



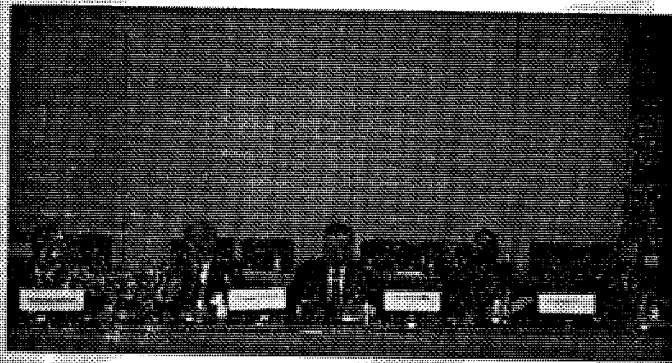
CONSEIL SUPÉRIEUR
DU NOTARIAT

Cercle HORIZON
Club OHADA Orléans

Le Conseil Supérieur du Notariat et Cercle Horizon, Le Club OHADA d'Orléans, organisent chaque année à Paris un colloque en hommage au regretté Kéba M'BAÏE, grand artisan et initiateur de Droit Uniforme africain des affaires issu du Traité OHADA. Cette manifestation placée sous le signe de l'harmonisation du droit en Afrique aborde chaque année un sujet d'actualité relatif au droit OHADA. La 2^{ème} Edition, qui s'est déroulée le 9 février 2010 au siège du Conseil Supérieur du Notariat à Paris, portait sur : « Le Droit de la Preuve dans l'Espace OHADA »

Colloque

«Le Droit de la preuve dans l'espace
OHADA»



*Au Siège du Conseil Supérieur du Notariat à Paris
9 Février 2010*

En Partenariat avec

ORGANISATION
INTERNATIONALE DE
la francophonie



OHADA.com

SOMMAIRE

OUVERTURE

Michel AKOUETE AKUE	Juriste d'entreprise, Directeur Associé Cabinet « CH Consulting – Togo » Président de CERCLE HORIZON-Club Ohada Orléans	P. 3
Jean-Paul DECORPS	Président Honoraire du Conseil supérieur du notariat, Président d'honneur de l'Association du notariat francophone (ANF)	P. 4
Hervé CRONEL	Conseiller Spécial, Représentant SEM Abdou DIOUF Secrétaire général de l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF)	p. 6
Jacques TOUBON	Ancien ministre, Secrétaire général du Cinquantenaire des Indépendances Africaines	P. 8
Philippe TIGER	Professeur associé à l'Université de Tours / Formateur à l'ERSUMA / Expert Secrétariat Permanent de l'OHADA	P. 10

Table Ronde N°1 : CONSIDERATION GENERALES SUR LA PREUVE

Présidente de Séance :	Axelle de BORGER , Présidente de l'Organisation des Juristes d'Affaires Francophones (OJAF), Rédactrice en chef de la Revue « <i>Le monde du droit</i> »	
Philippe DUPICHOT	Professeur à l'Université Paris ⁸ -Est Créteil (UPEC) Secrétaire général adjoint de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française	P. 16
Michel GRIMALDI	Professeur à l'Université Paris II, Président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française	P. 20
Anne PENNEAU	Professeur à l'Université Paris XIII	P. 23
Bernard REYNIS	Président Honoraire du Conseil supérieur du notariat, Ancien Président du Conseil des notariats de l'Union européenne	P. 30

Table Ronde N°2 : DROIT POSITIF DE LA PREUVE EN OHADA

Président de Séance	Hughes KENFACK , Professeur à l'Université de Toulouse 1, Vice-Président de l'Université de Toulouse 1	
Félix ONANA ETOUNDI	Expert - Magistrat Référendaire à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)	P. 33
Abdoulaye HARISSOU	Notaire à Maroua (Cameroun) Président honoraire de la Commission Affaires africaines au sein de l'Union internationale du notariat	P. 36

Table Ronde N°1 : PROPOS CONCLUSIFS ET RAPPORT DE SYNTHESE

Président de Séance :	Alexandre VILGRAIN , Président du CIAN	
Bruno GIORGIANNI	Représentant Steve GENTILI, Président de la Banque BRED - Président du Forum Francophone des Affaires (FFA)	P. 38
Stéphane GOMPERTZ	Directeur Afrique -Océan indien Ministère des Affaires Etrangères et Européennes	P. 39
Achille NGWANZA	Doctorant Université Paris 11 Secrétaire général de Cercle Horizon- Club OHADA Orléans	P. 41

Mots de Bienvenue

Michel AKOUETE AKUE
Juriste d'Entreprise - Consultant
Président de Cercle Horizon, CLUB OHADA ORLÉANS

Monsieur le Ministre Jacques TOUBON,
Monsieur le Président de l'Association du Notariat Francophone
et Président Honoraire du Conseil Supérieur du Notariat
Monsieur le Représentant de SEM Abdou DIOUF, Secrétaire Général de l'OIF
Chers amis, membres de Cercle Horizon et du Conseil Supérieur du Notariat
Eminents Universitaires et praticiens
Chers invités
Mesdames et Messieurs en vos fonctions et qualités

J'ai envie de vous souhaiter la bienvenue sous l'arbre à palabre dans cette Amphithéâtre du Conseil Supérieur du Notariat qui accueille avec une régularité remarquable la communauté juridique francophone autour des discussions et débats sur des thématiques qui alimentent le droit positif. Outre les « *Entretiens de la Tour Maubourg* », il faudra désormais compter avec les « *Journées Kéba MBAYE* » consacrées à la réforme du Droit des Affaires en Afrique, vaste chantier législatif et judiciaire entamé en 1993 avec la signature du Traité portant Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

Cercle Horizon, le Club OHADA d'Orléans et le Conseil Supérieur du Notariat acteurs et promoteurs de cette réforme, on décidé il y a 2 ans d'organiser des manifestations communes tendant à diffuser et à vulgariser le droit OHADA. Heureuse initiative qui s'est traduite par l'organisation ici même de la première édition de la Journée Kéba M'BAYE, c'était le 13 janvier 2009. Pour cette première édition, nous nous étions positionnés sur un thème d'actualité, une actualité marquée, souvenons-nous, par le Sommet des Chefs d'Etats de l'OHADA réunis au Québec pour entériner la Révision du Traité OHADA. L'histoire retiendra que c'est le seul colloque d'envergure dont les travaux ont porté sur les forces et les faiblesses de la nouvelle mouture du Traité OHADA.

Cette 2^e Journée Kéba M'BAYE qui nous rassemble ce jour, prend une orientation plus scientifique puisqu'elle porte sur un thème vedette du droit des contrats et des obligations : LA PREUVE.
Cher Président DECORPS, parler de la preuve chez les notaires relève d'une flagrante évidence ; c'est évoquer l'ordonnance avec le médecin. Il n'est donc pas étonnant que ce thème se soit vite imposé lors des entretiens préparatoires du colloque de ce jour.

Au-delà de l'évidence qui a semblé guider notre choix, il y a aussi l'agenda institutionnel de l'OHADA qui prévoit dans un proche avenir l'élaboration d'un Acte Uniforme sur le Droit des Contrats et de la Preuve.
Enfin, les divers modes probatoires prévus par les Actes Uniforme de l'OHADA, à côté de la preuve emblématique qu'est l'ECRIT, nous paraît justifier un débat sur la singularité de la fonction probatoire dans le cadre de l'OHADA.

Avant de laisser la parole au panel d'experts qui vont plancher sur le sujet, je voudrais vous esquisser l'honneur et la fierté que nous éprouvons au sein de notre Club en prenant part à cette dynamique de promotion du droit uniforme OHADA, « *un outil imaginé par l'Afrique pour servir le développement et la croissance* » pour reprendre la fameuse formule de feu le Juge Kéba M'BAYE, maître d'œuvre de l'OHADA, celui dont nous honorons la mémoire à travers cette journée de réflexion sur le droit de la preuve dans l'espace OHADA.
Je vous invite donc à vous lever pour observer 1mn de silence en mémoire de ce grand homme, fierté de tout un continent.

Je vous remercie.

Discours d'accueil

Jean-Paul DECORPS

Président honoraire de l'Association du Notariat Francophone

Monsieur le Ministre,
Monsieur l'Ambassadeur,
Messieurs les Présidents,
Messieurs les Professeurs,

Je vous exprime tout le plaisir que nous ressentons d'accueillir, au Conseil Supérieur du Notariat, les participants à ce deuxième colloque sur le droit OHADA, et vous exprime les regrets du Président FERRET, retenu par une obligation antérieure, de ne pouvoir être parmi nous.

On pourrait, à première vue, s'étonner que soient réunies à cette occasion des institutions en apparence aussi disparates :

- une O.N.G. de réputation mondiale : l'OIF et je salue M. CRONEL, représentant personnel de M. Abdou DIOUF, secrétaire général de la Francophonie,
- une organisation juridique africaine internationale : l'OHADA et je salue la présence de Monsieur le Ministre Jacques TOUBON, l'un des pères du traité OHADA, et tout spécialement bien sûr Monsieur Michel AKOUETE AKUE, Président de Cercle Horizon, le club OHADA d'Orléans, sans lequel ce colloque n'aurait pas eu lieu, puisqu'il en est l'initiateur.
- Une association qui relie la Francophonie et le monde de l'entreprise, le Forum Francophone des Affaires, dirigé avec talent et efficacité par Monsieur Steve GENTIL,
- une organisation professionnelle nationale, le Conseil Supérieur du Notariat qui, dans le cadre d'une commission "OHADA" créé en 2006, apporte sa contribution au rayonnement de ce droit communautaire.

En réalité pourtant, leur présence commune est parfaitement logique, car il y a entre elles au moins deux facteurs de **rapprochement** :

- Le premier, c'est l'université. La présence ici d'universitaires éminents venant de: Paris 2, Paris 11, Paris 13, Toulouse, et Orléans, témoigne du grand intérêt porté par les professeurs et maître de conférence au droit OHADA, et à notre colloque.

- Le second c'est une triple convergence : politique, culturelle et juridique.

- Une convergence politique tout d'abord :

Elle se traduit par des choix communs :

- * Celui de proposer une certaine idée du rôle de l'Etat, qui doit se garder d'un excès d'interventionnisme ou d'un ultralibéralisme, et se recentrer sur l'exercice de ses fonctions régaliennes, diplomatie, armée, justice.
- * Celui aussi de défendre les droits de l'homme, notamment le droit de propriété, l'un de ses aspects fondamentaux, et à travers lui plus largement le titrement, opération qui consiste à délivrer un titre à un citoyen pour lui permettre d'occuper une terre, de l'exploiter, de l'habiter.
- * Celui enfin de favoriser le développement économique pour aider à l'émergence des pays concernés par le droit OHADA.

- Une convergence culturelle ensuite :

Elle se reflète dans quelques objectifs partagés :

- * Celui de promouvoir les mêmes valeurs humanistes, l'épanouissement de l'individu, le respect de l'autre,
- * Celui de partager des expériences, en favorisant les échanges, en développant la formation,
- * Celui de s'enrichir de nos différences, en faisant mieux connaître d'autres cultures, en respectant les usages et les traditions de chacune.

- Une convergence juridique enfin :

Elle apparaît au détour de quelques choix stratégiques qui nous rapprochent :

- * c'est celui, en premier lieu, de promouvoir le droit continental, c'est-à-dire le droit de la sécurité. Il implique, c'est vrai, un certain formalisme, mais il explique le développement économique d'un pays car la sécurité juridique crée la confiance, qui permet le crédit donc l'investissement, le développement économique et le progrès social;
- * c'est celui, en deuxième lieu, de prôner l'équilibre des engagements contractuels, pour que chacun trouve son compte dans le contrat qu'il signe, qui doit être en quelque sorte gagnant-gagnant. Il s'agit notamment de lutter contre la recherche du "toujours plus", lorsque les décideurs économiques évoquent le retour sur investissement, créant en quelque sorte une dictature de l'actionnariat,
- * Troisième convergence juridique, c'est celle de favoriser la prévention des conflits :
 - cela permet de soulager les tribunaux en réduisant le nombre des procès,
 - cela permet aussi d'apaiser les citoyens en recherchant la paix juridique,

Ces trois convergences vont, j'en suis sûr, apparaître au cours de cette rencontre, où nous allons parler de la preuve. Car la preuve, dans notre système juridique, joue un rôle fondamental : elle est déterminante de l'existence d'un droit, de sa justification et de son application. Sans preuve, ou si cette preuve est mal assurée, un droit est inopérant, comme frappé d'infirmité.

C'est ce que devrait, je pense, démontrer nos travaux,

Je vous souhaite un bon colloque et de fructueux échanges.

OHADA.com

Portail du Droit des Affaires en Afrique

Message de SE M. Abdou Diouf,

*Secrétaire général de l'OIF
lu par Hervé CRONEL, Conseiller spécial*

Monsieur le Ministre, cher Jacques TOUBON
Monsieur le Président honoraire de l'Association du Notariat Francophone
Monsieur le Président du Cercle HORIZONS,

Voici que nous poursuivons ensemble notre construction et notre exploration de cet univers de l'OHADA, dont je ne me lasse pas d'admirer la richesse et la vitalité.

La fin de 2009 a été particulièrement heureuse de ce point de vue. La République démocratique du Congo a achevé son processus d'adhésion, apportant ainsi à la communauté de l'OHADA plus de 60 millions de membres, à la créativité économique et à l'énergie bien connues. De même à Ndjamena, fin décembre, s'est tenue la première conférence des chefs d'Etat prévue par le Traité révisé de Québec. Ce traité révisé vient lui-même d'être ratifié par un nombre suffisant de pays pour entrer en vigueur en 2010. Enfin pour la première fois la nomination d'un haut responsable de l'OHADA va se faire selon une procédure internationale classique et non plus selon les Arrangements de Ndjamena, qui appartiennent désormais à l'histoire.

2010 commence également sous d'heureux auspices : à Kampala, en Ouganda, à l'invitation de la Banque mondiale, que nous n'avons pas toujours connue si favorable à notre démarche, une conférence organisée sur l'environnement de l'investissement et le climat des affaires, a réservé une part de ses travaux à la présentation de l'OHADA et de ses acquis, devant de hauts responsables venus du Kenya, de Tanzanie et de Zambie, avec des intervenants de Singapour ou du Royaume Uni. Ainsi la vocation africaine et internationale de l'OHADA est bien reconnue, hors même de notre communauté francophone.

Il ne s'agit pas ici de triomphalisme. Et certains d'entre vous ont pu, à juste titre, s'impatienter des lenteurs de l'Organisation et de ses processus, des difficultés que rencontrait l'adoption de règles pourtant simples ou de procédures transparentes. Mais l'invention et la diffusion de ce droit nouveau sont désormais inscrites dans la durée.

Nous le savons, même enraciné dans une tradition, comme l'est le droit OHADA dans le droit continental, il s'agit d'un changement majeur : il nécessite donc de prendre le temps, de considérer des contextes de plus en plus vastes, de toucher des parties prenantes plus nombreuses et plus diverses dans leur approche des différentes étapes de l'activité économique.

Ce qui m'importe aujourd'hui, c'est ce qui est désormais reconnu : si le droit est bien un élément déterminant pour la construction d'une sécurité juridique effective des activités économiques en Afrique, alors l'OHADA est bien l'outil adapté pour établir et diffuser ce droit, tout particulièrement parce qu'à côté des structures formelles de l'Organisation – le Secrétariat permanent, la Cour commune de Justice et d'Arbitrage, l'Ecole de Porto Novo -, il y a d'une part les commissions nationales, d'autre part tout ce foisonnement des cercles et des clubs OHADA qui partagent et font vivre notre idéal : un état de droit compréhensible et accessible à tous.

Considérant la variété et l'ampleur de la galaxie qui œuvre dans ce but, je veux une nouvelle fois saluer spécifiquement l'action du notariat français et francophone, en soulignant son engagement en faveur de l'OHADA. Je le remercie du

temps et des travaux que, dans son souci de renforcer cette sécurité juridique, il consacre à approfondir des questions essentielles : aujourd'hui le droit de la preuve, hier le titre foncier.

Je salue également tous ceux qui, comme le club HORIZONS, s'attachent passionnément à la connaissance et à la diffusion du droit OHADA, dans et hors de l'Afrique, dans et hors de l'espace francophone.

Comme j'ai eu une formation de droit public, je ne m'engagerai pas dans un commentaire du thème que vous avez retenu. Je ferai seulement une réflexion. Faire la preuve a toujours été un exercice délicat, combinant l'accumulation de documents et de déclarations et la finesse de l'interprétation. Or l'évolution de l'économie mondiale, les formes multiples de communication et la prolifération des contrats de gré à gré rendent encore plus complexe la recherche et la formalisation détaillées des éléments de preuve, de plus en plus dématérialisées et enfermées dans des formats électroniques. Plus le système s'accélère et semble devenir abstrait, plus il repose en fait sur la confiance et sur une sorte de reconnaissance a priori, qui permet par exemple aux sites de commerce et d'enchères sur internet d'être des succès. Quel devient dans ce cadre le rôle des règles et la tâche des professionnels du droit ? Comment contribuent-ils à améliorer le fonctionnement de l'économie, le rendre plus sûr, sans pour autant le ralentir ?

C'est un défi qu'un droit neuf comme l'OHADA doit affronter et auquel il faut donner des solutions innovantes.

Ai-je maintenant besoin de vous le redire ? La Francophonie reste attentive aux actions et aux efforts engagés pour promouvoir le droit OHADA, le populariser auprès des opérateurs économiques et en faire un pivot de la sécurité juridique, car l'existence d'un tel droit est un élément important du respect des droits de l'Homme et une pierre d'angle du développement durable.

En rappelant, pour conclure, la mémoire de ce grand juriste et de cet inlassable artisan de l'OHADA que fut Kéba MBAYE, je souhaite donc plein succès à vos travaux et vous remercie de votre attention.

Cinquantenaire

50

des indépendances

Discours d'ouverture

M. Jacques TOUBON

Ancien ministre,

Secrétaire Général du Cinquantenaire des indépendances africaines

Je suis très heureux de me retrouver ici, au siège du Conseil Supérieur du Notariat, et de renouer en quelque sorte avec beaucoup d'activités, de liens et de souvenirs qui m'unissent à cette action inlassable, menée par le notariat, et de manière générale par les professions françaises, au service de la francophonie. Elle est en faveur de cette culture et de cette pratique juridique et judiciaire, inscrite dans notre tradition culturelle et dans notre tradition politique aussi.

Je participe à ce colloque, parce que je veux rendre hommage à l'initiative prise par le notariat avec ses partenaires, d'inscrire aujourd'hui ce colloque dans l'ensemble des manifestations et des initiatives qui, dans l'année 2010, vont s'efforcer de marquer la relation privilégiée existante entre la France et l'Afrique de manière générale, mais plus spécialement les 14 pays qui étaient des colonies françaises et qui sont devenues en 1960, il y a 50 ans, des pays indépendants et souverains.

Je voudrais remercier le président DECORPS, le président FERRET, le président REYNIS et tous les autres qui se consacrent au notariat français et au notariat francophone. Depuis des années, lorsque j'ai été en charge en particulier de la francophonie puis de la Justice, ils ont été les artisans de la construction de cette relation, et en particulier dans sa concrétisation la plus exemplaire qui est le traité OHADA.

Le cinquantenaire des indépendances africaines s'inscrit dans cette année 2010 qui est très particulière, en termes de mémoire :

- le 70^e anniversaire de l'installation de la France libre : pour le Général de Gaulle, la France était en Afrique, avec la mise en place, le 27 octobre 1940 à Brazzaville, du Conseil de Défense de l'Empire, et avec le lancement de la colonne LECLERC à partir du Tchad, et avec la prise de position du gouverneur Félix ÉBOUÉ qui amène le Tchad à devenir le premier territoire rallié à la France libre ;
- le 40^e anniversaire du lancement de l'Organisation francophone à Niamey le 20 mars 1970 ;
- le 50^e anniversaire de l'indépendance de tous ces pays, les 14 pays, qui, ayant en 1958 adopté par le vote des populations la Constitution en 1958, se sont trouvés inclus dans ce qui s'est appelé la Communauté. Les événements, et notamment la mise en place des institutions de l'autonomie interne, prévue par la loi Defferre de 1957, ont avancé plus vite vers le désir d'une souveraineté, d'une indépendance totale ce qui a rencontré en quelque sorte l'action de décolonisation du général de Gaulle et du gouvernement de la cinquième République à l'époque. Dès le 1^{er} janvier 1960 le Cameroun français est devenu indépendant, jusqu'au 22 septembre 1960 où le Mali a pris son indépendance. Les dates se sont échelonnées entre-temps de la Mauritanie à Madagascar, puisqu'il s'agit de toutes les anciennes colonies de l'Afrique occidentale française, sauf la Guinée qui avait pris unilatéralement son indépendance en 1958, et de l'Afrique-Équatoriale française plus Madagascar.

Il ne s'agit pas seulement de commémorer, ce que nous voulons faire et ce que le Président SARKOZY m'a demandé de faire, en donnant cette mission au secrétariat général des indépendances africaines de l'année 2010, c'est de faire en sorte que ces 150 d'histoire (100 ans de colonisation et 50 ans de souveraineté et d'indépendance) partagée et de culture commune notamment sur le plan juridique, ne soit pas seulement un héritage, quelquefois pesant ou qui peut sembler pesant à certains, mais se transformer aujourd'hui et à l'avenir en un capital susceptible de fructifier et de servir les intérêts communs de notre pays, la France, et à travers elle plus largement de l'Union européenne et de l'autre côté, des pays de l'Afrique subsaharienne noire, naturellement les 14 pays, et plus largement ceux qui n'appartiennent pas à ce cousinage, mais cependant aussi à la même tradition.

Nous essayons d'impulser, de coordonner, de mettre en route et de susciter des initiatives politiques, de la part de la France et de la part des pays concernés, et des manifestations de toute nature, universitaires, commémoratives et patriotiques.

Il n'est pas moins important de faire participer à toutes ces manifestations, les centaines de milliers d'Africains venus d'Afrique et qui vivent dans notre pays. Trois cent cinquante mille d'entre eux ont la nationalité française, un nombre à peu près équivalent vit et travaille dans notre pays, tout en ayant conservé sa nationalité d'origine. Ils sont à tous les niveaux, et en particulier chefs d'entreprises, universitaires et professions libérales. Ils sont le sel, le ferment ou le

ciment de ce lien si profond, qui est à la fois culturel, politique, diplomatique, militaire et économique. Mais, il est d'abord un lien humain et un lien de personne à personne, de famille à famille.

Je pense que le Président de la République, à la suite d'un rapport que je viens de lui remettre il y a quelques semaines, va nous donner en quelque sorte une feuille de route plus détaillée.

Cette initiative comporte en particulier la mise en valeur de tous les acquis que le droit colonial et la culture juridique commune ont entraînés. Il est de bon ton d'en décrier beaucoup d'aspects, mais il faut aussi en mesurer les aspects positifs.

Les droits nationaux ont été mis en place à l'initiative des gouvernements et des parlements des pays nouvellement indépendants, en particulier en matière de droit commercial. L'OHADA illustre comment ce droit et sa mise en œuvre, par les professionnels et par les tribunaux, participent à la force de ce lien. Il est au service à la fois des personnes physiques, des entreprises, aussi bien en Afrique qu'en France, et des investisseurs français. Je vois que le président du CIAN est représenté dans ce colloque.

Il s'agit de mettre en œuvre des valeurs qui sont communes et qui participent donc à l'avancée de la gouvernance, des droits de l'homme et des droits fondamentaux en Afrique.

Il s'agit aussi d'un outil au service de la sécurité juridique, et donc du développement économique en particulier des entreprises moyennes, à la fois d'origine européenne et d'origine africaine.

Je suis frappé, depuis six mois que je prépare ces initiatives, de voir le dynamisme à la fois des entreprises françaises et des chefs d'entreprises de ces pays qui ont véritablement pris leur envol, aussi bien dans le cadre de cette relation privilégiée que dans le cadre mondialisé.

En effet, la France tourne ses regards, non seulement vers ce que nous appelions son pré carré, mais aussi vers les pays émergents, comme le font les pays africains ouverts très largement au Brésil, à l'Inde et à la Chine, et tournés vers toutes les puissances du monde, États-Unis et le Canada.

En même temps, notre lien est fort. Nous ne souhaitons pas qu'il soit un héritage, une succession à prendre, mais qu'il soit un capital que nous allons investir ensemble, dans ce qui nous paraît sur le plan géopolitique l'avenir du monde, un grand pilier commun entre l'Afrique, la Méditerranée et l'Europe, qui structure le monde entre d'un côté, le pilier asiatique, et de l'autre côté, le pilier américain.

Pour ces raisons, je crois qu'il est important que nous travaillions, cette année et à l'avenir, à l'approfondissement des vertus et de l'efficacité du droit continental qui est notre tradition juridique.

Nous allons nous efforcer, et en particulier notre secrétaire général, à susciter avec la Fondation du droit continental dont je fais partie des fondateurs avec le notariat et avec d'autres organisations, des universités, des fondations francophones et aussi anglophones, la reconnaissance de ce que nous faisons par l'autre partie de l'Afrique, c'est-à-dire par l'autre tradition culturelle ou juridique en Afrique. Je voudrais que dans cette année nous marquions, à travers l'OHADA qui est l'exemple perfectionné, mais aussi d'autres initiatives, cette place et que nous fassions avancer les idées et les projets.

Cette année, l'OIF tiendra sa conférence à Montreux cet automne. Nous aurons aussi un sommet entre la France et les 53 pays d'Afrique à la fin de mai 2010 qui se tiendra en France.

Chaque fois je voudrais que nous sachions inscrire cette liaison unique et privilégiée, dans le monde d'aujourd'hui, car notre regard ne doit pas se tourner vers le passé, mais vers l'avenir. Ce colloque en est la démonstration, puisque nous allons traiter un sujet en débat à l'intérieur de chaque tradition juridique, c'est-à-dire le droit de la preuve.

Nous sommes alors en parfaite concordance avec l'initiative conjointe du gouvernement français et des 14 gouvernements concernés. J'ai rencontré tous les chefs d'État, et ils sont dans cette perspective. Il ne s'agit pas de faire revivre un passé révolu, mais de s'appuyer sur ce qui existe et sur ce que nous avons construit ensemble, quelquefois dans le malheur et quelquefois dans le bonheur, pour avancer.

Je voudrais remercier le notariat, l'OIF, le Club OHADA d'Orléans et les universitaires qui sont présents pour prendre part à cette manifestation. Ce colloque marque un début.

Je vais tout à l'heure à Bordeaux lancer, avec Alain JUPPÉ, les initiatives que la ville de Bordeaux prendra, dans le même sens que vous, pour marquer ce cinquantenaire.

Ce cinquantenaire est un tremplin, une planche d'appel sur laquelle nous devons rebondir pour les 50 prochaines années.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Philippe TIGER
Professeur des Universités Associé,
Faculté de droit de Tours

En nous proposant de considérer le droit d'une matière bien connue dans un espace donné, le thème qui nous réunit aujourd'hui semble se présenter sous les traits rassurants d'un « classique du genre ». Pourtant, cet abord serait une méprise car, s'agissant de l'espace OHADA, la question est en réalité propre à susciter une manière de perplexité initiale dont il est permis de se demander si elle sortira amplifiée, intacte ou conjurée, de la réflexion à laquelle elle nous invite.

Le terme même de « question » doit-il être ici considéré au sens d'un *objet d'étude*, comme semble y inviter son énoncé lapidaire, ou au sens d'une *interrogation* ? A vrai dire, les questionnements induits par cet objet d'étude sont fort nombreux. Pour s'en tenir aux limites de l'exercice introductif – et au temps imparti – il y a lieu de remonter le plus directement possible à son épure, en retenant trois questions essentielles :

- Existe-t-il un droit de la preuve en OHADA ?
- Dans l'affirmative en quoi consiste-t-il ?
- Dans la négative, que faire s'il est cependant nécessaire ?

Pour introduire à leurs réponses, on évaluera d'abord le caractère complexe, au sens premier de ce terme tiré de ses deux composantes, du thème proposé. De cette approche on déduira une proposition d'épure de la question, représentative de son intérêt final. Celle-ci nous ouvrira enfin à une réflexion plus vaste vers une proposition de solution d'ensemble.

I. APPROCHE DE LA COMPLEXITÉ DU THÈME

Il semble que l'intérêt singulier de la question procède d'une double complexité, puisqu'elle affecte chacun des deux segments apparents de l'énoncé du thème :

- celle qui est liée à la nature même de la matière ;
- celle qui résulte du contexte et de l'état actuel de l'OHADA, en tant qu'organisation d'intégration juridique régionale par uniformisation des textes législatifs et unification de leur jurisprudence.

1° Sur la nature même de la matière

La complexité liée à la nature de la matière vient de ce que la notion même de preuve est composite, au moins double :

- la preuve est la démonstration de la véracité d'une affirmation, jusqu'à la démonstration contraire, pour bénéficier d'un résultat juridique qui y est attaché ;
- elle est aussi un procédé technique utilisé pour établir l'existence d'un droit, ou soutenir une prétention juridique.

C'est toujours la recherche, sinon de la vérité au sens processuel du terme, au moins de la véracité des faits et situations qui est en question. Et cette question est de la plus haute importance au niveau des personnes, car le seul fait d'être titulaire d'un droit ou de se trouver dans une situation juridique donnée peut être impuissant à en procurer les satisfactions attendues si, pour quelque raison, la preuve ne peut en être apportée. Entre un droit (au sens

de prérogative) et sa preuve il peut y avoir disjonction de sorte que l'absence de preuve interdit au titulaire de se prévaloir de son droit.

Or dans le domaine des affaires, où souvent des intérêts pécuniaires sont en cause, donc où souvent les crispations ne manquent pas, de nombreuses exigences de preuve jalonnent la vie juridique – avant même d'en arriver à la phase judiciaire où ces exigences ne font

évidemment que s'exacerber. La preuve peut d'ailleurs être l'objet même d'une instance judiciaire lorsque celle-ci n'a lieu qu'aux fins d'établir ou obtenir une preuve (on pense naturellement au référé probatoire).

Ce caractère composite du système probatoire se reconnaît également aux quelques grandes questions qui régissent son mécanisme :

- la question de la charge de la preuve : qui doit prouver ?
- la question de l'objet de la preuve : sur quoi doit-elle porter ?
- le mode de la preuve : par quels moyens techniques la preuve peut-elle être faite ?

*Entre un droit
et sa preuve il peut
y avoir disjonction
de sorte que
l'absence de preuve
interdit au titulaire
de se prévaloir
de son droit.*

- l'admissibilité des modes de preuve : le droit admet-il les moyens proposés ?
- l'administration de la preuve : comment chaque moyen doit-il être présenté au juge ? (question qui plus techniquement peut-être concerne le fonctionnement du procès et, à l'intérieur de ce procès, singulièrement celui des expertises judiciaires).

Ce n'est encore là qu'une simple évocation de la matière : le professeur Dupichot nous présentera, de manière beaucoup plus approfondie *la problématique de la preuve en droit*. Il est toutefois loisible de retenir dans l'immédiat que la théorie générale des preuves, comme la désigne l'avant-projet de réforme dite « Catala », gouverne l'ensemble du droit privé et trouve donc, en principe, sa place naturelle dans un Code civil.

Je parle bien d'une théorie générale comme nous invite à la considérer le titre du thème, mais on sait également que des règles particulières de preuve existent. Elles ne sont pas seulement disséminées dans diverses branches du droit – dont le droit commercial, c'est-à-dire assez largement droit des affaires qui nous occupe ici ; elles peuvent également concerner d'autres matières du Code civil lui-même (la filiation, les régimes matrimoniaux, la possession, l'hypothèque...).

Ces quelques considérations initiales relatives au caractère complexe de la nature même de la matière doivent maintenant être rapprochées de la complexité qui résulte du contexte et de l'état actuel de l'OHADA.

2° Sur le contexte de l'OHADA

Au regard de la question posée, ce contexte est d'abord composite par les matières concernées. En effet, le domaine de l'OHADA fixé par le traité qui l'institue concerne le droit des affaires, donc en principe un droit *spécial*. Toutefois, certaines de ses composantes sont de droit civil, même si l'essentiel du corpus organise effectivement le droit commercial.

Dans ce corpus, les composantes d'origine de droit civil sont diversement enchâssées. Elles peuvent être directement incorporées dans tel Acte uniforme dédié : ainsi en est-il en matière de sûretés – que la tradition civiliste insère pourtant parmi les solutions du droit des biens et des obligations. On en trouve également disséminées parmi diverses dispositions d'Actes uniformes, qui transcrivent purement et simplement des notions de droit civil. Enfin, elles se manifestent parfois par renvoi aux

droits communs nationaux, c'est-à-dire pour l'essentiel aux codes civils des Etats parties.

Un deuxième élément de complexité de l'OHADA vient du positionnement de la question au regard de son actualité : parlons-nous, à ce jour, de la situation exactement contemporaine de l'Organisation, ou décidons-nous de considérer une éventuelle situation future prenant en compte l'avant-projet de texte relatif au droit général des obligations demandé par le Conseil des ministres – avant-projet qui inclut un régime juridique de la preuve, dans la tradition du Code civil de 1804 ?

Un troisième facteur de complexité de ce contexte résulte de la situation différenciée des Etats parties au traité, selon que leur législation nationale a été mise en harmonie avec le droit communautaire ou que cette mise en harmonie reste à faire, totalement ou partiellement. Ce *distinguo* pose incidemment le problème de l'efficacité des renvois aux législations nationales dont il vient d'être question.

Enfin, ultime facteur de complexité ici relevé, la notion d'*espace OHADA* contenue dans l'énoncé du thème entretient une incertitude : veut-on désigner au sens premier de ce terme l'espace géographique couvert par les Etats parties, ou veut-on évoquer la notion d'espace juridique constitué par l'Organisation ?

Ainsi, la mise en présence de ces deux données de l'énoncé proposé, elles-mêmes composites, celle de la règle en cause et celle de son contexte d'insertion, ne manque pas de poser de nombreuses questions.

Au total, le rapprochement des jeux de données constitutifs du thème conduit à penser que sa problématique pourrait se présenter à la manière d'une sorte de tableau à entrées multiples. Une rapide évaluation du nombre de combinaisons possibles susceptibles d'éclairer la question de manière exhaustive est *a priori* dissuasive, du moins dans le temps imparti. A ce point que notre colloque aurait même pu être intitulé un tout petit peu différemment, à une racine près, du *spatium* au *species* : « Le droit de la preuve... en l'espèce OHADA ».

Aussi convient-il de dégager une problématique de synthèse, à la fois représentative de l'intérêt du sujet et susceptible de prolonger la réflexion qu'il sous-tend.

II. PROPOSITION D'UNE EPURE DE LA QUESTION

Une conception globale du sujet peut être dégagée à partir de deux prémisses en forme de questions tirées du développement précédent :

- la première se propose de recentrer le propos aux sources quasi génériques du sujet, en s'interrogeant sur le positionnement légistique du droit de la preuve ;
- la seconde vise à circonscrire l'espace considéré à partir du *domaine* de l'OHADA.

Les réponses obtenues conduiront à une première conclusion intermédiaire.

1° Sur le positionnement légistique du droit de la preuve

Le droit de la preuve est d'abord une théorie générale qui gouverne l'ensemble du droit privé, et même plus générale que le Code civil « lui-même » ne l'a considéré. En effet les règles relatives à cette matière (1315 à 1369) sont insérées dans la partie du code qui traite des obligations (titres III contrats, et IV engagements sans convention, art.1101 à 1386 – du Livre 3°). Le professeur Catala considère pour sa part que cette théorie aurait sa place naturelle dans le titre préliminaire du Code civil. Quoi qu'il en soit de cette proposition, ce que l'on appelle le droit (général) de la preuve appartient incontestablement au domaine du droit civil.

Cela ne signifie pas que les règles de preuve en vigueur dans l'espace juridique de l'OHADA ne puissent pas être analysées et commentées à la lumière de certains grands débats propres au droit général de la preuve, bien au contraire : ainsi entendrez-vous tout à l'heure le professeur Grimaldi sur une question centrale du droit de la preuve (formalisme ou consensualisme), qui trouve naturellement application dans l'OHADA, et peut-être plus particulièrement dans cette Organisation compte tenu de certains usages.

De même, des règles spéciales peuvent prendre en compte des évolutions technologiques particulièrement usitées en droit des affaires ; nul doute à cet égard que les praticiens de l'OHADA ici présents seront très attentifs aux interventions du professeur Anne Penneau et de Maître Bernard Reynis sur ce point.

Pour autant, ce positionnement légistique du droit de la preuve comme composante fondamentale de la branche « droit civil » du système de droit continental reste incontestable. Il doit maintenant être rapproché du *domaine* de l'OHADA.

2° Sur le domaine de l'OHADA

L'article 2 du traité de l'Organisation fixe le *domaine* du droit des affaires, qui en est l'objet, en énumérant des *matières* susceptibles d'en faire partie (dont la plupart sont désormais réglées par des Actes uniformes). Ce à quoi il ajoute « toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité (...) ». Dans cette dernière disposition, il n'y a pas lieu de discerner une liberté *générale* du Conseil des ministres ; il faut au contraire relever qu'elle ne concède à la créativité de cette instance qu'un espace *spécial* lui permettant de préciser, à la marge et en tant que de besoin, un périmètre domanial dont le tracé doit demeurer assujéti à l'*objet* même du traité¹.

Or, l'article premier limite expressément l'objet du traité à l'harmonisation du seul *droit des affaires*.

Surabondamment et plus généralement, il doit être ici rappelé que cette délimitation *ratione materiae* de son domaine est une constante de la vie institutionnelle de l'OHADA : elle résulte non seulement du traité, mais encore de tous les travaux préliminaires qui y ont conduit et de tous commentaires ultérieurs.

3° Conclusion intermédiaire

Elle s'infère des constats précédents : le droit général de la preuve ne doit pas être confondu, ni même superposé, avec les modalités d'application particulières qu'en organisent les droits spéciaux, dont le droit des affaires. Dans ces conditions, si l'Organisation s'avisait de légiférer en matière de droit général de la preuve, elle ne pourrait le faire que de façon irrégulière. C'est ce qui résulte de l'emboîtement gigogne de l'*objet* du traité, du *domaine* légal de cet objet et les *matières* contenues dans ce domaine.

Le droit de la preuve est d'abord une théorie générale qui gouverne l'ensemble du droit privé

¹ Observation faite que cette précision relative à l'objet peut même être considérée comme superfétatoire.

Cette opinion semble d'ailleurs largement partagée par les trois auteurs de l'avant-projet relatif au droit général des obligations dont il vient d'être question. En effet, leur mission qui, à l'origine, évoquait l'hypothèse d'un éventuel projet d'Acte uniforme, les conduit finalement à conclure à un « projet de *texte* [et non d'*Acte*] uniforme portant droit général des obligations dans « *l'espace l'OHADA* » - locution ambiguë où nous retrouvons justement cette notion fort opportune pour échapper formellement à l'inévitable impasse : elle renvoie implicitement à un espace géographique ce qu'objectivement elle ne peut concilier avec l'Organisation juridique.

Plus clairement encore, dans leur « Rapport de présentation » du projet, des rédacteurs confirment cette réponse inévitablement biseauté par rapport à la question initialement posée, en précisant qu'ils ont « travaillé dans la logique d'un *texte* uniforme, avec une *hésitation sur le procédé final*. » Et ils concluent pertinemment à cet égard : « Si le procédé de l'Acte uniforme est *délicat*, le projet peut prendre la forme d'une *loi-type* à proposer aux Etats de l'OHADA ou aux organismes régionaux d'intégration économique comme l'UEMOA et la CEMAC qui pourraient, à leur convenance, s'en inspirer à des degrés divers pour moderniser leur législation interne ou pour élaborer des règlements régionaux. » En somme, le projet pourrait trouver matière à s'épanouir plus sûrement en dehors de l'OHADA, voire même en ordre dispersé.

En réalité, le caractère fondamentalement civiliste du droit des obligations (dont celui de la preuve qui nous occupe ici) et son ancrage légistique de portée nécessairement générale rendaient, d'entrée de jeu, très incertaine l'émergence de quelque sous-ensemble de règles dédiées au seul droit des affaires. La matière a quelque chose d'insécable qui s'accommoderait mal d'une tentative de méiose. Elle peut être prolongée ou adaptée ponctuellement par des applications de droit spécial, mais la consistance et la portée de sa théorie générale font obstacle à toute velléité de partition dédiée à ce droit spécial.

Pour autant, ce constat ne conduit pas à un impasse ; il expose simplement une problématique essentielle au sujet, peut-être son point nodal – sous réserve des compléments, inflexions, voire contradictions que pourront éventuellement soulever mes successeurs à cette tribune. S'il est de nature « marine », ce nœud pourra être dénoué ; s'il est de nature « gordienne » il devra être tranché.

III. ORIENTATION VERS UNE SOLUTION GLOBALE

La recherche d'orientation nécessite de prendre quelque distance à la lumière d'une réflexion élargie où nous invite finalement le thème proposé. Il s'en dégage un besoin avéré de légiférer en matière civile dans l'OHADA, révélateur des difficultés de la situation présente. Ce constat suscite *in fine* une approche de réponse nécessairement globale au besoin constaté.

1° La constatation du besoin

Tout concourt à nous faire constater qu'il existe aujourd'hui un immense besoin de droit civil dans l'espace l'OHADA, ici bien entendu au sens de son espace *juridique*.

- C'est vrai pour son Conseil des ministres, en sa position institutionnelle de « législateur », qui envisagea dans un premier temps un projet de droit de la preuve, puis demanda un projet de droit des contrats, pour évoluer ensuite vers un projet de droit des obligations ;
- c'est vrai aussi des commentateurs, qui s'intéressent de plus en plus à ce domaine perçu comme marginal de l'OHADA, et pourtant nécessaire à l'OHADA mais en hésitant toujours à le désigner par son nom (droit civil) ;
- c'est vrai encore pour les praticiens du droit, comme nous le démontrera tout à l'heure Me Barthélemy Cousin, notamment en s'appuyant sur la réalité vécue des plaideurs, et comme peut-être le confirmera le Dr Félix Etoundi ;
- c'est vrai enfin... pour les organisateurs du présent colloque qui, vous le constatez, n'hésitent plus à inscrire un thème de droit incontestablement civil (s'agissant du droit général de la preuve) au cœur des préoccupations de l'OHADA.

Dans ces conditions, il est indéniable que, depuis quelques temps, l'OHADA est saisie d'une véritable démangeaison civiliste. Et ce n'est pas sans raison : cela correspond à un besoin concret, à une demande latente de réforme qui puise sans doute sa dynamique aux sources du succès de l'OHADA. Celle-ci pourra difficilement éviter de prendre en compte objectivement son propre besoin de fondement généraliste et civil par nature, quoiqu'en cela elle ressemble à tel maître d'ouvrage qui déciderait de construire des fondations à sa maison... Pourtant, cette demande est légitime du fait du poids grandissant des textes harmonisés, du nombre des instances en cours relatives à leur interprétation, du fait aussi de la sédimentation des analyses produites depuis maintenant une bonne décennie par de nombreux juristes « Ohadiens ».

2° Les difficultés de la situation actuelle

Ce constat étant fait, on pourrait soutenir que l'emboîtement des branches de droit, tel qu'il existe dans l'espace en question, fonctionne tant bien que mal. Il nous semble pourtant que cette situation est critiquable, actuellement et surtout potentiellement, et cela sous deux aspects : celui de la logique légistique, d'une part, et celui de la sécurité juridique, d'autre part.

Sur le premier point, il y a quelque chose de dérangent à constater que, par simple application du principe de la hiérarchie des normes, le droit civil de portée *générale*, branche maîtresse du droit privé dans notre tradition romaniste, se trouve mécaniquement relégué à un rang inférieur au droit pourtant *spécial* de l'OHADA, puisque celui-ci procède d'un traité international, alors que les Codes civils relèvent évidemment de chaque législation nationale. Cette problématique inhérente à l'internationalisation des sources de droit n'est pas propre à l'OHADA : on la connaît également dans l'Union européenne qui, en l'état actuel des choses, est loin d'être un modèle de cohérence en matière d'intégration juridique.

Sur le deuxième point, chaque Etat partie dispose actuellement de (et pour) son propre Code civil. Celui-ci demeure pour lors encore globalement similaire d'un Etat à l'autre – encore que certains Etats aient d'ores-et-déjà légiféré en matière civile générale, et notamment en matière d'obligations (comme c'est le cas au Cameroun).

A cet égard pourtant, il y a lieu de s'interroger sur la pérennité de la cohérence du glaci civiliste dans l'espace qui nous occupe : si les codes civils y sont restés globalement stables jusqu'à ce jour, on conviendra qu'il y aurait quelque imprévision, de la part du législateur communautaire de l'Organisation, à abandonner, pour l'avenir, à la créativité juridique de chaque Etat partie la détermination, notamment, de son système probatoire propre. Des évolutions divergentes pourraient compliquer considérablement le rôle du juge suprême, surtout celui de la Cour commune de l'OHADA dont on connaît la compétence pour évoquer et statuer sur le fond, par application de l'article 14 du traité. En outre, n'y a-t-il pas ici une situation caractéristique du risque d'insécurité juridique lié aux textes (et non moins judiciaire lié à leur interprétation, d'ailleurs) au sens exact de ces termes qui ont justement motivé la création même de l'Organisation ?

En la matière, et pour rejoindre les préoccupations légitimes du notariat, l'acte authentique est, en principe, en quelque sorte à l'abri de chacun de ces régimes nationaux. Mais il n'est pas interdit de préférer le voir réglé « d'en

haut » par le législateur communautaire. Dans cet esprit, Maître Harissou rappellera devant vous tout à l'heure la place actuelle de l'acte authentique dans l'espace l'OHADA et la distinguera sans doute de ce que peut être le besoin réel d'acte authentique dans cet espace.

3° Vers une approche de réponse globale

L'image – un peu familière – selon laquelle on entreprendrait de fonder après avoir construit est évidemment évocatrice d'un contretemps. Cependant, il n'y a pas là matière à critiquer les fondateurs de l'Organisation : ils ont fait, et fort bien fait, ce qu'il y avait lieu de faire dans le moment, c'est-à-dire la reconstruction concertée d'un droit spécial qui présumait à justes raisons un contexte unanimement civiliste. Mais vingt ans après, ou presque, l'œuvre considérable qu'ils ont ainsi accomplie a engendré de nouvelles exigences endogènes. Chacun sait que l'OHADA est à certains égards victime de son succès : nous en cernons ici la manifestation légistique, qui n'est pas la moindre. Quitte à donner l'impression de manier le paradoxe, on pourrait dire que le *corpus* est devenu tellement important... qu'il s'en trouve aujourd'hui insuffisant, singulièrement dans cette matière civile dont le besoin vient d'être mis en évidence.

Certes, ce *corpus* contient nécessairement en son état actuel, ici ou là, de la matière civile, dont celle de la preuve, qui nous occupe aujourd'hui ; en cette matière cependant, il en a trop écrit ou pas assez. À notre avis c'est « pas assez » - d'où l'intérêt du présent colloque – mais à condition d'écrire la suite et de reclasser l'existant à leur juste place, qui ne peut être que celle d'un Code civil. Corrélativement, et toujours dans un souci d'harmonisation cohérente, certaines dispositions de procédure civile devraient également être considérées.

En substance, cela nécessiterait de déspecialiser l'OHADA qui pourrait devenir tout simplement « Organisation pour l'Harmonisation du Droit en Afrique », et dont le premier objectif serait l'élaboration et l'adoption d'un Acte uniforme portant Code civil. Ici trouverait sa vraie dimension l'avancée considérable initiée par la Fondation du Droit Continental en prêtant si pertinemment son concours à l'élaboration d'un avant-projet de texte très complet relatif au droit des obligations dans l'espace OHADA.

Cette perspective ouvre également à diverses mises à jour et modernisations, en parfaite cohérence avec l'esprit et le texte du traité de Port-Louis : ainsi pourraient être prises en compte certaines évolutions technologiques, réglées les difficultés régionales relatives au titrement foncier –

autre préoccupation pertinente du notariat. Dans un autre ordre d'idées, la déspecialisation rouvrirait le débat relatif au rôle des Cours suprêmes dans le dispositif judiciaire de l'Organisation - mais ceci est une autre question.

Quoi qu'il en soit, il serait essentiel de réintégrer, par ce moyen, une logique systémique de droit plus cohérente. Car en bon droit romaniste, on n'aligne pas des textes, on n'empile pas des textes ; on ordonne des textes. On sait par ailleurs que cette vérité n'est pas universelle : un dispositif de Common law se construit différemment (à la manière d'un jardin anglais, a pu dire un auteur), mais ceci en concordance avec sa logique judiciaire dont on sait qu'elle est différente dans la tradition qui nous lie.

Naturellement, le déploiement de cette entreprise constituerait une avancée déterminante pour la cristallisation du droit communautaire - et il ne serait pas d'une mise en œuvre compliquée, s'agissant d'adopter un Acte uniforme après réforme du traité. Pour autant, cette relative simplicité technique ne doit pas occulter qu'il s'agit d'une question dont la solution reste d'essence très *politique*, et ceci au plus haut niveau. Ce dernier rappel est-il de nature à susciter l'inquiétude ? Nous ne saurions présumer que les décideurs politiques seraient inaccessibles à l'entendement d'une évolution que sa bonne logique rend peut-être inéluctable. Au demeurant, la réforme de Québec a institué une conférence des Chefs d'État et de gouvernement : voilà bien pour cette instance une excellente occasion de légitimer concrètement son avènement.

Il ne s'agit pas conclure ce colloque avant l'heure ; ses conclusions en seront exprimées en leur temps par M. Achille Ngwanza. Pour lors, on s'arrêtera à vérifier que ce propos introductif contient bien les éléments de réponse aux questions initialement retenues. Sans méconnaître les risques inhérents aux réponses lapidaires en la matière, ces éléments de réponses peuvent être les suivants :

- Existe-t-il un droit de la preuve en OHADA ?
 - un droit général de la preuve : non, c'est en principe interdit par le Traité,
 - mais des règles particulières de preuve : oui, comme dans tout droit spécial.
- Pour la partie affirmative de la réponse, en quoi consiste-t-il ?
 - les règles particulières consistent en diverses applications contenues dans
 - les Actes uniformes, qui seront notamment évoqués au cours de la deuxième table ronde
- Pour la partie encore négative, que faire s'il est cependant nécessaire à l'OHADA ?
 - l'opinion dominante est effectivement que cela est nécessaire, comme partie du droit général des obligations ;
 - pour y parvenir, il serait difficile de *dénouer* la question dans le cadre existant ;
 - peut-être faut-il *trancher*, c'est-à-dire déspecialiser l'OHADA pour libérer les légitimes aspirations civilistes qui se pressent à sa porte, et les organiser d'autant mieux.

Au total, l'harmonisation du droit des affaires décidée dans cette Région il y a bientôt vingt ans présumait implicitement la pérennité des bases civilistes et sous-vocalisait la prééminence du Code civil. Mais celui-ci doit vivre et évoluer, ici comme ailleurs, et la hiérarchie des normes s'impose, ici comme ailleurs. C'est dans cette problématique actuelle de l'OHADA que s'inscrit l'étude du droit, éminemment civiliste, de la preuve. Aussi l'étude introductive, même sommaire, du droit de la preuve dans l'espace l'OHADA nous paraît-elle constituer un révélateur synthétique de la prochaine croisée de chemins à laquelle pourrait arriver cette Organisation.

LA PROBLEMATIQUE DE LA PREUVE EN DROIT

M. Philippe DUPICHOT

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC)

Secrétaire général adjoint de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française¹

La problématique est l'art et la science de poser les problèmes. S'il s'agit d'une expression que le juriste tient volontiers pour vilaine, elle présente ici un indéniable avantage : il ne m'est pas demandé de vous apporter des réponses, mais seulement de vous soumettre quelques grandes questions ...

Il s'agit de questionner la preuve et son droit, donc de soumettre la preuve à la question. Il en résulte un curieux renversement des perspectives : il y a un peu plus de cinq siècles c'était grâce à la question, autrement dit la torture, que Torquemada, grand inquisiteur, obtenait l'aveu de l'hérétique ! Supplice de l'eau, broyage des membres ou dame de fer étaient alors au nombre des joyeusetés qui devaient permettre à la vérité d'accoucher...

Il n'est pas possible d'envisager la preuve sans en évoquer la finalité première, la manifestation de la vérité. Le Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant, sous la plume du doyen Cornu, définit la preuve ainsi : « La démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte, dans les formes admises ou requises par la loi. Prouver c'est faire reconnaître pour vrai ».

Il faut aussitôt préciser que la question probatoire est spécifiquement humaine. Elle renvoie à la finitude même d'un homme qui n'a qu'un accès compté à la connaissance. Dieu n'a point besoin du droit de la preuve : omniscience, omniprésence et éternité rendent toute preuve inutile.

L'histoire de la preuve est au contraire indissociable de celle de l'humanité: la preuve est le partenaire inséparable et souvent envahissant de l'être humain. Cet être humain n'a qu'une connaissance très imparfaite des réalités sensibles, limitée par la portée réduite de ses cinq sens - quelques dizaines de mètres - par une mémoire prompte à l'oubli, voire par une propension à la chicane qui le conduit souvent à travestir la réalité de ce qu'il a vu ou entendu.

L'histoire de Saint Thomas doutant de la parole de ses 11 disciples qu'il assure pourtant d'une seule voix de la résurrection du Seigneur, est révélatrice à cet égard. Son fameux « *Je ne crois que ce que je vois* » a déployé ses effets jusqu'à nos jours.

Tout notre droit à la preuve tend en effet à faire voir à l'autre partie, et surtout au juge, le droit subjectif dont la réalisation judiciaire est demandée. Or, un juge qui ne verra pas, ne croira pas !

Pour cette raison, l'habitude a été prise depuis le droit romain d'énoncer que « *Idem est non esse aut non probari* » : un droit qui ne peut être prouvé confine en effet à l'inexistence.

Pour cette raison, d'après Jhering, la preuve est ni plus ni moins que « la rançon des droits ».

Cette aspiration à une vérité divine, inaccessible, explique le long succès des ordalies ou jugements de Dieu, qui sont un mode de preuve dans les droits primitifs et jusqu'au XIII^e siècle. Celui qui tenait un fer rouge à la main sans se brûler voyait son allégation déclarée vraie, car Dieu était réputé lui avoir donné raison...

Certes, la matière de la preuve s'est transformée de nos jours, mais elle reste comme par le passé profondément transversale. Droit carrefour, le droit de la preuve associe les règles substantielles des droits des contrats, de la famille, de la propriété, aux règles et aux exigences du droit processuel qui en gouvernent la réalisation judiciaire. Il reste que la vérité de la preuve ne saurait être absolument objective. Elle se contente parfois de vraisemblance et de probabilité. Pour cette raison, la vérité est souvent inaccessible à nos sens.

Le défunt a-t-il prêté à usage ou a-t-il donné manuellement des bijoux arborés par la concubine ? Quel jour l'enfant du *de cuius* a-t-il été précisément conçu ? Autant de questions difficiles à résoudre sans recourir à la probabilité et à la vraisemblance.

¹ La forme orale de la contribution a été conservée.

Domat soulignait déjà, avec malice, « *qu'on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité* ».

La preuve est sans doute ce qui peut être vrai, exact et réel. Mais, elle est plus encore ce qui persuade d'une réalité, le cas échéant de façon subjective. D'où la formule de Lévy-Bruhl : « *Prouver, c'est avant tout faire approuver une proposition et une histoire par ses semblables* ».

La preuve juridique se distingue donc nettement sous ce rapport des preuves historique et scientifique. D'autant que contrairement au scientifique ou à l'historien, le juge n'a pas le droit de rester dans le doute, car il doit trancher un litige.

De plus, le droit poursuit d'autres objectifs que la seule manifestation de la vérité, telle la paix des familles qui érigea longtemps un rempart contre une vérité biologique absolue en matière de filiation.

Il me revient de vous présenter succinctement quelques fondamentaux de la preuve en droit, ainsi que quelques évolutions marquantes. Aussi, je présenterai en premier lieu la structure traditionnelle de la preuve en droit (I), avant d'évoquer rapidement en second lieu la conjoncture actuelle de celle-ci (II).

I. La structure traditionnelle de la preuve

La structure traditionnelle de la preuve en droit s'éclaire, en tous temps et en tous lieux, à la lumière d'un triple questionnement : que prouver (A) ? Qui doit prouver (B) ? Comment prouver (C) ?

A - Que prouver ?

Cette première interrogation renvoie à l'identification de l'objet de la preuve. La réponse est connue : c'est en principe le seul « fait » que les parties doivent prouver, et non le « droit ».

La procédure civile française étant traditionnellement accusatoire, il revient en effet aux parties de réunir les preuves à l'intention du juge. D'où, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile suivant lequel « *il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

Mais, gare ici au contresens. Il s'agit ici du fait au sens du droit judiciaire, et non au sens du droit des obligations. L'objet de la preuve sera donc, suivant le cas, un fait juridique dommageable ou un acte juridique, l'un comme l'autre étant créateurs d'un lien d'obligation.

Concrètement, il me faudra prouver que je suis créancier au titre de telle convention de crédit ou de tel dommage subi. Pour le reste, la cour connaît, dit-on, le droit.

B - Qui doit prouver ?

Cette deuxième interrogation renvoie à la question de la charge de la preuve ou *burden of proof*. Cette charge de la preuve revêt une importance fondamentale. Elle permet de désigner celui qui perdra le procès, faute d'avoir pu rapporter en justice la preuve pertinente demandée.

D'où l'idée d'un risque, d'un fardeau de la preuve auquel succombera le plaideur défaillant à persuader le juge de la vérité de sa propre histoire, et ce en application de l'adage « *Actori in combit probatio* » : la charge de la preuve pèse sur le demandeur, entendu comme celui qui formule une allégation.

Il s'agit d'une maxime de portée générale, marquée au coin du bon sens et inférée du principe énoncé à l'article 1315 en matière du droit des obligations. Généralement, toute personne qui se prétend créancière d'autrui devra prouver l'existence de sa créance.

Il en est de même de toute personne qui contestera une situation établie, et à qui il appartiendra de montrer que ladite situation n'est pas conforme au droit.

Il ne faudrait toutefois pas retenir une vision trop statique de cette charge de la preuve. D'une part, en effet, la charge de la preuve ne cesse de changer de camp au cours du débat judiciaire, et ce à mesure que les arguments s'échangent et

s'affutent.

Pour reprendre une image chère à M. Philippe Malinvaud, le procès s'apparente à une partie de ping-pong au cours de laquelle chacun se renvoie la balle : de même que le joueur qui rate la balle perd le point, de même le plaideur qui manque sa preuve perd le procès.

D'autre part, les présomptions légales simples déplacent le fardeau de la preuve, tandis que les présomptions légales irréfragables vont jusqu'à dispenser de toute preuve celui qui en bénéficie : ainsi de l'autorité de la chose jugée.

Or, les présomptions ont un rôle fondamental. Elles consacrent un raisonnement par simple vraisemblance, motif pris de ce que tout ne serait devoir être prouvé en permanence.

**la matière
de la preuve
s'est transformée
de nos jours,
mais elle reste
comme par le passé
profondément
transversale**

Ce faisant et au nom d'une politique législative donnée, ces présomptions tentent de promouvoir une certaine paix sociale au rebours d'une recherche de la vérité à tout prix. Il s'agit parfois de consolider au moins temporairement les situations acquises, *quieta non movere*...

Ainsi, de la présomption de paternité, certes érodée, ou de la présomption de propriété du possesseur. Or, dispenser le mari de la mère ou le possesseur du fardeau de la preuve, c'est soustraire le père et le propriétaire à l'administration d'une preuve de paternité ou de propriété difficile, voire diabolique.

C - Comment prouver ?

Cette dernière question appelle l'examen de la structure de la preuve et renvoie cette fois à la problématique de son administration.

C'est à ce niveau que s'expriment le plus nettement les ressorts politiques et culturels du droit de la preuve : le législateur y est en effet invité à choisir entre deux grands systèmes, preuve légale et preuve morale, voire à panacher entre ces derniers.

Nous remarquerons en passant que, même si elles sont consacrées de longue date, ces expressions ne sont guère heureuses car elles suggèrent une opposition bien curieuse entre légalité d'un côté et moralité de l'autre de la preuve... Pourtant, le système de la preuve légale peut être d'une parfaite moralité !

Envisageons rapidement leurs traits saillants. La preuve morale postule une liberté d'administration qui ne se rencontre guère qu'en matière civile délictuelle, en matière pénale ou en matière administrative.

Les modes de preuves y sont libres, le juge s'y prononce d'après son intime conviction, sans hiérarchie entre les preuves.

La preuve légale verrouille au contraire l'institution probatoire. La loi indique au juge quels sont les modes de preuves admissibles et parfaits (acte sous seing privé, acte notarié, aveu judiciaire, serment décisoire) ou imparfaits (témoignage, serment supplétoire), et la loi indique également au juge quelle force probante leur attribuer.

Cette preuve légale est au cœur de notre système probatoire des actes juridiques qui repose depuis l'ordonnance de Moulins de 1566 sur la préconstitution d'un *instrumentum* écrit sous seing privé ou notarié, et vecteur de sécurité juridique.

Mais, ce caractère légal s'accommode parfaitement de conventions individuelles sur la preuve qui sont admises

et jouent souvent « à plein », notamment en matière bancaire.

La supériorité de l'acte notarié est à cet égard bien connue. S'il partage la même force probatoire que l'acte sous seing privé relativement aux constatations qui n'ont pas été effectuées personnellement par le notaire et qui ne valent donc que jusqu'à preuve contraire, l'acte notarié fait - à la différence de l'acte sous seing privé - et jusqu'à inscription de faux, pleine fois *erga omnes* de son origine, de ce qui a été constaté personnellement par le notaire, ainsi que de sa date.

C'est l'intérêt du service public de la preuve, auquel le notaire, officier public et délégataire de l'État, apporte son concours.

Quand à la force exécutoire qui s'attache à l'acte notarié, elle dépasse très largement le cadre probatoire pour embrasser celui de l'exécution, le cas échéant dans tout l'espace européen, à la faveur du règlement du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

II. La conjoncture actuelle de la preuve

Envisageons à présent, dans ce second temps, non plus la structure traditionnelle de la preuve, mais sa conjoncture actuelle. Je laisserai de côté les évolutions technologiques qui feront l'objet de contributions spécifiques, pour relever que la problématique de la preuve est affectée aujourd'hui par la montée en puissance d'un triple phénomène : l'inflation législative (A), l'émergence de droits fondamentaux (B) et la consécration d'un marché du droit (C).

A - L'inflation législative

Le premier phénomène marquant tient à l'inflation législative, et plus généralement à l'enchevêtrement actuel des sources du droit, internes, européennes, internationales et conventionnelles. Et si les parties n'ont pas traditionnellement à prouver le contenu, l'existence ou la portée d'une règle de droit, nous savons que l'habitude s'est prise de longue date pour les plaideurs de soumettre au juge quelques arguments de droits, photocopie des arrêts ou articles de doctrine à l'appui de leurs prétentions. N'est ce pas plus prudent ? Surtout, l'inflation législative et la difficulté donc pour le juge qui en résulte de connaître tout le droit jouent un rôle déterminant dans l'amplification de cette évolution.

Inexorablement, l'objet de la preuve s'étend de plus en plus au droit, et non seulement aux faits, comme c'était le cas auparavant.

M Dominique Loriferne, conseiller à la Cour de cassation, remarquait récemment que l'adage célèbre « *Donne moi le fait, je te donnerai le droit* » (« *Da mihi factum, dabo tibi jus* ») serait devenu, selon son propre aveu, obsolète : il ne serait plus possible d'affirmer que le fait relève du domaine exclusif des parties, et que le droit resterait le monopole du juge...

La réforme initiée par le décret du 28 décembre 1998 est typique de ce point de vue. Toute assignation en justice doit en effet contenir, à peine de nullité, certes l'objet de la demande et les moyens de fait, mais également les moyens de droit. Il en va de même de l'ensemble des conclusions portées devant le TGI ou devant la cour d'appel qui doivent mentionner expressément les moyens de droit qui font l'objet des prétentions.

Le juge continue de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, mais il peut aux termes de l'article 13 du nouveau Code de procédure civile inviter les parties à lui fournir des explications de droit, nécessaires à la solution de litige : où l'on voit le plaideur renseigner le juge sur le droit, et où l'on se demande s'il ne faudrait pas dorénavant se rendre à un nouvel adage « *Jura non novit curia* » !!!

B - L'émergence de droits fondamentaux

Un deuxième phénomène tient à l'émergence de droits fondamentaux toujours plus présents dans le débat judiciaire.

Le principe du contradictoire et de l'égalité des armes, si cher aux yeux du § 6 de la convention européenne, étend tout naturellement son empire sur la preuve.

Les preuves doivent bien entendu être soumises à la contradiction de l'autre partie, elles ne sauraient donc être adressées au juge à l'insu de l'autre plaideur.

Ensuite, à peine de méconnaître une neutralité et une impartialité voulue dans la recherche de la vérité, il est de règle que nul ne serait se constituer une preuve à lui-même.

La Cour de cassation a pu juger en 2006 que le temps passé, facturé par un avocat ne pouvait résulter de la seule affirmation et de la seule allégation de ce dernier : certains en feront probablement leur miel...

Pour cette raison, il est interdit au juge de faire état de sa connaissance personnelle des faits de la cause. Un principe de loyauté dans l'administration de la preuve a encore été récemment dégagé qui commande la mise à l'écart de tous les procédés déloyaux de preuves : ainsi par exemple de l'enregistrement d'une conversation téléphonique, à l'insu de son auteur.

C - Le marché du droit

Mais l'actualité la plus brûlante pourrait tenir à un dernier phénomène qui touche à l'apparition d'un véritable marché du droit.

La problématique est connue : certains perçoivent le droit comme un marché, la prestation juridique comme un simple service, et les professions juridiques comme de banals *lawyers* qu'il conviendrait de rapprocher tous ensembles, voir de fusionner !

La place de choix reconnu à l'acte authentique dans les systèmes de tradition civilistes - 21 pays de l'Union européenne sur 27 - est donc de plus en plus souvent contestée au nom de ce marché du droit qu'il conviendrait de libérer.

Ce fut le cas, dans les Rapports du *Doing Business* de la Banque mondiale, acquis à la cause caricaturale d'un notariat « *unnecessary burden* » (ou fardeau inutile)...

Finalement, une idée assez voisine commanderait d'après le Rapport Darrois une libération du *numerus clausus* des modes de preuves parfaits : chacun aura reconnu ici la consécration prochaine d'un acte sous seing privé contre signé par l'avocat, qui pourrait chasser à terme sur les terres de l'authenticité.

Alors, que retenir de ce questionnement de la preuve tout à la fois trop long et trop bref ? Sans doute que le droit de la preuve n'est qu'un miroir des limites de la connaissance humaine mais également des évolutions qui agitent le système juridique dans son ensemble...

Consensualisme et formalisme

Michel GRIMALDI

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Président de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

Consensualisme ou formalisme, voilà l'un des choix les plus fondamentaux auxquels est confronté qui veut légiférer en matière de contrats

Commençons par définir ces deux termes.

Le consensualisme est le principe suivant lequel la validité d'une convention n'est soumise à aucune condition de forme. Certes, une convention ne se conçoit pas sans forme. La forme est le mode d'expression et d'extériorisation de la volonté, que ce soit par un écrit, par une parole, par un geste ou même par un silence que les circonstances rendent intelligible ; or, on ne voit pas comment deux volontés inexprimées pourraient se rencontrer. On connaît la célèbre formule d'HERING : « Il n'y a pas d'acte de volonté sans forme. Une volonté sans forme, c'est ce couteau fameux qui n'avait ni lame ni manche ». Le consensualisme, en réalité, est un principe d'indifférence à la forme : la rencontre des volontés suffit à former le contrat, sous quelque forme que celles-ci se soient exprimées. Ce principe est formulé par l'article 124 du projet OHADA qui a déjà été évoqué.

Le formalisme est le principe opposé, suivant lequel la validité d'une convention est soumise à telle ou telle condition de forme : le contrat formaliste n'est parfait que moyennant l'accomplissement d'une formalité (le mot étant pris ici dans son sens le plus large). Cette formalité peut consister dans la remise de la chose qui forme l'objet de la convention, et l'on parle alors de contrats réels : il s'agit traditionnellement du commodat, du dépôt et du don manuel ; s'y ajoutait naguère le gage, jusqu'à la réforme des sûretés réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006, qui lui a substitué le contrat attributif d'un droit de rétention. Le plus souvent, la formalité consiste dans la rédaction d'un écrit, et l'on parle alors de contrats solennels : les exemples en sont nombreux, sur lesquels on reviendra, et l'on se contentera de citer ici le gage, depuis l'ordonnance précitée du 23 mars 2006. Enfin, un nouveau formalisme est apparu, qui tient à l'accomplissement de certains gestes, et l'on pourrait alors parler de contrats rituels : ainsi, le contrat

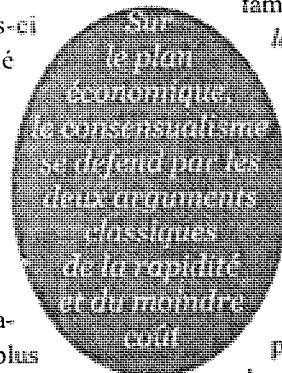
passé à distance sous une forme électronique obéit-il parfois à la règle dite du « double clic ».

Quels sont les mérites respectifs du consensualisme et du formalisme ?

On laissera de côté la justification philosophico-politique du consensualisme qui n'a été forgée qu'après coup, au XIX^e siècle, et qui est tirée du fameux dogme de l'autonomie de la volonté : parce que la volonté est toute puissante, ou plutôt parce qu'elle doit l'être, elle doit suffire, par elle-même, à obliger celui qui l'exprime, et ce serait la brider que de lui imposer de se couler dans le moule d'une certaine forme. C'est sur le double pan, moral et économique, que l'on doit apprécier le consensualisme et le formalisme.

Sur un plan moral, le consensualisme se recommande du respect de la parole donnée : on doit toujours tenir sa parole, sous quelque forme qu'on l'ait exprimée. C'est la fameuse maxime de Loysel : « *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles* ». En faveur du formalisme, on peut faire valoir, d'abord du point de vue des parties, que la parole ne doit lier qu'autant qu'elle est éclairée, et que la forme éveille l'attention, provoque la réflexion, évite la surprise du consentement, non seulement par le rite qu'il impose (la remise de la chose, l'écriture, le rendez-vous chez le professionnel du droit), mais aussi par le conseil averti (et garanti par une assurance de responsabilité) qu'il impose parfois (lorsque, par exemple, il faut recourir à un acte notarié). S'y ajoute, du point de vue des tiers, que le formalisme prévient la fraude : l'établissement d'un écrit rend le contrat accessible aux tiers, qui peuvent ainsi en contrôler le contenu, c'est-à-dire vérifier que les parties sont bien convenues de ce dont elles prétendent être convenues. Ces derniers arguments expliquent que les canonistes ne se soient ralliés au consensualisme qu'après de longues hésitations.

Sur le plan économique, le consensualisme se défend par les deux arguments classiques de la rapidité et du moindre coût : le formalisme est souvent chronophage et il est généralement onéreux. Naturellement, ces arguments prennent une force particulière dans une société où l'ordre



juridique dérive vers un ordre marchand. Pour le formalisme, l'argument majeur est l'impératif de sécurité juridique : l'écrit, en particulier, oblige à préciser la pensée, à la clarifier ; il permet d'éviter des malentendus ou des lacunes ; et, du même coup, il prévient le risque de devoir recourir à l'interprétation judiciaire, qui comporte toujours une dose d'aléa. En outre, le formalisme, dès lors qu'il permet aux tiers de connaître la convention, rend possible le contrôle de sa conformité à l'ordre public.

L'évolution historique est bien connue. Les droits archaïques étaient formalistes. Puis, au moins dans les sociétés occidentales, le principe du consensualisme a fini par l'emporter sous la double influence du droit canonique et des aspirations des marchands. Et il reste inscrit dans le droit positif français. Certes, il n'est pas expressément formulé, en des termes généraux, par le Code civil, encore qu'il soit inscrit en creux dans l'article 1108, qui, dans l'énumération qu'il donne des conditions de validité des conventions, ne souffle mot de leur forme. Il s'y trouve, en outre, exprimé à propos de conventions particulières : à l'article 1583, texte originaire de 1804, suivant lequel la vente est parfaite entre les parties par leur seul accord sur la chose et sur le prix ; à l'article 835, texte issu de la réforme des successions du 23 juin 2006, qui dispose que « *le partage peut intervenir dans la forme choisie par les parties* ». Et la Cour de cassation ne manque pas de le rappeler lorsque l'occasion lui en est donnée, notamment à propos du contrat d'assurance (Cass. 1^{re} civ., 15 février 1978 : Bull. I, n° 62).

Le principe du consensualisme souffre cependant des exceptions qui n'ont cessé de s'accroître au fil du temps, et singulièrement depuis ces dernières décennies. En 1804, les contrats réels mis à part, il existait quatre contrats solennels, que les notaires connaissent bien : le contrat de mariage, la donation, l'hypothèque et la subrogation conventionnelle par le débiteur. Depuis, s'y sont ajoutés une foule de conventions qu'il serait superflu d'énumérer toutes : on citera simplement la vente en l'état futur de l'achèvement, le contrat de location-accession, le bail rural, le mandat à effet posthume, la renonciation anticipée à l'action en réduction, la fiducie lorsqu'elle porte sur des biens qui formeront l'objet d'une appropriation plurale, le gage, le nantissement, la réserve de propriété...

Il faut en outre signaler deux phénomènes qui érodent très sérieusement le consensualisme. Le premier est l'apparition d'un formalisme indirect : lorsque la loi impose des mentions obligatoires ou une mention manuscrite (par exemple, pour certains cautionnements), ou qu'elle exige

que telle ou telle clause soit constatée par écrit à peine de nullité (par exemple, pour la clause compromissoire), ou encore qu'elle prescrive à peine de nullité l'enregistrement (par exemple, pour les promesses unilatérales de vente d'immeubles ou pour la fiducie) ou la publicité de la convention (par exemple, la fiducie sur immeuble), le contrat en question devient *de facto* un contrat formaliste. Le second phénomène est l'apparition d'un nouveau formalisme, requis *ad validitatem*, qui ne consiste plus dans la remise de la chose ni dans l'établissement d'un écrit, mais dans une procédure qui ralentit la formation de la convention : ralentissement dont la loi escompte une réflexion approfondie, une attention plus aiguë. On aura reconnu ici les délais de réflexion du droit de la consommation, et aussi la procédure de conclusion de certains contrats électroniques.

*L'adage est
 bien connu :
 idem est non esse
 aut non probari*

Faut-il le déplorer ce regain de formalisme ? Je ne le pense pas. Même s'il est parfois excessif, ce formalisme procède du souci de protéger une partie jugée plus faible que l'autre, et donc d'assurer l'équilibre contractuel et, avec lui, la sécurité juridique.

En cela, il est conforme à la tradition juridique continentale.

Mais qu'ont donc à voir le formalisme et le consensualisme avec la preuve des conventions, qui nous réunit aujourd'hui ? Le lien rien moins qu'évident, car *a priori* la validité de l'acte juridique et la preuve de son existence relèvent de deux mondes différents : la question de la validité de l'acte ne se pose qu'une fois réglée, dans un sens positif, celle de son existence. Ce que le texte OHADA qui nous occupe exprime fort bien, lorsqu'il énonce que les formes requises aux fins de preuve sont sans effet sur la validité des conventions.

Néanmoins, il existe entre le binôme formalisme/consensualisme et la preuve des liens, que je voudrais évoquer en cinq propositions.

Première proposition : là où le consensualisme est consacré, comme aujourd'hui en droit français, le système de la preuve écrite y apporte évidemment un tempérament sérieux. L'adage est bien connu : *idem est non esse aut non probari* (ce qui ne peut être prouvé est comme inexistant). Aussi bien, parle-t-on souvent, à propos des exigences de preuve, d'un formalisme atténué. Quant au seuil de la conclusion d'un contrat, les parties s'interrogent sur la nécessité de dresser ou non un écrit, elles doivent se demander, non pas seulement si le contrat serait ou non valable sans écrit, mais encore si, en cas de contestation, un écrit serait ou non nécessaire pour prouver son existence, sa date et son contenu. L'écrit peut s'imposer, non pas

seulement comme élément de la formation du contrat, mais aussi comme preuve préconstituée.

Deuxième proposition : dans un système qui consacre le formalisme, et donc qui exige un écrit à peine de validité de la convention, la question de la preuve se trouve *ipso facto* réglée, puisque pour prouver l'existence du contrat, il faut établir l'existence d'un écrit. Autrement dit, un système formaliste aboutit à un système de preuve écrite. Sous quelques nuances, dans le cas de perte ou de destruction de l'écrit.

Troisième proposition : le formalisme *ad probationem* (requis pour la preuve du contrat) et le formalisme *ad validitatem* (pour la validité du contrat) recourent aux mêmes instruments que sont l'acte sous seing privé et l'acte authentique. Mais, si les instruments sont les mêmes, le formalisme peut s'alourdir lorsque l'écrit est requis *ad validitatem*. Ainsi, un clerc habilité ne saurait recueillir le consentement des parties lorsque l'acte notarié est requis à peine de nullité. Voilà pourquoi celui qui légifère sur l'acte authentique ou sur l'acte sous seing privé doit toujours avoir présente à l'esprit la double fonction que peut remplir un tel acte.

Quatrième proposition : le formalisme *ad validitatem* et le formalisme *ad probationem* sont l'un et l'autre abandonnés, dans une certaine mesure, à la liberté contractuelle. Il est loisible aux parties d'écarter le principe du consensusalisme et de décider que leur convention ne sera formée que par l'accomplissement de telle formalité ; ou qu'elle ne pourra être modifiée que par un accord passé en la forme écrite. Il leur est aussi permis de déroger au forma-

lisme de la preuve, par exemple en excluant toute preuve outre l'écrit qu'elle signent (par exemple, la clause des quatre coins, suivant laquelle l'écrit ne peut en aucun cas être complété par des écrits antérieurs, notamment par ceux qui ont été rédigés au cours des négociations qui ont précédé la conclusion de l'accord). Simplement, il faut, selon la Cour de cassation, que la convention probatoire porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition (exemple : les conventions été passées entre les banques et leurs clients relativement à l'utilisation de cartes bancaires) (Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1989 : D. 1990. Somm. 327, note J. Huet).

Cinquième proposition : la distinction entre le formalisme *ad probationem* et le formalisme *ad validitatem* peut parfois s'obscurcir. Ainsi, en présence d'un formalisme qui est protecteur du consentement, mais dont la violation peut être neutralisée par la preuve que le consentement a malgré tout été donné en connaissance de cause. Ce formalisme est, comme le formalisme *ad validitatem*, protecteur du consentement ; mais il est, comme le formalisme *ad probationem*, un formalisme dont la violation n'est pas sanctionnée par une nullité irrémédiable de l'acte. Chacun se souvient des difficultés qu'a posées, à cet égard, l'article 1326 du Code civil appliqué au cautionnement : que de jurisprudence et que de doctrine sur la nature juridique de la mention manuscrite exigée par ce texte, et sur la sanction de son inobservation ...

La preuve et l'évolution technologique¹

Anne PENNEAU

Professeur à l'Université Paris XIII

Membre de l'IRDA

Pour aborder le sujet qu'il m'a été demandé de traiter, il n'est pas mauvais de commencer par énoncer des considérations de bon sens. Commençons donc par rappeler que la preuve est au service des sujets de droit. Dès lors, si les moyens de la réalisation des actes et faits juridiques se diversifient, il faut sans doute considérer que le droit de la preuve doit s'adapter en conséquence. Dans cette mesure, il semble incontestable que l'apparition des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC)² soit de nature à constituer un facteur majeur de l'évolution du droit.

Mais, la question est encore ouverte de savoir comment il faut adapter le droit, spécialement face à l'écrit électronique. Il s'agira ici d'examiner cette question en se focalisant exclusivement sur la question du régime probatoire de l'acte électronique, en laissant de côté d'autres questions résultant de l'interférence des nouvelles technologies avec le droit applicable à l'acte électronique, telles que celle tenant à ses spécificités du point de vue du formalisme informatif ou substantiel vis-à-vis desquels un débat existe aussi³.

Pour cerner le sujet, on peut proposer, avant de voir quelles sont les réponses aujourd'hui fournies par le droit communautaire et la loi française, de commencer par retracer les solutions jurisprudentielles adoptées sous l'empire du droit antérieur à la réforme du droit de la preuve intervenue en 2001 et, par ailleurs, après avoir fourni un aperçu des éléments techniques incontournables de toute analyse relative à la preuve électronique des actes juridiques - aspects auxquels le juriste se doit de se familiariser sous peine que sa voix ne puisse être entendue dans le débat technicojuridique qui s'impose -, il s'imposera d'examiner les solutions qui résultent de la réforme issue du droit communautaire et aujourd'hui transposée dans le droit français.

I. - La jurisprudence antérieure à la réforme du droit de la preuve.

La jurisprudence relative à la preuve électronique n'est pas à proprement parler nouvelle, puisqu'elle nous renvoie en premier lieu à un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1989, dans une affaire bien connue qui a donné matière à l'affaire Crédicas⁴.

La question était, en l'occurrence, de savoir si un code confidentiel de carte de crédit pouvait valoir comme ordre électronique de paiement. La réponse de la Cour de cassation a été affirmative. Mais il faut creuser l'interprétation de l'arrêt pour savoir s'il comportait la reconnaissance de la valeur probante de l'acte juridique électronique en son principe même.

Il apparaît à cet égard que la portée de l'arrêt Crédicas est, en réalité, absolument conditionnée par le fait qu'il existait, en l'espèce, une convention de preuve entre la banque et son client qui avait contesté l'existence d'un ordre de paiement par le biais de la composition du code confidentiel. L'apport de la décision consiste donc, très précisément, dans l'admission par la Cour de cassation de la possibilité, pour les parties à une relation contractuelle, de librement convenir des moyens de preuve adaptés à l'aspect électronique des modalités de la mise en œuvre du contrat qui les lie. Il n'en reste pas moins que, d'une certaine façon, la Cour de cassation a ainsi démontré sa faveur vis-à-vis du principe qui fondera plus tard la réforme impulsée par le droit communautaire vis-à-vis de la force probante de l'écrit électronique, c'est-à-dire le principe neutralité technologique du droit de la preuve. Mais dans l'arrêt Crédicas, la neutralité technologique reste l'affaire des parties et n'est pas érigée en principe de droit commun.

¹ Avec l'aimable autorisation des organisateurs du colloque, cette intervention a conservé, pour l'essentiel, sa forme orale.

² En regard de la logique du présent colloque, cette intervention ne considérera que le champ de la preuve par les NTIC au sein de l'ensemble très vaste des évolutions technologiques. J'axerai plus précisément cette intervention sur la question de la preuve de l'acte juridique, laissant de côté la question de la preuve électronique d'un fait juridique qui est une question réelle, sur laquelle, A. PENNEAU, Les nouveaux défis du droit de la preuve : contentieux contractuel et preuve de faits électroniques, in J. ROHFELD [dir.], Les nouveaux défis du commerce électronique, Lextenso, 2010, étant entendu, que l'évolution technologique provoque aussi de très sensibles évolutions du droit de la preuve sous d'autres de ses aspects, notamment en matière médicale ou biomédicale, aussi dans le domaine nouveau du contentieux environnemental.

³ J. ROHFELD, Formalités contractuelles - Voie électronique. Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique (JO 17 juin 2005, p. 10342), Le temps et les formes aplatis de l'univers électronique, in Chroniques de législation française, RTDCiv., 2005/4, p. 843 ; Groupe Acquis communautaire, J. ROHFELD [dir.], L'Acquis Communautaire. Le contrat électronique, Economica, collection Etudes juridiques, 2010, nn° 6.4 et nn° 6.37..

⁴ Cass. 1^{er} civ., 8 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 342, JCP G 1990, II, 21576, note G. VIRASSAMY, D. 1990, p. 369, note Ch. GAVALDA, D. 1990, Somm., p. 327, obs. J. HUET.

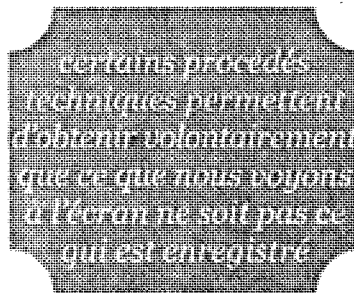
Plus tard, la jurisprudence a été confrontée à d'autres questions du fait de l'avancée des nouvelles technologies dans la sphère du contrat.

En 1995⁵, la Cour de cassation a ainsi admis qu'une photocopie puisse constituer un commencement de preuve par écrit susceptible de contribuer à pallier l'impossibilité de présenter un original. Cette décision constitue une avancée vers la réception de l'écrit électronique en ce qu'elle admet, en tant que copie dotée de valeur probatoire, une copie de l'écrit papier réalisée par le moyen de nouvelles technologies. Sa portée ne doit pas non plus être exagérée, car un commencement de preuve n'est pas la reine des preuves, elle n'est pas une preuve parfaite et n'équivaut pas complètement à la preuve littérale constituée par un original signé manuscritement.

Ensuite, en 1997⁶, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis que l'écrit puisse être établi et conservé sur tout support, y compris les télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiés ou ne sont pas contestés. La télécopie est une nouvelle technologie qui suppose que l'écrit papier qui est envoyé soit transcrit électroniquement avant que le destinataire ne retranscrive lui-même ces signes électroniques sur un format papier à l'occasion de l'impression du message réceptionné. Par conséquent, cet arrêt témoigne de la réception d'un écrit électronique. Mais, pour cerner la portée de cet arrêt, il importe de tenir compte du contexte particulier de l'espèce, puisqu'il y s'agissait de prouver une cession de créance dans des relations entre commerçants. Il s'agit donc d'un arrêt adapté à la matière commerciale qui a toujours été dominée par le principe de la liberté de la preuve. La chambre commerciale n'a donc pas ici statué en termes de droit commun, cependant elle a néanmoins apporté une légitimation de la preuve électronique comme moyen possible de la preuve d'un acte juridique dans un contexte de preuve par tous moyens.

Cette légitimation sera par la suite consacrée par le législateur avec la loi du 13 mars 2000⁷ qui introduit un

régime propre de la preuve électronique dans le droit français. Mais il s'observe qu'appliquant avec une rigueur absolue les principes de l'application de la loi dans le temps, la Cour de cassation n'a pas immédiatement déduit de cette reconnaissance légale une quelconque laxité vis-à-vis de l'écrit électronique s'agissant d'affaires qui, bien que jugées après l'entrée en vigueur de la réforme, restaient soumises au régime antérieur. C'est ainsi que, dans un arrêt défendu en 2003⁸, à propos d'une signature scannée d'un acte d'appel, la validité de cet acte a été écartée par la Cour de cassation. La deuxième chambre civile a pris soin de préciser, alors qu'elle pouvait rendre sa décision sans le faire, que les juges du fond avaient exactement fondé leur décision de rejet sur l'incertitude relative à l'identification de la personne qui avait fait usage de ce procédé.



Avec cette dernière observation, nous en venons au véritable cœur de la problématique relative à la réception des nouvelles technologies dans un système de preuve des actes juridiques, et par cela aux raisons qui expliquent une certaine frilosité, défiance ou prudence, selon *a priori* que l'on peut avoir vis-à-vis de la preuve numérique.

II. – Les aspects techniques du débat sur la preuve électronique des actes juridiques.

Pour commencer sur ce thème d'analyse, il faut insister sur un aspect sur lequel nous pourrions faire confusion, qui est celui du caractère prétendument immatériel de l'écrit numérique. Le langage courant emploie volontiers l'expression *technologies de l'immatériel*, et il est fréquent que l'écrit électronique soit désigné sous l'appellation d'*écrit immatériel*. Or, tout au contraire de ce qu'induisent de telles formulations, il n'existe rien de plus matériellement pesant que d'établir un écrit électronique. Il faut avoir des structures, des réseaux, des tuyaux et des câbles par lesquels l'information sera transitée ; il faut aussi avoir des ordinateurs qui sont d'une complexité redoutable, et dont les utilisateurs ordinaires que nous sommes ne connaissent pas tout. Également, il faut avoir des capacités de stockage importantes, car une preuve n'a d'intérêt que si nous pouvons la conserver.

⁵ Cass. 1^{er} civ., 14 fév. 1995, JCP G 1995, II, n° 22402, note Y. CHARTIER, D. 1995, pp 340, note S. PIEDELIEVRE.

⁶ Cass. com., 2 déc. 1997, D. 1998, p. 192, note D. R. MARTIN.

⁷ LCEN du 21 juin 2004 (texte non codifié), JORF n°143, 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2.

⁸ Cass. 2^e civ., 30 avr. 2003, Bull. civ. II, n° 118.

Or, la difficulté pratique de maîtriser tous ces éléments et les opérations dont ils sont les intermédiaires⁹ a nécessairement des incidences sur la fiabilité dont on peut créditer la preuve de l'écrit électronique.

On peut en premier lieu mentionner au titre de ces difficultés, celle tenant à l'authentification de l'auteur de l'écrit déjà relevée à propos de la jurisprudence précitée. De fait, on conçoit bien qu'il serait sans doute plus aisé de démontrer qu'un adolescent a contrefait la signature manuscrite de son père ou de sa mère sur son carnet de liaison, que de démontrer que la signature issue de la composition d'un code confidentiel, n'a pas été actionnée par le père ou la mère, mais par cet adolescent qui aurait eu l'ingéniosité de trouver le code confidentiel !

En deuxième lieu, il faut aussi évoquer la difficulté concernant la fiabilité des données composant la teneur d'un écrit électronique, sujet dont les aspects techniques sont très ardues. A son égard, se pose la question de l'identité entre les données enregistrées par l'auteur de l'écrit électronique sur le support électronique qu'il a constitué par l'intermédiaire de son ordinateur et ce qui apparaît sur l'écran de l'ordinateur sur lequel se fait la lecture. Il faut savoir ici que d'une part, certains procédés techniques permettent d'obtenir volontairement que ce que nous voyons à l'écran ne soit pas ce qui est enregistré. D'autre part, le fait de transmettre des données est à l'origine de risques de modifications accidentelles ou provoquées des données expédiées, risques dont la réalisation reste non détectable par un mode ordinaire de lecture.

En troisième lieu, on peut encore relever la difficulté propre à la datation de l'écrit électronique, désignée sous le vocable d'horodatage par les spécialistes. Il n'est effectivement pas si simple de situer quand un acte électronique est établi et quand on peut considérer qu'il a bien été signé par les parties s'il est plurilatéral, car ces opérations ne se font pas dans l'instantanéité et supposent, spécialement dans le cas de mise en œuvre de signatures sécurisées qui font intervenir des contrôles par des tiers de confiance, des voyages dans des circuits numériques.

En dernier lieu, il faut souligner la difficulté qui affecte l'assurance d'une pérennité des données enregistrées, et qui nous renvoie à la question de l'archivage électronique précédemment évoquée. On signalera à ce propos que les

évolutions permanentes des nouvelles technologies créent, lorsque l'on envisage une exploitation de l'écrit électronique dans un terme assez long, un risque d'impossibilité de lecture par le fait de l'obsolescence des techniques existant au moment de la création de l'écrit électronique. Ce risque peut certes être traité par le moyen de migrations des données sous des systèmes nouveaux, mais ces migrations sont elles-mêmes susceptibles de provoquer des instabilités des données, ce qui n'est pas sans incidence du point de vue de la fiabilité de la preuve.

III. – La réforme du droit de la preuve par la directive 1999/93.

En présence de telles difficultés, l'Union européenne a conduit à une révolution du système de la preuve, révolution que nous comparons¹⁰ en France à la révolution provoquée par l'ordonnance de Moulins qui a instauré la suprématie de l'écrit papier, aujourd'hui possiblement écartée par l'écrit numérique.

Or, les moteurs de la volonté politique de l'Union européenne agissent dans la direction d'instaurer l'équivalence entre la preuve numérique et la preuve papier.

Ce volontarisme européen traduit de toute évidence une certaine idée du progrès, qui voit ce qui est nouveau en général et en particulier l'avènement des nouvelles technologies, comme étant des facteurs positifs de l'évolution des sociétés, propres à exacerber l'ambition ancienne de défaire l'humanité des contraintes de l'espace et du temps et d'ainsi démultiplier la puissance (la vanité ?) de l'homme sur la réalisation de son propre destin.

Il faut y ajouter la volonté de « booster » l'économie numérique par le développement du commerce électronique, corollaire affirmé de la « globalisation ». En donnant de la confiance dans l'écrit numérique, on prétend donner de la confiance dans le commerce électronique.

Il faut ajouter à ce sujet l'action dynamique de lobbies intéressés par l'économie de la preuve numérique. Une telle économie existe bien en germe pour les producteurs et prestataires de services *ad hoc*.

D'où la directive 1999/93 du 13 mars 1999¹¹, qui pose le principe de l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit

⁹ M. VIDEAU, Aspects techniques de la preuve littérale reposant sur l'écrit électronique, in A. PENNEAU [dir.], La preuve des actes juridiques électroniques privés : mosaïque des droits européens ou trait d'Union ?, Coll. Lille II, Centre Demogue, 2009, RLDI 2009, supplém. n° 52, p. 15.

¹⁰ J. ROCHFELD, Loi du 13 mars 2000, in Législation française en matière de droit privé, Petit résumé à l'usage des retardataires du progrès... ou Descartes avec Internet RTDCiv. 2000, p. 423.

¹¹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE 19 janv. 2000, p. 13.

numérique, avec une offre d'organisation à géométrie variable pour les États, mais comportant néanmoins un noyau dur¹².

La portée du principe d'équivalence est exprimée dans l'article 5 de la directive 1999/93 : « *Un écrit électronique ne peut être rejeté comme preuve au simple motif de son caractère électronique* ». Ce texte impose cependant aussi que seul l'écrit électronique, établi dans des conditions permettant de garantir l'authentification et la fiabilité de son contenu, ait une valeur probatoire équivalente à celle de l'écrit papier, ce qui se traduit dans des termes de droit français par la qualité de preuve littérale de l'écrit électronique.

Les États membres doivent veiller à ce que ces garanties soient mises en œuvre. Ils doivent en particulier assurer que si certaines précautions ont été respectées pour établir l'écrit électronique, qui est alors désigné comme « écrit sécurisé » ou écrit établi sous « signature avancée », cet écrit est automatiquement recevable en tant que preuve.

La directive 1999/93 a donc débouché sur la création d'un concept créé par le droit communautaire de « signature avancée », représentant le degré maximum de force probatoire de l'écrit électronique. Et la directive a largement précisé les conditions minima de l'établissement de l'écrit électronique ainsi sécurisé.

Le noyau dur de ladite sécurisation repose dans un système de certification de « signature qualifiée » (déclinaison première de la « signature avancée »), dont la délivrance incombe à des organismes dénommés prestataire de services de certification (PSC). Ces organismes, dont l'activité est partiellement sous le contrôle des États membres dans lesquels ils sont établis et qui engagent leur responsabilité du fait de leur activité dans des conditions précisées par le droit européen, ont pour mission de délivrer des certificats de « signature qualifiée » attachés à un signataire qui met en œuvre une signature électronique. De tels certificats sont consultables par tout intéressé. Ils permettent de s'assurer que la mise en œuvre d'une signature a supposé que le signataire recourra à un tiers de confiance, qui a authentifié ce signataire et confirmé le lien existant entre sa signature et

l'écrit considéré. Les États de l'Union européenne doivent veiller à ce que leurs ressortissants puissent accéder aux services d'au moins un PSC.

La géométrie variable du système introduit par l'acquis communautaire en matière d'écrit électronique, concerne les autres aspects de la sécurité, et notamment le contrôle des produits de signatures mis en œuvre pour réaliser une signature électronique. Car, effectivement, pour signer un écrit électronique, il faut avoir un outil électronique qui se présente toujours au moins sous la forme d'un logiciel, dont l'utilisation est parfois couplée avec des outils matériels tels qu'une carte à puce ou une clé USB. Or, la mise en œuvre de ces outils de signature pose la question de savoir si, par le fait de leur conception, de leur fabrication ou de leur utilisation, ils assurent bien en permanence toutes ces garanties que nous envisagions précédemment. La directive 1999/93 ouvre aux États membres la possibilité de créer un système de certificat de la qualité de tels outils à la condition expresse cependant que ce système ne soit pas érigé en condition de mise sur le marché. A quoi s'adjoint aussi, dans le système soumis à la géométrie variable, un contrôle des systèmes de

vérifications de signatures, dans les termes les plus obscurs de la directive dont la qualité rédactionnelle et didactique laisse à désirer à plusieurs endroits.

Il reste que le droit européen ne serait pas présenté dans son ensemble si l'on négligeait l'autre versant de l'écrit électronique, c'est-à-dire l'écrit électronique non sécurisé, que l'on peut encore qualifier d'écrit électronique simple.

Car, effectivement, en dehors du cas de

l'écrit électronique sous « signature avancée » ou « signature qualifiée », la directive 1999/93 impose d'admettre qu'un écrit électronique puisse toujours être reçu comme preuve numérique s'il apparaît que les conditions de sa réalisation et de sa conservation sont telles que les critères de fond attachés à sa fiabilité sont satisfaits. Ce dont il se déduit que, même quand nous n'utilisons pas un système de « signature avancée » ou « qualifiée », nous pouvons prétendre prouver par l'écrit électronique.

La posture des États membres vis-à-vis de l'écrit électronique simple dépendra de la cohérence propre à leurs systèmes probatoires respectifs. Dans un État comme la France, il



¹² Les mécanismes synthétiquement ici décrits sont développés in, E. JOLY-PASSANT, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, LGDJ, bibl. droit privé, 2006, passim ; L'Acquis Communautaire. Le contrat électronique, préc., chapitre 6, passim. et les références citées dans la bibliographie de ce chapitre.

en résulte, comme on y reviendra, qu'il faudrait probablement avoir à prouver que les outils de signature ainsi que les conditions de leur utilisation et de la conservation des actes litigieux présentent toutes les garanties d'une équivalence avec une preuve littérale, la charge de la preuve incombant à celui qui se prévaut de l'acte¹³.

En forme de synthèse sur les apports du droit européen dans la construction d'un droit de la preuve visant à installer l'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit papier, trois caractéristiques méritent d'être soulignées, car elles sont à l'origine d'une véritable révolution dans la conception même de la preuve.

La première de ces caractéristiques introduite par la directive 1999/93 est la mise en place d'un système probatoire attaché à des contrôles par tierce partie pour des actes sous seing privé et même à une possible cascade de contrôle par tierce partie dans le champ variable du système européen. Tout ceci, sous le signe d'un partenariat public privé, qui est un phénomène majeur provoqué par l'évolution de ce que nous pouvons concevoir comme étant le service public ou, pour reprendre la terminologie européenne, les services d'intérêt général.

La deuxième caractéristique notoire de ces nouveaux horizons probatoires est que la directive 1999/93 implique nécessairement une implication directe des États membres dans la surveillance des acteurs économiques du marché de la signature électronique. Cette surveillance est impérative pour les PSC, facultative en ce qui concerne la mise sur le marché des produits de signature électronique. Elle n'est cependant pas encore générale, puisque la directive 1999/93 reste parfaitement silencieuse à propos des activités, majeures pourtant, d'archivage et d'horodatage.

A partir de quoi, et c'est une troisième caractéristique du système engendré par la réception de l'écrit électronique en tant que preuve, la mise en place de référentiels de l'appréciation des pratiques s'impose. Le droit de la preuve des actes sous seing privé est par conséquent destiné

à se trouver soumis à un ensemble de règles techniques. Leur élaboration sera confiée, selon les cas et les États membres, à l'autorité réglementaire ou à des organismes de normalisation, qui sont des personnes morales de droit privé assurant, parfois mais pas toujours, une mission d'intérêt public, ce qui remet au premier plan le schéma de partenariat public privé qui tend à étendre son emprise. Il faut insister sur le fait que les déterminants techniques sont, dans notre affaire, primordiaux. La question de savoir qui a le pouvoir d'établir ces déterminants techniques est donc la pierre angulaire du système en termes de répartition (ou de concentration) du pouvoir économique, ce qui ne laisse pas d'ailleurs aujourd'hui d'inquiéter l'Union européenne elle-même sur l'avenir du système qu'elle a construit¹⁴.

IV. – La réforme française de la preuve littérale.

La directive 1999/93 a donné matière à transposition, en France, par la loi du 13 mars 2000 qui a modifié l'article 1316 du Code civil et introduit les articles 1316-1 et suivants. Le cadre fixé par la directive a été scrupuleusement respecté, cette transposition ayant instauré un système probatoire à deux vitesses, d'où résultent deux principes.

Le premier principe du droit français, fixé notamment dans l'article 1316-4 du Code civil, est que tout écrit revêtu d'une signature électronique est susceptible de constituer une preuve littérale, dès lors que des qualités propres à assurer l'authentification de l'auteur et la fiabilité du contenu des actes sont réunies. Il s'agit de la réception de l'aspect étendu du principe d'équivalence de la directive 1999/93.

Le deuxième principe énoncé par l'article 1316-4, alinéa 2 du Code civil est que l'écrit électronique établi dans des conditions définies par décret est présumé fiable. Cette présomption est une présomption simple.

Les décrets d'application de la loi destinés à encadrer génériquement les actes électroniques aussi bien sous seing privé que notariés, ont été pris le 30 mars 2001¹⁵, ensuite le 18 avril 2002¹⁶. Il faut aussi tenir compte d'un arrêté du 26 juin 2004¹⁷.

¹³

¹⁴ Rapport du 15 mars de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, COM(2006)120final, « Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions », non publié au JOUE, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006DC0120:FR:NOT>.

¹⁵ Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JORF n° 77 du 31 mars 2001, p. 5070 ; I. DE LAMBERTERIE et J.F. BLANCHETTE, Lecture critique et juridique, JCP éd. E 2001, p. 1269.

¹⁶ Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information », JORF n° 92 du 19 avr. 2002, p. 6944 ; A. PENNEAU, La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques (à propos du décret n° 2002-535 du 18 avril 2002), D. 2002, chr., p. 2065.

¹⁷ Arrêté du 26 juillet 2004, NOR : INDI0403348A, relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de services de certification électronique et à l'accréditation des organismes qui procèdent à leur évaluation, JORF n° 182 du 7 août 2004, p. 14104.

En France, la sécurisation de l'acte électronique est placée, par l'effet de l'ensemble de ces textes réglementaires, sous contrôle étatique, plus précisément sous le contrôle du premier ministre, ou tout au moins d'une autorité administrative, la direction centrale des systèmes de sécurité de l'information, qui, en septembre 2009¹⁸, est devenue Agence nationale des systèmes de sécurité de l'information.

L'ensemble débouche, pour attester de la qualité et de la fiabilité de produits de signature électronique et de la qualification des signatures par l'intermédiaire de PSC, sur la mise en œuvre, en réalité facultative, de procédures qui sont très complexes. Ces procédures enchevêtrent le jeu d'acteurs privés et d'administrations, et même de l'autorité réglementaire dans le cas particulier des arrêtés que le Premier ministre peut délivrer pour attester de la fiabilité de produits de signature. A quoi s'ajoute l'existence d'un enchaînement des contrôles portant sur l'accréditation ou la certification des organismes privés intervenant en tant que tiers de confiance dans les opérations de contrôle des outils de signature ou de leur mise en œuvre.

Une appréciation d'ensemble de ce système inspire quatre remarques essentielles.

La première de ces remarques concerne le système de cascade des contrôles. Il est évidemment motivé par la préoccupation d'assurer la probité de l'expertise du produit ou du service. Mais, il faut savoir que plus nous remontons dans la pyramide des contrôles, plus les acteurs susceptibles d'exercer ce contrôle sont en nombre limité. Ceci est le problème constant dans les situations d'expertise hyperspécialisées¹⁹. Il existe très peu d'acteurs, et inévitablement selon les cas de figure, le contrôleur devient fréquemment à son tour le contrôlé, ce qui interroge sur la fiabilité des systèmes de contrôles et doit à tout le moins être pris en considération quand nous regardons ces systèmes.

La deuxième remarque est que la certification des PSC, qui est une condition pour la mise en œuvre de la présomption, n'est pas une condition de la délivrance des

certificats qualifiés attribués au cas par cas aux utilisateurs de signatures électroniques. Autrement dit, un prestataire de certification de signature électronique peut prétendre délivrer des certificats qualifiés, sans jamais avoir été contrôlé en préalable de l'exercice de son activité par le biais de la procédure de certification proposée pour la réalisation de son activité. En France, il existe un système de surveillance de ces organismes, comme la directive y oblige et il en résultera une surveillance de l'exercice effectif de l'ensemble des PSC qu'ils soient ou non qualifiés. Mais, d'une part, la surveillance ainsi prévue risque d'être difficile à mettre en œuvre de façon tout à fait satisfaisante du fait du manque de moyens publics. D'autre part, les moyens de coercition sont, en droit français, assez vagues du point de vue de la responsabilité civile, qui est la seule sanction expressément prévue par la loi, dans des termes qui ne sont d'ailleurs pas dénués d'ambiguïté²⁰. Aucune sanction pénale n'est prévue en cas de manquement à leurs obligations par les PSC, à la différence du droit anglais²¹ et du droit allemand²².

La troisième remarque concerne le fait que la délivrance des arrêtés du premier ministre attestant de la sécurisation des produits de signatures a posé des difficultés. Cette responsabilité est énorme pour l'État. Les pouvoirs publics français ont, postérieurement à la construction du modèle par les décrets d'application de la loi du 13 mars 2000, bien été obligés de composer avec le fait que les informaticiens ne sont pas tous d'accord sur les conditions de la sécurité électronique, qu'elle n'est jamais totalement garantie, pas plus, en réalité, que la sécurité papier²³. Mais le système de l'écrit électronique sécurisé suppose une cristallisation des conditions de la sécurité électronique, ce qui pose un dilemme. Les arrêtés qui ont été rendus par le Premier ministre pour certifier certains produits de signature sécurisée ont tenté de le résoudre en n'appréhendant que partiellement certains aspects limités de la sécurité de ces produits. Mais cela pose un problème important du point de vue de la mise en œuvre de la présomption de preuve attachée par l'article 1316-4 du Code civil à la conformité avec les exigences réglementaires concrétisées par le décret du 31 mars 2001. Car, effectivement, la conformité dont rend compte

¹⁸ Décret n° 2009-838, 7 juill. 2009, JORF du 8 juill. 2009, texte n° 3.

¹⁹ « Incertitude et expertise », in Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude, Actes de colloque, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, pp. 65 et s., spé. pp. 71 et s. V. aussi A. PENNEAU, « L'expertise, l'impartialité et le conflit d'intérêts », obs. sous Cass. 2^e civ., 5 déc. 2002, D. 2003, p. 2060.

²⁰ Art. 6, § 3 LCEN préc.

²¹ K. GLEZAKOU, « La preuve des actes juridiques électroniques en droit anglais », in La preuve des actes juridiques électroniques privés : mosaïque ou trait d'Union ? préc., p. 27.

²² B. JALUZOT, « Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemande », D. 2004, chr., p. 2866 ; C. RIET, « La reconnaissance des signatures électroniques. Etude comparée des législations françaises et allemandes » – Blog *Université Paris Ouest M2BDE ESM-Comete, Droit du procès et de la preuve judiciaire*, 2008, <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/dpi/index.php/post/2008/04/13/Les-documents-electroniques-au-sein-des-systemes-probatatoires-allemand-et-francais-par-Coraline-RIET#comments>.

²³ Parfois sans doute avec des risques de plus grande ampleur en matière de sécurité numérique. Par exemple, une archive peut être brûlée, mais en affectant la stabilité d'un système numérique, la situation peut certainement être d'une étendue plus catastrophique.

une certification partielle de la sécurité d'un produit de signature électronique n'entre pas dans la conception légale dont elle est, en toute logique, strictement dépendante et qui, elle, reposait sur le présupposé que la fiabilité était totale ou n'était pas. Peut-il donc y avoir, dans de telles conditions, mise en œuvre de la présomption légale et, si oui, de quelle manière ? La question reste entière en l'absence de jurisprudence sur la question ; mais la réponse qui pourrait lui être donnée est évidemment déterminante de l'aptitude du système légal et réglementaire à satisfaire aux besoins de la pratique.

La quatrième remarque est que le droit français ne comporte rien sur l'horodatage ou sur l'archivage, comme la directive 1999/93, mais par différence, une nouvelle fois, avec les droits anglais et allemand.

En revanche, la France est très investie dans des actions de normalisation au niveau européen, au niveau mondial et au niveau national. Mais, quand nous surfons un peu sur l'Internet pour nous rendre compte de la réalité pratique de ces actions de normalisation, nous sentons bien l'existence de tensions et de controverses sur la façon dont les choses se passent et sur la mise en cause de la pression exercée par des lobbies qui ne sont pas rares.

Finalement, il n'y a pas, en termes de droit positif, d'arrêts significatifs relatifs à l'application du régime de la preuve de l'écrit électronique. Mais il apparaît que, depuis la loi du 13 mars 2000, la Cour de cassation reste très attentive à l'exigence d'authentification et de la fiabilité de la teneur de l'acte dans les quelques cas où la question de la preuve par un écrit électronique a pu être posée, sans pour autant que l'on puisse d'ailleurs considérer qu'il existe une parfaite lisibilité du droit positif français en la matière²⁴.

En réalité, l'enseignement le plus clair livré par l'état de la jurisprudence est que la rareté des décisions confirme l'idée que le développement du commerce électronique se réalise, pour l'instant, en dehors de la mise en œuvre des contraintes comportées par la réforme issue de la loi

du 13 mars 2000. Ce développement intéresse, il est vrai, exclusivement ou presque, des contrats échappant au régime de la preuve littérale soit par le biais de leur taux les exclut de l'emprise, car il se fait par la voie des contrats de consommation conclus sur des sites marchands²⁵, soit par le biais de leur nature, car ils sont des contrats commerciaux notamment conclus entre opérateurs de circuits de distribution²⁶.

En dehors de tels cas, la complexité du système découlant de la transposition de la directive 1999/93 semble, en France, mais aussi dans l'Union européenne, être un facteur dissuasif du recours à l'écrit électronique. Face à ce qui paraît être un effet contreproductif de la réforme du droit de la preuve des actes sous seing privé, la doctrine²⁷ a même proposé, pour libéraliser le système et produire le succès général de l'écrit électronique, que la jurisprudence s'évade des conditions légales. A la vérité, une telle rébellion contre la loi est trop redoutable dans ses signifiants sociaux et politiques pour être vraiment souhaitée. Il serait peut-être plus raisonnable que le législateur intervienne pour faire acte d'abandon d'un projet démesuré et, puisque la pratique semble s'en accommoder, s'alléger d'une présomption de preuve impossible à mettre en œuvre dans le champ des actes sous seing privé. En contrepartie, la protection des parties à l'acte électronique pourrait être repensée en termes d'obligation pour les professionnels du commerce électronique de délivrer une information précise sur les risques de la preuve propres à cette modalité de conclusion des contrats. Il faudrait aussi se préoccuper de procurer une information sérieuse sur les valeurs ajoutées que pourrait représenter l'intervention de tiers de confiance au stade de l'établissement ou de la conservation de l'écrit électronique et encore réaliser une clarification des conditions dans lesquelles pourrait jouer une convention de preuve²⁸ visant à abstraire une relation contractuelle du système de la preuve littérale.

²⁴ Essentiellement, Cass. civ., 2^e civ., 25 juin 2009, P. n° 08-12248, non publié ; Cass. 2^e civ., 4 déc. 2008, Bull. civ., n° 259, rendu au visa des articles 1334, 1348 et 1316-1 du code civil, II ; Cass. 1^{er} civ., 13 mars 2008, Bull. civ., I, n° 73, JCP G 2008, II, 10081, obs. E. PUTMAN ; Defrénois 2008, art. 1346, obs. R. LIBCHABER. Pour une analyse précise de ces décisions sous notre angle de préoccupations, V. L'Acquis Communautaire. Le contrat électronique, préc., nn° 6.51.

²⁵ Soumis à des règles particulières du point de vue de leur processus de formation par les articles L. 121-16 et s. C. Consom.

²⁶ Soumis au principe de la liberté de la preuve par l'article 10-3 du Code du commerce.

²⁷ Explicitement, P. Y GAUTIER, et X. LINANT DE BELLEFONDS, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y rattachent, JCP G 2000, éd. G, I, 236 ; Implicitement, L. GRYNBAUM in obs. sous Cass. com., 4 oct. 2005, Com. com. électr. Mars 2006, pp. 35.

²⁸ Faute de temps, cette question n'a pu être développée, mais l'interprétation de l'article 1316-2, qui semble cristalliser la solution prétorienne antérieure validant les conventions de preuve, sous réserve des spécificités des contrats de consommation, appelle diverses nuances, sur lesquelles, L'Acquis Communautaire. Le contrat électronique, préc., nn° 6.49

La preuve et l'acte authentique électronique

M. Bernard REYNIS

Président honoraire du Conseil supérieur du notariat,
Ancien président du Conseil des notariats de l'Union européenne.

Historiquement, la directive de l'année 1999 exclut de son champ d'application les activités de notaires. J'ai demandé à l'époque à l'un des rédacteurs de cette directive à Bruxelles, la raison de notre exclusion, et il m'a été répondu simplement que la raison est qu'ils ne nous connaissaient pas et qu'ils ne savaient pas ce que nous faisons.

Mais, la France a transposé très vite en mars 2000 cette directive, et à l'occasion de cette transposition le sénat a adopté un amendement d'origine notariale, beaucoup le savent ici, alors qu'il n'était pas prévu que la transposition conduise à ce que l'authenticité sur support électronique soit prévue dans la loi française. Pourtant, l'acte authentique est la reine des preuves.

La loi du 13 mars 2000 est venue apporter au Code civil quelques ajouts fort utiles pour le notariat.

D'abord, dans l'article 1316-1 qui est l'élément de base, « *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve, au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane, et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».

Ensuite, l'article 1316-4 est très important pour le notariat, puisqu'il stipule que « *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte* ».

Donc, la signature du notaire est celle qui confère l'authenticité, et au plan électronique ceci a son importance.

Enfin, l'article 1317 du Code civil dit que « *L'acte authentique est celui qui a été reçu par officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises* ».

Mais, concernant l'acte électronique, l'article 1317 s'est vu doté par la loi du 13 mars 2000 d'un deuxième alinéa qui précise qu'il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

La loi Confiance dans l'Économie Numérique du 21 juin 2004 est venue rajouter au Code civil l'article 1108-1. En effet, si l'article 1316-1 prévoyait la possibilité d'établir des écrits électroniques *ad probationem*, l'article 1108-1 en a permis l'utilisation lorsqu'un écrit est exigé *ad validitatem*.

« *Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues, ... lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.*

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

Ce deuxième alinéa reste très théorique, aussi concernant les actes authentiques, nous essayons aujourd'hui de trouver les solutions pratiques pour le respecter. Le problème des mentions manuscrites est un problème qui a toujours fait couler beaucoup d'encre - sur papier - et qui suscite beaucoup de réflexions.

Nous, notaires, croyons, que c'est dans l'univers numérique que les échanges économiques vont se développer au XXI^e siècle. Il fallait donc que nous y soyons absolument présents pour offrir à nos clients et à nos concitoyens, comme aux entreprises, la reine des preuves qu'est l'acte authentique, sur support électronique.

La dualité du support électronique ou papier ne devant pas affecter la notion d'authenticité. Ceci a été d'autant plus important que nous utilisons depuis de nombreuses années, le support électronique comme moyen d'élaboration et de rédaction contractuelle.

Une loi datant de l'année 2000, une autre de l'année 2004, des décrets et des arrêtés ont été élaborés qu'avant même que cet acte sur support électronique soit concrètement élaboré, il fallait au surplus attendre un décret en Conseil d'État que la loi prévoyait pour fixer les modalités de l'établissement de cet acte et de sa conservation. Donc, tout était à inventer, à créer.

**Nous, notaires,
croyons, que c'est dans
l'univers numérique
que les échanges
économiques
vont se développer
au XXI^e siècle.**

Nous sommes au moins deux à cette tribune à avoir réfléchi et à avoir imaginé ce que pouvait être ce décret, qui a finalement été signé le 10 août 2005. Ce décret contient les modalités d'établissement et de conservation des actes sur support électronique. Tout était à construire en respectant les prescriptions du décret. Ce nouveau texte reprend l'ancien décret de 1971 sur les actes notariés qu'il adapte à l'ère numérique d'autant plus que l'article 7 du décret du 26 novembre 1971 disposait que « *Les actes des notaires sont établis de façon lisible et indélébile sur un papier, offrant toute garantie de conservation* ».

Je rappelle à ceux qui sont allés à Abou Simbel qu'ils ont pu remarquer à l'entrée du temple le contrat de mariage de Ramsès II qui est rédigé sur une pierre ! Depuis longtemps nous ne gravons plus les actes notariés sur des pierres, ni sur les tablettes de ciré comme du temps de l'Empire romain.

Souvenons-nous également qu'au début du XX^e siècle lorsqu'un premier acte notarié a été établi sur un papier, mais dactylographié, il a été rejeté par les autorités publiques, et il a fallu une décision judiciaire pour que les notaires puissent utiliser des machines à écrire pour dresser leurs actes authentiques.

L'article 16 du décret du 10 août 2005 précise qu'au niveau des offices de notaire, un système de traitement et de transmission de l'information est agréé par le Conseil supérieur du notariat, il est interopérable avec ceux des autres notaires et avec les fichiers publics que les actes notariés alimentent.

Cela nécessitait donc de la part de nos Sociétés de Services en Informatique (SSII) qu'elles travaillent de concert avec la profession pour adapter leurs logiciels de rédaction d'actes, ce qu'elles ont fait en collaboration avec l'ADSN, l'Association pour le développement du service notarial qui gère le réseau Intranet sécurisé des notaires de France (Réal), et la signature électronique du notariat qui n'était pas encore sécurisée.

M^{me} PENNEAU a évoqué ces aspects liés à la signature électronique avancée, c'est-à-dire le plus haut degré de sécurité des signatures électroniques, et nous sommes assez fiers que la profession notariale ait su gérer la création de sa signature électronique avancée, ce qui a nous été reconnu en 2006.

Nous sommes en France les deuxièmes, après la Banque de France, et en Europe nous sommes la première profession à l'avoir fait, puisqu'à la différence de la Banque de France nous avons tout fait en interne, avec les services de la profession, à partir d'un outil de signature électronique qui existait déjà, que nous avons amélioré pour aboutir à cette signature électronique avancée.

Nous avons donc un système de traitement de l'information dans les offices qui puisse être agréé par le CSN, un système de transmission de l'information, à savoir le réseau Intranet sécurisé REAL des notaires de France qui est géré par l'ADSN. Une fois la signature électronique avancée et qualifiée, il nous fallait un Minutier central.

Jé relis ce que disait M. Dominique PERBEN, alors Garde des Sceaux, au congrès des notaires de France à Deauville en 2003 : « *Un aspect essentiel de l'acte notarié est sa conservation. La minute de l'acte authentique, conservé pendant 100 ans dans l'office notarial, confère aux parties une sécurité et un confort irremplaçable que ne peut offrir un autre acte professionnel* ».

L'article 1^{er} de l'ordonnance de novembre 1945 confère aux notaires l'obligation de conserver le dépôt de leurs actes jusqu'à leur versement aux archives publiques.

Donc, une des questions les plus difficiles à résoudre a été celle de savoir déjà en interne, au niveau de la profession si nous pouvions confier à chaque office notarial le soin de conserver ses propres actes sur support électronique ou si les aspects techniques étaient si complexes qu'il était préférable de confier à une autorité unique, celle de la profession, qui en avait la responsabilité d'après les textes, le soin d'établir un Minutier central.

Ce choix a été fait, et il est un choix très sûr, parce que les technologies évoluent et que l'on ne pouvait pas laisser chaque notaire, juriste, mais non technicien de l'informatique, dépendre, pour la conservation de ses actes, des « sirènes » du marché. La conservation centralisée, sous le contrôle des autorités de la profession est un gage de pérennité, donc de sécurité.

L'acte signé le 28 octobre 2008, est le premier acte authentique sur support électronique, les deux premiers actes ont été signés dans cette salle. Le premier était une sorte de plaque inaugurale que j'ai reçu aux minutes de mon office sur support électronique, conservé au Minutier central, signé par le Garde des Sceaux de l'époque, M^{me} Rachida DATI, et par M. Éric BESSON, qui était alors Secrétaire d'Etat aux Technologies de l'Information et de la Communication.

En revanche, immédiatement après, un de mes confrères a reçu une vente immobilière avec les deux parties présentes, le vendeur et l'acheteur, et cet acte a été immédiatement télétransmis au fichier immobilier par la procédure Tél@cte.

Nous avons aussitôt mis en place un système qui est reconnu aujourd'hui comme parfaitement sécurisé et fonctionnel. Nous avons limité à quelques offices le soin d'être des pilotes, ils ont déjà établi depuis le 28 octobre

2008, près de 500 actes sur support électronique.

Ce chiffre est minime, mais notre prudence, naturelle à nous notaires, fait que nous attendons d'être rassurés qu'il n'y a aucun bug, et que tout fonctionne parfaitement pour pouvoir diffuser dans l'ensemble de la profession ces moyens et une mise en route définitive. Ceci sera fait en mai 2010.

À partir de cette date, la plupart des offices de France pourront établir des actes sur support électronique, et même à terme, des actes à distance.

L'authenticité sur support électronique inquiète certains. J'étais à Bruxelles vendredi dernier au Conseil des notariats de l'Union européenne, et le président du notariat autrichien m'a dit que l'acte à distance signifiait la mort du notariat ! Au contraire, je crois qu'il s'agit d'une rénovation pour le notariat.

Aujourd'hui, il faut abolir les distances, mais ceci ne veut pas dire abolir la sécurité qu'offre le notaire ni son conseil. Or, nous utilisons de plus en plus de procurations, parce que nos clients ne veulent pas se déplacer, ils ne veulent pas aller par exemple à Marseille pour signer une promesse de vente, car ils ont d'autres activités à faire.

Alors qu'avec l'acte électronique à distance nous aurons un notaire présent à chaque bout de la chaîne. Nous aurons donc la possibilité que le conseil soit donné aux clients, avant que son consentement ne puisse être recueilli en présence simultanée des notaires et des parties.

Nous avons déjà imaginé les modalités pratiques de cette deuxième phase de la réalisation de l'acte sur support électronique, elle est techniquement compliquée, mais je crois que cette phase est essentielle.

Le Minutier central est une réalité qui possède toutes les sécurités nécessaires, et je regrette, comme le P^r PENNEAU, que si les autorités de certification existent, il n'ait pas encore été mis en place des autorités d'horodatage ni des autorités d'archivage, car je crois que nous ne sommes pas allés jusqu'au bout de la logique, pour que l'écrit

électronique puisse être totalement sécurisé, même s'il l'est aujourd'hui peut-être souvent plus que le papier.

Il faut aller au-delà de la seule signature, et imaginer ces autorités d'archivage et d'horodatage. Mais, les pouvoirs publics ne veulent pas prendre cette responsabilité, parce qu'ils en sont techniquement et financièrement incapables.

Donc, il revient à des autorités privées, comme celles du Conseil supérieur du notariat, pour les actes authentiques sur support électronique, d'assumer cette responsabilité, ce que nous avons décidé de faire.

Les actes notariés ne sont pas faits pour rester archivés dans les offices ou au Minutier central. Ils sont faits pour circuler, l'écrit est destiné à circuler.

*Aujourd'hui, il faut
abolir les distances,
mais ceci ne veut
pas dire abolir
la sécurité qu'offre
le notaire
ni son conseil.*

Quel acte est le mieux à même de circuler sur les réseaux sécurisés de la profession qui existent au plan européen, avec des serveurs de validation des signatures électroniques des notaires dans l'Union européenne, que l'acte authentique !

Le décret du 10 août 2005, prévoit que nous puissions transférer l'écrit d'un support à l'autre avec la même sécurité en termes de preuve, puisque le notaire peut aussi bien établir un acte papier et établir ensuite une copie électronique qu'il peut transmettre et inversement, délivrer une copie papier d'un acte électronique, puisque la signature et le sceau du notaire en attesteront toujours l'authenticité quel qu'en soit le support.

Un projet de règlement européen est en cours sur les successions, il prévoit l'établissement d'un certificat successoral européen permettant de constater la dévolution d'une succession transfrontalière. À mon avis, il sera le type même des actes authentiques qui circuleront ainsi de manière dématérialisée, donc rapidement et en toute sécurité à travers l'Europe, pour la plus grande satisfaction des citoyens européens.

LA PREUVE DE LA CREANCE

Félix ONANA ETOUNDI

Magistrat ; Docteur d'Etat en Droit des Affaires ; Expert Juridique International spécialisé en Droit OHADA ;
Formateur à l'ERSUMA ; Assistant Juriste à la CCJA de l'OHADA

INTRODUCTION

Il ne suffit pas d'être titulaire d'un droit de créance. Encore convient-il souvent d'être en mesure de le prouver. A défaut d'administrer cette preuve, le créancier reste dans la même situation que si son droit n'existait pas (*Idem est non esse aut non probari*). On comprend dès lors l'importance du droit de la preuve en matière contractuelle où bien des litiges se résument en une bataille pure et simple de preuves entre le créancier et son débiteur. Dans l'espace OHADA, le Traité de Port Louis relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires n'avait pas inclus le droit de la preuve dans les huit matières traditionnelles à harmoniser telles que prévues à l'article 2 du Traité.

Mais à sa réunion tenue à Bangui (Centrafrique) en mars 2001, le Conseil des Ministres de l'OHADA avait décidé que le programme d'harmonisation inclurait également « le droit de la preuve », initialement destiné à faire l'objet d'un Acte uniforme distinct. Mais, à sa réunion tenue à Niamey au NIGER les 26 et 27 juillet 2007, le Conseil des Ministres de l'OHADA a décidé de fusionner, dans un but de rationalité, les Projets d'Actes uniformes relatifs au droit des contrats et au droit de la preuve.

A côté de ce Projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats et de la preuve, certains Actes uniformes déjà adoptés contiennent des dispositions relatives à la preuve des obligations résultant de certains contrats.

De cet arsenal juridique actuellement disponible dans l'espace OHADA, il apparaît que si la liberté de la preuve tend à devenir la règle (I), l'écrit reste une exigence d'importance considérable en matière de preuve du droit de créance (II).

I. LA LIBERTE DE PREUVE DE LA CREANCE, TENDANCE VERS UNE REGLE DE PRINCIPE

L'Avant Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats rédigé par le Pr. Marcel FONTAINE sur la base des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du Commerce International et actuellement en étude dans les Commissions nationales, ne s'est pas initialement prononcé sur la question de la preuve. En effet, l'article 1/3.2 de ce texte dispose que « les questions de preuve sont régies par les dispositions qui les concernent ». Mais, le droit de la preuve devant désormais être traité dans le même texte que celui des contrats, quelles sont les règles qui devraient gouverner la preuve dans un Acte uniforme fusionnant le droit des contrats et le droit de la preuve ?

En partageant le point de vue du Pr. Marcel FONTAINE lorsqu'il indique que l'élaboration du futur Acte uniforme soit attentive à « la bonne articulation » avec certains Actes uniformes comportant déjà des dispositions relatives à la forme et à la preuve de certains contrats¹, il s'induit que la liberté probatoire soit la règle affirmée dans le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats (A), et qu'il s'agisse d'un principe déjà affirmé à travers un certain nombre de contrats dans les Actes uniformes existants (B).

A. La liberté de preuve de la créance, principe affirmé dans le droit des contrats et de la preuve en cours d'harmonisation dans l'espace OHADA

Dans la mesure où l'Avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats retient le principe de la liberté de la forme du contrat, cela implique logiquement que le droit de la preuve traité dans un même texte admette la preuve orale ou la preuve testimoniale comme principe en droit général des contrats.

¹ Commentaire de l'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats p.30

Il s'agira pour le législateur OHADA de reprendre la solution consacrée à l'article 1.2 des Principes d'UNIDROIT qui dispose que « le contrat peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ».

Si la liberté de la preuve ainsi préconisée dans le projet d'Acte uniforme est finalement consacrée, elle incarnerait l'idée que préconisait déjà le Doyen Stanislas MELONE que dans la perspective d'une modernisation du droit des contrats en Afrique, l'on puisse repenser le système de preuve en enlevant à l'écrit le rôle prépondérant qu'il joue dans la preuve des obligations. Insistant notamment sur l'importance donnée à la parole et au geste dans la formation du contrat au sein d'une société caractérisée par l'analphabétisme, l'Universitaire concluait à une nécessaire régression du formalisme dans la preuve des obligations contractuelles en Afrique. En laissant la preuve des obligations libre, le futur Acte uniforme OHADA organiserait cette régression du formalisme voulue et justifiée par l'éminent juriste.

Elle ne poserait aucun problème de coordination ou d'articulation avec les dispositions des Actes uniformes existants ayant déjà consacré des solutions très libérales s'agissant de la preuve de certains contrats.

B. La liberté probatoire de la créance, règle admise dans certains contrats des Actes uniformes existants

Il s'agit notamment :

- du contrat de vente commerciale qui « peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoin, en l'absence d'un écrit » (article 208 de l'Acte uniforme portant Droit commercial général). Il s'agit là d'une liberté probatoire inspirée de l'article 11 § 2 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises affirmée en de termes identiques : « le contrat peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ».
- du contrat de mandat qui « en l'absence d'un écrit, peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoin » (article 144 § 2 de l'Acte uniforme portant Droit commercial général).
- du contrat de bail commercial à durée indéterminée qui peut être prouvé par tous moyens, « à défaut d'écrit ou de terme fixé » (article 72 de l'Acte uniforme portant Droit commercial général).

Pour autant que la liberté de la preuve tende à constituer le principe dans le futur droit OHADA des contrats et de la preuve, l'écrit restera d'actualité même de façon exceptionnelle, comme mode de preuve de certains contrats prévus dans différents Actes uniformes.

II. L'EXIGENCE D'UN ECRIT, MODE DE PREUVE OBLIGATOIRE POUR LES CREANCES RESULTANT DE CERTAINS CONTRATS

Si la tendance dans l'espace OHADA est que le contrat puisse être prouvé par « tous moyens, y compris par témoins », cette solution libérale qui vise à enlever à l'écrit le rôle prépondérant qu'il joue jusque-là dans la preuve des obligations contractuelles, ne l'exclut cependant pas comme mode de preuve. Bien au contraire, l'écrit continue d'être une exigence de preuve

pour certains contrats civils prévus dans les Actes uniformes (A), tout comme il continue à jouer un rôle important même dans les contrats commerciaux qui admettent une sorte de liberté probatoire (B).

A. L'écrit, un mode de preuve obligatoire de l'existence de certains contrats civils

Le législateur OHADA subordonne dans plusieurs Actes uniformes déjà adoptés, la validité de certains contrats et leur existence même à la rédaction d'un écrit, soit sous seing privé, soit authentique. Pour ces contrats civils en général qui requièrent déjà un minimum de formalisme, l'écrit sera exceptionnellement dans le futur Acte uniforme sur le droit de la preuve le seul mode de preuve. On rappellera qu'il s'agit :

1. Du cautionnement dont l'écrit est une condition de constitution à peine de nullité (article 4 de l'Acte uniforme sur les sûretés).
2. Du gage dont l'opposabilité aux tiers est subordonnée à la constatation par un écrit dûment enregistré (article 49 de l'Acte uniforme sur les sûretés).
3. Du nantissement, qu'il soit conventionnel ou judiciaire, dont la constitution est subordonnée à l'existence d'un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré (articles 65 et suivants de l'Acte uniforme sur les sûretés).
4. De l'hypothèque conventionnelle qui doit être consentie par un écrit constaté par acte authentique ou sous seing privé (article 128 de l'Acte uniforme sur les sûretés).

repenser le système de preuve en enlevant à l'écrit le rôle prépondérant qu'il joue dans la preuve des obligations

B. L'écrit, un rôle important de précision même dans les contrats commerciaux qui admettent une sorte de liberté probatoire

Même s'agissant des contrats commerciaux qui admettent une sorte de liberté probatoire dans les Actes uniformes déjà consacrés, le recours à la preuve orale ou à la preuve testimoniale est visé « à défaut ou en l'absence d'un écrit » (articles 208, 144 § 2 et 72 de l'Acte uniforme portant Droit commercial Général relativement à la vente commerciale, au mandat et au bail commercial).

Ce qui signifie que tout en libéralisant la preuve, le législateur OHADA reconnaît implicitement que l'écrit l'emporte en précision sur tout autre mode d'expression, soit parce qu'il s'avère utile en général que les obligations des parties soient exactement précisées, soit parce qu'il est utile que l'écrit attire l'attention des tiers à qui le contrat est susceptible d'être opposé.

Il conviendrait d'ajouter qu'il s'agisse des créances civiles ou commerciales, l'écrit reste le mode idéal de la preuve de la créance. C'est ainsi qu'on dira que la créance résultant

d'un titre exécutoire résulte d'un mode de preuve par excellence, le titre exécutoire établissant d'office la preuve de la certitude de la créance, de sa liquidité et de son exigibilité (article 33 de l'Acte uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et Voies d'Exécution).

CONCLUSION

Dans l'espace OHADA, le droit de la preuve reste globalement calqué sur le système du code civil qui confère à l'écrit un rôle prépondérant dans la preuve des obligations. Mais, la liberté probatoire est la solution certaine vers laquelle tend le futur droit OHADA des contrats et de la preuve en cours d'harmonisation. Un minimum de formalisme déjà consacré dans certains contrats des Actes uniforme existants sera cependant toujours nécessaire. Tout comme l'écrit continuera à jouer un rôle primordial tout au moins dans la précision, par rapport à tout autre mode de preuve.

LA PREUVE NOTARIEE DANS L'ESPACE OHADA

ABDOULAYE HARISSOU,

Notaire à MAROUA (CAMEROUN)

Conseiller Général et Président honoraire de la Commission des Affaires Africaines du Notariat International (C.A.A.F. - U.I.N.)

Dans l'espace OHADA, les règles et les dispositions qui régissent le droit de la preuve sont celles se trouvant dans les différents Codes Civils des Etats Parties, héritiers de l'ancien Code Civil Français depuis la colonisation.

Il ressort des différents modes de preuves prévus par ces Codes que l'acte notarié occupe une place de choix.

L'OHADA ayant mis un accent particulier sur la sécurité juridique des transactions et des investissements, a confirmé cette place de manière parcellaire puisqu'elle n'est prépondérante que dans quelques actes uniformes, notamment, ceux relatifs aux Sociétés Commerciales et au Groupement d'Intérêts Economiques (G.I.E.) et aux Sûretés.

Ce qui n'est pas étonnant puisque le législateur OHADA, poussé par le vent et la mode du libéralisme et guidé par le souci de modernisation, a été influencé par les théoriciens de la liberté contractuelle et du consensualisme contre le formalisme qui, à l'ère de la mondialisation, est perçu comme un frein pour le développement des affaires qui exigent simplicité et célérité. Une vision simpliste et étroite du droit, démentie par les crises économiques et financières qui ont ébranlé le monde des affaires et qui sont encore d'actualité.

Pour aborder ce sujet de « la preuve notariée dans l'espace OHADA », je voudrais d'abord survoler les différents formes et moyens de preuve légaux, reconnus par les actes uniformes OHADA (I), pour ensuite revenir à la preuve notariée afin de démontrer sa supériorité sur les autres moyens de preuve même écrits (II) et enfin poser la question de savoir si ces dispositions juridiques qui régissent la preuve en droit OHADA sont adaptées au contexte juridique de l'espace OHADA et si elles permettent de répondre aux impératifs sociaux de sécurité juridique et judiciaire des Etats-Parties (III).

I – LES DIFFERENTS MOYENS DE PREUVE DANS LE DROIT OHADA

Les moyens de preuve légaux sont : le témoignage, l'aveu, la présomption, le serment et l'écrit.

Nous les subdiviserons en deux (2) parties, les premières que nous appellerons les preuves consensuelles et les secondes, les preuves formelles qui sont les preuves par écrit.

A – Les preuves consensuelles

Avant de les aborder, nous aurions dû faire allusion en quelques mots à la notion de consensualisme. Mais, d'autres intervenants plus compétents et avisés, en l'occurrence le Pr GRIMALDI en ont longuement parlé.

Nous ferons simplement remarquer que certains actes uniformes ont érigé en principe la liberté de la preuve.

Dans presque tous les actes uniformes, il est donné aux parties en cause, la possibilité d'administrer la preuve par tous les moyens et les actes juridiques ne sont, pour la plupart, soumis à une condition de validité relative à la forme.

Exemple : Cf. Article 5 Acte Uniforme portant Droit Commercial Général (A.U.D.C.G.). En matière commerciale, « les actes de commerce peuvent se prouver par tous les moyens » - Article 144 al 2 A.U.D.C.G. sur le mandat qui est pourtant très important et source récurrente de litiges, Articles 208 al 2 A.U.D.C.G. en matière de vente commerciale – Articles 71 et 72 A.U.D.C.G. qui consacrent ici une véritable présomption légale.

B – Les preuves formelles

Nous ne redéfinirons pas non plus le formalisme puisque d'autres intervenants l'ont fait avant nous et de manière très satisfaisante.

Nous ferons tout simplement remarquer que certains actes uniformes OHADA, notamment, l'Acte uniforme portant sur l'organisation des Sûretés et celui au Droit des Sociétés Commerciales et G.I.E., exigent l'écrit.

Voici quelques exemples :

- Contrats civils Article 4 AUS sur le cautionnement et sur le gage - Article 117 du même texte sur l'hypothèque « la reine des sûretés »,

- les actes de Société de l'Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUSC et G.I.E.) et leur publicité.

C – La preuve électronique

Cette problématique a été largement abordée et explicitée par mes prédécesseurs à cette tribune, notamment mon excellent confrère Bernard REYNIS et le Pr Anne PENNEAU.

Je me bornerai à indiquer que les actes uniformes admettent par exemple la preuve par le télex et la télécopie.

D – La preuve par acte sous seing privé

Bien que largement admis dans les différents actes uniformes, l'acte sous seing privé présente des limites certaines et débouche sur de très nombreux litiges.

II – L'ACTE AUTHENTIQUE NOTARIE COMME MOYEN DE PREUVE SUPREME DANS L'ESPACE OHADA

A – De par sa réalisation

En amont, pendant la préparation et l'élaboration de l'acte ainsi que pendant sa rédaction, le Notaire, juriste chevronné et impartial, Magistrat du non-contentieux, Officier Public à qui l'Etat a légué une parcelle de ses pouvoirs, consolide la preuve par l'identification des parties et des biens, la vérification préalable des qualités, capacités des parties, le respect des conditions légales et morales de fond et de forme, la confirmation du consentement indiscutable des parties par l'apposition de leurs signatures, la consignation de l'objet du contrat et des obligations qui en découlent.

B – De par ses caractéristiques liées à la fonction du notaire

- * force probante
- * force exécutoire
- * date certaine
- * conservation des minutes

III – LE NECESSAIRE REAMENAGEMENT DU DROIT DE LA PREUVE DANS L'ESPACE OHADA

Au contact de la réalité, après 11 ans d'existence de l'espace OHADA, nous pouvons constater que, plusieurs dispositions de certains actes uniformes ne sont pas adaptées et que le consensualisme qui consacre le principe de la liberté probatoire ne sied pas toujours au monde des affaires de l'espace OHADA, composé de

commerçants et d'hommes d'affaires peu ou pas lettrés du tout.

A – La liberté contractuelle : efficace dans les affaires mais insuffisante pour la sécurité juridique dans l'espace OHADA

1°) – Simplicité, rapidité dans les relations contractuelles, fluidité dans les affaires, possibilité de conclusion des contrats à distance.

2°) – Insuffisante pour la sécurité juridique.

* Engagement léger des parties contractantes avec risque des vices de forme, de dol. Dangereux dans l'espace OHADA miné par la corruption.

* Conflit entre le mode de preuve (serment, témoignage) du droit traditionnel et le droit moderne écrit. Par exemple : la femme considérée comme incapable doit être assistée.

– Nécessaire adaptation du droit de la preuve

1°) – **Harmonisation des règles de consensualisme et de formalisme**

* Simplification et rapidité des procédures, baisse des coûts et des tarifs de certains actes.

* Modernisation du droit traditionnel en y extirpant toutes les injustices et tout ce qui est anti-républicain, illégal et immoral ou en contradiction avec les règles et traités internationaux.

2°) – **Intensification du rôle d'instituteurs du droit des utilisateurs du droit OHADA.**

* Protection et encadrement des commerçants et hommes d'affaires Africain du droit OHADA.

* Instauration d'une synergie entre les forces vives de l'OHADA à l'exemple de « CERCLE HORIZON ».

* Intensification de la recherche en droit OHADA et formation des professionnels du droit OHADA.

Merci de votre attention.

Bruno GIORGIANNI

Représentant de S. GENTILI, Président du Forum Francophone des Affaires

Le président du FFA, M. Stève GENTILI, m'a demandé de bien vouloir l'excuser pour son absence. Il aurait souhaité participer à la clôture des travaux.

Le Forum francophone des affaires est un réseau mondial d'entreprises, il a été créé en 1987, lors du sommet des chefs d'États et de gouvernements francophones. Il est la seule organisation économique reconnue par le sommet.

Il fédère depuis plus de 20 ans des centaines d'entreprises à travers l'espace francophone. Par son action, tout un maillage de l'espace économique francophone s'est ainsi mis en place, afin de favoriser les relations commerciales entre les entreprises de pays qui ont le français en partage.

Nous nous réjouissons à ce titre de l'initiative du cercle Horizon Club OHADA Orléans et du Conseil supérieur du notariat d'avoir organisé ce colloque qui réunit de prestigieux intervenants pour traiter le sujet du droit de la preuve.

La matinée a été longue et studieuse si j'en juge à la fois par la richesse des thèmes évoqués et la nature des interventions auxquelles j'ai pu assister. Mais, je crains aussi de ne pas disposer, en tant qu'homme d'entreprise, du minimum de qualité juridique requise pour intervenir avec pertinence.

D'abord, je porte sur ces travaux un regard d'homme d'entreprise. L'espace francophone dans son ensemble est spécifiquement celui de la zone OHADA, il dispose d'un formidable potentiel de croissance économique, encore en grande partie sous-exploité.

Cette croissance économique sera d'autant plus forte que les entreprises, ou les investisseurs institutionnels auront la garantie de pouvoir bénéficier, dans cet espace, d'un environnement juridique stable et homogène.

L'approche régionale adoptée depuis plus de 15 ans par les pays qui composent cet espace OHADA, me semble en tant qu'industriel, essentielle, à l'heure où la structuration régionale se renforce.

La valorisation du potentiel économique de l'espace francophone, passera par l'accélération de son intégration dans l'économie mondiale. Cette intégration sera d'autant plus réussie que les efforts auront été faits pour favoriser la construction de sous-ensembles régionaux homogènes bénéficiant de règles communes qu'ils pourront faire

valoir pour attirer les investisseurs internationaux et les industriels.

À cette logique a répondu la création de l'OHADA. Cette volonté d'harmonisation du droit des affaires à cette échelle constitue un signal fort, adressé aux investisseurs et aux industriels, et à titre personnel je m'en réjouis.

La capacité d'attraction par l'économie d'un pays de ces capitaux est vitale pour assurer une croissance soutenue de l'activité économique.

Si l'environnement politique et juridique s'y prête, l'espace OHADA dispose de beaucoup d'atouts, pour devenir le réceptacle d'importants investissements de délocalisation, qui ont assuré ces dernières années une part essentielle de la croissance des pays d'Asie et d'Amérique du Sud.

L'efficacité en Amérique du Sud du MERCOSUL, le rôle prépondérant joué par cette organisation régionale dans

l'harmonisation des législations fiscales, commerciales et douanières entre le Brésil, l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay, et l'impact réel sur le renforcement des échanges et des interdépendances entre les économies des États membres, illustre tout l'avantage tiré par ces pays de la constitution de ce sous-ensemble régional intégré. Il montre que ce schéma a du sens.

Le FFA au nom des industriels qui le composent se félicite donc de l'initiative de ce colloque, et se réjouit de voir que les efforts d'harmonisation se renforcent et portent aussi sur le thème de la preuve qui est une question pour le moins sensible en cas de litige. Selon Oscar WILDE, « *Tout se prouve, même ce qui est vrai* », ce qui n'est pas toujours très rassurant pour les industriels.

L'espace OHADA constitue une zone à fort potentiel de croissance, encore en partie sous-exploité. Il faut saluer alors toutes les initiatives comme celle d'aujourd'hui, qui peuvent concourir à mieux faire connaître cette volonté d'harmonisation du droit au plan régional, qui est le terreau indispensable à l'instauration d'un climat de confiance nécessaire pour attirer les investisseurs. En effet, les entreprises multinationales auront toujours tendance à choisir pour leurs investissements les pays, où le calcul du risque leur sera le plus favorable.

En tant qu'industriel, je ne peux que vous inciter à aller de l'avant dans ce sens, et je vous remercie.

Cette volonté d'harmonisation du droit des affaires à cette échelle constitue un signal fort, adressé aux investisseurs et aux industriels.

*M. Stéphane GÖMPERTZ**Directeur Afrique et Océan indien au ministère des Affaires étrangères et européennes*

Bien que je n'ai assisté qu'à une partie de la discussion, je me sens beaucoup plus instruit et beaucoup plus intelligent que lorsque je suis arrivé.

Je suis totalement profane en la matière, mais en règle générale, sauf quelques exceptions, les diplomates ne connaissent pas grand-chose au droit civil. Donc, veuillez pardonner les propos assez frustes que je vais vous donner.

J'ai retenu **quatre points**.

Le premier est que le sujet de la preuve est essentiel, non seulement en droit des affaires, mais aussi ailleurs. Dans ma vie de diplomate consacrée à l'Afrique, je m'en rends compte tous les jours.

Vous êtes au courant de tous les conflits d'interprétations qui existent actuellement sur la question de la nationalité. Ceci est le cas en Côte d'Ivoire, où de nouvelles controverses se sont faites sur la liste électorale et sur la composition de la liste électorale. Nous savons que cette nouvelle mise en cause risque de retarder une fois de plus les élections.

Également, au Togo un des candidats à la présidentielle a été écarté, parce que selon la Cour Constitutionnelle, il ne présentait pas toutes les preuves de sa nationalité. En l'occurrence, il avait deux papiers : il était togolais dans l'un et français dans l'autre qui donnait une date de naissance différente.

Nous retrouvons aussi cette situation dans des conditions même plus dramatique. Par exemple entre la RDC et l'Angola, les deux pays ont procédé à des expulsions réciproques de population importante au motif que ces populations ne satisfaisaient pas aux critères de nationalité.

Quand nous voyons tous ces exemples, dont certains concernent des groupes importants et peuvent avoir des conséquences humaines tragiques, nous nous disons que le travail qui est fait par les civilistes en matière de preuve pourrait utilement être étendu à

d'autres domaines, notamment dans le domaine constitutionnel et dans le domaine de la nationalité, afin qu'à l'avenir nous évitions ce genre de situations, soit individuelles, soit collectives, et que nous ayons des éléments tangibles sur lesquels nous fonder pour pouvoir résoudre pacifiquement et juridiquement les conflits d'interprétation.

Le deuxième point est relatif à la coexistence d'un secteur coutumier et d'un secteur codifié. Précédemment, le P^r KENFACK et le président HARISSOU l'ont dit.

Dans notre vie diplomatique, nous faisons souvent cette constatation. Face aux conflits, nous hésitons entre l'approche contemporaine et européenne, voire occidentale, et l'approche coutumière.

En fait, l'expérience prouve que très souvent il faut concilier les deux, il faut savoir s'adapter aux situations. Dans certains cas, il faut faire appel aux textes et au droit tel que nous le pratiquons. Dans d'autres cas, il est préférable de faire appel au droit coutumier, car il est celui que les personnes connaissent et pratiquent.

Je pense qu'une conciliation est à faire tous les jours, mais elle n'est pas évidente.

*nous disons
que le travail qui est
fait par les civilistes
en matière de preuve
pourrait utilement
être étendu à d'autres
domaines,*

À travers **le troisième point**, je vais enfoncer des portes ouvertes. La codification à laquelle vous vous livrez, la mise en texte du droit et la mise en œuvre de ce droit sont essentielles pour les populations. Ces dernières ont besoin de sécurité juridique.

Dans un domaine, ceci est particulièrement évident, aussi bien en Afrique qu'en France, à savoir le foncier. Comment pouvons-nous créer une entreprise si nous ne sommes pas sûrs du terrain sur lequel nous allons construire cette entreprise ? Comment pouvons-nous embaucher des travailleurs et des salariés si nous risquons du jour au lendemain d'être expropriés de façon arbitraire ?

Ceci est vrai pour les populations qui n'ont pas spontanément un accès au droit, notamment parce

qu'elles n'ont pas l'éducation nécessaire. M. Barthélemy COUSIN a cité l'exemple des illettrés sénégalais, et ceci serait vrai aussi pour les illettrés français.

C'est également le cas pour les handicapés. Dans mon poste précédent, je n'étais pas dans un pays OHADA, j'ai servi en Éthiopie. Notre ambassade a soutenu un projet monté par Handicap international qui consistait à enseigner des rudiments du droit à des handicapés :

Il a créé un centre d'information et d'enseignement pour que les handicapés puissent faire prévaloir ou faire entendre leurs droits dans la vie quotidienne, notamment face à l'administration.

Le quatrième point est relatif aux besoins des entreprises. Ces dernières ont besoin d'un droit sûr.

Le sommet Afrique – France qui sera tenu à Nice à fin mai 2010 sera un sommet d'une nouvelle moulture. En ce sens, il inclura pour la première fois, non seulement les chefs d'État et le gouvernement, mais aussi les représentants et les dirigeants d'entreprises africaines et françaises.

Le thème général de ce sommet sera les attentes réciproques entre les États et les entreprises.

Qu'attendent les États des entreprises ? Responsabilité sociale, responsabilité environnementale et création d'emploi.

Qu'attendent les entreprises des États ? Naturellement au premier chef la sécurité juridique. Donc, un environnement juridique, fiscal, douanier qui est clair, intelligible et constant.

Après cette identification des principes, il faut entrer dans les détails. Je crois que le travail que vous, les professionnels, vous faites à travers l'OHADA est essentiel.

La common law donne souplesse et inventivité. En revanche, les contrats sont plus compliqués, et si nous arrivons à créer et à codifier des règles du jeu qui sont constantes et claires, cela peut servir à la fois aux entreprises et aux États.

Le but est bien d'attirer les entreprises pour qu'elles créent de la richesse et des emplois.

Je vous remercie et je vous encourage à poursuivre votre travail, non seulement dans la zone OHADA, mais aussi dans d'autres pays. Je pense en particulier aux pays non francophones d'Afrique où ce travail de codification juridique est aussi nécessaire.

LA PREUVE A L'ÉPREUVE - Notes conclusives du colloque

Achille NGWANZA

Doctorant Université Paris-Sud II, Secrétaire Général Cercle Horizon,
Coordonnateur scientifique du Colloque.

La clôture d'une matinée de réflexions aussi riches est un exercice particulièrement délicat. L'assistance ayant été éblouie par les éruditions des précédents intervenants, que dire sans tomber dans le piège de la paraphrase ou de la redondance ? Il suffit de rappeler l'intitulé des thèmes et leurs impétrants pour saisir la densité de ces travaux qui contribueront sans doute à une bonne intelligence du droit en Afrique. A ce titre, on ne peut que saluer la perspicacité des organisateurs, Cercle HORIZON (le Club OHADA d'Orléans) et le Conseil Supérieur du Notariat (CSN) ont su unir leurs énergies pour offrir un panel d'experts de haut niveau. L'adhésion du CSN à cette manifestation est l'expression de sa révérence au dédicataire de cette journée, Cercle Horizon ayant fait de la célébration d'une journée en mémoire de Kéba M'BAYE une date charnière de son calendrier annuel. Ceci dit, l'intérêt du CSN pour l'OHADA n'est pas compréhensible d'emblée, pourquoi organiser des analyses de droit comparé chez les notaires ?

Dans un cadre universitaire, la question ne se pose pas car le comparatisme y a acquis ses droits de cité², harmonisation européenne du droit oblige, il est en passe de devenir la matrice du droit des contrats au sein de l'Union européenne³. Toutefois, l'observation attentive de la pratique notariale révèle de régulières excursions sur les terres du droit comparé, divers éléments d'extranéité tels que la localisation extraterritoriale des biens ou la nationalité étrangère des parties imposent cette démarche⁴.

*Parler du droit
de la preuve dans
l'espace OHADA
c'est mettre
la sécurité
juridique africaine
à l'épreuve.*

En raison de l'appartenance de tous les pays de l'OHADA à la tradition romano-germanique⁵, le notaire doit se méfier des similitudes qui quelques fois ne sont que des faux-semblants. Il lui appartient d'aller au-delà des apparences pour saisir les nuances inhérentes à chaque ordre juridique. C'est dans cette optique qu'il faut comprendre la louable collaboration de Cercle Horizon et du Conseil Supérieur du Notariat.

Bien que les remarques précédentes aient le mérite d'expliquer la dynamique ayant guidé la préparation de ce colloque, elles ne donnent pas le fil d'Ariane qui a commandé sa subdivision bipartite. L'universalité du sujet de la preuve aurait pu justifier une approche différente, le curseur de l'analyse aurait alors été fixé sur quelques thèmes. La structure de ces travaux tient essentiellement à des préoccupations méthodologiques. Avant d'envisager la singularité des normes de l'espace OHADA, il était important de situer l'investigation dans un cadre général.

Conscient de la filiation du droit des pays de l'OHADA avec le système civiliste⁶, les organisateurs du présent colloque ont choisi de rechercher la spécificité de la législation africaine au sein de sa tradition juridique. Ainsi, parler du droit de la preuve dans l'espace OHADA c'est mettre la sécurité juridique africaine à l'épreuve, c'est-à-dire évaluer sa pertinence au regard des besoins des justiciables, et mesurer *in fine* son exportabilité.

¹ O. Wilde, *Le Portrait de Dorian Gray (1891)*, Préface.

² B. Fauvarque-Cosson, « L'enseignement du droit comparé », RIDC 2002-2, 293, tout en notant la reconnaissance de la discipline comparatiste par l'université française, plaide pour qu'on lui accorde une plus grande place en raison de son utilité pratique et théorique.

³ L'harmonisation du contrat en Union Européenne a pris une telle ampleur que l'avant-projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie française cite expressément son inspiration européenne. Pour aller plus loin sur ce texte, l'avant-projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats, colloque du 11 mai 2009 organisé au Sénat, *Revue de droit d'Assas* n°1, janvier 2010, 61-93.

⁴ J. Tarrade, « La pratique notariale en France et le droit comparé », RIDC 1994-3, 803.

⁵ Excepté la partie anglophone du Cameroun.

⁶ Le droit OHADA est d'inspiration plurielle, la forte dominance civiliste, l'influence de diverses conventions internationales et la coexistence de quelques normes justifiées par les réalités africaines font qu'il s'agit d'un droit mixte, voire d'un droit *sui generis*. Pour aller plus loin, sur la culture juridique des textes OHADA, lire M. Grimaldi, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », PA, 13 octobre 2004 n° 205, 30 ; G. Kenfack Douajni, « L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA », *Ohadata* D-07-32 ; G. Kenfack Douajni, « La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA », RDU 2008 - 1/2, 376 ; A. Ngwanza, « OHADA, entre adolescence et âge adulte : une crise existentielle ! », *Ohadata* D-08-46, *Penant* n° 866, 3.

Pour traiter le sujet de la prévisibilité normative en OHADA, il n'y avait pas meilleur concept que la preuve, pour le profane comme pour le juriste elle focalise l'attention tant lors des négociations contractuelles qu'en matière contentieuse. Pour autant, il ne s'agit point d'une notion simple à cerner, les intervenants l'ont bien compris en s'exonérant de quelque tentative d'affinement notionnel. On ne peut leur en faire grief, ils n'ont fait que suivre la célèbre mise en garde de Javonelus⁷ qui disait *omnis definitio in jure civili periculosa est*⁸. Toute approche contraire aurait conduit à restreindre le propos dans les limites d'une définition, or, la preuve s'accommode mal des frontières malgré tout le respect qu'elle a des singularités disciplinaires.

Partant de ce constat, il est pertinent d'affirmer la transversalité de la preuve en droit (I) tant les considérations générales de cette matinée ont démontré que le phénomène probatoire est au carrefour de l'analyse juridique. L'assertion qui précède n'est pas démentie par l'étude du droit positif de la preuve en OHADA, celui-ci se caractérise par son caractère pluriel (II).

I. LA TRANSVERSALITE DE LA PREUVE

La place cardinale de la preuve au sein de la science juridique se vérifie par le fait qu'elle contribue à la modernisation de cette dernière (B), situation facilitée par leur consubstantialité (A).

A. La consubstantialité de la preuve et du droit

Comme l'a rappelé Ph. Dupichot⁹, *idem est non esse aut non probari*, il revient au même qu'un droit n'existe pas ou qu'il ne soit pas prouvé. La maxime précitée révèle l'importance du phénomène probatoire, la recevabilité d'une action n'a de sens que si le juge

a la certitude de sa légitimité. Il en est de même de la sanction d'une infraction, la présomption d'innocence impose de vérifier la responsabilité de la personne poursuivie. Dans le cas contraire, les latins diront *in dubio pro reo*, le doute profite à l'accusé, sa culpabilité ne peut être admise que si des faits la corroborent¹⁰.

Ainsi, outre la coercition étatique généralement présentée comme la spécificité de la norme juridique, l'exigence de la preuve permet également de la discriminer des autres corpus de règles que sont la morale et la religion. D'après les normes éthiques ou religieuses, la faute existe du seul fait de la réalisation d'un acte illicite, pas besoin de recourir à quelque démonstration probatoire¹¹. A l'inverse, la sanction juridique est hypothétique, elle est tributaire de ce qui peut être démontré. Il en résulte que la vérité en droit ne se rapporte pas simplement aux faits mais également aux moyens susceptibles de les étayer. Dans cette lancée, le législateur français a érigé la preuve en principes directeurs du procès¹², approche reprise par nombre de ses homologues de l'espace OHADA¹³.

Au-delà de la problématique contentieuse, la jouissance de tout droit subjectif est aussi subordonnée à la possession d'un titre ou d'une qualité qui en constitue le bien fondé. Pour ce qui est de l'exercice d'un droit, les conditions de fond et de forme ne sont jamais éloignées des préoccupations probatoires, le classique débat sur le diptyque consensualisme / formalisme en est une parfaite illustration¹⁴.

La restriction ou l'extension de la liberté de la forme en matière contractuelle participe d'une certaine conception de l'organisation sociale, plus concrètement d'une réponse aux rapports de force qui existent dans un groupe humain. A cet effet, la preuve est l'un des

⁷ Auteur cité par G. Tarzia, « Médiation et institution judiciaire », in *Médiation et arbitrage*, L. Cadiet, T. Clay et E. Jeuland (dir), Litec, 2005, 19.

⁸ Toute définition en droit est dangereuse.

⁹ « La problématique de la preuve en droit », communication développée lors du présent colloque.

¹⁰ L'article 264 de la loi malienne n°87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations participe de la même philosophie, il dispose que « la bonne foi est toujours présumée et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver ».

¹¹ D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, Litec, 4^{ème} édition, 2005, 43.

¹² Articles 9 à 11 du Code de procédure civile.

¹³ Pour mémoire, articles 8 à 11 du Code procédure civile malien, articles 16 à 19 du Code de procédure civile gabonais, articles 25 à 28 du Code de procédure civile burkinabé. Les articles 43 à 45 du Code de procédure civile togolais quant à eux abordent la preuve sous la rubrique des principes fondamentaux.

¹⁴ Pour détails sur l'impact de l'achoppement du consensualisme et du formalisme en matière probatoire, voir M. Grimaldi, « Formalisme ou consensualisme », communication développée lors du présent colloque.

instruments techniques à travers lequel le législateur s'efforce d'éroder l'asymétrie économique et / ou intellectuelle entre les parties. Elle sert également à donner une tonalité éthique à l'engagement contractuel. La charge de la preuve à travers le jeu des présomptions, son objet et les moyens qui y concourent, sont toujours des manifestations d'un projet de société. La montée en puissance des mentions manuscrites prescrites *ad validitatem* en est une parfaite illustration. Ainsi, pour endiguer la fourberie d'établissements financiers enclins à la rétention d'information, à peine de nullité, il leur est imposé d'obtenir un engagement rédigé de la main de la caution personne physique¹⁵. L'exigence de la mention manuscrite est la preuve que la caution a pris l'exacte mesure des obligations qu'il a souscrites.

Au total, dans une vision utilitariste des règles juridiques, il est légitime d'affirmer *pas de droit sans preuve*, aucune discipline juridique n'échappe à la question probatoire car droit et preuve sont des cousins issus du germain. Le propos se résume bien dans cette formule : *dis-moi ce qu'on prouve, comment on le prouve et celui qui le prouve, je te dirai dans quel type de société tu vis*. La preuve est donc le principal marqueur du droit positif, elle est fille du temps et des mutations socio-technologiques, ce qui explique aisément qu'elle contribue à rajeunir les normes.

B. La modernisation du droit par la preuve

Les progrès scientifiques du siècle dernier comme ceux de la première décennie du troisième millénaire sont de véritables défis pour le juriste pris au dépourvu de cette kyrielle d'innovations. Il en résulte que la science devance souvent le législateur, la pratique contractuelle relevant alors d'un empirisme flou que seule une jurisprudence hardie parvient à

clarifier¹⁶. Or, comme l'affirme P. Catala, le bon droit naît « ... d'une dialectique des sciences exactes et des sciences humaines, dans laquelle celles-ci prendront en compte les aspects sociaux et moraux de la loi nouvelle »¹⁷. Dans cette dynamique, la preuve joue un rôle de premier plan, elle permet l'intégration des nouvelles technologies dans la sphère juridique. Une partie considérable des textes sur le commerce électronique par exemple concerne la preuve des actes passés sur la toile¹⁸. A travers les impératifs de certification du consentement virtuel, la théorie de la rencontre des volontés prend un nouveau relief. Plus caractéristique du rapport du droit à la technologie, l'acte authentique électronique procède à un véritable *lifting* de la « reine des preuves » pour reprendre l'expression de B. Reynis¹⁹.

Auparavant, l'acte authentique supposait la présence physique de toutes les parties ou de leurs conseils dans l'étude d'un seul officier public, le recours au numérique permet une signature à distance aux côtés de deux notaires distincts²⁰. En dépit de leurs indéniables avantages en termes de gain de temps et d'inhibition des distances, les nouvelles technologies de l'information et de la communication posent de nombreux problèmes de fiabilité des données²¹. La réticence des praticiens quant à la preuve numérique est dans la droite ligne des interrogations éthiques soulevées par la biotechnologie, idem pour le pouvoir souverain du juge quant à l'expertise.

L'expertise biologique en matière de filiation est symptomatique du dilemme des règles probatoires à l'endroit de la science, l'article 16-11 du Code civil français énonce que le prélèvement de l'empreinte génétique est de droit sauf motif légitime, mais subordonné à l'accord de la personne devant la subir.

¹⁵ Articles L 341-2 et 341-3 du Code de la consommation français. L'analyse combinée des articles 1 et 4 de l'Acte uniforme sur les sûretés conduit à un résultat voisin à celui du droit français, la mention manuscrite est exigée pour tout cautionnement. La spécificité du droit OHADA réside dans le fait que la règle joue tant pour les personnes morales que pour les personnes physiques.

¹⁶ L'exemple de l'interdiction des conventions de mère porteuse est suffisamment éloquent, les avancées de la médecine ont précédé l'élaboration de la règle de droit, les juges se trouvant face à un vide juridique. Ainsi, avant l'introduction de l'article 16-7 dans le Code civil français par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (31 mai 1991, Bull ass plen n° 4 ; D 1991, 417 rapp Y. Chartier, note D. Thouvenin) avait déjà prononcé l'illegalité des conventions de mère porteuses motif pris de l'indisponibilité du corps humain.

¹⁷ « Le formalisme et les nouvelles technologies », Defrénois, 15 août 2000 n° 15-16, 897.

¹⁸ Voir dans ce sens, *La preuve des actes électroniques privés : mosaïque ou trait d'union*, colloque organisé par le Centre René Demogue de l'Université de Lille 2 le 15 mai 2007 sous la direction scientifique de A. Penneau, Revue Lamy, Droit de l'immatériel, supplément n°52, août-septembre 2009.

¹⁹ « L'acte authentique électronique », communication développée lors du présent colloque.

²⁰ M. Grimaldi et B. Reynis, « L'acte authentique électronique », PA, 06 novembre 2003, n° 222, 3.

²¹ A. Penneau, « La preuve et l'évolution technologique », communication développée lors du présent colloque.

Théoriquement, ce texte procède à un équilibre adéquat des intérêts en cause, recherche de la parenté d'une part et préservation de l'intégrité du corps humain d'autre part. Malheureusement, la pratique judiciaire a révélé la fragilité de l'équilibre souhaité, le refus de se soumettre à une collecte d'ADN est souvent interprété comme un aveu de culpabilité²². Il en résulte une prééminence du droit à la preuve sur le respect de la dignité humaine, opinion contestable qui ne manque pas de générer de vives controverses. La polémique relative à la loi instituant les tests ADN dans le cadre du regroupement familial en France en est une parfaite illustration²³.

Quoiqu'il en soit, on ne peut manquer de noter que le droit de la preuve a contribué à la redéfinition de certaines notions telles que le secret médical, il a également contribué à accroître la place des scientifiques dans la sphère judiciaire. De plus en plus, les enquêtes criminelles sont confiées à des techniciens aptes à démasquer la vérité cachée. Il en découle que l'expert pourtant commis par le juge tend à devenir son rival, les constatations qu'il expose ont souvent valeur d'évangile judiciaire, phénomène qui n'emporte pas l'approbation de la doctrine²⁴.

Malgré la fracture numérique entre les pays industrialisés et les Etats de l'Espace OHADA, la preuve y subit également l'influence des nouvelles technologies²⁵. Bien plus, elle est en proie à une multitude d'interférences au point où les règles probatoires de l'Espace OHADA se particularisent par leur pluralisme.

II. LE CARACTERE PLURIEL DU DROIT DE LA PREUVE EN OHADA

Le foisonnement actuel d'organisations régionales à vocation juridique et économique transforme le droit en une termitière normative, M. Delmas-Marty²⁶ propose de résoudre la complexité qui en résulte par une approche intégrative. Le droit de la preuve dans l'espace OHADA n'échappe à ce phénomène d'amoncellement de règles qui oblige le praticien à manier des dispositions d'origine diverse (A). La situation se complique davantage quand il faut associer souplesse du commerce et protection de populations à faible culture juridique, les textes s'efforcent d'harmoniser ces deux impératifs par le biais d'une singulière dialectique (B).

A. Un arsenal divers

La diversité des règles probatoires dans l'espace OHADA tient à deux facteurs principaux que sont la multiplicité des sources et le pluralisme philosophique. *Prima facie*, il convient de noter la cohabitation de plusieurs ordres juridiques dans la région OHADA, outre le droit harmonisé des affaires et les droits nationaux, il y a les droits communautaires UEMOA²⁷ pour les pays d'Afrique de l'ouest et CEMAC²⁸ pour les Etats d'Afrique centrale. Concrètement, les règles probatoires, qu'elles soient substantielles ou procédurales, peuvent facilement émaner de trois législateurs. Dans l'hypothèse d'un contentieux commercial relatif à des actes électroniques l'affaire sera tranchée par application des règles relevant de trois ordres juridiques. La charge de la preuve sera déterminée par les lois internes, l'article 5 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG) fixant la liberté

²² Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit civil. La famille*, Defrénois, 3^{ème} édition, 2008, n°1020.

²³ Loi du 21 novembre 2007 relative à l'immigration.

²⁴ J. Moury, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », RTD civ 2009, 665.

²⁵ A. Ouattara, « Technologie et preuve : l'apport mitigé du règlement du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA », *Revue Lamy droit civil* 2010, n° 71 supplément 05-2010, 33.

²⁶ « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », D 2006, 951.

²⁷ Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

²⁸ Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale.

il résister pas à varier l'origine des règles qu'ils adoptent. S'agissant par exemple du Règlement du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'UEMOA, A. Ouattara³¹ affirme qu'il « ... s'inspire largement des acquis des dispositifs et instruments internationaux, à savoir les normes Lamfalussy et les Principes fondamentaux de la Banque des règlements internationaux (BRI), les lois types de 1996 et 2001 de la CNUDCI, des directives européennes (notamment la directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 sur le commerce électronique) et des acquis français... ». Certains textes OHADA procèdent de la même démarche, c'est notamment le cas de l'acte uniforme sur l'arbitrage³². La conséquence dommageable de cette pluralité philosophique est la maîtrise insuffisante des textes, ce d'autant plus que le travail de pédagogie n'est pas à la hauteur des enjeux³³. L'insécurité juridique prend une plus grande ampleur lorsque le législateur OHADA renvoie à des règles nationales divergentes.

L'article 49 de l'Acte uniforme sur les sûretés (AUS) est un excellent exemple d'uniformisation

de la loi réputée applicable par le loi.

A l'opposé de l'idée selon laquelle le droit OHADA a fait disparaître les conflits de loi, le texte précité montre au contraire l'intérêt du droit international privé³⁶. Au-delà du renvoi opéré par l'article 49 de l'AUS, le droit des affaires uniforme africain n'a qu'un domaine d'exception, ce qui implique que le droit commun reste l'affaire des États-parties. En conséquence, il est impératif que les règles conflictuelles soient uniformisées afin de garantir leur prévisibilité, ainsi elles serviraient d'instrument de complétude des règles matérielles du droit OHADA³⁷. Le droit de la preuve en sortirait plus clair, le système conflictuel harmonisé permettra d'identifier aisément la loi compétente et par ricochet les normes probatoires. L'unique défi pour le législateur OHADA restera celui du choix entre liberté du commerce et protection des moins nantis économiquement et intellectuellement. En l'espèce, le droit des affaires africain adopte une approche paradoxale qui embrasse le contexte sociologique et la rapidité inhérente aux affaires.

²⁹ Règlement du 04 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement.

³⁰ Règlement du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'UEMOA.

³¹ Op. cit., 35.

³² A. Fénéon, *Droit de l'arbitrage. Commentaires de l'Acte uniforme sur l'arbitrage et du règlement de la CCJA*, EDICEF/ Editions FFA, 2000, 14.

³³ J. Lohoues-Oble, « Le Traité OHADA, cinq après », *Ohadata* D-03-06.

³⁴ Article 14 du Code des obligations civiles et commerciales.

³⁵ Article 804 du Code civil guinéen.

³⁶ Le législateur OHADA a lui-même cerné l'intérêt des règles conflictuelles, bien que son intervention en la matière soit limitée, il convient d'évoquer les articles 124 et 128 de l'AUS et 12.6 de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route qui renvoient expressément à la *lex loci* des biens pour déterminer respectivement les formes de l'hypothèque ou de la vente des marchandises transportées.

³⁷ G. Ngoumtsa Anou, *Droit OHADA et conflit de lois*, thèse de doctorat, Université Jean Moulin Lyon 3, 2009, 27 et s.

moyens des actes de commerce³⁸ est repris pour la convention d'arbitrage⁴¹, la vente⁴², le mandat⁴³ et le bail⁴⁴ et le contrat de transport⁴⁵. De *lege ferenda*, l'article 1/3 de l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats ne tranche pas le problème, il renvoie la question à d'autres dispositions étant donné que les règles relatives à la preuve devaient être intégrées dans le texte précité⁴⁶.

L'inclinaison libérale des normes probatoires n'est pas totale, l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) et l'AUS montrent un attachement particulier au formalisme. Le contrat de société⁴⁷, la

ment⁵¹, le gage⁵², le nantissement⁵³ et l'hypothèque conventionnelle⁵⁴ doivent être constatés par écrit à peine de nullité. Les exigences formelles de l'AUS ne se limitent pas à l'écrit, d'autres moyens comme les témoins certificateurs ou la mention manuscrite sont prévus. Cette dernière présentée en d'autres temps comme une spécificité du droit OHADA⁵⁵ a reçu les faveurs du législateur français⁵⁶. Quant aux témoins certificateurs prévus en cas d'analphabétisme de la caution⁵⁷, leur consécration répond à une réalité sociale profonde des Etats de l'OHADA⁵⁸ déjà prise en compte par le droit sénégalais⁵⁹. L'adaptation du droit des affaires à l'environnement sociologique est vivement demandée par A. Harissou⁶⁰. Se servant

³⁸ « La preuve de la créance », communication développée lors du présent colloque.

³⁹ J. Mestre, « Regards contractuels sur l'OHADA », Revue Lamy droit civil janvier 2010, n° 67, 72, procède à cette distinction pour présenter les normes contractuelles en OHADA.

⁴⁰ Article 5 de l'AUDCG.

⁴¹ Article 3 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage.

⁴² Article 208 de l'AUDCG.

⁴³ Article 144 alinéa 2 de l'AUDCG.

⁴⁴ Article 72 de l'AUDCG.

⁴⁵ Article 3 de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route.

⁴⁶ F. Onana Etoundi, « Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », RDU 2008 – 1/2, 355.

⁴⁷ Article 10 de l'AUSCGIE.

⁴⁸ Articles 275 pour la SNC, 297 pour la SCS, 317 pour la SARL de l'AUSCGIE.

⁴⁹ Articles 390, 601 de l'AUSCGIE.

⁵⁰ Article 876 de l'AUSCGIE.

⁵¹ Article 4 de l'AUS.

⁵² Article 49 de l'AUS.

⁵³ Article 65 de l'AUS.

⁵⁴ Article 128 de l'AUS.

⁵⁵ Y.R. Kaléu Elongo, « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », Ohadata D-03-02.

⁵⁶ Articles L 341-2 et 341-3 du Code de la consommation.

⁵⁷ Article 4 alinéa 3 de l'AUS.

⁵⁸ F. Onana Etoundi, « Les Principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », RDU 2005, 683.

⁵⁹ Article 20 du Code des obligations civiles et commerciales.

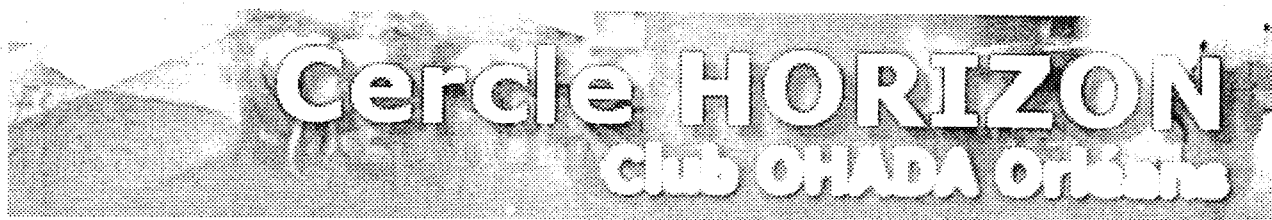
⁶⁰ « La preuve notariée dans l'espace OHADA », communication développée lors du présent colloque.

du contexte comme un prétexte pour analyser les textes, cet auteur conclut à l'inadéquation du consensualisme peu protecteur des nombreux hommes d'affaires illettrés. Il préconise un renforcement de la sécurité juridique par un recours plus important à l'acte authentique. Parallèlement à ce louable argument, il est aisé d'avancer le coût élevé des actes notariés, et surtout la lourdeur qui en découle dans un monde en proie à la vitesse. La solution est dans les mains des législateurs nationaux qui devraient réduire les droits d'enregistrement, piste d'ailleurs suivie par le Burkina Faso.

Entre le consensualisme du marché et l'efficacité de l'acte authentique, il y a la troisième voie des preuves tirées du droit précolonial africain, une plume experte avance avec force leur pertinence⁶¹. Cette démarche aura le mérite de donner une assise endogène aux règles probatoires, surtout elle rendra au droit ancestral ses lettres de noblesse, de même qu'elle évincera le sentiment de règles uniquement adaptées aux milieux urbains⁶².

Au total, la problématique de la preuve dans l'espace OHADA pose tant l'universel questionnement de la

relation de l'ordre juridique national et de l'ordre juridique communautaire, que celui de la tradition juridique innervant le droit en Afrique noire francophone. Après un demi-siècle d'indépendance, les rapports restent verticaux sur le plan de la philosophie juridique. La métropole a donné aux colonies, n'est-il pas temps que les colonies fassent le retour d'ascenseur à la métropole ? Pensons simplement à cet acte uniforme sur les sûretés qui a unifié le régime civil et commercial. Le droit français a suivi cette logique, en l'unifiant pour le cautionnement souscrit par les personnes physiques. En guise d'hommage au président Kéba MBAYE, il nous semble impératif d'être dans la logique des vases communicants. Nous avons reçu et nous donnons, ce n'est que de cette manière que nous entrerons dans la civilisation mondialisée, celle de l'interaction permanente, bref celle de l'universalisme de coexistence !



⁶¹ S. Melone, « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », Actes du Colloque de Dakar 5-9 juillet 1977, Revue Sénégalaise de Droit 1977, 47.

⁶² Un fort courant doctrinal dénonce l'inadéquation du droit OHADA aux réalités africaines, voir dans ce sens, J. L. Vivier, « L'OHADA ou l'unification du droit des affaires africain », Droit et patrimoine, n° 72, Juin 1999, 41 – P. Bourel, « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Dalloz, 2007, n° 14, 969.