Document généré le 1 juin 2025 03:50

Assurances

Assurances

Cautionnement et assurance : caractéristiques et distinctions

Rémi Moreau

Volume 59, numéro 3, 1991

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1104850ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1104850ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (imprimé)
2817-3465 (numérique)

Découvrir la revue

Citer ce document

Moreau, R. (1991). Cautionnement et assurance : caractéristiques et distinctions. *Assurances*, *59*(3), 361–376. https://doi.org/10.7202/1104850ar

Résumé de l'article

This article examines the financial operations of a surety bond company. Part One mainly deals with the technical aspects of suretyship such as its definition, goals, effects, qualification criteria and the different types of bonds. Part Two is a concise analysis of two legal books on the subject written by Me Edouard Martin and Me Louise Poudrier-Lebel.

Tous droits réservés © Université Laval, 1991

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Cautionnement et assurance : caractéristiques et distinctions

par

Rémi Moreau

This article examines thefinancial operations of a surety bond company. Part One main/y deals with the technical aspects of suretyship such as its definition, goals, effects, qualification criteria and the different types of bonds. Part Two is a,concise analysis of two legal books on the subject written by Me Edouard Martin and Me Louise Poudrier-Lebel.

Nous envisagerons cette étude consacrée au cautionnement sous deux angles précis : la technique et la doctrine. De plus, nous signalerons au passage les distinctions fondamentales entre le cautionnement et l'assurance.

1. Aspects techniques

A. Définition du cautionnement

Le cautionnement est traité spécifiquement dans le Code civil, aux articles 1929 et suivants. L'élément important et, disons-le, fondamental, qui ressort de la définition du cautionnement est l'existence préalable d'une obligation contractuelle. Sans contrat, point de cautionnement :

- L'article 1929 C.c. précise que le «cautionnement est l'acte par lequel une personne s'engage à remplir l'obligation d'une autre pour le cas où celle-ci ne la remplirait pas»;
- L'article 1932 C.c. stipule expressément que l'existence du cautionnement est subordonnée à une obligation valable;
- L'article 1933 C.c. précise en outre que le cautionnement qui dépasse le cadre de l'obligation principale est réductible à la stricte mesure de ladite obligation principale.

B. Buts du cautionnement

Le cautionnement de type conventionnel [1] comporte des avantages certains, dont les suivants :

- Le cautionnement constitue un service d'ordre financier à l'égard du créancier ou du propriétaire: il atteste que l'entreprise cautionnée possède les ressources nécessaires pour réaliser ses obligations contractuelles;
- Le cautionnement rend possibles les obligations contractuelles, même les plus extraordinaires, dans les délais prévus et sans que rien ne soit compromis. Ainsi, dans le cautionnement de contrat, on est certain qu'un ouvrage ne sera pas grevé de privilèges et que les créances des fournisseurs seront honorées;
- Le cautionnement procure en outre un service d'ordre financier au débiteur principal, car l'acceptation du cautionnement lui apporte la confirmation de ses capacités, tout en lui permettant de ne pas grever ses liquidités;
- Le cautionnement assure à un propriétaire l'obtention de conditions avantageuses de crédit;
- Le cautionnement, par opposition au chèque certifié ou à la lettre de crédit, n'est pas encaissable par le propriétaire et, par conséquent, ne peut être utilisé comme moyen de pression.

De plus, la caution vérifie toujours le bien-fondé d'une réclamation et agit parlais comme médiateur.

C. Effets du cautionnement

L'indemnité est l'effet essentiel du cautionnement. Cette indemnité peut prendre plusieurs formes, selon que la caution :

- avance les montants nécessaires au débiteur pour que ce dernier remédie lui-même aux problèmes constatés;
- remet au propriétaire le montant prévu au cautionnement;
- exécute elle-même les obligations que le débiteur principal n'a pu remplir;

[1] Le cautionnement légal ou judiciaire n'est pas analysé dans le cadre de cet article.

- refuse d'agir et attend d'être poursuivie en dommages jusqu'à concurrence du montant qu'aura payé le débiteur.

Nous retenons d'abord que le cautionnement ne peut excéder la dette du débiteur. L'article 1933 C.c. précise que le cautionnement qui excède la dette ou qui est contracté à des conditions plus onéreuses n'est pas nul mais plutôt réductible à la mesure de l'obligation principale.

Nous retenons ensuite que la caution s'oblige aux conditions du contrat, que la faute du débiteur soit volontaire ou non, et qu'elle a tous les droits de recours nécessaires contre le débiteur principal et contre toute autre personne, sous réserve des dispositions de la loi [2]

Les droits de recours de la caution contre le débiteur principal qu'elle a cautionné comprennent ce qu'elle a effectivement payé pour lui : capital, intérêts et frais.

Elle a également un recours pour les dommages dont le débiteur aurait été tenu sans le cautionnement.

La caution qui s'est obligée avec le consentement du débiteur peut agir contre lui pour être indemnisée, même avant d'avoir payé, dans les cas suivants, tirés de l'article 1953 C.c., à savoir:

- lorsqu'elle est poursuivie en justice;
- lorsque le débiteur a fait faillite;
- lorsque le débiteur s'est obligé à lui rapporter sa quittance à telle époque;
- lorsque la dette devient exigible à terme;
- au bout de dix ans lorsque l'obligation principale n'a pas de terme fixe.

D. Choix d'une caution

Le choix d'une caution constitue une étape importante. Lors de la présentation du dossier par le courtier à une caution soumissionnaire, par exemple dans le cas du cautionnement de contrat, il est nécesaire de préciser les éléments suivants : la spécialité de

2Articles 1941 et 1942 C.c.

l'entrepreneur, l'envergure de ses contrats, son territoire d'opération et autres.

Il est évident que la qualité de présentation des éléments nécessaires à l'évaluation du dossier influe sur la décision de la caution et la rapidité avec laquelle le cautionnement sera accepté.

E Critères de qualification

Plusieurs autres formes de garanties financières s'offrent aux propriétaires d'ouvrages. Outre le cautionnement, il existe:

- le chèque visé;
- la lettre de garantie bancaire;
- le prélèvement de certaines retenues durant les travaux.

Le cautionnement demeure la formule de préqualification la plus avantageuse. Il exige néanmoins de la part de la caution certains examens préalables portant sur le bénéficiaire du cautionnement : ce sont les critères de qualification.

Bien que les mécanismes d'évaluation soient similaires, les méthodes et les résultats d'analyse peuvent différer d'une caution à l'autre. Il en découle donc une disponibilité de marchés accrue, du fait que les compagnies se font concurrence à partir de philosophies différentes.

En pratique, trois dimensions distinctes sont analysées par la caution :

- la dimension administrative;
- la dimension technique;
- la dimension financière.

La dimension administrative

La caution analyse les éléments qui permettent aux administrateurs, dans l'exercice de leur fonction, de prendre les décisions appropriées. Puisque le conseil d'administration est l'organe suprême d'une entreprise, il est légitime que la caution examine de près la nature et l'étendue des responsabilités des administrateurs de l'entreprise cautionnée.

La caution recherche l'efficacité et l'intégrité de la gestion. Par *efficacité de la gestion,* on entend l'habileté, la compétence, la diligence et la prudence du conseil d'administration. Par *intégrité de la gestion,* on entend des agissements fondés sur l'honnêteté, sur le respect des lois et des normes, sur la divulgation des conflits d'intérêts, sur le dépistage des abus de confiance.

La dimension technique

La dimension technique permet à la caution d'apprécier la capacité de l'entreprise cautionnée à réaliser l'objet du cautionnement en se basant sur:

- l'expérience qu'elle cumule dans son domaine;
- les ressources financières qu'elle possède;
- les ressources humaines dont elle dispose, la compétence du personnel assigné à un projet demeurant un facteur essentiel.

Cette dimension technique englobe l'organisation du travail, la division des tâches et la cohésion de tous les éléments propres à réaliser les projets de toute nature (commerciaux, industriels, technologiques) dans leur ensemble et dans le respect des délais proposés.

La dimension financière

La dimension financière est sans contredit l'élément essentiel à l'analyse d'un dossier.

L'aspect financier comprend l'analyse du fonds de roulement et ses composantes, la constitution de l'avoir net, le ratio de l'endettement total par rapport à l'avoir net, la rentabilité nette par rapport au volume des ventes et les dépenses de toute sorte.

Voici certaines données concrètes qui ressortent de l'examen proprement dit :

- la nature et l'évolution probable des travaux à réaliser;
- le territoire d'opération;
- les états financiers;
- les réalisations antérieures.

Ces éléments permettent d'évaluer rapidement la possibilité d'intéresser une caution ou, à tout le moins, de dégager les éléments du problème et d'envisager les mesures appropriées.

F. Types de cautionnement

Les principaux types de cautionnements qui font l'objet de cette étude sont:

- les cautionnements de contrat;
- les cautionnements divers;
- les garanties financières.

Nous passons ici sous silence la garantie contre l'infidélité des employés, car celle-ci nous semble relever plus de l'assurance (vol ou détournement) que du cautionnement.

Il peut exister de nombreuses autres formules de cautionnements différentes. Les trois types dégagés plus haut font partie de la classification usuelle adoptée au Canada. Aux Etats-Unis, on a plutôt tendance à établir cinq catégories :*judicial bonds; licence and permits bonds; public official bonds; U.S. government bonds; contract bonds.*

Dans l'ensemble, les cautionnements peuvent également se subdiviser ainsi : le cautionnement individuel et le cautionnement collectif. Le premier ne nécessite aucun commentaire particulier. Quant au second, il nous paraît important d'indiquer qu'il est utile dans le cas d'un groupe travaillant sur un projet conjoint ou d'une association. Voici les principaux avantages du cautionnement collectif:

- Puisqu'un seul assureur sert de caution, les critères de souscription sont établis principalement en fonction d'un projet. La caution intéressée dans le projet exercera un jugement équilibré, concrétisé par la recherche des engagements globaux à cautionner;
- Le pouvoir d'achat accru comporte des avantages tarifaires;
- L'émission des documents s'effectue plus rapidement;

- Un certain nombre d'obligations individuelles peuvent être suspendues dans certains cas : états financiers, bilans, lettres de référence;
- En cas de règlement, la caution s'exécutera plus rapidement. En effet, advenant la faillite d'un des entrepreneurs cautionnés, la caution aura intérêt à agir rapidement pour minimiser l'effet d'entraînement que cela pourrait avoir sur les autres.

1. Les cautionnements de contrat

Les cautionnements de contrat les plus usuels sont les suivants: 367

- Le cautionnement de soumission;
- Le cautionnement d'exécution;
- Le cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services;
- Le cautionnement d'entretien;
- Le cautionnement de libération de retenue;
- Le cautionnement de fourniture.

Le cautionnement de soumission est la convention par laquelle l'assureur veille à ce que les entrepreneurs respectent les prix de soumission proposés. En cas de refus du soumissionnaire de signer le contrat de construction conformément à la soumission ou de fournir les garanties requises, il y aura paiement d'une somme d'argent couvrant soit un pourcentage du montant de soumission, soit la différence entre le montant de la soumission et le montant du contrat qui sera alloué à un autre soumissionnaire, si ce dernier montant est supérieur au montant initial, et ce, jusqu'à concurrence du montant du cautionnement de soumission. Le prix garanti par ce cautionnement permet un financement rapide.

Le cautionnement d'exécution est la convention par laquelle l'assureur permet à la partie cautionnée de réaliser complètement ses engagements contractuels selon les modalités du cahier des charges. En d'autres mots, la caution garantit que les travaux de l'entrepreneur seront réalisés de la manière, au prix et dans le délai fixés.

Le cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services a pour but principal d'empêcher que l'immeuble à construire ne soit grevé de privilèges par suite de factures ou de salaires impayés par l'entrepreneur général, les sous-contractants et les fournisseurs, ce qui, en plus d'ennuyer le propriétaire, lui occasionnerait des problèmes avec le créancier hypothécaire, qui verrait son hypothèque affectée.

Le cautionnement d'entretien permet de garantir le propriétaire contre les vices de construction ou le mauvais fonctionnement des appareils ou des équipements faisant partie de la construction, si ces vices apparaissent dans une période allant de un à cinq ans après la fin des travaux.

2. Les cautionnements divers

Les cautionnements divers peuvent se subdiviser en trois espèces:

a. Le cautionnement de permis ou de qualification.
Exemple : le cautionnement de huissier;

b. Le cautionnement de douane, d'accise et de taxe.
Exemple : le cautionnement de taxe d'accise;

c. Le cautionnement fiduciaire.
Exemple : le cautionnement de curateur.

En voici quelques titres :

- Le cautionnement pour commission scolaire;
- Le cautionnement de vendeur d'automobiles;
- Le cautionnement d'administrateur par testament;
- Le cautionnement du courtage immobilier;
- Le cautionnement d'ajusteur d'assurance;
- Le cautionnement requis pour l'Office de la protection du consommateur.
- Le cautionnement en vertu de la *Loi des agents de voyage;*
- Le cautionnement pour agent de réclamations;
- Le cautionnement pour administrateur de succession;

- Le cautionnement général;
- Le cautionnement pour valeurs perdues;

3. Les garanties financières

Les principales garanties financières sont :

- la lettre de crédit bancaire;
- le cautionnement d'indemnité [3];
- le paiement de royauté;
- le cautionnement de remise par anticipation *(Advance Payment Bond).*

II. Doctrine

A. Cautionnement des obligations du constructeur

Une étude de Me Edouard Martin, intitulée «Le cautionnement des obligations du constructeur et les réclamations sur le cautionnement» [4] a d'abord retenu notre intérêt. Le cautionnement est principalement connu et utilisé en matière de construction.

L'auteur rappelle d'abord les règles du Code civil en matière de cautionnement : définition, qualités requises pour être caution, interprétation restrictive quant aux obligations de la caution, subrogation et extinction du cautionnement.

Ensuite, il décrit les trois parties au contrat de construction :

1. *Le créancier (maître de l'ouvrage).* - ...«celui qui décide si des cautionnements sont requis ou non et quel est le contenu exact des contrats de cautionnement...», qu'il s'agisse de la

---

[3] Le cautionnement d'indemnité n'entre pas dans la catégorie des cautionnements de contrat, dans lesquels c'est à la caution qu'il incombe de faire compléter les irrégularités selon les engagements contractuels. Le cautionnement d'indemnité *Indemnity Bond* ou *Responsibility Bond* permet au propriétaire d'obtenir l'indemnité convenue, tout en obligeant ce dernier à procéder lui-même ou à faire exécuter par d'autres les travaux non commencés ou terminés. Avec ce type de cautionnement, le propriétaire doit posséder une certaine expertise et doit être capable de résoudre les problèmes rencontrés par le débiteur fautif dans les délais requis.

[4] *Les différends dans la construction,* Cours 65, Formation permanente, Barreau du Québec, p. 143.

couronne ou ses organismes, des organismes publics autres que la couronne, des organismes privés ou des individus;

2. *Le constructeur (débiteur).* - «... qui sont généralement des organismes privés (entrepreneurs généraux) mais parfois des organismes publics [Construction de Défense (1951) limitée];

3. *La caution.* - Pour être admissible à se porter caution, il faut avoir la capacité requise et avoir des biens suffisants. Différentes personnes morales ou physiques peuvent être habilitées à ce faire: en général, les compagnies d'assurances et les banques quant à certains cautionnements (sommes d'argent).

En ce qui concerne la caution, Me Martin insiste sur des différences importantes entre le cautionnement et le contrat d'assurance:

> «Le contrat d'assurance assure l'indemnisation d'un assuré en cas de perte. Le contrat de cautionnement n'amène une obligation de la caution que lorsqu'il y a manquement du débiteur principal.
>
> «En matière d'assurance, l'assuré est le bénéficiaire du contrat. C'est lui qui paie la prime et contracte avec l'assureur. En matière de cautionnement, c'est le débiteur principal qui négocie et contracte avec la caution.
>
> «En matière de contrat d'assurance, l'assuré n'a pas d'obligation de rembourser l'assureur alors que la caution qui a exécuté les obligations du débiteur est subrogée de plein droit dans les droits du créancier contre le débiteur.
>
> «Le contrat d'assurance s'interprète de façon favorable à l'assuré et contre l'assureur alors que le contrat de cautionnement s'interprète d'une façon favorable à la caution suivant l'article 1935 C.c.
>
> «Compte tenu de toutes ces différences, on ne peut assimiler le contrat de cautionnement des obligations du constructeur à un contrat d'assurance où le maître de l'ouvrage serait le bénéficiaire d'un contrat d'assurance. De nombreux litiges ont donné des surprises à divers plaideurs parce que ces derniers voyaient en la personne de la caution un assureur alors que les tribunaux ont interprété restrictivement les obligations de la caution, vu

qu'il s'agissait non pas d'un contrat d'assurance mais d'un contrat de cautionnement. Des exemples apparaîtront d'ailleurs dans la jurisprudence citée plus loin.»

Enfin, le dernier chapitre de l'étude traite des différents cautionnements et des difficultés pratiques rencontrées au fil de la jurisprudence.

B. Cautionnement par compagnie de garantie

Nous avons parcouru avec intérêt l'ouvrage de Me Louise Poudrier-Lebel, intitulé Le *cautionnement par compagnie de garantie* [5]. Voici les idées principales qui s'en dégagent sous l'angle des caractères fondamentaux du cautionnement et de l'assurance.

1. Définitions légales

L'article 2468 C.c. définit ainsi l'assurance:

«Le contrat d'assurance est celui en vertu duquel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'engage à verser au preneur ou à un tiers une prestation en cas de réalisation d'un risque.»

L'article 1929 C.c., pour sa part, donne la définition suivante du cautionnement :

«Le cautionnement est l'acte par lequel une personne s'engage à remplir l'obligation d'une autre pour le cas où celle-ci ne la remplirait pas.»

Le projet de loi 125 [6] suggère la définition suivante du cautionnement à l'article 2319 :

«Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige gratuitement ou contre rémunération envers le créancier, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas.»

---

5 Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, 419 p.

6 Le projet de loi propose deux modifications par rapport à l'avant-projet de loi : l'atténuation de l'obligation d'information du créancier à la caution (art. 2331), puis l'élimination de la disposition prévoyant que la caution pouvait valablement renoncer à ses droits (an. 2341).

2. Caractéristiques essentielles

L'assurance possède certaines caractéristiques essentielles : le risque, la prime, l'indemnité, la mutualité et la subrogation légale.

Le trait le plus caractéristique du cautionnement est son caractère accessoire, à savoir que l'engagement de la caution est subordonné à l'existence d'une obligation principale. Si l'obligation principale s'éteint, ainsi en est-il du cautionnement.

Le caractère subsidiaire du cautionnement signifie que la caution n'est tenue qu'en cas de défaut du débiteur principal.

De plus, le cautionnement peut être onéreux ou à titre gratuit : il est unilatéral, alors que l'assurance est bilatérale.

Tant l'assurance que le cautionnement ne sont soumis à aucune forme particulière. Néanmoins, l'assurance fait intervenir deux parties au contrat, alors que le cautionnement exige trois parties : la caution, le créancier et le débiteur.

3. Ressemblance avec l'assurance

Tous les auteurs sont unanimes sur une ressemblance fondamentale: le même but économique, c'est-à-dire permettre une protection financière contre un danger, moyennant une prime.

Le risque, en assurance, est la réalisation d'un événement fortuit et accidentel. En matière de cautionnement, le risque est la non-exécution de l'obligation garantie par la caution. S'il y a risque dans les deux opérations, la définition du risque est fondamentalement différente toutefois, comme nous l'examinerons plus loin.

4. Différences avec l'assurance

Alors que l'assurance est un contrat principal, le cautionnement est qualifié d'acte accessoire et subsidiaire. En effet, le cautionnement est la garantie d'une autre obligation et suppose deux opérations indépendantes qui se réuniront :

a. L'obligation principale entre le débiteur et le créancier;

b. Le cautionnement entre la caution et le créancier.

De plus, la compagnie de garantie (ou caution) s'engage solidairement avec le débiteur principal, ce qui va à l'encontre du caractère indépendant du contrat d'assurance. Lorsque la caution garantit l'exécution de l'obligation du débiteur principal, en termes généraux, il faut se référer à l'obligation principale pour connaître l'étendue du cautionnement.

En outre, la caution ne sera tenue qu'en cas de défaut imputable au débiteur principal; l'assurance, au contraire, comme contrat principal, enclenche le processus d'indemnisation dès que le sinistre se produit dans le cadre du contrat: l'assurance acquitte une dette personnelle (l'obligation de l'assureur au contrat) et non la dette d'autrui.

Le caractère subsidiaire entraîne une autre différence capitale: l'existence d'un recours en subrogation de la caution contre le débiteur cautionné, alors qu'en assurance, l'assureur n'a aucun recours en remboursement contre son propre assuré. Le recours en remboursement, en matière de cautionnement, est prévu dans une convention d'indemnisation signée par le débiteur principal.

5. Examen des éléments fondamentaux de l'assurance

La majorité des auteurs ou des juristes réfutent la qualification d'assurance à propos du cautionnement. Néanmoins, tous admettent un certain nombre de ressemblances en surface, lesquelles peuvent toutefois s'avérer trompeuses. Par exemple, ceux qui préconisent la qualification d'assurance s'appuient principalement sur trois idées:

a. Le fait que l'opération est confiée à un assureur;

b. L'existence de risques dans les deux opérations, même si les risques ne sont pas de même type;

c. L'indemnité que le cautionnement procure.

Ces trois idées se retrouvent-elles dans le cautionnement? Non, disent ceux qui s'opposent à assimiler assurance et cautionnement, car il faut examiner la substance de l'engagement plutôt que la forme. En se penchant sur la substance, toute analogie disparaît, au plan juridique comme au plan pratique de l'opération :

a. Le caractère indemnitaire de l'assurance ne se retrouve pas dans l'obligation de la caution: en matière d'assurance, l'indemnité

ne peut dépasser le montant de la perte subie. On ne retrouve pas cette règle dans les dommages-intérêts payés par la caution.

b. Si certaines compagnies d'assurance acceptent l'opération de cautionnement, il est plus juste aujourd'hui de qualifier ces assureurs comme des compagnies de garantie. En outre, toute personne peut devenir caution. N'importe qui ne peut devenir assureur.

c. En matière de cautionnement, le risque, au sens technique de l'assurance, n'existe pas puisque la caution qui a payé possède des garanties et un droit de subrogation. La caution appréhende peu ou pas de pertes, car elle n'accepte pas n'importe quelle bligation. Les qualifications exigées rendent nulle la notion de nsque.

d. La prime: le paiement d'un montant à la caution suffit-il pour que le cautionnement devienne assurance ? Non,

- d'abord parce que le cautionnement peut être gratuit, même s'il est vrai qu'il faut obtenir un permis pour exercer à titre de compagnie de garantie;
- ensuite parce que la rémunération exigée n'est pas fondée sur un principe de mutualité; elle est considérée comme le prix d'un service et se compare au paiement de l'intérêt à la banque prêteuse.

e. En matière d'assurance, le fonds constitué par les primes sert à payer les sinistres; en matière de cautionnement, le montant payé ne sert pas, en définitive, à cette fin puisque la caution se fera rembourser par le débiteur lui-même. L'approche actuarielle est difficile à retenir dans le cas du cautionnement, car il faudrait tenir compte de l'expérience passée : les pertes ne se révèlent qu'après plusieurs années. Le principe de mutualité est donc absent en matière de cautionnement.

~

Quel sort étrange unit le cautionnement et l'assurance sous plusieurs aspects, alors que plusieurs traits les séparent et les éloignent? Notamment, de conclure Me Louise Poudrier-Lebel:

«L'inclusion dans la loi de la classe «assurance de garantie» comprenant l'assurance contre la malversation et l'assurance cautionnement engendre une méprise sur la nature de l'engagement...

«La convergence des effets de ces clauses a conduit à une assimilation avec l'assurance, mais la ressemblance des règles n'interfère pas sur la nature de l'engagement.

«Pour déterminer la nature de l'engagement par compagnie de garanie, il faut en rechercher les traits essentiels.»

Conclusion

Le débat n'est pas tranché entre ceux qui assimilent l'assurance au cautionnement. De nombreux auteurs, pour divers motifs, militent en faveur de cette thèse.

Pour notre part, au terme de cette étude, il nous faut admettre que mises à part certaines ressemblances sur le fond, nous comptons un grand nombre de différences entre le cautionnement et l'assurance.

Une récente jurisprudence [7] semble confirmer les divergences entre les deux types de contrat. La demanderesse poursuivait l'assureur dans le district de Québec à titre de caution; celui-ci, par requête, demandait au tribunal de renvoyer le dossier dans le district de Montréal à son siège social, parce que le contrat de cautionnement y avait été signé. La demanderesse s'appuyait sur la réglementation de la *Loi sur les assurances* pour faire reconnaître le droit d'action, fondé sur un contrat d'assurance, devant le domicile de l'assuré. D'où l'examen de la nature des deux contrats.

D'une part, la demanderesse intimée fondait son raisonnement sur la similitude des deux contrats, en s'appuyant sur l'article 13 du Règlement d'application de la *Loi sur les assurances* [8], lequel dispose que:

«13. L'assurance de garantie désigne l'assurance caution et l'assurance contre les détournements.

1Les *Entreprises Gamelec Inc.* c *La Laurentienne Générale, Compagnie d Assurance inc.*, (1990), R.R.A. 971 à 973.

8R.R.Q. 1981, c A-32, r.l.

> «L'assurance caution garantit le risque du défaut d'exécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation, ou du non-paiement d'une pénalité ou d'une indemnité pour tout défaut, à l'exception de l'assurance crédit et de l'assurance hypothèque.»

D'autre part, la défenderesse requérante (la caution) invoquait que ledit règlement était strictement de nature administrative et qu'il ne pouvait avoir pour effet de changer la nature des deux types de contrat (le contrat d'assurance et le contrat de cautionnement), lesquels sont régis par des chapitres différents et des dispositions différentes du Code civil. La Cour supérieure lui donna raison.

À la charnière entre l'assurance et le financement, le cautionnement renforce le crédit de l'entreprise et lui procure les facilités qui contribuent au développement harmonieux de ses activités.

Toutefois, la négociation d'un cautionnement est parfois ardue. Son succès dépend tout autant de la qualité de la présentation du dossier et de la connaissance professionnelle que du contenu financier. Les compagnies de cautionnement sont souvent l'objet de reproches de la part des entrepreneurs ou des propriétaires. Mais il faut comprendre que la caution n'ajoute en rien aux capacités de réalisation d'une entreprise : l'appui d'une caution ne fait que confirmer ses capacités.

Nous croyons que la concurrence plus saine entre les banques et les compagnies d'assurances permettront l'émergence de nouvelles formules dans le domaine des risques financiers. Les garanties financières offrent des perspectives illimitées. On place actuellement sur le marché londonien des formules très sophistiquées, explique Hervé Girardin, responsable du département crédit/caution de SCOR : pools de prêts pour l'accession à la propriété, programmes commerciaux, garanties de valeurs résiduelles. Il y a manifestement un bouillonnement d'idées à suivre.