

La règle de la primauté de la preuve écrite: une application délicate

Marie LAMENSCH

Avocat Simont Braun.

Assistant chargé d'exercices à l'Université Libre de Bruxelles.

I. Introduction

1 Comme l'écrit le professeur DE PAGE, "dans la pratique, dans la vie, une prétention, même fondée, n'est rien si le fait qui lui sert de base n'est pas prouvé. (...) Un droit n'est rien sans la preuve de l'acte juridique ou le fait matériel dont il dérive. Si la preuve de l'existence de l'un ou de l'autre n'est pas rapportée, il n'est certes pas logique d'en conclure à l'inexistence absolue du droit. Le droit existe peut-être mais en conscience seulement"¹.

Ce qu'exprime ici l'éminent auteur est que la vérité qui prévaut en droit n'est que la vérité judiciaire, celle qu'il a été possible de prouver.

2 Dans le domaine légal, il importe peu, en effet, qu'une chose soit "réellement" vraie si elle n'a pu être prouvée. Ainsi, la vérité "réelle" s'incline-t-elle parfois devant la vérité "prouvée" puisque, selon l'adage, *idem est non esse aut non probari*².

Partant, la preuve de ce qu'on allègue et la manière dont on prouve sont des questions essentielles en droit.

3 L'arrêt annoté illustre la mise en œuvre des principaux procédés probatoires en droit belge. En effet, la Cour d'appel de Mons y est confrontée à un écrit, une offre de témoignages et diverses présomptions.

Par cet arrêt, la cour d'appel rejette la demande formulée par un curateur de faillite pour cause d'absence de valeur probante des faits et actes allégués.

Cela nous donne l'opportunité de rappeler et de mettre en perspective les principes régissant la preuve des faits contestés en droit belge, ainsi que d'en commenter une application originale, offerte par les faits se trouvant à l'origine de l'arrêt analysé.

II. Les faits et la procédure

4 L'intimée est la mère d'un jeune entrepreneur de 27 ans, déclaré en faillite en mars 1999.

Le jeune homme avait repris les activités de son père au décès de ce dernier, à savoir, l'aménagement intérieur de cafés. Il exerçait cette activité dans les anciens bureaux paternels, dans le domicile familial, c'est-à-dire là où l'intimée résidait encore.

Lors de la descente de faillite ayant suivi le jugement déclaratif, aucun meuble appartenant au failli ne put être trouvé. En effet, les locaux servant à l'exploitation avaient été totalement vidés.

Le failli – qui résidait chez sa mère, intimée – prétendit ne plus rien posséder.

Le curateur apprit, cependant, que celui-ci avait, en mai 1998, acheté une camionnette grâce à un prêt pour un montant de 1.900.000 francs belges pour lequel l'intimée s'était portée caution. Ce véhicule fut revendu dans les deux mois qui précédèrent le jugement déclaratif de faillite pour la somme de 1.200.000 francs belges dont aucune trace ne fut retrouvée.

Le failli expliqua qu'il avait remis une grande partie de cette somme, soit 800.000 francs belges, à sa mère, en remboursement de diverses avances que cette dernière lui aurait faites, notamment pour le paiement d'huissiers envoyés par ses créanciers au domicile familial. Le 9 avril 1999, il rédigea un document en ce sens.

5 Le curateur introduisit alors une demande devant le tribunal de commerce afin que la date de cessation de paiement soit fixée au 1^{er} octobre 1999 et que l'intimée soit condamnée à rapporter la somme que son fils, failli, lui aurait remise au préjudice des droits des créanciers de la masse faillie.

La juridiction de première instance a estimé que la preuve de la remise, à l'intimée, de la somme constituant le produit de réalisation de la camionnette, n'était pas rapportée à suffisance de droit, au motif que "le seul élément produit par le demandeur est un écrit signé par le failli. Compte tenu du comportement de ce dernier, tel que dépeint par le demandeur, cet écrit ne revêt absolument pas une force probante suffisante que pour considérer comme établie la remise de la somme de 800.000 francs belges à la défenderesse". Elle rejeta donc la demande du curateur.

6 Devant la Cour d'appel de Mons, le curateur qui poursuivait la réformation de ce jugement sollicita la comparution d'un huissier de justice attestant que, à l'occasion d'une saisie mobilière que ce dernier instrumentait, l'intimée lui aurait confirmé que son fils lui avait remis, avant la faillite, la somme litigieuse.

Selon le vœu du curateur, ce témoignage viendrait compléter la déclaration écrite du failli, lui donnant ainsi un caractère probant, accompagné en outre des diverses présomptions qu'il pouvait invoquer. L'ensemble de ces éléments

1. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 1967, p. 695, n° 705.

2. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. VII, 1931, n° 1406.

rapporterait alors, à suffisance, la preuve de la remise d'une somme d'argent par le failli en période suspecte, ce qui justifierait sa restitution au profit de la masse.

La cour d'appel rejeta l'offre de témoignage au motif que, d'une part, celui-ci émanerait d'une personne partiale, l'huissier ayant été en relation d'affaires avec le curateur et que, d'autre part, l'intimée conteste aujourd'hui avoir tenu de tels propos en présence de l'huissier. Cette contestation est, en outre, renforcée par le témoignage du compagnon de l'intimée, qui affirme avoir été présent lors de l'entretien entre l'huissier et l'intimée et n'avoir jamais assisté à l'échange de tels propos.

La cour confirma, pour le surplus, le jugement de première instance estimant, elle aussi, que l'écrit du failli, produit comme base à la demande, ne revêt pas une force probante suffisante.

III. Les différents modes de preuve – contenu et efficacité respectifs

A. Rappel succinct des principaux modes de preuve en droit belge

7 **L'écrit:** L'écrit ou la preuve littérale est consacré aux articles 1317 à 1340 du Code civil. Il s'entend de tous les actes écrits, rédigés en vue de constater un fait juridique ou une déclaration de volonté³.

L'écrit constitue un mode de preuve qualifié de *préconstitué* parce qu'établi au moment même de l'acte qu'il faut prouver et donc *in tempore non suspecto*. Celui-ci présente ainsi l'intérêt de ne pas être susceptible d'altération (contrairement au témoignage) ni d'imprécision (contrairement aux présomptions) (voy. *infra*).

8 **Les témoignages:** Par son témoignage, une personne tierce au litige relate ce qu'elle a vu ou entendu relativement à un fait litigieux (art. 1341 à 1348 du Code civil)⁴.

Une telle déposition, en théorie plus objective que les écrits des parties elles-mêmes, jouit cependant de moins de crédit dans la mesure où elle intervient nécessairement après la naissance du litige et donc *in tempore suspecto*.

Notons, cependant, que ce n'est pas tant l'honnêteté des témoins que la fragilité de leur mémoire qui a amené le législateur à reléguer ce mode de preuve derrière l'écrit.

9 **Les présomptions:** Le mécanisme de la présomption de l'homme⁵ consiste, quant à lui, à admettre la vérité d'un fait litigieux par raisonnement à partir d'un autre fait. Il s'agit donc d'une conséquence que l'on tire d'un fait connu à un fait inconnu. Les présomptions sont consacrées aux articles 1349 à 1353 du Code civil⁶.

10 **L'aveu:** L'aveu judiciaire, – reconnaissance par une partie de l'exactitude d'un fait qu'on allègue contre elle⁷ –, s'apparente à une dispense de preuve pour la partie adverse plutôt qu'à un véritable mode de preuve. En revanche, lorsqu'il est extrajudiciaire, il est rarement convaincant pour le juge⁸.

11 **Le serment:** Le serment constitue une affirmation solennelle d'un fait favorable à celui qui le prête⁹. S'il est décisoire, c'est-à-dire déféré par une partie, il met directement fin au procès alors que le serment supplétoire, déféré par le juge, ne lie pas ce dernier¹⁰.

12 **Autres modes de preuve:** Enfin, soulignons que le législateur a envisagé d'autres modes de preuve qu'il ne fait pas figurer au chapitre consacré à la preuve, tels que l'expertise¹¹, la commune renommée¹² ou l'acte de notoriété¹³. Tous ces modes de preuve peuvent être rapprochés de la preuve testimoniale¹⁴.

B. L'intensité de la force probante

§ 1. Des témoignages et des présomptions

13 **Appréciation souveraine du juge du fond:** Une présomption, comme un témoignage, n'a aucune force probante qui s'impose, comme telle, au juge¹⁵.

Celui-ci apprécie, en effet, souverainement, d'une part, la portée des témoignages, conformément à l'article 915 Code judiciaire qui dispose que "*Lorsque la loi n'interdit pas la preuve testimoniale, le juge du fond décide souverainement en fait si cette preuve peut être utilement apportée, pour*

3. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. VII, 1931, p. 770, n° 1434; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 12, p. 154, § 754; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 109 et s. et 193 et s.; D. MOUGENOT, "La preuve", *Rép. not.*, t. IV, Livre II, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 138 et s.; D. MOUGENOT, "La preuve: Évolution et révolution", in *Le droit des obligations et le bicentenaire du code civil*, Bruxelles, la Chartre, 2004, p. 158.

4. M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 849, n° 1509; C. AUBRY et C. RAU, *o.c.*, p. 298, § 761; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 110 et s. et 397 et s.; D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 272.

5. À ne pas confondre avec les présomptions légales qui, aux termes de l'art. 1350 du Code civil, sont celles qu'une loi spéciale attache à certains actes ou à certains faits (voy. *infra*).

6. C. AUBRY et C. RAU, *o.c.*, p. 385, § 766; M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 883, n° 1544; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 110 et s. et 403 et s.; D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 282.

7. H. DE PAGE, *o.c.*, t. III, n° 1007.

8. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 111.

9. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 368.

10. *Ibid.*

11. Artt. 1678, ou 1644, ou encore 1716 du Code civil.

12. Art. 1399 du Code civil.

13. Art. 72 du Code civil.

14. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 112.

15. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 402 et 414; D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 280.

autant qu'il ne viole pas le droit essentiel à apporter à ladite preuve" et à l'article 924 du Code judiciaire, selon lequel "Lorsque la loi n'interdit pas la preuve testimoniale, le juge peut aussi procéder à des confrontations ou à des nouvelles auditions, d'office ou à la requête d'une partie, mais la demande d'une partie ne l'y oblige pas".

Relève, d'autre part, de l'appréciation souveraine, la portée des présomptions dans la mesure où, aux termes de l'article 1353 du Code civil, "Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves précises et concordantes (...)". La Cour de cassation a précisé, de surcroît, que "le juge qui fonde sa décision sur des présomptions n'est pas tenu d'en exprimer, à peine de nullité, le caractère et la valeur de présomptions graves, précises et concordantes"¹⁶.

En conséquence, plusieurs témoignages ou présomptions, même concordants, peuvent être écartés en totalité ou en partie par la décision du juge¹⁷.

14 Contrôle exercé par la Cour de cassation: L'appréciation du juge échappe au contrôle de la Cour de cassation, sous réserve de la foi due aux déclarations des témoins (dont le juge ne peut dénaturer ou détourner le sens¹⁸) et sous réserve du respect dû à la notion légale de présomption (voy. *infra*)¹⁹.

§ 2. De l'écrit

15 Quant au contenu de l'acte: Aux termes de l'article 1322 du Code civil, "L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique".

Il ressort de cette disposition que l'acte privé, lorsqu'il a été reconnu volontairement ou judiciairement par ses auteurs, fait pleine foi de son contenu à l'instar, selon le législateur, des actes authentiques²⁰.

Dans l'hypothèse où la personne contre qui l'on invoque ce type d'acte ne reconnaît pas son contenu, la loi ne précise pas la manière dont celle-ci peut le démentir. Ce sont donc les principes généraux qui servent de guides en la matière²¹.

Ainsi, si la personne contre qui l'on invoque un acte prétend que celui-ci a été falsifié, l'action en inscription de faux judiciaire lui est ouverte. Si cette personne reconnaît que l'acte n'a subi aucune altération mais qu'il renferme des énonciations fausses dès l'origine, elle soutient qu'il y a eu simulation ou déguisement, de sorte que si l'acte en question est une convention, il s'agira alors d'apporter la preuve contraire par une contre-lettre ou par toutes voies de droit si l'une des parties fut victime d'un dol.

Le même régime s'applique aux écrits établis de manière unilatérale. Comme l'écrivaient M. PLANIOL et G. RIPERT, à propos de la lettre missive, celle-ci "reste soumise aux règles de droit commun de la preuve en général et de la preuve écrite en particulier. Il faut donc admettre que la lettre dont l'écriture fait pleine foi contre celui qui l'a signée de tout ce qui s'y trouve avoué à son désavantage. (...) [Elle fait] pleine foi des choses qui y sont avouées par son signataire"²².

À l'instar de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, N. VERHEYDEN-JEANMART enseigne également que la lettre missive constitue l'une des formes de la preuve littéraire²³.

16 Quant à l'origine de l'acte: L'article 1323 du Code civil prévoit, quant à lui, que "Celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature". C'est donc l'origine de l'acte qui est ici en question.

Il ressort de cette disposition que la personne à laquelle on oppose un acte privé et qui ne reconnaît pas en être l'auteur peut se borner à le méconnaître et que cette méconnaissance suffit à enlever provisoirement à cet écrit toute sa force probante²⁴. Il appartient, en effet, dans ce cas, à celui qui veut s'en prévaloir d'en établir l'origine par une instance en justice²⁵.

Si le juge estime posséder suffisamment d'éléments quant à la sincérité de l'écriture, il peut statuer *de plano*. En effet, la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 7 mars 2002²⁶, que "Le juge peut statuer sur l'authenticité d'un écrit désavoué par la personne à laquelle il est opposé, sans ordonner une vérification d'écriture, lorsque les éléments de faits produits et leur valeur probante lui semblent suffisamment sûrs". Dans le cas inverse, il faudra recourir à la procédure dite de vérification d'écriture, procédure qui peut être provoquée soit par voie principale, soit par voie incidente au cours de toute autre instance²⁷.

16. Cass. 2 mars 1899, *Pas.* 1899, I, 133. Voy. aussi Cass. 25 juin 1925, *Pas.* 1925, I, 311; Cass. 17 et 22 mai 1862, *Pas.* 168, I, 274 et 298; Cass. 5 novembre 1925, *Pas.* 1926, I, 45.

17. Mons 28 novembre 2000, *R.T.D.F.* 2002, p. 90; Cass. 1^{er} février 1990, *Pas.* 1990, I, p. 643.

18. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 402.

19. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 414.

20. Voy. notamment Gand 8 janvier 1999, *T. Not.* 2000, 450 où il a été décidé qu' "entre parties, un acte sous seing privé vaut comme une preuve parfaite"; Liège 29 avril 2003, *R.R.D.* 2004, 263; Comm. Hasselt 14 octobre 1997, *R.W.* 1997-98, 1271; D. MOUGENOT, *o.c.*, pp. 158 et s., 221 et s., 232 et s.

21. M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 816.

22. M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, pp. 841 et s.

23. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 289 et les nombreuses références citées.

24. Voy. not. Gand 21 mai 1993, *P.&B.* 1993, 186; Comm. Hasselt 14 octobre 1997, *R.W.* 1997-98, 1271.

25. J.P. Wolvertem 22 mars 2001, *R.W.* 2001-02, 284; M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 814.

26. *Pas.* 2002, I, 655.

27. *Ibid.*

C. La charge de la preuve

17 Principe général: La charge de la preuve est organisée par l'article 1315 du Code civil²⁸, qui énonce que "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

En d'autres termes, toute personne qui forme une action en justice, ou qui oppose une exception à une action dirigée contre elle, est tenue de prouver les faits dont l'action ou l'exception suppose l'existence²⁹. À l'inverse, celui qui doit repousser une action ou nier une exception peut se borner à nier les faits et n'est tenu d'apporter aucune preuve.

L'article 870 du Code judiciaire confirme ce principe en édictant que "Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue".

18 Exceptions: Par le mécanisme des présomptions légales, la loi peut renverser l'ordre naturel de la charge de la preuve en déterminant les circonstances particulières dans lesquelles un demandeur qui réclame un droit ou un défendeur qui oppose un moyen de défense n'a rien à prouver si ce n'est qu'il se trouve dans le cas prévu par la loi. À ce titre, les présomptions légales ne sont pas un mode de preuve comme le sont les présomptions de l'homme mais un véritable aménagement légal de la charge de la preuve³⁰.

Par ailleurs, les règles relatives à la charge de la preuve ne sont pas d'ordre public³¹, de sorte que la convention des parties peut y déroger. De la même façon, si, en cours de procès, une partie accepte librement cette charge, un renversement des règles est possible³².

D. La hiérarchie des preuves

19 Principe de la prééminence de l'écrit en matière civile: En droit civil, la preuve est réglemée afin d'éviter les écueils inhérents à un système de preuve libre tel qu'il existe en droit commercial, à savoir la fragilité et l'absence de précision³³.

Ainsi, en matière civile, comme l'écrit le professeur VERHEYDEN-JEANMART, "Celui qui ne veut pas dépendre de la bonne volonté d'autrui ne peut se contenter d'avoir des droits (subjectifs), il doit veiller à pouvoir les établir (preuve), le jour où ils seront contestés (devant un tribunal, devant une administration, devant un arbitre). Il doit savoir que la preuve ne pourra pas se faire de n'importe quelle manière"³⁴.

Le législateur a donc édicté les procédés de preuve auxquels chacun peut avoir recours en cette matière pour convaincre de la vérité d'un fait juridique³⁵; il en a précisé les conditions d'admissibilité et les a hiérarchisés³⁶.

Au sommet de cette hiérarchie, l'on trouve l'écrit ou la preuve dite littérale³⁷.

La prééminence de l'écrit en matière civile est consacrée par l'article 1341 du Code civil qui exclut tant les témoignages que les présomptions au-delà d'un certain montant (375 euros) mais interdit également, quel que soit le montant, que de telles preuves soient avancées qui vont à l'encontre d'un écrit probant³⁸.

20 Ratio legis: Il ressort de l'article 1341 du Code civil que c'est le caractère préconstitué de l'écrit qui justifie sans doute sa prééminence dans notre système civil; la circonstance qu'il est nécessairement établi *in tempore non suspecto* et qu'il se révèle, dès lors, être le mode de preuve le plus sûr³⁹.

À cet égard, M. PLANIOL et G. RIPERT écrivaient que "Plus les rapports sociaux sont compliqués, plus grandes sont les chances d'erreur de mémoire ou de corruption qui rendent la preuve testimoniale insuffisante ou dangereuse. Les actes importants de la vie d'où dépendent nos droits et nos charges ne peuvent être laissés à la merci des souvenirs plus ou moins fidèles de ceux qui en ont été les témoins. L'utilité des preuves écrites préconstituées n'est plus discutée et depuis plusieurs siècles. Leur confection est entrée dans les mœurs de tous les peuples civilisés"⁴⁰.

21 Exception: Notons cependant que la loi⁴¹ fait exception au premier des principes exprimés à l'article 1341 en

28. P. VAN OMMESLAGHE, "De la preuve des obligations et de celle de leur paiement", in "Bicentenaire du Code civil", publication exceptionnelle du *J.T.* 2004, p. 301.

29. D. MOUGENOT, "La preuve: Évolution et révolution", in *Le droit des obligations et le bicentenaire du code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, 122; J. KIRKPATRICK, "Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge", in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, p. 105; M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 754; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 37 et s.; C. AUBRY et C. RAU, *o.c.*, p. 81, § 749, 3°.

30. M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 757; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 99 et s.; D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 103.

31. D. MOUGENOT, *o.c.*, pp. 69, 92 et s.

32. M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 757; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 99 et s.; D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 98.

33. Pour le principe de liberté de la preuve, voy. *infra* et X. DIEUX, "La preuve en droit commercial belge", *R.D.C.* 1986, p. 84.

34. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Le droit de la preuve*, Bruxelles, Larquier, 1991, p. 5.

35. La notion de fait juridique s'entend ici dans un sens large: elle englobe tant les actes que les faits juridiques.

36. Cass. 11 décembre 1969, *Pas.* 1970, I, 333; D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 67; D. MOUGENOT, "La preuve: Évolution et révolution", in *Le droit des obligations et le bicentenaire du code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 145; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c. (bicentenaire)*, p. 301.

37. D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 107.

38. M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 865; D. MOUGENOT, *o.c.*, pp. 109 et s.

39. E. CAUSIN, "La preuve et l'interprétation en droit privé", in *La preuve en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 200.

40. M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 770; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 118.

41. Art. 1347 du Code civil.

autorisant que soient produits des témoignages et présomptions au-delà de 375 euros lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit qui vient, en quelque sorte, atténuer les incertitudes liées à ces modes de preuve⁴². Le commencement de preuve par écrit est donc une preuve imparfaite, mais qui sera appelée à jouer pleinement son rôle lorsqu'elle pourra être associée à un témoignage ou à une présomption⁴³.

22 Principe de liberté de la preuve en matière commerciale: En droit commercial, l'on définit traditionnellement le principe de la liberté de la preuve, fondé sur l'article 25 alinéa 1^{er} du Code de commerce, par la constatation que dans cette matière, les preuves par témoins et par présomptions sont admissibles quelle que soit la valeur de l'engagement contesté, et ce, même si elles vont à l'encontre d'actes écrits, de sorte qu'un commencement de preuve par écrit, au sens de l'article 1347 du Code civil, n'est pas requis pour leur admissibilité⁴⁴.

Par opposition au droit civil, fortement réglementé, l'écrit ne se pose donc pas ici en maître.

23 Justification – appréciation: On justifie généralement l'absence de réglementation de l'administration de la preuve en matière commerciale par la célérité que requiert la pratique des affaires.

Ainsi, selon le professeur DIEUX, c'est surtout le pragmatisme et le réalisme du système de la preuve libre qui constituent ses meilleurs atouts dans la mesure où l'absence de formalisme dans l'administration de la preuve limite fortement les risques de discordance, que nous soulignons en guise d'introduction, entre la vérité judiciaire et la réalité⁴⁵. C'est donc la lourdeur que le formalisme de l'écrit engendre qui a notamment justifié son abandon en matière commerciale mais également dans d'autres matières.

Soulignons toutefois qu'il y a lieu d'admettre que la preuve écrite emportera toujours davantage la conviction des cours et tribunaux, même en matière commerciale, eu égard à la sécurité juridique que ce type de preuve assure⁴⁶, de sorte que l'antagonisme entre le droit commercial et le droit civil sur la question de l'écrit, s'il est criant en théorie, l'est moins dans la pratique. En témoignent également les nombreuses exceptions au principe de la liberté de la preuve en

matière commerciale, comme, par exemple, en matière d'assurance⁴⁷.

Soulignons encore que la liberté de la preuve en matière commerciale n'est pas synonyme d'absence totale de réglementation. En effet, cette liberté ne concerne, en réalité, que la question de l'admissibilité des modes de preuve⁴⁸.

Partant, il ne peut être question d'étendre cette liberté à d'autres règles telles que celles relatives à la charge de la preuve (voy. *supra*, n^{os} 17 et s.), à la pertinence d'une offre de preuve ou à la licéité de celle-ci.

24 Application par les juridictions de fond: Si, pour faire triompher sa thèse, chaque partie est théoriquement libre de produire les éléments de preuve de son choix, il appartient au juge du fond d'apprécier, sous les réserves que nous émettrons plus loin, si le recours à la preuve par témoins ou par présomptions est admissible sous l'angle d'autres conditions telle que la pertinence du mode de preuve proposé⁴⁹.

En effet, en matière commerciale comme en matière civile, seuls des faits pertinents sont admis à la preuve⁵⁰. Le juge peut, dès lors, parfaitement refuser d'examiner les modes de preuve offerts si le fait à prouver, même à considérer qu'il soit établi, n'est pas de nature à influencer, de quelque manière que ce soit, la solution de la cause pour laquelle ils sont allégués⁵¹.

25 Portée du contrôle de la Cour de cassation: En cette matière, comme en toute autre, la Cour de cassation ne connaît que du droit et non du fait. Il lui appartient donc uniquement d'examiner la recevabilité de certains procédés de preuve et de vérifier si les juges du fond ont bien appliqué et interprété les règles de droit⁵².

42. Voy. not. C. GOUX, "Observations sur le commencement de preuve par écrit", *R.R.D.* 1997, p. 204; D. MOUGENOT, "La preuve: Évolution et révolution", in *Le droit des obligations et le bicentenaire du code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 150, 153.

43. C. AUBRY et C. RAU, *o.c.*, p. 365, § 765; D. MOUGENOT, *o.c.*, pp. 127 et s.

44. D. MOUGENOT, *o.c.*, pp. 67, 121 et s.; X. DIEUX, *o.c.*, *R.D.C.* 1986, p. 85.

45. X. DIEUX, "Le principe de la preuve libre en droit commercial belge", in *La preuve devant le juge*, XVII^{ème} congrès de l'IDEF, 1984, p. 478; X. DIEUX, *o.c.*, *R.D.C.* 1986, p. 84; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, n^o 38; P. FORIERS, *o.c.*, p. 7.

46. D. MOUGENOT, *o.c.*, pp. 122 et s.

47. Voy. l'art. 25 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances terrestres qui précise que "le contrat d'assurance doit être prouvé par écrit quelle que soit la valeur de l'objet du contrat (...)"; ou l'art. 66 du Code des sociétés qui impose l'établissement d'un acte pour la constitution de sociétés commerciales.

48. X. DIEUX, *o.c.* (congrès IDEF), p. 481; X. DIEUX, *o.c.* (*R.D.C.* 1986), p. 87.

49. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Droit civil français*, t. VII, p. 751 et l'abondante jurisprudence citée; D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 74.

50. Selon l'adage "*frustra probatur quod probatum non relevat*"; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. 12, p. 78; D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 85.

51. Art. 915 du Code judiciaire; M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 751; C. AUBRY et C. RAU, *o.c.*, p. 78; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, p. 19.

52. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 178; P.-A. FORIERS, "La preuve du fait devant la Cour de cassation", in *La preuve en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 123 et s.; D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 78.

En matière commerciale, parmi les moyens sur la base desquels la cour peut exercer sa censure, citons l'article 149 de la Constitution qui impose, comme chacun sait, une obligation formelle de motiver⁵³. En vertu de cette disposition, la décision du juge du fond pourra, par exemple, faire l'objet de la censure de la cour suprême s'il ne s'y explique pas sur les raisons pour lesquelles il rejette certains modes de preuve proposés en conclusion par une partie, et en retient d'autres par préférence.

Le juge du fond subira, de la même façon, la censure de la cour s'il repousse une offre de preuve au motif que le fait allégué à l'appui d'une prétention ne la justifierait pas, alors que les dispositions légales applicables à cette prétention autorisent le mode de preuve proposé. La cour suprême est également compétente pour vérifier, à l'inverse, si un fait retenu par le juge justifie la conséquence que ce dernier lui attache en droit⁵⁴.

Toujours sur la base de l'article 149 de la Constitution, le juge du fond ne pourra pas davantage méconnaître la notion de "présomption de l'homme" dont le contrôle est soumis à la Cour de cassation⁵⁵.

Par ailleurs, si l'écrit ne revêt pas, en droit commercial, la même valeur probante qu'en matière civile, puisqu'un écrit peut s'y voir contredit par toutes voies de droit, les décisions des juridictions de fond peuvent cependant encourir la censure de la Cour de cassation, sur la base des articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil, si elles consacrent une interprétation de l'acte qui est inconciliable avec ses termes⁵⁶.

Ainsi, l'interprétation, par le juge, des actes sous seing privé échappe au contrôle de la Cour de cassation, sous réserve de la foi due aux textes des actes interprétés.

26 La foi due aux actes: Nous avons vu que le juge commercial ne peut, à l'instar du juge civil, violer la foi due aux actes.

Il convient à ce stade de préciser le contenu exact de ce principe et de le distinguer de deux autres notions que sont l'interprétation des actes et la valeur probante de ceux-ci, notions dont il faut le différencier de manière à la fois subtile et capitale⁵⁷.

Violer la foi due à un acte consiste à méconnaître ce qu'il révèle ou ce qu'il constate, c'est-à-dire lui faire dire autre chose que ce qu'il exprime, le faire mentir.

Cette notion fut dégagée par la Cour de cassation à partir des articles 1319 et suivants du Code civil⁵⁸. Bien que ces dispositions ne visent en principe que les conventions, la cour applique la notion de la foi due aux actes à tous les actes écrits quelconques, en toutes matières⁵⁹.

Il convient de ne pas confondre foi due aux actes et interprétation de ceux-ci.

Interpréter un acte signifie dégager le sens de celui-ci, au-delà des termes utilisés, c'est-à-dire faire ressortir l'esprit du texte, au-delà de sa lettre. L'interprétation des actes écrits constatant des actes ou faits juridiques, quels qu'ils soient, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

En revanche, respecter la foi due à cet acte consiste, – nous l'avons dit – à ne pas faire ressortir d'un acte, par son interprétation, une signification qu'il ne peut avoir. Le concept de foi due aux actes intervient donc dans le cadre du processus d'appréciation d'un acte mais ne se confond pas avec lui.

Le pouvoir de contrôler si l'interprétation du juge du fond ne viole pas la foi due à un acte appartient à la Cour de cassation⁶⁰. Soulignons que si un tel contrôle implique que la cour suprême interprète l'écrit, il ne s'agit jamais, pour elle, de substituer son interprétation à celle du juge du fond mais d'en permettre la vérification marginale. Dès lors, si la cour se prononce quelques fois sur la signification d'un écrit constatant un acte ou un fait juridique, c'est uniquement pour indiquer que le sens ou la portée qui lui a été attribué par le juge est ou n'est pas susceptible de justification⁶¹.

Enfin, la violation de la foi due aux actes ne peut se confondre avec la méconnaissance de la force probante appartenant à celui-ci. La confusion entre ces deux notions peut

53. Pour une analyse détaillée de la question, voy. not. F. DUMON "De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1978, *J.T.* 1978, p. 470.

54. Cass. 25 mars 1965, *Pas.* 1965, I, 791; M. PLANIOL et G. RIPERT, *o.c.*, p. 751; C. AUBRY et C. RAU, *o.c.*, pp. 80 et 81 et la jurisprudence citée.

55. Voy. not. Cass. 26 octobre 1983, *J.T.* 1984, p. 285; Cass. 10 février 1983, *Pas.* 1983, I, 665.

56. X. DIEUX, *o.c.* (*congrès IDEF*), p. 489 et les références citées; X. DIEUX, *o.c.*, (*R.D.C.* 1986) p. 93.

57. D. MOUGENOT, *o.c.*, p. 75.

58. A. GUILMOT, "L'interprétation du contrat", in *Obligations, – commentaire pratique*, Kluwer, II.1.5-32.

59. Cass. 15 septembre 1964, *Pas.* 1965, I, 47; Cass. 23 février 1973, *Pas.* 1973, I, 593; Cass. 1^{er} mars 1973, *Pas.* 1973, I, 611; Cass. 23 mai 1973, *Pas.* 1973, I, 887; Cass. 22 février 1974, *Pas.* 1974, I, 653; Cass. 26 mars 1965, *Pas.* 1965, I, 793; Cass. 29 janvier 1965, *Pas.* 1965, I, 533; Cass. 7 mai 1925, *Pas.* 1925, I, 241; Cass. 22 avril 1974, *Pas.* 1974, I, 364; Cass. 11 octobre 1973, *Pas.* 1974, I, 156; Cass. 3 janvier 1975, *Pas.* I, 457; Cass. 18 mai 1977, *Pas.* 1977, I, 958; Cass. 3 octobre 1977, *Pas.* 1978, I, 139; Cass. 3 novembre 1977, *Pas.* 1978, I, 267; Cass. 29 septembre 1978, *Pas.* 1979, I, 146; Cass. 9 mai 1980, *Pas.* 1980, I, 1127; Cass. 5 septembre 1985, *Pas.* 1986, I, 10; Cass. 10 janvier 1994, *Pas.* 1994, I, 16; Cass. 17 janvier 1994, *Pas.* 1994, I, 50; Cass. 15 janvier 1996, *Pas.* 1996, I, 29.

60. F. DUMON, "De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes", Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1978, *J.T.* 1978, p. 470.

61. *Ibid.*

naître de ce que ce sont les mêmes dispositions, à savoir les articles 1319 à 1322 du Code civil, qui les gouvernent⁶².

En effet, d'une part, déterminer si un acte présenté à titre de preuve permet de prouver telle ou telle prétention alléguée, est bien différent de l'obligation de ne pas faire mentir l'acte quant aux termes qu'il comporte, et d'autre part, déterminer la force probante d'un acte relève, une fois de plus, de l'appréciation souveraine des juges du fond, alors que le contrôle du respect de la foi due appartient à la Cour de cassation.

Notons enfin que si la détermination de la valeur probante fait l'objet d'une appréciation par le juge du fond, celui-ci pourra cependant subir la censure de la Cour de cassation s'il méconnaît une règle de droit en accordant ou en rejetant le caractère probant de l'écrit.

E. Champ d'application ratione personae des règles de la preuve

27 Nature de l'acte ou qualité de la personne?: Avant de chercher à prouver un fait, il y a lieu de déterminer, dans chaque espèce, laquelle, de la règle de l'exigence de l'écrit ou de la règle de la liberté de la preuve, sera applicable au litige en question. Suivant l'enseignement traditionnel, le champ d'application du régime de la preuve libre comporte les mêmes limites que le droit commercial formel lui-même, c'est-à-dire, celui que recouvrent les articles 2 à 3 du Code de commerce⁶³.

Une partie de la doctrine contemporaine préconise, cependant, d'avoir égard au domaine réel du droit commercial, c'est-à-dire à toutes les règles qui répondent aux besoins propres d'une activité économique⁶⁴.

Quelle que soit la thèse adoptée, la qualité de la personne contre qui l'on prouve n'est pas entièrement déterminante et le principe de la liberté de la preuve peut s'appliquer à une personne non-commerçante si l'acte à prouver résulte dans son chef d'un acte commercial par nature⁶⁵.

28 Remarques: X. DIEUX relève cependant qu'en pratique, la présomption d'application du régime de la preuve libre à toutes les personnes commerçantes peut être renversée. Si ces dernières renversent la présomption de commercialité, en démontrant que l'acte que l'on cherche à prouver était indépendant de leur commerce, elles échappent, en effet, à son champ d'application. Partant, il appert que la qualité de la personne à l'égard de laquelle la preuve doit être rapportée a, en réalité, une importance pratique considérable⁶⁶.

29 Actes mixtes: Il convient de souligner l'existence d'actes qui peuvent parfaitement être de type commercial dans le chef d'une partie et civil dans le chef de l'autre. Ces actes sont qualifiés de "mixtes" par la doctrine. Dans ces cas, la doctrine belge préconise une application concurrente des deux régimes de preuve, en fonction de la nature de l'acte dans le chef de la partie contre laquelle la preuve doit être rapportée⁶⁷.

Dans un litige essentiellement commercial, il se peut donc qu'une partie, liée uniquement par des obligations de type civil, soit protégée par les règles régissant la preuve civile, pouvant, seules, être invoquées à son encontre.

IV. L'arrêt du 24 juin 2004 de la Cour d'appel de Mons

30 La décision de la cour: À la lumière du bref exposé qui précède, rappelant quelques principes fondamentaux du droit de la preuve, il nous est permis, à présent, de mesurer la portée de l'arrêt du 24 juin 2004 de la Cour d'appel de Mons.

Cet arrêt rejette la demande formulée par un curateur de faillite qui tendait à la détermination d'une période suspecte, et à ce que, en conséquence, l'intimée, mère du failli, soit condamnée au rapport de la somme d'argent qui lui aurait été remise par ce dernier, peu avant la faillite.

Ce rejet est fondé sur l'absence, selon la cour d'appel, de caractère probant des éléments de fait offerts par le curateur, lors même que celui-ci produisait un écrit, demandait la comparution d'un témoin dont les propos pourraient en confirmer la teneur, et se prévalait, en outre, de présomptions.

La cour d'appel a, en effet, considéré, comme l'avait d'ailleurs fait la juridiction de première instance, que l'écrit ne permettait pas de prouver à suffisance que la remise de la somme d'argent alléguée s'était véritablement produite, eu égard à la qualité de son auteur, considéré comme peu digne de confiance.

Elle a de même refusé d'entendre le témoin proposé par le curateur, comme la loi l'y autorise, pour manque d'impartialité dans la mesure où ce dernier était en relation d'affaires avec le curateur. Cette décision découle également de ce que ce témoignage entraînait en contradiction avec celui d'une autre personne, à savoir le compagnon de l'intimée.

31 Échec dans l'administration de la preuve: En vertu du principe selon lequel il appartient à quiconque allègue une chose d'en apporter la preuve, c'est au curateur qu'il appartenait de prouver la remise par le failli à sa mère, intimée, d'une somme d'argent quelques semaines avant sa faillite.

62. Voy. not. Cass. 11 février 1998, *Arr. Cass.* 1998, 202.

63. Pour l'analyse de cette position doctrinale, voy. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. 1^{er}, n^{os} 2 et 3.

64. J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, l.c.

65. X. DIEUX, *o.c.*, (*R.D.C.* 1986), p. 88.

66. X. DIEUX, *o.c.*, (*R.D.C.* 1986), p. 89.

67. X. DIEUX, *o.c.*, (*R.D.C.* 1986), p. 90; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence – Les obligations", *R.C.J.B.* 1975, p. 710; J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, l.c.; D. MOUGENOT, *o.c.*, pp. 124 et s.

En décidant de rejeter la demande du curateur tendant à la fixation d'une période suspecte et au rapport par l'intimée d'une somme d'argent au profit de la masse, aux motifs que les éléments de preuve apportés par le curateur n'étaient pas probants, la cour d'appel, tout en admettant que la thèse du curateur permettrait d'expliquer la disparition d'une somme d'argent, décide que la preuve du fait allégué n'est pas rapportée à suffisance et que le curateur doit ainsi supporter le risque de la preuve non faite.

Cet arrêt appelle les observations suivantes.

32 Quant à la force probante des actes sous seing privé: La cour d'appel refuse de prendre en compte l'écrit présenté par le curateur, au motif que la personnalité douteuse de l'auteur de celui-ci permet de penser qu'il ne peut renfermer d'affirmations dignes d'un quelconque crédit. C'est donc la force probante du document déposé qui se trouve mise en doute par la cour d'appel.

Cette décision nous semble justifiée.

En revanche, les motifs d'un tel rejet soulèvent, selon nous, diverses interrogations.

33 Pas d'application des articles 1322 et 1323 du Code civil: L'élément de preuve en question semble présenté par le curateur comme une preuve écrite, préconstituée, ce qui n'est, à aucun moment, contesté par la Cour, ni ne le fut, en première instance, par le tribunal de commerce.

Nous avons vu qu'en vertu de l'article 1322 du Code civil, l'acte sous seing privé revêt une force probante maximale.

Or, en l'espèce, l'acte invoqué à titre d'écrit par le curateur fut rédigé par le failli lui-même qui y affirme avoir opéré la remise à l'intimée d'une somme d'argent provenant de la réalisation d'un bien de l'entreprise, quelque temps avant sa faillite.

Force est de constater que cette déclaration par écrit du failli ne renferme que l'allégation d'un fait, ne créant, en réalité, aucune obligation, si ce n'est à l'encontre d'une tierce personne et permettant au failli de ne pas devoir s'expliquer sur la disparition de la somme litigieuse. Partant, l'on doit, à l'évidence, considérer qu'il ne recouvre pas la force probante établie par l'article 1322 du Code civil, puisqu'il ne s'agit nullement d'un écrit rédigé en vue de constater un fait juridique ou une déclaration de volonté qui engage son auteur. En conséquence, il ne saurait être question d'invoquer avec succès ce type de document à l'encontre de personnes tierces sur la base des dispositions relatives à la preuve littérale.

En d'autres termes, l'élément de preuve présenté ici ne constituait, à notre sens, pas un écrit au sens de technique probatoire du terme. Tout au plus, pouvait-il s'agir d'une attestation et donc d'une présomption. En effet, si l'on

acceptait que celui-ci puisse revêtir la qualité d'écrit et être à ce titre opposé à l'intimée, cela signifierait qu'il suffit, en définitive, de consigner par écrit un fait que l'on cherche à prouver pour lui donner la qualité et les effets décrits à l'article 1322 du Code civil.

Nous avons vu que sur la base de l'article 1323 du Code civil précité, un acte peut être produit sans qu'une vérification d'écriture préliminaire n'intervienne, car, si la partie à laquelle on l'oppose ne la proteste pas, son silence est interprété comme une reconnaissance en l'absence d'un désaveu de sa signature ou de son écriture.

Mais, comme nous le soulignons, la particularité de l'espèce est que la personne à laquelle on oppose l'écrit (l'intimée) n'est pas ici l'auteur de celui-ci, de sorte qu'en vertu des règles concernant la charge de la preuve, il eût été impossible à l'intimée de faire valoir que le document produit était un faux.

C'est pour cette même raison que la cour d'appel a, par ailleurs, précisé que cet écrit ne pouvait pas être constitutif d'un quelconque aveu extrajudiciaire puisqu'il n'émanait pas de l'intimée.

L'écrit du failli s'apparente donc plutôt, en l'occurrence, à une présomption de ce que la somme fut remise à l'intimée.

La décision de la cour d'appel de rejeter la demande du curateur, au motif que cet élément ne pouvait emporter la conviction, nous semble répétons-le, judicieuse. On peut regretter cependant que cette dernière n'ait pas davantage dégagé la qualification du type de preuve invoqué devant elle, et mis en avant l'impossibilité d'y conférer le caractère d'une preuve littérale.

34 Le rejet de l'offre de témoignage: Pour constater l'absence d'éléments probants, la cour d'appel a également écarté l'offre de témoignage d'un huissier de justice qui confirmait le contenu des affirmations du failli, pour cause de partialité et contrariété avec un autre témoignage.

Il paraît étonnant que la déposition d'un professionnel sous serment ait été écartée pour cause de partialité et de contradiction avec le témoignage d'une personne étroitement liée à l'intimé.

En effet, le simple fait que l'huissier soit, par ailleurs, en relation d'affaires avec le curateur ne peut avoir pour conséquence certaine la partialité de ce dernier dans la mesure où l'on se situe dans une affaire où il n'est absolument pas impliqué à titre personnel, ne retirerait aucun bénéfice d'un faux témoignage et jouit, *a priori*, d'une réputation ainsi que d'une crédibilité professionnelle certaines de sorte que, même si les dires de l'huissier n'étaient pas couverts par l'authenticité, la justification avancée ici par la cour d'appel semble surprenante. Cette appréciation (en ce qu'elle est

souveraine) n'aurait pu toutefois être l'objet de la censure de la Cour suprême.

À l'inverse, l'on s'étonnera du crédit donné à l'attestation du compagnon de l'intimée. C'est en effet en partie sur cet élément que la cour d'appel a rejeté l'offre de témoignage de l'huissier. Or, même si un lien de parenté, ou assimilé, ne suffit pas à rendre un témoignage suspect⁶⁸, l'on peut raisonnablement penser que ce témoignage-là est empreint de partialité.

Outre l'appréciation du caractère impartial du témoignage rejeté, la motivation de la cour d'appel, basée en partie sur les propos d'une personne proche de l'intimée, est donc, sur ce point aussi, à notre sens, critiquable. Ici encore, elle demeure cependant souveraine.

35 Les règles de la preuve commerciale étaient-elles bien applicables en l'espèce? Nous avons vu que la détermination du régime probatoire applicable se fait traditionnellement au regard de l'objet du litige et que, partant, la qualité de la personne contre qui l'on prouve n'a que peu d'incidence théorique.

C'est ainsi qu'en l'espèce, le principe de liberté de la preuve fut retenu puisque le litige se situe en matière commerciale.

Nous avons cependant évoqué des cas où, nonobstant le caractère commercial d'un litige, ce sont les règles de preuve du Code civil qui doivent être observées.

En effet, la protection d'une partie qui est atraite devant une juridiction, relativement à un fait ou un acte qui ne revêt dans son chef aucun caractère commercial, commande de n'accepter contre elle qu'une preuve qui soit conforme aux règles de la preuve civile, *a fortiori* lorsque celle-ci est défenderesse.

En l'espèce, la mère du failli n'est pas commerçante. Elle est atraite devant les juridictions commerciales pour avoir accepté une somme d'argent de son fils, ce qui ne constitue dans son chef aucunement un acte à caractère commercial. Partant, ce sont, sans doute, les règles de la preuve civile qu'il aurait fallu appliquer dans cette cause, ce que ni la juridiction de première instance ni la cour d'appel n'ont estimé devoir faire.

Cette question prend toute son importance au regard des observations que nous formulons plus haut. En effet, en droit civil, eu égard à la réglementation de la preuve dans ce domaine, un écrit est exigé pour tout litige qui s'élève au delà de 375 euros. Or tel était le cas en l'espèce.

Selon nous, l'"écrit" invoqué à titre de preuve par le curateur ne constitue, en réalité, pas un acte sous seing privé, mais établit plutôt une simple présomption, de sorte qu'il n'aurait pas pu être invoqué en droit civil. En l'absence d'écrit au sens de l'article 1341 du Code civil, aucun témoignage, ou aucun autre mode de preuve n'aurait été recevable et l'action aurait dû simplement être rejetée *ab initio*.

V. Conclusion

36 Disparités: Prouver en matière commerciale ou prouver en matière civile se révèlent être deux exercices bien distincts quant aux modes de preuve que l'on est en droit d'invoquer. En effet, le droit civil, fortement réglementé, enferme les parties dans un canevas de règles inflexibles. Ainsi, à défaut d'écrit, nul ne peut prouver dans un litige qui dépasse 375 euros, et, au-delà d'un tel montant, ce n'est qu'à la condition d'être en possession d'un commencement de preuve par écrit, accompagné de témoignages ou de présomptions, que l'on sera admis à le faire.

En matière commerciale, en revanche, l'on est libre de prouver par toutes voies de droit. Certes l'écrit, mode de preuve préconstitué et, en principe, inaltéré, emportera généralement la faveur des juges, mais tous les autres modes de preuve seront également admissibles, sans considération de montant.

37 Similarités: Au-delà de la question de l'admissibilité des modes de preuve, il apparaît que prouver en droit civil ou en droit commercial n'est guère différent.

En effet, les mêmes règles gouvernent tant la charge de la preuve, que le contrôle de la Cour de cassation sur le respect des notions légales mises en œuvre lors du processus probatoire. Ainsi, une fois le premier stade de l'admissibilité franchi, l'exercice devient fort similaire.

Dans leurs missions respectives, nous avons vu que les juridictions de fond ne pouvaient confondre les notions proches mais radicalement différentes de la foi due aux actes, de l'interprétation des actes et de la valeur probante de ceux-ci.

Les juges du fond sont souverains quant à l'interprétation qu'ils donnent aux actes présentés à titre de preuve et quant à la valeur probante qu'ils leur accordent, pour autant que, ce faisant, ils ne violent ni la foi qui leur est due, ni le type de force probante que la loi leur accorde, ni les notions légales d'écrit, de témoignage, d'aveu, de présomption et, pourvu qu'ils ne méconnaissent pas la force obligatoire des conventions, sous peine de subir la censure de la cour suprême.

Déterminer le champ d'application respectif des modes de preuve civile et commerciale est également un point central. En effet, si le système de la preuve réglementée est d'application, il sera souvent plus ardu et parfois même impossible de démontrer ses allégations.

68. Trib. trav. Bruxelles 25 janvier 1990, *Jur. Trav. Brux.* 1990, 181.

Si traditionnellement l'on considère que c'est l'objet du litige et non la personne contre laquelle on cherche à prouver qui doit guider ce choix, il convient de souligner l'existence d'actes mixtes, c'est-à-dire à caractère commercial dans le chef d'une des parties et civil dans le chef de l'autre. Dans ces cas-là, la preuve libre sera opposable à la première et la preuve écrite à la seconde. La qualité de la personne est donc, bel et bien, un élément d'une importance particulière.

38 **En l'espèce:** Dans la cause qui donna lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Mons du 24 juin 2004, nous avons vu qu'à notre sens, la cour d'appel a rejeté, à bon droit, la demande du curateur.

Toutefois, s'il faut approuver l'arrêt sur le principe du rejet du document écrit présenté à titre de preuve principale, la motivation de ce rejet laisse perplexe.

La cour d'appel motive, en effet, sa décision en énonçant que ledit document ne revêtait pas le caractère probant suffisant pour prouver la donation d'une somme d'argent par son auteur à l'intimée, eu égard à la personnalité douteuse de ce dernier. Il aurait, selon nous, été plus juste et plus convaincant de rejeter cette preuve, au motif qu'elle ne constitue en réalité pas un écrit au sens de l'article 1322 du Code civil, mais tout au plus une présomption de l'homme, non admissible à l'encontre de l'intimée. En effet, la cour semble avoir admis la production de toutes voies de preuve dans ce litige; or l'application des règles de preuve libre dans cette cause est, sans doute, critiquable.

Quant au rejet de l'offre de témoignage d'un huissier de justice, il nous semble également regrettable. En effet, la motivation avancée par la cour ne convainc guère dans la mesure où la parole d'un officier public mérite sans aucun doute plus de crédit que celle d'un parent d'une partie au procès. En outre, le témoignage de l'huissier aurait sans doute permis d'éclairer la cour d'appel, sans la lier quant à sa décision, sur la thèse du curateur, déjà soutenue par une présomption qui, de l'aveu de la cour d'appel, était une explication probable à la disparition de l'argent de l'entreprise faillie, tout en n'étant pas prouvée à suffisance.