

La libération de la caution par la mise en oeuvre de l'article 2363 du *Code civil du Québec* : de la théorie à la pratique

Alain Parent

Volume 47, Number 3, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043896ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043896ar>

[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

Parent, A. (2006). La libération de la caution par la mise en oeuvre de l'article 2363 du *Code civil du Québec* : de la théorie à la pratique. *Les Cahiers de droit*, 47(3), 515–537. <https://doi.org/10.7202/043896ar>

Article abstract

Article 2363 of the *Civil Code of Québec* (C.c.Q.) is an exception to the principle of contractual compulsory force that allows the surety to be discharged from its commitment when it ceases to perform specific duties. This provision, which applies only to continuous suretyship, is not one of public order since the parties may renounce such commitment by striking a countermanding agreement. Three conditions are necessary in order to invoke this article, namely that the surety exercises specific duties, that such duties attach to the suretyship and that there is cessation of this status.

There are two reasons for this means of release : The first one is linked to the implicit contents of the contract and the second one, to the protection of the surety. This has been the subject of numerous criticisms, namely because it is not an efficient rule. Indeed, the costs that it causes can be a stumbling block for the conclusion of the suretyship contract and the credit transaction, even if this is the best alternative. Hence, it must be replaced by a less demanding legal framework.

La libération de la caution par la mise en œuvre de l'article 2363 du *Code civil du Québec*: de la théorie à la pratique*

Alain PARENT**

L'article 2363 du Code civil du Québec (C.c.Q.) est une exception au principe de la force obligatoire du contrat qui permet à la caution d'être libérée de son engagement lorsqu'elle cesse d'occuper des fonctions particulières. Cette disposition, qui ne s'applique qu'au cautionnement continu, n'est pas d'ordre public, les parties pouvant y renoncer par une convention contraire. Trois conditions sont nécessaires afin que cet article puisse être mis en œuvre, soit que la caution exerce des fonctions particulières, que ces dernières soient attachées au cautionnement et qu'il y ait cessation de ce statut.

Ce mode de libération a une double raison d'être : celle qui est liée au contenu implicite du contrat et celle de protection de la caution. Il a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment puisqu'il ne s'agit pas d'une règle efficiente. En effet, le coût supplémentaire qu'il engendre peut être une embûche à la conclusion du contrat de cautionnement et de l'opération de crédit, et ce, même s'il s'agit de la meilleure solution de rechange. Il est donc nécessaire de le remplacer par un mécanisme juridique moins onéreux.

* L'auteur désire remercier les professeurs Ejan Mackaay, Marc Boudreault et Michèle Cumyn pour lui avoir fait part de leurs précieux conseils ainsi que pour avoir commenté les versions provisoires de son texte. Merci également à M. Gabriel Parent et M^{me} Nadia Lavoie pour leur patience et leurs encouragements lors de l'élaboration du présent article.

** Avocat et étudiant à la maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal.

Article 2363 of the Civil Code of Québec (C.c.Q.) is an exception to the principle of contractual compulsory force that allows the surety to be discharged from its commitment when it ceases to perform specific duties. This provision, which applies only to continuous suretyship, is not one of public order since the parties may renounce such commitment by striking a countermanding agreement. Three conditions are necessary in order to invoke this article, namely that the surety exercises specific duties, that such duties attach to the suretyship and that there is cessation of this status.

There are two reasons for this means of release: The first one is linked to the implicit contents of the contract and the second one, to the protection of the surety. This has been the subject of numerous criticisms, namely because it is not an efficient rule. Indeed, the costs that it causes can be a stumbling block for the conclusion of the suretyship contract and the credit transaction, even if this is the best alternative. Hence, it must be replaced by a less demanding legal framework.

	<i>Pages</i>
1 L'état du droit	519
1.1 Les exigences préalables à la mise en œuvre du principe contenu dans l'article 2363 C.c.Q.	519
1.2 Les conditions relatives à l'application de l'article 2363 C.c.Q.	522
1.2.1 L'exercice de fonctions particulières	522
1.2.2 Le rattachement du cautionnement à des fonctions particulières.....	523
1.2.3 La cessation des fonctions particulières.....	525
2 Une perspective théorique	527
2.1 Le fondement de l'article 2363 C.c.Q.....	527
2.1.1 L'économie des fonctions particulières	528
2.1.2 La raison d'être de l'article 2363 C.c.Q.	530
2.2 L'analyse critique	532
2.2.1 Le manque d'efficacité de l'article 2363 C.c.Q.....	533
2.2.2 La proposition de réforme législative	535
Conclusion	537

Tous les régimes législatifs civilistes encadrant le cautionnement contiennent deux valeurs antinomiques mais nécessaires à leur viabilité, soit la réduction du coût du crédit et la protection des intérêts de la caution. Comme nous l'enseigne l'histoire, le point d'équilibre n'est cependant pas aisé à atteindre. D'ailleurs, il a été possible d'observer au cours des âges un mouvement de balancier entre ces deux valeurs.

Au Québec, le législateur a décidé d'apporter des correctifs lors de la réforme du *Code civil du Québec*¹ (C.c.Q.) afin d'«assurer une protection accrue des cautions et [de] limiter les abus souvent dénoncés²». Cela s'est matérialisé par l'ajout de plusieurs nouvelles règles, notamment par la mise en place d'une obligation légale d'information à la charge du créancier³ et également par la création d'un nouveau mode de libération qui permet à la caution d'être déchargée de son engagement pour les dettes qui naissent postérieurement à son décès⁴.

L'un des changements qui a le plus heurté la communauté juridique lors de la réforme du *Code civil du Québec* de 1994 est sans doute l'inclusion dans la législation québécoise de l'article 2363 C.c.Q. Cette disposition, qui a été inspirée par des développements doctrinaux français⁵ et par

1. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

2. MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1465.

3. Art. 2345 C.c.Q.; art. 2355 C.c.Q.: la caution ne peut pas renoncer à l'avance à l'obligation légale d'information.

4. Art. 2361 C.c.Q.

5. C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, coll. «Bibliothèque de droit de l'entreprise», Paris, Litec, 1979, p. 352: en droit français, il y a absence de disposition législative équivalente à l'article 2363 C.c.Q. Cela n'a pas empêché le professeur Mouly d'élaborer une théorie similaire dont la base juridique repose sur le terme implicite du cautionnement. Cette notion s'explique de la manière suivante: étant donné que les parties attachent une très grande importance aux fonctions qu'occupe la personne qui décide de se porter caution, il est considéré que la perte de cette qualité constitue le terme du cautionnement. Celui-ci est implicite, car les parties n'ont pas à déclarer dans le contrat les raisons qui les ont incitées à conclure le cautionnement, le mobile découlant de la nature même des fonctions particulières de la caution. Cette idée est acceptée par un courant doctrinal majoritaire. Voir: P. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil, Les sûretés*, t. IX, Paris, Cujas, 1997, p. 105; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987, p. 412-413; P. SIMLER, *Le juge et la caution. Excès de rigueur ou excès d'indulgence?*, (1986) 1 *J.C.P. éd. N.* 169, 175; P. THÉRY, *Les sûretés et la publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 118-119. Les tribunaux français refusent cependant de l'approuver: ils affirment que le cautionnement contracté par un dirigeant social n'est limité à la durée des fonctions que si une telle limitation est précisée dans l'acte de cautionnement. Voir: M. BANDRAC, «Sûreté», (1989) *Rev. Trim. Civ.* 358, 361.

l'affaire *Swift Canadian Co c. Weinstein*⁶, édicte que «le cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières prend fin lorsque cessent ces fonctions». Son incidence sur la vie de la caution et du créancier s'est déjà considérablement fait sentir. En effet, le principal but recherché par le créancier lorsqu'il exige un cautionnement est d'obtenir une garantie valable au cas où le débiteur deviendrait incapable de remplir ses obligations. La sécurité qu'offre cette garantie est en conséquence d'une importance capitale. Or, en vertu de l'article 2363 C.c.Q., la caution peut être exemptée de son engagement unilatéralement par le seul effet de la loi lorsqu'elle cesse d'occuper des fonctions particulières.

En ce qui concerne la doctrine, peu d'écrits sont consacrés à ce thème⁷. Pourtant, d'importants développements jurisprudentiels sont venus influencer sur la manière de l'interpréter. Notamment, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Collin*⁸, a mis un terme à diverses controverses ayant eu cours. Une mise au point s'impose donc pour clarifier le droit positif. C'est d'ailleurs ce volet qui fait l'objet de la première partie de notre article.

La seconde partie de notre texte se veut plus audacieuse. À l'aide des développements effectués dans le contexte du droit positif, il s'agit de préciser la raison d'être de l'article 2363 C.c.Q. et de voir dans quelle mesure cette norme juridique est efficiente. La démarche méthodologique employée pour accomplir ces deux tâches est propre à l'analyse économique du droit. L'étude sous cet angle de ce mode de libération a un double objet : 1) approfondir la compréhension et la réflexion entourant l'article 2363 C.c.Q. ; 2) contribuer à faire connaître l'analyse économique du droit et, également, démontrer la pertinence de cette conception à titre d'outil doctrinal à l'égard des institutions de droit civil.

6. *Swift Canadian Co. c. Weinstein*, [1977] C.S. 12: le juge Beaugrand statue que le départ d'une caution de son poste d'administrateur de la compagnie constitue le terme implicite du cautionnement puisque, dans ce cas, l'engagement a été contracté en raison des fonctions ; *Swift Canadian Co. c. Weinstein*, J.E. 82-231 (C.A.): le juge Bernier, parlant au nom de la Cour d'appel, infirme le jugement de la Cour supérieure, car il estime qu'il y a absence de preuve démontrant que l'intention commune des parties est de mettre un terme au cautionnement lorsque survient la fin des fonctions des deux cautions. Voir : T. ZAMUNER, *Le cautionnement par des actionnaires*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1985, p. 51.

7. Le seul texte qui en traite en profondeur est le suivant : A. BÉLANGER, « Chronique. De la fonction de la caution en tant que terme implicite du cautionnement », (1998) 58 *R. du B.* 137.

8. *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257.

1 L'état du droit

La première partie de notre texte est consacrée essentiellement à la présentation du droit positif. D'abord, comme nous l'avons mentionné dans l'introduction, il y a eu une évolution jurisprudentielle majeure au cours des dernières années concernant l'article 2363 C.c.Q. D'ailleurs, la Cour suprême a mis un terme en 2004 à une multitude de polémiques⁹. Par notre étude, nous voulons en premier lieu mettre en relief les controverses et indiquer comment celles-ci se sont réglées ou, le cas échéant, proposer une solution originale.

Par ailleurs, le texte de l'article 2363 C.c.Q. fait appel à deux expressions nouvelles jusqu'alors inconnues de la communauté juridique québécoise, soit l'«exercice de fonctions particulières» et «attaché à». Notre article veut donc, en second lieu, les démythifier et tracer leur contour.

1.1 Les exigences préalables à la mise en œuvre du principe contenu dans l'article 2363 C.c.Q.

De prime abord, il est impératif que le cautionnement soit continu en vue d'être inclus dans le champ d'application de l'article 2363 C.c.Q. Cette nécessité résulte de la lecture combinée des articles 2363 C.c.Q. et 2364 C.c.Q. : «2364. Lorsque le cautionnement prend fin, la caution demeure tenue des dettes existantes à ce moment, même si elles sont soumises à une condition ou à un terme.»

Ainsi, la caution demeure tenue aux dettes contractées avant la fin des fonctions particulières en question, mais elle est libérée pour celles qui sont nées postérieurement¹⁰. Le cautionnement visé dans l'article 2363 C.c.Q. doit, par conséquent, avoir pour effet de garantir des dettes qui ont l'aptitude à évoluer dans le temps, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir toucher la période qui précède la fin des fonctions particulières et celle qui lui est postérieure. C'est pour cette raison que l'application de cette disposition est limitée au cautionnement continu.

Le cautionnement est continu lorsqu'il garantit des dettes pouvant être contractées par un débiteur¹¹. Cela peut se produire à deux occasions différentes : d'une part, lorsque le cautionnement porte sur une dette dont le quantum varie dans le temps ; et, d'autre part, lorsqu'il concerne plusieurs

9. *Ibid.*

10. P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 67 ; D. GARDNER, «L'affaire *Épiciers Unis* en Cour suprême : un autre exemple de la suprématie du contrat de cautionnement sur les dispositions du Code civil», (2005) 107 *R. du N.* 399, 404.

11. M. BOUDREAULT, *Les sûretés*, coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 217.

dettes distinctes qui naissent postérieurement à la conclusion du contrat de cautionnement. Il en est ainsi lorsqu'il garantit une marge de crédit, un crédit rotatif, le paiement des loyers ou le paiement des marchandises livrées par un fournisseur. Il en serait tout autrement dans le cas du prêt à terme. Notons que, dans cette situation, c'est seulement l'exigibilité de l'obligation qui est retardée, la dette étant fixée dès le moment où la caution contracte son engagement. Il est par ailleurs important de prendre acte que le cautionnement garde son caractère continu malgré le fait qu'il soit consenti pour une période ou un montant maximal déterminé.

Par ailleurs, la question s'est posée à savoir si la caution conventionnelle peut bénéficier de l'article 2363 C.c.Q. au même titre que la caution légale. Un auteur affirme à ce propos que les fonctions visées dans cet article sont réduites à celles qui sont prévues par la loi à l'égard de certaines obligations, soit les cautionnements légaux¹². Le législateur aurait choisi de protéger, par l'adoption de l'article 2363 C.c.Q., le cas de cautions bien spécifiques dont le cautionnement n'était pas consenti en vertu d'une négociation contractuelle mais strictement en raison des exigences imposées par la loi. Un exemple de telles fonctions particulières est le cas du tuteur qui fournit un cautionnement pour répondre aux exigences de l'article 242 C.c.Q.¹³. La Cour suprême a mis fin au débat lorsqu'elle a décidé que l'article 2363 C.c.Q. pouvait être invoqué par la caution tant légale que conventionnelle¹⁴. Selon la Cour suprême, limiter l'application de l'article 2363 C.c.Q. aux cautionnements légaux « introduirait une distinction entre les cautionnements légaux et les cautionnements conventionnels, alors que le texte de la disposition ne fait pas cette distinction¹⁵ ».

La seconde exigence préalable est que les parties ne doivent pas avoir exclu contractuellement l'article 2363 C.c.Q. Une telle stipulation a été jugée valide par la Cour suprême, car il s'agit d'une disposition supplétive de volonté¹⁶. D'ailleurs, pour une rare fois depuis l'entrée en vigueur de

12. P. VACHON, « Fin du cautionnement attaché à l'exercice de fonctions (art. 2363 C.c.Q.) », *Repères*, vol. 4, 1996, p. 303; voir: *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc., division « Éconogros » c. Reid*, [2002] R.J.Q. 1652, 1660 (C.A.): la Cour d'appel confirme cette tendance lorsqu'elle statue que l'article 2363 C.c.Q. se limite de prime abord aux cautionnements légaux, mais elle ajoute que les parties peuvent contractuellement prévoir, expressément ou implicitement, que la fin des fonctions constitue le terme ou la condition résolutoire du cautionnement; *Cie d'assurances Jevco c. Centre de liquidation et de saisie de Pont-Rouge inc.*, J.E. 00-700 (C.Q.), par. 37.

13. Le tuteur qui administre les biens d'un mineur dont la valeur excède 25 000 \$ doit fournir, en vertu de l'article 242 C.c.Q., une sûreté.

14. *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Collin*, précité, note 8, 276.

15. *Id.*, 277.

16. *Id.*, 279.

cet article, la doctrine et la jurisprudence sont pratiquement unanimes sur un point le concernant¹⁷.

Toute renonciation à l'article 2363 C.c.Q. doit être clairement exprimée, car, en cas de doute, l'engagement s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation¹⁸. Ainsi, contrairement à ce qui a été décidé dans l'affaire *Château Bonne Entente (1986) inc. c. Info-âge Corporation*¹⁹, nous sommes d'avis qu'il ne peut pas être présumé qu'il y a renonciation à l'article 2363 C.c.Q. lorsque le cautionnement prévoit que la caution peut autrement y mettre fin par l'envoi d'un préavis. Dans ce cas, il s'agit seulement d'une autre option offerte à la caution et non, à proprement dit, d'une renonciation²⁰.

Il est également loisible aux parties de façonner contractuellement le principe édicté à l'article 2363 C.c.Q. La Cour suprême, à titre d'exemple, statue sur ce point que « le créancier peut alors convenir avec la caution de dispositions relatives au terme du cautionnement ou à la procédure d'avis²¹ ». Le professeur Boudreault ajoute qu'il est alors requis que l'avis soit rédigé de façon à ne pas laisser de place à l'ambiguïté et qu'il spécifie clairement la volonté de la caution de mettre un terme à son cautionnement²².

Le caractère supplétif de l'article 2363 C.c.Q. devrait considérablement réduire son impact auprès des acteurs prenant part à un cautionnement, et ce, notamment, dans le secteur commercial. D'ailleurs, à cet effet, les nouveaux actes de cautionnement prévoient que le cautionnement d'un administrateur, par exemple, n'est pas lié à l'exercice de ses fonctions.

17. *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc., division « Éconogros » c. Reid*, précité, note 12, 1668 : telle est l'opinion du juge Chamberland qui est dissident dans cette affaire. Cependant, sa dissidence porte sur un autre point ; *Caisse populaire Desjardins de Plessisville c. Parent*, J.E. 00-789 (C.S.), par. 46 ; *Banque Royale du Canada c. Exofteurs inc.*, J.E. 05-861 (C.S.), par. 32 ; *Château Bonne Entente (1986) inc. c. Info-âge Corporation*, BE 05BE-869 (C.S.), par. 28 ; *GE Financement commercial aux détaillants c. Modern Warehousing (1983) Ltd.*, BE 05BE-579 (C.S.), par. 12 ; *Banque Nationale du Canada c. Reid*, [2001] R.J.Q. 1349, 1356 (C.Q.) ; M. BOUDREAU, *op. cit.*, note 11, p. 220 ; J.B. CLAXTON, *Security on Property and Rights of Secured Creditors under the Civil Code of Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 309 ; *contra* : D. GARDNER, *loc. cit.*, note 10, 409-411 : cet auteur est plutôt d'avis que, étant donné qu'il a pour objet de protéger la caution, l'article 2363 C.c.Q. aurait dû être considéré comme une disposition d'ordre public.

18. Art. 1432 C.c.Q.

19. *Château Bonne Entente (1986) inc. c. Info-âge Corporation*, précité, note 17, par. 28.

20. *GE Financement commercial aux détaillants c. Modern Warehousing (1983) Ltd.*, précité, note 17, par. 21.

21. *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Collin*, précité, note 8, 279-280 ; voir : *Banque de la Nouvelle-Écosse c. Makovsky*, J.E. 02-1278 (C.S.), par. 40-41 (appel accueilli pour d'autres motifs le 25 mars 2004 : *Banque de la Nouvelle-Écosse c. Makovsky*, BE 04BE-446 (C.A.)).

22. M. BOUDREAU, « Sûretés », (2005) 107 R. du N. 175, 180.

1.2 Les conditions relatives à l'application de l'article 2363 C.c.Q.

La caution qui désire obtenir une libération doit démontrer trois éléments pour remplir les conditions d'application de l'article 2363 C.c.Q. : 1) elle exerce des fonctions particulières ; 2) son cautionnement est attaché à ses fonctions particulières ; 3) il y a eu cessation desdites fonctions particulières.

1.2.1 L'exercice de fonctions particulières

L'expression «exercice de fonctions particulières» est inédite en droit civil québécois²³. La Cour suprême n'a d'ailleurs pas cru bon d'en préciser la portée²⁴. De leur côté, certains auteurs tentent d'en délimiter le contour en adoptant une approche par catégorie²⁵. Nous croyons que cette façon de faire souffre de deux lacunes importantes : d'abord, elle n'est pas flexible, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas s'adapter aux multiples situations qui peuvent se présenter ; ensuite, il y a absence de critères précis pour appuyer la qualification, ce qui peut mener à des incohérences.

Pour notre part, nous sommes d'avis que cette question est factuelle et que, en conséquence, le juriste doit en faire une analyse au cas par cas. Pour savoir si la caution exerce des fonctions particulières, il est nécessaire de scruter le genre de rapport que celle-ci entretient avec le débiteur. S'il s'avère que la caution est impliquée activement dans les affaires du débiteur, alors nous croyons qu'elle occupe des fonctions particulières. Ce critère est inspiré de l'étude théorique effectuée dans la seconde partie de notre article. Ainsi, dans la section 2.1.1 qui traite de l'économie des fonctions particulières, nous expliquons que la caution qui occupe ce statut a deux principales qualités, soit celle d'avoir l'aptitude de surveiller étroi-

23. Certaines dispositions du Code emploient cependant le mot «fonction». Voir, par exemple, les articles suivants qui attribuent des fonctions à certains types d'occupation : le directeur de la protection de la jeunesse et le curateur public en matière de tutelle, à l'article 182 ; l'administrateur d'une personne morale, à l'article 321 et suivants ; le comptable, à l'article 1106 ; l'administrateur du bien d'autrui, à l'article 1308 et suivants ; les préposés d'un commentant, à l'article 1463 ; les préposés de l'État ou d'une personne morale de droit public, à l'article 1464 ; le mandataire, à l'article 2184 ; les courtiers en valeurs mobilières, à l'article 2759.

24. *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Collin*, précité, note 8.

25. L'approche par catégorie consiste à considérer un groupe de personnes, par exemple les administrateurs, les actionnaires ou encore le conjoint du débiteur, et à conclure par la suite si ce groupe exerce ou non des fonctions particulières au sens de l'article 2363 C.c.Q. Voir : A. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 7, 138-140 ; M. BOUDREAU, *op. cit.*, note 11, p. 220 ; M. BOUDREAU, *loc. cit.*, note 22, 181 ; L. POUDRIER-LEBEL, « Les dispositions du nouveau Code civil du Québec, relatives au cautionnement », dans BARREAU DU QUÉBEC, CHAMBRE DES NOTAIRES (dir.), *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 1031, à la page 1052 ; P. VACHON, *loc. cit.*, note 12, 303-304.

tement les affaires du débiteur et celle de mettre de la pression morale ou économique sur ce dernier. Or, il nous semble que la seule caution qui puisse posséder ces deux qualités simultanément est celle qui est impliquée activement dans les affaires du débiteur.

Un exemple permettra de mieux saisir le critère ici proposé. De prime abord, il peut apparaître aux yeux de certains que tous les actionnaires d'une compagnie ne peuvent pas occuper de fonctions particulières²⁶. Cela est probablement dû au fait que l'actionnaire est normalement passif à l'égard de la gestion du patrimoine de la compagnie. Il faut cependant se garder de l'écarter systématiquement. D'ailleurs, les actionnaires peuvent, par convention unanime, retirer certains pouvoirs aux administrateurs²⁷. Il se peut donc, dans ce cas, que l'actionnaire impliqué activement dans les affaires de la compagnie puisse occuper des fonctions particulières.

Bien que cela ne se soit pas encore présenté en jurisprudence, il est important de noter que les fonctions particulières peuvent également être exercées par le débiteur²⁸. La situation est alors inversée, c'est-à-dire que le débiteur doit, afin d'occuper un tel rôle, être impliqué activement à l'égard des affaires de la caution. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'une compagnie cautionne les dettes de l'un de ses employés. Que les fonctions soient exercées par la caution ou par le débiteur ne change donc rien au point de vue du type d'interrelation que l'article 2363 C.c.Q. veut réglementer. Ainsi, afin de ne pas alourdir le texte inutilement, nous ne ferons référence qu'à l'éventualité où la caution exerce elle-même les fonctions particulières.

1.2.2 Le rattachement du cautionnement à des fonctions particulières

Depuis son entrée en vigueur, l'interprétation de l'expression « attaché à » a semé la controverse à l'échelle de la doctrine et de la jurisprudence, l'interprétation proposée étant, selon les avis, large, médiane ou restrictive. La difficulté réside dans l'établissement du fardeau de preuve qui permet de déterminer si le cautionnement est « attaché à » l'exercice de fonctions particulières. En effet, existe-t-il une présomption de fait voulant que le cautionnement soit attaché à des fonctions particulières dès que la caution exerce ces mêmes fonctions, ou encore faut-il qu'elle prouve qu'il était de

26. M. BOUDREAU, *loc. cit.*, note 22, 181 ; L. POUDRIER-LEBEL, *loc. cit.*, note 25, 1052.

27. *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, art. 146 (1); *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 123.91.

28. MINISTRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 2, p. 1483 ; voir : *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc.*, division « Éconogros » c. *Reid*, précité, note 12, 1668 : le juge Chamberland, dont la dissidence porte sur un autre point, ajoute en *obiter* un autre cas de figure, soit celui où « la caution s'oblige envers un théâtre d'exécuter l'obligation de monsieur Untel, préposé à la billetterie et aux caisses ».

l'intention commune des parties, lors de la signature du cautionnement, que l'engagement soit terminé avec cette perte de statut ?

Un vent libéral a d'abord frappé les tribunaux, certains allant même jusqu'à affirmer que l'article 2363 C.c.Q. équivaut à une protection *de facto* de la caution dès l'instant où celle-ci occupe des fonctions particulières²⁹. Par exemple, il a été statué que cet article est une présomption de fait par lequel un administrateur est libéré de son cautionnement lorsqu'il met fin à ses fonctions particulières³⁰.

Ensuite, il y a eu une résistance au courant libéral prônant plutôt une interprétation que nous pouvons qualifier de médiane de l'expression « attaché à³¹ ». En effet, certains tribunaux requièrent que la caution établisse en preuve que les fonctions qu'elle occupe sont l'élément fondamental de son cautionnement, ce qui a motivé son engagement. Ainsi, l'article 2363 C.c.Q. ne s'applique pas automatiquement dès qu'un dirigeant d'entreprise signe un cautionnement, encore faut-il que l'écrit ou la preuve testimoniale révèle que la caution a contracté en raison des fonctions mêmes qu'elle exerce³².

La Cour d'appel, dans l'arrêt *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc., division éconogros c. Reid*³³, s'est prononcée sur la controverse entourant l'interprétation de l'expression « attaché à ». Parlant au nom de la majorité, le juge Gendreau adopte une interprétation restrictive de cette expression³⁴. Selon lui, outre le cas du cautionnement légal, la caution doit prouver non seulement que son cautionnement est consenti en raison de la fonction qu'elle exerce, mais également que le créancier lui a attribué le bénéfice ou la faculté de résilier son obligation dès la cessation de cette fonction. Il

29. *Banque de la Nouvelle-Écosse c. Makovsky*, précité, note 21, par. 44; *Banque Nationale du Canada c. Reid*, précité, note 17, 1356.

30. *Banque de la Nouvelle-Écosse c. Makovsky*, précité, note 21, par. 44.

31. *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc., division « Éconogros » c. Reid*, précité, note 12, 1668: le juge Chamberland, dissident dans cette affaire, accepte l'idée que la caution qui veut bénéficier de l'article 2363 C.c.Q. a le fardeau de prouver que son cautionnement a été consenti en raison de la fonction qu'elle exerce, mais il ne souscrit absolument pas à l'idée que la caution aurait également le fardeau d'établir que le créancier lui avait consenti « le bénéfice ou la faculté de résilier son obligation » dès la cessation des fonctions particulières. Voir: *GE Financement commercial aux détaillants c. Modern Warehousing (1983) Ltd.*, précité, note 17, par. 12; *Galleries de la Capitale inc. c. Reis*, J.E. 96-2247 (C.Q.); *Huiles Diesel A. Roy inc. c. Petruzzo*, BE 00BE-1182 (C.Q.), par. 10; *Brasserie Labatt ltée c. Lizotte*, [2001] R.L. 157, par. 17.

32. *Galleries de la Capitale inc. c. Reis*, précité, note 31.

33. *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc., division « Éconogros » c. Reid*, précité, note 12.

34. *Id.*, 1660-1661; voir: *Caisse populaire Desjardins de Plessisville c. Parent*, précité, note 17, par. 39; *Cie d'assurances Jevco c. Centre de liquidation et de saisie de Pont-Rouge inc.*, précité, note 12, par. 38.

est à noter que cette preuve est très ardue en l'absence d'une stipulation contractuelle au même effet que l'article 2363 C.c.Q.³⁵.

La Cour suprême a mis fin à la polémique entourant l'établissement du fardeau de preuve de la caution lorsque celle-ci veut démontrer que le cautionnement est « attaché à » l'exercice de fonctions particulières³⁶. La Cour suprême affirme à ce propos :

L'article 2363 C.c.Q. produira pleinement ses effets dès que la caution aura prouvé que le cautionnement a été consenti en raison de la fonction qu'elle exerce. Ainsi, tel que l'a conclu le juge Chamberland quant à cette question, le fardeau de preuve repose sur les épaules de la caution (par. 90-91). Contrairement à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel, la caution n'a donc pas l'obligation de prouver que le créancier a exigé son cautionnement en raison uniquement de sa qualité ni de prouver que les parties voulaient assujettir l'extinction du cautionnement à la cessation de l'exercice de ses fonctions (par. 28). Vu que les parties pouvaient toujours stipuler que le cautionnement prendrait fin avec l'emploi, comme l'a souligné le juge Chamberland, une telle exigence de preuve viderait en grande partie de son sens l'art. 2363 C.c.Q. (par. 98). Puisque l'art. 2363 C.c.Q. prévoit déjà que le cautionnement prend fin à la cessation de l'exercice des fonctions de la caution, il n'est, en effet, pas nécessaire de le stipuler dans le contrat. Il suffit que la caution démontre que l'un des motifs pour lesquels le créancier a demandé le cautionnement était la fonction qu'elle exerçait³⁷.

Le plus haut tribunal du pays décide alors que la caution doit remplir deux conditions afin de réussir à démontrer que les fonctions particulières sont attachées au cautionnement. Elle requiert comme première condition que la caution prouve que le cautionnement est consenti en raison de la fonction qu'elle exerce. Curieusement, elle ajoute comme seconde condition « [qu']il suffit que la caution démontre que l'un des motifs pour lesquels le créancier a demandé le cautionnement était la fonction qu'elle exerçait³⁸ ». En conséquence, la caution n'a pas à prouver que les fonctions particulières sont l'unique raison qui incite le créancier à conclure le cautionnement, mais bien que les mêmes fonctions en sont l'un des motifs.

1.2.3 La cessation des fonctions particulières

Selon l'article 2363 C.c.Q., le cautionnement prend fin dès que la caution cesse d'occuper des fonctions particulières. Deux événements peuvent mener à un tel dénouement : 1) lorsque la caution les quitte volontairement ; 2) lorsqu'un tiers habilité à octroyer les fonctions particulières

35. *Cie d'assurances Jevco c. Centre de liquidation et de saisie de Pont-Rouge inc.*, précité, note 12.

36. *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Collin*, précité, note 8.

37. *Id.*, 278.

38. *Ibid.*

décide de retirer ce rôle à la caution. Il y a toutefois deux constantes : la caution n'a pas l'obligation d'aviser le créancier de la fin de ses fonctions particulières³⁹, pas plus qu'elle n'a à établir la connaissance acquise du créancier⁴⁰.

Pour que la cessation des fonctions particulières mène à la libération, il est nécessaire que la caution ne soit plus impliquée activement dans les affaires du débiteur. *A contrario*, le simple fait pour la caution de changer de fonction tout en demeurant intégrée dans les affaires du débiteur ne produit pas corrélativement la terminaison du cautionnement⁴¹. D'ailleurs, conclure autrement conduit à une situation que le législateur n'a sans doute pas désirée, soit celle de grandement fragiliser l'institution du cautionnement⁴². En effet, le danger, si la position inverse est privilégiée, sera d'accroître substantiellement le risque que la caution quitte les fonctions de manière opportuniste. D'ailleurs, voyant venir la décadence financière du débiteur, la caution n'aurait qu'à changer d'occupation à l'intérieur, par exemple, de la compagnie pour se voir aussitôt affranchie de son engagement.

Il faut par ailleurs noter que certains types de fonctions ne peuvent pas, de par leur nature ou en raison des conditions qui y sont attachées, prendre fin. Il en est ainsi, par exemple, du cautionnement consenti par un parent à un enfant.

L'arrêt des fonctions apporte de lui-même, sans intervention du tribunal, la levée du cautionnement. Il s'agit d'une résiliation légale sans que l'assentiment des parties soit requis. Le rôle du tribunal est en conséquence de constater, dans la mesure où les trois conditions de mise en

39. *Ibid.* ; GE Financement commercial aux détaillants c. *Modern Warehousing (1983) Ltd.*, précité, note 17, par. 12.

40. *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Collin*, précité, note 8, 278 ; *Armoires D.L.M. inc. c. Constructions Plani-sphère inc.*, J.E. 96-639 (C.S.) ; *GE Financement commercial aux détaillants c. Modern Warehousing (1983) Ltd.*, précité, note 17, par. 12 ; *contra* : M. BOUDREAULT, *op. cit.*, note 11, p. 219 : cet auteur affirme qu'il est plus logique de subordonner l'application de l'article 2363 C.c.Q. à la connaissance par le créancier de la cessation des fonctions particulières.

41. *GE Financement commercial aux détaillants c. Modern Warehousing (1983) Ltd.*, précité, note 17, par. 19 ; *contra* : *Emco c. Plamondon*, BE 99BE-174 (C.Q.).

42. N.W. VERMEYS et R. L'ABBÉ, *Commentaire sur la décision Épiciers Unis Métro-Richelieu inc., division « Éconogros » c. Collin – Lorsque l'on cautionne en fonction de nos fonctions*, EYB2004 REP 285. Ces auteurs soulignent le danger de permettre à la caution d'être libérée au moindre changement d'emploi ou de charge : « Selon ce raisonnement, qui n'était sûrement pas celui du tribunal [la Cour suprême du Canada], il suffirait de changer d'emploi ou même de charge pour perdre son statut de caution, ce qui pourrait avoir un impact considérable sur l'institution du cautionnement telle que nous la connaissons. »

œuvre sont remplies, un état de fait, soit celui de la libération de la caution à partir du moment de la cessation des fonctions particulières⁴³.

2 Une perspective théorique

Notre étude théorique a pour objet d'extraire l'article 2363 C.c.Q. du contexte du droit positif afin d'approfondir la compréhension et la réflexion du cadre juridique l'entourant. Comme le lecteur pourra en prendre conscience dans les développements qui suivent, l'analyse économique du droit s'avère un outil doctrinal tout à fait indiqué et pertinent pour atteindre ces deux buts.

Nous allons examiner en premier lieu les vertus explicatives de cette conception. Plus précisément, nous voulons dégager la structure incitative incarnée par les fonctions particulières, ce qui aura pour incidence de mettre au jour la raison d'être de l'article 2363 C.c.Q. En second lieu, nous allons nous pencher, dans le contexte d'une analyse normative, sur l'efficacité de ce mode de libération et, partant, sur l'opportunité d'envisager une réforme législative.

2.1 Le fondement de l'article 2363 C.c.Q.

Avant la réforme du *Code civil du Québec*, la Cour d'appel avait pratiquement fermé la porte à l'argument énonçant que le cautionnement prend implicitement fin avec la levée des fonctions de la caution⁴⁴. Le législateur a fait volte-face en 1994 lorsqu'il a édicté l'article 2363 C.c.Q., car il considère, comme cela est précisé dans les *Commentaires du ministre de la Justice*, « que la cessation de l'élément fondamental de l'engagement, les fonctions particulières, constituait le terme du cautionnement⁴⁵ ».

Dans cette section, nous allons d'abord démontrer que la prémisse formulée dans les *Commentaires du ministre de la Justice*, soit que les fonctions particulières peuvent être l'élément fondamental du cautionnement, est justifiable économiquement. Nous allons ensuite examiner les raisons qui poussent le législateur à considérer la cessation des fonctions comme étant le terme du cautionnement, ce qui nous mènera ultimement à faire ressortir la raison d'être de ce mécanisme juridique.

43. *Armoires D.L.M. inc. c. Constructions Plani-sphère inc.*, précité, note 40.

44. *Swift Canadian Co. c. Weinstein*, précité, note 6.

45. MINISTRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 2, p. 1483.

2.1.1 L'économie des fonctions particulières

Toute relation créancier-débiteur qui n'implique pas de paiement immédiat de la créance entraîne deux types de coût collatéral pour le créancier. Il s'agit du coût de recouvrement et du coût lié au risque de non-paiement du débiteur.

L'expression «coût de recouvrement» est l'équivalent francophone du mot anglais *monitoring*. Elle signifie la mise en place par le créancier d'activités qui ont pour objet d'abaisser le risque de non-paiement, c'est-à-dire l'enquête sur l'historique financière du débiteur, une supervision de ses activités pendant la durée du contrat et l'adoption de mesures coercitives en cas de défaut⁴⁶.

Quant au coût lié au risque de non-paiement, il s'agit de la quote-part que le créancier doit inclure dans son prix afin de s'assurer contre un tel risque. Il est évident que, plus le risque de non-paiement du débiteur est élevé, plus sa quote-part doit l'être également.

Le cautionnement constitue le contrat par lequel le créancier transfère sur les épaules de la caution tout ou partie du coût collatéral⁴⁷. N'eût été ce transfert, le créancier n'aurait pas contracté avec le débiteur, demandé un taux d'intérêt nettement supérieur, ou exigé d'autres garanties.

La prise en charge du coût de recouvrement par la caution est plus ou moins importante, tout dépendant du degré de proximité qui existe entre elle et le débiteur. Plus celui-ci est étroit, plus le coût de recouvrement pour le créancier est faible. La raison qui motive notre conclusion est que la caution qui suit de près les activités du débiteur connaît généralement bien sa situation financière. Il est en conséquence beaucoup plus aisé pour elle de s'engager dans la surveillance de l'évolution de la créance et de faire les gestes qui s'imposent, le cas échéant, afin de maximiser les chances de recouvrement. Ainsi, lorsque le créancier obtient une caution qui exerce des fonctions particulières, cela a corrélativement pour effet d'abaisser le coût de recouvrement, car, comme nous l'avons déjà mentionné, cette caution est impliquée activement dans les affaires du débiteur. Cette baisse de coût se produit de multiples façons. D'abord, concernant le signal envoyé par la caution, il est très clair que, d'après l'information privilégiée qu'elle possède au moment de s'engager, elle a confiance que le débiteur paiera sa dette, ce qui réduit le coût afférent à l'enquête de crédit. De plus, la surveillance au cours du contrat principal peut être assumée entièrement

46. A. WIENER KATZ, «An Economic Analysis of the Guaranty Contract», (1999) 66 *U. Chi. L. Rev.* 47, 51.

47. *Id.*, 69.

par la caution, ce qui aide à diminuer le coût du créancier se rapportant à cette activité. Enfin, en étant au fait de la situation financière du débiteur, la caution peut plus facilement savoir quand il est approprié d'entamer des mesures coercitives et, du même coup, de proposer au créancier d'agir en conséquence.

Pour ce qui est du coût lié au risque de non-paiement, il est opportun de noter que le cautionnement est un mécanisme qui s'apparente à l'assurance, c'est-à-dire qu'une quote-part du risque de non-paiement est transférée du créancier vers la caution. Il s'ensuit que le coût payé par le créancier quant à ce risque s'en trouve diminué. En effet, il est peu probable que la caution et le débiteur deviennent insolvable au même moment.

Également, lorsque la caution est impliquée activement dans les affaires du débiteur, comme c'est le cas de celle qui occupe des fonctions particulières, cela a pour conséquence de baisser à son maximum le coût afférent au risque de non-paiement. Ce qui justifie ce précepte est que ce type de caution a un meilleur degré de contrôle sur le débiteur, car elle a la capacité d'exercer une certaine pression sur celui-ci afin de ne pas être tenue elle-même responsable. La pression qui en résulte dépend de la relation qui existe entre la caution et le débiteur : « Aux liens affectifs correspondra une pression morale, aux liens financiers s'attachera une pression économique⁴⁸ ». Quant à la pression morale, elle provient normalement d'un cautionnement familial ou amical. Le créancier présume alors que le débiteur rationnel ne veut pas placer ses parents ou amis dans une situation où ils seraient appelés à payer à sa place. Pour ce qui est de la pression économique, elle découle principalement de deux sources. D'une part, cela peut venir du fait que la caution joue un rôle de gestionnaire à l'égard des affaires du débiteur. Tel est le cas du dirigeant qui cautionne les dettes de sa compagnie. Le créancier sait dès lors que ce type de caution fait tout son possible afin que le débiteur paye sa dette, et ce, pour ne pas être tenu responsable sur sa fortune personnelle⁴⁹. D'autre part, il y a toujours une pression économique appliquée par la caution sur le débiteur lorsqu'elle suit de près ses activités. Cela provient du fait que le débiteur ne veut pas perdre les avantages de l'obligation principale. Il est alors incité à ne pas prendre de risque téméraire susceptible de mener à son insolvabilité, ce genre de conduite pouvant forcer la caution à réagir promptement. D'ailleurs, cette dernière a la possibilité, même avant le défaut du débiteur, d'invoquer l'article 2359 C.c.Q. pour contrecarrer ce genre de comportement.

48. C. MOULY, *op. cit.*, note 5, p. 349.

49. *Id.*, p. 350.

Pour sa part, la caution qui exerce des fonctions particulières reçoit généralement des bénéfices détournés en raison de son statut, c'est-à-dire qu'elle ne reçoit rien en contrepartie de son engagement, mais profite indirectement du contrat principal soit en obtenant certains avantages économiques, soit en recevant une gratification de nature relationnelle qui provient de la famille ou d'un ami⁵⁰. Également, son degré de contrôle et sa facilité à obtenir des renseignements à l'égard des activités du débiteur l'aident à contrer d'éventuels comportements opportunistes de ce dernier, cela ayant pour effet de faire diminuer le risque d'être un jour appelé à payer à sa place.

En somme, le fait que le créancier et la personne qui exerce des fonctions particulières choisissent le cautionnement pour garantir l'obligation principale n'est pas l'effet du hasard, ceux-ci retirant des bénéfices supplémentaires de l'interrelation en raison de ces fonctions. Ces dernières constituent donc normalement l'un des éléments fondamentaux qui incite les parties à opter pour cette sûreté.

2.1.2 La raison d'être de l'article 2363 C.c.Q.

La question qui se pose maintenant est d'examiner ce qui a incité le législateur lors de la réforme du *Code civil du Québec* à octroyer à la caution la possibilité d'invoquer un mécanisme juridique tel que l'article 2363 C.c.Q., et ce, considérant que cette solution ne s'est pas imposée dans les autres juridictions de tradition civiliste.

Cette disposition a une double raison d'être, dont l'une est liée au contenu implicite du contrat et l'autre, à la protection de la caution.

D'abord, le législateur a considéré en 1994, contrairement à l'état du droit antérieur, que le lien entre l'engagement personnel de la personne qui se porte caution et les fonctions exercées est une considération dont il n'est pas niable qu'elle puisse entrer dans le champ contractuel, qu'elle puisse faire partie du contenu implicite d'un contrat. Ainsi, dans la mesure où la caution établit en preuve que les fonctions sont effectivement l'un des éléments fondamentaux du cautionnement, le fait pour la caution de cesser d'occuper ce rôle central a corrélativement pour incidence d'en constituer le terme. L'article 2363 C.c.Q. a, en conséquence, comme première vocation de traduire la volonté hypothétique des parties, c'est-à-dire qu'il édicte une solution qui, selon le législateur, aurait été stipulée au contrat si les contractants avaient librement négocié sur ce point. Il s'agit d'un procédé qui a pour effet de réduire le coût de transaction attaché à la négociation et

50. *Id.*, p. 349.

à la rédaction du contrat. Tablant sur son expérience accumulée, le législateur sert donc de guide en élaborant du droit supplétif, et ce, dans le but de combler les lacunes laissées par les parties.

La seconde raison d'être de l'article 2363 C.c.Q. s'inscrit dans la nouvelle politique législative en matière de cautionnement, soit celle qui a pour objet de protéger la caution. Le juge de Pokomandy, dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Reid*, décrit le remède apporté par l'article 2363 C.c.Q. :

Un des objectifs de cette nouvelle législation est de remédier à la situation de l'administrateur-caution qui, en quittant une compagnie ou ses fonctions, aurait oublié d'aviser le créancier ou omis autrement de mettre fin au cautionnement, et se retrouverait plus tard dans une situation désastreuse provoquée par les mauvaises affaires d'une compagnie dont il s'est retiré comme dirigeant.⁵¹

Lorsque la caution cesse d'occuper des fonctions particulières, cela a pour conséquence de créer un risque d'opportunisme en faveur du débiteur⁵². Il en est ainsi puisque la caution, n'étant plus impliquée activement dans les affaires du débiteur, n'a plus à ce moment la possibilité de surveiller étroitement ses activités. Il s'ensuit que le débiteur n'a plus de pression morale ou économique le contraignant à conduire ses affaires dans l'intérêt de la caution et du créancier. Par exemple, même s'il agit de manière téméraire, aucune sanction du type de l'article 2359 C.c.Q. ne peut lui être imposée, car personne ne surveille ses agissements. L'hypothèse que nous soumettons est que l'article 2363 C.c.Q. a été édicté pour protéger la caution contre un éventuel comportement opportuniste de la part du débiteur qui, laissé sans surveillance, peut prendre des risques d'affaires plus hasardeux et, ultimement, entraîner la responsabilité financière de celle-ci.

La conséquence de ce nouveau mode de libération est la suivante : à partir de la fin des fonctions particulières de la caution, le créancier supporte seul la plénitude du coût collatéral. Il s'agit donc d'un arrangement par lequel le législateur transfère de la caution au créancier le risque d'insolvabilité accru du débiteur. Il y a cependant lieu de se demander si le fait d'accorder le meilleur droit à la caution mène à un résultat efficient.

51. *Banque Nationale du Canada c. Reid*, précité, note 17, 1356.

52. Pour une étude exhaustive de la notion d'opportunisme, voir : S. JAMET-LEGAS, *De l'utilité de la bonne foi. Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats*, mémoire de maîtrise, Lille, École doctorale, Université de Lille II, 2002, aussi accessible en ligne [rajf.org/these/prive.php] (mai 2006); T.J. MURIS, « Opportunistic Behavior and the Law of Contracts », (1981) 65 *Min. L. Rev.* 521; V. LEBLANC et autres, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 421.

Nous verrons ci-dessous dans l'analyse critique que tel n'est pas nécessairement le cas.

2.2 L'analyse critique

Dès l'entrée en vigueur de l'article 2363 C.c.Q., une doctrine majoritaire a critiqué le choix du législateur⁵³, un auteur allant même jusqu'à qualifier la disposition d'absurde⁵⁴. Également, en jurisprudence, un fort courant d'opposition s'est formé pour restreindre de manière draconienne la possibilité pour une caution de l'invoquer. Dernièrement, la Cour suprême s'est penchée sur le problème et elle a décidé d'alléger le fardeau de preuve de la caution quant à l'expression « attaché à » comparativement à ce qui avait été décidé par l'opinion majoritaire de la Cour d'appel⁵⁵. Il n'en demeure cependant pas moins que le fait pour le plus haut tribunal du pays de se référer à l'intention du créancier, même dans une moindre mesure, est un recul par rapport à la jurisprudence relative aux interprétations libérale et médiane.

Pour expliquer la réticence d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence, nous émettons l'hypothèse que les problématiques que l'article 2363 C.c.Q. veut réglementer n'ont pas été réglées de manière optimale. Cette disposition n'est alors pas efficiente⁵⁶. Or, le législateur doit tenter d'atteindre ses buts de manière efficiente afin que le cercle de contrats profitables pour les parties soit agrandi. Dans le cas du cautionnement, cela suppose que le législateur édicte, parmi les options de protection de la caution qui s'offrent à lui, le mécanisme juridique le plus efficient eu égard aux objectifs initiaux, et ce, afin de minimiser son impact négatif sur le coût du crédit.

Dans cette section, nous allons d'abord expliquer pourquoi nous sommes d'avis que l'article 2363 C.c.Q. n'est pas un mécanisme juridique efficient. Ensuite, nous nous pencherons sur l'opportunité d'envisager une réforme législative.

53. L. POUDRIER-LEBEL, *loc. cit.*, note 25, 1052; P. VACHON, *loc. cit.*, note 12, 304.

54. J.B. CLAXTON, *op. cit.*, note 17, p. 308.

55. *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Collin*, précité, note 8, 278.

56. Le concept de l'efficience tend à caractériser une répartition des ressources dans la société permettant d'obtenir la valeur la plus élevée. Sur le plan du choix de la politique juridique en matière contractuelle, ce précepte impose au législateur de choisir, parmi les options législatives possibles qui apportent le palliatif d'une problématique, le mécanisme juridique qui permet de maximiser la valeur de l'échange. Voir: G. ROYER, *L'analyse économique et le droit criminel*, Paris, Les éditions Le Manuscrit, 2005, p. 57-59.

2.2.1 Le manque d'efficience de l'article 2363 C.c.Q.

Parmi les arrangements que le droit propose, il y a celui qui concerne l'attribution des risques. À cet effet, notons que les parties sont souvent inégalement aptes à parer aux aléas pouvant survenir en cours d'exécution du contrat. Cela peut tenir au contrôle que l'une ou l'autre des parties peut exercer sur la survenance du risque ou à la possibilité qu'elles ont de s'assurer contre la perte. Si les parties avaient initialement négocié une clause réglementant l'incertitude, elles auraient normalement placé le fardeau du risque sur la personne qui est la plus habilitée à prévenir, à réduire ou à assumer la perte de cet événement fortuit⁵⁷. Ce principe est connu dans la littérature de l'analyse économique du droit comme étant le *least cost avoider*⁵⁸.

La solution apportée par la doctrine du *least cost avoider* consacre la règle de l'efficience. Il en est ainsi puisque le fardeau du risque est pleinement assumé, c'est-à-dire que la partie qui supporte le risque et qui en a conscience adapte la contrepartie demandée compte tenu de la hausse de coût. Il va sans dire que cette dernière est plus significative dans le cas d'une mauvaise attribution du risque, car il est plus onéreux pour ce cocontractant de s'en prémunir. Donc, en appliquant la doctrine du *least cost avoider*, le législateur réduit au minimum le coût associé au risque.

L'article 2363 C.c.Q. engendre, en plus de son coût inhérent, un coût supplémentaire lié à une mauvaise attribution de la charge du risque. Cela est dû au fait qu'il est plus onéreux, eu égard aux conditions d'application de cette disposition, pour le créancier d'inclure à sa charge le coût du risque que pour la caution. Cette conclusion découle principalement d'une considération, soit que la caution n'a pas à aviser le créancier de la cessation de ses fonctions particulières. Il s'ensuit une situation chaotique. Le créancier peut alors perdre le bénéfice de sa garantie sans pour autant avoir l'assurance d'être avisé de ce fait. Pire encore, ce dernier peut se retrouver dans une situation où il pense détenir une sûreté valable, alors que, en

57. E. MACKAAY, «Le droit civil du mandat – Une analyse économique», dans M. COIPEL et autres (dir.), *Liber amicorum*, Bruxelles, Éditions Wolters Kluwer, 2004, p. 37, aux pages 39-40.

58. G. CALABRESI, *The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970, p. 135 et suiv. : cet auteur est le premier à avoir énoncé la doctrine du *least cost avoider*. Cependant, son étude ne porte que sur la responsabilité civile. Pour des applications en matière contractuelle, voir : G. DE GEEST, B. DE MOOR et B. DEPOORTER, «Misunderstandings between Contracting Parties: Towards an Optimally Simple Legal Doctrine», (2002) 9 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, aussi accessible en ligne, [www.unimaas.nl/default.asp?template=werkveld.htm&id=HO4L47CN622C36ETJ070&taal=nl] (mai 2006); V.P. GOLDBERG (dir.), *Readings in the Economics of Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 51 et suiv.

réalité, il en a perdu l'avantage depuis la fin des fonctions particulières de la caution⁵⁹. Pour se protéger contre ces éventualités, le créancier n'a d'autre choix que d'engager des frais pour surveiller le statut de la caution. Cependant, cette surveillance est coûteuse puisqu'elle est continue, c'est-à-dire non définie dans le temps. Il en résulte qu'il est beaucoup plus dispendieux pour le créancier d'assumer le risque accru d'opportunisme que pour la caution, et ce, en raison du coût de surveillance continue. La charge du risque, conformément à l'article 2363 C.c.Q., a par conséquent été placée sur la mauvaise personne, soit sur le créancier, plutôt que sur la caution qui peut au plus bas prix le contrer. La solution retenue par le législateur ne se conforme donc pas à la doctrine du *least cost avoider* et, par le fait même, à la règle de l'efficience.

L'article 2363 C.c.Q. occasionne également deux effets pervers non perçus par le législateur lors de la réforme du *Code civil du Québec*, effets qui nuisent à son efficience. Le premier est lié au libellé polysémique de cette disposition⁶⁰. En effet, l'incertitude quant à la signification des concepts juridiques est une entrave à l'efficience, car les justiciables sont alors incités à régler les litiges devant les tribunaux. Les parties, afin d'être assurées contre le risque de contestation judiciaire, doivent inclure le coût y afférent. Il en résulte donc que la quote-part du coût collatéral retranché normalement par le cautionnement est réduite, ce qui nuit à la capacité du cautionnement à abaisser le coût du crédit.

Le second effet pervers est que ce mode de libération fait apparaître par lui-même une situation d'opportunisme potentiel. En effet, la caution, étant au fait de l'état des finances du débiteur, peut quitter en douce ses fonctions particulières en prévision de l'insolvabilité éventuelle du débiteur⁶¹. Le créancier placé devant une telle menace n'a pas d'autre choix, afin de contrecarrer le risque d'opportunisme, que de prendre plus de précautions en surveillant étroitement l'évolution du statut de la caution au cours du cautionnement. Le créancier inclut alors le coût associé à la surveillance, ce qui a corrélativement pour effet d'accroître le coût du crédit.

59. *Armoires D.L.M. inc. c. Constructions Plani-sphère inc.*, précité, note 40 : dans cette affaire, l'entreprise Armoires D.L.M. plaide que l'application de l'article 2363 C.c.Q. est subordonnée à la connaissance du créancier de la fin des fonctions particulières, car conclure autrement mène à de l'instabilité juridique. Cet argument est cependant rejeté par la Cour.

60. A. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 7, 144; J.B. CLAXTON, *op. cit.*, note 17, p. 308; L. POUDRIER-LEBEL, *loc. cit.*, note 25, 1052.

61. A. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 7, 138-139; M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 6^e éd., Paris, Litec, 2002, p. 185; D. GARDNER, *loc. cit.*, note 10, 410; N.W. VERMEYS et R. L'ABBÉ, *loc. cit.*, note 42.

En somme, il se peut, même si ce type de cautionnement est l'option optimale, que cet engagement ne soit pas conclu en raison du manque d'efficience de l'article 2363 C.c.Q., ce qui, en fait, explique pourquoi la communauté juridique tend à restreindre son application.

2.2.2 La proposition de réforme législative

Outre le cas de l'article 2363 C.c.Q., la caution dispose de deux autres mécanismes juridiques afin d'obtenir une libération lorsqu'elle cesse d'occuper des fonctions particulières. D'une part, l'article 2362 C.c.Q. permet à la caution qui a contracté un cautionnement en vue de couvrir les dettes futures ou indéterminées de se désengager après trois ans par l'envoi d'un avis préalable au créancier, au débiteur et aux autres cautions, s'il y a lieu. D'autre part, la pratique est d'inclure dans les cautionnements une clause qui donne la faculté à la caution d'être déchargée si elle quitte le poste de dirigeant ou d'administrateur qu'elle occupe, et ce, pour autant qu'elle envoie un avis préalable⁶². L'une des originalités de l'article 2363 C.c.Q. est qu'il n'exige pas comme condition de mise en œuvre que le créancier soit antérieurement avisé de la fin des fonctions particulières de la caution.

La question qui se pose est de savoir pourquoi le législateur tient tant à ne pas imposer d'avis préalable à la caution. Nous sommes d'opinion que ce mode de libération a comme objectif supplémentaire de pallier les oublis de la caution ou la méconnaissance de ses droits⁶³. Il est difficile de conclure autrement. En effet, comment imaginer qu'une caution rationnelle pourrait vouloir s'appuyer sur un mécanisme juridique tel que l'article 2363 C.c.Q., ce dernier ayant un caractère incertain, alors que par l'envoi d'un avis elle augmenterait substantiellement ses chances d'être libérée de ses obligations ?

Comme nous l'avons vu, l'article 2363 C.c.Q. crée un coût supplémentaire en raison de son manque d'efficience. Il est en conséquence souhaitable de réformer cette institution. Pour arriver à un résultat optimal, il faut prévoir un mécanisme qui aura pour incidence de protéger la caution contre le risque accru d'opportunisme, mais également de trouver un palliatif de ses oublis ou de sa méconnaissance. À cet égard, il est intéressant de noter que le législateur français a créé une norme en matière commerciale différente de l'article 2363 C.c.Q. mais qui a pour objet de réglementer les

62. L. POUDRIER-LEBEL, *loc. cit.*, note 25, 1052.

63. P. SIMLER, *loc. cit.*, note 5, 175 : « On observe que de très nombreuses cautions omettent, lorsqu'elles quittent ces fonctions, pour cause de retraite, de démission ou de cession de parts, de mettre fin à leur garantie, soit parce qu'elles en ont oublié l'existence, soit parce qu'elles ignorent la faculté de résiliation unilatérale, qui n'a pas été admise, en la matière, sans hésitations. »

mêmes considérations. Il s'agit de l'article L313-22 du *Code monétaire et financier*⁶⁴ qui édicte ce qui suit :

Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée.

Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette.

Cette disposition protège la caution contre le risque accru d'opportunisme puisqu'elle a la faculté de résilier son engagement, notamment lorsqu'elle cesse d'occuper des fonctions particulières. Il est cependant important de noter qu'il est nécessaire selon la jurisprudence française que le créancier ait connaissance de la révocation du cautionnement⁶⁵. D'ailleurs, ce n'est qu'à partir de ce moment-là que la caution est libérée du cautionnement, et ce, pour les dettes à être contractées postérieurement par le débiteur. Afin de parer aux oublis de la caution ou à la méconnaissance de ses droits, le législateur impose l'obligation au créancier de lui expédier, au plus tard le 31 mars de chaque année, une notice précisant le montant de la dette principale, mais également la faculté pour celle-ci de mettre un terme au cautionnement par l'envoi d'un avis préalable.

L'article L313-22 du *Code monétaire et financier* est, par conséquent, moins coûteux que l'article 2363 C.c.Q., car le créancier n'a pas l'obligation d'effectuer une surveillance continue du statut de la caution. Certes, il y a des frais associés à l'élaboration et à l'envoi de l'avis, mais ceux-ci sont négligeables, du moins pour les créanciers qui exploitent une entreprise, en raison notamment de l'accès généralisé aux technologies informatiques qui peuvent s'occuper de la gestion d'une telle notice. Il nous semble donc qu'il serait désirable de réformer l'article 2363 C.c.Q. par un mécanisme semblable à celui qui a été adopté par le droit français pour rendre

64. Ordonnance n° 2005-429 du 6 mai 2005, J.O. 7 mai 2005, art. 46. Voir : J. FRANÇOIS, « Les sûretés personnelles », dans C. LARROUMET (dir.), *Droit civil*, t. VII, Paris, Economica, 2004, p. 193-194.

65. P. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e éd., Paris, Litec, 2000, p. 697.

la législation relative au cautionnement plus efficiente et, du même coup, lui permettre d'abaisser au maximum le coût du crédit.

Conclusion

L'article 2363 C.c.Q. s'est révélé difficile d'application. À preuve, la multitude de polémiques le concernant. Voilà pourquoi nous considérons qu'une étude du droit positif s'avérerait impérative. Le débat de fond, qui est à la source de ces controverses, porte sur deux valeurs antinomiques mais nécessaires en matière de cautionnement, soit la réduction du coût du crédit et la protection de la caution.

Le législateur en édictant l'article 2363 C.c.Q. a opté pour la protection de la caution, ce qui n'est pas une mauvaise chose en soi compte tenu du lourd fardeau qu'elle supporte. Les considérations que ce mécanisme juridique cherche principalement à régler sont, d'une part, le risque accru d'opportunisme du débiteur qui survient lorsque la caution cesse d'occuper des fonctions particulières et, d'autre part, les oublis de la caution ou la méconnaissance de ses droits.

Toute mesure de protection de la caution engendre un coût inhérent qui nuit à l'efficiencia du cautionnement quant à sa capacité à réduire le coût du crédit. Il est en conséquence nécessaire que le législateur adopte, parmi les options de protection de la caution qui s'offrent à lui, la règle la plus efficiente eu égard aux objectifs initiaux, et ce, afin de minimiser son impact négatif sur le coût du crédit. Notre étude démontre cependant que la solution édictée à l'article 2363 C.c.Q. n'est pas la meilleure solution de rechange, cette disposition ayant au contraire pour effet d'augmenter le coût de transaction associé au cadre législatif. Ainsi, nous croyons qu'il est opportun d'envisager une réforme afin de remplacer ce mode de libération par un mécanisme juridique moins onéreux.