

Article

« Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. concernant le cautionnement »

Jacques Deslauriers

Les Cahiers de droit, vol. 17, n° 3, 1976, p. 593-601.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042120ar>

DOI: 10.7202/042120ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. concernant le cautionnement

Jacques DESLAURIERS *

| | Page |
|---|------|
| Introduction | 593 |
| 1. La définition du cautionnement et ses implications | 594 |
| 2. Les critères d'appréciation de la solvabilité de la caution | 596 |
| 3. La possibilité du débiteur de fournir une autre sûreté que le cautionnement .. | 596 |
| 4. L'abolition du bénéfice de division et de discussion | 597 |
| 5. L'incidence du consentement du débiteur sur le recours de la caution | 597 |
| 6. Le décès de la caution | 598 |
| 7. Le problème de la solidarité | 600 |
| 8. La prescription | 600 |
| Conclusion | 601 |

Introduction

Les commissaires de l'Office de révision du Code civil présentaient au public il y a quelque temps leur rapport préliminaire concernant les règles de cautionnement contenues dans le Code civil¹. Les objectifs de la refonte consistant à rajeunir ces règles pour les rendre plus conformes au contexte social et économique dans lesquelles elles sont appelées à être utilisées, nous nous demandons cependant si ce but a été réellement atteint et si, au lieu d'être rajeunies, ces règles n'ont pas été sous certains aspects trop simplifiées par la disparition de nuances qui pourtant étaient essentielles.

Depuis longtemps, on déplorait la désuétude et le caractère incomplet des dispositions du *Code civil* actuel concernant le cautionnement. À l'origine, le cautionnement était plutôt une institution à caractère familial. On cautionnait pour assurer le crédit d'un proche et à l'occasion d'un ami ou d'un associé. Le changement du contexte

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le cautionnement*, Montréal, 1975.

social et familial a modifié le cautionnement tel qu'on pouvait le concevoir il y a 100 ans et en a diminué l'importance. Mais on assiste présentement à une renaissance de sa vogue, dans un cadre différent, principalement dans le domaine des activités commerciales. Voyons quelques-uns des changements apportés tant sur le fond que sur la forme et voyons s'il s'agit de modifications heureuses.

1. La définition du cautionnement et ses implications

L'article premier du projet de l'O.R.C.C. énonce :

Le cautionnement est un contrat par lequel une personne, appelée caution, s'oblige envers un créancier à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas.

Est réputé caution, celui qui a promis qu'un débiteur exécutera son obligation.

Depuis une soixantaine d'années, les auteurs du Québec déplorent la rédaction défectueuse de l'article 1929 du code actuel où l'on mentionne que le cautionnement est un « acte » plutôt qu'un contrat. Mignault le déplore dans le tome 8 de son traité édité en 1909². Roch et Paré reprennent la même idée en 1952 dans le volume 13 du *Traité de droit civil du Québec*³. Les professeurs de droit l'ont répété à leurs étudiants pendant plusieurs générations. Aussi ne faut-il pas se surprendre de la modification proposée par l'Office de révision du Code civil à l'effet que le cautionnement est un contrat. Cependant, bien que la phraséologie sous cet aspect soit améliorée, on peut se demander si cette rédaction de la définition est devenue parfaite. Certains aspects de la définition de même que les commentaires des codificateurs ont de quoi laisser songeur.

Dans le premier article du projet, en effet, on assimile à une caution celui qui promet qu'un débiteur exécutera son obligation. Et dans le commentaire on ajoute que le porte-fort est assimilé à la caution. Il semble assez hasardeux d'assimiler ainsi une caution à un porte-fort. Bien que l'on trouve certains points de comparaison entre les notions de caution et de porte-fort, certaines différences ne peuvent être passées sous silence. Par exemple, le porte-fort promet qu'un tiers accomplira une prestation, mais ce tiers n'y est pas nécessairement tenu par ailleurs. Une illustration venant à l'esprit est celle du

2. *Le Droit civil canadien*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1909, vol. 8, p. 336.

3. ROCH et PARÉ, dans *Traité de Droit civil du Québec*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1952, vol. 13, p. 590.

concessionnaire-vendeur d'automobiles neuves qui, référant un acheteur à la compagnie-mère, promet que celle-ci exécutera des prestations non prévues ni dans la garantie ni dans le contrat. L'acheteur qui essuiera un refus aura un recours en dommages contre le vendeur qui a agi comme porte-fort. Mais ce dernier n'aura pas de recours subrogatoire ni récursoire contre la compagnie-mère. Il est vrai cependant qu'à l'article 18 du projet, on parle de la caution qui s'est engagée contre la volonté du débiteur et qui par conséquent est privée de recours: ici, il s'agit néanmoins d'une confusion de situation.

La promesse de porte-fort et le cautionnement constituent des engagements juridiques de nature différente. En s'offrant comme caution, une personne s'engage à exécuter l'obligation à laquelle le débiteur est tenu de toute façon, alors que dans le cas d'une promesse de porte-fort, le promettant est engagé en dommages lorsqu'il promet qu'un tiers exécutera une chose à laquelle il n'était pas nécessairement tenu. Dans le cas de porte-fort, il n'existe pas de subrogation contre le tiers pour le promettant. Dans le cas du cautionnement, ce recours existe. Certains auteurs en font même un élément inhérent à l'institution⁴.

De plus, si l'on assimile à une caution toute personne qui promet qu'un débiteur exécutera son obligation, on risque par cette phraséologie trop générale de ressusciter des questions qui avaient déjà été discutées en 1926 et 1932 dans les affaires *Rawleigh v. Dumoulin*⁵ et *Rawleigh v. Latraverse*⁶. Car le cautionnement doit comporter non seulement la promesse que le débiteur paiera mais aussi l'engagement formel de la caution de payer subsidiairement. Cette idée, mentionnée de façon claire dans le paragraphe 1 de l'article 1 du projet, devient confuse à cause du second paragraphe. Cette confusion, nonobstant l'écrit prévu à l'article 6 du projet, mettra en doute l'existence d'un contrat de cautionnement dans bien des cas. De toute façon, le fait de préciser qu'un écrit est nécessaire pour la formation d'un contrat de cautionnement ne constitue pas en pratique une si grande modification. En effet, dans le *Code civil*, aux articles 1233 et 1235(3), on précise que toute convention à caractère civil ou à caractère de cautionnement de nature commerciale impliquant un montant supérieur à \$400. doit être prouvée par un écrit. Donc, dans des poursuites judiciaires relatives à des cautionnements pour des sommes importantes, l'écrit a toujours été nécessaire.

4. AUBRY et RAU, *Droit civil*, 4^e éd., vol. 4, p. 686; LAURENT, *Droit civil*, vol. 28, n^o 232 et 242.

5. [1926] R.C.S. 552.

6. (1932) 36 B.R. 334.

2. Les critères d'appréciation de la solvabilité de la caution

Les critères d'appréciation de la solvabilité d'une caution, autrefois basés uniquement sur la propriété immobilière, sont dorénavant fondés sur l'ensemble des biens que possède une caution, qu'ils soient immobiliers ou mobiliers. Ceci est plus conforme à la composition variée des patrimoines dans le contexte économique d'aujourd'hui. Il s'agit d'une bonne amélioration.

3. La possibilité du débiteur de fournir une autre sûreté que le cautionnement

À défaut de fournir un cautionnement, tout débiteur, en vertu de l'article 8 du projet, devrait avoir la possibilité de fournir une autre sûreté. L'on ne précise pas la nature de la sûreté offerte en remplacement :

Le débiteur obligé à fournir caution peut donner à la place une autre sûreté.

Cette suggestion d'étendre à tout cautionnement une règle qui existait à titre exceptionnel dans le cas de cautionnement judiciaire est discutable. Par exemple, dans le cas du cautionnement judiciaire, cette possibilité de fournir un gage s'explique facilement. Ordinairement, les cautionnements judiciaires sont exigés pour un court terme et les montants sont généralement limités ; les circonstances sont nettement déterminées. Ordinairement, la sûreté remise est le titre d'une valeur mobilière et les autorités appelées à conserver l'objet du gage sont organisées pour le faire.

Dans le cas du cautionnement conventionnel, il semble inutile et inopportun d'étendre la règle de cette façon, sous réserve de l'exception suggérée plus bas. D'abord, si les parties ont convenu d'un cautionnement, ou si le créancier en a fait une condition de sa prestation initiale, rien ne justifie le législateur d'intervenir. Le contrat de gage a toujours existé dans le code, de même que les hypothèques. Les parties n'ont qu'à convenir elles-mêmes d'une autre sûreté sans que n'intervienne le législateur. Par la modification proposée par l'Office de révision, on risque d'imposer à un créancier l'obligation de recevoir et de conserver un gage, même si cela peut entraîner de sa part des responsabilités de conservation qu'il ne désirait pas assumer. De plus, dans le cas d'un prêt à long terme, l'obligation de conservation et les risques de dépréciation de l'objet mis en gage constituent autant d'aléas. Quant aux recours, constatons que le cautionnement permet de poursuivre la caution sur son patrimoine entier alors que dans le cas d'une sûreté

réelle, le recours est limité à la chose faisant l'objet de la garantie. Deux choses différentes que l'on assimile.

Il s'agit d'une disposition du projet à réviser en apportant les nuances voulues. Je ne conteste pas l'utilité de la règle dans le cas des cautionnements légal ou judiciaire. Mais dans le cadre du cautionnement conventionnel, une certaine prudence s'impose. Néanmoins, une circonstance où la substitution d'une caution par une autre sûreté pourrait être utile pour éviter certains abus serait le cas où la caution offerte perdrait la capacité ou la solvabilité. Dans ce cas, le débiteur, ne pouvant trouver une nouvelle caution ayant capacité et solvabilité, pourrait offrir au lieu d'une caution nouvelle une sûreté autre que le cautionnement, qui pourrait dans les cas litigieux être évaluée par le tribunal. Mais dans les autres cas, en particulier lors des contrats initiaux, pourquoi le législateur intervient-il dans ce que les parties peuvent et même doivent décider ?

4. L'abolition du bénéfice de division et de discussion

On a également fait disparaître dans le projet le caractère de règle générale que le code actuel attribue au bénéfice de division et de discussion. De toute façon, le bénéfice de discussion n'a jamais existé dans les cas de cautionnements judiciaires. Il était de bon aloi alors d'abolir ce caractère général du bénéfice de discussion et de division. Mais à l'article 11, on ne prévoit pas expressément la possibilité de l'existence du bénéfice de discussion par voie contractuelle. En effet, l'existence ou l'absence du bénéfice de discussion peut inciter une personne à refuser ou à offrir son cautionnement. Il est vrai qu'à l'article 15 du projet, on prévoit les modalités de l'exercice du bénéfice de discussion, le cas échéant.

Quant au bénéfice de division applicable pour les cautions à l'égard du créancier, les mêmes commentaires s'appliquent. Il aurait été bien d'en mentionner la possibilité de création par voie conventionnelle (article 12 du projet).

5. L'incidence du consentement du débiteur sur le recours de la caution

Au sujet du recours entre le débiteur et la caution, les articles 16 et 17 reproduisent les principes existant déjà dans le *Code civil* actuel. Cependant, l'article 18 du projet, privant de recours la caution qui s'est engagée sans le consentement du débiteur, semble un peu trop absolu. Il est vrai que dans le cadre d'un cautionnement, une personne

peut s'immiscer de mauvaise foi dans les affaires d'autrui. Cependant, encore faut-il prévoir certaines nuances. Dans certains cas, quand il ne s'agit que de désintéresser un créancier, pourquoi la caution serait-elle privée de son remboursement? Cette disposition est de nature à provoquer des situations d'enrichissement sans cause.

Pour priver de ce recours une caution, il faudrait peut-être effectuer certaines nuances, certaines distinctions, autres que le simple refus d'un débiteur d'être cautionné. Il faudrait peut-être distinguer selon que la caution s'est engagée lors du contrat original de prêt ou par la suite: la première est présentée par le débiteur lui-même ou est choisie par le créancier. Si le débiteur refuse la caution choisie par le créancier, le contrat original n'aura pas lieu. Mais s'il s'agit de remplacement de caution pendant le terme, il est possible que des intrigues et des impositions de caution surviennent. Néanmoins, il ne faudrait pas priver ainsi le créancier de la possibilité de maintenir sa garantie.

D'ailleurs, cet article 18, qui prive la caution s'étant engagée contre la volonté du débiteur, semble contradictoire avec l'article 5 du projet, qui prévoit que l'on peut cautionner contre la volonté du débiteur. Or le recours subrogatoire de la caution contre le débiteur à la place duquel elle a payé fait partie de l'institution même de cautionnement. Tant qu'à priver de tout recours subrogatoire une caution qui s'engage contre la volonté du débiteur, il aurait été plus logique de dire franchement qu'une caution ne peut s'engager contre la volonté du débiteur, ce qui somme toute aurait été tout aussi critiquable. Un plus grand nombre d'arguments et d'explications des codificateurs sur le sujet eut été souhaitable.

6. Le décès de la caution

Voilà un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre surtout depuis la décision *Dame Soucisse v. La Banque Canadienne Nationale*⁷, qui d'ailleurs a été portée en appel⁸. L'article 23 du projet tarit en partie les sources d'injustice qui provenaient de l'article 1937 du *Code civil*. Mais nous nous demandons si dans les faits les conséquences de l'article 1937 sont réellement disparues et si à l'avenir l'article 23 du

7. [1970] C.S. 116; commentée par Maurice TANCELIN dans (1970) 11 C. de D. 382.

8. Cause non rapportée; Cour d'appel de Montréal, n° 12-989. La Cour d'appel a modifié la décision de la Cour supérieure. Elle a refusé d'étendre le cautionnement au-delà des dettes déjà existantes au moment du décès.

projet tel que rédigé empêchera la répétition de situations analogues à celles qu'ont vécues les héritières du docteur Groulx dans l'affaire précitée.

Évidemment, le cautionnement constituant un contrat, il eut été abusif d'en décréter l'anéantissement pur et simple par le seul décès de la caution, car il n'en demeure pas moins que l'on stipule pour soi et ses héritiers. Néanmoins, cet article du projet laisse encore place à des ambiguïtés.

Nous croyons d'abord que les héritiers ne sont pas protégés complètement contre l'existence d'une lettre de cautionnement qui, cachée dans un tiroir du créancier et oubliée dans la paperasse du défunt, peut être opposée aux héritiers. Il y aurait lieu d'étudier différentes solutions de façon à éviter que les héritiers soient pris par surprise à la suite d'un engagement plus ou moins connu de la part du *de cuius* mort *ab intestat* ou après avoir rédigé un testament, quand les héritiers ont accepté de bonne foi la succession avec ou sans bénéfice d'inventaire. On pourrait prévoir qu'à défaut pour le débiteur ou le créancier d'avoir notifié les héritiers de la caution, ceux-ci seront réputés pour les fins d'exécution du cautionnement avoir accepté sous bénéfice d'inventaire. On pourrait en outre assortir l'exécution du cautionnement d'un délai dont le point de départ serait le décès du *de cuius*. Il y aurait lieu également de distinguer la dette qui était en souffrance lors du décès du *de cuius* de celle qui n'était pas encore échue et pour laquelle le débiteur était solvable lors du décès de la caution. C'est d'ailleurs l'idée contenue dans l'article 23 du projet.

Évidemment, devant cet épineux problème, il faut envisager des solutions qui soient de nature à engendrer l'équité des rapports et à l'égard du créancier et à l'égard des héritiers de la caution. Mais il faut aussi éviter que l'existence d'une lettre de cautionnement ne nuise au règlement d'une succession si les héritiers sont informés de l'existence du cautionnement, ou ne précipite dans la ruine ceux qui sont pris par surprise. On dira peut-être que mes propositions font un accroc au principe de la transmissibilité des obligations du défunt aux héritiers, mais il faut également constater que le cautionnement est un contrat qui diffère sensiblement des autres et par sa nature et par la contrepartie qu'il faut en espérer. Il semble injuste qu'un créancier profite du décès de son débiteur et de l'ignorance d'une situation de fait par les héritiers, et que de cette façon le décès d'une caution soit susceptible de ressusciter aux dépens des héritiers une garantie qui autrement aurait eu une valeur limitée. C'est une question d'équité non seulement en matière de cautionnement mais aussi dans le cadre du règlement des successions.

7. Le problème de la solidarité

Le projet est muet au sujet de la solidarité. Et il semble que ce soit à dessein. Les codificateurs n'ont pas cru utile de proposer formellement que dans le cas de cautionnement solidaire, les règles de la solidarité s'appliquaient. Ils se contentent de le dire dans leurs notes explicatives. C'est bien, mais il ne faut pas oublier que ce qui aura force de loi, ce sera les dispositions législatives adoptées. On ne devrait pas référer aux notes explicatives. C'est d'ailleurs une règle d'interprétation des statuts qui est très bien connue.

8. La prescription

Au sujet de la prescription applicable au cautionnement, certaines réserves peuvent être formulées. Il est de mise évidemment que l'accomplissement de la prescription en faveur du débiteur principal bénéficie à la caution et que la renonciation par le débiteur principal à une prescription déjà acquise ne préjudicie en aucune façon à la caution. Mais il peut être discutable d'obliger le créancier à effectuer une double démarche et de favoriser les tentatives d'évasion de la caution lorsque le créancier exerce son recours à l'expiration des délais de prescription.

La règle qui prévaut actuellement à l'effet que l'interruption contre le débiteur principal a effet contre la caution et que l'interruption contre la caution a effet contre le débiteur principal semble normale. Il est entendu que la caution ne doit pas risquer d'être engagée indéfiniment. Mais il ne faut pas oublier que le cautionnement est l'accessoire de la dette principale. Il faudrait plutôt concevoir une prescription propre à la caution. On pourrait prévoir que le recours contre la caution devrait être exercé dans le délai de 5 ans après l'échéance à la condition que la prescription ait été interrompue en bonne et due forme contre le débiteur principal. Ainsi, la caution saurait quand elle serait libérée et l'on n'alourdirait pas le recours que le créancier entend exercer contre son propre débiteur. Rien n'empêche de mettre en cause la caution lors de la poursuite. Ceci est même souhaitable. Mais le défaut de le faire ne devrait pas pénaliser le créancier qui essaierait de faire payer le débiteur original avant de s'adresser à la caution. Cette solution serait équitable tout en respectant l'esprit du contrat de cautionnement, qui est une promesse de payer subsidiairement.

Conclusion

Une dernière remarque concerne certaines suggestions qui auraient pu être apportées aux règles qui existent déjà. Il est vrai que l'on a corrigé certaines formulations, qu'en s'inspirant de la jurisprudence et de la pratique constante du cautionnement l'on a tenté de rectifier certaines choses qui semblaient être des anomalies. Cependant, on n'a pas ajouté d'élément qui aurait réellement modernisé l'institution du cautionnement. Ainsi, l'on ne trouve pas de disposition relative au cautionnement de nature commerciale, ni aux circonstances qui entourent la formation de tels contrats. Or dans le monde des affaires, le *bound* est de plus en plus fréquent, par exemple dans le domaine de la construction ou de l'exécution de tout important contrat. Ainsi, on aurait pu insérer dans le *Code civil* certaines dispositions contenues dans la *Loi des compagnies de garantie*⁹.

La plupart des contrats de cautionnement rédigés par des institutions financières, banques ou autres contiennent des textes et dispositions très touffus, et pour cela on invoque les lacunes des dispositions actuelles. Je ne suis pas convaincu que ces contrats, grâce aux nouvelles dispositions proposées par l'Office de révision du *Code civil*, soient dorénavant plus simples et que les intéressés puissent plus qu'auparavant s'en remettre aux dispositions du *Code civil*, interprétées uniformément par les tribunaux. Comme sous l'empire du *Code* actuel, on risque d'assister à une prolifération de clauses très diverses, interprétées à qui mieux mieux.

Le but de ces critiques n'est rien d'autre que de donner suite à l'invitation générale de l'Office de commenter le *Rapport sur le cautionnement*. Le projet a une valeur certaine. Quelques retouches demeurent souhaitables néanmoins.

9. S.R.Q. 1964, ch. 288.