Document generated on 10/12/2024 2:36 a.m.

Les Cahiers de droit

L'exécution, la transmission, l'extinction, les modalités et le cautionnement : commentaires

Louise Poudrier-LeBel

Volume 29, Number 4, 1988

La réforme du droit des obligations

URI: https://id.erudit.org/iderudit/042918ar
DOI: https://doi.org/10.7202/042918ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Poudrier-LeBel, L. (1988). L'exécution, la transmission, l'extinction, les modalités et le cautionnement : commentaires. *Les Cahiers de droit*, *29*(4), 915–929. https://doi.org/10.7202/042918ar

Article abstract

The part of the Draft Bill commented on in the following lines constitutes a genuine reform of existing law. The drafters develop a theory of obligations and give a new face to suretyships. They make indepth changes to the means of assessing damages and favour specific performance. They modernize means of payment as well as provisions for making tenders and deposits.

As for the conditions of obligations, the Draft Bill codifies joint and facultative obligations. It proposes substantial changes to provisions relating to the legal regime governing solidarity, but hardly modifies conditional obligations and obligations with a term.

In the case of suretyships, various provisions provide this contract with more modern trappings. The main reform consists in increasing the rights of the surety. The author expresses doubts, however, as to the wisdom in completing the reform by assimilating the surety to a solidary debtor.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1988

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

L'exécution, la transmission, l'extinction, les modalités et le cautionnement : commentaires

Louise POUDRIER-LEBEL*

La partie de l'Avant-projet commentée ici comporte une véritable réforme du droit. Les rédacteurs y élaborent une théorie des obligations et donnent un nouveau visage au cautionnement. Ils apportent des changements majeurs aux modes d'évaluation des dommages-intérêts et privilégient l'exécution en nature. Ils modernisent les modes de paiement ainsi que le mécanisme des offres réelles et de la consignation.

Quant aux modalités des obligations, l'Avant-projet codifie les obligations conjointes et facultatives. Il propose aussi des modifications substantielles au régime juridique de la solidarité mais ne modifie guère celui des obligations à terme et conditionnelles.

Dans le cas du cautionnement, diverses dispositions confèrent à ce contrat un aspect plus moderne. La principale réforme consiste dans l'accroissement des droits de la caution. L'auteure s'interroge toutefois sur l'opportunité de compléter la réforme en assimilant la caution à un débiteur solidaire.

The part of the Draft Bill commented on in the following lines constitutes a genuine reform of existing law. The drafters develop a theory of obligations and give a new face to suretyships. They make indepth changes to the means of assessing damages and favour specific performance. They modernize means of payment as well as provisions for making tenders and deposits.

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

Les Cahiers de Droit, vol. 29, nº 4, décembre 1988, p. 915-929

As for the conditions of obligations, the Draft Bill codifies joint and facultative obligations. It proposes substantial changes to provisions relating to the legal regime governing solidarity, but hardly modifies conditional obligations and obligations with a term.

In the case of suretyships, various provisions provide this contract with more modern trappings. The main reform consists in increasing the rights of the surety. The author expresses doubts, however, as to the wisdom in completing the reform by assimilating the surety to a solidary debtor.

Pages

Introduction 917

1. L'exécution, la transmission et l'extinction des obligations 917
1.1. L'élaboration d'une véritable théorie des effets des obligations 917
1.2. Les choix législatifs 918
1.2.1. Les règles de la mise en demeure et la préséance de l'exécution en nature 918
1.2.2. L'évaluation des dommages-intérêts et les nouveaux pouvoirs accordés au juge 918
1.2.3. Les nouveaux modes de paiement et de mécanisme des offres et consignation 920
1.2.4. Le maintien des restrictions au paiement par un tiers 920
1.2.5. Le rejet des propositions de l'O.R.C.C. sur la novation et la délégation 921
1.2.6. Autres commentaires sur la cession de créance, la subrogation et la compensation 921

2. Les modalités des obligations 923
2.1. Présentation plus complète des modalités des obligations 923
2.2. La solidarité 924
2.2.1. La distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation conjointe 924
2.2.2. La distinction entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite ... 924
2.2.3. Le régime juridique : l'exception de subrogation, la détermination de la part, l'intervention au procès 925
2.3. Les obligations conditionnelles et à terme 925

3. Le cautionnement 926
3.1. Le nouveau visage du cautionnement 927
3.2. La protection de la caution 927
3.3. Y aurait-il lieu d'assimiler le cautionnement à l'obligation solidaire 929

Conclusion 929

Introduction

Nos commentaires de l'*Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du droit des obligations* [1] portent sur cette partie du droit civil communément appelée les effets des obligations, plus précisément l'exécution, l'extinction et les modalités des obligations. S'y ajoutent des observations sur le cautionnement puisque, à la Faculté de droit de l'Université Laval, ce contrat est maintenant étudié avec les effets des obligations dont il illustre les thèmes : paiement par un tiers, subrogation légale, exception de subrogation, solidarité, déchéance du terme, modes normaux d'extinction. Ainsi, se dégagent les trois divisions principales de cette étude : d'abord l'exécution, la transmission et l'extinction des obligations, puis les modalités des obligations et enfin le cautionnement.

1. L'exécution, la transmission et l'extinction des obligations

Les rédacteurs de l'Avant-projet ont choisi une approche globale des effets des obligations, qui en font une véritable théorie. Au niveau des choix législatifs, ils ont apporté des changements majeurs dans les modes d'évaluation des dommages-intérêts et la préséance accordée à l'exécution en nature. Ils ont, de plus, formulé des règles plus modernes quant aux modes de paiement et au mécanisme des offres et de la consignation. Dans les autres domaines, ils ont conservé pour l'essentiel les règles du Code actuel.

1.1. L'élaboration d'une véritable théorie des effets des obligations

Alors que l'article 1138 C.C.B.C. énonce une série de causes d'« extinction des obligations », l'Avant-projet, aux chapitres VI, VII, VIII, innove en distinguant l'exécution proprement dite, la transmission et les mutations de l'obligation [1.1] et les véritables modes d'extinction [2]. Suit un chapitre IX intitulé « La restitution des prestations ». L'ordonnance générale de la matière se présente donc dans un ordre logique qui témoigne d'un véritable effort de réflexion. Les concepts fondamentaux se dégagent plus clairement.

À titre d'exemple, examinons la structure du chapitre VI sur l'exécution de l'obligation. Il comporte trois sections : le paiement, la mise-en-œuvre du

---

1. Éditeur officiel du Québec, 1987, ci-après désigné l'Avant-projet.

1.1 Ces modes comprennent la cession de créance, qui quitte ainsi le chapitre sur la vente, la subrogation ; l'accent est ainsi mis sur l'effet translatif du paiement, la novation et la délégation.

2. Compensation, confusion, remise et impossibilité d'exécution.

droit à l'exécution et la protection de ce droit. Voilà qui est clair. Néanmoins la sous-section sur la mise-en-œuvre du droit à l'exécution appelle deux remarques. Pourquoi ne pas intituler le seul article de la « Disposition générale », « L'exécution forcée » puisque l'article 1647 expose les formes de cette exécution ? De plus, étant donné que l'exécution aux lieux et place du débiteur est une forme de l'exécution en nature, pourquoi en faire une sous-section indépendante ?

1.2. Les choix législatifs

Des changements majeurs apparaissent dans la préséance accordée à l'exécution en nature et dans les nouveaux pouvoirs accordés au juge dans l'octroi des dommages-intérêts. Les rédacteurs ont aussi rajeuni les modes de paiement et le mécanisme des offres et de la consignation. Dans les autres domaines, ils ont conservé pour l'essentiel les règles du Code actuel.

1.2.1. Les règles de la mise-en-demeure et la préséance de l'exécution en nature

Le professeur Tancelin souligne, avec raison, que les règles du Code en matière de mise-en-demeure ne sont pas claires et que leur interprétation s'en ressent [3]. Contrairement à la doctrine classique qui ne l'exige que pour les dommages-intérêts moratoires, les rédacteurs de l'Avant-projet en font une formalité préalable à l'octroi de dommages-intérêts compensatoires. L'article 1647, énonce en effet les différentes formes de l'exécution forcée et précise à l'alinéa 2 que le créancier ne peut exercer l'un ou l'autre de ces droits que si le débiteur est en demeure d'exécuter l'obligation. L'article 1649 alinéa 2 ajoute que le créancier doit accorder au débiteur un délai suffisant autrement ce dernier peut toujours l'exécuter dans un délai raisonnable de la demande.

Il semble donc qu'un créancier ne pourrait, sans mise-en-demeure préalable, corriger des malfaçons pour ensuite en réclamer le coût [4].

1.2.2. L'évaluation des dommages-intérêts et les nouveaux pouvoirs accordés au juge

À elle seule, la sous-section sur les dommages-intérêts mériterait une étude approfondie en raison des nombreuses innovations qu'elle comporte.

---

3. M. TANCELIN, *Des obligations, contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, nº 672, p. 356.
4. La jurisprudence actuelle est contradictoire sur ce point.

Les rédacteurs retiennent le principe essentiel qui domine la responsabilité civile, la réparation intégrale du dommage. Mais la mise en œuvre de cette règle se trouve fortement influencée par les nouveaux pouvoirs accordés aux juges. De nombreuses contestations sont à prévoir.

Ainsi l'article 1666 confère au tribunal la faculté de réduire le montant des dommages-intérêts dus par le débiteur lorsque la faute de celui-ci n'était ni intentionnelle, ni lourde et que la réparation intégrale du préjudice risquerait de l'exposer démesurément à la gêne. On peut s'interroger sur la légalité de cette disposition face à l'article 50 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[4.1] et à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés.*[4.2]

Pour respecter le principe d'une évaluation *in concreto*, l'évaluation des aspects prospectifs du préjudice corporel en fonction du taux d'actualisation prescrit par décret du gouvernement (art. 1667) ne devrait pas servir de barême mais être utilisée seulement à titre indicatif.

L'article 1688 autorise le tribunal à réserver aux parties, pour une période de deux ans, le droit de se pourvoir en révision du montant accordé pour la réparation d'un préjudice corporel lorsqu'il n'est pas possible de déterminer avec une précision suffisante l'évolution de la condition physique du créancier au temps du jugement. Dans les cas difficiles, les juges seront tentés d'accorder ce droit. Seule la pratique nous révélera si l'application de cette disposition entraînera des abus ; bien qu'elle se justifie en théorie par l'équité tant envers le créancier, — augmentation du montant — qu'envers le débiteur — diminution de l'indemnité accordée. Il faut aussi prévoir les problèmes de récupération du montant, peut-être déjà dépensé par le créancier.

Plus discutable est le deuxième alinéa qui permet le versement de dommages-intérêts provisionnels lorsqu'il y a une apparence de droit suffisamment sérieuse. Si l'action est rejetée, le défendeur éprouvera de la difficulté à se faire rembourser puisque l'argent a déjà servi à défrayer des besoins réels. Il nous semblerait préférable qu'un organisme public assume ces frais, quitte à être subrogé. Par contre, l'octroi de dommages-intérêts sous forme d'une rente indexée (art. 1669) est une amélioration[5].

4.1 L.R.Q., c. C-12.

4.2 Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, R.-U. 1982, c. 11].

5. R. LETARTE, « L'évaluation judiciaire du préjudice résultant de blessures corporelles : de l'impressionnisme au réalisme », (1986) 64 *R. du B. can.* 106 ; D. GARDNER, « L'évaluation du préjudice corporel : vers une meilleure utilisation de la technique de la transaction à paiements différés », (1987) 47 *R. du B.* 223-237 ; J.L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Yvon Blais, 1985, nº 1136 à 1145, p. 518 à 523.

Autre nouveauté, l'Avant-projet intègre les dommages punitifs au Code. Le créancier les réclamera en cas d'atteinte à ses droits et libertés fondamentaux, résultant de la faute intentionnelle ou de la faute lourde du débiteur ou lorsque la loi en prévoit expressément (art. 1677). Cette utilisation de la responsabilité à titre de « peine privée » s'inspire évidemment du droit américain, qui connaît de nombreux abus. Mais le versement de la somme à un organisme public ou une association — sauf pour celle correspondant aux fraix extra-judiciaires et aux dépenses faites par le créancier — (art. 1680) nous réconcilie avec ce changement.

1.2.3. Les nouveaux modes de paiement et de mécanisme des offres et consignation

Conscients de l'évolution de la société, les rédacteurs de l'Avant-projet proposent de reconnaître la validité d'un paiement par des instruments comme le chèque certifié, le mandat postal, la carte de crédit ou le transfert électronique (art. 1622). Ils rajeunissent aussi le mécanisme des offres et consignation. Les offres peuvent être présentées au moyen d'un chèque certifié (art. 1631) et la consignation d'une somme d'argent effectuée auprès d'une société de fiducie (art. 1633). Les tribunaux, rejetant le formalisme excessif de la procédure des offres et de la consignation, acceptent déjà ces solutions [6].

Les rédacteurs de l'Avant-projet se sont-ils interrogés sur l'opportunité de compléter la réforme et de reconnaître la validité d'une offre faite au moyen d'une garantie irrévocable fournie par une banque? En dépit de l'incertitude de la jurisprudence [7] ce procédé présente peu de risque pour le créancier et des avantages évidents pour le débiteur, spécialement le promettant-acheteur qui recherche l'exécution forcée d'une promesse de vente.

1.2.4. Le maintien des restrictions au paiement par un tiers

Tout en reconnaissant encore le droit d'un tiers, même étranger, d'exécuter l'obligation à la place du débiteur, les commissaires de l'O.R.C.C. avaient proposé l'abrogation du membre de phrase de l'actuel article 1141 « mais il faut que ce soit pour l'avantage du débiteur et non dans le seul but de changer

6. *Richard* c. *Gilbert*, J.E. 88-407 (C.S.)
7. Refusé: *Société financière J.B. Ltée* c. *122681 Canada Inc.*, J.E. 85-222 (C.A.); admis: *Gelber et 126149 Canada Inc.* c. *128613 Canada Inc.*, J.E. 88-988 (C.A.), *Centre de liquidation Richard Ltée* c. *Ciné-Parc St-Eustache Inc.*, [1986] R.J.Q. 1862 (C.S.).

de créancier ». Le professeur Tancelin a fortement critiqué cette proposition [8]. Il est heureux que malgré une jurisprudence peu abondante, les rédacteurs de l'Avant-projet aient choisi de maintenir la restriction (art. 1613). Mais pour lui donner plus d'efficacité et permettre au débiteur lui-même de la soulever *a priori*, ne pourrait-on pas exiger que le tiers avertisse le débiteur? La disparition des mots « et sans la connaissance de ce dernier » (le débiteur) de l'article 1141 actuel a-t-elle une portée réelle [9]?

La formulation de la deuxième restriction subit une légère modification. L'article 1613 supprime les mots « l'obligation de faire » de l'article 1142 C.C.B.C. mais l'on imagine mal que le créancier ait intérêt à ce que le débiteur exécute lui-même l'obligation dans un cas autre que celui d'une obligation de faire. La rédaction recommandée par les commissaires de l'O.R.C.C. est peut-être plus claire : « sauf si la dette est créée en considération de la personne du débiteur ».

1.2.5. Le rejet des propositions de l'O.R.C.C. sur la novation et la délégation

Les commissaires de l'O.R.C.C. font de la délégation une institution autonome, sans référence à la délégation parfaite qui peut néanmoins servir de base technique à la novation, et l'assujettissent aux règles de la stipulation pour autrui. Cette approche nous semble préférable à celle de l'Avant-projet qui traite de la novation avec les modes de mutations de l'obligation et reprend les notions de délégation parfaite et imparfaite (art. 1711 à 1722).

L'Avant-projet innove en édictant que le délégataire, dans le cas de délégation imparfaite, peut exiger le paiement du délégant qu'après s'être adressé au délégué (art. 1719, al. 2). Cette nouvelle disposition risque de faire disparaître la faveur actuelle de la délégation imparfaite puisque la solidarité disparaîtra.

1.2.6. Autres commentaires sur la cession de créance, la subrogation et la compensation

L'Avant-projet précise la nature juridique de la cession de créances en l'incluant dans les modes de transmission de l'obligation plutôt qu'en l'envisageant comme une forme spéciale de la vente. Il clarifie aussi les règles de la cession de créances constatée par un titre au porteur (art. 1699 à 1703).

---

8. M. TANCELIN, *supra*, note 3, aux numéros 803 à 808, p. 431.
9. Ces mots justifiaient le cautionnement fourni à l'insu du débiteur principal et qui demeure toujours possible, article 2427.

Toutefois une disposition surprend. L'article 1697 alinéa 2 permet au cédé d'opposer le paiement que lui-même ou sa caution a fait de bonne foi au créancier apparent lorsque les formalités exigées pour la rendre opposable au cédé et aux tiers ont été accomplies. Comment peut-il être de bonne foi en pareil cas ?

Quant à la subrogation légale, il aurait été approprié de mentionner en premier lieu le troisième cas, « au profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres » (art. 1708, al. 3), car il s'agit d'un principe général dont les autres cas ne représentent que des applications [10]. On ajoute un sixième alinéa pour renvoyer généralement aux lois particulières qui accordent la subrogation légale.

L'Avant-projet étend le bénéfice de la subrogation légale à tout acquéreur d'un bien — et non seulement d'un immeuble — qui paie une créance garantie par une hypothèque (art. 1708, al. 2). Par contre, il supprime le 5e cas de l'article 1156 : lorsqu'une rente ou une dette due par l'un des époux a été rachetée ou payée des deniers de la communauté.

L'article 1709 dispose que la subrogation a effet contre le débiteur principal et ses garants. La rédaction gagnerait en clarté en énonçant que la subrogation entraîne le transfert de la créance et des sûretés pour comprendre aussi les sûretés réelles attachées à la dette payée. On aurait pu régler, en même temps, le conflit de subrogation de l'acquéreur qui paie contre la caution de la dette [11].

La reformulation des règles sur la compensation n'est pas entièrement satisfaisante. Parmi les obstacles à la compensation, l'article 1727 alinéa 2 reprend les termes de l'article 1190 alinéa 3 C.C.B.C., « une dette ayant pour objet des aliments insaisissables », alors que la jurisprudence étend ces termes à toute dette insaisissable. Le même article ajoute un nouveau cas : une créance qui résulte d'un acte posé dans l'intention de nuire. Que comprend cette expression ? Il supprime aussi les deux autres cas de l'article 1190 C.C.B.C. : la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé et la demande en restitution d'un dépôt.

Au sujet de la compensation judiciaire, il serait préférable que l'article 1724 réfère spécifiquement aux règles du *Code de procédure civile* [11.1] (article 172, même source ou source connexe), ceci d'autant plus que l'article 1727 mentionne que la compensation s'opère, qu'elle que soit la cause de l'obligation d'où résulte la dette.

---

10. J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, t.CLX, Paris, L.G.D.J., 1979 nº 162, p. 179.
11. L. POUDRIER-LEBEL, « Regard neuf sur le cautionnement », (1985) 15 *R.D.U.S.* 641, p. 665 à 669.

11.1 L.R.Q., c. C-25.

Les règles de la compensation dans le cas de cession de créances demeurent inchangées (art. 1731, art. 1192 C.C.B.C.). En principe, faute de réciprocité, la compensation ne peut jouer. Cette rigueur est toutefois mise de côté vis-à-vis le détenteur d'un billet de consommation (art. 191, *Loi sur les lettres de change* [11.2]) et vis-à-vis le cessionnaire d'une créance d'un commerçant qui est partie à un contrat de consommation (art. 103 *Loi sur la protection du consommateur* [11.3]). S'inspirant d'un même principe d'équité, le législateur devrait permettre la compensation lorsque la créance du cédé découle de l'inexécution d'une obligation du débiteur cédé et que le cessionnaire connaît la nature de la créance cédée, par exemple lorsqu'une banque s'est fait céder les créances d'un entrepreneur en construction et que le propriétaire a une réclamation pour malfaçons. Un courant jurisprudentiel se dessine dans ce sens [12].

2. Les modalités des obligations

Les rédacteurs de l'Avant-projet codifient toutes les modalités des obligations en incluant au Code les obligations conjointes et facultatives. Ils proposent des modifications substantielles à la solidarité : ils distinguent la solidarité parfaite et imparfaite, posent des règles pour la détermination de la part de chaque débiteur, permettent son intervention au procès, et enfin, lui reconnaissent l'exception de subrogation. Ils refusent cependant de faire de la solidarité, le régime juridique de droit commun en cas de pluralité de débiteurs. Ils apportent peu de changements aux obligations à terme et conditionnelles.

2.1. Présentation plus complète des modalités des obligations

L'article 1416 des dispositions générales présente les diverses modalités des obligations qui se trouvent explicitées aux articles 1555 à 1611. Les rédacteurs améliorent les définitions en les présentant en termes plus clairs : obligation conditionnelle, article 1555 ; obligation à terme, article 1566 [13] ; obligation divisible, article 1577 ; obligation indivisible, article 1578 ; obligation

---

11.2 S.R.C. 1970, c. B-5.

11.3 L.R.Q., c. P-40.1.

12. *A.L. Green* c. *Michaud*, [1975] C.A. 432, *Banque provinciale* c. *Canadian General Electric*, [1974] C.A. 220, *Toronto Dominion Bank* c. *Coronet Sportwear & Clothing MFG. Ltd.*, [1980] C.A. 386, *Banque Nationale du Canada* c. *Construction de Défense (1951) Limité*, [1985] C.S. 405.

13. On s'étonne toutefois que le terme extinctif soit mentionné parmi les modalités, article 1575 ; voir cependant l'article 1722.

solidaire entre les débiteurs, article 1581 [14] et l'obligation facultative, ainsi reconnue explicitement.

2.2. La solidarité

2.2.1. La distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation conjointe

Les commissaires de l'Office de Revision du Code civil avaient proposé la généralisation de la règle de la solidarité entre les débiteurs comme régime de droit commun lorsque plusieurs sont tenus à une même chose [15]. Les rédacteurs de l'Avant-projet conservent plutôt la solution actuelle — l'obligation conjointe est la règle, la solidarité l'exception — qu'ils codifient expressément (art. 1576). Pourtant le choix de l'O.R.C.C. nous semble plus réaliste et conforme à la pratique.

2.2.2. La distinction entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite

Les rédacteurs de l'Avant-projet distinguent la solidarité parfaite de la solidarité imparfaite (art. 1585). La première se réalise lorsque les débiteurs sont obligés envers le créancier par le même acte ou fait juridique et qu'ils sont de ce fait, censés se représenter mutuellement. La seconde se réalise lorsque les débiteurs sont obligés envers le créancier en vertu d'actes ou de faits juridiques distincts et qu'ils ne sont pas, de ce fait, censés se représenter mutuellement. On peut critiquer ces définitions. La qualification de solidarité parfaite ou imparfaite peut causer problème si un débiteur s'engage solidairement par un acte distinct. Le besoin de distinguer deux sortes de solidarité provient principalement de la répugnance de la doctrine et parfois de la jurisprudence à appliquer la règle de l'interruption de prescription à la solidarité imparfaite ou à l'obligation *in solidum* pour reprendre une terminologie plus courante. Cependant, l'*Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé* [15.1] ne distingue aucunement suivant les sortes de solidarité et ne retient qu'une solution : l'interruption à l'égard d'un débiteur solidaire produit ses effets à

14. Voir *infra* 2.2.2 la distinction entre solidarité parfaite et imparfaite.
15. Article 152 : les débiteurs d'une même obligation sont tenus solidairement envers le créancier, sauf disposition contraire de la loi ou du contrat. Pour une étude récente sur la solidarité entre les titulaires de l'autorité parentale, voir A. MAYRAND, « La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale et les diverses ordonnances de garde d'enfant », (1988) 33 *Revue de droit de McGill* 257-295.
15.1 Éditeur officiel, 1988.

l'égard des autres (art. 3079). La distinction, telle que retenue dans l'Avant-projet sur les obligations, n'a d'importance que vis-à-vis les effets de la mise-en-demeure. L'article 1653 prévoit en effet que la demande extrajudiciaire « vaut » à l'égard des autres débiteurs lorsque la solidarité est parfaite. Mais que signifie ici le terme « vaut », à quels effets s'applique-t-il ?

2.2.3. Le régime juridique : l'exception de subrogation, la détermination de la part, l'intervention au procès

Les rédacteurs de l'Avant-projet apportent quelques changements importants au régime juridique de l'obligation solidaire. Tout d'abord, ils reconnaissent un nouveau moyen de défense : l'exception de subrogation (art. 1590). Ils généralisent ainsi le principe selon lequel, lorsqu'un débiteur a un droit de subrogation, le créancier ne devrait pas par son fait, supprimer l'efficacité de ce droit. C'est là d'ailleurs une application de l'obligation d'agir de bonne foi, maintenant codifiée à l'article 1419.

Autre changement majeur, les rédacteurs posent des règles précises pour la détermination de la contribution de chaque débiteur dans le paiement (art. 1596). Entre les co-débiteurs solidaires, l'obligation se divise en part égale, à moins que leur intérêt dans la dette ne soit inégal. Ce procédé a déjà cours dans le cas de délit où la part à supporter est en fonction du degré de gravité de la faute de chacun des co-auteurs. L'application d'un même procédé dans d'autres cas où l'intérêt est inégal — par exemple entre les actionnaires cautions d'une compagnie en faillite et dont l'intéressement diffère — se révélerait une mesure juste et équitable [16].

Enfin les rédacteurs admettent que le débiteur poursuivi puisse forcer l'intervention au procès des autres débiteurs solidaires (art. 1588). S'autorisant des articles 168, al. 5 ou 216 C.P.C., les tribunaux permettent la mise en cause ou l'appel en garantie d'un co-débiteur solidaire, quoiqu'ils se montrent parfois réticents [17]. Le nouvel article vient ainsi mettre fin à la controverse sur le sens du mot « nécessaire » de l'article 168 al. 5 C.P.C.

2.3. Les obligations conditionnelles et à terme

Traitant de l'effet rétroactif de la condition, les rédacteurs de l'Avant-projet ont mal rédigé l'article 1564 qui mentionne que cet effet remonte au

16. L. POUDRIER-LEBEL, « Regard neuf sur le cautionnement en droit civil québécois », *supra*, note 11, p. 663.
17. *P.G.Q.* c. *Consolidated Bathurst*, [1984], R.D.J. 363 (C.A.).

jour où l'obligation est née. Ils ont donc oublié le cas de la condition résolutoire. Ils devraient ajouter « ou éteinte ».

Les rédacteurs ont maintenu la règle voulant qu'une condition assortie d'aucun délai puisse toujours être accomplie (art. 1559). Il aurait été préférable d'autoriser le juge à fixer un délai raisonnable. Cette solution s'avérerait équitable dans le cas par exemple de la donation d'un terrain pour construire une école, une maison pour personnes âgées [18]. Elle s'inspire d'ailleurs de l'article 1570 [19].

Ce nouvel article sur les obligations à terme est conforme aux décisions judiciaires où le débiteur s'est engagé à payer « quand il le pourra » [20].

La distinction entre un terme incertain et une condition pose parfois problème. Le nouvel article 1568 vient la clarifier [21].

Les rédacteurs de l'Avant-projet ont choisi de poser la règle à l'effet que la déchéance du terme encourue par l'un des débiteurs, même solidaire, est inopposable aux autres débiteurs, (art. 1573). Cette solution est parfaitement justifiée puisque la déchéance est un fait personnel sur lequel l'autre débiteur-engagé à terme — n'a aucun contrôle. Mais il aurait fallu appliquer la même règle pour la caution [22].

3. Le cautionnement

On peut voir dans l'Avant-projet, une véritable réforme du cautionnement. Diverses dispositions confèrent au cautionnement un visage plus moderne; d'autres imposent au créancier des obligations visant à protéger la caution.

---

18. *Lemaire* c. *Richard* et *Les Commissaires d'écoles de la municipalité scolaire de St-Bonaventure*, [1964] C.S. 577.

19. Lorsque les parties ont convenu de retarder la détermination du terme ou de laisser à l'une d'elles le soin de le déterminer et qu'à l'expiration d'un délai raisonnable de leur entente, elles n'y ont point encore procédé, le tribunal peut, à la demande de l'une d'elles, fixer ce terme en tenant compte de la nature de l'obligation, de la situation des parties et de toute circonstance appropriée.
Le tribunal le peut aussi, lorsqu'il est de la nature de l'obligation qu'elle soit à terme et qu'il n'y a pas de convention par laquelle on puisse le déterminer.

20. *Binette* c. *Globensky*, (1933) 71 C.S. 111, *St-Gelais* c. *Gagnon*, [1953] C.S. 247, *Cardiec* c. *Vaillant*, [1969] C.S. 284, *Les Prévoyants du Canada* c. *Poulin*, [1970] C.S. 34, *Bisaillon* c. *Les Héritiers de Feu Paul Roy*, [1977] C.P. 172, *Dubé* c. *Paradis*, J.E. 80-69 (C.S.).

21. Si l'événement qui était tenu pour certain n'arrive pas, l'obligation devient exigible au jour où l'événement aurait dû normalement arriver.
Voir en ce sens, *Maussenet* c. *Ion Rainu*, [1974] C.S. 382.

22. L'article 2425 prévoit, au contraire, que la déchéance du terme encourue par le débiteur principal produit ses effets à l'égard de la caution.

Mais la réforme aurait pu être complétée en assimilant la caution à un débiteur solidaire.

3.1. Le nouveau visage du cautionnement

Les rédacteurs de l'Avant-projet améliorent la définition du cautionnement en précisant qu'il s'agit d'un contrat. De plus, en admettant qu'il puisse être rémunéré (art. 2403), ils reconnaissent officiellement le cautionnement par compagnie de garantie [23]. La solvabilité de la caution s'évaluera non seulement eu égard à la valeur de ses biens immeubles, mais selon celle de l'ensemble de ses biens (art. 2407).

Soulignons une réforme depuis longtemps souhaitée : l'extinction du cautionnement suite au décès de la caution ; le créancier ne peut stipuler une clause contraire (art. 2432). Les héritiers de la caution demeurent cependant tenus des dettes existantes au moment du décès (art. 2415). Il aurait été préférable que le texte de l'article 2415 suive celui de l'article 2432.

Une pratique courante permet à celui obligé à fournir caution légale ou judiciaire, de faire plutôt un dépôt. L'article 2408 diversifie les alternatives offertes au débiteur. Outre le cautionnement par compagnie de garantie ou même par une banque, le débiteur pourra produire une garantie à première demande. Cette modernisation du droit s'harmonise avec celle qui permet la substitution d'une garantie à une hypothèque légale [24].

Enfin soulignons que les rédacteurs de l'Avant-projet ont écarté la proposition des commissaires de l'O.R.C.C. sur l'exigence d'un écrit pour constater l'existence du cautionnement. Cette formalité nous paraît nécessaire pour que la caution réalise les dangers et l'étendue de son engagement.

3.2. La protection de la caution

Sensibles aux nombreux cas d'abus des créanciers, les rédacteurs de l'Avant-projet introduisent de nouvelles dispositions destinées à améliorer la protection de la caution. Celles-ci constituent une nouvelle application de l'obligation générale d'agir de bonne foi.

---

23. L. POUDRIER-LEBEL, *Le cautionnement par compagnie de garantie*, Cowansville, Yvon Blais, 1986.
24. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18 art. 265. Voir cependant le refus de cette solution pour remplacer une offre réelle, *supra*, note 7 ; voir aussi L. POUDRIER-LEBEL, « Les tendances jurisprudentielles dans le droit du cautionnement », (1987) *C.P. du N.* 439, p. 478 à 483.

Ainsi l'article 2426 dispose que la renonciation de la caution aux droits que lui confère la loi ou le contrat est valide à moins que le créancier ne soit de mauvaise foi ou n'abuse de ses droits et il interdit de renoncer à l'avance au droit à l'information et au bénéfice de subrogation. Il est aussi défendu de renoncer à l'effet extinctif du cautionnement à l'égard des héritiers de la caution (art. 2432).

Sans imposer un devoir général d'information [25] l'article 2416 de l'Avant-projet oblige le créancier à répondre à une demande de renseignement.

Il nous semble aussi que le devoir d'information devrait être étendu à l'exercice des recours hypothécaires. L'*Avant-projet portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits* [25.1], oblige le créancier à signifier un avis d'intention au débiteur. La rédaction de l'article 2927 de cet Avant-projet gagnerait en clarté en mettant le mot « débiteur » au pluriel ou en y adjoignant les mots « et à la caution ». Ainsi ce tiers pourrait plus facilement exercer le droit qui lui est reconnu à l'article 2934, de payer le créancier.

La négligence dans la réalisation des sûretés peut aussi causer préjudice à la caution, tenue pour le solde de la dette après déduction du produit de la vente [26]. L'obligation d'agir de bonne foi et l'établissement de normes de comportement [27] sont de nature à protéger la caution.

Au sujet de l'étendue de la libération de la caution suite à la prise en paiement, il faut néanmoins souligner l'incompatibilité de deux articles. L'article 2436 de l'Avant-projet sur les obligations énonce que l'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un bien en paiement de la dette principale décharge la caution ; alors que l'article 2962 de l'Avant-projet sur les sûretés limite la libération à la valeur marchande du bien pris en paiement [28].

Enfin, au niveau de l'extinction du cautionnement, l'article 2433 permet à la caution de mettre fin à son engagement lorsque celui-ci est conclu pour une période ou un montant déterminé, après une période de trois ans et tant que l'obligation n'est pas devenue exigible, en donnant un avis préalable et suffisant au débiteur, au créancier et aux autres cautions.

---

25. Par exemple l'article 505 du Code suisse des obligations énonce que lorsque le débiteur est en retard de six mois pour un paiement de capital ou pour l'intérêt d'un semestre ou pour un amortissement annuel, le créancier doit aviser la caution. Il serait prudent pour la caution non liée de stipuler une telle clause. Voir L. POUDRIER-LEBEL, « La libération de la caution par la faute du créancier » (1987) 28 *C. de D.* 945 à 950.

25.1 Éditeur officiel du Québec, (Première session, 33e législature, 1986).

26. L. POUDRIER-LEBEL, *supra*, note 25, p. 951 à 955 et 960 à 963.

27. Voir l'article 2965 de l'Avant-projet sur les sûretés réelles.

28. Sur l'étude de ce problème, voir L. POUDRIER-LEBEL, « Regard neuf sur le cautionnement en droit civil québécois » *supra*, note 11, p. 668 à 675.

3.3. Y aurait-il lieu d'assimiler le cautionnement à l'obligation solidaire ?

Puisqu'en pratique une clause au contrat de cautionnement stipule la solidarité, il serait plus réaliste de soumettre le cautionnement au régime juridique de l'obligation solidaire, sous réserve de quelques exceptions.

Le maintien des bénéfices de discussion et de division (art. 2418 à 2421) est un anachronisme. Les commissaires de l'Office de Revision du Code civil avaient plutôt suggéré leur abolition, quitte à permettre leur octroi par une clause particulière.

J'ai déjà souligné l'incohérence des solutions quant à l'effet de la déchéance du terme [29]. Comment admettre qu'une caution, débiteur accessoire, perde le bénéfice du terme (art. 2425) alors que le débiteur solidaire, tenu plus fortement, ne le perde pas (article 1573). La détermination de la part qu'une caution peut recouvrer des autres cautions après paiement (art. 2431), pourrait s'effectuer selon l'intérêt dans la dette [30]. L'exception de subrogation étant maintenant accordée au débiteur solidaire (art. 1590), la caution en jouirait sans nécessité d'un article précis en matière de cautionnement (art. 2435). Demeureront cependant, quelques exceptions à l'application du régime juridique de la solidarité. Ainsi la caution pourra exercer un recours avant paiement (art. 2430).

Conclusion

La partie de l'*Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec de droit des obligations*[31], commentée ici comporte une véritable réforme. Toutes les règles du droit actuel ont été révisées. Les rédacteurs n'ont pas craint d'apporter des changements bien adaptés au contexte social actuel et même parfois des innovations dont on craint les conséquences. Ils se sont évidemment inspirés des travaux de l'Office de revision du Code civil dont ils ont retenu plusieurs propositions mais rejeté quelques autres. Malgré les réserves exprimées à propos de certaines dispositions, il faut reconnaître l'ampleur de la tâche accomplie et la rigueur de la réflexion qui transparaît dans la structure même de l'Avant-projet.

---

29. *Supra*, 2.2.3.
30. *Supra*, 2.2.2.
31. *Supra*, note 1.