

De la garantie d'exécution de contrat

R. G.

Volume 29, Number 4, 1962

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1103435ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1103435ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

G., R. (1962). De la garantie d'exécution de contrat. *Assurances*, 29(4), 239–248.
<https://doi.org/10.7202/1103435ar>

De la garantie d'exécution de contrat

par

R. G.

Notre directeur avait bien imprudemment terminé ainsi une chronique sur la police dite de garantie d'exécution de contrat, parue dans le dernier numéro: « Nous nous excusons de différer d'opinion avec nos collègues sur ce point et nous serions heureux qu'on démontre notre erreur ». C'était provoquer ceux qui ne pensent pas comme lui. Un autre de nos collaborateurs se fait l'interprète de ceux-ci. Nous faisons paraître son texte avec plaisir, tant dans ces colonnes existe la plus grande liberté de pensée et d'expression. Quelqu'un d'autre voudra-t-il exprimer son avis sur le sujet? Il n'a rien d'essentiel, mais il mérite qu'on s'y arrête, quand ce ne serait que pour dégager l'idée que l'on peut se faire de l'assurance. — A

239



Dans le dernier numéro de cette revue,¹ on retrouve certains commentaires relativement à la garantie d'exécution de contrat qui est présentée par l'auteur comme comportant tous les éléments de l'opération d'assurance. Cette présentation ne concordant pas, de l'avis même de l'auteur, avec l'opinion généralement admise, nous nous permettrons — avec tout le respect qui s'impose — de l'examiner attentivement afin de voir jusqu'à quel point nous pourrions la recevoir.

La question n'est pas sans importance car suivant que le « Contract Bond » sera considéré comme une assurance ou

¹ Assurances, octobre 1961, p. 195, « La garantie d'exécution de contrat est-elle une assurance ? » par Gérard Parizeau.

un cautionnement, l'attitude de l'assureur sera bien différente, tant dans l'établissement des normes d'acceptation que dans la détermination des primes à exiger.

1. — Les normes en matière d'assurances.

240 En assurance, les normes d'acceptation sont relativement précises, les éléments étant de deux ordres. D'abord des éléments d'ordre moral: l'assuré a-t-il bonne réputation, sa situation financière est-elle convenable, est-il considéré comme une personne recommandable? Puis des éléments d'ordre matériel: ainsi en assurance incendie, on se demandera si la construction est normale, si le système de chauffage est raisonnable, si le circuit électrique est en bon état, si l'entretien est convenable, etc. En somme, on essaiera de déterminer si l'assuré se place dans le cadre des risques habituels pour lesquels les taux de base ont été établis et dont l'acceptation devrait entraîner éventuellement un profit, compte tenu de la répartition des risques et de l'application de la loi des grands nombres. En assurance donc, on est en mesure de déterminer, avec suffisamment de certitude, les éléments qui sont pris en considération dans l'acceptation du risque et dans la détermination d'un taux adéquat en regard du taux normal.

2. — Les normes en matière de cautionnement.

En matière de cautionnement, l'approche est toute différente. Nous avons déjà examiné² les caractéristiques du cautionnement véritable. Nous nous permettrons d'y revenir rapidement, compte tenu qu'il est très important de bien saisir la nature de ce contrat particulier pour les fins du raisonnement que nous allons faire.

Le Code Civil, à l'article 1929, le définit ainsi: « Le cautionnement est l'acte par lequel une personne s'engage à rem-

² Assurances, janvier 1956, p. 117, « Cautionnement et Assurance ».

plir l'obligation d'une autre pour le cas où celle-ci ne la remplirait pas ». Il s'agit en somme d'un contrat mettant en présence trois parties: le débiteur, qui doit remplir une obligation; la caution, qui s'engage à exécuter cette même obligation dans le cas où le débiteur ne pourrait le faire; et le créancier envers qui existe à la fois l'obligation du débiteur et l'engagement de la caution. Cet engagement est de sa nature accessoire à l'obligation principale entre le débiteur et le créancier; il s'éteindra donc du fait de l'exécution de l'obligation principale.

241

Le contrat de cautionnement est effectué dans un but de service à rendre au débiteur ou, parfois, dans l'intérêt indirect propre de la caution, à titre gratuit ou à titre onéreux suivant les circonstances. Dans tous les cas, la caution accorde sa garantie pour permettre au débiteur de pouvoir exercer un droit (ainsi les cautionnements qui doivent être fournis pour en appeler à un tribunal supérieur), afin d'éviter au débiteur la déchéance de son droit (ainsi le cautionnement fourni pour obtenir des copies de titres détruits) ou afin de lui permettre l'obtention de certains droits (ainsi le cautionnement fourni pour garantir un emprunt). Compte tenu de ces buts, la caution ne s'engagera normalement que si elle considère le risque de défaut de la part du débiteur, comme improbable. Elle devra évidemment se rendre compte qu'elle peut quand même être tenue à l'obligation et, en conséquence, elle devra essayer de déterminer, avant de s'engager, l'étendue du risque, non pas à garantir mais auquel elle peut être sujette.

Pour ce faire, elle devra étudier soigneusement d'une part, la situation financière du débiteur et d'autre part, ses caractéristiques morales. Dans ce dernier cas, le risque est beaucoup plus grand que dans le domaine de l'assurance: en effet, même s'il est possible pour un assuré de mettre le feu à son établissement ou d'être de connivence avec un tiers pour simuler un vol, l'assuré sait fort bien que si l'assureur peut

faire la preuve du geste frauduleux ou malhonnête, le contrat sera vicié et aucune indemnité ne sera versée. Pour le cautionnement, la situation est toute autre, puisque la caution s'est engagée non pas envers le débiteur mais bien envers le créancier. La caution ne pourrait donc pas refuser de remplir son engagement si le défaut du débiteur provenait en tout ou en partie de la malhonnêteté de ce dernier.

242 3. — *Les différences entre les deux contrats.*

Le cautionnement apparaît donc avec les caractéristiques suivantes, lorsqu'on le compare au contrat d'assurance :

- a) la caution n'indemnise pas le débiteur mais lui rend un service en lui permettant l'exercice, la non-déchéance ou l'obtention d'un droit;
- b) la caution ne s'engage pas envers le débiteur mais s'engage envers le créancier;
- c) le cautionnement ne procède pas, comme l'assurance, d'un principe de répartition mais constitue une entente individuelle et séparée dans chaque cas;
- d) les éléments d'ordre financier et moral, sont d'une importance capitale alors qu'en assurance ces éléments sont tout de même relativement secondaires en regard des éléments matériels qui sont prédominants.

4. — *La nature actuelle de la garantie d'exécution de contrat.*

Demandons-nous maintenant, à la lumière de ce qui précède, si la garantie d'exécution de contrat est un engagement qui s'assimile au contrat d'assurance ou au contrat de cautionnement. Pour ce faire, nous tiendrons compte, d'abord du texte même de l'entente, ensuite de l'attitude des assureurs et enfin de l'établissement des taux.

a) *Le texte de l'entente*

Les formules utilisées par les divers assureurs, lorsqu'ils accordent une garantie d'exécution de contrat (en anglais,

« *Contract Bond* ») varient dans les termes utilisés mais la forme générale reste la même, à savoir un engagement solidaire du débiteur (ou principal) et de la caution. « Par les présentes, il est porté à votre connaissance que la compagnie X (ci-après dénommée le principal), comme principal, et la compagnie d'assurance Y (ci-après dénommée la caution), comme caution, sont tenues et fermement liées envers la compagnie Z (ci-après dénommée le bénéficiaire) en la somme de \$. . . au paiement de laquelle somme le principal s'oblige tant pour lui-même que pour ses héritiers, ses représentants, ses successeurs et ses ayants-droits, conjointement et solidairement, et la caution s'oblige tant pour elle-même que pour ses successeurs et ses ayants-droits ». Nous avons noté déjà³ ce caractère d'engagement solidaire propre à la garantie d'exécution de contrat et nous laissions entendre qu'il ne s'agissait pas là vraiment, au strict sens du mot, d'un cautionnement, considérant la forme de l'entente (engagement solidaire) et l'absence du bénéfice de discussion, en vertu duquel la caution peut exiger du créancier que ce dernier discute les biens du débiteur avant de forcer la caution à intervenir. Sans aller jusqu'à dire que notre affirmation de 1956 était erronée, nous tenons cependant à préciser qu'elle manquait un peu de nuance. En effet, il ne faudrait pas croire que le bénéfice de discussion constitue un des éléments fondamentaux du cautionnement. Si on se réfère à l'article 1941 du Code Civil, on se rend compte que « la caution n'est tenue à l'exécution de l'obligation qu'à défaut du débiteur qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas, l'effet de son engagement se règle par les principes établis pour les dettes solidaires ». Cet article montre clairement que la forme utilisée pour la garantie d'exécution de contrat en

³ Assurances, janv. 1956, p. 120.

est une déjà prévue par le Code Civil sous le titre du cautionnement.

b) L'attitude des assureurs

244 Si l'on se place maintenant du point de vue de l'attitude des assureurs, on ne peut faire autrement que de conclure que ces derniers considèrent la garantie d'exécution de contrat comme un service rendu à leurs clients, service qui évite à l'entrepreneur, soit de faire un emprunt à la banque, soit encore de rendre improductives des sommes importantes en fournissant au propriétaire, un chèque certifié. On peut évidemment discuter le bien fondé de cette attitude mais on doit, en pratique, en tenir compte. De toute façon, nous reviendrons sur cet aspect de la question un peu plus loin.

c) L'établissement des taux

Il reste maintenant la question de l'établissement des taux. Il est assez surprenant au premier abord de se rendre compte que les assureurs, qu'ils fassent partie de la Canadian Underwriters' Association, de l'Independent Conference ou qu'ils soient complètement indépendants, utilisent les mêmes bases de taux, et cela depuis un grand nombre d'années. N'est-ce pas là le seul secteur des activités des assureurs, qui n'ait pas subi les pressions de la concurrence? L'explication de cette situation ne se retrouverait-elle pas justement dans le fait que la garantie d'exécution de contrat ne serait pas une assurance? Pour notre part, nous sommes tentés de le croire, surtout si l'on considère que les résultats obtenus depuis plusieurs années, ont été remarquables, en regard de ceux obtenus dans l'industrie de l'assurance proprement dite. D'après les statistiques fédérales officielles, il appert que le pourcentage des pertes aux primes (calculé sur les primes souscrites nettes de réassurance) en assurance cautionnement (Surety) pour l'ensemble du Canada, a été en 1956 de 35.27%, en 1957 de 21.61%, en 1958, de 18.40%, en

1959 de 23.71% et en 1960 de 23.98%. Si vraiment la garantie d'exécution de contrat pouvait être considérée comme une assurance, obéissant à la loi des grands nombres et au principe de la répartition des risques, assisterait-on à une fixation des prix, alors que les résultats sont si manifestement brillants ?

5. — La nature possible de la garantie d'exécution de contrat.

Nous nous sommes placés jusqu'ici sur un plan strictement analytique et descriptif. Nous pourrions aussi examiner le problème dans une optique programmatique, en essayant de nous demander si, malgré le texte de l'entente, et l'attitude des assureurs appuyée par la politique d'établissement des taux, on pourrait en arriver à considérer la garantie d'exécution de contrat comme constituant une assurance. Afin de ne pas négliger cet aspect du problème qui a tout de même une grande importance pour ce qui est de l'avancement de la connaissance du métier et de l'adaptation de l'industrie aux conditions actuelles, nous allons maintenant nous demander si le « contract bond » est susceptible de faire l'objet d'un contrat d'assurance. En somme, compte tenu des principes fondamentaux de l'assurance, est-il logique de vouloir transformer un cautionnement en un contrat d'assurance ?

245

Le Code Civil à l'article 2468 définit ainsi le contrat d'assurance : « L'assurance est un contrat par lequel l'un des contractants appelé l'assureur, en considération d'une valeur, s'engage à indemniser l'autre qu'on appelle l'assuré, ou ses représentants, contre la perte ou la responsabilité résultant de certains risques ou périls auxquels l'objet assuré peut être exposé, ou encore contre la chance d'un événement ». Cette définition fait ressortir les éléments suivants :

a) le contrat implique deux parties seulement, l'assureur et l'assuré. Deux façons de procéder se présenteraient donc pour transformer le « contract bond » en une assurance :

d'abord, considérer l'entrepreneur comme l'assuré, et le propriétaire comme le bénéficiaire. Ceci comporterait des difficultés assez grandes, d'une part parce que les créanciers s'objecteraient certainement à ce mode, les liens entre ceux-ci et l'assureur étant beaucoup moins directs que sous un cautionnement; et d'autre part parce que l'on ne voit pas très bien contre quels risques on se trouverait à garantir le débiteur; prévoirait-on les risques de malhonnêteté et d'incompétence ?

246 Assurément, non ! La seconde façon de procéder consisterait à nommer le créancier comme assuré; l'assureur s'engageant à indemniser le propriétaire contre la perte découlant du défaut de l'entrepreneur de remplir son obligation. Cette façon de procéder comporterait encore ici des inconvénients: d'abord du point de vue du créancier qui ne pourrait recevoir une indemnité qu'après avoir établi sa perte, alors que, sous un cautionnement, l'assureur est tenu au paiement de la somme prévue à moins qu'il ne désire continuer les travaux; ensuite, du point de vue de l'assureur qui se trouve dans une position beaucoup moins forte à l'égard du débiteur. En effet, le débiteur n'est pas partie au contrat. L'assureur serait évidemment subrogé dans les droits du créancier et pourrait essayer de revenir contre le débiteur pour se faire rembourser; mais ce recours serait illusoire puisque le paiement de l'assureur serait intervenu tout probablement à la suite de la faillite ou de la déconfiture du dit débiteur. Sous le cautionnement, l'assureur aurait obtenu au préalable des garanties, comme la signature personnelle des officiers de la compagnie ou le dépôt de titres.

b) le contrat d'assurance prévoit une indemnité contre la « perte ou la responsabilité résultant de *certaines risques ou périls* auxquels l'objet assuré peut être exposé, ou contre *la chance* d'un événement ». Ceci souligne clairement l'aspect fondamental du contrat d'assurance qui n'est censé intervenir que dans la mesure où il y a un élément de fortune.

Ce principe est fortement reconnu dans la doctrine et dans la jurisprudence. On ne saurait prévoir sous une police d'assurance, une indemnité dans le cas d'événements certains à incidence déterminée ou encore dans le cas d'événements incertains sur lesquels l'assuré a un pouvoir d'opportunité ou de discrétion. Ce principe de fortuité des dommages empêcherait-il la garantie d'exécution de contrat d'être considéré sous l'aspect d'une assurance ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer à nouveau les deux modes mentionnés plus haut. Dans le premier cas, à savoir de considérer l'entrepreneur comme l'assuré et le propriétaire comme le bénéficiaire, nous ne pouvons que conclure que ce mode irait à l'encontre du principe de fortuité. Nous avons vu en effet combien d'éléments strictement financiers ou moraux interviennent dans un domaine comme celui dont nous traitons, éléments qui peuvent très souvent dépendre directement du plus ou moins d'honnêteté du débiteur ou du plus ou moins de compétence de sa part.

247

Par contre, si l'on tenait compte du second mode, à savoir d'indiquer le créancier comme assuré, sans intervention du débiteur au contrat, le problème serait différent puisque, du point de vue du créancier lui-même, l'inexécution de l'obligation du débiteur serait normalement accidentelle ou fortuite. Il ne serait donc pas impossible ni contraire aux principes de l'assurance, de vouloir considérer la garantie d'exécution de contrat sous une forme d'assurance lorsque le créancier est lui-même l'assuré. Cependant, compte tenu des difficultés qu'entraînerait ce changement radical, difficultés notées plus haut, nous ne voyons pas comment on pourrait en arriver à convaincre les parties intéressées d'y souscrire.



Nous sommes passablement convaincus que la situation actuelle, *tout au moins quant à la forme du cautionnement,*

répond bien aux problèmes que soulève l'activité économique présente. Cependant, il faut reconnaître qu'il y aurait lieu pour les assureurs d'adoucir quelque peu cette attitude intransigeante et exagérée qu'ils ont prise depuis quelques années dans l'acceptation des risques. On peut très bien admettre la nature de service inhérente au « *contract bond* » sans pour cela s'imaginer que l'on pourra exiger toutes les garanties imaginables afin d'être certains, sans erreurs possibles, qu'aucune perte n'en résultera. Il est fréquent pour les assureurs, lors de discussions à ce sujet, d'invoquer l'exemple des banquiers. Nous pourrions peut-être indiquer que ces derniers ont été obligés, suivant les conditions économiques, de s'adapter aux besoins de la population et de faire des prêts, non pas au hasard, mais sans exiger des conditions déraisonnables. Nous ne demandons pas aux assureurs de faire abstraction du risque qui est inhérent au contrat de cautionnement comme au contrat de prêt. Nous les comprenons lorsqu'ils essaient de minimiser ce risque, mais nous ne les comprenons pas d'être tellement plus exigeants que leurs collègues de la finance. Nous ne voyons pas d'ailleurs pourquoi ils le seraient, surtout si l'on considère leur marge de profits qui est de beaucoup plus confortable que celle que l'on retrouve dans le domaine bancaire.