

LE PRET DE CONSOMMATION : CONTRAT REEL OU CONSENSUEL ?

Denise Pratte

Volume 19, numéro 2, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1108649ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19908>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Résumé de l'article

Cet article examine la nature juridique du contrat de consommation. Dans un premier temps, l'auteure démontre l'importance de s'attarder à cette qualification. Dans un deuxième temps, elle analyse et critique la position traditionnelle qualifiant le prêt de consommation de contrat réel et démontre les raisons qui militent en faveur du caractère consensuel de ce contrat.

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pratte, D. (1989). LE PRET DE CONSOMMATION : CONTRAT REEL OU CONSENSUEL ? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 19(2), 287–315. <https://doi.org/10.17118/11143/19908>

LE PRET DE CONSOMMATION: CONTRAT REEL OU CONSENSUEL?

par Denise PRATTE*

Cet article examine la nature juridique du contrat de consommation. Dans un premier temps, l'auteure démontre l'importance de s'attarder à cette qualification. Dans un deuxième temps, elle analyse et critique la position traditionnelle qualifiant le prêt de consommation de contrat réel et démontre les raisons qui militent en faveur du caractère consensuel de ce contrat.

This article examines the juridical nature of the contract of loan for consumption. Firstly, the author points out why such a determination is so important. The second part of the article is devoted to a critical analysis of the traditional view which holds that loan for consumption is a real contract. The author argues that this contract should be treated as one which is consensual in nature.

*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	289
I- Problématique	289
A- Problèmes posés en matière d'assurance	290
B- Problèmes posés en matière de sûretés réelles	292
II- Analyse juridique	296
A- Position traditionnelle	296
1- Le droit romain	296
2- Le droit français	297
3- Le droit québécois	302
B- Appréciation critique de la position traditionnelle	305
1- L'existence du caractère réel du prêt de consommation	305
2- <i>De lege ferenda</i>	307
CONCLUSION	314

INTRODUCTION

A l'heure de la réforme du *Code civil du Bas-Canada*, il convient de s'interroger sur la qualification donnée à certains contrats. L'objectif recherché par l'auteure est de démontrer que le contrat de prêt de consommation, classifié traditionnellement comme un contrat réel, devrait être ramené au rang des contrats consensuels.

Nous procéderons à cette analyse en deux points. Premièrement, nous étudierons les problèmes soulevés par une classification incertaine du contrat de prêt.

Dans un second temps, nous analyserons la position traditionnelle sur la question et nous en ferons une appréciation critique.

I- Problématique

D'une part, l'article 1777 *C.c.* définit le prêt de consommation en ces termes:

Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur livre à l'emprunteur une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usager, à la charge par ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

D'autre part, on définit le contrat réel comme un contrat qui se forme par la remise de la chose qui en fait l'objet¹.

Traditionnellement, on a classifié le contrat de prêt de consommation comme étant un contrat réel². Cette classification n'a pas suscité beaucoup de commentaires de la part de la doctrine québécoise. En fait, l'acceptation de la validité des avant-contrats, c'est-à-dire des promesses de prêt, est venue amoindrir l'importance du débat.

Alors, pourquoi ouvrir une polémique sur ce sujet? Nous

-
1. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 1983 à la p. 50, no 44; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol 1, 7e éd par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1985 à la p. 69, no 79.
 2. *Infra*, partie II.

essaierons de démontrer l'importance de la question en exposant des exemples de litiges qui peuvent se soulever lorsque le prêt de consommation côtoie d'autres contrats. Dans un premier temps, nous analyserons les problèmes posés en matière d'assurance et dans un deuxième temps, ceux relatifs au domaine des sûretés réelles.

A- Problèmes posés en matière d'assurance

Le 10 décembre 1986, la Cour d'appel rendait jugement dans la cause *Hamel c. L'Assurance-Vie Desjardins*³. Les faits de cette cause se résument comme suit. La caisse populaire, mise en cause, convint, par actes d'obligation signés les 6 et 14 septembre 1977, de prêter à l'appelant Gérard Hamel, la somme de \$57,500. L'argent ne fut pas déboursé au moment de la signature des actes d'obligation et il fut convenu que l'appelant pourrait s'approvisionner à loisir en tirant des chèques sur un découvert. Une assurance-vie-prêt fut émise par l'intimée, l'Assurance-Vie Desjardins, selon laquelle elle rembourserait la somme empruntée, jusqu'à concurrence de \$50,000, en cas d'invalidité. L'appelant devint invalide le 6 novembre 1977, alors que le découvert était de \$32,000. Ce découvert fut porté subséquemment à \$50,000.

La question en litige était de savoir si la somme de \$18,000 prélevée alors que l'appelant était invalide, devait être remboursée par l'intimée. La police stipulant que l'emprunteur n'est assurable que si à la date de l'emprunt il est en mesure de vaquer aux activités normales d'une personne du même âge, il s'agissait de déterminer la date de l'emprunt, c'est-à-dire le moment où le prêt s'était formé.

La Cour d'appel, sous la plume du juge Vallerand, a disposé du litige en ces termes:

J'ai déjà fait voir à l'aide de l'article 1777 du Code civil et des frères Mazeaud que le prêt est un contrat réel qui ne se réalise que par la livraison, *la remise des fonds à l'emprunteur*. (...) Ces lieux communs rappelés, force me paraît être de conclure qu'en l'espèce les actes d'obligation des 6 et 14 septembre 1967 (sic) ne furent que des *promesses de prêt*, les prêts eux-mêmes n'étant inter-

3. (10 décembre 1986), Québec 200-09-000733-821, J.E. 87-64 (C.A.).

venus qu'à chaque occasion où l'emprunteur s'est adressé au découvert⁴.

La Cour d'appel s'était posée la même question, c'est-à-dire celle de la détermination de la date de formation du prêt, dans l'arrêt *Assurance-Vie Desjardins c. Lescadres*⁵. Bien que la question en litige fût la même que dans l'arrêt étudié précédemment, les faits ont amené le tribunal à une solution fort différente.

Le 6 mars 1978, l'époux de l'intimée a fait une demande d'emprunt auprès de la Caisse populaire de Louiseville. La demande d'emprunt fut acceptée mais, suivant le désir de l'époux de l'intimée, la caisse allait conserver les fonds jusqu'au 1er juin 1978. Le 9 mars 1978, l'acte de prêt hypothécaire fut signé et enregistré sur l'immeuble que l'époux de l'intimée désirait acquérir avec l'argent emprunté. Le 28 mai 1978, soit la veille du jour où l'époux de l'intimée prit possession de la somme empruntée, ce dernier devint invalide.

Le juge Beauregard a disposé du litige en ces termes:

Dès le 9 mars 1978, lors de l'acte de prêt hypothécaire, le prêt était parfait. Non seulement y avait-il consentement des deux parties mais l'époux de l'intimée, qui s'était reconnu débiteur de la somme empruntée et qui avait grevé un immeuble d'une hypothèque, avait le droit de se faire remettre les billets de banque. A partir de ce moment-là la caisse, au seul choix de l'époux de l'intimée, détenait la somme empruntée, non pas comme un prêteur qui n'avait pas encore déboursé la somme prêtée, mais comme dépositaire ou comme emprunteur⁶.

Monsieur le juge Tyndale, pour sa part, s'est exprimé en ces termes:

There is weighty authority to the effect that the contract of loan is a real contract, so that delivery is of the

-
4. *Ibid.* aux pp. 6-8. Ainsi, seuls les montants versés avant l'invalidité devaient être remboursés par l'assureur, ce qui exclut la somme de \$18,000.00.
 5. (9 septembre 1985), Québec 200-09-000653-813, J.E. 85-860 (C.A.).
 6. *Ibid.* à la p. 2 de l'opinion du juge Beauregard.

essence, and our duty is to apply the law and not to make it, however sympathetic the situation. (...)

Although money was not physically delivered, it was «ear-marked», and merely held by the Caisse for the convenience of the customer⁷.

Antérieurement à ces deux décisions de la Cour d'appel, la Cour supérieure avait déjà eu à se prononcer sur la question à quelques reprises, les résultats variant suivant les faits en cause⁸.

Sans procéder, pour l'instant⁹, à l'analyse de cette jurisprudence, nous pouvons dès maintenant constater que la question n'est pas définitivement réglée. En effet, s'il semble établi que l'ouverture de crédit n'est pas un prêt, il est moins certain d'affirmer que le prêt nécessite la tradition matérielle pour se former¹⁰. Ainsi, la véritable question ne serait-elle pas de connaître l'intention des parties? S'il en est ainsi, le prêt de consommation ne serait-il pas un contrat consensuel?

B- Problèmes posés en matière de sûretés réelles

Les sûretés réelles sont, par leur nature, des accessoires d'une obligation principale. Par conséquent, le problème de savoir si une ouverture de crédit ou une promesse de prêter, qui ne constitue pas un prêt au sens classique du terme, pouvaient être garanties par une sûreté réelle, s'est posé. En d'autres termes, est-ce que l'absence de tradition, qui empêche la formation du prêt, empêche de créer, dès la promesse de prêter, la garantie?

-
7. *Ibid.* aux pp. 1-3 de l'opinion du juge Tyndale.
 8. *Margaret de Breyne-Leguerrier c. Caisse populaire St-Raymond et l'Assurance-Vie Desjardins*, (19 février 1981), Hull 550-05-001058-78, (C.S.); *Reid c. Caisse populaire Ste-Madeleine de Rigaud et Assurance-Vie Desjardins*, (8 mai 1981), Montréal 500-05-000631-786, (C.S.); *Banque Toronto-Dominion c. Continental Insurance Co.*, (1982) C.S. 38; *Lévesque c. Caisse populaire d'Orsainville*, (9 août 1983), Québec 200-05-001565-824, J.E. 83-838 (C.S.); *Lantagne c. Caisse populaire de Ville-Emard*, (1984) C.S. 1018.
 9. *Infra*, parties II-A-3 et II-B-2.
 10. *Assurance-Vie Desjardins c. Lescadres*, *supra*, note 5.

En matière de nantissement commercial, la question s'est soulevée en 1980, dans *In re Thomassin: Gauthier c. Thomassin*¹¹. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si un nantissement commercial accordé pour garantir le remboursement d'un prêt, qui fut versé postérieurement à la signature de l'acte, est valable. En vertu de l'ancien article 1979(e) C.c., le nantissement commercial ne pouvait que garantir un prêt. Ainsi, suivant la conception classique, l'absence de délivrance de l'argent empêchait la formation du prêt, d'où l'impossibilité de créer, dès la signature, le nantissement.

L'honorable juge André Trottier en est pourtant venu à la conclusion que le nantissement était valide. Il s'exprimait en ces termes:

(...) Dans tout prêt, il est nécessaire que soit livré l'objet du prêt, mais il n'est cependant pas nécessaire que la livraison se fasse en même temps que l'acte qui constate l'intention des parties. (...)

Que l'argent soit déboursé ultérieurement et confirmé par des billets successifs, ceci n'affecte pas la validité du nantissement consenti le 10 juillet 1979, date de la convention des parties¹².

Cette décision fut commentée par Me Roger Comtois¹³ et par Me Jacques Auger¹⁴. Face à l'incertitude qui régnait, le législateur est intervenu, en 1982, pour autoriser qu'un nantissement commercial soit donné pour garantir une ouverture de crédit. Toutefois, comme

11. (5 décembre 1980), Québec 200-11-000365-802, J.E. 81-143 (C.S.).

12. *Ibid.* aux pp. 3-4.

13. R. Comtois, «Jurisprudence, nantissement commercial - Conflit entre deux créanciers garantis - La tradition manuelle des sommes d'argent prêtées au moment où se crée le nantissement n'est pas nécessaire», (1981) 84 R. du N. 192; R. Comtois, «Le nantissement commercial et le crédit rotatif ou l'ouverture de crédit», (1982) Les cahiers de la direction de la recherche et de l'information de la Chambre des Notaires du Québec, 11.

14. J. Auger, «Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente», (1982) C.P. du N. 123 aux pp. 166-68.

le souligne le professeur Pierre-Paul Côté¹⁵, le problème n'est pas pour autant réglé pour ce qui est des «prêts à versements différés» puisqu'il ne s'agit ni d'un prêt, ni d'une ouverture de crédit au sens de l'article 1979e) C.c.

En matière d'hypothèque, le problème s'est posé dans l'affaire *Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*¹⁶. Dans cette cause, des hypothèques avaient été accordées pour garantir le remboursement de crédits rotatifs. Les défendeurs, invoquant le principe de la spécialité de l'hypothèque, ont prétendu que les hypothèques étaient nulles.

La Cour supérieure, sous la plume de l'honorable juge Robert Lesage, décidait:

Cette validité ne peut plus être mise en doute. L'article 2046 C.C. stipule qu'une hypothèque conventionnelle peut être consentie pour quelque obligation que ce soit. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les obligations éventuelles et les obligations existantes¹⁷.

Cette cause fut l'objet d'un désistement d'appel le 21 octobre 1985. Ainsi, une incertitude subsiste quant à la validité de ces hypothèques, comme le faisait remarquer le professeur Robert Demers¹⁸ citant les propos de Jean-François Fournier¹⁹. Le problème réside dans le fait qu'il n'existe pas d'obligation principale à garantir dans les cas d'ouvertures de crédit. En effet, l'ouverture de crédit étant une promesse de prêter, la seule obligation repose sur les épaules du prêteur. Le futur emprunteur n'a, pour sa part, aucune obligation et ne devrait pas fournir de garantie.

15. P.-P. Côté, «Le prêt commercial - Considérations sur le prêt commercial et la convention de prêt», (1987) 28 C. de D. 861 à la p. 880.

16. (1984) C.S. 856.

17. *Ibid.* à la p. 865.

18. R. Demers, *Le financement de l'entreprise - aspects juridiques*, Sherbrooke, Editions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1985 aux pp. 87-89.

19. J.-F. Fournier, *Droit des sûretés: d'hier à demain par le biais de l'acte de fiducie*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université Laval, juin 1983.

Comme le signalent ces auteurs, certains ont prétendu que l'obligation de l'emprunteur était une obligation sous condition suspensive, à l'effet de rembourser les sommes qui seront délivrées, ce qui revient à dire que l'obligation principale garantie est un prêt sous condition suspensive. Le problème juridique exposé par Jean-François Fournier est une conséquence directe du caractère réel conféré au prêt.

(...) Le seul problème soulevé par ce raisonnement réside précisément au niveau de la condition: la doctrine nous enseigne en effet que la condition, pour être valable, ne peut affecter la formation de l'obligation mais uniquement sa perfection. Or la livraison étant essentielle à la formation du contrat de prêt, elle ne peut dès lors constituer une condition valable²⁰.

Par conséquent, si la condition n'est pas valable²¹, il n'y a pas d'obligation principale et la garantie, en tant qu'accessoire, ne peut exister.

Pour ce qui est des autres sûretés réelles, nous référons le lecteur à l'étude qu'a faite Pierre-Paul Côté sur la question²². Bien que certaines dispositions législatives soient venues valider les sûretés en matière d'ouvertures de crédit, la question reste parfois entière en ce qui a trait aux «prêts à versements différés».

Bref, nous avons voulu démontrer dans cette première partie, que la qualification du contrat de prêt de consommation a amené des problèmes réels dans le passé et que les solutions apportées, par la jurisprudence ou par le législateur, ne sont que partielles.

L'importance d'apporter une solution claire, qui répondra aux exigences des secteurs d'activités économiques et commerciales, tout en étant conforme aux principes juridiques, nous amène à réouvrir le

20. R. Demers, *op. cit. supra*, note 18 aux pp. 88-89.

21. Il a été soutenu dans l'arrêt *Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*, (1984) C.S. 856 aux pp. 864-65, que l'obligation principale était nulle puisqu'elle relevait d'un engagement purement potestatif de la part de l'emprunteur éventuel. Cet argument a été écarté par la cour, en citant certains auteurs, mais sans exposer véritablement ses motifs.

22. P.-P. Côté; *loc. cit. supra*, note 15 aux pp. 878-82.

débat pour tenter de qualifier le contrat de prêt de consommation.

II- Analyse juridique

Cette analyse se fera en deux temps: d'abord nous étudierons la position traditionnelle et ensuite nous ferons une appréciation critique de la question.

A- Position traditionnelle

En tout temps et en tout lieu il y a eu des auteurs pour affirmer que le contrat de prêt de consommation est un contrat réel. Nous étudierons d'abord la notion de prêt de consommation (*mutuum*) en droit romain, pour ensuite regarder les justifications apportées par le droit français et le droit québécois pour conserver cette qualification.

1- Le droit romain

Etant donné que notre droit des obligations a été influencé par le droit français et que ce dernier le fut à son tour par le droit romain²³, il convient de remonter aux origines du contrat de prêt de consommation, soit au *mutuum* de droit romain.

Le *mutuum* est le prêt de consommation qui se forme sans solennité par la dation d'une chose fongible, *datio mutui*, avec convention de rendre l'équivalent de ce qui a été prêté²⁴.

En droit romain, le formalisme étant la règle, le *mutuum* ne fut pendant longtemps qu'un fait ne donnant ouverture à aucune sanction juridique. Il n'était fondé que sur la confiance, l'honnêteté et l'honneur et ne donnait lieu qu'à des sanctions morales en cas de défaut. Plus tard, le *mutuum* devant servir au-delà des simples

23. H. Roch et R. Paré, *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952 à la p. 153; *Juris-classeur répertoire notarial: Prêt - Distinction entre le prêt à usage et le prêt de consommation*, vol. 23, par F. Grua, no 2/ 1287 aux pp. 3 et 4.

24. A.E. Giffard et R. Villers, *Droit romain et ancien droit français - Les obligations*, Paris, Dalloz, 1967 à la p. 30, no 32.

relations familiales ou amicales, on reconnut le caractère contractuel du *mutuum*, ainsi que sa force obligatoire²⁵.

Ainsi, le *mutuum* devenait un des contrats réels, se formant par la seule *datio* - la remise - ce qui constituait, en droit romain, une exception au principe du formalisme. Bien que les formalités extérieures ou les rites ne fussent pas exigés pour la formation du contrat, le *mutuum* n'était pas pour autant devenu un contrat parfaitement consensuel. La promesse de prêter n'avait donc aucune force obligatoire, puisqu'il n'y avait aucun contrat de formé jusqu'à ce que la remise de la chose prêtée soit faite²⁶.

(...) A Rome le simple pacte ne pouvait faire naître en principe d'obligations et les contrats *re* correspondaient à une nécessité pratique, la remise de la *res* jouait dans ces contrats le rôle des paroles solennelles ou de l'écrit dans d'autres²⁷.

2- Le droit français

Dans l'ancien droit français, le formalisme tint une place assez importante. A partir des XIe et XIIe siècles, le consensualisme commença à prendre forme sous l'influence du droit canonique. Au XVIe siècle Loysel pouvait écrire: «On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles. Autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain». Finalement, le principe triompha pleinement aux XVIIe et XVIIIe siècles, avec Domat et Pothier²⁸.

Pourtant lors de la codification, on définit le prêt de consommation, sous l'article 1892 *C.N.*, en ces termes:

Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses

-
25. G. Lepointe et R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954 aux pp. 87-90.
 26. *Ibid.* à la p. 207 et s.; H., L et J. Mazeaud, *op. cit. supra*, note 1.
 27. G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, «Les sources», 2e éd., Paris, Sirey, 1988 à la p. 56, no 62.
 28. A. Weill et F. Terré, *Droit civil - Les obligations*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1986 aux pp. 120-122, no 116.

qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité²⁹.

Est-ce à dire que le consensualisme ouvrait la porte à une exception en matière de prêt? Bien des auteurs français ont répondu à cette question par l'affirmative³⁰.

Ainsi, le premier débat qui se tint en France, fut celui de déterminer si le législateur, lors de la codification, a voulu conserver le caractère réel au prêt de consommation³¹. Ceux qui étaient en faveur de cette qualification ont invoqué la tradition historique, les travaux préparatoires, les textes et le bon sens pour appuyer leurs dires.

Plus tard, la jurisprudence ayant confirmé le caractère réel du prêt de consommation, la question, de savoir si *de lege feranda* il était opportun de le maintenir, s'est posée. De là, d'autres arguments en faveur du *statu quo* sont venus s'ajouter. L'intérêt faible de la distinction, l'effet des avant-contrats ou promesses de prêt, l'absence de transfert de propriété et des risques avant la remise de la chose, l'importance de l'élément matériel et le droit comparé furent, tour à tour, invoqués.

Nous reprendrons donc systématiquement les arguments qui militent en faveur de l'existence ou de la conservation du caractère réel du prêt de consommation, afin de pouvoir procéder ultérieurement à leur analyse critique.

On invoque, premièrement, la tradition historique pour admettre que les codificateurs ont emprunté le concept de *mutuum* au

29. P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Osnabrück, Otto Zeller, t. XIV, 1968 (Réimpression de l'édition de 1827) à la p. 446.

30. J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations*, vol. 1, «Sources: L'acte juridique», Paris, Armand Colin, 1975 à la p. 243, no 303; J. Ghestin, *Les obligations - Le contrat*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1980 à la p. 262, no 338; H., L. et J. Mazeaud, *op. cit. supra*, note 1 à la p. 69, no 80; A. Weill et F. Terré, *op. cit. supra*, note 28 à la p. 133, no 127.

31. La question a également été soulevée pour tous les autres contrats dits réels.

droit romain.

(...) Le droit positif actuel les a recueillis au terme d'une chaîne d'héritages sans déperdition ni rupture: l'Ancien droit a repris l'oeuvre de Gaius, Pothier a repris l'Ancien droit dans son *Traité sur le prêt* et les rédacteurs du Code civil ont repris l'oeuvre de Pothier³².

De plus, les frères Mazeaud affirment que les codificateurs ont clairement manifesté cette volonté lors des travaux préparatoires³³.

Ensuite, viennent les arguments provenant des textes retenus lors de la codification. Selon plusieurs auteurs, le texte de l'article 1892 *C.N.*, tel que cité au long ci-haut, est décisif. L'obligation de livrer la chose prêtée est alors considérée comme une condition de formation du contrat³⁴.

Finalement, le simple bon sens viendrait couronner cette thèse.

(...) On ajoute qu'elle est parfaitement logique; comment en effet l'emprunteur pourrait-il être obligé à payer les intérêts de la somme prêtée tant que cette somme ne lui a pas été remise? Comment l'emprunteur, le gagiste ou le dépositaire pourraient-ils être tenus de restituer la chose qu'ils n'ont pas reçue³⁵?

En général, la jurisprudence française ayant admis le caractère réel du prêt de consommation³⁶, les auteurs, se penchant désormais sur le bien-fondé de conserver cette qualification, ont apporté les arguments suivants.

Premièrement, le droit positif français ayant admis, contraire-

32. F. Grua, *loc. cit. supra*, note 23 à la p. 3.

33. H., L. et J. Mazeaud, *op. cit. supra*, note 1 à la p. 69, no 80. Ils invoquent à cet effet le tome XV de l'ouvrage de Fenet, aux pp. 204 et 214, qui traite du gage. Au même effet, J. Ghestin, *op. cit. supra*, note 30.

34. *Supra*, note 30.

35. G. Marty et P. Raynaud, *op. cit. supra*, note 27. Au même effet, voir les auteurs cités par F. Grua, *loc. cit. supra*, note 23 à la p. 7.

36. F. Grua, *loc. cit. supra*, note 23 à la p. 8.

ment au droit romain, la force obligatoire des promesses de prêt, la distinction de qualification du contrat de prêt de consommation ne comporte plus qu'un faible intérêt. En effet, par deux contrats distincts, on arrive aux résultats souhaités.

On considère que le prêteur s'engage valablement à faire un prêt. Il y a là un contrat *consensuel unilatéral*, c'est-à-dire ne créant d'obligations qu'à la charge de l'une des parties: le prêteur est seul débiteur (il est tenu de remettre la chose). Ce premier contrat est suivi du contrat de prêt lorsque la chose prêtée est remise à l'emprunteur, contrat réel unilatéral: l'emprunteur est seul débiteur (il est tenu de restituer la chose)³⁷.

De plus, l'effet limité accordé par la jurisprudence à ces avant-contrats ont amené les auteurs à y voir une confirmation du caractère réel du prêt de consommation. En effet, selon la jurisprudence majoritaire, l'inexécution de la promesse de prêter ne pourrait donner lieu qu'à des dommages-intérêts et non pas à l'exécution en nature. Si on avait forcé le promettant prêteur à livrer la chose prêtée, cela aurait rendu caduque la distinction entre l'avant-contrat et le prêt lui-même³⁸.

Marie-Noëlle Jobard-Bachellier, dans une étude exhaustive des contrats réels datant de 1985, exprime l'idée que la promesse de prêt est un contrat tout à fait distinct du prêt lui-même. Elle écrit:

(...) En revanche, en matière de promesse de contrat réel «par l'effet de la loi», le défaut de remise empêche la formation même du contrat réel; procéder à l'exécution forcée ne peut dès lors être que procéder à l'exécution forcée de la promesse; or l'objet de l'obligation née de la promesse, c'est-à-dire consentir définitivement au contrat

-
37. H., L. et J. Mazeaud, *op. cit. supra*, note 1 à la p. 70, no 83. Au même effet: J. Flour et J.L. Aubert, *op. cit. supra*, note 30; J. Ghestin, *op. cit. supra*, note 30 à la p. 268, no 342.
38. M.-N. Jobard-Bachellier, «Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif», (1985) *Rev. Trim. de droit civil* 1 à la p. 42; A. Weill et F. Terré, *op. cit. supra*, note 28 à p. 135, no 127; G. Marty et P. Raynaud, *op. cit. supra*, note 27 à la p. 57, no 62.

réal en remettant la chose, ne saurait donner lieu à exécution forcée³⁹.

Pour l'auteure, la remise de la chose est l'expression de la réalité de la volonté du prêteur. Ainsi, en matière de prêt de consommation à titre onéreux, où la propriété de la chose prêtée sera transférée, la remise n'est pas qu'un simple fait matériel qui donne naissance aux obligations de celui qui reçoit la chose, mais un consentement définitif, nécessaire à la perfection du contrat réel.

Un troisième argument est venu de la jurisprudence qui confirmait qu'aucun transfert de propriété, ni des risques, ne s'opère avant que la chose prêtée soit remise à l'emprunteur. Selon certains auteurs, si le prêt de consommation était un contrat consensuel, il donnerait lieu à l'application de l'article 1138 C.N., qui prévoit le transfert de propriété par le simple consentement. Or la jurisprudence se refuse à appliquer cet article étant donné le caractère réel du prêt de consommation⁴⁰.

D'autre part, J. Ghestin, dans son traité sur les obligations, affirmait:

(...) En fait, la catégorie des contrats réels traduit l'importance du déplacement de valeur et exprime une conception moins intellectuelle, plus concrète, et par là plus vraie, des relations contractuelles⁴¹.

L'auteur, citant les propos de Carbonnier, considère que le prêt de consommation doit, *de lege ferenda*, demeurer un contrat réel. Il rejoint ainsi l'argument de bon sens, soulevé précédemment, voulant que la remise de la chose soit nécessaire pour créer une obligation de restitution par l'emprunteur. Pour lui, «c'est (...) une évidence matérielle à laquelle la volonté des parties ne peut rien changer»⁴².

Finalement, on a invoqué le droit allemand, qui a choisi de

39. M.-N. Jobard-Bachellier, *loc. cit. supra*, note 38 aux pp. 41-42.

40. A. Weill et F. Terré, *op. cit. supra*, note 28 aux pp. 133-34, no 127; M.-N. Jobard-Bachellier, *loc. cit. supra*, note 38 aux pp. 7-8; J. Ghestin, *op. cit. supra*, note 30 à la p. 267, no 342.

41. J. Ghestin, *op. cit. supra*, note 30 à la p. 267, no 342.

42. *Ibid.* à la p. 268, no 342.

conserver le caractère réel du prêt de consommation, et même le projet de *Code civil du Québec* de 1977, qui en faisait autant⁴³.

Voilà donc l'ensemble des arguments, en France, militant en faveur de l'existence et/ou de la conservation de la qualification de contrat réel pour le prêt de consommation. Nous procéderons ultérieurement à l'analyse critique de ces affirmations, pour l'instant, nous examinerons les positions prises, tant par la doctrine que par la jurisprudence au Québec.

3- Le droit québécois

En droit positif québécois, il semble que la position traditionnelle l'ait définitivement emporté. En effet, tant la doctrine que la jurisprudence s'accordent, en général, pour affirmer le caractère réel du prêt de consommation.

Les auteurs ont consacré très peu d'espace à la question des contrats réels. Ils se contentent pour la plupart d'énumérer ces contrats, parmi lesquels ils classent le contrat de prêt de consommation⁴⁴. D'autres, lors d'études portant plus spécifiquement sur le prêt de consommation, prennent pour acquis le caractère réel de ce contrat⁴⁵. Roch et Paré, pour leur part, dans le *Traité de droit civil du Québec*, motivent davantage leur prétention en se fondant sur la tradition historique et l'argument de bon sens soulevé par le droit français:

Les articles de ce titre, sauf le prêt à intérêt, sont basés sur le texte même de la loi romaine dont l'ancien droit français ne s'est pas écarté d'une manière importante. (...) La condition essentielle du contrat de prêt consiste dans la livraison de la chose qui fait l'objet du prêt. Il ne

43. H., L. et J. Mazeaud, *op. cit. supra*, note 1 à la p. 71, no 84; J. Ghestin, *op. cit. supra*, note 30 à la p. 268, no 342.

44. P.B. Mignault, *Droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909 à la p. 106; A. Larouche, *Les obligations*, t. 1, «Théorie générale des contrats; quasi-contrats», Ottawa, Université d'Ottawa, 1982 aux pp. 56-57, no 44; J.L. Baudouin, *op. cit. supra*, note 1.

45. J. Auger, *loc. cit. supra*, note 14 aux pp. 167-68; R. Demers, *op. cit. supra*, note 18 à la p. 87; P.P. Côté, *loc. cit. supra*, note 15 aux pp. 864-65 et 874-75.

peut y avoir prêt sans cette tradition, car l'emprunteur qui s'oblige à restituer ne peut le faire qu'autant qu'il a reçu⁴⁶.

Quelques auteurs, tout en classant le prêt de consommation en tant que contrat réel, signalent la controverse qui sévit en France et les professeurs Pineau et Burman ajoutent que, compte tenu des textes de loi, nous devons reconnaître le caractère réel de ce contrat⁴⁷.

Bref, contrairement aux nombreuses argumentations qui ont eu cours en droit français, aucune étude doctrinale québécoise n'a porté sur les raisons militent en faveur de l'existence des contrats réels et/ou de l'opportunité de les conserver. Il faut donc se tourner vers la jurisprudence pour voir la confirmation de la position traditionnelle.

Comme nous l'avons signalé dans la première partie de cette étude, le dernier jugement de la Cour d'appel du Québec, sur la question, a clairement tranché pour le caractère réel du prêt de consommation, en citant la définition de l'article 1777 du *Code civil du Bas-Canada* et les frères Mazeaud⁴⁸. En fait, la Cour d'appel, sous la plume du juge Vallerand, a profité de l'occasion pour régler la question définitivement. En l'espèce, en raison de l'admission qu'avaient faite les parties concernant le moment de formation du prêt, la cour n'avait pas à se prononcer sur la question. Pourtant, elle choisit de le faire⁴⁹, entre autres, pour éviter de risquer de prolonger l'équivoque au sujet de l'arrêt *Assurance-Vie Desjardins c. Lescadres*⁵⁰. Le juge Vallerand s'exprime en ces termes:

(...) l'arrêt *Assurance-Vie Desjardins c. Lescadres* ne me paraît pas avoir dit autre chose si ce n'est d'en avoir

46. H. Roch et R. Paré, *op. cit. supra*, note 23 aux pp. 153-54.

47. Y. Desjardins, «L'hypothèque-enveloppe», (1986) 20 R.J.T. 89 à la p. 91; M. Tancelin, *Des obligations, contrat et responsabilité*, 4e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988 aux pp. 33-34, no 45; J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2e éd., Montréal, Thémis, 1988 aux pp. 37-38, no 21.

48. *Hamel c. Assurance-vie Desjardins*, *supra*, note 3; *supra*, partie I-A.

49. *Hamel c. Assurance-Vie Desjardins*, *supra*, note 3 aux pp. 5-6.

50. *Supra*, note 5.

fait une application, de prime abord peut-être surprenante, à un cas d'espèce bien particulier⁵¹.

En ramenant l'arrêt *Lescadres* à un simple cas d'espèce, on atténuait les propos précités du juge Beauregard, qui pouvaient laisser croire au caractère consensuel du prêt de consommation⁵². Du même coup, on écartait les propos, quelque peu ambigus, de l'honorable juge André Deslongchamps, de la Cour supérieure, qui affirmait en 1981:

Une ligne de crédit (*a revolving line of credit*) où des avances doivent être considérées comme un prêt «flottant» dont l'étendue se mesure par l'utilisation du crédit (...).

Cette possibilité de crédit à l'intérieur d'une limite fixée, même si elle peut s'exercer de façon sporadique ou continue au gré du bénéficiaire n'en contient pas moins tous les éléments essentiels du prêt, tel que défini à l'article 1777 du *Code civil*⁵³.

Que peut-on conclure de toute cette jurisprudence? Premièrement, nous pouvons affirmer qu'en droit positif québécois, le prêt de consommation est un contrat réel. Deuxièmement, nous pouvons dire que l'ouverture de crédit n'est pas un prêt, puisqu'aucune tradition n'a lieu lors de la signature du contrat. C'est ce que venait établir sans contredit l'arrêt *Hamel*⁵⁴, qui confirmait des décisions de la Cour supérieure en ce sens⁵⁵.

Par contre, la Cour d'appel du Québec laisse subsister un doute concernant la nécessité de la tradition effective de la chose prêtée, pour que le contrat soit formé. En effet, en matière de prêt à

-
- 51. *Hamel c. Assurance-Vie Desjardins*, *supra*, note 3 à la p. 8.
 - 52. *Supra*, partie I-a. En ce sens, voir l'interprétation faite du jugement par Y. Desjardins, *loc. cit. supra*, note 47 aux pp. 91-92.
 - 53. *Banque Toronto-Dominion c. Continental Insurance Co.*, *supra*, note 8 à la p. 43.
 - 54. *Hamel c. Assurance-Vie Desjardins*, *supra*, note 3.
 - 55. *Reid c. Caisse populaire Ste-Madeleine de Rigaud et Assurance-Vie Desjardins*, *supra*, note 8; *Lévesque c. Caisse populaire d'Orsainville*, *supra*, note 8; *Lantagne c. Caisse populaire de Ville-Emard*, *supra*, note 8.

versements différés, quand pourrions-nous considérer qu'il y a eu tradition, bien qu'il n'y ait eu aucune livraison physique de la chose prêtée, tout comme dans les arrêts *Lescadres* et *In re Thomassin*⁵⁶?

Ce vide juridique nous amène à procéder à l'analyse critique de la position traditionnelle.

B- Appréciation critique de la position traditionnelle

Notre droit positif québécois a reconnu le caractère réel du prêt de consommation sur la foi des arguments soulevés par les auteurs français. C'est pourquoi, dans un premier temps, nous critiquerons la valeur des raisons invoquées par ces auteurs en faveur de l'existence du caractère réel du prêt de consommation et dans un deuxième temps, nous nous poserons la question de savoir si, *de lege ferenda*, il est opportun de conserver une telle qualification.

1- L'existence du caractère réel du prêt de consommation

Nous avons déjà vu les arguments invoqués par les auteurs français, partisans du caractère réel de ce contrat. Ils se résument à quatre, qu'on peut énumérer comme suit: tradition historique, travaux préparatoires, textes et bon sens. Malgré le fait qu'en droit positif ces arguments semblent avoir triomphé, ils ne font guère l'unanimité. Nous reprendrons donc, tour à tour, chacun d'eux.

L'argument historique permet d'affirmer que le *mutuum* de droit romain a été incorporé au droit français et après coup au droit québécois. Pourtant, plusieurs auteurs constatent la différence fondamentale entre ces deux systèmes de droit. En droit romain, le formalisme est la règle et en droit français, à l'heure de la codification, on ne jurait que par le consensualisme. C'est ce qui faisait dire à Alex Weill et François Terré:

(...) Rationnellement, la théorie classique est critiquable, car elle cherche à maintenir, sous notre régime du consensualisme, une catégorie de contrats dont la reconnaissance en droit romain a marqué précisément une atténu-

56. *Assurance-Vie Desjardins c. Lescadres*, supra, note 5; *In re Thomassin: Gauthier c. Thomassin*, supra, note 11.

tion du formalisme primitif. Aussi bien, un grand nombre d'auteurs n'admettent plus l'existence dans notre droit des contrats réels⁵⁷.

Quant aux travaux préparatoires invoqués au soutien de la position traditionnelle, s'ils font état du caractère réel du contrat de gage⁵⁸, ils sont absolument muets quant au caractère réel du contrat de prêt de consommation⁵⁹. Cet argument est donc loin d'être décisif.

Troisièmement, il faut se demander si les textes du *Code civil du Bas-Canada* confirment véritablement l'existence du caractère réel du prêt de consommation. Si plusieurs l'affirment⁶⁰, d'autres le contestent⁶¹. Notre article 1777 *C.c.* étant calqué sur l'article 1892 *C.N.*, nous pouvons reprendre les arguments français. Ainsi pour Combescure, l'obligation de remettre la chose prêtée, contenue à l'article 1892 *C.N.*, ne constitue pas un élément essentiel à la formation du contrat; la remise constitue l'exécution d'une des obligations contenues au contrat synallagmatique⁶². De plus, nous pouvons ajouter qu'il est douteux que le texte de l'article 1777 *C.c.*

57. A. Weill et F. Terré, *op. cit. supra*, note 28 à la p. 132, no 126. Au même effet: G. Marty et P. Raynaud, *op. cit. supra*, note 27; F. Grua, *loc. cit. supra*, note 23 à la p. 7; B. Starck, *Droit civil - Les obligations*, t. 2, «Contrat et quasi-contrat-Régime général», 2e éd. par H. Roland et L. Boyer, Paris, Librairies techniques, 1985 à la p. 61, no 176; J.F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969 à la p. 54; J. Boulanger et G. Ripert, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957 à la p. 31, no 69; F. Combescure, «Existe-t-il des contrats réels en droit français?», (1903) *Revue critique de législation et de jurisprudence* 477 aux pp. 478 et 482.

58. *Supra*, note 33.

59. P.A. Fenet, *op. cit. supra*, note 29, pp. 425-76.

60. *Supra*, notes 30 et 48.

61. B. Starck, *op. cit. supra*, note 57 aux pp. 61-62, no 178; J.F. Overstake, *op. cit. supra*, note 57, pp. 54-55; F. Combescure, *loc. cit. supra*, note 57 aux pp. 482-86; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. II, vol. 1, «Sources des obligations», Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923 aux pp. 68-69.

62. F. Combescure, *loc. cit. supra*, note 57 à la p. 484.

soit suffisamment clair pour déroger au principe posé à l'article 984 C.c., posant les seules conditions pour la validité d'un contrat.

Finalement, l'argument de bon sens a vivement été contesté⁶³. En effet, bien qu'on conçoive facilement que l'emprunteur ne soit obligé de remettre la chose empruntée que s'il l'a reçue, cela ne démontre nullement le caractère réel du prêt de consommation.

Certes dans le prêt, le gage, le dépôt, certaines obligations ne peuvent véritablement exister qu'après remise de la chose, mais il en est ainsi dans beaucoup d'autres contrats que l'on a jamais songé à qualifier de réels, comme le louage de choses: le locataire n'est pourtant tenu d'entretenir la chose louée et de la rendre que s'il l'a préalablement reçue. Pour justifier cette règle évidente, il est inutile de parler de contrat réel, il suffit de constater l'existence d'obligations réciproques (...) ⁶⁴.

Bref, les arguments militant en faveur de l'existence du caractère réel du prêt de consommation ne nous apparaissent pas convaincants. Pourtant, la jurisprudence québécoise, sans analyser les arguments invoqués de part et d'autre, a tranché pour la position traditionnelle. Conséquemment, il nous faut se tourner vers l'avenir et proposer la conservation ou l'abandon de cette qualification.

2- De lege ferenda

Pour décider de l'opportunité de maintenir ou non la qualification traditionnelle à l'intérieur de notre prochain *Code civil*, nous devons examiner la question sous tous ses angles. Nous étudierons donc, tour à tour, l'intérêt de la distinction, l'effet des promesses de

63. G. Marty et P. Raynaud, *op. cit. supra*, note 27 aux pp. 56-57, no 62; F. Grua, *loc. cit. supra*, note 23 à la p. 7; H., L. et J. Mazeaud, *op. cit. supra*, note 1 à la p. 70, no 82; B. Starck, *op. cit. supra*, note 57 à la p. 61, no 177; M.-N. Jobard-Bachellier, *loc. cit. supra*, note 38 à la p. 4; J. Flour et J.L. Aubert, *op. cit. supra*, note 30 aux pp. 242-43, no 303; J.F. Overstake, *op. cit. supra*, note 57 aux pp. 54-55; Boulanger et Ripert, *op. cit. supra*, note 57 à la p. 31, no 69; R. Demogue, *op. cit. supra*, note 61 à la p. 66, no 502.

64. G. Marty et P. Raynaud, *op. cit. supra*, note 27 aux pp. 56-57, no 62.

prêt, le transfert de propriété et des risques, le problème de la tradition feinte, le droit comparé et le point de vue économique sur la question.

Certains auteurs⁶⁵ ont prétendu que l'intérêt de la distinction était faible, étant donné la reconnaissance de la validité des promesses de prêt. Ainsi, selon eux, on peut conserver la qualification de contrat réel pour le prêt de consommation, puisqu'on admet l'existence de l'avant-contrat. Or, malgré cette reconnaissance, il n'en demeure pas moins que nous sommes en présence de deux contrats distincts. Ainsi, la qualification importe pour déterminer la date de la formation du prêt de consommation et pour déterminer le moment du transfert de propriété et des risques concernant la chose prêtée⁶⁶. En effet, si nous analysons le prêt de consommation comme un contrat réel, distinct de la promesse de prêter, la formation du contrat ainsi que le transfert de propriété et des risques ne se feront qu'à la date de la remise. Si, au contraire, nous analysons le prêt et la promesse de prêt comme un seul contrat consensuel et synallagmatique, celui-ci se formera dès l'échange des consentements. Pour ce qui est du transfert de propriété et des risques, nous examinerons ultérieurement les conséquences sur ceux-ci d'une telle qualification.

Cette séparation est, selon nous, artificielle et peut porter à confusion. Dans un système consensuel, où les parties sont habituées à voir les contrats se former dès l'échange des consentements, le fait de retarder la formation du contrat jusqu'à la remise, peut ne pas être conforme à la volonté des parties. L'arrêt *Lescadres*⁶⁷ en est un bon exemple.

De plus, bien que dans le système traditionnel on admette la validité des promesses de prêt, il convient de se poser la question de l'effet reconnu à ces avant-contrats. Ainsi, si ceux-ci sont pleinement efficaces, c'est-à-dire qu'ils donnent lieu à l'exécution forcée

65. *Supra*, note 37.

66. F. Grua, *loc. cit. supra*, note 23 à la p. 9; M.-N. Jobard-Bachelier, *loc. cit. supra*, note 38 à la p. 7.

67. *Assurance-Vie Desjardins c. Lescadres*, *supra*, note 5. Il est d'ailleurs fort contestable que dans cette cause, ainsi que dans les autres affaires en matière d'assurance, les tribunaux se soient référés à la notion juridique du prêt. Toutefois, cette question déborde l'étendue de nos propos.

de la promesse de prêter, cela confirmera que la dichotomie imposée par la doctrine est tout à fait artificielle. D'autre part, si l'on ne peut forcer l'exécution en nature, c'est-à-dire, la remise de la chose, comme l'a fermement affirmé Marie-Noëlle Jobard-Bachellier⁶⁸, en droit français, il convient de se demander si cela est conforme à la volonté des parties.

En droit québécois, les tribunaux semblent vouloir reconnaître un plein effet à la promesse de prêter. Ainsi, dans l'affaire *Lantagne c. Caisse populaire de Ville-Emard*⁶⁹, la Cour supérieure, sous la plume du juge Macerola, déclarait:

(...) La seule prétention valable de la demanderesse serait celle basée sur le fait qu'une promesse de prêt a été faite par la défenderesse la Caisse populaire. Le prêt a été consenti par la Caisse populaire, l'acte d'hypothèque a été signé et dûment enregistré et, la défenderesse, la Caisse populaire, doit être contrainte de mettre à exécution ses obligations découlant de sa promesse⁷⁰.

L'effet de cette décision est toutefois tempéré par le fait que la caisse avait déjà accordé un nouveau prêt à l'épouse du bénéficiaire de la promesse de prêter et qu'ainsi aucune exécution en nature ni aucun dommage ne furent imposés par le tribunal. Notre jurisprudence semble se dissocier de la position française et est contraire au caractère réel du prêt de consommation. Elle milite donc en faveur de l'abolition de cette qualification.

D'autre part, en doctrine, les professeurs Pineau et Burman nient la possibilité de procéder à l'exécution forcée, l'inexécution devant se solder par l'octroi de dommages-intérêts⁷¹. Pour eux, l'action en passation de titre prévu à l'article 1476 C.c., en matière de vente, démontre que le législateur n'a pas entendu le permettre pour les autres avants-contrats⁷². Un doute reste toujours présent et nous estimons que le législateur devrait explicitement déclarer le caractère consensuel de ce contrat afin de régler la controverse.

68. *Supra*, note 39.

69. (1984) C.S. 1018.

70. *Ibid.* à la p. 1023.

71. J. Pineau et D. Burman, *op. cit. supra*, note 47 à la p. 424, no 342.

72. *Ibid.*

Ainsi, le prêteur, qui s'est engagé à verser une somme d'argent à un emprunteur qui s'est engagé à le rembourser, pourrait être forcé de remplir son obligation. Cela est plus conforme à la volonté des parties⁷³.

Après avoir étudié l'intérêt de la distinction et l'effet des avant-contrats, il convient de revenir sur la question du transfert de propriété et des risques. Dans notre droit positif actuel, l'article 1778 *C.c.* prévoit:

Par le prêt de consommation l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée, et la perte en retombe sur lui.

Si l'on considère que le prêt de consommation ne se forme que par la remise de la chose prêtée, le transfert de propriété et des risques, prévus à cet article, ne se produirait qu'à cet instant.

D'autre part, si l'on envisage le caractère consensuel du prêt de consommation, celui-ci se formerait dès l'échange des consentements. Qu'advierait-il alors du transfert de propriété et des risques? Nous croyons que la réponse apportée par l'article 1778 *C.c.* devrait alors être complétée par les règles prévues au titre des obligations, aux articles 1025 à 1027 *C.c.* Lorsque la chose prêtée serait une chose certaine et déterminée, le transfert serait immédiat, dès l'échange des consentements⁷⁴. Au contraire, lorsque le prêt porterait sur une chose incertaine ou indéterminée, le transfert serait retardé jusqu'à son individualisation⁷⁵. Cette solution peut sembler injuste, à première vue, mais elle est totalement conforme à ce qui est préconisé en matière de vente ou pour tout autre contrat d'aliénation. De plus, le législateur pourrait toujours choisir de déroger au régime général et de retarder, par une disposition spécifique, le transfert des risques jusqu'à la remise de la chose prêtée. Ainsi, la formation du contrat ne serait pas retardée, seul le transfert des risques le serait. Il nous semble que ce problème ne doit pas être une pierre d'achoppement pour la reconnaissance du caractère consensuel du prêt de consommation.

73. L'exécution forcée en matière de prêt de choses autres que de l'argent suivrait les règles générales du droit des obligations.

74. Article 1025 *C.c.*

75. Article 1026 *C.c.*

Un problème connexe, concernant la tradition, peut être relié aux questions précédentes. En effet, si le moment de la formation du contrat et du transfert de la propriété et des risques repose sur la date de la remise, encore faut-il que ce moment soit facilement identifiable. Or, en France, les tribunaux ont eu à se pencher sur la question de savoir à quel moment la tradition est effective lorsque nous sommes en présence d'intermédiaires⁷⁶. De plus, ils ont reconnu que la tradition ne devait pas nécessairement être matérielle: c'est la tradition feinte - la tradition *brevi manus* du droit romain⁷⁷.

En droit québécois, nous pouvons nous demander si la tradition feinte n'a pas été acceptée par notre Cour d'appel, dans l'arrêt *Lescadres*⁷⁸. Comme nous l'avons vu précédemment, la cour, tout en acceptant le caractère réel du contrat de prêt de consommation, a admis qu'il y avait eu formation du contrat bien qu'aucune tradition matérielle n'ait eu lieu. Ainsi, elle admettait la tradition feinte qui s'opère par le seul accord des volontés. Nous croyons qu'en admettant ce principe, la Cour d'appel a ramené indirectement la question au consensualisme. Avec toute déférence pour l'opinion contraire, nous considérons que tous ces détours et tous ces mécanismes juridiques, pour conserver le caractère réel du prêt, sont artificiels et superflus.

Au niveau du droit comparé, nous pouvons trouver des appuis en droit suisse et en droit polonais⁷⁹. Toutefois, nous avons vu précédemment que des solutions différentes avaient été retenues par d'autres pays⁸⁰. Ne pouvant en faire un véritable argument en faveur de notre thèse, nous terminerons cette analyse en examinant le point de vue économique de la question. Vu sous cet angle, il s'agit de se demander pourquoi et pour qui on doit conserver le caractère réel du prêt de consommation. La sécurité des rapports juridiques est-elle bien servie par celui-ci? Convient-il aux transac-

76. *Juris-classeur répertoire notarial: Prêt simple - Conditions et caractères du contrat*, vol. 23, fas. A-B, par C. Colombet, no 2/1267 à la p. 9.

77. *Ibid.* Par exemple, la tradition pourrait s'effectuer au moyen d'écritures bancaires.

78. *Assurance-Vie Desjardins c. Lescadres*, *supra*, note 5.

79. H., L. et J. Mazeaud, *op. cit. supra*, note 1, no 84; J. Ghestin, *op. cit. supra*, note 30 à la p. 268, no 342.

80. *Supra*, note 43.

tions de prêt de consommation actuellement effectuées?

En droit romain, nous avons vu que le caractère réel du contrat s'expliquait par le principe du formalisme qui était primordial. Or, comme nous ne vivons pas sous un régime formaliste, il faut se demander pourquoi on devrait admettre cette qualification. Combescure affirme que le législateur peut choisir le formalisme pour des raisons d'utilité sociale comme la précision et la certitude⁸¹. L'imposition de formalités à accomplir amène une séparation très nette entre les pourparlers et la formation du contrat et permet aux parties de mieux réfléchir avant de former définitivement le contrat.

Or, le caractère réel n'apporte pas cette certitude quant au moment de la formation du contrat. En effet, par la remise de la chose le contrat est censé être formé; toutefois, la tradition feinte étant admise dans certains cas, aucune certitude n'est apportée par cette règle de formation des contrats. De plus, cette qualification n'est d'aucun secours au niveau de la preuve, puisque les parties seront soumises, de toute façon, aux articles 1233 et suivants du *Code civil*. Quant à la réflexion des parties, bien qu'il soit souhaitable de la favoriser, nous ne croyons pas que le contrat de prêt de consommation mérite un traitement différent des contrats de vente, de louage ou tout autre contrat consensuel.

De plus, il faut se demander qui le législateur veut protéger par cette qualification. L'effet de celle-ci étant de retarder la formation du contrat jusqu'à la remise de la chose prêtée, l'emprunteur n'est certes pas la personne qu'on a voulu protéger, celui-ci se voyant dans l'incertitude tant qu'il n'y a pas eu remise. Quant au prêteur, est-il vraiment nécessaire de le protéger? Nous ne le croyons pas. S'il en fut ainsi en droit romain, alors que le caractère gratuit du prêt était la règle, nous croyons qu'aujourd'hui, l'intérêt du prêteur étant souvent aussi grand que celui de l'emprunteur, aucune protection particulière ne doit lui être accordée. Nous ajouterons que la reconnaissance de la validité des avant-contrats limite la protection que pourrait apporter le caractère réel du contrat au prêteur, puisqu'il s'est valablement engagé à prêter. Il serait donc tenu de remplir son obligation ou de réparer les dommages causés par son inexécution.

Cette dernière constatation nous amène à répondre à notre

81. F. Combescure, *loc. cit. supra*, note 57 à la p. 479.

deuxième question, à savoir si la sécurité des rapports juridiques est bien servie par la position traditionnelle. Nous y répondrons encore une fois par la négative, car, selon nous, le caractère réel amène l'incertitude quant à la date de formation du contrat, quant à la réception de la chose prêtée par l'emprunteur et quant à la validité des sûretés consenties en garantie des prêts de consommation.

Nous avons déjà démontré à l'aide de la jurisprudence ces incertitudes. Ainsi, nous préférons le consensualisme à une règle où le moment de la formation du contrat ne sera pas nécessairement plus facilement identifiable, compte tenu du problème de la tradition feinte. De plus, le consensualisme est plus conforme à l'intention des parties. Pour ce qui est de la réception de la chose prêtée par l'emprunteur, nous avons déjà démontré que celui-ci se retrouve dans l'incertitude totale, puisqu'il n'est pas clairement établi s'il pourra forcer le prêteur à respecter sa promesse de prêter ou s'il devra se contenter de dommages-intérêts. La reconnaissance du caractère consensuel et synallagmatique du contrat assurerait l'emprunteur de pouvoir obtenir le bien prêté ou l'équivalent.

En troisième lieu, nous avons souligné une incertitude en matière de sûretés. En effet, nous avons démontré, dans la première partie de cette étude, que certaines garanties, comme l'hypothèque par exemple, pourraient être invalidées faute d'obligation principale à garantir. Nous soumettons qu'en affirmant le caractère consensuel du prêt de consommation, le législateur favoriserait la sécurité des transactions puisqu'il ne saurait plus faire de doute que l'obligation garantie existe, malgré l'absence de délivrance.

En terminant, nous nous demanderons si le caractère réel convient aux transactions de prêt de consommation actuellement pratiquées. Nous croyons que les changements économiques et sociaux ont foncièrement changé la finalité du prêt de consommation. S'il fut un temps où ce contrat n'était qu'à titre gratuit et pour le seul avantage de l'emprunteur, qui était souvent un parent ou un ami, il n'en est plus ainsi. D'ailleurs, le Comité du contrat de prêt de l'Office de revision du Code civil s'exprimait, en 1972, au sujet du prêt d'argent, comme suit:

Il est devenu impérieux de faire de ce prêt un contrat consensuel pour plusieurs raisons. D'une part, il s'agit d'une opération conclue à l'avantage des deux contractants, chacun y trouvant son intérêt. (...) Enfin, et ceci

est d'importance, les pratiques modernes, dans le domaine du crédit, ont dû, pour obvier aux conséquences peu pratiques du "réalisme" du contrat, développer des techniques comme la promesse de prêt, la marge et l'ouverture de crédit. Le Comité a donc, dans un sens, par la consécration du consensualisme, accordé le droit avec la réalité économique.⁸²

Pour notre part, nous préférons généraliser ces conclusions pour tout prêt de consommation. De plus, si la France a choisi d'apporter des palliatifs par des lois spéciales⁸³, nous considérons qu'il est préférable de régler la question au niveau du *Code civil*.

CONCLUSION

En 1972, le Comité du contrat de prêt de l'Office de révision du Code civil recommandait que le prêt d'argent soit considéré comme consensuel mais que les prêts à usage et de consommation conservent leur nature réelle⁸⁴. Toutefois, en 1977, le *rapport sur le Code civil* ne retenait pas cette proposition et conservait le caractère réel même pour le prêt d'argent⁸⁵. Par contre, on recommandait de codifier la validité des promesses de prêter⁸⁶.

Prochainement, le législateur aura l'occasion de se prononcer sur la question dans le cadre de la réforme du *Code civil*. Si l'on se fie à l'avant-projet de loi sur les contrats nommés⁸⁷, il semble bien qu'on se dirige vers l'abandon du caractère réel en matière de

82. Québec, Office de révision du Code civil, Comité du Contrat de prêt, *Rapport sur le contrat de prêt*, XVIII, Montréal, 1972 à la p. 12.

83. Lois Srivener en matière de crédit à la consommation et de certains emprunts immobiliers: Loi no 78-22 du 10 janvier 1978 et Loi no 79-596 du 13 juillet 1979.

84. Office de révision du Code civil, *op. cit. supra*, note 82 aux pp. 1-12.

85. Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Québec, Editeur officiel, 1977, article 825 à la p. 470.

86. *Ibid.*, article 828 à la p. 470.

87. Avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1re sess., 33e Lég., Qué., 1988.

prêt. En effet, l'article 2384 stipule que «la remise du bien prêté n'est pas nécessaire à la formation du contrat de prêt». Il est intéressant de signaler que les définitions des sortes de prêt, aux articles 2381 et 2382 de l'avant-projet de loi, reprennent en substance celles du *Code civil* actuel, ce qui nous démontre que ces dernières n'imposaient pas en soi le caractère réel. Toutefois, comme nous l'avons démontré, le caractère réel ayant triomphé dans notre droit positif, il convient d'intervenir par une disposition claire pour renverser l'ancienne interprétation.

Bref, pour toutes les raisons juridiques et économiques invoquées ci-haut, nous tenons à manifester notre parfait accord avec les dispositions retenues dans l'avant-projet de loi sur les contrats nommés.