

REGARD NEUF SUR LE CAUTIONNEMENT EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Louise Poudrier-Lebel

Volume 15, Number 2, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1109333ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19740>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Poudrier-Lebel, L. (1985). REGARD NEUF SUR LE CAUTIONNEMENT EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 15(2), 641–691. <https://doi.org/10.17118/11143/19740>

REGARD NEUF SUR LE CAUTIONNEMENT EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

par Louise POUDRIER-LEBEL*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	643
SECTION I: LA TRANSMISSIBILITÉ AUX HÉRITIERS DES DETTES NÉES POSTÉRIEUREMENT AU DÉCÈS DE LA CAUTION	643
1. Analyse de l'arrêt <i>Soucisse</i> de la Cour suprême	644
2. Commentaires	647
SECTION II: CAUTIONNEMENTS FOURNIS PAR LES ACTIONNAIRES	654
1. Les bénéficiaires de discussion et de division	654
2. Perte de la qualité d'administrateur ou de principal actionnaire	658
3. Recours après paiement: part à supporter	663
SECTION III: CAUTIONNEMENT ET HYPOTHÈQUE	665
1. Réciprocité de la subrogation entre la caution et l'acquéreur	665
2. Libération de la caution par l'exercice de la clause de dation en paiement	668
3. Effet de la renonciation à la subrogation vis-à-vis un créancier hypothécaire subséquent	674

* Professeure agrégée, Faculté de droit de l'Université Laval, membre du Barreau du Québec.

SECTION IV: CAUTIONNEMENTS DE CONSTRUCTION: CONFLITS ENTRE LA COMPAGNIE DE GARANTIE ET LES CRÉANCIERS DE L'ENTREPRENEUR	675
Introduction	675
1. Conflits entre le propriétaire et la compagnie de garantie	678
2. Conflits entre les sous-traitants, fournisseurs de matériaux et la compagnie de garantie	682
3. Conflits entre le cessionnaire de la créance et la compagnie de garantie	683
4. Conflits entre le syndic et la compagnie de garantie	684
Conclusion	691
CONCLUSION GÉNÉRALE	691

INTRODUCTION

Peut-on poser un "Regard neuf sur le cautionnement", sûreté très ancienne mais non archaïque? Oui sûrement car la Cour suprême dans l'affaire *Soucisse* a apporté une solution originale à la règle de la transmissibilité des dettes aux héritiers, solution susceptible d'être remise en cause par une décision de la Cour de Cassation. Oui encore parce que la pratique d'exiger des cautionnements des principaux actionnaires et dirigeants d'une entreprise suscite de nouveaux problèmes. Oui encore parce que maintenant le créancier multiplie l'exigence de sûretés, combine un cautionnement et une hypothèque. Il est aussi un autre domaine où le contentieux se développe: les cautionnements en matière de contrats de construction; la solution des conflits entre la compagnie de garantie et les différents créanciers de l'entrepreneur est encore incertaine.

Nous examinerons ces quatre problèmes qui se posent en droit québécois, mais nous ferons aussi appel aux solutions du droit français qui parfois peuvent nous éclairer.

SECTION I — LA TRANSMISSIBILITÉ AUX HÉRITIERS DES DETTES NÉES POSTÉRIEUREMENT AU DÉCÈS DE LA CAUTION

Tous connaissent la célèbre affaire *Soucisse*¹ qui mérite encore de retenir notre attention car l'arrêt *Ernault* rendu par la Cour d'appel de Paris en 1980² et invoqué par le juge Beetz a fait en 1982, l'objet d'une décision de la Cour de Cassation³. Deux auteurs français en induisent la règle que les héritiers ne garantissent pas les dettes nées postérieurement au décès de la caution⁴. Voilà remis en question

1. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, comm. par Jacques AUGER: "Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente", (1982) 1 C.P. du N. 123, 186 à 189; Léonard E. SEIDMAN: "*Banque Nationale du-Canada c. Soucisse*: Liability of Heirs for Future Debts under Continuing Guarantee-Recent Developments in Contractual Obligations of Good Faith", (1982) 27 *McGill L.J.* 563-569; Louise POUDRIER-LEBEL, "La transmissibilité aux héritiers de la caution des dettes contractées par le débiteur principal après le décès de la caution", (1981) 22 C. de D. 887-901.

2. Gazette du Palais, 1980, p. 604.

3. Répertoire Dalloz-Sirey, 1983, p. 360.

4. Philippe RENEY, "La caution ne transmet pas d'engagements à ses héritiers pour les dettes nées après son décès", (1983) 82 R.T.D.C. 354-355; Christian MOULY, note sous l'arrêt cité à la note précédente.

le principe de la transmissibilité des engagements de la caution à ses héritiers. Le juge Beetz l'avait réaffirmé dans l'affaire *Soucisse* mais écarté en l'espèce en raison de la faute de la banque.

1. Analyse de l'arrêt *Soucisse* de la Cour suprême

A. Faits

Les faits sont clairs. Le docteur Groulx signa deux actes de cautionnement contenant les clauses suivantes:

"Je, soussigné, me porte caution envers la Banque Canadienne Nationale (ci-après nommée la Banque), et à ce titre je lui garantis le remboursement de ce que Maurice Robitaille (P-2), - (ou Maurice Robitaille Auto Inc. (P-1), - (ci-après nommé le client), lui doit ou lui devra à l'avenir, jusqu'à concurrence d'une somme de trente-cinq mille dollars (P-2), - ou soixante et quinze mille dollars (P-1), - en capital, plus les intérêts, frais et accessoires...

Ce cautionnement sera continu...

Ce cautionnement me liera ainsi que ma succession et mes représentants légaux ou ayants droit, aussi longtemps qu'il n'aura pas été révoqué par un avis écrit... émanant de moi, de ma succession ou de mes représentants légaux ou ayants droit...".

En l'espèce, dès le décès de la caution, la banque réclama des héritières le paiement de certaines dettes déjà échues mais ne les avertit pas de l'existence du cautionnement continu en vertu duquel elle intenta plus tard des procédures contre elles.

B. Motif

Le juge Beetz rejeta l'action contre les héritières en invoquant une faute caractérisée de la banque:

"En ne révélant pas aux héritières de la caution l'existence et le caractère révocable des lettres de cautionnement, la Banque modifie unilatéralement la situation à son avantage en rendant les lettres de cautionnement pratiquement irrévocables. Elle s'est ainsi placée dans une position plus favorable que du vivant de la caution. Elle augmente aussi sa sûreté puisque les chances sont bien plus grandes que, si elles ignorent le cautionnement, les héritières acceptent purement et simplement la succession de la caution et deviendront ainsi personnellement garantes des dettes principales. En se taisant, la Banque obtient donc trois cautionnements additionnels garantis par trois nouveaux patrimoines en plus du patrimoine de la caution décédée"⁵.

Le juge Beetz s'appuie sur l'affaire française *B.E.R.D. c. Jeannin* où la Cour commence par condamner les héritiers puis impose

5. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, 357.

aussitôt à la banque le paiement d'une somme égale à titre de dommages-intérêts pour n'avoir pas révélé l'existence du cautionnement au notaire chargé du règlement de la succession et qui s'était informé de la situation du défunt auprès de la banque.

Il se fonde aussi sur l'affaire *Ernault c. Banque populaire de la région ouest de Paris* où la Cour d'appel de Paris fait devoir à la banque d'informer les héritiers de l'existence du cautionnement révocable et voit dans son silence une violation de l'article 1134 C.N. (notre article 1024 C.c.). Il reproche donc à la banque un manquement à une obligation générale de bonne foi dans l'exécution des contrats. Ce motif donné à titre subsidiaire n'est qu'un *obiter*:

"S'il était nécessaire de le faire, je n'hésiterais pas à décider que, dans la mesure où elle désirait consentir de nouvelles avances après le décès de la caution sur la foi des lettres de cautionnement la Banque devenait obligée, dès qu'elle a elle-même appris le décès, de révéler aux héritiers de la caution l'existence de ces cautionnements et leur caractère révocable. Comme la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Ernault*, je tiendrais que cette obligation découle du principe qui veut que les conventions soient exécutées de bonne foi... l'on rejoint ainsi l'article 1024 du Code civil"⁶.

La faute de la banque étant établie, elle constitue une fin de non-recevoir à son action contre les héritières car "nul ne doit tirer avantage de sa propre faute, ni surtout demander le secours des tribunaux pour y arriver"⁷. Suit un long développement sur les fins de non-recevoir qui est, à nos yeux, l'originalité du jugement de la Cour suprême. Le juge Beetz cite les définitions de Pothier, Denisart, Lemerle et réfère à deux articles en droit québécois. Il fait siennes les remarques du juge Mignault dans *Grace c. Perras* et ajoute:

"Il n'en demeure pas moins indiscutable qu'il y a dans le droit québécois des fins de non-recevoir que l'on a parfois confondu avec l'*estoppel*'"⁸.

Puis le juge Beetz de faire état de cette jurisprudence et conclure:

"L'un des fondements juridiques possibles d'une fin de non-recevoir est le comportement fautif de la partie contre qui la fin de non-recevoir est invoquée..."⁹.

C. Sens de l'arrêt

La solution ponctuelle que le juge Beetz apporte à ce litige repose sur le choix de la qualification de cautionnement et la

6. *Id.*, 356.

7. *Id.*, 358.

8. *Id.*, 360.

9. *Id.*, 362.

réaffirmation du principe général de la transmissibilité des obligations de la caution à ses héritiers, principe auquel il apporte un tempérament en cas de faute de la banque.

Le cautionnement continu est, selon la Cour suprême, un véritable cautionnement. Certes existe une distinction entre l'obligation spéciale de payer les dettes existantes, que le juge Beetz, avec Mouly appelle l'obligation de règlement, et l'obligation générale et successive de couvrir les dettes à venir que, pour employer la même terminologie, il désigne comme l'obligation de couverture. Néanmoins l'obligation de couverture constitue un véritable cautionnement répondant à la définition de l'article 1929 C.c. car:

"Cet article ne distingue pas entre les obligations présentes et les futures, entre les certaines et les aléatoires. Elles sont toutes susceptibles d'être cautionnées car on ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas"¹⁰.

Puisqu'il en est ainsi, il y a lieu de lui appliquer l'article 1937 du *Code civil*, qui est une répétition de l'article 1030 mais que les codificateurs ont jugé plus prudent de reformuler au sujet du cautionnement. Le juge Beetz critique la décision de la Cour d'appel. L'obligation de couverture - que la Cour d'appel nomme promesse de cautionnement - ¹¹:

"a un caractère patrimonial et elle n'a rien de purement personnel. On ne voit donc pas pourquoi elle échapperait au droit commun surtout quand le législateur a pris la peine d'édicter une disposition spécifique comme l'article 1937 du Code civil"¹².

Le juge Beetz discute aussi de l'argument du juge Bélanger de la Cour d'appel. Selon ce dernier, la promesse de se porter caution se transforme en cautionnement et l'obligation se transfère aux héritiers lorsqu'il y a consentement. Pour les dettes futures mais créées avant le décès, "il (le consentement à se porter caution) se renouvelait automatiquement de jour en jour, à moins d'être révoqué". Quant aux dettes postérieures au décès, elles ne peuvent être garanties par le cautionnement vu l'absence de consentement du signataire qui est décédé ou de ses héritiers qui ignorent la promesse. Le juge Beetz écrit:

"Quant à la théorie du consentement continu, énoncée par le juge Bélanger, elle me paraît aller à l'encontre du but même des cautionnements continus ou

10. *Id.*, 348.

11. (1976) C.A. 137, voir dans le même sens, Maurice TANCELIN, "Chronique de jurisprudence", (1970) 11 *C. de D.* 382-385.

12. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, 349.

successifs. Ces cautionnements garantissent ordinairement des ouvertures de crédit ou des soldes de comptes de banque et l'on veut éviter par cette sorte de sûreté de faire renouveler l'engagement de la caution chaque fois qu'il y a fluctuation du compte.

De plus, soutenir que les héritiers de la caution doivent renouveler leur consentement à l'obligation de couvrir revient à dire, en d'autres termes, qu'il leur faut consentir à un nouveau cautionnement parce que l'obligation de couvrir est intransmissible. Encore une fois, je ne vois pas pourquoi cette obligation serait intransmissible¹³.

Le juge Beetz reproche d'ailleurs à la Cour d'appel de ne s'être pas attardée à l'analyse de la clause de l'acte par lequel la caution prévoit spécialement la transmission de son engagement à ses héritiers, clause correctement interprétée par le juge de première instance¹⁴.

Enfin le juge de la Cour suprême cite l'affaire *Grandin* où la Chambre commerciale de la Cour de Cassation de Paris accueille l'action du créancier contre les héritiers de la caution informés de l'existence du cautionnement.

"C'était là réaffirmer le principe de la transmissibilité de l'obligation de couverture et confirmer *a contrario* le tempérament de l'arrêt *Jeannin*"¹⁵.

2. Commentaires

A. L'arrêt *Ernault*: une remise en cause du principe de la transmissibilité?

Dans un jugement fort court et hermétique, la Cour de Cassation dans l'affaire *Ernault* ne juge pas nécessaire de reprendre le moyen fondé sur le défaut d'aviser les héritiers mais retient les deux autres moyens invoqués par la Cour d'appel de Paris: l'absence de preuve de l'existence d'un compte courant antérieur au décès de la caution et par conséquent d'un solde débiteur. La Cour conclut que, puisque aucune dette n'existait à la charge de débiteur principal lors du décès de la caution, celle-ci ne peut transmettre d'engagement à ses héritiers.

Dans son commentaire sur cette décision, Philippe Rény¹⁶ affirme que l'article 2017 (qui correspond à notre article 1937) ne peut

13. *Ibid.*

14. *Id.*, 350.

15. *Id.*, 355.

16. P. RENY, *loc. cit.*, note 4.

avoir pour effet d'obliger les héritiers, dans le cas d'un cautionnement successif et général, pour des dettes nées postérieurement au décès de la caution. Selon lui, l'analyse dualiste de l'engagement de la caution, la distinction entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture développée par le professeur Mouly, a peut-être pesé dans le revirement de la Cour de Cassation. Voyons en quoi consiste cette analyse.

Selon le professeur Mouly¹⁷, dans un cautionnement continu, la détermination de la dette de la caution s'effectue en deux étapes: un premier temps permet la détermination de la dette par la précision, lors de la rédaction du contrat, des éléments qui délimitent le champ de la couverture assurée par la caution (nature des dettes garanties, durée de la garantie, conditions de la garantie); dans un deuxième temps, les parties pourront procéder à la détermination de la dette par application des éléments indiqués. Ce deuxième temps permettra de savoir s'il y a dette (certitude), quel est son montant (liquidité) et quand elle doit être payée (exigibilité). D'où l'on voit que l'engagement de la caution comporte deux obligations principales distinctes.

La première obligation est d'exécution immédiate et prend naissance dès la conclusion du contrat. Son objet est de tracer le cadre de la garantie offerte par la caution. Cette obligation détermine la couverture que fournit le cautionnement. C'est l'obligation de couverture. La deuxième obligation a pour objet le seul règlement d'une dette déterminée, c'est l'obligation de payer ou de règlement qui existe aussi dans le cautionnement de dettes existantes. L'obligation de couverture détermine les conditions de la naissance et l'étendue des obligations de règlement. Elle constitue le premier temps de l'établissement de la dette de la caution; d'elle dépend donc le deuxième temps et la deuxième obligation¹⁸.

Mouly soutient, que l'obligation de couverture s'éteint par le décès de la caution à cause du caractère *intuitu personae* de cette obligation (arts 1122 C.N., 1030 C.c.)¹⁹. Selon lui dans le cautionnement, les caractéristiques de la personne de la caution sont masquées par l'intérêt primordial que présente sa surface financière: l'*intuitu personae* classique, a un rôle à jouer dans le

17. C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris, Librairies Techniques, 1979, p. 325.

18. *Id.*, 336.

19. *Id.*, 457.

cautionnement²⁰. Le créancier qui accepte telle caution, est motivé plus par la possibilité pour cette dernière d'exercer des pressions sur le débiteur principal que par sa situation financière. Si l'obligation de couverture qui détermine le cadre de la garantie, est *intuitu personae*, elle n'est pas transmise aux héritiers et l'obligation de règlement ne peut naître.

Cette théorie et ses conséquences sont-elles exactes? Il faut reconnaître, avec le juge Beetz²¹, le grand mérite de Mouly d'avoir affiné l'analyse du cautionnement continu en une obligation dualiste, l'obligation de couverture et l'obligation de règlement. Mais peut-on admettre que la considération de la personne est si importante qu'elle confère à l'engagement de la caution un caractère *intuitu personae* qui exclut la transmission aux héritiers? Le juge Beetz ne le pense pas; pour lui "Elle (l'obligation de couverture) a un caractère patrimonial et elle n'a rien de purement personnel"²².

Mais étant donné le "poids considérable" de la jurisprudence française²³, peut-on prévoir un revirement de la jurisprudence québécoise en invoquant l'arrêt *Ernault*? Encore faudrait-il que cet arrêt ait été bien interprété, ce dont nous doutons. Pour nous, l'arrêt *Ernault* ne porte pas tant sur le problème de la transmission de l'obligation de la caution aux héritiers que sur l'objet du cautionnement. Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation se résume de la manière suivante: il n'est pas établi qu'il y ait eu un compte courant avant le décès²⁴. Soutenir que la décision française reconnaît que les héritiers ne garantissent pas les dettes du débiteur nées après le décès de la caution nous semble accorder une portée exagérée à l'arrêt.

D'ailleurs un autre auteur critique la décision de la Cour de Cassation²⁵. Pour lui, il est critiquable d'établir une distinction entre le compte courant et le compte de dépôt. La généralité des termes de

20. *Id.*, 440.

21. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, 348.

22. *Id.*, 349.

23. *Id.*, 351.

24. *Ernault*, répertoire Dalloz-Sirez, 1983: "Mais attendu que c'est hors toute dénaturation que la Cour d'appel, par une appréciation souveraine des documents produits, a retenu que le compte ouvert dans les livres de la banque antérieurement au décès d'Ernault ne pouvait être qualifié de compte courant; que le moyen en sa première branche est sans fondement".

25. Patrice BOUTEILLER, note *Semaine juridique*, 1984, vol. I, II jurisprudence, no 20148.

l'article 2017 conduit à exiger des héritiers le paiement du solde né postérieurement au décès. Le cautionnement n'échappe pas à la règle de la transmissibilité des obligations. Le malaise suscité par le texte de l'article 2017 C.N. provient de l'abus de droit commis par les établissements bancaires à l'encontre des ayants droit de la caution. Les tribunaux qui sanctionnent la faute de la banque de ne pas dévoiler l'existence du cautionnement aux héritiers ont bien résolu le problème. Mais il ne s'agit que d'un pis-aller et le législateur serait bien inspiré de compléter l'article 2017, par une disposition contraignant les créanciers à informer dès la connaissance du décès de la caution, les héritiers de l'existence d'un contrat de cautionnement dont les effets, faute d'une résiliation, seront prolongés et supportés par les ayants droit. L'espoir de mettre fin aux pratiques des établissements bancaires s'est réalisé avec la Loi no 84-148 du 1er mars dernier qui contraint les banques à faire parvenir annuellement aux cautions une information relative au montant de la dette garantie²⁶. À défaut, la sanction consistera dans la perte des intérêts échus. Ce devoir d'information se maintiendra en cas de décès. Il va sans dire que les héritiers connaîtront alors l'existence du cautionnement et pourront le résilier.

B. L'existence d'une restriction dans les termes de l'article 1937 C.c. ou de l'article 2017 C.N.?

La Cour d'appel de Paris avait aussi exprimé le motif suivant:

“Considérant que la question de la transmission héréditaire des engagements des cautions est régie par l'article 2017 C.c. qui dispose que ces engagements passent à leurs héritiers, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée;

Considérant qu'en édictant cette condition, le législateur n'a pas entendu viser simplement l'hypothèse d'une non-validité de l'engagement de caution, ce qui eût été une tautologie, l'engagement nul ne pouvant obliger la caution, ni bien entendu, ses ayants cause; qu'il a d'évidence entendu apporter une restriction au principe de la transmission héréditaire de l'engagement de caution, et qu'il s'agit de déterminer la portée de cette restriction;

Considérant qu'aucun élément ne permet de dire qu'il se soit agi d'un compte courant au sens juridique de ce terme, et que la Banque ne prouve, ni ne prétend d'ailleurs, que ce compte ait présenté une position débitrice antérieurement à la date du décès de Noël Ernault et même avant la convention du 14 décembre 1972; qu'il suit de là que l'engagement de Noël

26. MOULY, *op. cit.*, note 17, no 531, p. 623, avait déjà fait cette suggestion. Voir aussi Philippe SIMLER, *Le cautionnement*, Paris, Litec, 1982, no 5, p. 7, note 30. L'article 505 du Code civil suisse et du Code des obligations est au même effet.

Ernault est resté jusqu'à son décès sans objet, puisqu'aucune dette quelconque - même non exigible - n'a existé à la charge du tiers cautionné et que même aucun fait générateur d'une dette ultérieure ne s'est produit; qu'il apparaît ainsi que l'engagement n'était pas tel, que la caution fût obligée et qu'en conséquence sa transmission aux héritiers prévue par l'article 2017 C.c., ne s'est pas réalisée"²⁷.

La Cour de Cassation y voit une exacte application des dispositions de l'article 2017. Peut-on dire que les derniers mots de l'article continuent une restriction à la transmissibilité de l'engagement? L'argument pourrait être ainsi formulé: bien que le cautionnement d'une dette future soit possible, l'obligation de la caution ne commence à exister que lorsque la dette principale prend naissance. En conséquence les dettes nées postérieurement au décès ne peuvent être transmises car la caution décédée n'y était pas elle-même tenue. C'est le raisonnement qu'avait fait la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Soucisse*²⁸. Mais pour le juge Beetz de la Cour suprême, dire que le cautionnement ne commence à exister que lorsque la dette principale prend naissance n'est "qu'une façon particulière de s'exprimer"²⁹. Cette formule ne tend selon nous qu'à souligner le caractère accessoire du cautionnement. Il nous semble cependant dangereux de dire avec le juge Beetz qu'il s'agit d'un engagement conditionnel car la naissance de l'obligation - la condition - n'est pas un élément extrinsèque à l'engagement.

Pour employer la terminologie mise de l'avant par Mouly et acceptée par le juge Beetz, c'est l'obligation de règlement qui naît lorsque la dette est contractée. Mais l'obligation de couverture existe bien dès la conclusion du contrat et elle se transmet aux héritiers lors du décès car elle est de nature patrimoniale. Sur ce point, comme nous l'avons expliqué plus haut, le juge Beetz diffère d'opinion avec le professeur Mouly et aussi avec d'autres auteurs français. Le juge Beetz a bien compris leur position et leur répond:

"L'article 2017 du Code Napoléon est identique. Certains auteurs français, s'autorisant de la suppression de la contrainte par corps, omettent de citer les mots qui y réfèrent et soutiennent que les héritiers de la caution ne sont pas tenus de payer les obligations contractées après le décès parce qu'il ne s'agit pas d'engagements 'tels que la caution y fut obligée'. (Voir par exemple: (1967) 65 Rev. trim. dr. civ. 627 et (1970) Rev. trim. dr. comm. 459). Cette interprétation est erronée. Le dernier membre de phrase réfère clairement et

27. *Ernault*, Gazette du Palais, 1980, 605.

28. (1976) C.A. 137.

29. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, 350.

uniquement à la contrainte par corps. Et si le texte français n'était pas clair, le texte anglais, lui, ne permettrait aucun doute"³⁰.

L'historique de l'article 2017 C.N. nous permet de croire qu'il a raison. Les anciens auteurs français rattachent le dernier membre de l'article à la contrainte par corps³¹. Il est aussi intéressant de constater les variations de rédaction de l'article correspondant du Code de la Louisiane. En 1804, il a exactement la même numérotation, 2017, et les mêmes termes. Il ne se retrouve plus au code en 1808 par suite de la suppression de la contrainte par corps. Mais en 1825, apparaît l'article 3013 (qui depuis 1870 est numéroté 3044): "Les engagements des cautions passent à leurs héritiers". Si le législateur louisianais a senti la nécessité de réaffirmer le principe général de la transmissibilité, il ne l'a nullement limité aux cas où "l'engagement était tel que la caution y fut tenue".

C. Les suites des affaires *Ernault* et *Soucisse*

Comme nous l'avons expliqué, il nous semble difficile d'accorder à l'affaire *Ernault* toute la portée que lui attribuent deux auteurs français - et que critique un autre -. Nous croyons que les tribunaux québécois ne remettront pas en cause la qualification attribuée au cautionnement continu par le plus haut tribunal du pays et le principe de la transmissibilité de l'engagement. Toutefois le tempérament apporté par l'*obiter* de la Cour suprême, l'obligation d'aviser du décès connu, pourra parfois s'avérer d'un grand soulagement pour les héritiers³². Mais nous croyons avec le juge Beetz, qu'il faudra attendre l'intervention du législateur pour trouver une solution plus équitable vis-à-vis les héritiers³³. Cette intervention est sûrement imminente puisque l'article 861 du livre V du *Rapport de l'Office de révision du Code civil* prévoit que le décès de la caution met fin au cautionnement des dettes futures nonobstant toute disposition contraire.

Même si l'affaire *Soucisse* ne se rapporte qu'au cas de décès, sa portée peut s'avérer fort grande en pratique. En sanctionnant la faute

30. *Id.*, 349.

31. Paul PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 9, Paris, Delamotte, 1876, no 2017, p. 61. Voir aussi M. DURANTON, *Cours de droit français*, Paris, Alex-Gobelet, 1834, no 322, p. 328. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 24, Paris, Sirey, 1908, no 1171, p. 610.

32. Voir Léonard E. SEIDMAN, *loc. cit.*, note 1.

33. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, 347, voir aussi la position identique d'un auteur français qui cite le volume de Mouly et l'arrêt *Soucisse*, Philippe SIMLER, *loc. cit.*, note 26, no 56, p. 58.

de la banque, la Cour suprême ouvre la porte à l'application de la théorie de l'abus de droit dans d'autres situations. En effet très souvent la caution renonce à soulever l'exception de subrogation³⁴ ou consent à ce que la banque déjà détentrice d'une garantie sous la *Loi des banques*, réalise la garantie comme elle l'entend³⁵, ou consent, dans le cas de cautionnement d'un achat, à être tenue à la différence du prix de vente et du prix de la revente du bien suite à sa reprise par le créancier³⁶. La validité de ces clauses n'eut jamais mise en doute par la jurisprudence qui les accepte au nom du principe sacré de la liberté contractuelle. Il nous semble cependant qu'elles ne devraient pas exonérer un créancier ayant un comportement fautif. Nous pensons aussi à d'autres hypothèses: le créancier hypothécaire est avisé de l'enregistrement d'un avis d'exercice d'une clause de dation en paiement ou du défaut de paiement des primes d'assurance incendie. Dans ces situations, le créancier n'est pas obligé de payer, mais s'il n'avertit pas la caution du danger de voir disparaître la sûreté, ne manque-t-il pas à l'obligation de bonne foi qui doit régir ces contrats? Nous pensons à un autre cas qui s'est présenté: suite au décès d'un emprunteur, le créancier poursuit l'héritier qui appelle en garantie la compagnie d'assurance-vie, l'appel en garantie est rejeté pour prescription³⁷. Si le créancier, qui avait lui-même payé les primes, était au courant du décès, n'aurait-il pas commis une faute? Récemment, la Cour d'appel sanctionna la faute du créancier de se conformer aux conditions stipulées par la caution pour les avances de crédit³⁸ et la conduite d'un créancier qui vendit à vil prix une créance donnée en garantie^{38a}. La Cour supérieure libéra aussi une caution à l'égard d'une banque qui avait négligé de la renseigner adéquatement et d'ajuster les avances à l'intérieur de la limite fixée par l'assureur pour l'assurance du prêt³⁹.

34. *Bauer c. Banque de Montréal*, (1980) 2 R.C.S. 102, *Redisco of Canada c. Assaad*, (1959) C.S. 298.

35. *Banque Provinciale c. Martel*, (1959) B.R. 275 renverse (1955) R.L. 197.

36. *Continental Discount c. Cantin et autres*, (1975) C.S. 678, confirmé par la Cour d'appel le 7 février 1979.

37. *Caisse populaire Duberger c. Beaulé et Assurance-Vie Desjardins*, (1981) C.P. 232.

38. *Banque Toronto-Dominion c. Nadler*, C.A. Québec, no 200-09-000760-808, 12 juillet 1984, J.E. 84-641.

38a. *Société d'entraide économique de Charlevoix c. Cloutier-Perron*, C.A. Québec, no 200-09-000656-832, 28 novembre 1984.

39. *Banque Nationale du Canada c. Fraser*, C.S. Québec, no 200-05-001092-83, 27 août 1984, j. Larue, J.E. 84-785.

SECTION II — CAUTIONNEMENTS FOURNIS PAR LES ACTIONNAIRES

Nous examinerons maintenant trois problèmes relatifs aux cautionnements fournis par des actionnaires: jouissent-ils des bénéfices de discussion et de division, leur perte de qualité entraîne-t-elle leur libération et enfin quelle doit-être leur contribution définitive dans la dette.

1. Les bénéfices de discussion et de division

Généralement l'acte de cautionnement contient une clause de renonciation à ces deux bénéfices. Nous recherchons si en l'absence d'une clause de renonciation, les actionnaires-cautions peuvent se prévaloir de ces bénéfices.

Disons d'abord avec la Cour d'appel dans *Canadian Petroleum c. Bernard*, que:

"Un cautionnement est commercial pour les garants qui cautionnent le paiement d'une dette commerciale d'une compagnie dans laquelle ils possèdent des intérêts"⁴⁰.

Le juge Lajoie adopte cumulativement deux critères. Le premier est objectif, le caractère commercial de l'obligation principale emporte pour le cautionnement, contrat accessoire, le même caractère. L'autre est subjectif: l'actionnaire a dans l'opération, un intérêt patrimonial. Dès lors que le cautionnement est reconnu commercial, il doit être considéré comme étant du même coup solidaire (art. 1105 C.c.). La question se formule maintenant ainsi: les cautions solidaires - solidarité découlant de la présomption en matière commerciale - peuvent-elles invoquer les bénéfices de discussion et de division?

L'article 1941 du *Code civil* exclut spécifiquement le bénéfice de discussion dans le cas où la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur principal. Par contre, l'article 1946 ne retient comme seule exception au bénéfice de division, la renonciation, et ne mentionne nullement la solidarité.

La règle que le créancier peut poursuivre la caution solidaire sans craindre de se heurter à l'exception dilatoire de discussion est évidente à la lecture de l'article 1941 C.c. La Cour d'appel l'a consacrée dans l'arrêt *Raymond c. International Vidéo* même dans le

40. *Canadian Petroleum c. Bernard*, (1972) C.A. 854, 858.

cas où la solidarité découle de la loi par application de l'article 1105 C.c.

"En vertu de l'article 1105 C.c., l'obligation est présumée solidaire dans les affaires de commerce; aux termes de l'article 1941 C.c., la caution n'a pas droit à la discussion des biens du débiteur principal si elle s'est obligée solidairement avec lui; dans ce cas, l'effet de son engagement se règle par les principes établis pour les dettes solidaires"⁴¹.

Par contre la solution n'est pas aussi claire pour le bénéfice de division. L'affaire *Canadian Petroleum* a affirmé l'existence d'une seule exception au bénéfice de division: la renonciation à ce bénéfice:

"Si la solidarité existe, ce ne pourrait être que parce qu'il s'agit d'une affaire de commerce ... C'est à l'article 1946 C.c. que l'on retrouve l'énonciation du bénéfice de division. Le code ne distingue pas: il doit profiter aux cautions de dettes civiles ou commerciales. Cet article débute par le mot 'néanmoins', ce qui, à mon avis signifie que malgré que plusieurs personnes cautions d'un débiteur soient obligées chacune à toute la dette selon l'article 1945 C.c., elles ont droit au bénéfice de division à moins qu'elles n'y aient renoncé. D'accord sur ce point avec l'opinion de M. le juge Taschereau, je crois que la disposition de l'article 1946 est une règle particulière au cautionnement et qui doit recevoir ici son application"⁴².

Cette décision va à l'encontre de l'enseignement des auteurs qui soutiennent que la solidarité a pour effet de priver les cautions des doubles bénéfices de discussion et de division⁴³. Quel est le poids de cet enseignement? Disons d'abord que les auteurs n'ont jamais souligné la différence de formulation des exceptions. Ils refusent le bénéfice de discussion - qui oblige le créancier à exécuter d'abord l'obligation sur les biens du débiteur principal - à la caution solidaire puisque l'article 1941 C.c. (art. 2021 C.N.) est explicite. Quant au bénéfice de division - qui entraîne le rejet de l'action pour ce qui excède la part du débiteur poursuivi - c'est par application des règles de la solida-

41. *Raymond c. International Vidéo*, (1974) C.A. 501, 502.

42. *Canadian Petroleum c. Bernard*, (1972) C.A. 854, 858.

43. P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, pp. 335 et 356. *Traité de droit civil du Québec*, t. 8 bis, par L. FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1959, no 337, p. 243. Voir aussi les auteurs français, les articles du Code Napoléon étant rédigés dans les mêmes termes: L.M. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 3, Paris, Ed. Montchrétien, 1960, no 49, p. 49; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 28, Paris, A. Marescq, 1878, no 206, p. 217 et no 225, p. 238; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3e éd., Paris, Sirey, 1907, no 1046, p. 555, no 1066, p. 564; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11e éd., Paris, L.G.D.J., 1931, no 2352, p. 822; P. SIMLER, *Le cautionnement*, Paris, Librairies techniques, 1982, no 318, p. 323, no 341, p. 343, no 351, p. 352.

rité et plus spécialement de l'article 1107 C.c. (art. 1203 C.N.) qu'ils l'écartent. Pour ce faire, ils s'autorisent des derniers mots de l'article 1941 "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". Pour eux l'article 1941, même s'il ne concerne que le bénéfice de discussion, pose un principe général: le cautionnement solidaire est régi par les règles de la solidarité.

Il faut cependant voir une certaine contradiction chez deux d'entre eux. Baudry-Lacantinerie admet ces bénéfiques pour les dettes commerciales⁴⁴ alors que Mignault reprend les propos de l'auteur français seulement pour le bénéfice de discussion⁴⁵. Cette proposition nous laisse perplexe car ces auteurs oublient que la solidarité se présume en matière commerciale. D'ailleurs un auteur français contemporain se prononce clairement contre l'opinion de Baudry-Lacantinerie⁴⁶.

Même si les auteurs appliquent les règles de la solidarité au cautionnement solidaire, ils ne l'assimilent pas entièrement à une obligation solidaire; ils laissent subsister les règles du cautionnement non contradictoires avec celles de la solidarité, soit le recours avant paiement et l'exception de subrogation.

Le juge Lajoie de son côté prétend que l'article 1946 C.c. est une règle particulière au cautionnement qui s'applique même en cas de solidarité. C'est sur ce point particulier qu'il contredit les auteurs. Il base son raisonnement sur le rapprochement des articles 1945 et 1946 C.c. et accorde une grande importance au premier mot de l'article 1946: "Néanmoins". L'article 1945 C.c. prévoit que les cautions sont obligées à toute la dette mais ne dit pas qu'elles sont des débitrices solidaires. Il s'agit d'une dérogation au droit commun qui veut que l'obligation soit conjointe et se divise lorsqu'il y a plusieurs débiteurs (arts 1121 et 1122 C.c.). Cependant dans un souci d'équité, le législateur à l'article 1946, accorde le bénéfice de division qui ne joue pas de plein droit mais doit être invoqué. Ne peut-on pas prétendre que l'article 1946 permet le bénéfice de division en dépit d'une "apparence" de solidarité mais est muet dans le cas de véritable solidarité qui doit être réglé d'après les règles de cette modalité des obligations?

44. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *op. cit.*, note 43, no 1049, p. 556 et no 1065, p. 564.

45. MIGNAULT, *op. cit.*, note 43, 356.

46. SIMLER, *op. cit.*, note 26, no 318, p. 323 et no 339, p. 341.

L'exclusion du bénéfice de discussion en cas de solidarité était peut-être nécessaire à l'article 1941 C.c. car l'on ne retrouve pas ces termes précis en matière de solidarité. Par contre l'exclusion du bénéfice de division à l'article 1946 était peut-être superflue car l'article 1107 y pourvoit. Nous croyons que le législateur n'a pas cru nécessaire de rédiger de façon analogue les exceptions aux bénéfices de discussion et de division.

Quoiqu'il en soit, nous pouvons avancer avec Laurent, qui a peut-être saisi la différence de formulation des exceptions, que la solidarité contient une renonciation tacite au bénéfice de division⁴⁷.

Si maintenant nous examinons la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Canadian Petroleum*, nous en voyons une confirmation dans la décision *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. St-Germain* qui porte cependant sur un appel en garantie⁴⁸. Par contre dans l'affaire *Frenette et frères Ltée c. Clauran Inc. et Bujold et Fiset* le juge Rioux se montre sympathique à une solution contraire⁴⁹ mais la repousse en raison de la force du précédent et des circonstances particulières à l'action, l'autre caution a fait cession de ses biens.

Nous pouvons conclure que la question demeure ouverte au sujet du bénéfice de division. L'arrêt de la Cour d'appel est discutable sur le rapprochement des articles 1945 et 1946 dans le cas de véritable solidarité et ignore la doctrine, source de droit. D'un autre côté, la position des auteurs n'est pas convaincante dans la mesure où ils négligent de mettre en relief la différence de formulation des exceptions. Pour notre part, nous croyons qu'il faut voir dans le cautionnement solidaire, une renonciation tacite au bénéfice de division. Quant au bénéfice de discussion, même si nous acceptons la solution de *Raymond c. International Vidéo*, peut-être se trouvera-t-il un avocat audacieux pour la remettre en cause en se basant sur la nuance qu'apportent Mignault et Baudry-Lacantinerie au sujet des dettes commerciales.

47. F. LAURENT, *op. cit.*, note 43, no 225, p. 238: "L'article 2026 porte que la caution peut opposer le bénéfice de division, à moins qu'elle n'ait renoncé à ce bénéfice. Elle peut y renoncer, puisque c'est une faveur que la loi lui accorde. La renonciation expresse est usuelle dans les actes de cautionnement. Elle peut aussi être tacite. C'est le droit commun. Quand les cautions s'obligent solidairement, elles renoncent par cela même au bénéfice de division (art. 1203)".

48. (1975) C.S. 830.

49. C.S. Québec, no 200-005300-772, 10 mars 1980, J.E. 80-380, page 8 "Pourtant des auteurs ... s'entendent pour dire que la caution solidaire ne peut invoquer le bénéfice de division".

2. Perte de la qualité d'administrateur ou de principal actionnaire

L'administrateur et principal actionnaire d'une compagnie qui se porte caution des dettes présentes et futures de sa compagnie peut-il prétendre être déchargé des dettes contractées après la perte de sa qualité, parce qu'il se serait engagé qu'à titre d'administrateur et principal actionnaire? Au Québec la question s'est posée dans l'affaire *Swift Canadian Co. Ltd. c. Wienstein*. La Cour supérieure accueillit la prétention de la caution⁵⁰ tandis que la Cour d'appel la rejeta⁵¹.

Les faits sont les suivants: les trois principaux actionnaires d'une compagnie signent un acte de cautionnement où il n'est fait aucunement mention de leur qualité. Par contre la correspondance échangée entre les parties comprend les deux lettres suivantes. L'une du créancier demande la fourniture d'une garantie ou au moins un cautionnement des "principaux actionnaires"⁵². L'autre du vice-président de la compagnie transmet les cautionnements des "principaux actionnaires"⁵³.

Par la suite, ces trois personnes démissionnèrent comme administrateurs et deux d'entre elles vendirent toutes leurs actions. Cependant aucune ne résilia son engagement. La prise de contrôle de la compagnie fit les manchettes des journaux. Ce n'est que quelques années plus tard, à la suite de la faillite de la compagnie, que le créancier intenta une action contre les cautions pour les dettes contractées après leur perte de contrôle de la compagnie.

50. (1977) C.S. 12 commenté par Maurice TANCELIN, *Jurisprudence sur les obligations*, Québec, P.U.L., no 41, p. 148.

51. C.A. Montréal, no 09-000406-777, 28 janvier 1982.

52. "...we analysed the balance sheet figures... the result of this analysis required that within our policy in such matters, good security or at least the personal guarantees of the principals for the corporate account was a requirement to future credit.

(...)

It is normal and generally accepted procedure in such cases to require security, at least the personal guarantees of the principals for the corporate account.

We feel quite certain that the principals in Marche Union Inc., have complete confidence in their company, and that they will therefore appreciate the fairness of our position. In your case all we ask is that yourself and the interested officers personally guaranty the corporate account under notary seal. Convenient forms for this purpose is (sic) attached."

53. "We are pleased to enclose herewith personal guarantees of the principals of this corporation for the corporate account."

Les cautions prétendirent que la commune intention des parties, découlant de la demande de garantie et de la lettre de transmission des engagements, était que les cautions ne fussent liées que dans la mesure où elles étaient les administrateurs et principaux actionnaires de la compagnie et que la connaissance par le créancier de la perte de leur qualité emportait l'annulation implicite des cautionnements. De plus elles soutinrent que leur engagement était conditionnel et ambigu.

A. Le jugement de la Cour supérieure

Le juge Beaugard, alors juge à la Cour supérieure, accepta comme bien fondé l'argument des cautions concernant l'ambiguïté de l'engagement, ambiguïté devant être résolue en faveur du débiteur selon l'article 1019 C.c. Selon lui:

"Le Tribunal ajoute que, dans l'interprétation des droits et obligations des parties, il faut rechercher la commune intention de celles-ci, à la lumière de tous les écrits qui les liaient, à la lumière des usages du commerce et à la lumière de l'équité (articles 1017 et 1024 C.c.). Ainsi ce n'est pas pécher contre les principes des articles 1020 et 1234 C.c. que d'interpréter les cautionnements, pièces P-2, P-3 et P-4, à l'aide des lettres, pièces D-1 et D-2, dans le contexte de ce qui était la pratique chez la demanderesse de toujours demander un cautionnement des 'principals' d'une société à responsabilité limitée avec qui la demanderesse faisait affaire et en ne mettant pas de côté l'équité"⁵⁴.

Pour lui, la commune intention des parties, telle que le démontrent les deux lettres, était d'exiger et de fournir les cautionnements que parce que ces personnes étaient les administrateurs et principaux actionnaires de la compagnie. L'extinction des cautionnements s'est produite lorsque le créancier eut connaissance de la cessation de leur fonction et de la perte de leur qualité d'administrateurs qui est la cause de l'engagement (le juge écrit plutôt le fondement). Et le juge de citer de la jurisprudence française contradictoire et l'affaire *Soucisse* en Cour d'appel qu'il applique en l'espèce en disant que les actionnaires se sont portés cautions des dettes futures à moins de l'annulation explicite ou implicite des cautionnements.

B. Le jugement de la Cour d'appel

Le créancier porta le litige devant la Cour d'appel et gagna. Pour le juge Bernier, l'intention des parties était tout autre: fournir une garantie stable tant que les cautionnements n'avaient pas été révoqués par écrit⁵⁵:

54. (1977) C.S. 12, 18.

55. C.A. Montréal, no 09-000406-777, 28 janvier 1982, p. 6.

“L'essence de la réponse de Swift à la demande de crédit de Marché Union Inc. est que, vu le risque évident que représente cette compagnie, ce qui ressort du bilan fourni, il lui faudra fournir des sûretés suffisantes. Swift demande la fourniture de bonnes garanties; elle est cependant prête, au minimum, à se satisfaire de la garantie personnelle des principaux intéressés et ce, sans preuve de leur solvabilité ('or at least the personal guarantees of the principals for the corporate account'). (...)

La réponse de Marché Union Inc. n'ajoute rien. Par celle-ci, Marché Union ne fait que transmettre les lettres de cautionnement signées par les personnes qui sont alors ses administrateurs et ce, sans plus, sans restrictions, conditions, commentaires d'aucune sorte. Les intimés ont de plus signé les lettres de cautionnement, purement et simplement, sans même y faire mention de leur qualité d'administrateurs⁵⁶.

Rien dans la preuve testimoniale ne vient corroborer l'intention des parties de limiter leur engagement à la durée de leurs fonctions. Les témoignages font voir que les cautions ont signé leur engagement sans se poser la question de savoir ce qui arriverait s'ils quittaient l'entreprise⁵⁷ et qu'ils ont oublié de se prévaloir de la faculté de le révoquer.

Il est même improbable que les parties aient voulu l'extinction des cautionnements par la cessation des fonctions car alors elles auraient stipulé une clause à cet effet⁵⁸.

Pour le juge Bernier, les conclusions de fait tirées par le juge de première instance ne reposent ni sur la preuve écrite, ni sur la preuve testimoniale. Il ne tire aucun argument de l'affaire *Soucisse* puisque l'arrêt de la Cour suprême retenait un autre moyen. Par contre, il n'exprime aucune opinion sur la jurisprudence française citée par le juge de la Cour supérieure.

C. Commentaires

En droit français la jurisprudence s'est longtemps divisée entre les deux solutions⁵⁹ mais la Cour de Cassation dans ses arrêts les plus récents rejoint la position de notre Cour d'appel⁶⁰. Il mérite néanmoins que nous examinions les principales explications proposées pour justifier l'extinction du cautionnement.

56. C.A. Montréal, no 09-000406-777, 28 janvier 1982, pp. 7 et 8.

57. *Id.*, 9.

58. *Id.*, 11.

59. MOULY, *op. cit.*, note 17, nos 337 à 347, pp. 441 à 451.

60. SIMLER, *op. cit.*, note 26, no 196, p. 199.

Tout comme le jugement de notre cour de première instance, certaines décisions françaises retiennent comme cause d'extinction, la disparition de la cause. Mais le rôle de la cause ne peut en aucune façon persister au-delà de la phase de formation du contrat⁶¹.

Peut-on arguer qu'il s'agit d'une condition résolutoire implicite? Cet argument se heurte à l'effet rétroactif de la réalisation de la condition. Il est certain que la caution demeurera tenue des dettes contractées avant l'extinction de son engagement.

D'autres juges voient une limite à l'engagement dans la référence implicite que les parties font à la position de la caution et refusent d'étendre l'engagement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté (arts 2015 C.N., 1933 C.c.). Cet argument rejoint celui de l'intention des parties retenu par le juge Beauregard. Cependant il se heurte au respect des stipulations contractuelles. Aucune clause du cautionnement ne précise que les dettes devront être engagées par tel dirigeant. L'absence de toute précision sur l'étendue du cautionnement exclut la libération de la caution.

Préconisant la libération de la caution pour un motif "qui n'a pas encore été soumis aux tribunaux français", le professeur Mouly se place sur un autre terrain: celui de la durée. Selon lui, la considération de la position de la caution contient en germe un terme extinctif. "Attaché aux fonctions de la caution, le cautionnement est limité à la durée de ces fonctions. Le terme est constitué par la cessation de la particularité de la situation, il est sous-jacent en raison de la détermination tacite dont il fait l'objet mais il n'en est pas moins efficace. Le terme découle de la référence tacite que le créancier d'une part, la caution d'autre part, font de l'élément fondamental de l'engagement. La disparition de cet élément réalise la survenance du terme et éteint le cautionnement pour l'avenir"⁶².

Ce raisonnement ne manque pas de pertinence. Lorsque le créancier exige le cautionnement des dirigeants d'une entreprise, il cherche à les impliquer personnellement dans l'affaire du débiteur principal, "leur" compagnie, et leur faire supporter la charge juridique et économique qu'il estime être la contrepartie normale des profits qu'ils retirent indirectement de l'opération. Lorsque cessent les fonctions d'administrateurs ou la qualité d'actionnaires, il est normal selon Mouly que la libération s'ensuive.

61. Maurice TANCELIN, *Des obligations, contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson et Lafleur, Sorej, 1984, no 164, p. 80.

62. MOULY, *op. cit.*, note 17, no 270, p. 352.

Mais en stipulant la possibilité de mettre fin au cautionnement par un avis, la caution n'entend-t-elle pas être tenue tant qu'elle n'aura pas révoqué son engagement? Le but de l'engagement n'est-il pas, comme le dit le juge Bernier, de fournir une garantie stable à laquelle peut se fier le créancier? Même s'il a connaissance de la cessation des fonctions ou de la vente des actions ne peut-il pas penser que faute de révocation, la caution demeure tenue? À notre avis, la solution du juge Bernier est bien fondée. L'on se trouve devant un cautionnement résiliable sur avis, la caution doit faire jouer le mécanisme fixant le terme d'extinction.

Nous croyons que le défaut de la caution de se prévaloir de la faculté de révocation devrait lui être fatal. Contrairement aux héritiers de l'affaire *Soucisse*, la caution connaît l'existence du cautionnement; c'est elle qui crée une situation de fait en laissant croire qu'elle maintient son engagement puisqu'il n'a pas été révoqué. On objectera qu'elle a pu l'oublier. Bien sûr! mais alors à qui la faute sinon à elle! D'ailleurs n'a-t-elle pas voulu l'oublier pour que le créancier continue à faire des avances à une compagnie qui porte son nom ou qu'elle a vendue à ses enfants? Cette solution peut sembler sévère pour la caution, mais le droit doit-il lui venir en aide si elle-même néglige de se prévaloir de la faculté de se libérer par un avis?

Il existe plusieurs moyens de venir en aide à la caution. Tout d'abord il n'est pas déraisonnable de penser que la caution puisse expressément prévoir la situation en insérant dans le texte de la formule de cautionnement une clause de libération pour le cas où elle quitterait ses fonctions ou vendrait ses actions. Ceci suppose qu'elle ait réalisé les conséquences de son engagement dès sa formation. Plus souvent elle ne les comprendra qu'au moment de la perte de ses qualités - si elle est bien conseillée! Si elle hésite à se décharger par un avis de résiliation, elle peut au moins prendre des dispositions qui protégeront son recours après paiement: stipuler que l'acheteur s'engage personnellement à la rembourser.

L'extinction du cautionnement par l'avis de résiliation ou par le jeu d'une clause relative à la perte des fonctions ou la vente des actions ne vaut que pour les dettes contractées après la résiliation de ce terme, la caution demeurant tenue pour les dettes contractées auparavant même si elles ne sont pas encore exigibles. Mais alors se pose le problème de l'imputation car la compagnie continue à utiliser sa marge de crédit et rembourse quelques-uns des emprunts. Très souvent une clause du cautionnement écarte les règles de l'imputation légale et permet au créancier d'appliquer le montant payé sur les dettes non cautionnées. En l'absence d'une telle clause, l'imputation

devra se faire sur la dette la plus ancienne et la plus onéreuse - celle garantie par le cautionnement. Le créancier ne peut faire obstacle à cette règle en ouvrant un nouveau compte⁶³.

3. Recours après paiement: part à supporter

Nous examinons maintenant un problème qui ne s'est pas encore posé directement en jurisprudence mais qui est susceptible de survenir, soit la détermination de la charge de la caution dans les deux situations suivantes: en cas d'intéressement différent dans la compagnie et en cas de limitation de l'un des engagements.

A. Cas d'intéressement différent dans la compagnie

Si le débiteur principal est insolvable, le recours contre ce dernier sera illusoire et la caution qui a payé s'adressera aux autres cautions. L'article 1955 C.c. lui accorde ce droit pour le remboursement de la part de chaque caution. Quelle sera la base du calcul de la part dans le cas d'actionnaires cautions qui détiennent des intérêts différents dans la compagnie? Supposons que les actionnaires d'une petite compagnie formée de seulement quatre personnes, dont l'une détient 40% des actions et les autres 20% se portent cautions vis-à-vis la banque pour une dette de 100 000\$. La part de chacun sera-t-elle de 25 000\$ ou 40 000\$ pour celui qui détient le double des actions et de 20 000\$ pour chacun des autres actionnaires.

La première solution (25 000\$ pour chacun) semble bien fondée. Elle s'appuie sur l'article 1955 dont le texte anglais est plus clair que le texte français, "each for an equal share". Elle découle aussi du fait que les actionnaires ne sont pas responsables personnellement des dettes de la compagnie.

La répartition par parts viriles semblera bien injuste à l'actionnaire détenant moins d'actions. Son investissement étant moins important, il acceptera de toucher un profit moindre mais corrélativement pourquoi supporterait-il une perte plus élevée si l'affaire tourne mal? L'expression "part et portion" de l'article 1955 lui permettrait-elle de se prévaloir d'une répartition inégale de la charge d'autant plus que son engagement est habituellement stipulé solidaire et que dans le cas de solidarité, la part que doit en définitive supporter chaque débiteur n'est pas nécessairement égale? Nous soumettons que cet argument pourrait être raisonnablement avancé devant une cour.

63. *Frenette et frères Ltée c. Clauram Inc.*, C.S. Québec, no 200-05-005300-772, 10 mars 1980, J.E. 80-380.

Néanmoins pour prévenir tout litige, nous conseillons à la caution, actionnaire minoritaire, de se protéger en faisant une convention avec les autres cautions actionnaires pour répartir le poids définitif dans la charge de la dette selon la proportion de leur intérêt dans la compagnie. Il est évident que cette convention ne vaudra qu'entre les cautions car le créancier tiendra à un engagement solidaire.

B. Cas de limitation de l'un des engagements

Une autre difficulté surgit lorsque l'une des cautions a limité son engagement à un montant précis. Supposons que suite à une ouverture de crédit de 100 000\$ trois actionnaires se portent cautions sans limite mais qu'un quatrième limite son engagement à 40 000\$. Si l'une des cautions a payé 100 000\$ au créancier, la caution qui a limité son engagement devra-t-elle supporter sa part virile ou peut-elle prétendre que la limite qu'elle a stipulée dans son engagement envers le créancier se répercute aussi dans la répartition de la charge?

Le problème s'est posé dans l'affaire *Rawlings et Ball c. Galibert*⁶⁴ mais les juges majoritaires étant venus à la conclusion qu'en l'espèce l'article 1955 ne s'appliquait pas, nous ne pouvons y trouver une réponse claire. Par contre les deux juges dissidents, qui appliquent l'article 1955, adoptent des solutions différentes. Le juge Brodeur aurait condamné la caution à sa part virile (25 000\$) car elle n'excédait pas la limite de son engagement. Le juge Mignault aurait établi la part en proportion des engagements respectifs. Une première tranche de 40 000\$ se trouve garantie par quatre cautionnements, chaque caution devra en supporter le quart soit 10 000\$ quant à l'autre tranche de 60 000\$ elle n'est garantie que par les trois cautionnements illimités, chacune de ces cautions y est tenue pour 20 000\$, à l'exclusion de la caution qui a limité son engagement.

Cette solution est identique à celle généralement retenue par les auteurs français lorsqu'il y a cautionnement personnel et cautionnement réel limité⁶⁵. Seul Laurent exprime son désaccord en raison de la clarté du texte: la caution doit rembourser sa part⁶⁶. Cependant selon Simler, le découpage par tranche comporte une part d'artifice car la dette n'a pas été contractée par tranches⁶⁷. Pour lui il

64. (1917-19) 59 R.C.S. 611.

65. MAZEAUD, *op. cit.*, note 43, t. 3, no 45; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. III, 1971, no 564; PLANIOL, *op. cit.*, note 43, t. 2, no 2368.

66. F. LAURENT, *op. cit.*, note 43, t. 18, no 126.

67. SIMLER, *op. cit.*, note 26, no 445, p. 442.

faut tenir compte du caractère limité de l'un des cautionnements pour établir une véritable proportion. Son mode de calcul est assez complexe. Il pourrait peut-être se résumer ainsi: établir la proportion entre l'étendue respective des différents engagements et la reporter sur le montant de la dette. Si nous revenons à l'exemple du début: la caution qui a limité son engagement à 40 000\$ assume les 4/10 (4 parts) de la dette alors que les trois autres assumeraient toute la dette (10 parts chacune ou 30 parts). La première caution devra supporter 4 des 34 parts soit 11 764,70\$ alors que chacune des autres supporteront 10 parts soit 29 411,80\$.

En cas de cautionnement limité par l'une des cautions, il peut être logique de procéder à une répartition proportionnelle de la dette mais comme le démontrent nos tentatives le choix d'un mode de calcul n'est pas facile. Ici encore la solution réside dans la prévention: que les cautions pensent d'avance à aménager leur recours en remboursement.

SECTION III — CAUTIONNEMENT ET HYPOTHÈQUE

Très souvent le créancier multiplie l'exigence de sûretés, il combine cautionnement et hypothèque. Nous examinerons trois problèmes: la réciprocité de la subrogation entre la caution et le tiers acquéreur, la libération de la caution par l'exercice de la clause de dation en paiement et enfin l'effet de la renonciation à la subrogation vis-à-vis un créancier hypothécaire subséquent.

1. Réciprocité de la subrogation entre la caution et l'acquéreur

Si une dette est garantie concurremment par un cautionnement et une hypothèque, le créancier peut exiger le paiement de la caution ou faire vendre l'immeuble. Si la caution paie, elle pourra faire vendre l'immeuble. Mais si l'immeuble a été acquis par un tiers, la subrogation dans les droits du créancier permet-elle à la caution d'exercer l'action hypothécaire et de faire supporter la dette par ce tiers (art. 1156, al. 3). La raison qui peut en faire douter est que ce tiers est, lui aussi, subrogé aux droits du créancier (art. 1156, al. 2). Ce conflit entre caution et acquéreur a fait l'objet de deux jugements contradictoires, il y a cent ans, puis a refait surface cette année.

Dans *Bilodeau c. Giroux*⁶⁸, la Cour de circuit le trancha en faveur de la caution: son droit sur l'immeuble est préexistant à celui

68. (1880) 7 Q.L.R. 73.

de l'acquéreur, qui averti par l'enregistrement, aurait pu retenir une partie du prix de la vente, la caution a pris en considération l'hypothèque accordée par le débiteur, qui ne peut l'anéantir en transportant la propriété à un tiers, il y a lieu d'appliquer l'article 1959 C.c. qui favorise plus la caution que ne le font les articles 2070 et 2071 pour le tiers détenteur, la doctrine française favorise la caution dans une telle situation.

Quelques années plus tard, la Cour d'appel, dans l'affaire *Sénécal c. Varin*⁶⁹ rendit une décision en sens contraire. Le juge invoqua principalement l'article 2066 C.c. qui permet au tiers détenteur poursuivi hypothécairement de forcer le créancier à exécuter l'obligation sur les biens de ceux tenus personnellement à la dette, la caution étant un débiteur personnel. Elle ajoute aussi que l'article 1157 C.c. n'accorde pas de subrogation à la caution contre le tiers détenteur.

Enfin en 1984, dans *Normand c. Simard*⁷⁰, la Cour provinciale rejeta l'action du tiers détenteur contre la caution. Le juge reprocha au tiers détenteur sa négligence, invoqua l'article 1959 C.c. et l'affaire *Bilodeau* et n'eût "aucune hésitation" à préférer la caution. Pour nous, il aurait été intéressant de voir discuter l'autre décision vieille de cent ans et aussi la position prise il y a trente ans par deux étudiants d'alors, dont l'un est maintenant juge en chef associé du Québec⁷¹.

Dans une étude très fouillée, les auteurs expliquent comment selon eux, notre droit diffère du droit français en tirant argument de la rédaction différente des articles 2066 C.c. et 2170 C.N. et de certains autres articles de notre code qui selon eux favorisent le tiers détenteur.

L'article 2066 C.c. accorde le bénéfice de discussion au tiers détenteur et lui permet d'obliger le créancier à procéder d'abord à la vente des biens de tous ceux tenus personnellement à la dette, ceci inclut la caution. L'article 2170 C.N. est plus limitatif: l'exception de subrogation ne vise que les biens des principaux obligés, il ne vise donc pas ceux de la caution, débiteur accessoire. D'un autre côté, si la caution invoque le bénéfice de discussion, l'article 1943 C.c. lui

69. (1888) 32 L.C.J. 60.

70. (1984) C.P. 34.

71. Lucien LACHAPELLE et Lawrence POITRAS, "Conflit de droit entre la caution et le tiers détenteur", (1954-55) 5 *Thémis* 213-227.

interdit d'indiquer les biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. Lachapelle et Poitras concluent donc que:

“L'article de l'exception de subrogation accordée au détenteur renverse diamétralement tout appui interprété par la doctrine française comme ayant été donné par le législateur napoléonien à la caution. Le code québécois en vertu de ses articles 2066 et 1943, favorise le tiers détenteur”.

Pour préférer le tiers détenteur, ils s'appuient aussi sur d'autres articles du *Code civil*. D'après l'article 1157, la subrogation a effet tant contre les cautions que contre le débiteur principal. L'article 1950 subroge la caution à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur, il ne précise pas qu'elle est subrogée dans des droits contre d'autres personnes, alors que l'article 2070 C.c., qui ne se trouve pas au Code français permet au tiers détenteur d'être subrogé contre des personnes tenues personnellement au paiement, ce qui inclut la caution.

Pour notre part, nous ne croyons pas que le *Code civil* règle le problème. L'article 1943 régleme les rapports entre le créancier et la caution. L'article 1157 a pour but d'“écarter un doute qui s'était élevé dans l'ancien droit”⁷²: la transmission des accessoires ou sûretés de la dette. L'article 1950 confirme l'octroi de la subrogation légale en faveur de la caution et Mignault ajoute que c'est là un avantage sur l'action personnelle car la caution pourra bénéficier de l'hypothèque consentie en faveur du créancier⁷³. L'article 2070 selon Mignault sert de motif à l'article 2071 qui selon nous pourrait s'appliquer si le créancier avait donné main levée d'une autre hypothèque, en faisant un parallèle avec l'article 1959. L'argument tiré de l'article 2066 est plus difficile à réfuter. Il faut d'abord signaler un défaut de concordance dans les termes employés: dans la version française, l'expression débiteur personnel y est utilisée au pluriel puis au singulier. Peut-on soutenir que l'exception vise la vente des biens du débiteur principal et ceux d'un débiteur solidaire qui ne serait pas aussi caution? Nous ne croyons donc pas que le code tranche la question.

Par contre d'autres arguments nous incitent à décider en faveur de la caution. L'on peut d'abord comme le juge Casault dans *Bilodeau c. Giroux* faire appel à la technique hypothécaire. En raison de l'enregistrement de l'hypothèque, le droit hypothécaire du créancier et le droit éventuel de la caution, sont stabilisés et protégés contre le changement de propriété. Le tiers acquéreur aurait pu se

72. MIGNAULT, *op. cit.*, note 43, t. 5, p. 573.

73. *Id.*, t. 8, p. 372.

protéger en retenant une partie du prix de vente; on peut lui reprocher sa négligence alors qu'on ne peut en reprocher aucune à la caution qui ne pouvait s'opposer à l'aliénation de l'immeuble.

L'on peut aussi invoquer l'article 1959: l'aliénation de l'immeuble ne doit pas avoir pour effet de déjouer la légitime prétention de la caution à sa subrogation dans l'hypothèque. Il est inadmissible que le débiteur puisse, en aliénant l'immeuble, aggraver la condition de la caution.

Une autre justification de cette solution réside dans l'existence d'une hiérarchie entre la caution et l'acquéreur⁷⁴. Bien que la caution soit tenue sur tous ses biens, elle n'en est pas moins un débiteur accessoire. L'acquéreur, quoique tenu *propter rem* seulement, est aussi un débiteur accessoire mais il est surtout un ayant cause du débiteur principal et à ce titre tenu plus intimement que la caution. Un exemple illustre bien notre propos: si le transfert de propriété s'est produit par une donation, il serait étrange que le donataire soit préféré à la caution. Ajoutons en terminant que la majorité des auteurs québécois, même s'ils n'ont qu'effleuré la question, accordent la préférence à la caution⁷⁵.

2. Libération de la caution par l'exercice de la clause de dation en paiement

Nous examinerons une situation assez simple à première vue, soit celle où une même dette est garantie par un cautionnement et une hypothèque assortie d'une clause de dation en paiement. Puis nous verrons une situation plus complexe qui se présente dans deux cas de paiement par le deuxième créancier hypothécaire qui exerce la clause de dation en paiement alors qu'un cautionnement a été fourni soit pour la première dette, soit pour la deuxième.

A. Exercice d'une clause de dation en paiement par un créancier dont la dette est aussi garantie par un cautionnement

La situation semble résolue par l'application de l'article 1960 C.c. "L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un

74. Jacques MESTRE, "La pluralité de débiteurs accessoires", (1981) 80 R.T.D.C. 1-37, spécialement à la page 19.

75. MIGNAULT, *op. cit.*, note 43, t. 5, p. 373; L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 43, t. 8 bis, p. 445, no 608; ROCH et PARÉ, *op. cit.*, note 43, t. 13, p. 643; *Contra*: LANGELIER, t. 4, p. 110.

immeuble... en paiement de la dette principale, décharge la caution..." La règle est logique: la dation en paiement constitue une modalité de paiement qui a pour effet d'entraîner l'extinction de la dette. En exerçant la clause de dation en paiement, le créancier obtient satisfaction: l'obligation principale est éteinte et le cautionnement, qui en est l'accessoire, l'est aussi. Cependant, tel ne fut pas le résultat dans quelques décisions.

Dans l'affaire *Compagnie Miron c. Latouche*⁷⁶, le créancier, ayant exercé une clause de dation en paiement sur un immeuble appartenant au débiteur principal, cherche par la suite à exercer la clause sur un autre immeuble appartenant à la caution. La caution soulève l'article 1960 C.c. mais le juge rejette l'argument:

"Ce point de vue semble se soutenir à première vue, mais à l'analyse et à la réflexion, il ne peut être retenu... cette même dette était assumée par plusieurs personnes... la remise de l'immeuble de la défenderesse Cartier Ready Mix Inc. à la demanderesse n'était qu'un paiement partiel; en effet il s'agissait de la remise d'une partie seulement des biens donnés en garantie de la dette"⁷⁷.

Dans l'affaire *Donat Flamand Inc. c. Lavoie et autres*⁷⁸, la Cour supérieure accueille l'action contre la caution même si le créancier avait exercé la clause de dation en paiement sur l'immeuble appartenant au débiteur principal mais réduisit la somme selon le montant de l'hypothèque. Pour le juge, il s'agissait d'une garantie additionnelle. Il repoussa avec raison la défense de novation mais ne discuta pas de l'application de l'article 1960 C.c.

Une solution quelque peu différente se trouve dans la cause *Caisse Populaire Ste-Madeleine Sophie c. Paquette et Gibbon* qui se rapporte à une action paulienne mais où le juge écrit:

"La demanderesse a choisi volontairement alors que la présente action paulienne était déjà intentée, d'exercer un recours sur des propriétés appartenant au même débiteur pour la même dette et situées dans Verdun sur l'avenue Allen et le boulevard LaSalle: elle a peut-être cru que l'exercice de sa dation en paiement rapporterait un montant suffisant pour éteindre la dette du débiteur Paquette, mais en ce faisant elle s'exposait à perdre son recours sur la balance de la dette après déduction de la valeur inconnue jusqu'ici desdits immeubles de l'avenue Allen et LaSalle"⁷⁹.

76. (1976) C.S. 918.

77. Cette décision est conforme à celle qui admet le droit du créancier d'exercer la clause de dation en paiement sur tous les immeubles donnés en garantie par le débiteur principal: *Fédération de Montréal des Caisses Desjardins c. Les Maisons de qualité V. Pasquini*, (1983) C.A. 498.

78. (1981) C.S. 231, (en appel).

79. (1979) C.S. 228, 232.

Pour ce cas, il y aurait réduction de l'obligation selon la valeur de l'immeuble et non seulement selon le montant de l'hypothèque.

Quelle est la solution? Nous croyons que l'intention des parties doit prévaloir. Si le créancier a exigé deux garanties différentes, généralement à la connaissance de la caution, c'est qu'il entend se prévaloir des deux - qui sont additionnelles. Alors il restera à déterminer si l'exercice de la clause de dation en paiement réduit l'obligation de la caution pour le montant de l'hypothèque ou la valeur de l'immeuble. Pour accepter la deuxième solution, qui est plus équitable, il faudrait faire une interprétation large de l'article 1202a, interprétation large jusqu'ici refusée par la jurisprudence⁸⁰.

Nous penchons donc pour la première solution: réduction selon le montant de l'hypothèque. Mais qu'est-ce qui empêche la caution de prévoir la situation? Ne devrait-elle pas insérer une clause à l'acte de cautionnement, préciser l'étendue de sa libération ou même sa libération totale⁸¹?

Quel est alors le champ d'application de l'article 1960 C.c.? Le cautionnement, tel que pratiqué aujourd'hui, nous semble mettre son application de côté. Il y a peut-être là un abus.

Un autre problème se pose. Si suite à l'avis de 60 jours, le débiteur offre au créancier de signer un acte de rétrocession de l'immeuble, est-il libéré, de même que la caution, ou le créancier peut-il revenir sur son choix et poursuivre personnellement les débiteurs? Ici encore la jurisprudence est contradictoire. Dans l'affaire *Caisse populaire de Manicouagan et Société d'entraide économique de Manicouagan c. Dérosky*⁸², la Cour supérieure accueillit l'action au motif que le choix n'était pas irrévocable⁸³. Nous préférons la solution adoptée dans *Caisse d'établissement de Nicolet c. Parent*:

"Est-ce que le créancier, en ce faisant, s'est livré à une plaisanterie ou s'il a exprimé une opinion qui, une fois le consentement du débiteur exprimé, n'a plus qu'à être entérinée dans un acte pour y donner effet?"

80. *Caisse populaire de Charlesbourg c. Jardin du Moulin*, (1982) C.S. 271.

81. Dans l'affaire *Donat Flamand*, (1981) C.S. 231 (en appel), le juge Trottier, écrit en effet à la page 232: "Si l'acte avait comporté une stipulation de libération en regard au document P-1, la situation serait bien différente".

82. (1983) C.S. 732, (en appel).

83. Voir aussi *Henri c. Caisse d'entraide économique des Bois-Francs*, C.A. Québec, no 200-09-000750-767, 26 novembre 1979, et *Cloutier c. Niagara Mortgage and Loan Cy.*, C.A. Montréal, no 13908, 18 avril 1973, cependant dans ces deux affaires, les débiteurs n'avaient pas offert de signer l'acte de rétrocession.

En vertu de quoi le créancier pourrait opter pour se prévaloir de la dation en paiement et une fois l'accord réalisé avec son débiteur, procéder comme dans le présent cas par action hypothécaire sans autre formalité?

Sommes-nous maintenant à l'époque des débiteurs 'ping-pong', à la merci de créanciers qui ont le choix de les mettre en demeure d'accepter une option.

Autant pour contracter l'obligation hypothécaire que pour s'en défaire sans recours judiciaire, les parties ont prévu un mode d'opérer, à savoir la dation en paiement volontaire, qui est clairement indiqué dans l'avis de soixante (60) jours et qui a été librement choisi par le créancier⁸⁴.

Ce problème est relié à celui de la détermination de la date où prend effet la clause de dation en paiement⁸⁵.

B. Exercice d'une clause de dation en paiement par le deuxième créancier hypothécaire qui a payé le premier créancier et recours contre la caution de la deuxième dette

Lorsque le deuxième créancier hypothécaire paie le premier créancier et, étant subrogé, obtient l'immeuble en vertu de la clause de dation en paiement contenue au premier acte, peut-il réclamer le paiement de sa propre créance de la caution? La Cour supérieure le reconnut dans *Banque provinciale du Canada c. Inslight*⁸⁶; le juge refusa d'appliquer l'article 1960 C.c. puisqu'il ne s'agissait pas d'une acceptation *volontaire*... d'un immeuble en paiement de la dette *principales* (les italiques sont du juge). Ce raisonnement nous semble bien fondé. L'acceptation de l'immeuble n'était pas volontaire en ce sens que, faute de paiement, le deuxième créancier était menacé de perdre sa garantie, il subissait donc une contrainte d'ordre économique. L'acceptation de l'immeuble était motivée par un autre but que celui d'éteindre sa propre créance. De plus il a reçu l'immeuble en paiement de la première dette et non de la sienne. Ajoutons que la caution aurait pu elle-même payer le premier créancier pour sauvegarder la deuxième hypothèque. C'est donc à cause de son inaction que le deuxième créancier paya. La caution aurait-elle pu soulever l'exception de subrogation? Il est vraisemblable que l'acte de cautionnement, qui n'est pas reproduit au jugement contenait une clause de renonciation à ce moyen de défense.

84. C.S. Trois-Rivières, no 400-05-001048-827, 3 août 1984, J.E. 84-684, (J. LEBRUN).

85. Marc BOUDREAU, "La détermination de la date où prend effet une clause de dation en paiement", (1983) 14 R.G.D. 5-45.

86. (1982) C.S. 78.

En l'absence d'une telle renonciation, serions-nous en présence d'un conflit entre la subrogation accordée par les alinéas 1 et 3 de l'article 1156? Nous croyons que ce cas, contrairement à celui de l'acquéreur dont nous avons traité précédemment, la préférence devrait aller au créancier qui a payé. Autrement, la faculté d'exercer la clause de dation en paiement consentie au deuxième créancier serait inexécutable si ce même créancier s'exposait à un recours subrogatoire par la caution qui est son propre débiteur.

Néanmoins la solution peut paraître inéquitable aux yeux de la caution qui voit le deuxième créancier, propriétaire d'un immeuble dont la valeur pourrait excéder le total des deux créances. C'est là une conséquence du caractère draconien de la clause de dation en paiement tant vis-à-vis le débiteur principal que la caution.

C. Exercice d'une clause de dation en paiement par le deuxième créancier hypothécaire qui a payé le premier créancier et recours contre la caution de la première dette

Dans l'affaire *Caisse populaire de Charlesbourg c. Jardin du Moulin*⁸⁷, la caution du premier prêt, garanti aussi par une hypothèque, se vit poursuivre par le deuxième créancier hypothécaire qui ayant payé le premier, exerça la clause de dation en paiement contenue à son propre acte et par la suite vendit l'immeuble, libre de toute charge, à un prix supérieur aux deux créances.

La caution prétendit que l'exercice de la clause de dation en paiement par le deuxième créancier avait éteint son obligation et que la confusion qui s'était opérée était au même effet. Elle soutient encore que lors de la vente subséquente, le prix aurait dû être imputé en premier lieu au paiement de la première hypothèque et enfin que sa libération découlait de l'application de l'article 1202a. Le juge de première instance rejeta tous ces arguments.

C'est avec raison, croyons-nous, que le juge repoussa l'application de l'article 1202a puisque selon les termes mêmes de cet article, la libération ne peut se produire qu'à la suite d'une vente en justice. Une intervention législative serait peut-être souhaitable pour étendre l'application de cet article.

Les règles de l'imputation ne pouvaient non plus s'appliquer en l'espèce car il n'y avait pas pluralité de dettes. En effet, en exerçant sa

87. (1982) C.S. 271 commentée par Marc BOUDREAU, "La jurisprudence récente en matière de cautionnement", (1982) C.P. du N. 251. N.B.: règlement hors cours après l'inscription en appel.

clause de dation en paiement, le créancier avait éteint sa propre dette; lors de la vente de l'immeuble, il ne restait donc plus qu'une seule dette et non deux.

Mais l'extinction a-t-elle pu se produire par l'exercice de la clause de dation en paiement et l'enregistrement d'une déclaration de confusion. L'exercice de la clause de dation en paiement entraîna l'extinction de la deuxième créance. Quant à la confusion qui en est résultée, elle entraîna l'extinction de la première hypothèque (art. 2081 al. 3) mais non de la créance.

Pourtant dans une décision non rapportée de *Dufresne c. Paul Léger Ltée*⁸⁸, la Cour supérieure avait rejeté l'action prise contre l'emprunteur par le deuxième créancier hypothécaire qui avait payé le premier créancier et exercé sa propre clause de dation en paiement au motif principal de la connaissance par le deuxième créancier de l'existence de la première hypothèque. Et le juge d'ajouter: "En plus l'équité joue contre le demandeur".

Nous croyons que la connaissance des charges antérieures n'entraîne pas pour le deuxième créancier hypothécaire l'obligation de les assumer personnellement⁸⁹.

Nous pourrions cependant avancer d'autres arguments. Si la caution avait elle-même payé le premier créancier, elle aurait pu se prévaloir de la clause de dation en paiement à lui consentie et faire disparaître la deuxième hypothèque. Si au contraire le paiement provient du deuxième créancier et qu'il exerce la clause du premier créancier, la première dette se trouve éteinte et aussi le cautionnement la garantissant. Si comme en l'espèce, il choisit plutôt d'exercer sa propre clause, ne nuit-il pas à la caution, ne commet-il pas une faute contre elle en empêchant l'extinction de la première dette? Mais l'on objectera que le deuxième créancier a payé suite à l'inaction de la caution.

Nous pouvons peut-être encore venir en aide à la caution. Par l'enregistrement de la déclaration de confusion, le deuxième créancier a éteint la première hypothèque, il a ainsi supprimé une sûreté sur laquelle comptait la caution (art. 1959 C.c.). De plus pourrait-on interpréter l'enregistrement de la déclaration de confusion comme une renonciation par le créancier à son recours contre la caution qu'il

88. C.S. Hull, no 550-05-001159-79, 22 octobre 1980, (J. FRENETTE), commentée par le notaire Comtois à (1981) *R. du N.* 506-509.

89. *Contra*: Jacques AUGER, "Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente", (1982) *C.P. du N.* 123.

ne pourra plus subroger dans cette garantie. Enfin, ne pourrait-on pas dire, dans un sens très large, que la caution de la première dette se trouverait indirectement caution de la deuxième?

Les mêmes parties s'étaient aussi affrontées dans un autre litige qui soulevait le problème de l'étendue de la renonciation à la subrogation. Nous traitons maintenant de ce problème.

3. Effet de la renonciation à la subrogation vis-à-vis un créancier hypothécaire subséquent

Suite à l'exercice de la clause de dation en paiement en octobre 1980, le deuxième créancier hypothécaire fit une requête en radiation de la quittance subrogative enregistrée en mai 1980 par la caution qui avait fait un paiement partiel au premier créancier⁹⁰. La caution invoqua une subrogation conventionnelle et contesta la requête. Le juge de première instance accueillit la requête aux motifs que la caution avait renoncé "à tous les bénéfices que la loi accorde ordinairement aux cautions et notamment aux bénéfices de division, de discussion et de subrogation", que le mandataire pouvait signer la quittance mais non subroger la caution et enfin que la subrogation conventionnelle n'est admise que pour un tiers non intéressé. La solution et les motifs nous semblent discutables.

La caution peut-elle renoncer d'avance à toute subrogation. Faribault⁹¹, que cite le juge de première instance, le prétend. Par contre, Mouly est d'opinion contraire. Selon lui, permettre une renonciation générale anticipée

"irait à l'encontre des motifs de justice et d'équilibre qui ont conduit à l'avènement de la cession d'actions, puis de la subrogation...

Un argument supplémentaire découle de la nature même du contrat de cautionnement. Pour que la caution reste véritablement un débiteur de second plan, il faut qu'elle puisse obtenir un remboursement intégral: la subrogation est un des moyens d'atteindre ce but...

Ces considérations adjointes à la volonté avouée de protéger la caution, permettent de considérer la subrogation comme un bénéfice d'ordre public, ou plutôt d'ordre économique, et donc de prohiber toute renonciation générale anticipée la concernant tout en laissant subsister les renonciations *a posteriori*"⁹².

90. *Caisse populaire de Charlesbourg c. Jardin du Moulin*, (1981) C.S. 869.

91. L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 43, no 551, p. 401.

92. MOULY, *op. cit.*, note 17, no 469, p. 571.

Nous partageons entièrement ces vues. D'après nous, la clause telle que rédigée doit être interprétée. Elle ne signifie nullement que la caution renonce à toute subrogation, elle implique seulement que la caution renonce à soulever l'exception de subrogation. Elle prive seulement la caution du droit de reprocher au créancier l'acte supprimant la subrogation; elle n'a d'effet qu'entre les parties à l'acte de cautionnement. Par contre, si la subrogation reste possible, la caution en bénéficiera. Même si comme le prétend Faribault et le juge de première instance, la caution peut renoncer à toute subrogation, n'a-t-elle pas manifesté une renonciation à cette renonciation en obtenant une subrogation conventionnelle?

Le juge soulève aussi le défaut de capacité du mandataire d'accorder la subrogation. C'est oublier que la caution bénéficie de la subrogation légale qui joue de plein droit sans nécessité de consentement du créancier ou de son mandataire⁹³.

Il nous semble aussi que le mandataire devrait pouvoir transférer conventionnellement la créance au *solvens*, c'est là une suite du paiement qu'il peut recevoir. C'est peut-être à cause de l'ambiguïté de sa renonciation que la caution demanda et obtint la subrogation conventionnelle.

Enfin le juge soumet que la subrogation conventionnelle n'est possible que pour un tiers non intéressé. Cette proposition est exacte. Mais la caution est un tiers intéressé. Elle bénéficie de la subrogation légale. Si elle a recouru au mécanisme de la subrogation conventionnelle, c'est peut-être pour faciliter la preuve du transfert des sûretés de la créance payée, car depuis l'amendement de l'article 2127 C.c. un enregistrement est nécessaire.

SECTION IV — CAUTIONNEMENTS DE CONSTRUCTION: CONFLITS ENTRE LA COMPAGNIE DE GARANTIE ET LES CRÉANCIERS DE L'ENTREPRENEUR

INTRODUCTION

Le maître de l'ouvrage - un particulier ou l'État⁹⁴ - qui accorde un contrat de construction à un entrepreneur exige parfois la

93. Voir spécialement l'argument de la Cour d'appel dans un autre cas de subrogation légale: *Côté et Caisse populaire de Montmorency Village c. Sterlieb*, (1956) B.R. 111, spécialement j. Gagné, p. 127.

94. *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, c. F-10, art. 85 et *Règlement concernant les marchés de l'État*, C.R.C., c. 701, arts 2 et 39; *Loi sur les*

production d'un cautionnement d'exécution qui vise à garantir l'exécution des travaux et d'un cautionnement de matériaux et main-d'oeuvre qui vise à garantir le paiement des fournisseurs et sous-traitants⁹⁵. Ces garanties sont souvent fournies par des compagnies d'assurance ou de garantie⁹⁶. Lorsque l'entrepreneur n'exécute pas ses obligations la compagnie de garantie devra donner suite à son engagement: exécuter les travaux ou en payer le coût, payer les sous-traitants et fournisseurs. À défaut de pouvoir se faire rembourser par l'entrepreneur lui-même, elle cherchera à toucher la retenue effectuée par le maître de l'ouvrage et le solde dû sur le contrat. Mais alors elle se heurtera aux droits des autres créanciers de l'entrepreneur. Nous tenterons de trouver une solution aux conflits entre ces personnes et pour ce faire il nous semble nécessaire d'examiner auparavant la nature de l'engagement par compagnie de garantie et les fondements du recours en remboursement.

La compagnie de garantie qui s'engage par un cautionnement d'exécution ou de matériaux et main-d'oeuvre assure un véritable cautionnement puisque son engagement comporte tous les traits de ce contrat.

Le caractère accessoire de l'engagement par compagnie de garantie découle de l'existence d'une obligation principale. Ainsi les cautionnements d'exécution ou de matériaux et main-d'oeuvre réfèrent-ils à l'obligation d'un "débitéur principal", l'entrepreneur, et à celle de la compagnie, "caution". Le caractère accessoire de l'engagement découle encore de la nature de la prestation promise. Alors que l'objet d'un contrat d'assurance est d'indemniser l'assuré d'une perte, l'objet de l'engagement de la compagnie de garantie est d'exécuter l'obligation du débiteur en cas de défaut de ce dernier. Dans un cautionnement d'exécution, la compagnie de garantie s'engage parfois à exécuter elle-même les travaux. Il s'agit de

travaux publics, S.R.C. 1970, c. P-38, art. 16; *Loi sur le ministère des transports*, S.R.C. 1970, c. T-15, art. 13; *Loi sur les travaux publics*, L.R.Q., c. T-15, art. 9; *Règlement concernant les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r. 7, art. 14a, i et 14b, i; *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, art. 173m et *Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, R.R.Q. 1981, c. S-15, no 1, art. 316.

95. Pour une étude de l'objet de ces cautionnements voir E. MARTIN, "Le cautionnement des obligations du constructeur et les réclamations sur cautionnement", dans *Les différends dans la construction*, Barreau du Québec, Cours de formation permanente no 65, 1981-82, pp. 143-199.

96. *Loi sur les compagnies de garantie*, L.R.Q., c. C-43.

l'exécution en nature de l'obligation du débiteur principal, l'entrepreneur. Dans ce cas, il ne peut y avoir de confusion avec le contrat d'assurance qui a pour objet une somme d'argent. Lorsque l'obligation de la compagnie de garantie consiste à payer le coût des travaux, il s'agit de l'exécution par équivalent pécuniaire de l'obligation de l'entrepreneur. Dans un cautionnement de matériaux et main-d'oeuvre, l'obligation de la compagnie de garantie est la même que celle de l'entrepreneur, payer les sous-traitants et fournisseurs.

Le caractère subsidiaire de l'engagement découle de la façon dont s'engage la compagnie de garantie. Dans le document signé par elle, elle se décrit comme caution et exige la signature de l'entrepreneur. Ceci a pour but de faciliter son recours en remboursement contre l'entrepreneur, recours basé sur la subrogation légale accordée à la caution qui paie. Mais il y a plus. La compagnie de garantie exige la signature d'une convention d'indemnisation. Elle manifeste par là son intention de se faire rembourser, de ne pas subir de perte au sens de l'assurance.

La compagnie de garantie s'étant engagée à titre de caution, elle bénéficie après paiement d'un recours en remboursement basé sur la subrogation légale (arts 1156, al. 3 et 1950 C.c.). Elle acquiert ainsi la créance du créancier qu'elle a payé, elle occupe sa place. Elle peut donc se faire rembourser de l'entrepreneur personnellement, recours illusoire en cas de faillite. Mais ce qui est plus intéressant, elle se voit aussi transférer les sûretés attachées à la créance payée, par exemple la qualité de créancier privilégié ou garanti d'un fournisseur ou sous-traitant pour des travaux privés.

Son recours en remboursement lui sera aussi facilité par les droits qui lui ont été accordés par la convention d'indemnisation. En effet la compagnie de garantie, avant de s'engager vis-à-vis le maître de l'ouvrage, exige de l'entrepreneur et parfois d'un tiers un engagement à la tenir indemne. De plus elle se fait accorder par l'entrepreneur une cession générale de ses créances ou une cession de la créance résultant du contrat d'entreprise.

Pour les fins de la discussion ici, nous ne considérerons par le recours contre les personnes ayant signé la convention d'indemnisation mais les conflits entre la compagnie de garantie et les créanciers de l'entrepreneur: le propriétaire lui-même pour le remboursement de ce qu'il a payé aux sous-traitants et fournisseurs, pour l'indemnisation des malfaçons ou pour d'autres créances, les sous-traitants et fournisseurs non payés, le cessionnaire de la créance de l'entrepreneur et enfin le syndic en cas de faillite. Dans l'examen de

ce problème, il faut prendre en considération les obligations assumées par la compagnie de garantie et le transfert en sa faveur des créances de l'entrepreneur habituellement prévu par la convention d'indemnisation⁹⁷.

1. Conflits entre le propriétaire et la compagnie de garantie

Supposons que le propriétaire ait payé des fournisseurs et des sous-traitants ou ait une réclamation pour des travaux mal exécutés. Supposons encore que le propriétaire soit l'État, et que celui-ci possède une réclamation contre l'entrepreneur pour le paiement de certains droits, par exemple l'impôt sur le revenu ou pour des dommages-intérêts en vertu d'un contrat distinct de celui cautionné. Nous nous demandons si le propriétaire peut opposer compensation vis-à-vis la compagnie de garantie (art. 1191, al. 1). Nous constatons immédiatement que la source des réclamations varie: certaines originent du contrat de construction et autres proviennent d'une source différente. Cette constatation nous amène à distinguer les créances reliés au contrat et celles qui ne le sont pas.

A. Conflits se rapportant aux créances reliées au contrat

Nous croyons que le propriétaire pourra opposer compensation pour les créances reliées au contrat, par exemple le paiement des fournisseurs et des sous-traitants ou le coût de la réparation des malfaçons. La raison réside dans l'obligation assumée par la compagnie de garantie tant dans le cautionnement d'exécution⁹⁸ que dans celui de matériaux et main-d'oeuvre⁹⁹. De plus en réclamant ces sommes, la compagnie de garantie exerce en quelque sorte une saisie-

97. Le texte qui suit est un chapitre un peu remanié de ma thèse de doctorat soutenue à l'Université Laval le 12 octobre 1984.

98. Le cautionnement d'exécution des obligations du contrat comprend aussi le paiement de tous les sous-traitants et fournisseurs: *L'Union canadienne, Compagnie d'assurance c. L'Assurance-vie Desjardins, C.A. Québec*, no 8955, 29 janvier 1975, alors que le cautionnement d'exécution des travaux comprend selon nous, le paiement des sous-traitants et fournisseurs qui détiennent un privilège valide car autrement le propriétaire ne recevrait pas l'immeuble au prix convenu.

99. Distinguant les créances reliées au contrat de celles non reliées, la Cour de l'Échiquier exprima dans *The Employers Liability Assurance Corporation Limited c. Her Majesty the Queen*, (1969) 2 Ex. C.R. 246, 255 l'obiter suivant au sujet des premières:

"When the subject Dalite contract and these bonds are read together the intentions of both of the parties to the subject Dalite contract, as

arrêt de ce qui est dû à l'entrepreneur, or ce dernier s'est obligé à payer les sous-traitants et les fournisseurs et à exécuter correctement l'ouvrage. Ajoutons qu'une condition fait défaut pour l'application de la compensation: la créance de l'entrepreneur n'est pas exigible s'il n'a pas correctement exécuté sa prestation.

Même si la compagnie de garantie base son recours sur une cession en garantie du solde effectuée par l'entrepreneur, le propriétaire pourra selon l'arrêt *La Banque Provinciale du Canada c. Verreault* lui opposer compensation car l'entrepreneur a cédé une créance future dont l'existence était soumise à l'exécution de ses propres obligations¹⁰⁰. Ainsi, le propriétaire peut opposer compensation pour les créances découlant des malfaçons et du paiement des fournisseurs et sous-traitants. Il peut même retenir des sommes pour le paiement des fournisseurs et sous-traitants qu'il n'a pas encore payé car l'estimation finale n'est due que sur preuve du

well as all the parties to the bond (i.e. principal debtor, creditor and surety) are clear. If the contractor failed to perform the subject contract, the surety was liable to perform it pursuant to one bond. Pursuant to the other bond, if the contractor failed to pay the labour and materialmen who supplied labour and material in the performance of this subject Dalite contract, then the surety was liable to the extent of this bond to pay such labour and materialmen."

100. C.S. Québec, no 11-204, 5 août 1974, il s'agissait d'une cession en faveur d'une banque, le juge Bernier, à la page 4, écrit:

"Lorsque, en vertu de l'acte général de cession de créance la banque demanderesse est devenue de plein droit cessionnaire de la créance faisant l'objet du présent recours, soit lorsque le contrat d'entreprise fut signé le 23 février 1971, il ne s'agissait que d'une créance future dont la cause était née mais dont l'existence dépendait de l'exécution du contrat par le cédant et dont le montant dépendait de la bonne exécution de ce contrat; la banque cessionnaire n'a pas droit à plus que ce que sa cédante, Frabec Inc., aurait eu droit. Frabec Inc. ou ses ayants droit n'ayant pas respecté l'échéance prévue au contrat, les défendeurs ont droit d'être indemnisés des dommages-intérêts que ce retard a pu leur causer et ils avaient droit d'en demander la compensation judiciaire."

Cette décision va à l'encontre de la majorité des jugements appliquant strictement l'article 1192 al. 2 du *Code civil* à l'effet que la compensation ne peut jouer pour des dettes postérieures à la signification de la cession, mais s'inscrit dans le courant d'une évolution encore timide de la jurisprudence relativement à la compensation dans le cas de cession. Les tribunaux en effet tentent d'atténuer l'effet restrictif de la compensation en cas de cession lorsque le débiteur fait valoir une créance résultant du contrat cédé. Ainsi dans *A.L. Green Ltd. c. Michaud et les Placements Craig Ltée*, (1975) C.A. 432, la Cour d'appel permit au locataire d'opposer au cessionnaire des

paiement de ces créances¹⁰¹. Dans ce cas, la retenue et le solde dû sur le contrat servent d'abord à payer le propriétaire.

B. Conflits se rapportant aux créances non reliées au contrat

Le propriétaire qui a contre l'entrepreneur une réclamation en dommages résultant d'un contrat distinct de celui cautionné ou l'État à qui certains droits ou taxes sont dus, peuvent-ils faire valoir leurs droits à l'encontre de la compagnie de garantie? Le problème est complexe et d'un intérêt pratique évident. Se trouvera-t-il une seule compagnie de garantie pour compléter les travaux sans avoir l'assurance de toucher la retenue et les versements dus alors qu'elle pourrait choisir de payer la différence entre le coût d'un deuxième contrat et le prix d'adjudication du premier et réduire ainsi le montant de son obligation?

La question fut débattue à quelques reprises aux États-Unis et reçut des solutions différentes¹⁰². Selon certaines décisions, l'État a comme tout créancier, le droit d'opposer compensation. Selon d'autres décisions, l'équité commande une solution contraire. Au Canada, la Cour de l'Échiquier se prononçant sur une affaire en

loyers sa créance pour les réparations, le cessionnaire ne pouvant avoir plus de droit que le cédant. Quelques années plus tard, la Cour d'appel reconnut encore à l'entrepreneur le droit d'opposer au cessionnaire du sous-contrat, les sommes payées par lui à un fournisseur du sous-traitant: *Atlas Corpo. Canada c. Miron et Canadian Industries Ltd*, C.A. Mtl, no 09-001191-758, 8 septembre 1978. Mentionnons deux autres affaires récentes où l'entrepreneur put opposer au cessionnaire du solde dû sur un sous-contrat, les paiements faits par lui aux employés du sous-traitant en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans l'industrie de la construction*: *Toronto Dominion Bank c. Coronet Sportswear and Clothing Mfg. Ltd*, (1980) C.A. 386 et *Banque de commerce canadienne impériale c. Oxford Trousers Ltd*, (1981) C.P. 126.

101. *Compagnie d'assurance canadienne La Mercantile c. Le Procureur général de la Province de Québec*, C.S. Montréal, no 792-132, 26 septembre 1971, (J. BARBEAU) et C.A. Montréal, no 09-014753-71, 12 janvier 1976.
102. Voir les décisions citées dans "The Surety Rights to Money Retained from Payments Made on a Public Contract", (1962) 31 *Fordham Law Review* 161, 163 à 168 (auteur non mentionné); R.C. HORN: *Subrogation in Insurance*, Richard D. Irwin Inc. Homewood Illinois, 1964, voir ch. 13: *Corporate Suretyship Salvage and Subrogation*, spécialement aux pages 229 et 230, voir aussi E.F. BRADY, "Bonds on Federal Government Construction Contracts: The Surety's View", (1971) 46 *New-York University Law Review* 262, 270 à 273; T.G. OTTENWELLER, S.G., ELKINS, G.J. SCHOEDER, and D.D. LISTON: "Fidelity and Surety Law Survey", (1979) *Ins. Counsel J.* 75.

provenance de la province de Québec, reconnu que la retenue constitue une garantie à laquelle la compagnie de garantie a droit en équité sans que la Couronne ne puisse opposer compensation pour une dette non reliée au contrat de construction¹⁰³. Cette cause décidée sur la base de la *Common Law* fait appel à des principes d'Equity. Quelle serait la solution en droit civil?

Nous croyons que la retenue constitue une sûreté pour l'exécution du contrat mais ne vise pas à garantir l'exécution de d'autres créances. S'il y eut cession en garantie par l'entrepreneur en faveur de la compagnie de garantie, soit du solde du prix du contrat, soit de ses créances en général, dans ce cas, il faudra appliquer la règle de l'article 1192 al. 2 C.c.¹⁰⁴. La signification du transport n'empêche

103. *The Employees Liability Assurances Corporation Limited c. Her Majesty the Queen*, (1969) 2 Ex. C.R. 246, 255:

"But the surety engages only to make good the deficiencies to the respective limits of these bonds. And when the surety was called upon to perform by the respondent (creditor under the bonds) and after it did perform under its guarantee, the surety was entitled to require the respondent (creditor) to hold and have used the balance of the moneys appropriated for this subject Dalite contract, namely, the sum of \$150,595.55, solely for the purpose of this subject Dalite contract. Such moneys stand on the same footing as securities in the hands of a creditor received from a principal debtor to which a surety is entitled after making good or paying a guarantee to such creditor. (See dicta of Lord Selborne L.C. in *In re Sherry*): (1884) 25 Ch. D. 692 at 702. The right of the suppliant surety to have the balance due under the subject contract employed in the said manner, prevents the respondent (creditor) appropriating any part of such balance to the payment of any other debt or liability unrelated to the subject contract, as the respondent by its pleading stated it did. This right of the surety does not rest upon contract, but upon 'general principles of equity similiar to those governing the marshalling of funds when one creditor of the same debtor may resort to either of two funds and another creditor to one only'. (See Halsbury's Laws of England, 3rd Ed., Vol. 18, p. 469)."

Selon nous l'article 95, al. 1 de la *Loi (fédérale) sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, c. F-10: "Lorsque, de l'avis du ministre de la Justice, une personne doit à Sa Majesté du chef du Canada, une somme d'argent déterminée, le conseil du Trésor peut autoriser le receveur général à retenir, par voie de déduction ou compensation, le montant de cette dette sur toute somme d'argent qui peut être due ou payable à cette personne par Sa Majesté du chef du Canada" ne s'applique qu'en cas de réalisation des conditions de la compensation légale.

104. Il faudra que les formalités relatives à l'opposabilité de la cession aient été observées: pour la cession d'une créance, signification au créancier selon l'article 1571 C.c.; pour la cession générale des créances: l'enregistrement au bureau d'enregistrement où l'entrepreneur a sa place d'affaires selon l'article 1571 d C.c. vaut signification.

la compensation que des dettes du cédant postérieures à la signification. Par exemple, si avant la signification du transport, une créance liquide et exigible - peu importe sa source - existait en faveur du propriétaire contre l'entrepreneur, la compensation légale aurait déjà joué et provoqué l'extinction ou la réduction de la dette du propriétaire, débiteur de la retenue. Cependant, si la créance du propriétaire n'était pas encore liquide ou exigible lors de la signification du transport, la compensation légale ne peut jouer et la créance de la compagnie de garantie aura priorité sur celle du propriétaire.

Par contre en l'absence d'une cession du solde du contrat en garantie ou cession générale des créances de l'entrepreneur, le propriétaire ne pourra-t-il pas opposer la compensation légale si toutes les conditions sont réalisées car le droit qu'exerce la compagnie de garantie est celui de l'entrepreneur de toucher la retenue?

2. Conflits entre les sous-traitants, fournisseurs de matériaux et la compagnie de garantie

Un conflit peut aussi survenir entre des sous-traitants et fournisseurs de matériaux non payés et la compagnie de garantie. Les auteurs de *Common Law* s'entendent pour accorder la priorité aux fournisseurs et sous-traitants¹⁰⁵. La solution serait la même en droit civil. La raison réside dans la prise en charge par la compagnie de garantie du paiement de ces créances dans le cautionnement de matériaux et main-d'oeuvre et parfois aussi dans le cautionnement d'exécution¹⁰⁶. La priorité de paiement des fournisseurs et sous-traitants doit se réaliser même en cas de cession en garantie du solde du contrat en faveur de la compagnie de garantie, car l'entrepreneur

105. D.A. KEITH: "Performance Bonds" *Claims under Insurance Policies*, in *Special Lectures of Upper Canada*, Toronto, Richard de Boo, 1962, p. 326: "There is, therefore, at once some fund available to the surety, to a degree, to complete the work and carry out its obligation. The statutory holdback, of course, cannot be available until such time as it has been determined whether or not there are valid mechanics' liens filed against the property in question and for which the owner must account up to the statutory holdback." Voir aussi COUCH, *Cyclopedia of Insurance Law*, 2nd ed., Ronald A. Anderson, Rochester-New-York, The Lawyers cooperative publishing Company, 1965, vol. 13, no 47. 104, p. 345 et D.N. MACKLEM and D.I. BRISTOW, *Mechanics' Liens in Canada*, Toronto, Carswell, 1978, pp. 234 et 235.

106. C'est le véritable motif du rejet de l'action de la caution dans l'affaire *La Compagnie d'assurance La Mercantile c. Le procureur général de la Province de Québec*, C.S. Montréal, no 792-132, 26 septembre 1971.

n'a pu céder plus de droit qu'il n'en avait: il a le droit de toucher le solde qu'après l'accomplissement de son obligation de payer les fournisseurs et sous-traitants.

3. Conflits entre le cessionnaire de la créance et la compagnie de garantie

Pour obtenir le financement dont il a besoin, l'entrepreneur empruntera habituellement auprès d'une banque ou d'une autre entreprise financière qui exigeront des garanties. La garantie peut prendre la forme d'une cession de la créance résultant du contrat d'entreprise. Or ces créances ont déjà fait ou feront l'objet, dans la convention d'indemnisation, d'une cession en garantie en faveur de la compagnie de garantie. Lorsque le premier à se faire concéder la garantie n'est pas le premier à accomplir les formalités nécessaires à l'opposabilité, le conflit entre la banque et la compagnie de garantie est inévitable.

Il se résout facilement en faveur de la compagnie de garantie si elle est la première à observer les formalités nécessaires pour l'opposabilité aux tiers: signification au maître de l'ouvrage de la cession du solde du contrat (art. 1571 C.c.) ou enregistrement de la cession générale de créances (art. 1571d C.c.)¹⁰⁷.

Le même raisonnement conduirait à reconnaître la priorité à la banque si elle a la première observé toutes les formalités nécessaires à l'opposabilité de la cession de créances. Cependant tel ne fut pas le résultat dans l'affaire *La Banque de Montréal c. Martel*. Selon le juge Dufour, l'entrepreneur n'ayant pas exécuté les travaux, n'a pas droit à la retenue, la cession de cette créance est en conséquence sans effet. De plus, ajoute le juge, le contrat cédé et le cautionnement forment un tout¹⁰⁸. Cette décision avec laquelle nous sommes en accord témoigne de l'évolution de la jurisprudence sur les effets de la cession

107. L'on applique par analogie la règle posée dans l'affaire *Mastromonaco c. Les Placements L.F.*, (1973) C.S. 369, où il fut décidé que le deuxième créancier hypothécaire ayant signifié aux locataires le transfert de créances avant le premier créancier hypothécaire, c'est lui qui avait droit aux loyers.

108. C.S. Roberval, no A1244, 11 août 1977, (J. DUFOUR):

"Aux termes de l'article 4.03 du cahier des charges et devis généraux, pièce 1-12, les contrats de cautionnement émis par l'intervenante font partie intégrante des contrats précités...

À partir du 3 août 1973, c'est la Garantie qui a continué et qui a parachevé les travaux décrits aux contrats 1-2 et 1-3: c'est à elle qu'appartient les argents saisis chez le Procureur général: ces argents étaient destinés aux travaux qu'elle a accomplis.

de créance vis-à-vis la compensation¹⁰⁹. Le cautionnement qui accorde un recours après paiement affecte donc la créance cédée. Ajoutons que le cautionnement ne bénéficie pas au cessionnaire, car l'engagement a été pris en faveur du propriétaire.

Le législateur devrait intervenir pour régler ce problème. Ainsi les contrats de construction du gouvernement pourraient-ils contenir une disposition semblable à celle de la Loi française no 75-1334 qui prévoit que le constructeur ne peut nantir que la part de la créance qui correspond à ce qu'il a droit personnellement, ou l'on pourrait expliciter les règles de la compensation dans le sens de l'évolution récente de la jurisprudence. Une telle réforme est déjà en germe dans l'article 1697d C.c.¹¹⁰.

4. Conflits entre le syndic et la compagnie de garantie

Suite à la faillite de l'entrepreneur, les sous-traitants et fournisseurs s'adresseront à la compagnie de garantie pour être payés et le propriétaire fera appel à elle pour terminer les travaux à la suite de la résiliation unilatérale du contrat par le syndic. Qui du syndic ou de la compagnie de garantie touchera la retenue sur le montant dû pour les travaux effectués par l'entrepreneur avant la faillite et le solde dû pour le parachèvement des travaux après la faillite? Nous examinerons les deux situations: la réclamation de la compagnie de garantie pour le remboursement de ce qu'elle a payé aux sous-traitants et fournisseurs et celle pour le coût des travaux effectués par elle.

A. Remboursement des sommes payées aux sous-traitants et fournisseurs

Disons tout d'abord que si la compagnie de garantie a rempli toutes les formalités nécessaires à la validité de la cession de créance

La demanderesse, la Banque... n'a pas droit à ces argents saisis chez le Procureur général: Construction M. Martel Inc. n'a pas de réclamation pour des travaux qu'elle n'a pas faits, elle n'a donc pu céder cette réclamation."

109. *Supra*, note 100.

110. "Dans le cas de cession faite par l'entrepreneur, du prix des ouvrages, la réclamation de l'ouvrier a, vis-à-vis du cessionnaire, le même effet qu'elle aurait vis-à-vis de l'entrepreneur, si aucune telle cession n'avait été faite."

Voir aussi S.R.M. 1970, c. B-90, art. 13: "Where an assignment of the price of the work is made by the contractor to a third party, the claim of a workman has, with respect of a third party, the same effect that he would have had with respect to the contractor if no assignment has been made".

contenue à la convention d'indemnisation, le nantissement de la créance la transformera en créancière garantie¹¹¹. Cette qualité lui fut reconnue sans difficulté dans une affaire de la Saskatchewan, *In re Don Joorisity Contractors Ltd.*¹¹².

Si la convention d'indemnisation stipule le transfert en garantie de la créance mais que la compagnie de garantie ne l'a pas signifié au propriétaire, quelle est la situation? Au moins deux décisions favorisant la compagnie de garantie.

Dans l'affaire *Bellavance c. Ville de Baie Comeau et The Canadian Surety*, le syndic attaque un paiement fait à un sous-traitant par la ville sur l'ordre de la compagnie de garantie à même la retenue. Le juge Masson cite l'extrait de la convention d'indemnisation relatif à la cession en garantie, mais la lecture du jugement ne permet pas de vérifier l'accomplissement des formalités. Il soutient que le syndic est lié par les clauses du cautionnement et de la convention d'indemnisation et que le défaut de l'entrepreneur et du syndic entraînent automatiquement un transfert de propriété en faveur de la caution¹¹³.

Dans l'affaire *Travelers Indemnity c. McLeod* le syndic réclame la retenue au propriétaire et la compagnie de garantie intervient pour

111. Application par analogie de l'arrêt *F. Vigneron Construction Générale: Gingras c. La Banque Royale du Canada*, (1976) C.A. 367.

112. (1956) 36 C.B.R. 154, le juge Thomson écrit à la page 155:

"The assignment, which is contained in the second excerpt from the agreement of indemnity above quoted, was given *bona fide* and for value before the work was commenced and long before the contractors made their assignment under The Bankruptcy Act. There is no suggestion that the contractors were insolvent when the performance bond was issued or that there was anything fraudulent about the said agreement of indemnity and it was clearly the intention of the parties that any moneys received by the surety under the assignment there in contained would be applied against any losses, damages or expenses which the surety might sustain or incur by reason of its becoming a party to the said performance bond. The surety, therefore, stands in the position of secured creditor under The Bankruptcy Act and as such is entitled to hold the moneys in its hands to secure it against loss."

Et l'éditeur de commenter à la page 157:

"This appears to be proper because a supplier or as in this case a surety company, which has taken the precaution of protecting itself before supplying goods or a surety bond should be entitled to receive a better position than creditors who have failed to do so."

113. C.S. Hauterive, no 5233, 21 septembre 1973.

se la faire attribuer. La Cour d'appel trancha en faveur de la compagnie de garantie pour deux motifs¹¹⁴. Elle accepta son argument d'après lequel, entre les parties, la cession s'opère du seul fait de leur consentement exprimé dans la convention d'indemnisation. Elle ajouta que de toute façon, la signification n'était pas nécessaire parce que le maître de l'ouvrage ayant exigé le cautionnement, s'était trouvé à accepter le transport de la créance qui y était contenu. Ces deux motifs nous semblent discutables. Tout d'abord le débat sur la question de savoir si le syndic représente les créanciers et sur la nécessité d'accomplir les formalités nécessaires à l'opposabilité de la cession demeure ouvert¹¹⁵. Il est vrai cependant que l'acceptation de la cession remplace la signification¹¹⁶. Mais peut-on appliquer cette règle en l'espèce? Certes le propriétaire a eu connaissance du contrat de cautionnement. Cependant la cession de créance se trouve non dans ce contrat mais dans la convention

114. (1981) C.A. 24; le juge Crête s'exprime ainsi à la page 26:

"S'attaquant au jugement, l'appelante (la caution) a soulevé dans son mémoire différents moyens, mais lors de l'audience devant nous, son savant procureur n'en a développé qu'un, savoir: qu'entre la cédante (Spino) et la cessionnaire (Travelers) la cession était parfaite du seul consentement des parties et que cette cession avait été acceptée par la débitrice, Gatineau, le tout, conformément à l'article 1571 C.c...."

"Au départ, disons que l'appelante peut prétendre avec raison qu'entre les deux parties, la cédante et la cessionnaire, la cession de créances s'est opérée du seul consentement des parties exprimé dans l'écrit sous seing privé (I-1)..."

"De surcroît, il me paraît incontestable que Gatineau ayant exigé de Spino le contrat de cautionnement, elle s'est trouvée à accepter le transport de créances qui y était contenu de sorte que Travelers n'avait plus l'obligation de faire enregistrer ledit transport et de faire publier l'enregistrement, suivant les termes de l'article 1571.d. C.C., l'enregistrement tenant alors lieu 'de la signification et de la délivrance exigées par l'article 1571'".

115. *In re Civano Construction Inc.: Gingras c. Crédit M.-G. Inc. et Tremblay*, (1961) 3 C.B.R. 141 et *The Toronto Dominion Bank c. Savage et Heather Lines Ltd*, (1969) B.R. 928, *Les fiduciaires de la cité et du district de Montréal Ltée c. Brosseau et Huard*, (1970) C.A. 419.

116. C'est pourquoi le juge Crête ajoute après avoir cité les deux derniers arrêts mentionnés à la note précédente:

"La situation est ici tout à fait différente, puisque la débitrice, Gatineau, a accepté le transport de créances consenti par Spino à l'appelante, ce qui dispensait cette dernière de l'obligation de faire signifier ledit transport à Gatineau.

d'indemnisation qui lie seulement l'entrepreneur et la compagnie de garantie. Peut-on vraiment soutenir que le propriétaire en a eu connaissance? Pour ces raisons, il nous faudra tenter de justifier autrement la préséance de la compagnie de garantie sur le syndic.

En l'absence d'une cession valide des sommes dues à l'entrepreneur, cession qui accorderait à la compagnie de garantie la qualité de créancière garantie, la caution peut se prévaloir de la subrogation légale. Si elle a payé des sous-traitants et fournisseurs qui bénéficient d'un privilège, elle acquiert leur qualité de créanciers garantis car par le paiement, elle se substitue à eux. Le mécanisme de la subrogation légale nous semble parfois mal compris. Ainsi dans l'affaire *Théo et Philippe Bibeau et al. c. The Travelers Indemnity Co. et Paul Hébert et la Commission scolaire régionale Youville*, la compagnie de garantie poursuivie par un sous-traitant d'un entrepreneur en faillite demande au juge de reconnaître son droit à la subrogation légale dans la retenue effectuée par le maître de l'ouvrage. Le juge Hannen refuse de se prononcer sur la subrogation légale mais accueille l'action contre la compagnie de garantie sujet à la signature d'une quittance subrogatoire¹¹⁷. Nous croyons qu'ainsi il impose à la subrogation légale les conditions de la subrogation conventionnelle. Puisqu'il s'agit d'une subrogation légale, il n'est pas nécessaire que le créancier subroge expressément le *solvens* quoique ce dernier doive respecter les règles de l'opposabilité selon l'article 2127 al. 4. Le droit à la subrogation légale dans le privilège fut reconnu dans *La Compagnie d'assurance canadienne Mercantile c. Le Procureur général du Québec*, bien que le juge rejeta l'action de la

117. C.S. Montréal, no 793-373, 4 décembre 1972, (J. HANNEN):

"I am invited by attorneys for Defendant to express the opinion that there is legal subrogation against the *mise-en-cause* Commission Scolaire; that is to say that Plaintiffs have, and Defendant will acquire on paying them, a particular and immediate right to or interest in the amount which the Commission Scolaire has on hand to the extent of such payment. I have neither right nor reason so to do; other persons may have of claim to have prior or concurrent rights in that money... Consequently the plaintiffs' action will be maintained for the total of \$22 259,50 and \$256,76 or \$22 516,26 and Defendant is condemned to pay the said sums to the Plaintiffs with interest from June 2nd, 1970 and costs, subject only to signature by Plaintiffs of a receipt embodying subrogation to the extent of the payment, in favour of Defendant; of all of the rights, remedies and recourses of Plaintiffs against any person, firm or corporation including the 2 *mis-en-cause*."

caution pour toucher la retenue à cause de l'existence de d'autres réclamations non payées¹¹⁸.

Quelle est la solution lorsqu'il s'agit de travaux publics ou de travaux privés pour lesquels les sous-traitants ne détiennent pas de privilège? Peut-on soutenir que la retenue effectuée par le propriétaire constitue un gage en sa faveur pour le paiement de ces personnes, et que la compagnie de garantie y est subrogée? Nous ne connaissons pas de jurisprudence tout à fait pertinente se rapportant au droit de la compagnie de garantie. Cependant deux décisions lui semblent peu favorables.

Dans l'affaire *Dufresne Construction c. Le P.G.Q.*¹¹⁹, le juge rejette la demande d'un sous-traitant de toucher la retenue aux motifs qu'il ne s'agit pas d'une stipulation pour autrui, ni d'un dépôt, ni d'un enrichissement sans cause, ni d'une action oblique. Notons cependant que dans cette affaire, il existait d'autres sous-traitants et fournisseurs non payés. Reprenons chacun des arguments pour les discuter. Le juge prétend qu'il ne s'agit pas d'une stipulation pour autrui car le propriétaire n'a pas assumé l'obligation de faire une retenue mais s'en est seulement réservé la faculté. Tout dépend évidemment de la formulation de la clause et le texte du jugement ne la cite pas. Cependant même s'il ne s'agissait que d'une faculté, ne pourrait donc pas dire que le propriétaire s'en est prévalu et que l'on doit considérer cette réalité? Le juge prétend encore qu'il ne s'agit pas d'un dépôt car l'entrepreneur n'y a pas consenti au sens de l'article 1799 C.c. Nous croyons au contraire que l'entrepreneur en signant le contrat d'entreprise qui comprend une clause relative à la retenue y a consenti. Le juge n'admet pas non plus qu'il s'agisse d'un enrichissement sans cause car la cause se trouve dans le contrat d'entreprise. Sur ce point la jurisprudence a évolué et reconnaît

118. C.S. Montréal, no 792-132, 26 septembre 1971, 5 (J. BARBEAU):

"D'autre part, le défendeur a la faculté avant le paiement de l'estimation finale, d'exiger de l'entrepreneur que toutes les réclamations (privilégiées ou pas) fondées contre lui soient payées ou garanties, à défaut de quoi il peut retenir un montant pour couvrir ou payer lui-même ces réclamations." Et à la page 6: "La demanderesse est subrogée dans les droits de trois(3) créanciers privilégiés. Si elle déposait sa réclamation chez le syndic, elle serait colloquée selon son rang et sa qualité."

N.B. en l'espèce, il n'y avait cependant pas lieu de traiter de ce point, car il s'agissait de travaux publics pour lesquels il n'existe pas de privilège.

119. (1976) C.S. 946 (en appel).

l'enrichissement sans cause même en matière contractuelle¹²⁰. Quant à l'action oblique que prétend exercer le sous-traitant, il est exact de dire que les droits de l'entrepreneur sont maintenant dévolus au syndic, mais ce dernier devra les exercer selon les dispositions de la *Loi sur la faillite*.

Dans l'affaire *A.N. Bail Co c. Gingras*¹²¹, la Cour suprême avait à se prononcer sur la demande du syndic de se faire remettre la somme que l'entrepreneur général avait payée à un fournisseur d'un sous-traitant en faillite sur les instances du maître de l'ouvrage. (Les faits sont similaires à ceux de la cause *Bellavance c. Ville de Baie Comeau*¹²²). Pour le juge Chouinard, la seule question à trancher est de savoir si la clause relative à la retenue peut trouver application après la faillite. Pour lui, il ne s'agit que d'une autorisation à faire une retenue, autorisation qui est révocable en cas de faillite. Le paiement fait par l'entrepreneur est un paiement fait pour le compte de la compagnie en faillite qui pourtant, à compter de la faillite, ne peut plus faire aucun paiement.

Pour notre part, nous croyons que la retenue constitue un gage selon l'article 1966 C.c. Le propriétaire retient une somme qu'il a entre les mains du consentement de l'entrepreneur et il la retient au bénéfice des sous-traitants et fournisseurs. La compagnie de garantie, qui a payé ces derniers, est subrogée dans leur droit, mais elle ne pourra toucher la retenue qu'après paiement des sous-traitants et fournisseurs. C'est là nous semble-t-il le véritable motif de l'affaire *Dufresne*. Contrairement au juge Chouinard dans *A.N. Bail* nous croyons que si la clause permet la création d'un gage, il s'agit d'une sûreté valable qui n'est pas anéantie par la faillite. D'ailleurs le juge Chouinard cite deux décisions anglaises en ce sens qu'il rejette cependant. Pour terminer, donnons un conseil au maître de l'ouvrage qui se voit réclamer la retenue par le syndic, la compagnie de garantie et des sous-traitants non payés: qu'il remette la somme au syndic qui en disposera selon la loi.

B. Coût des travaux exécutés par la compagnie de garantie après la faillite de l'entrepreneur

La solution de ce conflit est beaucoup plus facile que dans la situation que nous venons d'examiner. Ici encore si la compagnie de

120. *Cie Immobilière Viger c. Giguère*, (1977) 2 R.C.S. 67; Maurice TANCELIN, *Des obligations, contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson et Lafleur, Sorel, 1984, no 390, p. 195.

121. (1982) 2 R.C.S. 475.

122. C.S. Hauterive, no 5233, 21 septembre 1973.

garantie s'est fait céder en garantie le solde dû sur le contrat, elle sera une créancière garantie au sens de la *Loi sur la faillite*.

Faute d'une cession valable, nous croyons qu'elle aura aussi préséance sur le syndic. L'affaire *Bellavance* se rapportait aussi à ce problème. Selon le juge Masson, lorsque la compagnie de garantie parachève les travaux, "l'entrepreneur disparaît". Pour comprendre cet argument, examinons ce qui se passe lorsqu'un autre entrepreneur termine les travaux. Jamais le syndic ne prétendra au paiement des travaux exécutés par un autre entrepreneur puisque le paiement est la contrepartie de l'exécution des travaux. Pourquoi la situation serait-elle différente lorsque la compagnie de garantie termine elle-même les travaux? Peut-on la forcer à travailler gratuitement? Cette solution nous semble équitable, l'inverse serait même "immoral" selon le juge Masson¹²³. Donc lorsque le syndic choisit de ne pas poursuivre les travaux, il renonce, dans les faits, à la créance découlant du contrat. Même en l'absence d'une cession valide, la compagnie de garantie aura droit au solde du contrat car elle "s'est substituée à l'entrepreneur, lequel disparaît". Elle devra supporter les pertes possibles rendues nécessaires par le parachèvement du contrat, mais, d'autre part, elle pourra en retirer les profits, si bénéfice il y a.

Nous croyons même qu'elle pourrait toucher la retenue faite sur les travaux exécutés par l'entrepreneur avant la faillite. Ce droit lui fut reconnu dans un court jugement, *Phoenix Assurance c. Office municipal d'habitation et Marchand*, où le juge Paradis affirme laconiquement que "la subrogation doit s'appliquer pleinement"¹²⁴. Qu'est-ce à dire? La retenue constitue un gage qui assure l'exécution des obligations de l'entrepreneur qui n'y aura droit que dans la mesure où il aura exécuté le contrat. En terminant le contrat d'entreprise à la place de l'entrepreneur, la compagnie de garantie se trouvera subrogée légalement au créancier et aura droit au bénéfice des sommes qu'il s'était réservées pour se protéger contre l'inexécution de son débiteur. Cela ne serait possible cependant que si la retenue vise à garantir non seulement le paiement des sous-traitants et fournisseurs mais aussi l'exécution de toutes les obligations.

123. C.S. Hauterive, no 5233, 21 septembre 1973:

"Par contre, il serait immoral que le syndic, aux droits et obligations du failli, ayant exercé librement un choix, celui de ne pas compléter le contrat, puisse, trois ans après, n'ayant rien fait, prétendre à quelque profit que ce soit. Ce serait tout simplement de l'enrichissement sans cause".

124. C.S. Montréal, no 500-05-016779-793, 13 février 1980 (J. PARADIS).

CONCLUSION

Les conflits entre la compagnie de garantie et les différents créanciers de l'entrepreneur trouvent leur solution dans l'étendue de l'obligation de la compagnie de garantie et les fondements de son recours en remboursement: la subrogation légale prévue au *Code civil* en faveur de toute caution et la cession de créance en garantie prévue à la convention d'indemnisation.

Selon nous, les conflits entre la compagnie de garantie et les autres créanciers de l'entrepreneur se résolvent ainsi: la compagnie de garantie ne peut toucher le solde du contrat si le maître de l'ouvrage fait valoir une créance contre l'entrepreneur à moins qu'il ne s'agisse d'une créance non reliée au contrat et postérieure à la cession en garantie. Les sous-traitants et fournisseurs ont aussi droit à la retenue prioritairement à la compagnie de garantie. Par contre, le cessionnaire de la créance du contrat de construction passe après la compagnie de garantie, car la cession est soumise à l'exécution de l'obligation par l'entrepreneur. En cas de faillite, la compagnie de garantie aura droit avant le syndic à la retenue et au solde dû sur le contrat.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'histoire du cautionnement est animée de cycles alternant exigences des créanciers et protection de la caution. Aujourd'hui le cautionnement connaît une phase de durcissement contractuel, de rigueur conventionnelle: renonciation aux bénéfices de discussion et de division ainsi qu'à l'exception de subrogation. De plus le créancier multiplie les sûretés, il exige plusieurs cautionnements ou une garantie hypothécaire. Les tribunaux ont parfois tendance à réagir contre cette rigueur mais le souci de justice en faveur des cautions ne doit pas conduire à négliger la sécurité du crédit. Les jugements dans les affaires *Soucisse* et *Swift Canada* le démontrent bien.

L'examen des autres questions nous a fait voir l'insouciance de la caution tant dans ses rapports avec le créancier que dans ceux avec des cofidésseurs. De par le contexte qui l'entoure, le cautionnement est plus souvent un acte d'adhésion qu'un contrat débattu et discuté dans ses modalités. Il est temps que les cautions réagissent contre leur insouciance, qu'elles imposent aux créanciers des clauses qui leur assurent une véritable protection et qu'elles pensent à solutionner d'avance les rapports des cofidésseurs. Le cautionnement est un contrat souple où la liberté contractuelle a beau jeu. À la caution d'en profiter!