

consenti par un professionnel du crédit est analysé en un contrat consensuel. Aussi la question se pose-t-elle de savoir si la preuve de la remise des fonds incombe toujours au banquier.

Une réponse négative a été donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 27 juin 2006²². On pourrait, il est vrai, contester cette affirmation car la Cour se réfère à la preuve du contrat et non à celle de la remise des fonds²³ : « que le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel de sorte que la preuve du contrat de prêt requiert seulement que soit été établi l'accord de volonté ». Mais ce motif a été énoncé pour censurer une décision qui avait débouté un prêteur de sa demande de remboursement au motif « que les éléments produits n'établissaient pas que le montant du prêt avait été effectivement remis à l'emprunteur ». Aussi n'est-ce pas sans raison que l'on a pu souligner que cet arrêt permettait au prêteur d'obtenir le remboursement des fonds prêtés sans avoir à établir la preuve de la remise²⁴.

Cette solution, qui n'est pas sans inconvénient pour le débiteur qui doit apporter une preuve négative – celle de ne pas avoir reçu les fonds²⁵ – pour échapper à la demande du prêteur, n'a cependant pas été réitérée. Dans un arrêt du 14 janvier 2010²⁶, la Cour de cassation a considéré « que si le prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel, il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds » : cette solution est reprise par la Cour dans son arrêt du 1^{er} octobre 2013. Elle doit être approuvée : la preuve de la remise des fonds incombe au prêteur parce que, comme l'indique l'article 1315, alinéa 1, du Code civil, « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». Or « le remboursement des fonds ne devient exigible qu'après leur mise à disposition »²⁷.

Aussi, que le contrat de prêt soit un contrat réel ou un contrat consensuel, la preuve de la remise des fonds incombe au banquier prêteur. On ne doit cependant pas en déduire que la distinction de contrats réels et des contrats personnels est sans portée sur ce terrain. Car, en

cas de contrat réel, il convient de prouver que la remise des fonds a été effectuée à titre de prêt²⁸ alors que si le contrat est consensuel, la preuve consiste seulement à prouver la remise de la chose, la preuve du prêt étant dans la dépendance de l'accord des parties. Cette différence est toutefois, on doit bien l'admettre, mince puisque si la preuve de l'accord n'est pas rapportée, la seule remise des fonds est insuffisante pour justifier la demande de remboursement du banquier²⁹.

T. B.

Prêt – Preuve – Commencement de preuve par écrit.

Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2013, arrêt n° 1090 F-D, pourvoi n° B 12-17.943, Sorret c/ Étienne.

« La cour d'appel a souverainement retenu, sans inverser la charge de la preuve, que les chèques litigieux établis par Mme Y... rendaient vraisemblable la créance alléguée par M. X..., constituant ainsi un commencement de preuve par écrit ; qu'aucun des griefs n'est fondé ; Mais sur le premier moyen, pris en sa troisième branche : Vu l'article 1347 du Code civil ; Attendu que pour condamner Mme Y... à payer une certaine somme au titre du prêt invoqué par M. X..., l'arrêt retient que les chèques remis à celui-ci constituent bien un commencement de preuve par écrit et qu'il y a dès lors lieu d'accueillir la demande en paiement ; Qu'en se déterminant ainsi, sans relever l'existence d'éléments extrinsèques propres à compléter le commencement de preuve par écrit de la créance alléguée par M. X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Un particulier remet une somme d'argent à un second particulier, lequel établit plusieurs chèques au bénéfice du premier et forme ensuite opposition au paiement de ces chèques, au motif d'une utilisation frauduleuse. Le premier particulier invoque l'existence d'un prêt non remboursé et assigne le second en paiement.

Le litige se cristallise sur la question de la preuve de l'existence d'un prêt. Fréquemment le prêt est consenti par un professionnel si bien que tous les modes de preuve sont admissibles. Toutefois en l'espèce, l'acte allégué lie deux particuliers si bien que s'applique le principe commun dit « de légalité » en vertu duquel lequel l'instrument probatoire est l'écrit³⁰. Cela signifie que les parties à un acte juridique, fût-il bilatéral ou unilatéral, doivent préconstituer par écrit la preuve de l'existence de cet acte, y compris si cet acte, comme en l'espèce, lui-même est verbal³¹. Concrètement, l'écrit (instrumentum) prouvant l'acte juridique (negotium) doit, à défaut d'être notarié ou reçu par un autre officier public³², avoir la forme d'un acte sous signature privée (art. 1322 à 1332 du Code civil).

28. V. F. Grua et N. Cayrol, Prêt de consommation ou prêt simple, fasc. unique, art. 1892 à 1904, Juris-classeur civil, n° 74.

29. Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2009, arrêt préc.

30. Art. 1341 du Code civil : « il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret », laquelle est aujourd'hui de 1 500 euros.

31. V. Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, Bull. civ. I, n° 473 : « la preuve d'un mandat, même verbal ne peut être reçue que conformément aux règles générales sur la preuve des conventions ».

32. Ce qui correspond à la définition de l'acte authentique, art. 1317 du Code civil.

22. obs. Th. Bonneau ; Cass. com. 7 avril 2009, Banque et Droit n° 126, juillet-août 2009. 18, note Th. Bonneau ; D. 2009, p. 2080, note J. Ghestin ; Cass. com. 22 mai 2012, Banque et Droit n° 144, juillet-août 2012. 17, obs. Th. Bonneau.

23. Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 2006, Contrats, Concurrence, Consommation, novembre 2006, com. n° 221, note L. Leveneur.

24. Sur cette distinction, v. D. R. Martin, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2010, D. 2011, pan. p. 1649.

25. V. Lagarde, note préc. ; François, note préc., spéc. n° 7 et s.

26. On peut penser que les dispositions de l'article 1315, al. 2, du Code civil selon lequel « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » n'ont pas vocation à s'appliquer car si le débiteur est redevable en vertu du contrat, il n'est tenu d'une obligation que s'il a reçu les fonds. Or si les fonds ne lui ont pas été remis, le débiteur ne peut pas être tenu à un quelconque remboursement, de sorte qu'il n'a pas à prouver qu'il est libéré de son obligation de remboursement (v. Martin, obs. préc.). Cette opinion n'est toutefois pas unanime. Certains auteurs (François, note préc., spéc. n° 3 in fine) considèrent, en effet, en se fondant sur les dispositions de l'article 1315, alinéa 2, du Code civil que « par extension, celui qui prétend que son obligation n'est pas valable ou n'a pas pris naissance doit le démontrer ».

27. Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2010, Banque et Droit n° 131, mai-juin 2010. 19, obs. Th. Bonneau ; D. 2010, p. 620, note J. François ; Rev. dr. bancaire et financier mars-avril 2010. 53, obs. X. Lagarde ; Revue Banque n° 724 mai 2010. 74, obs. J.-L. Guillot et M. Boccara ; Rev. trim. dr. com. 2010. 763, obs. D. Legeais ; D. 2011, pan. p. 1649, obs. D. R. Martin.

28. Martin, op. préc., spéc. p. 1650

Le Code aménage cependant une échappatoire à lourde exigence probatoire de l'article 1341 du Code civil : l'article 1347 du Code civil prévoit que la preuve est, par exception, libre « lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit », défini comme « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qui le représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué ». Telle est typiquement le cas de la facture, et du chèque dès lors qu'ils peuvent être imputés au défendeur.

La Cour de cassation reconnaît que la cour d'appel a pu souverainement analyser l'existence des chèques litigieux comme rendant vraisemblable la créance alléguée. Les chèques constituent un commencement de preuve, au sens de l'article 1347 du Code civil.

La Cour de cassation casse cependant l'arrêt au visa de l'article 1347 du Code civil, en rappelant qu'un tel commencement de preuve par écrit n'autorisait pas la cour d'appel à accueillir de manière automatique la demande en paiement. Le commencement de preuve par écrit nécessite d'être complété par un autre moyen de preuve. Plus précisément, ce complément peut être d'une nature quelconque (présomption de fait, témoignage, etc.) mais doit, comme le souligne la Cour de cassation, être extrinsèque à l'acte³³. Il s'agit d'une solution classique mais qui trouve fréquemment matière à être rappelée en matière de chèque. Par exemple, il avait été jugé qu'un chèque, mandat de payer donné par le tireur au tiré, ne constitue qu'un écrit rendant vraisemblable la créance invoquée par le bénéficiaire contre le tireur. Il avait aussi déjà été jugé que des chèques non remis à l'encaissement ne suffisent pas à faire la preuve d'une obligation à la charge de l'émetteur des chèques, si ce commencement de preuve par écrit n'est complété par aucun autre élément de preuve³⁴. Ces cas ne sont pas isolés car on sait que la pratique des chèques de garantie n'a pas disparu, entre particuliers notamment, en dépit de l'importance prise par l'empreinte de carte bancaire à titre de garantie d'un paiement différé.

Sur le plan concret, les éléments de fait de l'espèce ne permettent pas de saisir quels éléments de preuve supplémentaires auraient pu être apportés, en l'absence d'écrit reconnaissant la dette. Il apparaît donc que le prêteur qui n'aurait pas pris la précaution d'établir un tel écrit succombera, dans ce type de circonstances, au risque de la preuve.

Il est notable qu'une stratégie procédurale alternative permettrait d'éviter l'impasse que crée la discussion relative à l'existence du contrat de prêt. Une action aurait pu être entamée sur le terrain cambiaire. Dès lors que des fonds ont été remis et des chèques remis, ceux-ci apparaissent causés si bien que la mainlevée de l'opposition sur les titres peut être demandée. La charge de la preuve reposerait alors sur le bénéficiaire allégué du prêt.

G. H.

33. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 1972, Bull. civ. I, n° 185.

34. Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 203.

Prêt – condition suspensive – clause pénale.

Cass. civ. 3^e, 20 novembre 2013, arrêt n° 1362 FS-P+B+I, pourvoi n° T12-29.021, Trapletti c/ Boumaza.

« Vu l'article 1178 du Code civil ; Attendu que pour débouter M. Trapletti de sa demande au titre de la clause pénale, l'arrêt retient qu'il est reproché à Mme Boumaza d'avoir demandé à la BNP un prêt à un taux inférieur au taux prévu à la promesse de vente, qu'il est vrai qu'elle a demandé une simulation sur la base d'un taux de 4,20 % dont il n'est pas démontré cependant qu'il soit fantaisiste, que le seul fait de demander un taux légèrement inférieur au taux prévu par la promesse ne constitue pas une faute justifiant la mise en jeu de la clause pénale et qu'il n'y a pas là une "instrumentalisation" de la condition suspensive ainsi que le prétend M. Trapletti ; Qu'en statuant ainsi, tout en constatant, d'une part, que Mme Boumaza avait sollicité de la banque BNP Paribas un prêt à un taux ne correspondant pas aux caractéristiques de la promesse, d'autre part, qu'elle se contentait de produire une lettre de Cetelem indiquant que son dossier avait été détruit, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé. »

Deux particuliers avaient signé une promesse de vente sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt au taux maximum de 4,75 %. L'acquéreur ayant renoncé à acquérir en arguant d'un refus de prêt, le vendeur l'a assigné pour inexécution des obligations convenues au titre du compromis. Le vendeur soutenait, par ailleurs, que le fait d'avoir demandé à l'établissement bancaire un prêt à un taux inférieur au taux prévu au contrat, constituait une instrumentalisation de la condition suspensive. En conséquence, il demandait à ce que la condition suspensive soit considérée comme réalisée. Par là, il entendait pouvoir faire reconnaître la promesse purement et simplement obligatoire et, faute d'exécution, bénéficier du jeu d'une clause pénale insérée dans la promesse.

Pour débouter le vendeur de sa demande au titre de la clause pénale, une cour d'appel avait retenu que le seul fait de demander un taux légèrement inférieur au taux prévu par la promesse ne constituait pas une faute justifiant la mise en jeu de la clause pénale et que l'instrumentalisation de la condition suspensive invoquée n'était pas prouvée. L'arrêt des juges du fond est toutefois cassé, au motif que la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de la double constatation de ce que, d'une part, le prêt sollicité présentait un taux ne correspondant pas aux caractéristiques de la promesse et, d'autre part, l'emprunteur malheureux se contentait de produire une lettre de l'établissement de crédit indiquant que son dossier avait été détruit.

La cassation a pour visa l'article 1178 du Code civil, en vertu duquel, une condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur qui en a empêché l'accomplissement. Une jurisprudence abondante a permis de préciser le seuil en dessous duquel les diligences du bénéficiaire de la condition suspensive seront jugées si insuffisantes qu'elles font obstacle à l'accomplissement de la condition. Concrètement, la jurisprudence définit de manière large les cas dans lesquels la condition mérite d'être réputée réalisée faute d'actes suffisamment cohérents de la part du bénéficiaire de la condition par rapport à ses engagements. Tel est le