport au bon sens économique de la norme. C'est alors la transparence même en tant que concept bien flou, qui doit être éprouvée. Nous arrivons à la conclusion selon laquelle son absence de maîtrise conduit à une transparence totalitaire, s'accommodant d'une part d'un droit mal écrit et de condamnations faisant fi du principe de légalité.

355. *L'espoir possible d'une normalisation du document*. Paradoxalement, c'est la technique encore plus avancée de la facture électronique, en ce qu'elle propose la sécurité et l'authenticité comme principes directeurs qui pourrait tenir en échec ses effets les plus néfastes. Mais peut-être est-ce encore l'illusion d'une technique salvatrice qui nous fait y songer. La facture électronique pourrait d'abord opérer une réconciliation des vues sur l'unilatéralisme. Faisant de la fiabilité son principe directeur, le droit de la facture électronique renforce un peu plus les exigences d'archivage du document pour parvenir à

une uniformisation du document et constitue un pas de plus vers la remise en cause de la compréhension traditionnelle de l'unilatéralisme, assise sur la défiance. La généralisation de la facture électronique et sa circulation massive pourrait ensuite, interroger sur un retour à une forme de facture électronique protestable. Il faudrait, pour cela, miser sur le caractère cyclique de certains phénomènes. L'objectif de normalisation de la facture repose avant tout sur la restauration d'un équilibre quant aux potentialités du document en faisant de la facture non plus seulement un centre de coûts et donc de contraintes, mais également un centre direct de crédit. Ce serait, peut-être, un moyen d'assurer le dépassement des contraintes commerciales et fiscales attachées au document. En tant qu'instrument technique, la facture est une mise à l'épreuve de notre aptitude à cerner les limites d'une technique trop envahissante et non régulée. Cette étude constitue également, nous l'espérons, une confirmation qu'une soumission non réfléchie à l'instrument technique lui confère une autonomie dévastatrice. La croyance en sa perfection la laisse nous surplomber, telle la rose méditative, qui a profité de son apparence pour devenir invasive[951].

951S. Dali, Rose méditative, 1958, Huile sur toile, 36, 28 cm, Collection particulière, anciennement New York, Arnold Grand Collection.

ANNEXES

I. Code de commerce :

Article L441-3 :

Modifié par LOI n°2012-387 du 22 mars 2012 - art. 121 (V)
Modifié par LOI n°2014-344 du 17 mars 2014 – art. 137

« *Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.*
Sous réserve des deuxième et troisième alinéas du 3 du I de l'article 289 du code général des impôts, le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer. La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire.
Sous réserve du c du II de l'article 242 nonies A de l'annexe II au code général des impôts, dans sa version en vigueur au 26 avril 2013, la facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture.
La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente, le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier en cas de retard de paiement. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé ».

II. Code général des impôts:

Article 289 :

Modifié par Décret n° 2013-463 du 3 juin 2013 -art. 1.

« *I.-1. Tout assujetti est tenu de s'assurer qu'une facture est émise, par lui-même, ou en son nom et pour son compte, par son client ou par un tiers :*
a. Pour les livraisons de biens ou les prestations de services qu'il effectue pour un autre assujetti, ou pour une personne morale non assujettie, et qui ne sont pas exonérées en application des articles 261 à 261 E ;
b. Pour les livraisons de biens visées aux articles 258 A et 258 B et pour les livraisons de biens exonérées en application du I de l'article 262 ter et II de l'article 298 sexies ;
c. Pour les acomptes qui lui sont versés avant que l'une des opérations visées aux a et b ne soit effectuée, à l'exception des livraisons de biens exonérées en application du I de l'article 262 ter et du II de l'article 298 sexies ;
d. Pour les livraisons aux enchères publiques de biens d'occasion, d'œuvres d'art, d'objets de collection ou d'antiquité.
2. Les factures peuvent être matériellement émises par le client ou par un tiers lorsque l'assujetti leur donne mandat à cet effet. Sous réserve de son acceptation par l'assujetti, chaque facture est alors émise en son nom et pour son compte.
Un décret en Conseil d'État précise les modalités particulières d'application du premier alinéa lorsque le mandataire est établi dans un pays avec lequel il n'existe aucun instrument juridique relatif à l'assistance mutuelle ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/ UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures et par le règlement (UE) n° 904/2010 du Conseil du 7 octobre 2010 concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée.
3. La facture est, en principe, émise dès la réalisation de la livraison ou de la prestation de services.
Pour les livraisons de biens exonérées en application du I de l'article 262 ter et du II de l'article 298 sexies et pour les prestations de services pour lesquelles la taxe est due par le preneur en application de l'article 196 de la directive 2006/112/ CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, la facture est émise au plus tard le 15 du mois suivant celui au cours duquel s'est produit le fait générateur.
Elle peut être établie de manière périodique pour plusieurs livraisons de biens ou prestations de services distinctes réalisées au profit d'un même acquéreur ou preneur pour lesquelles la taxe devient exigible au cours d'un même mois civil. Cette facture est établie au plus tard à la fin de ce même mois.
4. L'assujetti doit conserver un double de toutes les factures émises.
5. Tout document ou message qui modifie la facture initiale, émise en application de cet article, et qui fait référence à la facture initiale de façon spécifique et non équivoque est assimilé à une facture. Il doit comporter l'ensemble des mentions prévues au II.
II.-Un décret en Conseil d'Etat fixe les mentions obligatoires qui doivent figurer sur les factures. Ce décret détermine notamment les éléments d'identification des parties, les données concernant les biens livrés ou les services rendus et celles relatives à la détermination de la taxe sur la valeur ajoutée.

III.-L'entraîneur bénéficiaire des sommes mentionnées au 4° du III de l'article 257 s'assure qu'une facture est émise au titre des gains réalisés et y ajoute le montant de la taxe sur la valeur ajoutée.
IV.-Les montants figurant sur la facture peuvent être exprimés dans toute monnaie, pour autant que le montant de taxe à payer ou à régulariser soit déterminé en euros en utilisant le mécanisme de conversion prévu au 1 bis de l'article 266.
Lorsqu'elle est rédigée dans une langue étrangère, le service des impôts peut, à des fins de contrôle, exiger une traduction en français, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 54.
V.-L'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et la lisibilité de la facture doivent être assurées à compter de son émission et jusqu'à la fin de sa période de conservation.
VI.-Les factures électroniques sont émises et reçues sous une forme électronique quelle qu'elle soit. Elles tiennent lieu de factures d'origine pour l'application de l'article 286 et du présent article. Leur transmission et mise à disposition sont soumises à l'acceptation du destinataire.
VII.-Pour satisfaire aux conditions prévues au V, l'assujetti peut émettre ou recevoir des factures :
1° Soit sous forme électronique en recourant à toute solution technique autre que celles prévues aux 2° et 3°, ou sous forme papier, dès lors que des contrôles documentés et permanents sont mis en place par l'entreprise et permettent d'établir une piste d'audit fiable entre la facture émise ou reçue et la livraison de biens ou prestation de services qui en est le fondement ;
2° Soit en recourant à la procédure de signature électronique avancée définie au a du 2 de l'article 233 de la directive 2006/112/ CE du Conseil du 28 novembre 2006 précitée en ce qui concerne les règles de facturation. Un décret précise les conditions d'émission, de signature et de stockage de ces factures ;
3° Soit sous la forme d'un message structuré selon une norme convenue entre les parties, permettant une lecture par ordinateur et pouvant être traité automatiquement et de manière univoque, dans des conditions précisées par décret ».

Article 242 nonies A

Modifié par Décret n° 2013-346 du 24 avril 2013 – art. 2

« *I.-Les mentions obligatoires qui doivent figurer sur les factures en application du II de l'article 289 du code général des impôts sont les suivantes :*

1° Le nom complet et l'adresse de l'assujetti et de son client ;

2° Le numéro individuel d'identification attribué à l'assujetti en application de l'article 286 ter du code précité et sous lequel il a effectué la livraison de biens ou la prestation de services ;

3° Les numéros d'identification à la taxe sur la valeur ajoutée du vendeur et de l'acquéreur pour les livraisons désignées au I de l'article I de l'article 262 ter du code précité ;

4° Le numéro d'identification à la taxe sur la valeur ajoutée du prestataire ainsi que

celui fourni par le preneur pour les prestations pour lesquelles le preneur est redevable de la taxe ;

5° Lorsque le redevable de la taxe est un représentant fiscal au sens de l'article 289 A du code précité, le numéro individuel d'identification attribué à ce représentant fiscal en application de l'article 286 ter du même code, ainsi que son nom complet et son adresse ;

6° Sa date d'émission ;

7° Un numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue ; la numérotation peut être établie dans ces conditions par séries distinctes lorsque les conditions d'exercice de l'activité de l'assujetti le justifient ; l'assujetti doit faire des séries distinctes un usage conforme à leur justification initiale ;

8° Pour chacun des biens livrés ou des services rendus, la quantité, la dénomination précise, le prix unitaire hors taxes et le taux de taxe sur la valeur ajoutée légalement applicable ou, le cas échéant, le bénéfice d'une exonération ;

9° Tous rabais, remises, ristournes ou escomptes acquis et chiffrables lors de l'opération et directement liés à cette opération ;

10° La date à laquelle est effectuée, ou achevée, la livraison de biens ou la prestation de services ou la date à laquelle est versé l'acompte visé au c du 1 du I de l'article 289 du code précité, dans la mesure où une telle date est déterminée et qu'elle est différente de la date d'émission de la facture ;

11° Le montant de la taxe à payer et, par taux d'imposition, le total hors taxe et la taxe correspondante mentionnés distinctement ;

12° En cas d'exonération, la référence à la disposition pertinente du code général des impôts ou à la disposition correspondante de la directive 2006/112/ CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée ou à toute autre mention indiquant que l'opération bénéficie d'une mesure d'exonération ;

13° Lorsque l'acquéreur ou le preneur est redevable de la taxe, la mention : " Autoliquidation " ;

14° Lorsque l'acquéreur ou le preneur émet la facture au nom et pour le compte de l'assujetti, la mention : " Autofacturation " ;

15° Lorsque l'assujetti applique le régime particulier des agences de voyage, la mention " Régime particulier-Agences de voyages " ;

16° En cas d'application du régime prévu par l'article 297 A du code précité, la mention " Régime particulier-Biens d'occasion ", " Régime particulier-Objets d'art " ou " Régime particulier-Objets de collection et d'antiquité " selon l'opération considérée ;

17° Les caractéristiques du moyen de transport neuf telles qu'elles sont définies au III de l'article 298 sexies du code précité pour les livraisons mentionnées au II de ce même article ;

18° De manière distincte, le prix d'adjudication du bien, les impôts, droits, prélèvements et taxes ainsi que les frais accessoires tels que les frais de commission, d'emballage, de transport et d'assurance demandés par l'organisateur à l'acheteur du bien, pour les livraisons aux enchères publiques visées au d du 1 du I de l'article 289 du code précité effectuées par un organisateur de ventes aux enchères publiques agissant en son nom propre, soumises au régime de la marge bénéficiaire mentionné à l'article 297 A du même code. Cette facture ne doit pas mentionner de taxe sur la valeur ajoutée.

II.-Les factures dont le montant est inférieur ou égal à 150 € hors taxe ainsi que celles mentionnées au 5 du I de l'article 289 du code général des impôts peuvent ne pas comporter les mentions énoncées aux 2° et 12° du I du présent article.

Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas :

a) Aux livraisons de biens visées aux articles 258 A et 258 B du code précité ;

b) Aux livraisons de biens exonérées en application du I de l'article 262 ter et du II de l'article 298 sexies du même code ;

c) Aux livraisons de biens et prestations de services visées au 1° du II de l'article 289-0 du code précité pour lesquelles, toutefois, la facture peut ne pas comporter les mentions visées au 9° du I du présent article, le prix unitaire hors taxe, le taux de la taxe applicable et son montant ».

III. Proposition de réécriture de l'article L441-3 du code de commerce [952] :

« *Tout achat de produit ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation* ***conforme à l'ensemble des prescriptions du présent article.***
L'obligation de facturation peut également s'appliquer à tout achat de produit ou toute prestation de service effectués en dehors de toute activité professionnelle mais qui revêtent, par leur quantité ou leur répétition, un caractère significatif.
Sous réserve des deuxième et troisième alinéas du 3 du I de l'article 289 du code général des impôts, ***le vendeur ou le prestataire de service est tenu de délivrer la***

952Les passages en gras correspondent aux évolutions souhaitées. L'ordre des prescriptions est modifié.

facture dès la livraison ou la prise en charge de la marchandise ou dès la fin de l'exécution de la prestation du service[953].

La facture doit être rédigée en double exemplaire.

Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire

Sous réserve du c du II de l'article 242 nonies A de l'annexe II au code général des impôts, dans sa version en vigueur au 26 avril 2013, ***l'acheteur est tenu de réclamer une facture comportant les mentions obligatoires suivantes :***

1° Le nom des parties ;

2° L'adresse des parties ;

3° La date de la vente ou de la prestation de service ;

4° La date à laquelle le règlement doit intervenir ;

5° La quantité ***(unité de produit ou service,ou poids, ou volume ou taux horaire,selon les usages de la profession ou de l'entreprise)[954] ;***

6° La dénomination précise des produits ou prestations de service, permettant leur identification exacte sans qu'il soit besoin de se référer à des documents annexes, notamment grâce au report de leurs caractéristiques ainsi que de leurs marques ;

7° Le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ;

8° Toutes les réductions de prix directement liées à cette opération de vente ou à la prestation de service, à l'exclusion des prestations de services rendues par un distributeur à son fournisseur dans le cadre d'un contrat de coopération commerciale qui devra faire l'objet d'une facture indépendante et conforme au présent article.En outre, seules sont exigées les réductions de prix acquises définitivement à la date de la vente ou de la prestation de service, dont toutes les conditions se sont déjà réalisées et qui les rendent liquides, certaines et exigibles ;

9° Tout escompte acquis à la date de la vente[955] ;

10° Les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente, uniquement si de telles conditions existent, à défaut de quoi la facture devra impérativement mentionner que le paiement est effectué au comptant *;*

11° Le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture ;

12° Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier en cas de retard de paiement ;

13° En outre, toutes les mentions que l'art R.123-237 du même code rendrait

953Rep. min. à QE n° 46291, JOAN Q 21 oct .1991 p. 4322 ; DGCCRF note de service n°5322, 3 fev. 1988.

954DGCCRF, note de service n° 5322 du 3 février 1988.

955Nous avons aussi proposé qu'une telle mention soit exclue du texte, puisque elle peut être comprise comme une réduction de prix et ainsi intégrer le 8°.

obligatoire d'après la qualité du vendeur.

Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé ».

BIBLIOGRAPHIE

I- Traités et ouvrages généraux :

Ancel (B) et Lequette (Y), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 5ème édition 2006.

Atias (Ch), *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, PUAM, 4eme édition, 2008.

Aubert (J-L) et Savaux (E), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, 15ème édition, 2014.

Aubert (J-L), Savaux (E) et Flour (J), *Droit civil, Les obligations : tome 1 l'acte juridique*, Sirey, 16ème édition, 2014.

Aubert (J-L), Savaux (E) et Flour (J), *Droit civil, Les obligations : tome 3 le rapport d'obligation*, Sirey, 9ème édition, 2015.

Audit (B) et d'Avout (L), *Droit international privé*, Paris, Economica, 7ème édition, 2013.

Batiffol (H) et Lagarde (P), *Droit international privé*, Paris, LGDJ, t. II, 8ème édition, 1993.

Bénabent (A), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11ème édition, Paris, LGDJ, 2015.

- *Droit des obligations*, Montchrestien, 14ème édition, 2014.

Bergel (J-L), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5ème édition, 2012.

Blaise (J-B), *Droit des affaires ; commerçants, concurrence, distribution*, Paris, LGDJ, 5ème édition, 2009.

Bonhomme (R), *Instruments de crédit et de paiement*, Paris, LGDJ, 11ème édition, 2015.

Bonneau (Th), *Droit bancaire*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 11ème édition, 2015.

Bout (R), Bruschi (M), Luby (M) et Poillot-Peruzzetto (S), Lamy Droit économique, Wolters

Kluwer France SAS, 2014.

Bureau (D) et Muir Watt (H), *Droit international privé, t. II, partie spéciale*, Paris, PUF, Thémis, 3ème éd. mise à jour, 2014

Carbonnier (J), *Droit civil, Les obligations*, PUF, t. 4, 22ème édition, Thémis, 2000.

Chamoux (F), *La preuve dans les affaires*, Paris, Litec, 1979.

Colin (A) et Capitant (H), *Traité de droit civil*, t. I, refondu par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1957.

Cozian (M), Viandier (A) et Deboissy (F), *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 28ème édition, 2015.

David (R) et Pugsley (D), *Les contrats en droit anglais*, 2ème édition, LGDJ, 1985.

Dekeuwer-Defossez (F) et Blary-Clément (E), *Droit commercial*, Paris, LGDJ, 11ème édition, 2015.

Delebecque (Ph) et Germain (M), *Traité de droit commercial*, *tome 2 : effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, 17ème édition, LGDJ, 2004.

Delmas- Marty (M) et Giudicelli-Delage (G), *Droit pénal des affaires*, Paris, PUF, Thémis, 4ème édition, 2000.

Demogue (R), *Traité des obligations en général*, t. 3, Paris, Rousseau, 1923.

Demogue (R), *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau, 1931.

Fabre-Magnan (M.) *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, PUF, Thémis, 3ème édition 2012.

Fages (B), *Droit des obligations*, 5ème édition, Paris, LGDJ, 2015.

Ferrier (D) et Ferrier (N), *Droit de la distribution*, 7ème édition, Lexisnexis, 2014.

Folsom (R. H) et Levasseur (A. A), *Pratique du droit des affaires aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 1995.

Fromont (M), *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001.

Giffard (A-E), *Précis de droit romain, t. 2,* Paris, Dalloz, 1934.

Gaudemet (J) et Chevreau (E), *Droit privé romain,* Paris, Montchrestien, 3ème édition, 2009.

Gazzaniga (J-L), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992.

Ioannatou (M), *Affaires d'argent dans la correspondance de Cicéron, l'aristocratie sénatoriale face à ses dettes*, Debocarre, 2006.

Jousse (D), *Traité de la justice criminelle en France*, t. III, ed. Debure père, 1771.

Larroumet (C) et Bros (S), *Traité de droit civil, Les obligations : le contrat*, Paris, Economica, 7ème édition, 2014.

Lombois (Cl), *Droit pénal général*, Hachette supérieur, 1994.

Loussouarn (Y), Bourel (P) et Vareilles-Sommières (P), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 10ème édition, 2013.

Macqueron (J), *Contractus Scriptuare. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, Camerino, 1982.

Malaurie (Ph), Aynès (L) et Gautier (P-Y), *Les contrat spéciaux*, Paris, LGDJ, 7ème édition, 2015.

Marcadé (V-N), *Éléments du droit civil français*, t. 4, 2ème édition, 1846.

Merle (R) et Vitu (A), *Traité de droit criminel, tome 3 : Droit pénal spécial*, 2 vol., éditions Cujas 1982.

Monier (R), *Manuel de droit romain, t. 2, Les obligations*, Paris, Montchrestien, 5ème édition, 1954.

Moréteau (O), *Droit anglais des affaires*, Paris, Dalloz, 2000.

Mougenot (R), *Droit des obligations, La preuve*, 2ème édition, Bruxelles, Larcier, 1997.

Navarro (J-L) et Lauzainghein (Ch), *Droit comptable*, Paris, Dalloz, 3ème édition, 2004.

Niboyet (M-L) et Geouffre de La Pradelle (G), *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 4ème édition, 2013.

Ourliac (P) et De Malafosse (J), *Histoire du droit privé, t. 1,* Paris, PUF, 1968.

Pédamon (M), *Le contrat en droit allemand*, Paris, LGDJ, 2ème édition, 2004

Pérochon (F), *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, Paris, LGDJ, 10ème édition, 2014.

Planiol (M) et Ripert (G), *Traité pratique de droit civil français*, 2ème édition, t. 11, Paris, LGDJ, 1952-1960.

Pothier (R-J) et Dupin (M), Œuvres *de Pothier contenant les traités du droit françcais*, Vol. 2, 1835.

Ripert (G) et Roblot (R), *Traité élémentaire de droit commercial, t. 1*, Paris, LGDJ, 1977.

Robert (J-H) et Matsopoulou (H), *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, coll. Droit fondamental, 2004.

Simler (Ph), Lequette (Y) et Terré (F), *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 11ème édition, 2013**.**

Szramkiewicz (R) et Descamps (O), *Histoire du droit des affaires***,** Paris, LGDJ, 2ème édition, 2013.

Stasiak (F), *Droit pénal des affaires*, Paris, LGDJ, 3ème édition, 2010.

Terré (F) et Lequette (Y), *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, Paris, Dalloz, 12ème édition, 2008.

Véron (M), *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, Sirey, 15ème édition, 2015.

II- Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, cours :

Amiel-Cosme (L), *Les réseaux de distribution*, préface Y. Guyon, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 256, 1995.

Amsalek (P), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964.

Audic (O), *Les fonctions du document en droit privé*, préface Ph. Delebecque, LGDJ, Paris, 2004.

Bakouche (D), *L'excès en droit civil,* préface Michelle Gobert, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 432, 2005.

Balter (S), *Valeur probante du connaissement*, thèse Paris, 1933.

Barbiéri (J-J), *Vers un nouvel équilibre contractuel ? : recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, thèse Toulouse, 1981.

Beaussonie (G), *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 532, 2012.

Beccaria (C), *Des délits et des peines*, préface de R. Badinter, GF Flammarion, 1991.

Bergaud (C), Rinaldi (E), Benoit (O) et Delbarre (F), *La pratique de la facturation*, Francis Lefebvre, 1996.

Berlioz (G), *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1973.

Bonnard (P), *De l'intervention des tiers dans le délit d'escroquerie*, thèse, Montpellier, 1948.

Boudou (O-M), *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence*, th. Paris II, 2001.

Brunner (G), *La facture envisagée en tant qu'instrument de preuve et en tant qu'instrument de transaction des marchandises*, thèse Montpellier 1914.

Calais-Auloy (J), *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préface H. Cabrillac, LGDJ, Paris, 1959.

Carbonnier (J), *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Défrénois, 1979.

- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème ed., LGDJ, 2001.
- *Sociologie juridique*, PUF, 2ème édition, 2004.

Catala (N), *La nature juridique du payement*, Montpellier, ed. J. Reschly, 1960.

Célice (B), *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques,* préface J. Carbonnier, LGDJ, Paris, 1968.

Chabas (F), *De la déclaration de volonté*, thèse, Paris, 1931.

Chagny (M), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations,* Paris, Dalloz, Nouvelles Bibliothèque de thèses, vol. 32, 2004.

Chamoux (F), *La preuve dans les affaires*, Paris, Litec, 1979.

Coase (R), *The nature of the Firm*, Paris, Economica, nov. 1937.

Collart-Dutilleul (F), *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, Coll. Immobilier - Droit et gestion, 1988.

Cosson (J), *Les industriels de la fraude fiscale*, Seuil, coll. Économie, 1971.

Courtin-Vincent (P), *La preuve du paiement d'une somme d'argent*, thèse Paris I, 1989.

Cozian (M), *La comptabilité racontée aux juristes*, Litec, 2013.

Dauchy-Psaume (M-C), *L'estoppel by representation, Étude comparative de droit privé et anglais*, thèse, Paris XI, 1999

Dauriac (I), *La signature*, thèse Paris II, 1997.

Delebecque (Ph), *Le contrat d'entreprise*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1993.

Deschamp-Populin (C), *La cause du paiement : une analyse innovante du paiement et des modes de paiement*, préface A. Prüm, Larcier, 2010.

Desgorces (R), *La bonne foi dans le droit des contrats rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, 1992.

Desprès (I), *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz 2002.

Deumier (P), *Le droit spontané*, préface Jean-Michel Jacquet, Paris, Economica, 2002.

Donnedieu De Vabres (H), *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943**.**

Dupré De Boulois (X), *Le pouvoir de décision unilatérale (Étude de droit comparé interne)*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 248, 2006.

Durand (F), *L'apparence en droit fiscal*, préface Thierry Schmitt, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 507, 2009

Durkheim (E), *De la division du travail social,* Paris, PUF, 1998.

Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse, Paris 1909.

Encinas de Munagorri (R), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préface A. Lyon-Caen, LGDJ, Paris, 1998.

Ereseo (N), *L'exclusivité contractuelle*, préface Didier Ferrier, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008.

Fages (B), *Le comportement du contractant*, préface J. Mestre, PUAM 1997.

Farjat (G), *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963.

-Pour un droit économique, PUF, 2004.

Frison-Roche (M-A) et Bonfils (S), *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005.

Galonie de Miremont (F), *Du paiement en droit romain et en droit français considéré comme mode d'exécution d'une obligation civile*, thèse Toulouse, 1872.

Garaud (E), *La transparence en matière commerciale*, Thèse dactyl. Limoges,1995.

Gast (M), *La facture, contribution à l'étude du droit de la preuve*, thèse dactylographiée, Lille, 2003.

Gaudemet (E), *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, Rousseau, 1898.

Gaudemet-Tallon (H), *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, pref. H. Batiffol, Dalloz, Paris, Bibliothèque de droit international privé, vol. 4, 1965.

Gaudin (L) *La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, préface G. Pignarre, Répertoire Défrénois, 2009.

Geninet (M), *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse Paris II, 1985.

Geny (F), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1995.

Gherbi (A), *Le prix du contrat*, thèse Strasbourg, 2011.

Ghozi (A), *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préface H. Gaudemet-Tallon, Paris, LGDJ, 1980.

Gounot (E), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Dijon, Paris, A. Rousseau, 1912.

Gridel (J-P), *Le signe et le droit*, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 162, 1979.

Grynbaum (L) et Nicod (M) (sous la direction de), *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Paris, Economica, 2004.

Guez (Ph), *L'élection de for en droit international privé*, thèse dactylographiée, Nanterre, 2000.

Hannoun (C. (coord.)), *La dématérialisation de l'entreprise : essai sur les dimensions immatérielles de l'entreprise*, L'Harmattan, 2010.

Hayek (F), *Droit, législation et liberté , tome 1 : Règles et ordre*, Paris, PUF, 1980.

Houtcieff (D), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préface de H. Muir-Watt, PUAM 2001.

Izorche (M-L), *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit privé contemporain*, PUAM, 1995.

Jamin (Ch) et Mazeaud (D) (sous la direction de), *L'unilatéralisme en droit des obligations,* Paris, Economica, 1999.

Josserand (L), *De l'abus des droits*, A. Rousseau, Paris, 1905.

Kant (E), *Éléments métaphysiques de la Doctrine du droit*, trad. Barni, Durand, 1853.

Kassis (A), *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, Paris, 1984.

Labarthe (F), *La notion de document contractuel*, préface J. Ghestin, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 241, 1994.

Lagarde (X), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préface J. Ghestin, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 239, 1994.

Laneau (R), *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, Paris, LGDJ, Institut de Varennes, 2011.

Larguier (J), *La notion de titre en droit privé*, Dalloz, 1951.

Lasbordes (V), *Les contrats déséquilibrés*, préface C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000.

Laude (A), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse dact. Aix-Marseille III, 1992.

Leduc (E), *Des avant-contrats*, thèse, Paris, 1909.

Le Toux (J., *Le contrat de factoring*, thèse Rennes, 1977.

Levy-Bruhl (H), *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique, Librairie Marcel Riviers et Cie*, Paris, 1964.

Libacher (R), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préface P. Mayer, Paris, LGDJ, 1992.

Ligonie (J-A-M), *Le connaissement et la lettre de voiture maritime*, Paris, LGDJ, 1962.

Littman (M-J), *Le silence et la formation du contrat*, thèse Strasbourg, 1969.

Lokiec (P), *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préface A. Lyon-Caen, Paris, LGDJ, 2004.

Magerand (B), *Les relations d'affaires en droit des obligations*, thèse Dijon 2001.

Mahé, *La résolution du conflit de conditions générales. Une étude comparative*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2006.

Martin (M), *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, préface Louis Vogel, PUAM 2012.

Martin de la Moutte (J), *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préface de P. Raynaud, thèse Toulouse, 1949.

Mascala (C), *Fraudes et facturation*, thèse, Bordeaux, 1989.

Mayaud (Y), *Le mensonge en droit pénal*, Lyon, édition l'Hermès, coll. Droit-économie-gestion, 1979.

Mazeaud (D), *La notion de clause pénale*, préface Fr. Chabas, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 233, 1992.

Mazeaud (D) et Jamin (Ch) (sous la direction de), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999.

Mekki (M), *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchisation des intérêts en droit privé,* préface Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.

Merqui (J-Y), *Aspects économiques et adaptation juridique de l'affacturage en France,* thèse Nice, 1977.

Merle (R), *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Rousseau et Cie, Paris, 1948.

Mignot (M) et Lasserre-Capdeville (J) (responsables scientifiques), *Le paiement*, L'Harmattan, 2014.

Minaud (G), *La comptabilité à Rome. Essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le monde antique,* Lausanne, Presses Polytechniques et universitaires romandes, 2005.

Monbrun (L), *Le paiement en droit civil*, thèse Nancy 2, 2005.

Moréteau (O), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse, Lyon III, 1990.

Mousseron (P), *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, Paris, LexiNexis, Droit & Professionnels, 2014.

Muller (M), *L'inexécution pénalement répréhensible du contrat*, thèse dactylographiée, Paris II, 1976.

Nicolet (C), *Rendre à César. Économie et société dans la Rome antique*, Paris, Gallimard, 1988.

Nord (N), *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse dactylographiée, Strasbourg III, 2003.

Olivier (J-M), *Les sources administratives du droit privé*, thèse Paris II, 1981.

Ost (F) et Van de Kerchove (Ph), *De la pyramide au réseau ?,* Bruxelles, PUFUSL, 2002.

Pellegrino, *La preuve en droit commercial*, thèse Aix-en-Provence, 1968.

Perelman (Ch), *Le fait et le droit, Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961.

Perru (E), *L'impayé*, préface G. Goubeaux, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, t. 438, 2005.

Picod (Y), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préface G. Couturier, LGDJ, Paris, 1989.

Plouviez (M.) *Durkheim et l'histoire du droit contractuel, Une relativisation socio-historique de l'autonomie de la volonté*, Droit et philosophie, *Vol. 4, 2012, p.231.*

Rabagny (A), *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, 2 vol., ANRT, 2011.

Ricardo (D), *On the principles of political economy and taxation*, third edition, London, Jonh Murray, Albemarle street, 1821.

Riem (F), *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2002.

Ripert (G), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 4ème édition, 1949.
- *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949.
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1949.

Rontchevsky (N), *L'effet de l'obligation*, préface A. Ghozi, Economica, 1998.

Royer (G), *L'efficience en droit pénal économique, Études de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, préface de F. Shaslak, Paris, LGDJ, 2009.

Salama (M), *La conception de l'engagement unilatéral de volonté en droit civil comparé*, thèse, Paris, 1957.

Savatier (R), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2e série, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Dallloz, 1959.
- *La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain*, Paris, Sirey, 1973.
- *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz 2005 (réimpression de l'édition de 1969).

Sélinsky (V), « Les limites à la liberté de fixer le montant du prix », *in* Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998.

Sévely-Fournié (C), E*ssai sur l'acte juridique extinctif en droit privé : contribution à l'étude de l'acte juridique*, préface L. Rozès, Dalloz, Paris, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 100, 2010.

Siguoirt (L), *La preuve du paiement des obligations monétaires*, préface G. Loiseau, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 515, 2010.

Smith (A), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations,* Livre I et II, trad. Fse, Economica, 2000.

Stoffel-Munck (P), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

Stolowy (N), *Les délits comptables*, Paris, Economica, 2001.

Sussfeld (L-E), *Le factoring*, Paris, PUF, 1968.

Szlechter (E), « Les lois d'Esnunna », Paris, Rec. Sirey, 1954.

Tallon (D), et Haris (D) (sous la direction de), *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1987.

Terré (F), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préface R. Le Balle, Paris, LGDJ, Anthologie du Droit, 2014.

Vauplanne (H. de), *20 ans de dématérialisation des titres en France : bilan et perspectives nationales et internationales*, Paris, La Revue Banque, 2005.

Vial (S), *L'être et l'écran (Comment le numérique change la perception)*, PUF, 2013.

Vignal (N), *La transparence en droit privé des contrats*, thèse Aix-en-Provence, 1998.

Volansky (A), *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, thèse, Paris,1929.

Vouin (R), *La bonne foi : notion et rôles actuels en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1939.

Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse, Paris,1891

III- Articles, communications, chroniques, colloques, rapports :

Allam (S), « La vente dans l'Égypte ancienne », RHD 1982, p. 377.

Albiges (Ch), « Le développement discret de la réfaction du contrat » *in* Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz, Litec, 1999, p. 3.

Allix (D), « Réflexions sur la mise en demeure », JCP G 1997, I, p. 2844.

Almeida Cruz (M de), Desantes Real (M) et Jenard (P), Rapport sur la Convention relative à

l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise, *JOCE* n° C 189, 28 juillet 1990.

Amroise-Castérot (C), Répertoire de procédure civile, Dalloz, V° « Action civile ».

Ammar (D), « Preuve et vraisemblance », RTDciv. 1993, p. 499.

Amrani-Mekki (S) et Mekki (M), « Droit des contrats », D. 2015, p. 531.

Amselek (P), « Évolution de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RDP 1982, p. 273.

Ancel (P), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTDciv. 1999, p. 772.

- « La force obligatoire, jusqu'où la défendre ? » *in* La nouvelle crise du contrat, Dalloz, collection thèmes et commentaires, 2003, p.163.

- « Les sanctions à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 » *in* Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Dalloz, Litec, 2011, p. 61.

Arangio-Ruis (V), « Les tablettes d'Herculanum », RIDA 1948, n° 1, p. 9.

Arbelet (L), « Le secret des affaires revient par la porte européenne », D. actu., 21 avril 2015.

Arhel (P), « La fonction économique de la facture : assurer la transparence tarifaire », Rev. Conc. conso 1992, comm. N°67.

- « La technique de la cagnotte », D. aff. 1997, p. 300.

Atias (C), « Qu'est-ce qu'un contrat ? »p.3 *in* Droit et économie des contrats LGDJ (sous la direction de Ch. Jamin et J. Ghestin, La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, Rapport de synthèse, Travaux AHC t. IV), Nantes, 1999, Paris , LGDJ-EJA, p.223.

- « Debout les ouvriers du droit ! (Autorité et poids de la doctrine) » *in* Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz 2005, p. 361.

Aubert de Vincelles (C), « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », D. 2006, p. 2629.

Augagneur (L), « Application dans le temps et dans l'espace de la LME sur la réduction des délais de paiement », JCP E 2008, n° 45-46.

Augé (G), « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », ADP 1968, Sur les notions de contrat, p. 99.

Auguet (Y), « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », *in* Mélange Y. Serra, Dalloz, 2006, p. 30.

Aynès (L), « Le devoir de renégocier », RJcom. 1999, p. 11.

- « L'obligation de loyauté », APD, 2000, p.195.

Babusiaux (C), « Commentaire de la note de service de la DGCCRF relative aux règles de facturation et à l'application de l'article 31 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 », LPA, 23 sept. 1988, p.14.

Bandrac (M), « Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts d'assemblée plénière », JCP E 1996, suppl. n°5 p. 38.

Barbier (H), « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », RTDciv. 2013, p. 832.

Barrault (J), « De l'acceptation des factures par le silence », Ann. dr. com. 1913, p. 347.

Bernardi (A), « Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'européanisation du droit sur le système pénal », RIEJ 2004, p. 52.

Bertrand de la Grassières (P), « Les clauses d'un connaissement attributive de juridiction », DMF 1952, p. 119.

Blanchard (P), « Offre et acceptation dans la négociation du contrat international, réflexions comparatistes », RDAI 2008, n°1, p. 3.

Boccara (B), « Du pouvoir judiciaire de réduction de l'honoraire de l'avocat. Libres critiques de la dialectique judiciaire », Gaz. Pal. 1998, Doctr. 1142.

Bonhomme (R), Répertoire de droit commercial, Dalloz, V° « Affacturage ».

Bonneau (Th), Répertoire de procédure civile, Dalloz, V° « Mise en demeure ».

Boré (J), « La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire », *in* Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain, Éditions Cujas,1989, p. 25.

- « Morte au champ d'honneur : la jurisprudence sur l'indétermination du prix dans les contrats-cadre de longue durée », *in* Mélanges en l'honneur de Champaud, Litec, 1997, p. 101.

Bosco (D), « De la théodulisation du droit de la concurrence », CCC, mai 2014, p. 1.

Bouchard (J-C) et Courjon (O), « Comment la fraude à la TVA nous oblige à passer du savoir certain à l'ignorance légitime ? », LPA 2007, n°252, p. 3.

Bouloc (B), « Le secret des affaires », Dr. Prat. Com. Int., I, 1990, n°1, p. 6.

- « La facture mensongère et le faux », D. 2003, p. 448.
- « Restitution intégrale du prix », RTDcom. 2014, p. 385.

Boujeka (A), « Effets à l'égard du tiré d'une lettre de change comportant une fausse signature d'acceptation », D. 2002, p. 2113.

Boy (L), « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », *in* Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, L'ordre concurrentiel, Ed. Frison-Roche, 2003, p.23.

Brill (J-P), « Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre 1986 », Gaz. Pal. 1987, p.775.

Bros (S), « Est abusive la fixation unilatérale de prix, ne permettant pas dès l'origine, de faire face à la concurrence », AJCA 2015, p. 78.

Brunetti-Pons (C), « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », RTDcom. 2000, p. 783.

Bureau (D), « La réglementation de l'économie », *in* Le privé et le public, APD, t. 41, 1997.

Bürge (A), « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », RTDciv. 2000, p.1.

Cachard (O), « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulées dans les connaissements », *in* Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz 2008, p. 189.

Cadiet (L), « Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés », *in* Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du doit économique, Dalloz, 1999, p. 151.

Campana (M-J), « Le doute et la confiance en droit des affaires » *in* Le doute et le droit, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994.

Caprioli (A. E), « Les nouvelles règles fiscales applicables en matière de facturation électronique », CCC. 2013, p. 44.

-« Dématérialisation des factures », CCC. mars 2013, p.44.

- « Finalisation du cadre juridique de la facture électronique : mutatis mutandis », CCC. 2014, n°4, comm. 41.

Cardascia (G), « La transmission des sources juridiques cunéiformes », RIDA 1960, 3ème série, n° 7, p. 48.

Catala (P), « Écriture électronique et acte juridique », *in* Mélanges offerts à M. Cabrillac, Paris, Litec, 1999, p. 91.

Champaud (C), « Contribution à la définition du droit économique », D. 1967, chron.XXIV.

Champaud (C) et Danet (D), « Société de fait. Apparence à l'égard du tiers contractant », RTDcom 1995, p.426

Chagny (M), « Rétrospectives 2012 et prospectives : pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives. Rapport introductif », CCC 2013, n° 5, dossier n° 2, p.25.

Charbit (N) et Lignières (P), « Faut-il infléchir les principes du droit pénal pour faire triompher le droit de la concurrence ? », Gaz. Pal., fev. 1997, p. 201.

Charpin (D), « Le statut des codes de lois des souverains babyloniens », *in* Le législateur et la loi

dans l'Antiquité, Caen, PUC, 2005, p. 93.

Charfeddine (M), « L'écrit, une preuve à l'épreuve » *in* Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XX^{ème} siècle, LGDJ, 2001, p. 217.

Chartier (Y), « La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980 » *in* Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart, Aspects du droit privé en fin du XXe siècle, LGDJ, Montchrestien, 1986, p. 95.

Chatillon (S), « Droit et langue », RIDC 2002, vol. 54, n°3, p. 685.

Chazal (J-P), « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du code civil », RTDciv. 2001, p. 266.

Chazal (J-P) et Ripert (G), « Le déclin du contrat », RDC, 2004, p.244.

Chevalier (J), « Vers un droit postmoderne », *in* J. Clam et G.Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998.

Coillot (J), « Les factures », JCP E, 1969, II, 86737.

Cornu (G), « L'art d'écrire la loi », Pouvoirs, 2004, p. 5.

Croze (H), « Informatique, preuve et sécurité », D. 1987, p. 165.

Chevallier (J.) « L'obligation en droit public », ADP 2000, t. 44, p. 179.

Chiariny-Daudet (A-C), « Approche juridique du devis », LPA, 8 août 2007, n° 158, p. 3.

Coulon (C), « L'obligation de limiter le montant de la dette du débiteur défaillant », D. 2002, p. 843.

Dailly (E), « *Rapport n° 324 : Projet de loi tendant à faciliter le crédit aux entreprises* » Sénat, Commission des lois, 19 juin 1980.

Danet (D), « Le droit économique doit-il être hayekien ? » RIDE 1995, p. 407.

Danos (F), « La connexité en matière de compensation », D. 2015, p. 1655.

Dauvillier (J), « La parabole des mines ou des talents et le §99 du code d'Hamurabi », *in* Mélanges Joseph Magnol, Sirey, 1948, p. 153.

David (R), « De la mise en demeure », Rev. crit. leg. et jurisp., 1939, n°3, p. 102.

De Bermond De Vaulx (J-M)., « La détermination du prix dans le contrat de vente », JCP G 1973, I, p. 2567.

Deshayes (O), « Le dommage précontractuel », RTDcom. 2004, p.184.

Dekeuver (A), « Les mobilisations de créances fictives à l'épreuve des qualifications pénales de faux et d'escroquerie », JCP E, 1995, Fasc. 451, p. 149.

Dekeuwer-Défossez (F), « Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait », D. 1982,

chron. 84.

Delbarre (F), « La nouvelle (?) facture », JCPE E 1996, suppl. n° 5, p. 3.

Delebecque (Ph), « Marchandises. Action en responsabilité. Arbitrage. Clause compromissoire. Clause par référence », RTDcom. 2002, chr., p. 774.

Delforge (C), « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats », *in* M. Fontaine [sous la direction de], *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 479.

Delmas-Marty (M), « Code pénal d'hier, droit pénal aujourd'hui, matière pénale de demain », D. 1986, chr., p. 27.

Delpech (X), « Opposabilité des clauses attributives de juridiction contenues dans des connaissements maritimes », D. 2009, p. 89.

- « Le secret des affaires bientôt protégé par la loi ? », AJCA 2015, p. 52.

Démare (S), « La valeur de la loi dans les droits cunéiformes » ADP 1987, n° 32, p. 335.

Demogue (R), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », RTDciv. 1970, p. 245.

Denoix de Saint-Marc (R), « Sécurité juridique et complexité du droit », La Documentation française, Éditorial, Rapport public 2006, Études et documents, n°57, p.9.

Dereux (G), « De la nature juridique des contrats d'adhésion», RTDciv. 1910, p.563.

Didier (T), « La facture pro forma », RTDcom. 1977, p. 671.

Direction générale des finances publiques, Bulletin officiel des Finances publiques -Impôt du 1 octobre 2013 « BIC-TVA-CF-Transposition de la directive 2010/45/UE du Conseil du 13 juillet 2010 modifiant la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne les règles de facturation.

Djoudi (D), « Les fausses factures et le délit de faux », Rev. sc. crim., 1996, p. 357.

- « La lettre de change valant titre au sens du faux », D. 2000 p.431.

Donnedieu De Vabres (H), « La notion de document dans le faux en écriture, examen critique du système constructif français », Rev. sc. Crim. 1940, p. 157.

- « La notion de faux intellectuel en droit pénal français », Rev. sc. Crim. 194, p. 273.

Dreifuss-Netter, « Droit de la concurrence et droit des obligations », RTDciv 1990, p. 369.

Droit et commerce (Association), La transparence, Colloque, Deauville, 19-20 juin 1993, Rjcom., nov. 1993, numéro spécial.

Ducouloux-Favard (C., « Fausses factures et corruption », D. 1996, chron., p. 352.

- « Surfactures et factures fictives face aux délits de fabrication et d'usage de faux en écriture » *in* La facturation de complaisance dans les entreprises, L'Harmattan,2001, p. 97.

Duong (L-M), « Le monopole de fait de la preuve dans les télécommunications », D. 2005, p. 496.

Durand (P), « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTDciv 1944, n° 44, p. 81.

- « Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat » RTDCciv. 1946, p. 155

Eilers (W), « Réflexions sur les origines du droit en Mésopotamie », RHD, 1973, n° 1, p. 13.

Endreo (G), « L'habitude », D. 1981, chr. XLIV, p. 313.

Escarra (J), « De la valeur de l'usage en droit commercial », Ann. dr. Com. 1910, p. 97.

Faculté de droit de Montpellier, « Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques », Bilan des décisions judiciaires pénales (année 2005) et civiles (période du 1er janvier 2004 au 1er semestre 2006).

- Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques », Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1er janvier au 31 décembre 2008).
- « Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques », Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1er janvier au 31 décembre 2012).
- « Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques », Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1er janvier au 31 décembre 2013).
- « Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques », Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1er janvier au 31 décembre 2014).

Fages (B) et Mestre (J), « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », RTDcom. 1998, p. 71.

Fagot (P-Y), « La facture électronique, vers une simplification des règles de facturation par la commission européenne », Gaz. Pal. 2009 n°113 p. 21.

Farjat (G), « La notion de droit économique », ADP, 1992, p. 27.

Flour (J), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *in* Études Ripert, 1950, t.1, p.93.

Forti (V), « La bataille des conditions générales contradictoires : étude comparative », RIDC 2008, n°3, p. 729.

Fouquet (O), « L'administration fiscale a-t-elle les moyens juridiques de lutter contre la fraude fiscale ? » Rev. Admin. 2006, n°349, p.44.

- « Jusqu'où théoriser la charge de la preuve ? », RJF, juill. 2007, p. 631.

Fourgoux (J-C) et Marchi (J-P), « Réflexions sur le projet d'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence, la fin de l'incohérence ? », Gaz.Pal., 1987 p.702.

Foyer (J), « Le dévoiement du droit pénal », Dr pén, 1995, n° 4, p. 2.

Francescakis (Ph), Travaux du comité français de droit international privé, 1966-1969, p. 165.
- « Lois d'application immédiate et règles de conflit », RDIPP 1967, p. 691.

Frison-Roche (M-A), « L'indétermination du prix », RTDciv. 1991, p.269.
- « Va t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix? » Rev. conc. conso. 1992 suppl., com. 92, p.13.
- « Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences », LPA 1993, n°147, p.14.
- « Les principes directeurs des mentions obligatoires en matière de facturation », D. 1994, p. 311.
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTDciv 1995, n° 3, p. 573.
- « Le modèle du marché », ADP, t. 40, Droit et Esthétique, 1996, p. 287.
- « De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix », RJDA 1996, n°1, p.3.
- « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », RTDciv. 1998, p. 43.
- « Unilatéralité et consentement » *in* Unilatéralisme et droit des obligations, Economica, 1999, p. 21.
- « Volonté et obligation», ADP 2000, *L'obligation* t .44 2000 p.129.
- « Le droit de la régulation », D. 2001, p. 610.

Frison-Roche (M-A) et Baranès (W), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000, p. 361.

Frison-Roche (M-A) et Meffre (J-M), « Les principes directeurs des mentions obligatoires en matière de facturation », D. 1994, p. 311.

Gabet-Sabatier (C), « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », RTDciv. 1980, p. 39.

Gaillard (E), « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » *in* Études offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 203.

Gaudemaris (M. de), « Théorie de l'apparence et sociétés », Rev. Soc. 1991, p. 465.

Gaudemet (Y), « Les contrats au pays de la régulation », RDC 2014, n°3, p. 325.

Gavalda (C), « Le secret des affaires » *in* Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, 1965, p.305.
- «Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage », JCP E 1989, II, 15579..

Gavalda (E) et Stoufflet (J), « Le contrat dit de factoring », JCP E 1966, I, 20044.

Giudicelli (A), « Le principe de la légalité en droit pénal français », Rev. sc. crim. 2007, p. 509.

Ghestin (J), « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », D. 1981, chr., p. 1.
- « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, p. 4.
- « La notion de contrat », D. 1990, chr. XXVII, p. 148.
- La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y rattachent »,

JCP E 1997, suppl. n°3-4, p.7.
- « Le contrat en tant qu'échange économique », Rev. Éco. Indus., 2000, n°spé., *Économie des contrats*, p. 81.
- « De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », D. 2015, p. 183.

Glais (J-M), « L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : analyse économique », Gaz. Pal. 1989, 1, chr. p. 290.

Glais (M), « Le processus concurrentiel : une présentation historique des apports de la théorie économique », RTDcom. 2014, p. 37.

Glais (M) et Laurent (Ph), « De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence », Gaz. Pal. 1978, p. 209.

Goldman (B), « La liberté du commerce dans les pays développés », *in* Libertés et droit économique, Bruxelles, De Boeck, 1992, p.105.

Gonthier (F), « Réflexion sur la notion d'écrit », JCP N 1999, n° 49, p. 1781.

Goré (F), « La comptabilité commerciale et le droit », *in* Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel, Dix ans de conférence de l'agrégation, Dalloz 1961, p.89.

Gouron (A), « Commerce et diffusion du droit romain » *in* Études de droit commerciale à la mémoire de Henri Cabrillac, Litec, 1968, p. 205.

Gouyet (R), « Facturation électronique : vers une évolution des règles existantes ? », Dr. fisc. 2010, p. 710.

- « Du bon usage de l'archivage fiscal », Bulletin fiscal Lefebvre 2015, n° 7, p. 389.

Grimonprez (B), Répertoire de droit civil, Dalloz, V° « Mise en demeure ».

Grua (Fr), « L'obligation et son paiement », *in* Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p. 479.

Grynbaum (L), « Création d'une facture électronique », CCC, mai 2002. Comm. 70.

Hamel, « Droit civil et droit commercial en 1950 » *in* Le droit privé français, Études offertes à Georges Ripert, LGDJ, 1950, p. 341.

Hébraud (P), « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques **»** *in* Mélanges Maury, t. 2, Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé, Dalloz, Sirey, 1960, p. 419.

Hémard (J), « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », *in* Le droit privé français, Études offertes à Georges Ripert, LGDJ, 1950, p. 341.

Henry (X), « Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation par le Bulletin civil », Bull. inf. C. cass., 1er juin 2004, n° 599.

Huet (A), *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 51, « Compétence des tribunaux français à

l'égard des litiges internationaux. – Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. – Clauses attributives de juridictions ».

- « De l'acceptation de certaines clauses du contrat », RTDciv 1991, p. 389.
- « Relatons habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé » *in* Études offertes à la mémoire du professeur A. Rieg, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Bruylant, 2000, 501.

Huet (J), « Transmission télématique de factures, un pas de géant dans l'EDI », Dr. Inform. Et telec. 1990, n°4, p. 111.

- « Aspects juridiques de l'EDIJ », D. 1991, p. 181.

- « La problématique juridique du commerce électronique » *in* Le droit des affaires au début du XXI ème siècle, colloque organisé par droit et commerce, Deauville, Juin 2000, Rjcom. 2001, p.17.

Hugon (H) et Jardel (B), « Réforme des délais de paiement : l'application de la LME dans l'espace », Décideurs : stratégie finance droit, 2010, p. 53.

Idiot (L), « Quelques réflexions sur la confidentialité en droit de la concurrence : à propos des secrets d'affaires et du secret professionnel » *in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien, 1996, p. 109.

Jacquemin (A), « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », *in* M.Van de Kerchove (sous la direction de), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Droit », Bruxelles, 1978, p.485.

Jamin (C), « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP G 1996, I, n° 3959, n° 10.

- « Révision et intangibilité du contrat », *in* Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Dr. Et pat., 1998, n° 3, p. 46.

- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » *in* Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^{e} siècle, LGDJ, 2001, p. 441.

Jeanclos (Y), « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », *in* Hommages à Gérard Boulvert, Service d'Édition scientifique, Université de Nice, 1987, p. 333.

Jeantet (F-C), « Aspects du droit économique » *in* Études de droit commercial offertes à Joseph Hammel, Dix ans d conférence de l'agrégation, Dalloz, 1961, p. 33.

- « L'esprit nouveau du droit de la concurrence », JCP G 1987, n°9, 3277.

Jégouzo (Y), « L'administration contractuelle en question », *in* Mouvement du droit public, Mélanges Moderne, Dalloz, 2004, p. 552.

Jenard (P) et Moller (G), Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988, *JOCE*, n° C 189, 28 juillet 1990.

Jestaz (Ph), « Le tireur conserve t-il la disponibilité de la provision après émission de la lettre de change ? », RTDcom 1966, p. 881.

Jeuland (E), « L'énigme du lien de droit », RTDciv. 2003, p. 455.

Josserand, *«* Le contrat dirigé », DH, 1933, p.19.

- Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, 1934, TII, p.333.

- « Évolutions et Actualités, conférences de droit civil *»*, Sirey 1936, p. 159.

- *«* Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats *»*, RTDciv. 1937, p.1.

- « La publicisation du contrat », *in* Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert, Paris, LGDJ, 1938, t. 3, p. 143.

- « Le contrat-forcé et le contrat légal », DH,1940, p. 5.

Jouanique (P), « Le codex *accepti* et *expensi* si Cicéron », RHD 1968, p. 5.

Jourdain (P), « Quand la chambre criminelle bafoue le principe de la réparation intégrale en autorisant un enrichissement de la victime », RTDciv. 2008, p. 309.

Kessler (G), « L'entreprise entre transparence et secret », *in* « Transparence et secret », Pouvoirs, 2001, p. 33.

- « L'objectivisation de l'*affectio societatis* », D. 2004, p. 1305.

Keutgen (G) et De Cordt (Y), « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », *in* Mélanges offerts à E. Cerexhe, Larcier 1997.

Kiraly (F de), « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique sa nature, son contenu, son système », *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny,1977, p.111.

Klein (J), « La loyauté en droit des contrats » *in* Justice & Cassation, La loyauté, Dalloz, 2014, p. 77.

Koering-Joulin (R), « La « cession Dailly » de créances fictives est-elle pénalement répréhensible ? » *in* Mélanges A.Vitu, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p. 277.

Labarthe (F), « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise », *in* Études offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux, Litec, 2003, p. 275.

Laithier (Y-M), « La « bataille » des conditions générales : le vainqueur n'est pas le dernier tireur », Rev. Contr. 2013, n° 2, p. 528.

Ladoux (L), « Transposition de la directive TVA de 2010, la facture électronique à l'honneur », Les nouvelles fiscales 2013, n°1124, p.4.

Lagarde (X), « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », JCP G 1996, I, 3174.

- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G, 1999, n° 40, I, p. 1767.

Lalou (H), « La révision des contrats par le juge en droit français », *in* La révision des contrats par le juge, Société de législation comparée, rapports préparatoires à la semaine internationale de droit , p.45 et s., spéc. p.50.

Lamarche (T), « La notion d'entreprise », RTDcom 2006, p. 709.

Lamiche (J), « Les conditions générales de vente », Conférence générale des tribunaux de commerce de France, Paris, 1984, p. 10.

Lasserre-Kiesow (V), « La vérité en droit civil », D. 2010, p. 907.

Lautsch (V), « L'évolution des pratiques tarifaires ne portent pas atteinte à la liberté contractuelle », D. aff. n° 178, 1999, p. 1476.

Lavabre (C), « Éléments de la problématique du contrat cadre », RJDA 2002, p. 603.

Le Bars (B), « L'image fidèle : la fonction pivot de l'élément intentionnel », LPA 12 avril 2007, n°74, p. 27.

Lebeau (D), *Jurisclasseur Commercial,* Fasc. 160, « Compétence des tribunaux de commerce. – Clauses attributives de compétence ».

Le Berre (C), « Les fondements économiques du droit de la concurrence », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur M. Bazex, Droit et économie interférences et interactions, Litec, 2009, p. 187.

Leclercq (P) et Gérard (Y), « L'évolution du droit des effets de commerce sous l' influence de l'informatique », RDBF 1989, p. 153.

Lecoeur (C), « Le secret des affaires à l'ère de la transparence. Réflexions suscitées par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi », RRJ 2014, n°39, p. 325.

Lecuyer (H), « La modification unilatérale du contrat », *in* L'unilatéralisme et le droit des obligations*,* Economica, 1999, p. 47.

Lemaire (C), « La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une

évolution bienvenue », JCP E, 2006, n°4, p.191.

Le Nabasque (H), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTDcom. 1999, p. 274.

Lesclous (V), « Le cumul réel d'infractions », Rev. sc. crim. 1991, p. 717.

Le Tourneau (Ph) et Poumarède (M), Répertoire de droit civil, Dalloz, V° « Bonne foi ».

Leturmy (L), « La responsabilité délictuelle du contractant », RTDciv. 1998, p. 839.

Leveneur (L), « Double condition délimitant la liberté de preuve en matière commerciale », JCP E 1998, p. 1970.

Lévy (J-Ph), « Cicéron et la preuve judiciaire » *in* Droits de l'Antiquité et sociologie juridique, Mélanges Henri Levy-Bruhl, Sirey, 1959, p. 187.

- « Les actes de la pratique, expression du droit » RHDFE 1988-2, p.151.

Libchaber (R), « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », *in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université de Louvain, t. XXXII, Paris, LGDJ, Bruylant, 2001, p. 125.

- « Réflexions sur les effets du contrat » *in* Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz, 2005, p. 211.

Lienhard (A), « Entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes », D. 2001 p. 550.

Loiseau (G), « Réflexion sur la nature juridique du paiement », JCP G 2006, I, p.1789.

Louis-Lucas (P), « Vérité matérielle et vérité juridique », *in* Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965, p. 583.

Lucas (F-X), « La société dite « créée de fait » in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels de droit des affaires, Dalloz 2003, p. 737.

Lucas de Leyssac (M-P), « L'escroquerie par simple mensonge ? », D. 1981, chr. II, p. 17.

Loiseau (G), « Réflexions sur la nature juridique du paiement », JCP G. 2006, I, 171, p. 1789.

Mackaay (E), « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », RIDE 1986, t. 1, p. 43.

- « Le juriste a t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », RRJ 1987, p. 419.

Maistre du Chambon (P), « Le déclin du principe de la légalité en matière pénale », *in* Mélanges Roger Decottignies, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p.209.

Malabat (V), Répertoire de droit pénal, Dalloz, V° « Le faux ».

Malaurie (Ph), « Les effets pervers des lois » *in* Ecrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique, PUF, 1994, p. 309.

- « La notion d'ordre public économique », Rev. conc.et consom. 1995, p.48.

- « Rapport de synthèse », *in* L'ordre public à la fin du XXe siècle (sous la dir. de Th. Revet), Dalloz, 1996, p. 106.

Maularie-Vignal (M), « La transparence doit-elle être érigée en dogme absolu ? », LPA, 3 oct. 1994, p.4.

- « Droit de la concurrence et droit des contrats », D. 1995, chr. 51.
- « Transparence tarifaire et liberté contractuelle », JCPE 1996, I , p. 537.
- Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », D. 1996, p. 361

- « Logique économique et logique juridique », CCC 2005, n°21.

Malinvaud (Ph), « Les règles de paiement de l'entrepreneur dans les marchés privés de travaux », RDI 2013, p. 53.

Martial Braz (N), « L'ambivalence du silence en droit des contrats » *in* Le silence saisi par le droit privé, Bibliothèque de l'IRJS, t. 54, 2014.

Mascala (C), Répertoire de droit pénal, Dalloz, V° « Escroquerie ».

Maréchal (C), « L'*estoppel* à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », D. 2012, p. 167.

Mathieu-Izorche (M-L), « La liberté contractuelle », *in* R. Cabrillac, M-A. Frison-Roche, et Th. Revet (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux,* Paris, Dalloz, 2004

Martial (N), « L'ambivalence du silence en droit des contrats » *in* Le silence saisi par le droit privé, ouvrage collectif co-dirigé avec Mme F. Terryn, Bibl. de l'IRJS - André Tunc, tome 54, 2014.

Martin (R), « La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire. Recherches archéologiques », JCP G 1999, I, p. 110.

Martin-Serf (A), RTDcom. 2012, chr. p. 617.

- « Créance de prix et créance née d'une exécution défectueuse du contrat », RTDcom. 2015, p. 372.

Massart, « Les effets de complaisance en question », LPA , 28 juin 1991, p. 27.

Maubru (B), « Les sociétés créées de fait entre époux » *in* Mélanges offerts à Jean Derruppe, Les activités et les biens de l'entreprise, GLN Joly et Litec, 1991, p.275.

Mayaud (Y), « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », AJPen. 2008, dossier, « Le mensonge en droit pénal », p. 111.

Mayer (P), Repétoire de droit international privé, Dalloz, V° « Lois de police ».

Mayer (D), « L'amitié », JCP 1974, I, p. 2663.

Mazeaud (D), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » *in* Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit, Dalloz, 1999, p. 603.

- « L'arrêt Canal "moins" ? », D. 2010, p. 2481.

Mestre (J), « Le juge du contrat », *in* Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun, PUAM, 1995, p. 22.

- « L'ordre public dans les relations économiques », *in* Th. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 33.

- « A propos de la règle selon laquelle nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », RTDciv. 1997, p. 136.

- « Les documents contractuel », RTDciv. 1997, p. 118.

- « Les restitutions et rien que les restitutions », RTDciv. 2005, p.125.

Mistretta (P), « Escroquerie aux assurances sociales : le mensonge n'est jamais innocent », Rev. sc. crim. 2015, p. 421.

Molfessis (N), « Le renvoi d'un texte à un autre », *in Les Mots de la loi*, Coll. Études juridiques, Economica, 1999, p. 55.

- « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *in* Le contrat, question d'actualité, LPA 5 mai 2000, n°90, p. 41.

- « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », RTDciv. 2000, p. 18.

- « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires », Colloque LPA, 2003, n°237.

Morel, « Le contrat imposé », *in* Études offertes à Georges Ripert, LGDJ, 1950, p.117.

Mouly-Guillemaud (C), « La sentence "nul ne peut se constituer de preuve à soi-même" ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », RTDciv. 2007, p. 253.

Mouralis (D.), « Clause attributive de juridiction», *in* Les principales clauses des contrats d'affaires, sous la dir de J. Mestre et J.-C. Roda, Paris, Lextenso, 2011.

Mousseron (J-M), « La durée dans la formation des contrats », *in* Études offertes à Alfred Jauffret, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

- «Une nouvelle science : la facturologie », Cahier dr. entr., 1988, fasc. 4.
- « La transparence tarifaire, étude des articles 31 à 33 de l'ordonnance de 1986, modif. 1992-1993 », Cah. dr. entr. 1993, n° 1, p. 11.

Mousseron (J-M.) et Mousseron (P), « La langue du contrat » *in* Mélanges Michel Cabrillac, Litec, Dalloz 1999, p. 219.

Muir-Watt (H), « Pour l'accueil du principe de l' « estoppel » en droit privé français » *in* Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, L'internationalisation du droit, Dalloz, 1999, p. 303.

Munday (R), « Le principe de légalité en pays de *Common Law »*, Rapport au XIV^{ème} congrès de l'Association française de droit pénal.

Muzny (P), « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », D. 2006, p. 2214.

Najjar (I), « L'accord de principe », D. 1991, p. 57.

Noda (Y), « La conception du contrat des japonais », *in* Études de droit japonais, Centre français de droit comparé, société de législation comparée, 1979.

Oppetit (B), « L'engagement d'honneur », D. 1979, chr.106.

- « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », Rev. sc. morales et poliques, 1995, p. 241.

Paclot (Y), « Les diverses facettes du secret des affaires », Dr. et pat. 2002, n°102, p. 71.

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

Pasqualini (F), « Autonomie comptable et qualification juridique », LPA, 1994 n°19 p. 8.

Père (D), « L'émission d'un chèque sans provision est-elle constitutive d'une escroquerie ? », D. 2006, p. 1950.

Perreau (E), « Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé », RTDciv. 1911, p. 229.
- « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », RTDciv. 1914, p. 481.

Perrot (R), « Le silence en droit judiciaire privé » *in*, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Sirey, Dalloz 1985, p. 627.

- « Rapport de synthèse », Travaux de l'Association H. Capitant, Le rôle du juge en présence des rapports économiques, 1972, p. 255 .

Perruchot-Triboulet (V), « Le droit de payer pour autrui », LPA 2001, n° 166, p. 12.

Peyron (D), « La fausse facture (dans la confection) », Gaz. Pal. 1986, p. 442.

Picod (Y), « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP G 1988, I, 3318.

Piette-Coudol (T), « La facture électronique, entre dématérialisation documentaire et signature électronique », CCC 2003, p. 11.

- « 2013, un an de dématérialisation et de sécurisation dans le droit interne », Revue Lamy droit de l'immatériel 2014 n°106, p. 51.

Pigassou (P), « La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises », RTDcom. 1995, p. 693.

Pirenne (J), « L'écrit pour argent et l'écrit de cession dans l'ancien droit égyptien », RIDA 1948, n° 1, p. 173.

Pirovano (A), « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », Justices, 1995, n°1, p. 15.

Plessix (B), « Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs, archéologie d'un silence », Annuaire de l'Institut Michel Villey 2012, vol. p.184

Pollaud-Dulian (F), « L'habitude en droit des affaires », *in* Études à la mémoire d'Alain Sayag, Droit et vie des affaires, Litec 1997, p. 349.

Pollaud-Dulian (F) et Ronzano (A), « Le contrat cadre par delà les paradoxes », RTDcom. 1996, p. 179.

Popesco-Ramniceano (R), « Le silence créateur d'obligation et l'abus de droit », RTD civ 1930, p. 999.

Pozzo (A. (del), « Améliorer ses délais de paiement grâce à la dématérialisation des factures », Option Finance 2009, n° 1017, p. 14.

Prévost (S), « Existe-t-il une obligation pour les dirigeants sociaux de rendre compte de leurs dépenses ? », Rev. Soc. 2015, p. 104.

Racine (J-B), « La notion de prix en droit contemporain des contrats », RIDE 1999, p. 777.

Racine (P-F), « Bref retour sur la jurisprudence Lemarchand et la théorie de l'apparence » *in* Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian, Étude de fiscalité des entreprises, Litec, 2009 p. 145.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, « La preuve ».

Raymond (G), « Le nouveau visage de la distribution, après l'abrogation des ordonnances de 1945 », Gaz. Pal., 1987, p. 248.

Remery (J-P), « Aspects maritime du droit international privé communautaire » in Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques, Dalloz 2008, p. 601

Renaudin (M), « La facturologie, une science à la portée de tous », Concurrences 1984, n° 81, p. 33.

Renucci (J-F), « L'identité du cocontractant », RTDcom. 1993, p. 441.

Revet (Th), « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », *in* L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la direction de Ch. Jamin et D. Maezaud, Colloque universités de Lille II et de Paris-Val-de Marne, coll. Etudes juridiques, Economica, 1999, n°18, p.44.

- « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », RDC 2012, p.327.

Ripert (G), *«* L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in* Recueil d'études sr les sources du droit en l'honneur de François Geny , t. 2, Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Paris, Dalloz ,1934, p. 347.

- « Le droit de ne pas payer ses dettes » , DH 1936, p. 57.

Roubier (P), « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *in* Mélanges Ripert, LGDJ, 1950, t. 1, p.11.

Rouhette (G), « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » *in* Études offertes à René Rodière, D. 1982, p. 247.

- « La révision conventionnelle du contrat », RIDC 1989, p. 369.

Rouvière (F), « L'envers du paiement », D. 2006, p. 481.

Ruet (L), « La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980 », *in* Aspects du droit privé en fin du 20e siècle, Études offertes en l'honneur de M. Juglart, Montchrestien, 1986, p. 95.

- « Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial », RTDcom. 1991, p. 151.

- « Les quatre fonctions du prix », LPA 2005, n°144, p. 4.

Saintourens (B), « Nature, preuve et rupture du lien coopératif : positions récentes de la Cour de cassation », Rev . Soc. 2002, p. 308.

Salah (M), « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulatoire ? » *in* Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261.

Saussier (S), « L'indétermination du prix (à propos des arrêts de 1995), le point de vue d'un économiste » *in* Droit et économie des contrats, Paris, LGDJ, sous la direction de Ch. Jamin, p. 115.

Savatier (R), "La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain", RTDcom. 1973 p. 1.

- « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977, p.4.

Sebag (L), « La détermination des honoraires de l'avocat après l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 1970 », D. 1970, Chron. 177.

Sérandour (Y), « La fraude au droit à déduction de la TVA selon la CJUE », Rev. Dr. fisc. 2012, n°3, p. 6.

Sériaux (A), « Réflexions sur les délais de grâce», RTDciv. 1993, p. 589.

- « Conception juridique d'une opération économique : la paiement », RTDciv. 2004, n° 2, p. 225.

Serverin (E), « Le contrôle du juge sur les honoraires d'avocats : deux procédures, deux poids et deux mesures », Rev. Trav. 2010, p. 50.

Schlosser (P), Rapport sur la Convention relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *JOCE*, n° C 59, 5 mars 1979.

Schmidt-Szalewski (J), « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats » RTDciv 2000, p. 25.

Seux (J-M), « Lois de l'ancien Orient », Cahiers Évangile, 1986, suppl. n° 56.

Simon (J), « Les nouvelles orientations du droit français de la concurrence : la lutte contre les pratiques déloyales », D. aff. 1997, p. 652.

Sinkondo (M), « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », RTDciv. 1993, p. 239.

Sousi (G), « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », RTDciv 1982, p. 514.

Stoffel-Munck (P), « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », D. 2002, p. 1974.

Stolowy (N), « Délinquance des comptes et droit des entreprises en difficulté », JCP G 2003, I, p. 147.

Storck (M), « Les retards de paiement » *in* Le paiement, Sous la responsabilité scientifique de M. Mignot et J. Lasserre-Capdeville, L'Harmattan, 2014, p. 255.

Sudre (F), « Le principe de légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Rapport au XIV^{ème} congrès de l'Association française de droit pénal, Dr. Pén. 2001, p.335.

Tallon (D), « Actualité de l'œuvre de Gény (A propos de la publication des conférences prononcées à l'occasion de son centenaire et de la traduction américaine de « Méthode d'interprétation et source en droit privé positif ») », RIDC, 1965, n°3, p. 735.

Terré (F), « Rapport introductif », *in* L'ordre public à la fin du XX^{e} siècle (sous la dir. De Th. Revet), Dalloz, 1996, p. 3.

- « Réflexions sur la norme comptable « *in* Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier, Economica, 2008, p. 393.

Testu (F-X), « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP 1993, I, p. 3673.

- « Contrats d'affaires – Principes internationaux d'origine non-étatique », Dalloz 2010, n° 123, 09.

Thibierge (C), « Le droit souple »*,* RTD civ. 2003, p. 599.

- « Au cœur de la norme, le tracé et la mesure », ADP, 2008, p. 51.

Thibierge-Guelfucci (C), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTDciv. 1997, p. 357.

Thomas (D), « La facture *pro forma* », RTDcom. 1997, p. 671.

Toledo-Wolfsohn (M-A), Répertoire de droit civil, Dalloz, V° « Compensation ».

Tonnelier (M-H) et Dupuis-Toubol (F), « Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve », JCP E 1998, p. 2011.

Valéry (J), « De l'acceptation des factures par le silence (réponse à M. Jean Barrault) », Ann. dr. com. 1914, p. 118.

Vermeren (P), « La preuve philosophique », *in* La preuve (sous la direction de C. Puigelier), Paris, Economica, vol. 19., 2004 p. 187.

Verny (J-F), « Facturation et déduction de la taxe payée au fournisseur », RJF, mars 1979 p. 75.

Véron (M), « La répression du faux : du préjudice éventuel au préjudice virtuel », Dr. pén. 1999, chron. 27.

Viney (G), « Chronique Responsabilité civile », *JCP* 1994, I, 3773, n° 3.

Vogel (L), « Ombres et lumières de la transparence tarifaire », JCP E, 1995, I, p. 436.

- « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », *in* Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq, Litec, 2004, p. 605.

Vogel (L) et Vogel (J), « Ombres et lumières de la transparence tarifaire », JCP E 1995, I , n°436

Voinot (D), Répertoire de droit commercial, Dalloz, V° « Réserve de propriété ».

Wachsmann (P), « Sur la clarté de la loi », *in* Mélanges P. Amsalek, Bruylant, 2005, p 809.

Waline (J), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif » *in* Études

offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XX^{ème} siècle, LGDJ, 2001, p. 965.

Wicker (G), « Force obligatoire et contenu du contrat » in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, sous la dir. P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Paris, Dalloz (coll. « Thèmes et commentaires »), 2003, p.151.

Willke (H), « Diriger la société par le droit ? » , *in* ADP, Le système juridique, t. 31, Paris, Sirey,1986, p.189.

Wolf (M), « Éradiquer la fraude carrousel », Dr. fisc., déc. 2014, p. 696.

Yung (W), L'acceptation par le silence d'une offre de contracter », in Mélanges offerts à R. Secrétan, Paris, Imprimerie Corbaz Montreux, 1964, p. 339.

Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, 1959, 103ème année, n° 1, p. 77.

RHD 1969, chr. p. 121.

RHD1970, chr. p. 75.

RHD 1971, chr. p. 149.

RHD 1978, chr. p. 125.

IV- Notes, observations, commentaires :

Armani-Mekki (S) et Mekki (M), « Panorama de droit des contrats », D. 2015, n°9, p. 529.

- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 4 novembre 2014, AJCA 2015, p. 78.

Attal (M), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 4 mars 2014, JCP E 2014, n° 21-22, p. 32, « L'opposabilité des clauses attributives de juridiction en matière internationale : la saga continue ».

Aubert (J-L), observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 3 novembre 1992, Défrénois 1993, p. 137.

Audit (B), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 3 décembre 1985, D. 1986, p. 267.

- observations sous Cour d'appel de Paris, 30 novembre 1988, D. 1989, somm. p. 253.

Austry (S), conclusions sous Conseil d'État, 25 juin 2003, *M. Arnaudo*, RJF, oct. 2003, n° 1095.

Aynès (L), note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 1er décembre 1995, D. 1996, p. 13.

Bachelier (G), commentaire sous Conseil d'État, 8ème et 3ème SS, 19 mars 2003, *SARL Cabinet Giordano,* Dr. fisc. 2003, n°26, comm. 495.

Barbier (H), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 4 novembre 2014, RTDciv. 2015, p. 123.

- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 27 janvier 2015, RTDciv 2015 p. 392.
- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 3 février 2015, « D'une personne morale à l'autre : transmission des dettes *via* l'entreprise sous-jacente », RTDciv. 2015, p. 388.

Barbiéri (J-F), note sous Cour de cassation, deuxième chambre civile, 23 janvier 2003, JCP 2003, II, 10110.

- note sous Cour de cassation, deuxième chambre civile, 22 mai 2008, Rev. Soc. 2008, p. 630.

Bargue (N), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 25 juin 2013, Gaz. Pal., 19 nov. 2013, n° 323, p. 16.

Bénabent (A), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 18 novembre 1997, Défrénois 1998, p. 405.

Bischoff (J-M), note sous Cour de Justice des communautés européennes, 14 décembre 1976, Colzani, aff. 24-76, JDI 1977, p. 734.

- observations sous Cour de Justice des communautés européennes, 19 juin 1984, *Tilly Russ*, aff. 71/83, JDI 1985, p. 159.

Blanchard, observations sous Cour de cassation, deuxième chambre civile, 18 septembre 2003, D. 2004, Somm. 2830.

- observations sous Cour de cassation, deuxième chambre civile, 6 mars 2014, D. 2014, p. 672.

Boismain (C), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 23 janvier 2008, « En présence d'un contrat international la clause écrite attributive de juridiction s'applique », JCP G 2008, n° 20, p. 33.

Boitard (M), observations sous Cour d'appel de Paris, 9 janvier 1967, RTDcom 1967, p. 134.

Bonneau (Th), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 15 novembre 1994, Dr. Soc. 1995, comm. N° 23.

Bouloc (B), observations sous Tribunal de grande instance de Paris, 10 janvier 1980, RTDcom. 1981, p. 123.

- observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 6 mars 1990, RTDcom. 1990, p. 629.
- observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 12 juin 1997, RTDcom. 1998, p. 223.
- observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 16 décembre 1997, D. 198, p. 538 ; RTDcom. 1998, p. 696 ; Rev. Soc. 1998, p. 402.
- servations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 4 janvier 2005, RTDcom 2005, p. 589
- observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 23 mai 2007, RTDcom. 2008, p. 199.
- observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 3 décembre 2014,

RTDcom. 2015, p. 163.

Bruneau (C), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 17 février 2010, « Forme d'une clause attributive de juridiction dans un contrat d'adhésion international », JCP G 2010, n°16, p. 440.

Cabrillac (M) et Teyssié (B), note sous Cour de cassation, 30 mars 1992, « Cessions de créances professionnelles. Faux », RTDcom. 1992, p. 843.

Calais-Auloy (J), note sous Cour de cassation, assemblée plénière, 13 décembre 1962, D. 1963, p. 277.

- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 13 novembre 1980, D. 1981, p. 541.

Calvo, note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 30 novembre 1983, Gaz. Pal. 1984, p. 675.

Chauveau (R), note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 17 mai 1966, D. 1966, p. 471.

Chazal (J-P), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 23 novembre 1999, JCP G 2000, n° 22, p. 1030.

Chevrier (E), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 4 janvier 2005, D. 2005, p. 214, « La clause attributive de compétence ne se transporte pas… sans acceptation du destinataire ».

- observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 6 décembre 2006, D. 2007, p. 302.
- observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 6 septembre 2011, D. actu. 2197.

Choné-Grimaldi (A-S), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 4 novembre 2004, JCP G 2014, p. 1310.

Combet (M), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 11 mai 2012, « Connaissance et acceptation d'une clause compromissoire stipulée dans les conditions générales de vente », RLDA 2012, p. 74.

Cornu (G), observations sous Cour de cassation, assemblée plénière, 13 décembre 1962, RTDciv. 1963, p. 572.

- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 19 février 1968, RTDciv. 1968, p. 558.

Cosson (J), observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 24 avril 1984, D. 1986, p. 125.

- observations sous Cour d'appel de Paris, 9 juillet 1985, Rev. sc. crim. 1985, p. 318.

Coulon (C), note sous Cour d'appel de Paris, 22 juin 2001, D. 2002, p. 843.

Courbe (P), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 29 avril 1981, JCP G 1982, II, n° 19730.

Coursier, (Ph), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 30 juin 1992, JCP E 1993, I, n°21, p. 162.

Crocq (P), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 17 juin 1997, RTDciv. 1998, p. 154.

Croze (H), « La loi n° 37650 du 9 juillet 1991 : le renouveau de l'exécution forcée », JCP G 1992, I, 3555.

Decocq (Y), observations sous Cour d'appel de Colmar, 21 janvier 2004, JCP E 2004, n° 48, p. 1878.

Dekeuver (A), note sous Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, D. 1982, p. 441.

Delebecque (Ph), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 12 juillet 2001, RTDcom. 2001, p. 1063.

- observations sous Cour de cassation, chambre sociale, 11 janvier 2006, IR 250.
- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 17 février 2010, RTDcom 2010, p. 460.

Delpech (X), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 17 février 2010, « Clause attributive de juridiction : contrat d'adhésion international », D. 2010, p. 588.

Derruppe (J), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 23 mai 1977, RTDcom. 1977, p. 711.

Dondero (B), note sous Cour de cassation, deuxième chambre civile, 22 mai 2008, Bull. Joly 208, p. 866.

Fages (B), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 16 juillet 1998, JCP G 1999, II, 10000.

Fallon (M), note sous Cour de justice des communautés européennes, 23 novembre 1999, Arblade, RCDIP 200, p. 710.

Fauvarque-Cosson (B), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 10 juillet 2007, D. 2007, Pan., p. 2972.

Ferrier (D), observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 3 novembre 1992, D. 1995, p. 85.

Fillion-Dufouleur (B), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 16 février 1999, « Validité de la clause de prorogation de compétence par référence, en matière de commerce international », JCP G 1999, n°38, 10162.

Fortin (D), note sous Cour d'appel de Paris, 4 juin 1992, « Constitue l'exercice illégal de la profession d'agent immobilier le fait, par un marchand de biens, de céder, à titre gratuit ou onéreux, et de manière habituelle, des promesses unilatérales de vente », D. 1993, p. 480.

Fouquet (O), observations sous Cour de Justice des communautés européennes, 2 janv. 2006 aff. C-354/03, C355/03, C484/03, *Optigen Ltd*, RTDcom. 2006 p. 508.

G. B., note sous Cour d'appel de Paris, 14 décembre 1971, JDI 1973, p. 743.

Garraud, note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 26 juin 1885, DP 1886, 1, p. 89 (2ème

espèce).

Gaudemet-Tallon (H), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 25 novembre 1986, RCDIP 1987, p. 396.

- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 10 janvier 1995, RCDIP 1995, p. 610.

Gauthier (P-Y), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 28 mars 1995, RTDciv. 1999, p. 642.

- observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 24 novembre 1998, RTDciv. 1999, p. 646.
- observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 6 mai 2010, RTDciv. 2010, p. 580.

Gavalda (C), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 14 octobre 1975, JCP 1976, II, n° 18279.

Ghestin (J), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 29 novembre 1994, JCP G 1995, I, n° 22371.

- note sous Cour de cassation, assemblée plénière, 1er décembre 1995, JCP G, II, 22565.
- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 4 novembre 2014, D. 2015, p. 183.

Ghica-Lemarchand (Cl), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 30 mars 1999, JCP G 2000, II, 10334.

Gissinger (L) et Renault-Malignac (F), observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 16 mai 2012, D. 2012, p. 2066.

Gonzalez-Gharbi (N), note sous Conseil d'État, 8ème et 3ème SS, 19 mars 2003, *SARL Cabinet Giordano,* JCP N 2004, p. 1350.

Guez (Ph), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 30 juin 1992, D. 1994, p. 169.

Holleaux (D), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 21 janvier 1981, JDI 1983, p. 402.

Honorat (J), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 15 novembre 1994, Défrénois 1995, p. 679.

Holleaux (G), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 19 octobre 1959, D. 1960, 37.

Huet (A), note sous Cour de cassation, chambre sociale, 14 janvier 1988, JDI 1989, p. 91.

- note sous Cour d'appel de Paris, 14 décembre 1988, JDI 1990, p. 151.
- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 30 janvier 1990, RTDcom. 1990, p. 453.
- note sous Cour d'appel de Colmar, 6 décembre 1993, JDI 1995, p. 152.
- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 9 janvier 1996, JDI 1997, p. 173.
- note sous Cour de Justice des communautés européennes, 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, aff. C-159/97, JDI 2000, p. 528.

Jääskinen (N), conclusions sur l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 7 février 2013, aff. C-543/10.

Kenfack (H), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 16 décembre 2008, « Portée de la clause attributive de juridiction contenue dans un connaissement maritime », JCP G 2009, n° 14, II, 10060.

- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 5 mars 2008, « Pour une lecture européenne du règlement Bruxelles I », D. 2008, p. 1729.

Kullmann (J), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 4 octobre 1989, D. 1994, somm. 11.

Larroumet (C), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 11 janvier 1989, JCP 1989, II, 21326.

Lasserre-Capdeville (J), note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 14 novembre 2007, D. 2008, p. 759.

- note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 16 octobre 2013, AJPen. 2014, p. 183.

Le Gallou (C), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 5 mars 2008, « Clause attributive de juridiction : les factures satisfont-elles Bruxelles I ? », RLDC 2008, n° 49, p. 13.

- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 17 février 2010, « Clause attributive de juridiction : les factures sont admises », RLDC 2010, p. 15.
- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 4 mars 2014, « Clause attributive de juridiction : opposabilité au tiers ? », RLDC 2014, n° 115, p. 17.

Legeais (D), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 17 juin 1997, JCP E 1997, II, 1007.

Léger (Ph), conclusions sur l'arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes du 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti,* aff. C-159/97.

Legros (C), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 23 septembre 2014, JDI 2015, n° 1, p. 134.

Leonnet (J), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 26 octobre 1993, CCC 1994, p. 1.

Leveneur (L), note sous note sous Cour de cassation, assemblée plénière, 1er décembre 1995, JCP E 1996, II, p. 776.

- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 23 janvier 1996, CCC 1996, p. 76.
- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 14 décembre 2004, CCC 2005, n° 64.

Lienhard (A), note sous Cour d'appel de Versailles, 28 octobre 2004, « Acceptation tacite de la clause de réserve de propriété », D. 2005, n° 1, p. 79.

Libchaber (R), observations sous Cour de cassation, troisième chambre civile, 26 septembre 2007,

Défrénois 2007, p. 1725.

Loir (R), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 31 janvier 2012, JCP E 2012, n° 25, p. 30.

Loquin (E), note sous Cour d'appel de Paris, 17 mai 1955, JDI 1996, p. 110.

Mainguy (D), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 10 juillet 2007, JCP E 2007, p. 2394.

- observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 3 mars 2004, JCP E 2005, n° 31-34, p. 1332.

Malaurie-Vignal (M), observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 10 mars 1999, CCC 1999, n° 95.

Malinvaud (Ph), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 3 mai 1995, RDI 1995, p. 554.

Mandelkern (D), conclusions sur Conseil d'État, 7ème, 8ème et 9ème SS, 20 fév. 1974, Dr .fisc. 1974, n°30, com. 958.

Massip (J), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 5 février 1991, D. 1991, p. 456.

Matsopoulou (H), observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 3 décembre 2014, Rev. sc. crim. 2015, p. 96.

- observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 14 décembre 2014, Rev. sc. crim. 2015, p. 93.

Mazeaud (D), observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 26 novembre 2003, RDC 2004, p. 257.

- observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 24 mai 2005, RDC 2005, p. 1007.

Mestre (J), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 29 avril 1981, RTDciv. 1987, n° 7, p. 119.

- observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 2 juin 1987 ; RTDciv. 1987, n° 7, p. 118.
- observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, RTDciv. 1992, p. 78.
- observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 3 novembre 1992, RTDciv. 1993, p. 124.
- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 11 avril 1995, RTDciv. 1996, p. 172.
- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 3 mai 1995, RTDciv. 1996, p. 155.
- note sous Cour de cassation, assemblée plénière, 1er décembre 1995, « Feu l'article 1129 sur le terrain du prix », RTDciv. 1996, p. 153.
- observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 5 décembre 1995, RTDciv. 1996, p. 899.
- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 23 janvier 1996, RTDciv. 1996, p. 898.
- observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 18 novembre 1997,

RTDciv. 1998, p. 372.
- note sous Cour de cassation, troisième chambre civile, 9 mars 1998, RTDciv. 1998, p. 520
- observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 24 novembre 1998, RTDciv. 1999, p. 98.
- observations sous Cour de cassation, deuxième chambre civile, 2 octobre 2002, RTDciv. 2003, p. 284.
- observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 18 octobre 2005, RTDciv. 2006, p. 107.

Mestre (J) et Fages (B), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 7 mars 2000, RTDciv. 2000, p. 333.
- note sous Cour de cassation, chambre commercial, 17 juillet 2001, RTDciv. 2002, p. 100.
- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 26 novembre 2003, RTDciv. 2004, p. 80.
- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 24 mai 2005, RTDciv. 2005, p. 588.

Mezger, note sous Cour de Justice des communautés européennes, 14 décembre 1976, *Tilly Russ*, aff. 71-83, RCDIP 1977, p. 576.

Mousseron (J-M), note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 18 février 1991, JCP E 1991, II, p. 183.

Niboyet, note sous Cour de cassation, première chambre civile, 37 janvier 1931, Sirey 1933, 1, p. 41.

Nourissat (C), commentaire sous Cour de cassation, première chambre civile, 17 février 2010, « Opposabilité d'une clause attributive de juridiction en application du Règlement « Bruxelles I » », Procédures 2010, n°4, comm. 117.

Olléon (L), conclusion sur Conseil d'État, 26 juin 2008, *min. c/ Sté Solamat-Merex*, BDCF, oct. 2008, n° 126.

Pailler (P), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 31 mai 2012, « Clause de réserve de propriété : des conditions de son acceptation dans le cadre de relations d'affaires », RLDC 2012, n° 94, p. 27.

Pataut (E), observations sous Cour d'appel de Paris, 25 février 1998, D. aff. 1998, p. 707.
- observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 10 mars 1999, D. aff. 1999, p. 704.
- note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 18 juin 1998, D. aff. 1998, p. 1334.

Pérochon (Fr), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 3 décembre 1996, D. 1996, somm. 212.

Picod (Y), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 11 avril 1995, D. 1995, p. 588.

Poiares (L-M), conclusions sur Cour de justice des communautés européennes, 12 janvier 2006 aff. C-354/03, C355/03, C484/03, *Optigen Ltd*, RJF, avr. 2006, n° 488.

Portmann (A), note sous Cour d'appel d'Orléans, 22 avril 2015, D. actu. 7 mai 2015.

Redon (M), note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 1er juin 2005, AJPén. 2005, p. 329.

Respaud (J.-L), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 10 juillet 2007, JCP E 2007, p. 2394.

Rivero (J), note sous Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, AJDA 1971, p. 537.

Roujou de Boubée (G), note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 30 mars 1992, S. 1994, somm. 157.

-observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 6 octobre 198, D. 1981, IR 141.

Roussel (G), note sous Cour de cassation, 9 juin 1993, JCP 1994, II, 22264.

- observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 23 mai 2007, AJPen. 2007, p. 327.

Savatier (J), note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 6 juin 1946, D. 1947, p. 234.

Sinay-Cytermann (A), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 4 mars 2003, JCP G 2004, II, 10071.

- note sous Cour de cassation, première chambre civile, 5 mars 2008, JDI 2008, p. 1087.

Soinne (B), observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 19 décembre 2000, Rev. Proc. Coll. 2001, n° 15, p. 3.

Soustelle (Ph), note sous Cour de cassation, première chambre civile, 23 janvier 1996, D. 1997, p. 571.

Stoffel-Munk (P), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 6 juillet 2004, RDC 2005, p. 286.

- note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2839.

Storck (M), observations sous Cour de cassation, première chambre civile, 3 décembre 2008, JCP G 2009, I, p. 140.

Tesauro (G), conclusions sur l'arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes du 20 février 1997, *Les Gravières Rhénanes*, aff. C-106/95.

Tuaillon (C), note sous Cour de cassation, chambre mixte, 9 juillet 2004, D. 2004, p. 2175.

Vallansan (J), note sous Cour de cassation, chambre commerciale, 29 mars 1994, Bull. Joly 194, p. 665.

Verclytte (S), commentaire sous Conseil d'État, 9ème et 10ème, 4 août 2006, *SA Warsemann automobiles*, Dr. fisc. 2007, n°7, com. 188.

Véron (M), observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 5 avril 1993, Dr. Pén. 1993, comm. 178.

- observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 17 décembre 2014, Dr. Pen. 2015, comm. 17.

Virassamy (G), observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 3 novembre 1992, JCP G 1993, II, 22164.

- note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 1er juin 2005, Dr. Pén. 2005, n° 10, p. 18.

Vitu (A), observations sous Cour de cassation, chambre criminelle, 3 février 1970, Rev. sc. Crim. 1970, p. 860.

Vogel (L), commentaire sous Cour de cassation, chambre criminelle, 23 janvier 1997, CCC 1997, com. 120.

Witz (C), « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises : panorama 2004 », D. 2005, p. 2281.

Zenatti (F), « Paiement – Loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 relative à la clause pénale et au règlement des dettes », RTDciv. 1986, p. 209.

note sous Cour de cassation, première chambre civile, 25 mai 1870, DP 1870, 1, p. 257.

note sous Cour de cassation, chambre des requêtes, 8 février 1899, D. 1900, I, p. 469.

V- AUTRES :

Algan (Y) et Cahuc (P), *La société de défiance, comment le modèle français s'autodétruit*, Ed. ENS.

Baudrillard (J), *Le système des objets*, Gallimard, 1968.

Bourgeois (L), *Solidarité*, Paris, Armand Colin et Cie, 1896.

Dali (S), *La Conquête de l'irrationnel*, Éditions surréalistes, Paris, 1935.

Descartes*, Discours de la méthode,* Bibliothèque de la Pléiade, Éd. Gallimard, 6e partie, 1966.

Fouillée (A), *La science sociale contemporaine*, Paris, Librairie Hachette, 4ème éd., 1904.

Gaultier (A), *Dali, les ABCédaires*, Flamarion, 1935.

Leclant (C (sous la direction de)), Dictionnaire de l'Antiquité, PUF, 2ème édition, 2011.

Montesquieu, *De l'esprit des lois (édition augmentée)*, Arvensa Editions, 2014.

Rosanvallon (P), *La crise de l'État Providence*, Le seuil, 1981.

-*Le libéralisme économique, Histoire de l'idée de marché*, Seuil, 1989, p.70.

Russ (J), « Les théories du pouvoir », LGF – Livre de poche, coll. Références, 1994.

Say (J-B), *Traité d'économie politique*, O. Zeller, 6ème édition, 1847.

Schumpeter (J), *Théorie de l'évolution économique*, Paris, Dalloz, Sirey, 1999.

Simondon (G), *Du mode d'existence des objets techniques*, Aubier, 1958, réédition corrigée et augmentée, Flammarion, 2012.

« Les délais de paiement, problème numéro un des entreprises *»*, Le Figaro, supp. économie, p. 23, éd. du lundi 23 mars 2015.

INDEX

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abus :

- caractérisation : 145, 146
- critique : 147, 148, 149, 150
- notion : 26, 140, 141, 142, 143
- abus de position dominante : 259

V. bonne foi

Acheteur :

- critique : 285
- obligation de réclamation : 285

Affacturage : 22, 23

Analyse économique du droit : 102, 256, 257, 261, 262

Apparence :

- preuve : 35, 41, 49 , 72, 77, 78, 79, 80, 81, 82
- faux : 102, 103
- transport d'une clause : 168
- TVA : 301, 302
- Fraude carrousel : 303

Autonomie de la volonté : 7,8, 25, 128, 169, 170, 171

Avocat :

- honoraires : 137
- révision : 137

B

Banquier : 76, 104, 105, 117, 119, 120, 121, 347, 348

***Battle of forms* :**

- notion : 172
- jurisprudence : 173

Bilatéralité :

- fixation unilatérale du prix : 140, 141, 142, 143, 144, 148
- obligation de réclamation : 285

Bonne foi :

- abus : 145, 146, 147, 148
- devoir de coopération: 148
- devoir de loyauté : 148
- interruption caractérisée des paiements : 162, 163
- notion : 26
- obligation de délivrance : 155
- obligation de réclamation : 156
- paiement : 158
- principe directeur : 145, 148

V.Surfacturation

C

Cession Dailly : 104, 105, 116

Charges déductibles :

- groupe de sociétés : 310
- présomption de régularité de la facture : 311

Clause attributive de juridiction :

- acceptation expresse : 203, 204, 205
- acceptation tacite : 209
  - en connaissance de cause: 214
- connaissance : 182,183, 184, 186, 187, 188, 189, 190
- notion : 177
- renvoi exprès : 191, 192, 193, 194

Clause de réserve de propriété

- acceptation expresse : 203, 204, 205
- acceptation tacite : 209
  - en connaissance de cause : 214
- connaissance : 198, 199, 200, 201
- notion : 176

Comportement du contractant :

- négociation : 80
- règlement des factures :81, 82

Comptabilité :

- fraude : 113, 114
- influence : 10
- preuve : 90

Code de commerce :

- L441-3 :
  - constitutionnalité : 293
  - proposition de réécriture : 293, 294, 295, 296, 297

Code général des impôts :

- article 289 : 302, 342
- article 242 nonies A de l'annexe 2 : 302

Code pénal :

- article 441-1 : 97
- article 111-2 : 280
- article 111-3 : 280

Contenu contractuel :

- éclatement : 36, 170
- fidélité contractuelle : 9, 56

Contrat-cadre :

- jurisprudence : 140
- notion : 139
- réserve des dispositions légales particulières : 141

Contrat d'entreprise :

- absence de prix : 135
- contrat sur facture : 136
- honoraires d'avocat : 136
- révision judiciaire du prix : 135, 136, 137

Crédit : 21, 22,101, 102, 103, 104, 119,347

D

Délais de grâce : 20

Dénomination précise : 292

Devis : 41

Document contractuel : 35, 36, 40, 41, 47

Droit cambiaire : 76

E

Effet comminatoire : 9, 15, 18, 19, 20, 22, 23, 24

Entreprises en difficultés : 19

Equilibre contractuel : 24

Escompte :

- conditions d'escompte : 290
- escomptes non prévus sur la facture : 287

Escroquerie :

- manœuvres frauduleuses : 116
- notion : 115

F

Facturation :

- bilatéralité : 154

V. Bonne foi

- contrainte de méthode : 316, 317, 318
- ordre international: 321
- responsabilité du dirigeant : 335

- surfacturation : 160
- unilatéralité : 146

Facture électronique :

- contrôle : 345
- impact probatoire : 343
- notion : 341
- fiabilité : 342, 343

Facture *pro forma* : 41

Facture protestable :

- notion : 23
- proposition : 347

Facturologie : 44, 270

Fausse qualité : 119

Faux :

- analyse économique : 102
- éléments constitutifs : 98
- évolution: 96, 97
- passage en comptabilité : 113
- préjudice : 112

V. Mensonge

Fixation unilatérale du prix

- intervention judiciaire : 142
- contrats spéciaux : 135
- contrats-cadre : 138

V. Abus

G

Groupe de sociétés

- immixtion de la société mère et paiement: 79
- présomption en matière fiscale : 310

H

Habitude :

- Relations habituelles d'affaires : 222
  - -impact : 225 et s.
  - -notion:223, 224

Histoire :

- archives égyptiennes : 30
- archives mésopotamiennes : 30
- code d'Hamurabi : 31
- *codex accepti et expensi :* 34
- endettement : 33
- *expensiliatio:*34
- *Tabulae novae :* 33

I

Impayé :

- développement : 15, 16
- droit spécial : 18, 19

Intelligibilité de la norme : 281

Interactions des dimensions de la facture :

- cumul de fondements des obligations : 329

- dette : 333
- responsabilité du dirigeant : 335
- révélation d'un abus : 334

L

Liberté de la preuve : 67

Loi de police :

- Convention de Rome du 19 juin 1980 : 321
- Élément d'extranéité : 321
- notion : 323
- règlement Rome I : 322, 323
- règles de conflit de lois : 322

M

Marché : 50, 51, 53, 150, 254, 256

Mentions obligatoires :

- effet informationnel : 263, 264
- ordre public économique :268
- secret des affaires : 272
- transparence : 270

N

Nul ne peut se constituer de preuve à soi-même :

- application :86
- principe : 85
- questionnement :88, 89

O

Obligation de délivrance :

- concurrence des fondements de l'obligation : 329
- fondement contractuel : 155
- fondement légal : 282

Obligation de réclamation :

- fondement contractuel : 156
- fondement légal :285

Opération donnant lieu à facturation : 275

Opération internationale : 38

- chaîne documentaire : 38
- certificats : 38
- facture consulaire : 38
- facture douanière : 38
- document douanier :38
- incoterms : 38

V. Clauses

Ordre concurrentiel : 256

Ordre public économique : 252, 253

Ordre public international : 321

P

Paiement :

- acceptation tacite : 209, 210
- invitation au paiement : 129
- notion : 129
- paiement réitéré : 213
- paiement sans réserve : 212

Preuve :

- acte mixte : 70
- exclusion de la preuve légale : 66
- faisceau d'indices : 73
- liberté : 67
- présomption de régularité en matière fiscale : 308
- société créée de fait : 77

Principe de légalité :

- notion : 278
- principe de textualité : 280
- sécurité juridique : 280

Prix :

- notion : 128
- prix du marché : 26, 149, 150

V. Fixation unilatérale

R

Réduction de prix : 291

Régulation : 256

Responsabilité du dirigeant : 335

Revente à perte : 258

Révision judiciaire du prix :

V. *abus, bonne foi, fixation unilatérale du prix.*

S

Sanctions :

- escroquerie : 115
- fausse facture : 99
- infraction aux règles de facturation : 282
- responsabilité contractuelle et facturation : 155, 156, 157, 160, 162

Secret des affaires :

- obligation de facturation : 271, 272
- mesures d'instruction *in futurum* : 273

Sécurité juridique :

- dans la dimension contractuelle du document :25, 53
- dans la dimensions technique :150 281, 354, 355

Silence :

- acceptation tacite : 217
- circonstances particulières : 223
- controverse doctrinale : 218, 219

V. Habitude

Société créée de fait : 77

Sources du droit :

- commission d'examen des pratiques commerciales : 286, 330
- coutume :128
- droit dur : 316
- pratique : 317

V. Usages ; relations habituelles d'affaires.

Surfacturation :

- inexécution du contrat : 160
- compensation pour dettes connexes :161

T

Technicité du droit :

- droit dur : 316
- qualité de la norme : 282 et s.

V. Principe de légalité ; Sécurité juridique

Titre :74

Transparence : 247, 257

V. Secret des affaires

Taxe sur la valeur ajoutée (TVA) :

- acte authentique : 305

- apparence : 304
- droit à déduction : 302
- fraude carrousel : 303
- société en formation : 306

U

Unilatéralisme :

- unilatéralisme d'ordre privé : 7, 44, 47, 169, 171
- unilatéralisme d'ordre étatique : 48, 318

V. Nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ; Prix

Usages

- clause attributive de juridiction : 239
- notion : 240
- prix : 128

V

Valeur informationnelle :

- utilité dans la dimension contractuelle : 78
- utilité dans la dimension technique : 257, 262

Vendeur : 283

Table des matières

REMERCIEMENTS.....VI

SOMMAIRE.....IX

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....XI

INTRODUCTION.....1
§1. La facture, un document à portée doctrinale traditionnellement faible.....5
A. Les raisons objectives. 5
1. Le point de départ : la faiblesse originelle du document.....5
2. Le prétendu point d'arrivée : la faiblesse originelle constitutive d'une faiblesse fonctionnelle.....8
B. L'environnement juridico-économique de la facture, ou l'existence de raisons subjectives expliquant la discrétion juridique du document.....12
§2. La proposition d'un affranchissement des certitudes dans la perspective d'un regain d'intérêt du document.....24
A. Raisons objectives.....24
B. Raisons subjectives. 37

PARTIE I.FACTURE ET CONTRAT : L'INSTITUTION SAISIE DANS SA DIMENSION CONTRACTUELLE.....47

TITRE 1. LA FACTURE, MODE DE REPRESENTATION DU LIEN CONTRACTUEL : LA PERENNITE D'UNE RELATION CLASSIQUE. 51

CHAPITRE 1. DE LA FACTURE AU SEIN DE LA LIBERTE DE LA PREUVE : UNE PROPENSION NATURELLE A LA REPRESENTATION DU LIEN CONTRACTUEL. . .53

Section 1 : De la source de fécondité : le principe de liberté dans l'établissement d'une preuve en droit des affaires. 54
§ 1. Des fondements d'une fertilité relative. 54
§ 2. De la mise en œuvre de l'efficacité probatoire du document.....60
Conclusion de la section.....71

Section 2. De la source de stérilité : l'adage « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » dans le contentieux relatif à la preuve par facture.....73
Conclusion de la section et du chapitre.....80

CHAPITRE 2. DE LA FACTURE ET DU FAUX : UNE PROPENSION NATURELLE A LA REPRESENTATION FICTIVE DU LIEN CONTRACTUEL.....81

Section 1 : De la fausse facture, pollution juridique naturelle. 82
§1. De la fausse facture entendue comme l'inexistence d'une cause générant la production du document. 82
§ 2. De la fausse facture, pollution juridique consubstantielle à une legislation tournée vers l'« offre ». 87
Conclusion de la section.....90

Section 2 : D'une depollution complexe.....91
§1. D'une dépollution directe impossible. 91
§2. De la possibilité d'une dépollution indirecte. 94
Conclusion de la section et du chapitre.....105
Conclusion du premier titre.....105

TITRE 2. LA FACTURE, MODE DE TRANSPORT DE LA MATIERE CONTRACTUELLE : L'AVENEMENT D'UNE RELATION PARTICULIERE.....107

CHAPITRE 1. DE LA POSSIBILITE D'UN TRANSPORT DU PRIX DU CONTRAT.....109

Section préliminaire : De l'objet de l'invitation au paiement.....110
§1. L'objet de l'invitation au paiement : prix, facture et usages. 112
§2 La facture, une invitation aupaiement.....116

Section 1 : De l'essor de la facture :la possibilité d'une fixation unilatérale du prix du contrat. 121
§1. Du transport unilatéral du prix du contrat : un phénomène classique au droit des contrats spéciaux. 121
§ 2. De l'essor de la facture à la lumière des contrats-cadre.....125
Conclusion de la section.....132

Section 2 : D'un essor encadré par le recours à la bonne foi, principe directeur en matiere de facturation. 133
§1. De la bonne foi, source de la découverte d'un abus en matière de fixation unilaterale du prix. 133
§ 2. De l'influence de la bonne foi en matière de fixation bilaterale du prix sur le droit au paiement. 147
A. L'absence de facture et la bonne foi : première source d'atteinte au paiement. 148
B. L'inefficience de la facture et la bonne foi, seconde source d'atteinte au paiement. 154
1. La surfacturation.....154
2. La facturation au-delà d'une interruption caractérisée des paiements de la part du débiteur, une autre forme d'inefficience de la facturation au nom de la prévalence du devoir de loyauté. 156
Conclusion de la section et du chapitre.....160

CHAPITRE 2. DE LA CERTITUDE DU TRANSPORT DE LA MATIÈRE CONTRACTUELLE ACCESSOIRE.....161

Section 1 : Du principe du transport de la matière contractuelle accessoire.....162
§ 1. Facteurs du transport. 162
§2. Typologie des clauses étudiées, objet du transport.....168
A. Les clauses de réserve de propriété.....169
B. Les clauses attributives de juridiction.....171
Conclusion de la section.....174

Section 2 : De la mise en oeuvre du transport des clauses à travers le contentieux.....175
§1. La mise à disposition effective de la clause à son destinataire par son émetteur, source d'acceptation de la clause insérée dans la facture. 175
A. Le moment de la connaissance de la clause attributive de juridiction. 177
1.Connaissance de la clause attributive de juridiction au moment de la conclusion

du contrat....177
2. Connaissance des clauses par renvoi exprès à la facture....182
B. Connaissance de la clause de réserve de propriété au moment de la livraison des marchandises....191
§2. Le comportement du destinataire, source d'acceptation de la matière contractuelle transportée par la facture. 194
A. L'acceptation expresse des clauses figurant sur une facture....194
B. L'acceptation tacite de la clause figurant dans une facture....199
1.Acceptation tacite par le paiement de la facture....200
2.Acceptation tacite par l'exécution du contrat en connaissance de cause....203
§3. Autres hypothèses. 205
A. Acceptation tacite par le silence. 205
1. La thèse du « silence acceptation » au début du XXème siècle....206
2. Les solutions actuelles....207
B. L'existence de relations habituelles d'affaires. 209
1. La notion de relations habituelles d'affaires....210
2. L'impact des relations habituelles d'affaires sur la connaissance des clauses attributive de juridiction et des clauses de réserve de propriété. 212
a) Les clauses attributives de juridictions. 212
b) Les clauses de réserve de propriété. 218
3. Usages du commerce international en matière de clause d'élection de for. 225
Conclusion du chapitre et de la première partie....233

PARTIE II. FACTURE ET MARCHE : L'INSTITUTION SAISIE DANS SA DIMENSION TECHNIQUE 235

TITRE 1.LA FACTURE, MODE DE REPESENTATION D'UNE OPERATION DE MARCHE. 239

CHAPITRE 1. LA FACTURE ET L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE : UNE PROPENSION NATURELLE DE CORRESPONDANCE. 244

Section 1 : Des origines de l'institution technique. 245
Conclusion de la section.....250
Section 2 : De l'institution technique et de l'ordre concurrentiel : entre étanchéité et perméabilité. 251
Conclusion de la section et du chapitre....260

CHAPITRE 2. DE LA RÉALISATION DE LA FACTURE EN TANT QU'INSTITUTION TECHNIQUE. 261

Section 1 : De la vocation extensive de la construction technique : le moule flasque de la transparence. 261
Conclusion de la section....270

Section 2. De la vocation restrictive du matériau technique : le moule rigide du droit pénal. 271
§1. Du caractère restrictif de la méthode employée. 271
§2. De l'analyse de la disposition. 275
§3. Proposition de mise en cohérence. 289

Proposition de réécriture de l'article L441-3 du code de commerce.....292
Conclusion de la section.....294
Conclusion du chapitre et du premier titre.....294

TITRE 2.LA FACTURE, MODE DE TRANSPORT DE LA MATIERE OBLIGATOIRE : VERS UNE AUTONOMISATION DU DOCUMENT ?.....297

CHAPITRE 1 . De la transparence à l'apparence : de l'autosuffisance de principe du document en droit fiscal. 299

Section 1. De la condition formelle attachée au droit à déduction de la TVA : première manifestation de l'autonomie du document.....300
Conclusion de la section.....307
Section 2. De la présomption de régularité attachée au document en matière probatoire : seconde manifestation de l'autonomie du document. 309
Conclusion de la section et du chapitre.....318

CHAPITRE 2. De la nécessité d'une rencontre entre les dimensions du document : la projection d'un dépassement. 319

Section 1 : Des dimensions en concurrence. 319
§1. Le questionnement d'un certain droit.....320
§2. Des manifestations de la mise en concurrence des dimensions contractuelle et technique du document. 332
Conclusion de la section.....346

Section 2. La recherche d'un apaisement : d'une coalition sécurisée des dimensions possible ?.....347
Conclusion de la section et de la partie II sous la forme d'une proposition finale.....356

CONCLUSION.....361

ANNEXES.....367

BIBLIOGRAPHIE.....377

INDEX.....421

TABLE DES MATIERES.....435

Kevin MAGNIER-MERRAN

LA FACTURE

Résumé

Document polyvalent, la thèse a pour ambition de démontrer que le détail juridique que la facture constitue en apparence, peut masquer des problématiques épineuses. La facture a été victime d'un détournement de fonction en raison de la pratique courante de l'insertion de données qui ne figureraient pas sur une facture rudimentaire. Il y a eu une inflation de la charge juridique contenue dans le document. C'est la possibilité du « phénomène contentieux » autour de l'acceptation d'une clause insérée dans la facture qui a permis à cette dernière d'intégrer la sphère contractuelle. Ce mouvement inflationniste s'est doublé d'une appropriation étatique du document. La juridicité du document a été renforcée par le législateur au nom d'un renforcement des conditions de libre concurrence conférant alors au document une dimension technique. Le document est alors marqué du sceau de l'autonomie, celle-ci menaçant alors d'autres droits fondamentaux et notamment, le principe de légalité, au nom d'une transparence invasive. La facture est alors sans aucun doute alors une image double. Ce qui saisit, c'est la trajectoire vécue par un document plus que polyvalent ayant pour point de départ une pratique naturelle et parvenant à un point d'arrivée technique et pesant. Le droit de la facture traduit fidèlement l'état d'un droit sous tension en ce que la législation obligatoire sur la facture est contraignante et ne répond pas aux exigences de sécurité juridique.

Droit – Droit des affaires – facture – clause – acceptation – preuve – usages – droit économique – concurrence – dimension technique – transparence tarifaire – principe de légalité – sécurité juridique apparence – droit fiscal – facture électronique

Résumé en anglais

Versatile paper, the thesis aims to demonstrate that the legal detail that the bill is apparently can hide thorny issues. The bill was the victim of a function of diversion due to the common practice of inserting data that do not appear on a rudimentary bill. There was an inflation of legal charge contained in the document. It is the possibility of " disputes phenomenon " around the acceptance of a clause in the bill which allowed the latter to integrate the contractual sphere. However, this movement is accompanied by another paradigm shift, when the legislature wished to seize the invoice into a competitive tool. Juridicity document has been strengthened by the legislature in the name of strengthening the conditions of free competition while giving the document a technical dimension. The document is then marked with the seal of autonomy, it then threatening other human rights, including the principle of legality, on behalf of invasive transparency. The invoice is then undoubtedly be a double image. What grabs is the trajectory experienced by a paper more versatile than having to base a natural practice and achieving a technical point of arrival and weighing. The right of the bill accurately reflects the state of a power law in that mandatory legislation on the invoice is binding and does not meet the requirements of legal certainty .

Law - Business Law - bill - clause - acceptance - proof - uses - commercial law - competition - technical dimension - price transparency - principle of legality - legal certainty appearance - tax law - electronic invoice