

La solution est, semble-t-il, inédite. Bien au contraire, selon une jurisprudence constante, « *l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté* » (v. p. ex. : Com., 3 avr. 2007, Bull. n° 109 ; Civ. 1^{ère}, 13 févr. 2007, Bull. n° 57). L'arrêt signalé paraît donc s'écarter de ce principe bien établi. En réalité, il n'en n'est rien. Les décisions précitées interviennent **dans l'hypothèse particulière où l'action en nullité se trouve atteinte par la prescription**. Lorsque tel est le cas, celui qui disposait de cette action perd le droit *d'agir* en nullité. Mais, si le contrat n'a pas encore été exécuté, il conserve la faculté *d'opposer* cette nullité par voie d'exception à une demande d'exécution formulée par l'autre partie. C'est le « *principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle* » (Civ. 3^{ème}, 14 mai 2003, Bull. n° 103). Or, ce principe ne s'applique pas lorsque le contrat a été partiellement exécuté. Tel est le sens des arrêts précités. Et ce sont ces arrêts que l'assuré, en l'espèce, s'est efforcé d'exploiter dans une situation tout à fait différente. A l'assureur qui invoquait la nullité par voie d'exception, il opposait l'exécution partielle du contrat d'assurance – le versement de la provision. En d'autres termes, il prétendait faire de la neutralisation de l'exception en cas d'exécution partielle une règle générale, et non une solution limitée au cas de la prescription. La Cour ferme ici cette perspective. En somme, il ne faut pas prendre la formule des arrêts précités au pied de la lettre. L'exécution partielle d'un contrat ne fait pas obstacle à l'exception de nullité, mais simplement au principe suivant lequel cette exception survit à la prescription.

Cautionnement : droit de la preuve versus secret bancaire (Com., 16 déc. 2008,)

L'établissement de crédit bénéficiaire d'un cautionnement peut-il se prévaloir du secret bancaire pour refuser de fournir à la caution des éléments concernant le débiteur principal ? Telle est la difficulté résolue par cet arrêt. Le dirigeant d'une société se porte caution solidaire des engagements de celle-ci envers une banque. Il décède. Sur demande de la banque, l'engagement de caution est exécuté par sa veuve. Postérieurement, celle-ci soupçonne la banque de lui avoir demandé des sommes non couvertes par le cautionnement. Afin de le vérifier et d'en obtenir la restitution le cas échéant, elle sollicite de cette banque diverses informations, qui lui sont refusées. Elle en demande alors la communication en justice (art. 145 C. proc. civ.). La cour d'appel saisie du litige la déboute, motif pris du secret bancaire qui s'impose à l'établissement de crédit. Elle en est censurée dans les termes suivants : « *dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire* ».

C'est donc d'un conflit de règles que la Cour avait ici à connaître. D'un côté, l'art. 1315 C. civ. (visé par l'arrêt), voulant que celui qui réclame l'exécution d'une obligation en rapporte la preuve. De l'autre, l'art. L. 511-33 C. mon. et fin. (lui aussi visé), qui interdit à un établissement de crédit de divulguer des informations concernant ses clients. L'art. 1315 l'emporte. La solution paraît en effet s'imposer. Le banquier qui demande paiement à la caution doit, comme toute personne qui se prétend créancière, prouver l'obligation invoquée. Et si le secret avait vocation à s'appliquer en pareille hypothèse, cela ne pourrait être qu'au détriment de la banque qui, ne rapportant pas la preuve requise, devrait être déboutée de sa demande. En quoi, d'ailleurs, l'arrêt semble finalement heureux pour les établissements de crédit. Car s'il leur fait obligation de fournir les documents sollicités par la caution ou ses ayants droit, ne leur reconnaît-il pas, corrélativement, **le droit de se prévaloir eux-mêmes, envers la caution, d'éléments couverts par le secret bancaire ?** On terminera en soulignant que la solution proclamée par la Cour ne semble pas manifestement adaptée à l'espèce. Que la banque soit tenue de prouver l'obligation dont elle *réclame* l'exécution, fort bien. Mais, en l'occurrence, la banque ne réclamait rien. C'est la caution (en réalité son ayant droit) qui envisageait de réclamer restitution. Elle était demanderesse, et la banque défenderesse. Dans ces conditions, l'art. 1315, qui impose au *demandeur* de prouver l'obligation, avait-il vraiment un rôle à jouer à l'égard de la banque ? En vérité, il semble que cette disposition ait été ici appliquée dans une perspective qui dépasse l'opposition demandeur/défendeur, et qui manifeste l'existence d'une sorte de **droit à la preuve** (v. déjà Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, Bull. n° 101), bénéficiant ici à la caution alors même qu'elle se trouve en position de demanderesse. Où la recherche de la vérité progresse !