

Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement

André Bélanger and Ghislain Tabi Tabi

Volume 47, Number 3, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043894ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043894ar>

[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

Bélanger, A. & Tabi Tabi, G. (2006). Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement. *Les Cahiers de droit*, 47(3), 429–474. <https://doi.org/10.7202/043894ar>

Article abstract

The ensuing paper examines the contract of suretyship from within its social, economic and legal environment that no longer makes it possible to broach the subject from the standpoint of contractual voluntarism as it has been reintroduced into the *Civil Code of Québec*. Its purpose is to allow for the reconsideration of the contract's societal role and the importance of the parties' cooperation within the framework of the formation and the performance of the suretyship, insofar as it no longer appears to be reasonable to stimulate research for equilibrium between parties privy to the contract by primarily considering needs for credit, contractual morality and the sureties' accountability. The extent to which most inexperienced sureties agree that the type of contract of adhesion under which the suretyship is generally presented disturbs the understanding of the surety regarding the nature of its commitment. Consequently, a less liberal and individualistic "renewed understanding" of this normative act must be considered.

Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement*

André BÉLANGER** et Ghislain TABI TABI***

L'étude qui suit porte sur le contrat de cautionnement, considéré dans son environnement social, économique et juridique qui ne permet plus de l'aborder sous l'angle du volontarisme contractuel tel qu'il a été reconduit dans le Code civil du Québec. Elle a pour objet de permettre la reconsidération du rôle sociétal du contrat et de l'importance de la coopération des parties dans le contexte de la formation et de l'exécution du cautionnement, et ce, dans la mesure où il ne paraît plus raisonnable de stimuler la recherche d'équilibre entre les parties au contrat en considérant avant toute chose les besoins du crédit, la moralité contractuelle et la responsabilisation des cautions. Tant le contexte dans lequel la majorité des cautions inexpérimentées s'engagent que la forme de contrat d'adhésion sous laquelle est généralement présenté le cautionnement perturbent la compréhension de la caution quant à la nature de son engagement. Par conséquent, une « recompréhension » moins libérale et individualiste de cet acte normatif doit être envisagée.

The ensuing paper examines the contract of suretyship from within its social, economic and legal environment that no longer makes it possible to broach the subject from the standpoint of contractual voluntarism as it has been reintroduced into the Civil Code of Québec. Its purpose is to

* La présente étude a été financée par la Fondation Claude-Masse. Je remercie M^e Geneviève Lajoie et M^e Annie Villeneuve pour avoir agi à titre d'auxiliaires dans ce projet de recherche.

** Professeur adjoint, Faculté de droit, Université Laval.

*** Doctorant, Faculté de droit, Université Laval.

allow for the reconsideration of the contract's societal role and the importance of the parties' cooperation within the framework of the formation and the performance of the suretyship, insofar as it no longer appears to be reasonable to stimulate research for equilibrium between parties privy to the contract by primarily considering needs for credit, contractual morality and the sureties' accountability. The extent to which most inexperienced sureties agree that the type of contract of adhesion under which the suretyship is generally presented disturbs the understanding of the surety regarding the nature of its commitment. Consequently, a less liberal and individualistic "renewed understanding" of this normative act must be considered.

	<i>Pages</i>
1 Un bref retour sur le principe de l'autonomie de la volonté et sur l'individualisme contractuel : l'exemple du cautionnement	436
1.1 Le déséquilibre provoqué comme reflet de l'individualisme contractuel	437
1.2 La bonne foi et la « moralité contractuelle » comme produits de l'individualisme contractuel	441
2 Le passage de l'individualisme au solidarisme à titre de transformation épistémologique de la théorie des contrats	449
2.1 La contextualisation historique du solidarisme contractuel	451
2.2 Les interprétations contemporaines du solidarisme contractuel	455
3 Notre exemple du cautionnement : présence de règles protectrices mais absence d'une obligation de conseil	463
Conclusion	471

Notre titre sous forme d'interrogation peut être dédoublé : 1) Y a-t-il, aujourd'hui et en matière de cautionnement, un repli de l'individualisme à l'égard du contrat ? 2) Ou encore, faut-il prendre la voie d'un tel repli ? La réponse à la première question paraît ambiguë dans la mesure où, s'il y a un repli, c'est sous le joug de la moralité contractuelle¹ et, nous semble-t-il,

1. Sans considérer les multiples études liées à la bonne foi, voir notamment : P.P. CÔTÉ et C. DUBREUIL (dir.), *La morale et le droit des affaires – Journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Éditions Thémis, 1994 ; L. ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du

sous les auspices des préceptes volontaristes libéraux. Dans cette mesure, il faudrait plutôt parler d'apparence de repli. À la seconde interrogation suggérée, toutefois, notre réponse est plus évidente : oui, un repli de l'individualisme est nécessaire.

Nous devons également justifier notre titre par le désir de nourrir une réflexion supplémentaire² sur l'égalité idéale liée au principe de l'autonomie de la volonté qui forme *la base* du droit québécois des contrats³, de même que sur l'individualisme libéral dont il se nourrit⁴. Individualisme contractuel donc, puisque la formation et l'exécution du cautionnement tablent d'abord et avant tout sur le principe voulant que chaque partie au contrat soit responsable (au sens libéral du terme) du bonheur ou du malheur apporté par l'entente. Individualisme aussi, plutôt que solidarisme, parce qu'il semble difficile dorénavant, à la suite de l'article de Jamin qui a

Québec», (1999) 44 *McGill L.J.* 903, 952; J.-L. BAUDOUIN, «Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle en droit civil québécois», dans G. GOUBEAU et J. GHESTIN (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, à la page 29; sans oublier le classique de G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949.

2. Puisqu'il ne faut pas oublier qu'à la suite des réflexions liées à l'invention du contrat d'adhésion par Saleilles en 1901, en passant par celles des Duguit, Demogue, Josserand, Gounot, Rouhette en 1965, et Ranouil en 1980, beaucoup ont suivi depuis le début du XX^e siècle... À titre d'exemples récents de recherches approfondies, voir : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004; F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de la volonté*, Paris, L.G.D.J., 2004; C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2003; S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, Paris, L.G.D.J., 2000; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris, L.G.D.J., 1999; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2002.
3. Voir le *Code civil du Québec*, art. 1385, mais en apportant l'importante nuance selon laquelle l'autonomie de la volonté n'était pas présente à l'origine au *Code civil des Français* en 1804, voir J.-F. NIORT, «Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lecture d'un symbole national», (2005) *R.T.D.C.* 273 et suiv. Plus d'un demi-siècle plus tard, toutefois, sous l'influence libérale de l'époque, nul doute qu'elle se retrouvait au *Code civil du Bas Canada*. En ce sens, voir C. MASSE, «Fondement historique de l'évolution du droit de la consommation», dans P.-C. LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 67.
4. Voir A. BÜRGE, «Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral», (2000) *R.T.D.C.* 1. Dans l'avant-propos de son volume, M. TANCELIN, *Des obligations, actes et responsabilité*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. VII, a d'ailleurs écrit ceci : «Une seconde lecture du texte de 1991 (visé dans son ensemble, comme doit l'être un code en droit civil) confirme l'impression première : la vogue ultralibérale contemporaine qui a inspiré le seconde rédaction met le code dans le droit fil de l'idéologie dominante du XIX^e siècle, sans se rendre compte que le libéralisme, fût-il extrémiste, appartient au passé comme son contraire le socialisme, en dépit de la propagande officielle.» Toujours selon Tancelin (p. 31) : «Le point de vue social est absent du Code civil, enfermé dès l'origine dans une dialectique purement individualiste.»

remis le solidarisme au goût du jour⁵, de se montrer favorable à l'idée sans faire acte de *plaidoyer*... Disons simplement ici que si cet auteur oppose un « retour du social » à la contractualisation libérale et à la *féodalisation* du rapport contractuel, pour notre part, dans une approche davantage microjuridique, nous tentons d'établir que l'individualisme est source de difficultés en matière de cautionnement. Si l'affirmation paraît évidente, voire simpliste, il n'empêche que la référence à une forme de solidarisme contractuel peut permettre de percevoir et de comprendre le cautionnement tel un outil d'échange et de communication impliquant la participation de deux individus, et non, ne serait-ce que dans une perspective phénoménale, comme un simple bien économique plus ou moins dangereux⁶. Ainsi, nous avons choisi l'une des ententes obligationnelles les plus déséquilibrées, soit le cautionnement. La présentation sociojuridique sommaire de ce dernier pourrait être la suivante : un acte unilatéral liant une personne profane à un créancier expérimenté. Entente déséquilibrée en somme, et également — ou de façon conséquente — bien encadrée par des règles qui dérogent au droit commun des contrats — existe-t-il toujours ? — et qui ont pour fonction de protéger la partie vulnérable qu'est souvent la caution⁷.

Et nous en arrivons à la question initiale : le contrat étant une *finalité commune*, comment la société en est-elle venue à la généralisation du contrat d'adhésion dans le contexte d'échanges obligationnels largement plus complexes que ceux qui concernent l'achat d'un billet d'avion ou la location mensuelle d'un casier dans un gymnase ? Cette interrogation qui peut sembler *a priori* naïve et éculée nous paraît au contraire d'une grande importance. Si les adaptations prétoriennes et législatives ont permis, au cours des dernières décennies, de parer aux plus importantes difficultés contractuelles, elles ont relégué l'intérêt de la problématique liée à la compréhension juridique de la relation contractuelle au second

5. C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans G. GOUBEAU et J. GHESTIN, *op. cit.*, note 1, p. 441.

6. À ce propos, le lecteur prendra connaissance avec intérêt du texte de J.-G. BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans P.-C. LAFOND (dir.), *op. cit.*, note 3, p. 126 et suiv., où l'auteur se réfère à la thèse élaborée par l'auteur américain A.A. Leff au début des années 70.

7. Nous employons l'expression « partie vulnérable » à dessein, afin de l'opposer à celle de « partie faible ». Ainsi, nous rejoignons les propos de B. MELKEVIK, *Considérations juridico-philosophiques*, coll. « Dikè », Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 6, lorsqu'il écrit : « Ce qu'il faut surtout retenir dans notre perspective, c'est qu'être « vulnérable » n'est pas d'avoir une quelconque « faiblesse ». Plus qu'un être atteint d'un tel « handicap », l'emploi du terme sert à en qualifier un se trouvant dans une *situation*, ou *position*. Il s'agit en l'occurrence d'une situation ou position physique ou morale qui rend cet être plus fragile qu'il ne l'est normalement ou qu'il ne devrait l'être. »

plan⁸, au profit de la considération de son *utilité* économique et sociale. Or, il nous semble encore et toujours pertinent de nous intéresser à la légitimité de ces règles juridiques qui pourraient parfois être assimilées à des mesures d'urgence. Dans un tel contexte, l'interrogation demeure : comment légitimer le paradigme contractuel contemporain que constitue le contrat d'adhésion, ne serait-ce qu'en matière de cautionnement ? Autrement dit, comment aborder la relation obligationnelle, dans un contexte de contrat de masse, comme une véritable relation juridique et non comme un trope⁹ ? Il nous paraît donc important, dans une recherche de sens normatif, de réévaluer la place du dialogue entre les cocontractants dans la mesure où le contrat demeure un acte de volonté¹⁰. Par conséquent, c'est du rejet du volontarisme *individualiste* qu'il est question, mais non du rôle de la volonté dans la formation des contrats¹¹. En somme, il s'agit de favoriser une compréhension polyphonique de l'échange obligationnel, de permettre que le contrat formé s'avère *encore* la *loi des parties* par une approche davantage dialogique, c'est-à-dire axée sur la coopération des contractants plutôt que sur la rivalité. Il faudrait donc pouvoir envisager une intercompréhension du contrat de masse dans une optique de modernité juridique toujours basée sur une raison normative. Ainsi, la réflexion qui suit tente de mettre en lumière la possibilité de penser le droit du cautionnement sous un angle autre qu'individualiste, conception individualiste caractéristique du XIX^e siècle et toujours à la base du *Code civil du Québec*¹². Et

8. Nous entendons le terme « compréhension » au sens de la définition donnée dans *Le Petit Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, t. I, Paris, 1998, p. 828 : « emprunté au latin *comprehensio* « action de saisir ensemble » d'où action de saisir par l'intelligence ».

9. M.-C. PRÉMONT, *Tropismes du droit*, Montréal, Thémis, 2003.

10. Voir M.-A. FRISON-ROCHE, « Volonté et obligation », (2000) 44 *Archives de philosophie du droit* 129, 151.

11. La position contraire est défendue par M. EL GHARBI, « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », (2005) 1 *R.R.J.* 165 181, qui oppose le couple liberté/volonté au couple social/justice. Or, c'est la notion de *justice* contractuelle elle-même qui invite trop souvent à recourir à des notions métajuridiques et complique la recherche d'une compréhension de la notion de contrat à partager, ne serait-ce qu'entre les parties elles-mêmes. Autrement dit, loin de devoir opposer le *social* à la *volonté*, il s'agit de permettre aux *deux* contractants de se percevoir à la fois comme destinataires des droits et des obligations créés par le contrat, mais également comme *auteurs* de ces derniers.

12. L'opposition *individualisme/socialisme* n'est évidemment pas novatrice : elle a été utilisée il y a près de deux siècles par Leroux. Il importe plutôt de réaliser que cet individualisme *juridique* paraît vouloir sans cesse se renforcer. Témoin, l'importance accordée aujourd'hui aux droits de la personne dans le paysage juridique. « Léon Duguit avait dénoncé vers 1900 le mythe de l'individu considéré hors de l'état social. Il est remarquable que, malgré la vigueur de ces critiques, et malgré aussi les succès intellectuels du socialisme, l'individualisme juridique n'ait connu aucun déclin » : F.-X. TESTU, « Individu », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 820.

ce, là se trouve sans doute la plus grande difficulté, sans l'intermédiaire des notions trop vagues et surutilisées que sont la bonne foi, la morale et l'équité contractuelles.

Avant de cheminer sur cette voie, quelques constats doivent être rappelés. D'abord, il ne faut pas perdre de vue que le cautionnement est un contrat unilatéral. Ainsi, la caution qui s'engage à payer la dette du débiteur principal à l'égard du créancier de l'obligation le fait souvent, pour ce qui est de la caution profane, au nom de l'amitié ou de la fraternité. Pour elle, il s'agit simplement d'apporter une aide hypothétique et abstraite à un proche. À titre de sûreté personnelle, le cautionnement oblige à répondre de toute défaillance du débiteur principal (art. 2333 et 2344 C.c.Q.). Sans oublier la forme de contrat d'adhésion que revêtira à coup sûr le cautionnement (art. 1379 C.c.Q.). Dans cette perspective, comment concevoir une quelconque égalité entre le créancier professionnel et la caution profane qui, généralement, ne comprend pas les modalités de son engagement et comment, donc, envisager la démonstration théorique de la formation d'une telle obligation juridique par l'intervention de *deux* volontés individuelles (art. 2334 et 2335 C.c.Q.) ?

Devant la supériorité informationnelle, intellectuelle, financière, voire stratégique de l'institution financière, le législateur a prévu des limites à la liberté contractuelle. Ainsi, il impose au créancier, au bénéfice de la caution, non seulement une obligation générale d'information basée sur la bonne foi, mais également une obligation spécifique de renseignement¹³. Ces mécanismes adoptés à l'avantage de la partie vulnérable répondent toutefois — malgré les apparences — d'une philosophie libérale et ne contribuent qu'à pérenniser le règne de l'individualisme contractuel. Sans compter que la teneur juridique de l'obligation de bonne foi contenue au Code civil reste à délimiter. En d'autres termes, la question à poser peut être celle-ci : jusqu'où doit aller le créancier dans son obligation d'informer la caution profane du but, de l'étendue et des effets du contrat de cautionnement qu'elle signe ? Ou encore : que peut vraiment la caution profane par rapport à l'obligation spécifique de renseignement du créancier, obligation qui requiert qu'elle comprenne l'importance de faire une demande d'information¹⁴ ? De telles interrogations nous mènent à un constat que plusieurs

13. Art. 2345 C.c.Q. : « Le créancier est tenu de fournir à la caution, sur sa demande, tout renseignement utile sur le contenu et les modalités de l'obligation principale et sur l'état de son exécution. »

14. *Caisse populaire Immaculée-Conception c. 2855-5431 Québec inc.*, [1996] AZ-96021177 (C.S.) (Azimut); *Caisse populaire Desjardins de Neuville c. Jean-Hugues Paré et Louise Paradis*, [1997] AZ-97036125 (C.Q.) (Azimut); *Compagnie d'assurances Jevco c. Centre de liquidation et de saisie de Pont-Rouge inc.*, J.E. 2000-700 (C.Q.); *Trust La Laurentienne du Canada inc. c.*

jugeront extrémiste : plutôt qu'une obligation de renseignement, c'est bien une obligation de conseil du créancier à l'égard de la caution profane qu'il faut envisager, et l'explication juridique de cette dernière se trouve ailleurs que sur les terres métaphysiques¹⁵ de la bonne foi¹⁶.

Ainsi, le présent texte s'appuie sur trois propositions. D'abord, nous soulevons que l'individualisme qui domine la conception classique du volontarisme n'a plus sa place en matière de contrat de cautionnement. Non seulement parce que la théorie générale est constamment remise en question par des règles particulières qui ont pour objet de limiter l'individualisme, mais surtout parce que le contrat de cautionnement est la résultante—et se doit de l'être pour pouvoir être qualifié de raisonnable et être *compréhensible*—de deux parties (1). Ensuite, et de façon conséquente, nous soutenons qu'un tournant majeur doit être opéré afin d'envisager l'élaboration d'une théorie générale du contrat basée sur un volontarisme solidariste. Et ce, afin d'amener un changement épistémologique nécessaire à la reconnaissance du caractère solidariste de *tout* contrat (2). Ce faisant, en matière de cautionnement, l'ensemble des règles protectrices de la caution trouverait une explication qui fait pour l'instant défaut sur le plan théorique, et les acteurs visés seraient mieux à même d'éviter les écueils laissés par deux siècles de volontarisme individualiste (3).

Losier, J.E. 2001-254 (C.A.); *La Caisse populaire Desjardins de New Richmond c. Cyr*, [2001] AZ-50086008 (C.Q.) (Azimut); *Centre d'aide aux entreprises de Charlevoix (S.A.D.C.) c. 9080-9369 Québec inc.*, [2002] AZ-50142081 (C.Q.) (Azimut); *Caisse populaire Desjardins de la Région-Ouest-de-Mégantic c. Deschiever*, [2005] AZ-50324289 (C.Q.) (Azimut); *Lacharité c. Caisse populaire Notre-Dame de Bellerive*, [2005] R.J.Q. 1408 (C.A.).

15. Dans le sens d'une philosophie spéculative qui « s'intéresse à des problèmes existentiels profonds que personne ne peut résoudre », voir R. NADEAU, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999, p. 404. Cela ne signifie aucunement qu'il ne faut pas reconnaître les apports de la métaphysique au droit, mais bien que le développement de ce dernier s'effectue désormais dans un univers postmétaphysique. En ce sens, voir B. MELKEVIK, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000, p. 91 et suiv.
16. C'est d'ailleurs en vertu de cette obligation générale de bonne foi que les tribunaux reconnaissent une portée étendue à l'obligation de renseignement. Voir : *Banque de Montréal c. Bail ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Fiducie du Groupe Investors ltée c. 2632-0580 Québec inc.*, [1997] R.J.Q. 1107 (C.S.), appel rejeté sans que la Cour se prononce sur la portée de l'obligation de renseignement, [2001] R.J.Q. 84 (C.A.); *Assurance-vie Desjardins-Laurentienne inc. c. Société en commandite Les appartements Darche*, [2000] AZ-00022023 (C.S.) (Azimut); *Crédit industriel Desjardins inc. c. Moulins Grover ltée*, J.E. 2001-69 (C.S.); *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.); *Beachcomber Hot Tubs Inc. c. Lapointe*, [2004] AZ-50264361 (C.Q.) (Azimut).

1 Un bref retour sur le principe de l'autonomie de la volonté et sur l'individualisme contractuel: l'exemple du cautionnement

Notre premier argument n'est pas en lui-même des plus originaux¹⁷, mais il demeure pertinent de le réitérer en matière de cautionnement dans la mesure où le volontarisme individualiste constitue encore le fondement théorique du droit des contrats¹⁸. En fait, avant même l'élaboration du contrat d'adhésion comme forme usuelle d'échange obligationnel, cette approche n'a pas manqué d'être critiquée. Tant en raison du développement du capitalisme moderne que des pratiques contractuelles qui en ont découlé, la théorie du volontarisme résultant d'un excès de libéralisme, et en vertu de laquelle la satisfaction recherchée par l'une des parties se devait de dépendre d'un appauvrissement corrélatif du cocontractant, a été remise en question¹⁹.

Or, au regard des règles du cautionnement qui dénoncent d'importants déséquilibres, la théorie générale ne permet plus d'expliquer la formation du contrat par le recours aux volontés des *deux* parties au contrat (1.1). Et certains n'ont cessé de faire le relevé des difficultés qu'entraîne l'individualisme, les solutions apportées sont trop teintées de moralité et ne constituent guère une amélioration dans la mesure où elles permettent tout au plus de se conforter dans le schéma actuel (1.2).

-
17. Durkheim ne faisait, en grande partie, pas autre chose... Voir le classique E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 5^e éd., Paris, PUF, 1998, p. 177 et suiv. De même en est-il pour E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912.
 18. «La justice ne procède pas naturellement du contrat, car les contractants ne sont ni libres ni égaux: leur égalité nominale dissimule leur inégalité réelle. Il arrive souvent que les obligations ne soient pas librement consenties, mais imposées par le plus fort au plus faible»: V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 133. «Les individus sont pris dans un réseau de relations qui ne permet plus de penser le droit en termes purement individualistes. Il n'est plus possible de limiter sa fonction à la seule recherche d'une harmonie des libertés, contrairement à ce que pensent les juristes libéraux. La nouvelle orientation prise par leurs contradicteurs nécessite de revenir sur cette liberté et ses contours»: C. JAMIN, «Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction», dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 9.
 19. Voir F. DIESSE, «Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat», (1999) 43 *Archives de philosophie du droit* 259, 260, selon qui ce «système de vases communicants auquel était soumise l'analyse du contrat est déroutant et inconciliable avec la nature réelle du contrat.».

1.1 Le déséquilibre provoqué comme reflet de l'individualisme contractuel

Personne ne proclame plus aujourd'hui que les parties à un contrat donné entrent en relation en parfaite égalité. Chacun est prêt à reconnaître la supériorité—qu'elle soit intellectuelle, informationnelle ou stratégique—de l'une des parties, supériorité qui devient souvent problématique dans la mesure où elle empêche, dans les faits, l'expression de la volonté de l'autre. Ainsi, avec Brigitte Lefebvre, nous pouvons dire ceci :

Il ne faut pas confondre égalité juridique avec égalité dans les faits. S'il est vrai que depuis la Révolution française les sujets de droit sont juridiquement égaux, c'est-à-dire que l'on ne fait plus de distinction basée sur la classe sociale des gens pour leur reconnaître un droit, il n'en demeure pas moins que la société est composée d'individus qui ont tous et chacun des attributs qui leur sont propres, ce qui, en conséquence, les rend différents les uns des autres. Chaque individu a ses forces et ses faiblesses. En l'occurrence, tous ne possèdent pas le même pouvoir de négociation. De tout temps, le plus fort a su dicter sa loi et on est forcé de constater qu'il en sera toujours ainsi si aucune limite n'est posée pour l'exercice de ses droits. Il en résulte inévitablement des abus qui ne peuvent être contrôlés par la conception classique de la théorie générale du contrat qui promeut la liberté contractuelle et qui fait reposer la force obligatoire du contrat sur le consentement donné par des cocontractants juridiquement égaux. La théorie de l'autonomie de la volonté se base sur une prémisse d'égalité qui est fautive au départ²⁰.

Le constat est implacable : les volontés individuelles de chaque contractant, considérées en elles-mêmes mais opposées l'une à l'autre dans un contexte de déséquilibre inévitable, ne peuvent légitimer la formulation de droits et d'obligations. Malgré ces considérations reconnues et acceptées, malgré de nombreuses critiques²¹, le dogme de l'autonomie de la volonté gouverne encore l'ensemble des relations contractuelles²².

20. B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 36.

21. « Il y a beau temps que le contrat se trouve écartelé entre une philosophie libérale, individualiste et une autre, d'inspiration sociale ou si l'on veut solidariste. Disons, pour passer de la philosophie au droit, entre une conception volontariste, qui privilégie le respect des volontés réelles ou supposées, et une conception *commutative*, qui privilégie l'*équilibre* du contrat » : P. JESTAZ, « Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain ? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 244. « À l'extrême fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle commence la crise, dans la doctrine, de l'autonomie de la volonté » : V. RANOUIL, *op. cit.*, note 18, p. 97.

22. « L'autonomie de la volonté n'en conserve pas moins, même aujourd'hui, valeur de principe, fût-ce sous le nom plus courant de *liberté contractuelle* » : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 21^e éd. refondue, Paris, PUF, 1997, p. 51. « D'une façon générale, l'autonomie de la volonté reste, malgré les restrictions qui lui sont aujourd'hui apportées, le principe explicatif dont on déduit le régime du contrat. Les solutions incompatibles avec ce principe sont présentées comme des exceptions, des atténuations ou des limitations » : J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 39. « Pour n'être pas autonome, au

Cette vision spiritualiste²³ apparaît également dans le cas spécifique du contrat de cautionnement. Dans une telle entente, la perception des données pertinentes ne sera généralement pas uniforme, s'agissant d'une relation mettant aux prises un professionnel et une partie inexpérimentée dans un univers juridico-économique complexe. Il importe ici de préciser que notre problématique met l'accent non pas sur la caution intéressée dans la dette du débiteur principal, tel l'actionnaire d'une personne morale cautionnant la dette de son entreprise, mais plutôt sur la caution profane et la caution informée. La caution profane est celle qui s'engage en raison de pressions affectives ou émotives qui ont tendance à fausser son jugement²⁴, et elle ne tire aucun avantage concret — sinon la reconnaissance — de son engagement. La caution informée, quant à elle, détient un minimum de connaissances lui permettant de saisir la nature de son engagement. Une telle caution est celle qui s'intéresse aux affaires du débiteur principal. Elle est, de ce fait, en mesure de surveiller l'évolution du risque engendré par son cautionnement. Puisque la caution informée fait figure d'exception dans un environnement où la caution profane est la règle, l'option volontariste du législateur paraît décalée par rapport au déséquilibre existant entre les parties.

En ce sens, le déséquilibre semble être le propre du contrat de cautionnement. C'est d'abord un acte qui emporte de graves effets à l'encontre de la caution. Il est utile de rappeler que la caution qui s'engage à exécuter l'obligation du débiteur principal paiera certainement en cas de défaillance de ce dernier, mais qu'elle a peu de chances de voir son recours subrogatoire réussir, car elle fera souvent face à l'insolvabilité du débiteur principal. Il en va ici du caractère unilatéral du contrat de cautionnement, et cette réalité défavorable à la caution est accentuée par la supériorité avérée du créancier. Cela nous mène à la seconde forme de déséquilibre, puisque ces contrats, rédigés en des termes complexes, parcourus et signés dans un environnement parfois stressant et généralement peu propice à la réflexion, expriment trop rarement la véritable intention de la caution.

À ce titre, le contrat présenté à la caution *pour signature* n'est souvent que le reflet des *desiderata* du créancier, ce dernier bénéficiant de toute la marge de manœuvre nécessaire à la jouissance de sa position dominante. Sans compter que trop de cautions ne lisent pas les contrats d'adhésion

sens d'un pouvoir créateur de droit presque égal à celui de la loi, la volonté n'en conserve pas moins un rôle majeur dans le contrat et son régime » : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) 96 *R.T.D.C.* 358, 374.

23. J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 3, 287; A. BÜRGE, *loc. cit.*, note 4, 443 et suiv.

24. Voir en ce sens L. LANGEVIN, « L'obligation de renseignement, le cautionnement et les dettes sexuellement transmissibles », (2005) 50 *McGill L.J.* 1.

soumis à leur signature²⁵. En somme, il semble aller de soi que les cautions se contentent d'adhérer aux clauses, dans l'ensemble désavantageuses. Comment, dans ces circonstances, la caution peut-elle justifier qu'elle ignore telle ou telle stipulation du contrat lorsqu'un conflit dans l'exécution des prestations contractuelles vient à naître? Difficilement, puisqu'en vertu du volontarisme le juge saisi d'un litige conclura souvent à la validité des clauses litigieuses²⁶. Ce faisant, il recherchera tout simplement la volonté *des parties*, laquelle s'est manifestée de façon mécanique par la signature du contrat. À l'opposé, la qualité de professionnel du créancier, généralement une institution financière, implique une supériorité diversifiée à l'égard de la caution. Ainsi, sur le plan informationnel, il ne peut prétendre ignorer la situation financière du débiteur principal à qui il décide d'accorder un prêt ou une ouverture de crédit. De même, son expérience lui permet de mieux apprécier l'ampleur du risque encouru par la caution. C'est donc ce déséquilibre qui est provoqué lorsqu'est abordé le contrat comme une opposition d'intérêts. Somme toute, continuer à attribuer au principe de l'autonomie de la volonté l'essence qui était la sienne au XIX^e siècle revient ni plus ni moins à faire fi tant des inégalités disons *volontaristes* des parties que du principe lui-même²⁷.

Sous un autre angle, s'il faut reconnaître que les déséquilibres sont inévitables, voire nécessaires, chaque partie étant motivée par des considérations d'ordre personnel qui interdisent la recherche d'une véritable égalité, personne ne peut nier que le problème découle du trope consensua-

-
25. *Video L.P.S. Inc. c. 9015-2893 Québec Inc.*, [1997] AZ-97036197 (C.Q.) (Azimut); *La Garantie, Compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Létourneau*, [1997] AZ-97026061 (C.S.) (Azimut); *Banque Nationale du Canada c. Marcoux*, [1999] AZ-99026145 (C.S.) (Azimut); *Compagnie d'assurances Jevco c. Centre de liquidation et de saisie de Pont-Rouge inc.*, J.E. 2000-700 (C.Q.); *Banque de Nouvelle-Écosse c. Robert*, [2000] AZ-50077883 (C.S.) (Azimut); *Banque de Nouvelle-Écosse c. Lanthier*, [2000] AZ-50071675 (C.Q.) (Azimut); *Matériaux Décoren Inc. c. Bannwarth*, [2001] AZ-01036237 (C.Q.) (Azimut); *Gingras, Jacques, Lajoie et Associés ltée c. 9081-7263 Québec inc.*, J.E. 2004-261 (C.Q.).
26. À titre d'exemples: *Entreprises L.T. ltée c. Aubut*, J.E. 94-748 (C.Q.); *Banque Nationale du Canada c. René Boisvert et Banque Nationale du Canada c. Thermopompes N & R Sol Inc.*, [1998] AZ-99021106 (C.S.) (Azimut); *La Compagnie d'assurances Jevco c. Centre de liquidation et de saisie de Pont-Rouge inc. et Robert Frenette*, J.E. 2000-700 (C.Q.); *Caisse populaire Desjardins de St-Eustache/Deux-Montagnes c. 9030-0120 Québec inc.*, J.E. 2002-550 (C.S.).
27. «Ceux qui jadis l'ont élaborée [l'autonomie de la volonté] et qui ont abandonné les relations humaines au libre jeu des volontés autonomes, avaient sous les yeux un autre état social que le nôtre. Avant donc que les juristes contemporains ne poursuivent plus encore leur systématique assimilation au vieux contrat classique de toutes les institutions nouvelles du commerce juridique, il est sage, disons plus, il est nécessaire qu'ils entreprennent une vérification générale et méthodique des fondements de leur théorie»: E.GOUNOT, *op. cit.*, note 17, p. 18.

liste dans une économie juridique où prolifèrent les contrats d'adhésion. Ainsi, selon Marie-Claude Prémont :

Le langage du droit ne veut justement pas regarder de face les *personnes* qui se cachent derrière les volontés. Il ne peut les voir que de façon *oblique*. Le langage conventionnel du droit ne saurait être troublé par le fait que l'une de ces *personnes*, une personne morale par exemple, soit métaphorique et possède un pouvoir économique considérable, pendant que la deuxième, de chair et d'os, arrive à peine à boucler ses fins de mois. Grâce au concours imbriqué de la métaphore de la personne morale et de la métonymie du contrat, les deux contractants seront animés d'une même *autonomie de la volonté* qui scelle leurs liens mutuels avec toute la force de la co-insertion de la logique associée aux deux tropes mères²⁸.

L'auteure conclut alors à l'état de servitude de la partie vulnérable à la relation obligationnelle en ces termes :

La liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté accaparent le regard métonymique du régime sous lequel nous évoluons, selon un glissement cotopique qui concentre son attention sur la *liberté* pour mieux fermer les yeux sur la *servitude* à laquelle elle donne lieu²⁹.

La situation confortable—c'est un euphémisme—du créancier par rapport à la caution se trouve par ailleurs renforcée par diverses dispositions législatives. En vertu de l'article 2347 (1) C.c.Q., toute caution conventionnelle ou légale jouit du bénéfice de discussion, sous réserve de la renonciation expresse de cette dernière. À première vue, il semble facile de croire que la caution dispose d'une petite résistance pour la sauvegarde de son patrimoine, mais c'est sans considérer la renonciation expresse qui ne manquera pas de figurer au contrat³⁰. Sans compter non plus les lourdes exigences de l'article 2348 C.c.Q. qui trouveraient application dans les rares cas où la caution serait en mesure d'opposer le bénéfice de discussion. De l'existence de telles dispositions, il appert clairement que la caution inexpérimentée reste vouée à la résignation. Car comment est-il possible d'en arriver à demander à cette dernière d'indiquer—d'elle-même!—les biens saisissables du débiteur principal, alors qu'elle ne comprend que peu ou prou les modalités de son engagement comme caution? Le créancier professionnel qui, lui, dispose d'une supériorité informationnelle indéniable, peut-il véritablement arguer de son ignorance de l'existence de tels biens? Ces interrogations nous incitent à poursuivre l'analyse et à réaliser que l'importance du déséquilibre par rapport au créancier se trouve davantage renforcée par le Code civil en cas de pluralité de cautions.

28. M.-C. PRÉMONT, *op. cit.*, note 9, p. 125.

29. *Id.*, p. 126.

30. C'est ce que démontre effectivement l'analyse de divers contrats de cautionnement rédigés par les plus importantes institutions financières en activité au Québec.

Ainsi, l'article 2349 C.c.Q. donne la possibilité au créancier de solliciter le paiement en son entier de n'importe laquelle des cautions, lorsque celles-ci ont accepté de cautionner la même dette, tout en leur reconnaissant le bénéfice de division. Celui-ci autorise donc chaque caution interpellée par le créancier à exiger de ce dernier qu'il divise l'action et la réduise à la part de chacune. Toutefois, lorsque la caution prendra la qualification de codébiteur solidaire ou de caution solidaire, elle ne pourra plus invoquer le bénéfice de division (art. 2352 C.c.Q.). Une fois de plus, la difficile — en cette matière, il appert que le terme « impossible » serait plus approprié — négociation du contrat par les cautions empêchera évidemment ces dernières de bénéficier de la division de la dette du débiteur principal.

Dans un tel contexte législatif, la caution devient une proie bien facile à piéger et la seule recherche d'un consentement donné sous couvert d'une signature ne peut avoir, sur le plan théorique, de réelle signification. La conception individualiste de la relation contractuelle qui justifie que la caution est *responsable* des conséquences de son engagement permet ni plus ni moins au créancier de tabler sur le déséquilibre existant et d'en bénéficier. Ce n'est pas que la chose soit en elle-même *injuste*. C'est plutôt que le déséquilibre est tel qu'il ne permet plus, ni à la caution ni au juriste, de comprendre et d'expliquer les tenants et aboutissants d'un tel acte normatif. En somme, de façon évidente et depuis déjà longtemps, le principe de l'autonomie de la volonté basé sur une approche individuelle doit opérer une mutation profonde en son sein, à défaut de quoi le cautionnement demeurera vide de sens. Cette transformation, toutefois, ne saurait être amenée par l'introduction de valeurs morales, telle la bonne foi, sans porter davantage atteinte à la nécessaire intercompréhension des échanges contractuels.

1.2 La bonne foi et la « moralité contractuelle » comme produits de l'individualisme contractuel

Tant le contexte actuel de surconsommation de produits et de services que la prolifération des contrats d'adhésion ont contribué à la remise en question des fondements contractuels de droit positif³¹. Ainsi, en droit québécois contemporain, de multiples règles protectrices *corrigent* la théorie générale du contrat, et cela apparaît aussi inévitable que souhaitable aux yeux des juristes. Cela, dans la mesure où le consommateur — entendu

31. Et ce, bien avant le développement du droit de la consommation : « c'est en un mot le principe d'autonomie, le « dogme de la volonté » (*Willensdogma*) qui a été tout entier mis en question » : E. GOUNOT, *op. cit.*, note 17, p. 20.

au sens large—est vulnérable³² sur le plan tant stratégique (domination du *stipulant*) et symbolique (fortes sollicitations commerciales) que systémique (outil produit à grande échelle), et que ces situations de vulnérabilité sont devenues « normales et souvent banalisées dans la société contemporaine³³ ». Une certaine sensibilité au contrôle de la relation contractuelle a été démontrée au cours du dernier siècle dans l'environnement juridique québécois³⁴. Toutefois, c'est surtout en faisant référence aux notions floues que sont la « bonne foi », la « plus haute bonne foi », l'équité ou la « morale contractuelle » que le droit québécois des contrats s'est développé. Ces notions sont de plus en plus présentes au sein des justifications obligationnelles depuis quelques années³⁵, de telle sorte qu'il est permis de s'interroger à savoir s'il ne s'agit pas là d'une expression de la postmodernité en droit³⁶. En eux-mêmes, ces concepts ne contribuent aucunement à l'expression d'un nouvel *entendement* de la relation contractuelle, et encore moins à la compréhension des règles qui la sous-tendent et de l'application qui en

32. Voir J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 6, 139-141.

33. *Id.*, p. 139.

34. « On est en droit comme auteur de penser que cette avancée du droit commun est mince par rapport au foisonnement législatif constaté depuis le deuxième tiers du XX^e siècle. La leçon tirée de l'expérience est extrêmement réduite. Seuls le consommateur et son ombre, l'adhérent bénéficient des mesures de protection des articles 1435 et s. La nouvelle rédaction reste empreinte de l'esprit libéral du Code civil de 1866, pour lequel contractuel est synonyme de juste »: M. TANCELIN, *op. cit.*, note 4, p. 44.

35. À titre d'exemples en matière de cautionnement, voir les décisions suivantes dans lesquelles les tribunaux ont fait référence à l'obligation générale de bonne foi de l'article 1375 C.c.Q.: *Karrum Realities Inc. c. Ama Investments Inc.*, J.E. 2005-2172 (C.S.); *2166-8405 Québec inc. c. Pro-Sag mécanique inc.*, [2004] R.D.I. 871 (C.S.); *Caisse populaire Desjardins de Bromptonville c. Rabouin*, J.E. 2004-50 (C.S.); *Caisse populaire de La Prairie c. Burrows*, B.E. 2000BE-625 (C.S.); *Banque de Montréal c. Lepage*, B.E. 2000BE-352 (C.S.); *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.); *Banque Laurentienne du Canada c. Boisclair*, J.E. 2000-1721 (C.S.); *Laurentienne Générale, compagnie d'assurances inc. c. Nortrem ltée*, J.E. 98-1975 (C.S.); *M.A.S. Chibougamau inc. c. Constructions René Hudon (90) ltée*, J.E. 98-1483 (C.Q.); *Compagnie Trust Royal c. Entreprises B.M. St-Jean inc.*, J.E. 97-1158 (C.S.); *Banque Royale du Canada c. Audet*, J.E. 97-882 (C.Q.); *Galleries de la Capitale inc. c. Reis*, J.E. 96-2247 (C.Q.); *Caisse populaire Desjardins de la Région-Ouest-de-Mégantic c. Deschivever*, B.E. 2005BE-907 (C.Q.); *G. Moisan inc. c. Verret*, B.E. 2005BE-621 (C.S.); *Entreprises de peinture Serge Durette inc. c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, B.E. 2004BE-989 (C.Q.); *Laberge c. Villeneuve*, B.E. 2004BE-203 (C.S.); *Bonneville Portes et fenêtres, division de Groupe Becenor inc. c. Constructions J.S.M. Ouellet inc.*, J.E. 2001-837 (C.Q.); *Huiles M.R.G. Drouin inc. c. Fortier*, J.E. 2000-1945 (C.Q.); *Banque Nationale du Canada c. Reid*, [2001] R.J.Q. 1349 (C.Q.).

36. M.E. STORME, « La bonne foi dans la formation du contrat, rapport néerlandais fait à l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Baton Rouge/La Nouvelle-Orléans 1992 », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant 1992: La bonne foi*, Paris, 1994, 459. Sur la question de la postmodernité en droit, voir B. MELKEVIK, *op. cit.*, note 15, p. 153-176. Dans un contexte plus général, il est toujours pertinent de se référer au texte de la conférence

est faite. Cette production de non-sens normatif, de plus en plus présente dans un contexte de contrat de masse, est sans doute représentative d'un constat plus général. Selon une auteure :

En effet, en notre temps, le droit—le droit positif s'entend—se présente, dans un mouvement sans unité ni forme, comme une suite de décisions répondant plus ou moins à l'événementialité. Il se déploie un phénomène d'errance qui annihile le devoir-être essentiel de son pur concept. Autrement dit, lieu de destitution des principes normatifs, il semble aujourd'hui abandonné à son propre mouvement. Dans ce phénomène, se produit le déplacement topologique du sens du droit, accident si grave qu'il engendre une *crise du droit*.

Il faut accepter ce constat de crise comme une question—question telle que, pour le philosophe, le malaise du droit appelle une explication et, par delà elle, une interprétation³⁷.

S'il est possible, à notre avis, d'appliquer ce constat de crise du droit en général au droit des contrats en particulier, certaines précisions doivent cependant être apportées. La notion de « crise du contrat » est en elle-même relativement vague : de l'expression employée durant le premier tiers du xx^e siècle à celle qui est présentée par Battifol à la fin des années 60³⁸, jusqu'à la « nouvelle crise » exposée par divers auteurs au début du xxi^e siècle³⁹, il importe de la contextualiser tant par rapport à l'époque qu'en ce qui concerne le régime juridique dans lequel elle s'inscrit. Par exemple, il faut distinguer la position plus « sociale » du droit français en matière de contrat, alors que la crise du droit solidariste en raison de l'opposition néo-libérale a même été invoquée⁴⁰, de celle du droit québécois. En effet, dans ce dernier, c'est l'approche libérale qui prédomine malgré « la nouvelle philosophie du *Code civil du Québec*⁴¹ », sans doute en raison du lourd héritage du *Code civil du Bas Canada* qui était le reflet d'une conception davantage libérale des relations contractuelles que ne les présentait le Code Napoléon⁴².

que Habermas prononçait en 1980 et dans laquelle il qualifiait les tenants du postmodernisme de néo-conservateurs. Voir J. HABERMAS, « La modernité : un projet inachevé », (1981) 413 *Critique* 950-967.

37. S. GOYARD-FABRE, « Le dialogisme : un chemin pour surmonter la crise du droit ? » dans F. ARMENGAUD, M.-D. POPELARD et D. VERNANT (dir.), *Du dialogue au texte, Autour de Francis Jacques*, Paris, Kimé, 2003, p. 125, à la page 126.
38. H. BATTIFOL, « La « crise du contrat » et sa portée », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit* 13-30.
39. C. JAMIN et D. MAZEAUD, *op. cit.*, note 18.
40. C. JAMIN, *loc. cit.*, note 18, 14.
41. B. LEFEBVRE, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », (1996) 37 *C. de D.* 17.
42. En ce sens, C. MASSE, *loc. cit.*, note 3, 67, a écrit : « Tout en prenant garde de pécher par excès de manichéisme, on est forcé de conclure que les codificateurs de 1866 ont clairement perçu les conséquences sociales des nouvelles règles du jeu contractuel. Il s'agit, à n'en pas douter, d'un

En ce sens, le problème est à la fois différent et semblable. En premier lieu, le problème est différent puisque le constat d'échec ressenti en droit français en matière de règles axées sur la protection de la partie vulnérable, considéré dans un contexte où l'idéologie libérale se fait de plus en plus présente (où ne se le fait-elle pas ?), ne peut être comparé à celui du Québec. En effet, pour le juriste québécois, le contrat qui n'est pas de consommation ni de travail n'est pas perçu comme autre chose qu'un accord de volonté librement consentie : voilà du moins ce qui semble être encore souvent enseigné dans les facultés de droit⁴³. En second lieu, le problème est semblable, puisque la difficulté *première* demeure la même, que les approches soient de « gauche » ou de « droite » en France, du centre ou de la droite au Québec, soit la compréhension axée sur deux volontés individuelles qui s'opposent, se combattent. C'est cette impasse théorique, cette crise ou le renouveau de cette dernière, qui se reflète de manière particulière avec le recours aux notions de bonne foi, d'équité et de moralité contractuelle, alors qu'elles se présentent toutes comme des outils « de droit dans le cas concret⁴⁴ ». Dans la même veine, « [la] tendance du droit de notre temps est d'épouser l'empiricité du fait : ce sont même les faits qui en viennent à déterminer la normalité et, en s'imposant comme normes, à décider de la normativité⁴⁵ ». La *distance* entre le point de départ volontariste et l'arrivée moraliste est donc importante, et il importe de chercher à la comprendre, ne serait-ce qu'en partie.

Ainsi, selon la pensée libérale du XIX^e siècle, une partie au lien contractuel qui s'engage à assumer une obligation quelconque est tenue d'une exécution idoine de cette dernière, et ce, conformément aux modalités de l'accord des volontés. Selon Yves Picod, si Pothier estimait que s'obliger à faire quelque chose c'était « s'obliger à le faire utilement », il exprimait cette opinion à une époque où le contrat, perçu comme la conclusion d'une

choix conscient en faveur du libéralisme économique, donc du déséquilibre contractuel. On ne peut comprendre autrement les modifications apportées à l'ancien droit québécois et au Code Napoléon en matière d'obligations. » Voir également A. BÜRGE, *loc. cit.*, note 4, qui démontre que les valeurs libérales ont été développées par la doctrine, en France, durant le siècle suivant l'adoption du Code Napoléon.

43. Cela s'explique peut-être par le fait que le droit français, contrairement au droit québécois, et sans qu'il soit possible d'encenser ou de critiquer la chose, « a développé une conception politique du droit et non pas une conception pragmatique de celui-ci » : M.-A. FRISON-ROCHE, *loc. cit.*, note 10, 132.
44. M.S. ZAKI, « Définir l'équité », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 87, 88. Cet auteur définit aussi l'équité, selon une conception aristotélicienne, comme « une méthode casuistique, portée vers l'individualisation et la recherche de la solution adaptée à l'espèce ».
45. S. GOYARD-FABRE, *loc. cit.*, note 37, 126.

négociation véritable, coïncidait avec l'idée de justice⁴⁶. Est-il besoin de souligner que le paysage contractuel s'est considérablement transformé depuis⁴⁷? Ce qui fait dire à Picod :

Or, la standardisation de la production, la distribution de masse et le progrès technologique ont instauré un tel décalage entre la théorie classique du droit des obligations et les réalités économiques et sociales actuelles que « l'utile » ne peut plus se ramener à l'expression de ce qui a été initialement convenu, il doit être aussi l'émanation d'une conception hautement morale de l'exécution du contrat dont la bonne foi [...] ouvre la voie⁴⁸.

C'est donc la bonne foi qui aurait contribué à l'évolution du domaine contractuel. Soit. Sans doute a-t-elle joué un rôle de *lubrification contractuelle*⁴⁹, dans un contexte juridique où les rouages de la théorie générale se coïnaient un peu plus chaque jour. D'autant plus que cette bonne foi, reflet d'une moralité tant et tant invoquée, « a été magnifiée et mise au pinacle peut-être à mesure que dans les faits elle disparaissait peu ou prou ; c'est, en effet, pendant cette même période que l'amoralisme a commencé à dominer le monde des affaires, c'est-à-dire les contrats⁵⁰ ». Dans cette optique, il importe d'exposer la teneur de cette notion salvatrice qu'est la bonne foi.

Certains auteurs ont tenté de donner une définition de la notion de bonne foi. Selon le professeur Jacques Ghestin, la bonne foi « est synonyme de sincérité, de franchise et plus largement de loyauté. Elle s'oppose à la mauvaise foi, le dol, la tromperie ou la fraude⁵¹. » Elle est encore, d'après Ripert, l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif⁵². Mécanisme qui a pour

46. Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », (1988) 3318 *J.C.P.* 1.

47. « Or il est incontestable que le milieu économique et social dans lequel a pris naissance notre théorie du contrat et de la liberté des conventions était fort différent du nôtre. Le commerce juridique n'est plus aujourd'hui ce qu'il était à l'époque de Gaius et de Paul, ni même à celle des rédacteurs du Code civil. Quand les uns et les autres parlaient de contrats, l'opération type dont la réalité leur offrait le modèle et à laquelle ils pensaient sans cesse, c'était le vieux contrat traditionnel, où deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale exposent et discutent en un libre débat leurs prétentions opposées, font des concessions réciproques et finissent par conclure un accord dont [elles] ont pesé tous les termes et qui est bien véritablement l'expression de leur commune volonté » : E. GOUNOT, *op. cit.*, note 17, p. 13.

48. Y. PICOD, *loc. cit.*, note 46.

49. Nous utilisons cette expression par référence à celle de « lubrification sociale » employée par Baudrillard au sujet des valeurs altruistes à la fin des années 60 dans J. BAUDRILLARD, *La société de consommation, ses mythes, ses structures*, Paris, S.G.P.P., 1970, p. 118.

50. P. LETOURNEAU, « Bonne foi », dans P. RAYNAUD et autres (dir.), *Répertoire de droit civil*, t. 3, Paris, Dalloz.

51. J. GHESTIN, *Traité de droit civil : les obligations : le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 200.

52. G. RIPERT, *op. cit.*, note 1, p. 298.

charge le bon comportement des parties au lien obligationnel, la bonne foi est «un moyen de contrôle très général car c'est tous les faits et gestes des contractants qui peuvent être jugés à son aune⁵³». Elle apparaît alors «comme la consécration générale d'une exigence de loyauté dont le degré, mais non le principe, peut être défini par le législateur ou, à défaut, déterminé par la jurisprudence à partir des usages et, plus généralement, des bonnes pratiques contractuelles⁵⁴». De ces diverses définitions, il ressort un dénominateur commun qui est celui de l'introduction de la morale dans la sphère contractuelle⁵⁵.

Traditionnellement, les juristes distinguent deux acceptions de la bonne foi : la bonne foi-croyance erronée et excusable, d'une part, et la bonne foi-loyauté, d'autre part. C'est évidemment cette dernière qui nous intéresse ici, d'autant plus qu'elle a fait une apparition remarquée dans le droit positif québécois en 1994⁵⁶. La bonne foi-loyauté véhicule un certain nombre d'obligations négatives qui peuvent se résumer en une série d'abstentions. Il est question de l'interdiction de tromper son cocontractant, d'user de manœuvres frauduleuses, dolosives, ou encore de ne pas garder par devers soi des renseignements déterminants pour le consentement de l'autre partie. En cela, la bonne foi peut sembler, par voie d'élargissement, légitimer l'obligation positive de renseignement en matière de cautionnement. Il n'en est toutefois rien puisque toutes ces obligations négatives ont avant tout pour objet de ne pas commettre de tort à son cocontractant, en lui permettant objectivement de s'engager en parfaite connaissance de cause. Cette conception du lien obligationnel suppose donc au préalable que les contractants négocient à armes égales. La bonne foi justifie ainsi la *prise en compte* des intérêts de la partie vulnérable au contrat, en interdisant certains comportements⁵⁷. Il convient alors d'agir de manière honnête, en considérant les intérêts de la caution, mais sans chercher à connaître

53. M. FABRE-MAGNAN, «L'obligation de motivation en droit des contrats», dans G. GOUBEAU et J. GHESTIN (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 320.

54. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 51, p. 204.

55. «Le Droit tend vers l'idéal de justice et un des plus grands défis du droit est d'essayer de l'atteindre. Afin d'y parvenir, le droit fait appel à la morale qui est le fondement de plusieurs règles, dont celle de bonne foi» : B. LEFEVRE, «La négociation d'un contrat : source potentielle de responsabilité extracontractuelle», dans P.-C. LAFOND (dir.), *op. cit.*, note 3, p. 573.

56. Le renouveau de la bonne foi apparaît de façon générale aux articles 6 et 7 ; et, au regard du droit des obligations, de façon plus précise, à l'article 1375. Des auteurs ont relevé que les termes «bonne foi» ou «mauvaise foi» se trouvaient dans 86 articles du Code civil. Voir E. MACKAAY et autres, «L'économie de la bonne foi contractuelle», dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 422.

57. A.-S. COURDIER, *Le solidarisme contractuel*, thèse, Dijon, 2003, p. 285.

les attentes légitimes de son contractant⁵⁸. Ce qui peut mener à la question de savoir si la bonne foi ne serait pas en réalité la justification de la force obligatoire du contrat⁵⁹.

En effet, selon la perception libérale, tout contrat conclu conformément à l'accord des volontés, et donc de bonne foi, est censé voulu par les parties et est, par conséquent, revêtu de la force obligatoire⁶⁰. De ce fait, il est abandonné entre les mains du juge en cas de litige. Ce dernier, statuant conformément à la bonne foi des parties, est appelé à donner au contrat la suite qu'il estime nécessaire selon son intime conviction. La bonne foi étant le mécanisme correcteur des comportements des parties au lien contractuel⁶¹, son sort dépend tout compte fait «de la conscience du juge et [de] ses valeurs morales⁶²». À la lecture des articles 6 et 1375 C.c.Q., nous ne pouvons que partager l'avis de Lefebvre :

En définitive, le sort de la bonne foi repose sur les juges. En ne définissant pas la bonne foi au Code civil, le législateur québécois a remis entre les mains des juges la portée de ce principe. Ils sont maîtres de lui conférer la plus grande étendue possible et d'en tracer les limites. Ultimement, ce sont eux qui en détermineront le contenu et qui la feront évoluer dans le temps⁶³.

Dans de telles circonstances, comment ne pas s'attendre à des décisions de justice à la carte, essentiellement aléatoires aux yeux de l'observateur et du justiciable ? Et notre scepticisme augmente davantage lorsque nous observons l'hypertrophie actuelle de l'utilisation qui est faite de la bonne foi⁶⁴. Justificatif exclusif d'une série de devoirs se résumant en des abstentions, soit des obligations de ne pas faire, la bonne foi expliquerait les obligations positives de coopération, de renseignement ou de mise en

58. Sur ce riche champ de recherche que constituent les attentes légitimes, voir X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Paris, L.G.D.J., 1995.

59. A.-S. COURDIER, *op. cit.*, note 57, p. 283. L'auteure se pose cette question dans un tout autre sens, en concevant la bonne foi comme l'exécution fidèle non pas de la lettre du contrat, mais de son esprit.

60. «Logiquement, on doit en conclure qu'une fois sa parole donnée, le débiteur doit toujours s'exécuter. En règle générale, cela est vrai » : P.-A. CRÉPEAU, «La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *McGill L.J.* 729, 773.

61. «Sans être une clé universelle, la bonne foi reste un instrument utile et souple de contrôle des comportements » : J. GHESTIN, «Avant-propos », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 3.

62. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 20, p. 33.

63. *Id.* p. 32.

64. «[La] récente hypertrophie de la bonne foi aura joué un rôle historique, celui de placer sous les feux de la rampe et de corriger à la hussarde certaines inégalités contractuelles, mais sans pouvoir offrir un moyen bien sûr d'appliquer à celles-ci un traitement de longue durée » : P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 21, 256.

garde. Et encore, il semble qu'elle ne dise même pas la moitié de ce que lui font dire les juristes⁶⁵.

Considérant une telle optique de justification élargie attribuée à la bonne foi, il faut s'interroger quant à l'adoption d'une éventuelle obligation de coopération entre les parties, soit celle en vertu de laquelle un créancier devrait *expliquer* à la caution les tenants et aboutissants de son engagement. La bonne foi pourrait-elle en venir à justifier une telle obligation ? C'est en fait à ce stade que la bonne foi marque ses limites, en raison de l'individualisme qui ne manque pas de l'imprégner, toute morale que soit sa nature. En effet, alors qu'une obligation de coopération peut se définir « comme un devoir incombant à chaque partie de travailler ensemble et activement à la réalisation de la prestation prévue par le contrat⁶⁶ », l'obligation de bonne foi ne suppose que le respect, la simple prise en considération de l'intérêt de l'autre⁶⁷. En somme, le domaine de la bonne foi se situe dans la sphère comportementale de la relation existant entre les parties au lien obligationnel⁶⁸. Elle ne saurait légitimer ni les devoirs positifs ni la commutativité du contrat⁶⁹, « sauf à être étirée jusqu'à la déformation⁷⁰ ».

C'est donc à ce niveau que cesse la progression de la bonne foi. Elle demeure avant tout l'un des moyens utilisés par le législateur et les juridictions pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif, ce qui, en tant que tel et malgré les apparences, n'est pas un avènement théorique des plus heureux. En effet, loin de servir une véritable coopération contractuelle, le *mécanisme* interprétatif qu'est la bonne foi perpétue l'individua-

65. S'exprimant sur l'article 1134 du *Code civil* français qui traite de la bonne foi en son alinéa 3, F. Collart Dutilleul estime qu'« [i]l n'en demeure pas moins qu'à trop vouloir expliquer les nouveaux devoirs des contractants par la référence obligée à un article 1134 qui ne dit pas la moitié de ce qu'on lui fait dire, on en dénature le sens, on bride l'évolution du droit des contrats et on maintient ce dernier dans une conception d'autonomie qui procède de celle, pourtant abandonnée, de la volonté individuelle » : F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 237.

66. A.-S. COURDIER, *op. cit.*, note 57, p. 275.

67. *Id.*, p. 285 ; pour cette auteure, la bonne foi recommande d'agir de telle ou telle manière à l'égard de l'autre, et non avec l'autre.

68. *Id.*, p. 291.

69. « Si l'idée de base réside dans la commutativité, il faut pour lui donner corps recourir à des notions moins générales et plus opérationnelles. Or je ne crois pas que la bonne foi puisse jouer éternellement ce rôle. Non à raison de son imprécision [...] Mais simplement parce que les questions d'équilibre économique ne peuvent se résoudre en termes d'appréciation morale. À ce compte [...] on en viendrait à faire peser sur la partie forte une particulière obligation de bonne foi, tandis que son partenaire ne serait tenu, quant à lui, qu'à une bonne foi ordinaire : et à la limite, on finirait par rééquilibrer le contrat en autorisant la partie faible à être de mauvaise foi ! » : P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 21, 255.

70. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *loc. cit.*, note 22, 384.

lisme contractuel, la suprématie de l'une des parties. Il en est ainsi parce qu'elle confine le contrat de cautionnement dans une perception libérale qui isole chaque contractant avec ses devoirs *négatifs* réciproques dans le but d'éviter que chacun ne *limite* pas l'exercice de la volonté de l'autre. Ce faisant, elle restreint le domaine des possibles en la matière, en ce que les contractants peuvent se contenter de veiller d'abord et avant tout à leurs intérêts respectifs. L'opposition demeure, la caution doit continuer à se défier du contrat présenté par le créancier et ce dernier, de bonne foi, peut continuer à profiter de l'engagement *inconsidéré* des cautions. Il va sans dire que le développement du contrat, de sa théorie et de la compréhension que se doit d'en avoir *chacune* des parties en est perturbé.

2 Le passage de l'individualisme au solidarisme à titre de transformation épistémologique de la théorie des contrats

Nous faisons aujourd'hui occuper à la bonne foi l'espace qui doit l'être par une conception moins individualiste du contrat, une conception davantage solidariste qui reconnaîtrait un droit là où les relations contractuelles sont d'abord et avant tout inégalitaires. Ce n'est pas l'idée d'une irréductible lutte, mais bien celle, pour reprendre le terme de Saleilles, du contrat comme un fait social⁷¹, un résultat découlant de deux intelligences distinctes, participatives, visées ou, à tout le moins, pouvant l'être, que le volontarisme devrait exprimer. Ainsi, il serait possible d'opposer une approche *volontariste* à l'individualisme contractuel, ce dernier constituant le dogme obligationnel contemporain et le reflet de la philosophie néo-libérale omnipotente dans l'univers juridico-économique⁷². Dans cette mesure, notre propos n'est pas idéologique, mais bien théorique, dans l'optique d'un discours créateur de sens juridique. Nous ne nous portons aucunement à la défense d'une école, pas plus que nous ne cherchons à faire œuvre de disciples solidaristes⁷³ afin de prêter main-forte à une approche qui

71. *Id.*, p. 364 : « Bien plus qu'au siècle passé, le contrat s'avère relié au milieu juridique [...] qui l'accueille et le façonne, où il rayonne ses effets et développe des interactions croissantes sur différents plans. »

72. Concernant l'impact de l'économie contemporaine sur la vulnérabilité du sujet de droit, « [à] y regarder de plus près, nous ne pouvons être qu'éblouis par la dynamique qui anime le système économique moderne, mais c'est pour aussitôt faire le constat que l'humanisme économique classique semble totalement disparu comme signe distinctif. L'essentiel du système économique contemporain n'est pas tant aujourd'hui l'accumulation du capital que le fait que cette accumulation se réalise grâce à des formes de régulations aveugles, par des rajustements systémiques, qui, malgré leur efficacité rationnelle bien réelle à certains égards, échappent par essence à la prise de conscience et à la volonté » : B. MELKEVIK, *op. cit.*, note 7, p. 23.

73. « Comment ? Tu cherches à te multiplier par dix, par cent ? Tu cherches des disciples ? – Cherche alors des zéros ! » : F. NIETZSCHE, *Crpuscules des idoles*, Paris, Gallimard, 1974, p. 14.

fait l'objet de maintes critiques⁷⁴. Notre visée est à la fois plus humble et plus ambitieuse : non pas se faire soldats d'une cause, mais contribuer, ne serait-ce que fort peu, à la reformulation du volontarisme contractuel qui est miné en son sein par une considération exagérée de l'individualisme des parties. Pourquoi alors nous référer à cette appellation décriée qu'est le solidarisme ? Sans doute parce qu'elle exprime une idée forte, et que si nous pouvons lui reprocher une teneur utopique, elle n'en demeure pas moins très stimulante⁷⁵. Trouver un autre terme serait possible, mais là ne nous paraît pas l'essentiel. Au contraire, nous oserions même citer les propos d'Ewald, relatifs à un contexte historique autre, certes, mais qui, du strict point de vue de la doctrine contractuelle, nous apparaissent toujours d'une troublante actualité :

Les politiques libérales étaient liées par l'impératif de toujours respecter l'ordre naturel ; la découverte des solidarités interdit le maintien de cette référence. La société devra se construire contre nature. L'utopie libérale était que la société se dégraisse de tout ce qui la maintenait à distance de la nature et de sa nature, que le pouvoir, institution contre nature par excellence, poursuive son propre effacement ; l'utopie solidariste est exactement inverse : la société ne sera jamais assez sociale ; la nature l'empêche de coïncider avec elle-même ; et, faute de pouvoir s'en affranchir, il lui revient de la maîtriser et de la lier au seul ordre qui lui convienne : celui qu'elle s'impose⁷⁶.

Gardons-nous de croire qu'il s'agit ici d'opter pour un refoulement de la liberté contractuelle qui dénie tout rôle à la volonté individuelle⁷⁷. Il

74. « Retrouver un système de droit des contrats me paraît être une ambition doctrinale qui répondrait aux besoins du temps présent ; or, me semble-t-il, le « solidarisme contractuel » prétend plutôt constituer un anti-système, qui fournirait au juge du contrat, non le moyen de protéger les attentes raisonnables des parties, mais la justification idéologique d'un interventionnisme désordonné » : P. RÉMY, « La genèse du solidarisme », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 11. « J'accepte bien volontiers des limitations de la liberté contractuelle. Toutefois il me semble que celles-ci doivent passer par d'autres moyens que le solidarisme, des moyens qui soient moins dangereux et plus productifs ! » : L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), précité, p. 173.

75. « En droit des contrats, la doctrine solidariste constitue, sans exagération, l'événement intellectuel de ces dernières années » : M. MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », (2004) 4 *R.R.J.* 2153.

76. F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 360.

77. « En effet, alors que domine quasi hégémoniquement durant la plus grande partie du XIX^e siècle la thèse individualiste, se développe assez tôt une réaction intellectuelle principalement née dans le camp de la sociologie. Cette réaction entraînera dans son sillage maints développements, de nombreuses œuvres, dont certaines iront jusqu'à nier tout individualisme juridique. Entre deux extrêmes, se constituera une « synthèse solidariste », formulant une philosophie de la solidarité sociale [...] l'objectif sera ici de moins chercher à opposer qu'à concilier le droit individuel et le droit social » : J.-F. NIORT, « La naissance du droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », (1993-1994) *Cahiers Diké UQAM* 18.

s'agit plutôt, et simplement, de reconsidérer sa pleine autonomie par l'intermédiaire du lien de solidarité qui unit les parties au lien obligationnel⁷⁸. En clair, il est question ici de suivre un mouvement de transition d'une volonté individuelle vers une volonté sociale⁷⁹. Notre propos est donc de soumettre le contrat de cautionnement à une forme de raisonnement différente de celle qui a été adoptée dans le contexte positiviste québécois. Bien que cette réflexion soit peu innovante sur le plan théorique, le tournant épistémologique, quant à lui, s'avère de taille, puisque c'est la *connaissance* que nous avons du contrat qu'il s'agit de remettre en question. En effet, bien qu'il soit possible en matière contractuelle d'opposer la volonté individuelle à une volonté « sociale », leur base est la même. Selon Trigeaud :

[...] il y a un contre-sens à opposer la conception volontariste de la convention dans le Code Napoléon à la convention socialisante : leur origine intellectuelle est commune, elles se situent simplement à des degrés différents. Il n'est donc pas incohérent que l'État ou le législateur intervienne dans les conventions sous l'angle du volontarisme. En invoquant divers intérêts collectifs pour le justifier (nécessité d'une meilleure répartition des richesses, d'une meilleure organisation de la production et du travail), c'est le danger de la liberté individualiste laissée à elle-même que l'on entend dénoncer, le risque que fait courir à la société, c'est-à-dire à l'homme rationnel et en soi, devenu personne, le déploiement sans contrôle de l'individualité empirique⁸⁰.

Dans la mesure où le volontarisme obligationnel basé sur une conception individualiste du contrat ne permet plus de donner un sens juridique aux obligations créées par le cautionnement, il semble qu'un tournant théorique majeur doive être opéré : le passage sur le plan épistémologique d'un volontarisme individuel à ce que nous pourrions nommer un « volontarisme social ». Pour mieux développer notre point, il nous faut d'abord faire un bref détour historique et présenter le solidarisme contractuel dans son contexte disons originel (2.1), pour ensuite résumer la teneur des perceptions solidaristes contemporaines du contrat (2.2).

2.1 La contextualisation historique du solidarisme contractuel

Il est possible de faire une brève mise en contexte de l'élaboration du solidarisme contractuel, mais il faut cependant survoler l'histoire politique et juridique englobant la période allant de la naissance de l'*obligatio in solidum* de droit romain et des divers écrits de Demogue au début du xx^e

78. C. JAMIN, *loc. cit.*, note 5, 448.

79. J.-M. TRIGEAUD, « Convention », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 13.

80. *Id.*, p. 18.

siècle ! Un tel *résumé* est inévitablement impartial et imparfait. Tentons tout de même l'exercice⁸¹.

Il est connu que de la sphère des obligations à modalités complexes, soit les obligations solidaires au sens juridique strict, s'est développée l'idée d'un lien de dépendance au sens plus élargi. Il était alors question de solidarité, non pas uniquement entre débiteurs ou créanciers, mais en tant que « lien entre des personnes⁸² » et dès lors, plutôt que « de désigner un lien de droit unissant directement créanciers et débiteurs, elle a été le principe d'organisation d'institutions d'un type nouveau⁸³ ». De Comte à Bourgeois, en passant par Durkheim, l'idée de solidarité sociale s'est affinée et a mené à celle de solidarisme. Cette théorie sociale, élaborée à la fin du XIX^e siècle, s'est imposée comme une philosophie politique en vertu de laquelle il existe un lien d'interdépendance entre les individus d'un groupe ou d'une société⁸⁴. L'idée de lien étant à la base de la notion d'obligation, il est aisé d'en venir à celle de contrat d'association. Ainsi, selon Jamin :

[le] solidarisme est une philosophie contractualiste, puisqu'il entend réduire le lien social à un contrat d'association, source de justice. D'où, soit dit en passant, le mot fameux de Fouillée : « Qui dit contractuel dit juste ». Un mot que les juristes ont fort mal compris : Fouillée veut dire que le contrat, au sens du contrat social, permet seul d'aboutir à la justice et non que le contrat au sens juridique, considéré comme juste par définition, devrait faire l'objet d'un respect absolu ! Le solidarisme se réclame donc de la philosophie des Lumières. Et cela, il faut le dire avec force pour répondre à toutes les insinuations dont certaines sont fort déplaisantes. À cette réserve près qu'au nom du réalisme historique, ses promoteurs refusent d'adhérer au mythe fondateur du contrat social⁸⁵.

Il s'agit en somme de s'opposer au modèle rousseauiste en substituant une condition sociale naturelle à une condition individuelle. En démentant l'abstraction et la généralisation d'une entente fondatrice hypothétique, on cherchera à fonder un contrat social dont la réalisation veut être concrète et progressive⁸⁶. Il est donc possible de situer la naissance du solidarisme au tournant du XIX^e et du XX^e siècle, en France, alors que la puissante

81. Nous ne désirons présenter ici que les principales considérations historiques et idéologiques du solidarisme contractuel. Pour une description plus détaillée, le lecteur pourra se référer aux textes suivants : A. SUPLOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 305-312 ; A.-S. COURDIER, *op. cit.*, note 57, p. 443-451 ; P. RÉMY, *loc. cit.*, note 74, 4-11 ; P. MAZET, « Le courant solidariste », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *op. cit.*, note 74, p. 13-24 ; C. JAMIN, « Le procès du solidarisme, brève réplique », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *op. cit.*, note 74, p. 160-165.

82. A.-S. COURDIER, *op. cit.*, note 57, p. 6.

83. A. SUPLOT, *op. cit.*, note 81, p. 307.

84. P. RÉMY, *loc. cit.*, note 74, 4.

85. C. JAMIN, *loc. cit.*, note 81, 160.

86. J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 77, 25.

machine capitaliste est source de troubles sociaux⁸⁷. Le solidarisme se présentait ainsi comme un moyen de combler le déficit social, en opérant, entre autres, «une transformation du lieu et de la finalité du droit : à un droit essentiellement situé par la doctrine juridique dans l'individu et finalisé par lui, va s'opposer le droit social, localisé dans le groupe et finalisé par lui⁸⁸». Il représente ni plus ni moins qu'un compromis par rapport à un individualisme décrié et le redouté collectivisme⁸⁹.

De cette conception juridico-politique du solidarisme, il nous faut passer à la version contractuelle. Cette dernière, nourrie par Bourgeois et par Saleilles⁹⁰, s'est retrouvée principalement chez René Demogue. Dans sa conception du solidarisme contractuel, celui-ci met l'accent sur le refoulement presque systématique de la liberté et donc du volontarisme contractuel entendu au sens classique, et il plaide pour l'instauration d'une véritable coopération sociale dans l'exécution des prestations contractuelles. Il exprime clairement son solidarisme en ces termes :

L'état d'obligé peut-il être considéré comme exceptionnel ? Les civilistes le disent volontiers. D'après eux l'état de liberté est l'état naturel de l'homme. Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature, est tout à fait inexacte. L'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure. L'obligation acte libre doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération sociale⁹¹.

Toujours selon Demogue :

[la] base de l'énergie créatrice de la volonté ne peut donc être ni dans ce fait de la réunion de plusieurs volontés, ni dans ce fait que le but a été rationnellement voulu, ni davantage dans la correction interne de l'engagement venant d'une liberté exempte de dol ou d'erreur et d'une personne capable. Il faut encore sonder davantage et la base se trouve dans le côté à la fois social et individuel de la volonté : dans la satisfaction qu'elle donne à l'individu si elle se réalise, dans la nécessité que cette volonté manifestée donne la sécurité aux tiers et enfin dans l'espoir que la volonté s'étant normalement développée est d'accord avec le développement des intérêts généraux⁹².

Définissant l'acte juridique, Demogue ajoute ceci :

87. C. JAMIN, *loc. cit.*, note 81, 161.

88. J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 77, 18.

89. J.-F. NIORT, *loc. cit.*, note 3, 276.

90. «[Le contrat] n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit ; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques» : R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, p. 229, cité dans C. JAMIN, *loc. cit.*, note 5, 450.

91. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Paris, Rousseau, 1923, n° 10, p. 19.

92. *Id.*, n° 15, p. 34.

Le but social du droit n'y apparaît pas assez, surtout à une époque comme la nôtre, où l'autonomie de la volonté, le respect de la volonté pour elle-même ne sont plus les idées dominantes [...] Il faut donc définir l'acte juridique : celui où le but social poursuivi concorde avec une volonté individuelle⁹³.

Ainsi, Demogue estimait qu'un accord de volontés ne peut être qualifié de valable que pour autant qu'il soit scellé en harmonie avec l'ordre social. Parce que le principe de l'autonomie de la volonté, loin d'assurer l'égalité des parties et l'équilibre contractuel, cultive plutôt la loi du plus fort en perpétuant les inégalités et les déséquilibres, l'auteur soutenait qu'il fallait passer de l'indépendance *naturelle* à l'évidente dépendance des individus. Il concluait alors, avec une formule devenue classique :

Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration⁹⁴.

Cette philosophie solidariste a été vivement critiquée par la doctrine libérale. Il faut toutefois lui reconnaître le mérite d'avoir ouvert la porte à une vision réaliste du lien obligationnel qui lutte contre les inégalités et les déséquilibres contractuels. Parce que les parties à une relation contractuelle ne peuvent être systématiquement frappées du sceau de l'égalité naturelle, il semble raisonnable d'instaurer une certaine coopération contractuelle entre elles, car le « contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine⁹⁵ ». Demogue pense alors que les parties doivent tout faire pour s'entendre et doivent élaborer ensemble les clauses de leur contrat dans un esprit de sincérité, de franchise.

Après une heure de gloire toute relative au tournant du ^{xx}e siècle, le solidarisme contractuel a été oublié puis remplacé, en raison de considérations utilitaristes⁹⁶, par le courant consumériste de la seconde moitié du ^{xx}e siècle. Aujourd'hui, le solidarisme contractuel revient à l'ordre du jour, sans doute porté par la crise que traverse actuellement la théorie générale du contrat⁹⁷. Ce que ce *retour* au solidarisme nous permet encore de réaliser, c'est qu'une conception du contrat autre qu'individualiste est pertinente, qu'elle n'est pas un obstacle *absolu* à la liberté contractuelle, et

93. *Id.*, n° 13, p. 27.

94. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau, 1931, n° 3, p. 9.

95. R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », (1907) *R.T.D.* 246, cité dans C. JAMIN, *loc. cit.*, note 5, 442.

96. Sur la question de l'utilitarisme en droit, voir B. MELKEVIK, *op. cit.*, note 15, p. 57-76.

97. C. JAMIN, *loc. cit.*, note 18, 8.

qu'en ayant trait à notre connaissance du contrat, à notre compréhension du lien contractuel, elle stimule un changement épistémologique nécessaire. Ainsi, tel que l'a écrit Ewald :

Le succès des doctrines de la solidarité tient à ce qu'elles [...] montraient comment la liberté pouvait générer une obligation positive de faire, et qui la préserve. Mieux encore, que cette obligation n'était pas seulement compatible avec la liberté, mais qu'elle était aussi sa condition. Cela supposait une transformation de la manière dont on posait le problème, c'est-à-dire une mutation épistémologique. Celle même que marque l'avènement du schéma de la solidarité⁹⁸.

Ainsi, une telle « mutation épistémologique » se doit donc de transparaître dans une perception contemporaine du solidarisme qui redonnera au contrat de cautionnement le *sens* que le volontarisme individualisme n'est plus en mesure de lui donner.

2.2 Les interprétations contemporaines du solidarisme contractuel

Tout en reprenant les idées de Demogue, la perception contemporaine du solidarisme contractuel s'en sépare, précisément dans le cas du refoulement systématique de la liberté contractuelle. S'adaptant au nouvel environnement contractuel⁹⁹, la doctrine solidariste contemporaine plaide en faveur du rééquilibrage du contrat par l'instauration d'une relation contractuelle non pas conçue sur une imaginaire égalité des parties, mais en assumant au contraire son caractère inévitablement inégalitaire¹⁰⁰. Ainsi, le contrat devrait cesser d'être perçu comme le *lieu* du choc frontal où chaque

98. F. EWALD, *op. cit.*, note 76, p. 359.

99. De plus en plus, il existe dans l'économie contemporaine une multiplication de réseaux contractuels qualifiés de structures hybrides conçues sous forme de pyramide où il est bien difficile d'attester l'existence d'un contrat, encore moins l'égalité ou l'équilibre contractuel. La densité, la complexité et la gestion mêmes de ces réseaux contractuels rendent difficile leur qualification en tant que relation obligationnelle. Ces « contrats organisation », ou « contrats de dépendance », rappellent quelque peu le contrat féodal. « Une comparaison attentive entre le contrat féodal et nombre de contrats-organisation pourrait peut-être démontrer l'existence d'un lien entre ces deux types de structures contractuelles. Il ne s'agit certes plus d'attribuer un fief (bien que certains contrats confèrent une exclusivité territoriale...), mais la nature du lien vassalique demeure à peu près la même » : C. JAMIN, *loc. cit.*, note 5, 468. Voir également, sur le développement du phénomène, A. GORZ, *Immatériel. Connaissance, valeur et intérêt*, Paris, Galilée, 2003, p. 48 et suiv.

100. « La protection du consommateur et, plus généralement, la réglementation des contrats d'adhésion n'en impliquent pas moins l'élaboration d'une nouvelle doctrine contractuelle qui permette de penser, au-delà de la théorie libérale, la notion de contrat (et donc de liberté des contractants), indépendamment de sa réduction au principe de l'autonomie de la volonté [...] Le dispositif institué passe en premier lieu par la prise en considération des *inégalités*, et, plus précisément, pour la définition du contrat de consommation, comme marqué d'une sorte d'inégalité *structurelle* » : F. EWALD, *op. cit.*, note 76, p. 453. Voir également C. JAMIN, *loc. cit.*, note 5, 472.

partie tente de vaincre. Au contraire, il devrait être le produit d'une communication en vertu de laquelle chaque contractant, au-delà de son intérêt personnel, ne peut que prendre en considération les attentes légitimes de son vis-à-vis. La proposition n'est pas nouvelle et a d'abord été avancée par Bourgeois qui suggérait ceci : « Supposons-nous à la place de l'autre, et examinons en toute sincérité si nous consentirions à la transaction que nous proposons nous-mêmes¹⁰¹. »

Il est aisé de constater que le solidarisme contractuel se démarque du volontarisme libéral en ce que ce n'est plus *uniquement* la volonté individuelle qui gouverne la relation contractuelle, mais bien la règle de droit. Cette dernière a pour objet ici l'intercompréhension *des* parties au contrat formé, et ce, par l'intervention de leur raison mise chacune à contribution. Impossible dès lors de mettre l'accent sur une égalité idéelle, ce qui porte à parler de la socialisation du droit. À ce titre, Ewald définit trois grandes caractéristiques du droit social :

C'est un droit qui s'adresse moins aux individus pris isolément qu'en tant qu'ils appartiennent à un groupe, une classe, une catégorie socioprofessionnelle [...]; ce n'est plus un droit de l'égalité, dont la règle de jugement passe par l'égalité des droits, mais, au contraire, un droit des inégalités, un droit discriminatoire, un droit des préférences [...]; le droit social est nécessairement un droit à base de sociologie¹⁰².

Ainsi, toujours selon l'auteur, non seulement chaque groupe et chaque activité sont en position d'être régis par un droit dérogoire, mais les droits sociaux sont des droits distributifs. Selon Ghestin, la justice distributive consistera « à remettre à chacun la part qui lui revient, selon la Nature [...] selon les impératifs sociologiques et économiques ou selon la volonté de l'État [...] parce que la situation de chaque individu dans la société est différente, cette distribution, pour être juste, est inégale. L'égalité consistera seulement à remettre la même part à tous ceux qui se trouvent dans la même situation¹⁰³. » L'une des illustrations parfaites de cette justice distributive se trouve dans le domaine du droit du travail où sont opposés généralement employeurs et employés. Aujourd'hui toutefois, comme le souligne Ewald :

[on] est désormais entré dans une autre génération de droits sociaux, une génération où les droits sociaux, n'étant plus liés à un groupe d'individus particuliers, deviennent en quelque sorte « ubiquitaires » : tout un chacun est susceptible d'en bénéficier. Nouvelle extension de la structure de droit social, qui témoigne que

101. L. BOURGEOIS, *La politique de la prévoyance sociale*, t. I, Paris, 1914, p. 80, cité dans F. EWALD, *op. cit.*, note 76, p. 369.

102. *Id.*, p. 451.

103. J. GHESTIN, *loc. cit.*, note 22, 46.

l'on a de plus en plus tendance à concevoir l'inégalité juridique comme constitutive du rapport contractuel. En rupture avec l'ancien système civiliste d'égalité contractuelle [...], il appert désormais que la relation contractuelle est une relation structurellement inégalitaire, au-delà même des inégalités de fait qui distinguent les contractants. *Que le contrat définisse, en tant que tel, une relation d'inégalité*, voilà la nouveauté introduite par la deuxième génération des droits sociaux¹⁰⁴.

Cette désuétude de la fiction de l'égalité juridique trouve une application évidente dans le contrat de cautionnement selon lequel le créancier professionnel ne peut prétendre être au même *niveau* que la caution profane. Nous en arrivons ainsi à une forme de justice commutative ou corrective, en vertu de laquelle il ne s'agit plus d'attribuer les avantages selon les causes justes d'inégalité, caractéristiques de la justice distributive¹⁰⁵. C'est, pouvons-nous dire, un tel droit des relations contractuelles inégalitaires que soutient de nos jours la doctrine solidariste contemporaine.

Devant la complexité et la diversité des relations contractuelles, Jamin estime que « l'idée de solidarité n'implique pas que chacune des deux parties ait à consentir un effort supplémentaire et n'est donc pas synonyme de bilatéralité¹⁰⁶ ». Ainsi, selon lui, « l'objectif n'est pas de placer les deux contractants sur le même plan pour les rendre solidaires l'un de l'autre, mais de faire en sorte que le plus puissant d'entre eux ne puisse pas priver l'autre de ses droits issus du contrat¹⁰⁷ ». Dans la même optique, selon Mazeaud, « le solidarisme contractuel conduit chaque contractant, sinon à exécuter le contrat au mieux des intérêts de son cocontractant, du moins à exécuter ses obligations et à exercer les pouvoirs, que lui confèrent le contrat ou la loi, sans faire abstraction des intérêts légitimes de son partenaire¹⁰⁸ ». Il s'agit bien sûr d'une vision qui déroge de celle qui est prônée par le volontarisme contractuel, et cette divergence apparaît de façon particulière en matière de cautionnement.

Initialement conçu comme l'accord de deux volontés qui s'engagent à entrer dans une relation d'affaires, le contrat ne cesse de se redéfinir, la pratique contractuelle libérale ayant inventé de nouvelles formules tels les contrats d'adhésion et de dépendance ainsi que les contrats organisation¹⁰⁹.

104. F. EWALD, *op. cit.*, note 76, p. 452.

105. J. GHESTIN, *loc. cit.*, note 22, 47.

106. C. JAMIN, *loc. cit.*, note 81, 163.

107. *Id.*, p. 162.

108. D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD, *op. cit.*, note 74, p. 59.

109. Selon Jamin, ces contrats « ont pour particularité de s'inscrire dans la durée et de ne pas être seulement le support d'un échange. Parce qu'ils mettent aux prises des parties de force inégale, ces contrats peuvent réserver à l'une d'entre elles le droit de fixer les règles du jeu » : C. JAMIN, *loc. cit.*, note 81, 165.

Comme le souligne Mazeaud, dans ces contrats, la liberté est souvent plus unilatérale que contractuelle¹¹⁰. Quant à l'égalité des parties, elle est illusoire tout au long du processus contractuel. Par conséquent, l'unilatéralité et l'inégalité des pouvoirs contractuels¹¹¹ apparaissent telles «des réalités indiscutables¹¹²». La ferveur que connaît aujourd'hui la liberté contractuelle devrait permettre à cette conception libérale du contrat de perdurer si rien n'est fait pour limiter l'individualisme contractuel qui en découle¹¹³. C'est ici que devrait intervenir une conception contemporaine du solidarisme contractuel.

Comme l'a souligné Leveneur, plusieurs auteurs français ont tenté au cours des dernières années de définir le solidarisme contractuel en l'assimilant à la fraternité et à la bonne foi¹¹⁴. Un tel rapprochement doit être critiqué. Pour faciliter l'exercice, reprenons les définitions avancées par ces auteurs. Ainsi, pour Alain Sériaux :

[la] bonne foi [...] c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère [...] L'irruption du devoir de bonne foi dans les relations contractuelles opère ainsi un bouleversement radical. Le contrat n'est pas, ne peut pas être un simple point d'équilibre mettant un terme à une négociation conflictuelle entre deux personnes qui s'entendent parce qu'elles ne peuvent pas faire autrement. Il devient un haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre. C'est heureux¹¹⁵.

Selon Thibierge-Guelfucci, «[se] dessine aujourd'hui une aspiration qualitative qui conduit à se soucier de l'autre et de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une sorte de solidarité, voire

110. D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 108, 59.

111. L'expression «pouvoirs contractuels» désigne l'ensemble des clauses qui ne font pas partie du contenu obligationnel du contrat, c'est-à-dire qui ne créent pas en elles-mêmes des droits de créance, n'établissent pas des relations de créancier à débiteur, mais qui prévoient et organisent certains privilèges en faveur de l'un ou l'autre contractant. Il peut alors s'agir de la clause pénale, des clauses limitatives de responsabilité, de la fixation unilatérale du prix, de la résiliation unilatérale du lien obligationnel ou du pouvoir d'exiger l'exécution du contrat. Voir F. COLLART DUTILLEUL, *loc. cit.*, note 65, 231.

112. D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 108, 59.

113. «La logique régulatoire libérale tend donc à vouloir soustraire au contrôle social une large fraction de l'activité contractuelle en repoussant les frontières de l'intervention des organes étatiques, ce qui favorise le succès du modèle féodal qui se nourrit de son déclin»: C. JAMIN, *loc. cit.*, note 5, 469.

114. L. LEVENEUR, *loc. cit.*, note 74, 175.

115. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, PUF, 1998, n° 55, cité par L. LEVENEUR, *loc. cit.*, note 74, 175.

de fraternité contractuelle. Le souci n'est plus seulement d'être juste ; il est aussi d'être altruiste¹¹⁶. »

Quant à Mazeaud, il opte pour une trilogie : « Loyauté, solidarité, fraternité » qui « constituent la nouvelle devise contractuelle¹¹⁷ ».

Jacques Mestre, enfin, écrit ceci : « Au souci contemporain d'équilibre contractuel, justifiant une intervention unilatérale de rééquilibrage au profit de la partie considérée en situation d'infériorité, pourrait bien, demain, se substituer un esprit de collaboration, plus riche parce que naturellement bilatéral¹¹⁸. »

Le lecteur remarquera certainement que toutes ces définitions mettent l'accent sur la nécessité d'une coopération contractuelle, dans le sens de la prise en considération effective des intérêts du cocontractant. Pour notre part, nous divergeons de ces points de vue dans la mesure où ces auteurs accordent à la bonne foi — d'obédience morale — une part trop importante. De plus, Thibierge-Guelfucci ajoute que chacun des contractants « est tenu de prendre en compte, par-delà son intérêt propre, l'intérêt du contrat et celui de l'autre partie en se déployant à leur service, voire en acceptant certains sacrifices¹¹⁹ ». À notre avis, cette idée de « prise en compte » n'est pas suffisante pour contrer l'opposition systématique des parties. De ce fait, elle ne permet pas une nouvelle interprétation du rapport contractuel. En ce sens, Anne-Sylvie Courdier ne peut être plus claire lorsqu'elle affirme ce qui suit :

Là réside la différence entre la bonne foi et le solidarisme contractuel. La première exige des parties le respect de l'intérêt de l'autre, le second se caractérise, entre autres, par une prise en charge réciproque par les parties de l'intérêt de l'autre. Il existe par conséquent une différence de degré entre les deux. La première impose aux parties de tenir compte dans leurs comportements de l'intérêt de l'autre, alors que le second consiste à ériger l'intérêt d'une partie dans l'objet du comportement de l'autre¹²⁰.

Ainsi, selon Courdier, *prendre en considération* ou « tenir compte » signifie agir de telle ou telle manière à l'égard de l'autre, alors que *prendre*

116. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *loc. cit.*, note 22, 376, cité dans L. LEVENEUR, *loc. cit.*, note 74, 175.

117. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans M.-A. FRISON-ROCHE et autres (dir.), *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 604, à la page 609.

118. J. MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux », (1986) 85 R.T.D.C. 97, 102, cité dans L. LEVENEUR, *loc. cit.*, note 74, 177.

119. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *loc. cit.*, note 22, 382.

120. A.-S. COURDIER, *op. cit.*, note 57, p. 285.

en charge veut dire agir de telle ou telle manière *conjointement avec* l'autre¹²¹.

Un autre élément fédère tous ces auteurs, mais ce dernier ne nous paraît pas davantage pertinent : la fraternité contractuelle. C'est ici qu'apparaît la vision excessive du solidarisme contractuel¹²², vision qui ne manque d'ailleurs pas d'être critiquée par plusieurs¹²³. Défendant la « lucidité » du solidarisme, Jamin a écrit ceci :

De manière générale, le solidarisme ne traduit pas une vision naïve de la société destinée à promouvoir un quelconque amour fraternel. Bien au contraire, il repose sur le constat lucide (quasi marxiste) de profondes inégalités de classes, qui ne permettent pas à tous les individus — pourtant réputés semblables — d'exercer les droits dont ils sont virtuellement les titulaires. Selon un thème cher aux solidaristes, la dette que contractent les individus privés de ces droits ne peut donc être équivalente à celle pesant sur ceux qui en jouissent pleinement. Dans un domaine tout autre que le nôtre, l'impôt progressif sur le revenu traduit parfaitement cette logique. Or il doit nécessairement en aller de même en matière contractuelle où l'objectif n'est pas de placer les deux contractants sur le même plan pour les rendre solidaires l'un de l'autre, mais de faire en sorte que le plus puissant d'entre eux ne puisse pas priver l'autre de ses droits issus du contrat. C'est donc à un

121. *Id.*, p. 287.

122. Soulignons au passage cette belle réflexion faite par André Malraux au sujet de la fraternité : « On veut que la fraternité ait été ajoutée le dimanche à des sentiments profonds, justice ou liberté. Elle ne s'ajoute pas. Elle fait partie des mystères que les hommes cachent en s'embrassant. Comme le sacré, elle nous échappe dès que nous pressentons son irrationnel de cavernes. Aussi obscure que l'amour, étrangère comme lui aux bons sentiments, aux devoirs ; comme lui sentiment provisoire, état de grâce » : A. MALRAUX, *Lazare*, Paris, Gallimard, 1996, p. 139.

123. « On peut pourtant exprimer quelque réserve. En premier lieu, cette théorie n'est-elle pas naïve et porteuse d'un interventionnisme étatique en matière contractuelle ? [...] En second lieu, peut-on même parler encore de contrat lorsque les volontés ne se croisent plus comme deux lames mais s'écoulent ainsi angéliquement vers le même horizon d'un intérêt commun ? L'harmonie fonde le lien et celui-ci demeure tant que l'harmonie perdure, mais pas plus que cela. Le droit positif rétrograde alors de la notion de contrat à celle, archaïque, d'accord ou de concert, lesquels supposent une concorde perpétuelle, c'est-à-dire finalement l'absence d'obligation » : M.-A. FRISON-ROCHE, *loc. cit.*, note 10, 137 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 42, p. 44 : pour ces auteurs, « contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier pour l'amour de l'humanité, c'est essayer de « faire ses affaires » ». Pour Malaurie, « [d]ans les actes commutatifs [...], il n'y a pas de jus fraternitatis », note au Dalloz, 1997, p. 217, cité dans L. LEVEUR, *loc. cit.*, note 74, 176. « L'important n'est d'ailleurs pas qu'ils s'aiment, mais que les intérêts égoïstes de l'un d'entre eux ne provoquent pas une injustice au dépend de l'autre. Pour ce faire, nul besoin de sentimentalisme » : J.P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 122. « On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage » : J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 22, n° 114, p. 227, cité dans L. LEVEUR, *loc. cit.*, note 74, 177.

travail de rééquilibrage auquel se livrent les auteurs plus ou moins influencés par le solidarisme¹²⁴.

Nous convenons donc avec cet auteur que « [l']idée de solidarité n'implique pas que chacune des deux parties ait à consentir un effort supplémentaire, et n'est donc pas synonyme de bilatéralité¹²⁵ ». Il faut comprendre ici que le solidarisme doit émaner principalement de la partie forte. Pris sous l'angle du cautionnement, tant son caractère de contrat unilatéral¹²⁶ et de contrat d'adhésion que la puissance économique, informationnelle et stratégique du créancier du lien obligationnel justifient cette analyse commune aux auteurs solidaristes. Cela autorise l'instauration d'un droit des relations contractuelles inégalitaires, qui permet au juge, considéré comme le bras séculier du solidarisme contractuel, de se charger de son application. Comme le relève Denis Mazeaud :

[...] le bras armé du solidarisme contractuel est le juge qui, en son nom, peut et doit exercer un contrôle plus dynamique et subjectif des contrats [...] dans lesquels l'inégalité avérée des contractants risque de se traduire par des abus et des excès de pouvoirs, lesquels sont eux-mêmes les ferments de déséquilibres contractuels inadmissibles ou, pire encore, la cause de la disparition économique d'un des contractants¹²⁷.

L'intervention du juge pourrait ainsi se faire sans l'intermédiaire des notions métaphysiques que sont la bonne foi et la morale contractuelle. Un danger existe toutefois : celui que les juges se réfèrent au solidarisme comme ils recourent aujourd'hui à la bonne foi ! Dans le même ordre d'idées, certains craindront que le solidarisme ne soit récupéré par le discours intéressé du monde des affaires. Y aura-t-il apparition d'une forme de solidarisme-conservateur, ou de solidarisme libéral¹²⁸ ? D'où l'importance qui doit être accordée à la compréhension que nous avons du contrat : un fait social découlant d'une relation généralement inégalitaire. Ainsi, le gouvernement des juges ne sera pas la meilleure solution si les tribunaux, à l'image de ce qu'il en est de la bonne foi, transforment le solidarisme en concept vide de sens normatif, l'utilisent à titre de panacée contractuelle et prononcent des décisions à caractère général, témoignant ainsi

124. C. JAMIN, *loc. cit.*, note 81, 162.

125. *Id.*, p. 163.

126. Notons que le caractère unilatéral du contrat de cautionnement, qui s'oppose au synallagma, doit être distingué ici de l'unilatéralité dont fait état C. JAMIN, *loc. cit.*, note 81, dans sa définition du solidarisme.

127. D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 108, 59.

128. « Mais si évolution il y a, elle ne saurait survenir, en toute hypothèse, qu'à l'intérieur de certaines limites : faute de quoi, il y aurait tout lieu de craindre que l'invocation de la solidarité ne [...] devienne synonyme d'illusion trompeuse et mystificatrice » : M. BORGETTO, « Solidarité », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *op. cit.*, note 12, p. 1426.

d'une trop vague abstraction¹²⁹. Il va sans dire qu'il sera toujours recommandé aux juges de motiver leurs décisions¹³⁰, de manière à permettre une meilleure compréhension du phénomène contractuel, et ce, tant en amont (pour les parties à la formation) qu'en aval (pour les personnes appelées à comprendre le contrat).

Résumons en disant que le solidarisme contractuel s'entend en une exigence de « civisme contractuel¹³¹ », une volonté d'avoir une conduite irréprochable à l'égard de son partenaire. Cela se traduit par la prise en charge des intérêts de chaque contractant dans une conception réflexive de l'engagement non pas au regard de ses intérêts propres mais de l'entente *globale*. Cette conception contractuelle s'exprime, entre autres, par les idées :

[...] de décence, de cohérence, de proportionnalité et de coopération, et elle exclut l'égoïsme, l'indifférence, la désinvolture et le cynisme. En clair, le solidarisme contractuel oblige chaque contractant, sinon à exécuter le contrat au mieux des intérêts de son cocontractant, du moins à exécuter ses obligations et à exercer les pouvoirs, que lui confère le contrat ou la loi, sans faire abstraction des intérêts de son partenaire¹³².

Cette série d'explications et de définitions de ce que pourrait être le solidarisme contractuel autorise la doctrine à interpellier vivement la jurisprudence et le législateur, afin de favoriser la remise en question de la théorie des contrats. Que signifie aujourd'hui un contrat ? Quel est le rôle de la volonté *des* parties ? La liberté, sur le strict plan contractuel, est-elle un privilège ? La débâcle, maintes fois reconnue, du contrat libéral et de son individualisme peut enfin faire réaliser aux juristes qu'un changement épistémologique doit s'opérer : si le contrat peut avoir un sens, et il le devrait pour être respecté par les parties, il faut le concevoir dans une perspective *globale*, sociale, dans laquelle l'individu n'est plus responsable de son propre bien-être dans une optique propre au XIX^e siècle, mais le devient dans son rapport à autrui. Ce faisant, le juge — comme tout juriste — doit opter pour un changement théorique en ce qui a trait, entre autres, aux mécanismes de contrôle des comportements du créancier à l'égard de la caution. En fait, moins que de morale incarnée par la bonne foi — dont la valeur coercitive est d'ailleurs incertaine —, le cautionnement,

129. « La généralisation est utile à la science juridique. Mais elle engendre des effets nocifs lorsqu'on lui voue un culte et que l'abstraction, qui lui est inhérente, fait oublier la complexité de la réalité. Si un reproche doit être adressé aux devoirs ou obligations imposés par le législateur ou le juge aux contractants c'est celui de l'excès de généralité et d'abstraction » : J.-P. CHAZAL, *loc. cit.*, note 123, 128.

130. M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*, note 53, 301.

131. D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 108, 58.

132. *Id.*, p. 59.

comme tout contrat contemporain, a davantage besoin, dans une vision réaliste et pragmatique, de solidarité agissante entre les parties. Autrement, l'individualisme libéral ne pourra que s'exacerber à l'aide de techniques contractuelles de plus en plus complexes qui auront pour objet de parer aux tentatives — vaines ? — de rééquilibrer contractuel opérées par les tribunaux et le législateur. Le solidarisme contractuel ne doit donc pas être perçu telle une visée moralisante, mais bien comme une réponse au manque de dialogue contractuel et à la quasi-absence d'intersubjectivité¹³³ dont fait montre le droit contemporain des contrats.

3 Notre exemple du cautionnement : présence de règles protectrices mais absence d'une obligation de conseil

Bien qu'un tournant épistémologique qui met l'accent sur le solidarisme doive être opéré au regard de l'ensemble de la théorie générale du contrat, en matière de cautionnement, force est de constater qu'une grande partie des *adaptations normatives* a déjà été effectuée. Toutefois, dans la mesure où ces modifications s'expliquent par le recours au volontarisme individuel, l'ensemble souffre d'un déficit de légitimité important. En ce qui a trait à l'obligation de conseil, pour l'instant perçue sous un angle moral (la bonne foi) et donc métajuridique, il ne fait aucun doute qu'elle serait considérée plus sérieusement par les parties dans une approche solidariste du contrat. En somme, en matière de cautionnement :

[...] ce serait déjà une belle avancée que de reconnaître à ce solidarisme contractuel le double avantage : a) d'offrir les conditions de possibilité d'une rupture avec le discours individualiste en légitimant l'intervention du juge (des pouvoirs publics) tant au moment de la formation que de l'exécution des contrats, et b) de nous

133. «Pour saisir le point d'ancrage de ce critère d'intersubjectivité, il faut le situer à l'intérieur de sa condition de possibilité, c'est-à-dire la philosophie du langage. En effet, le critère d'intersubjectivité prend racine dans le cadre d'une communication langagière entre un locuteur et un auditeur. Selon Habermas, il existe deux modes d'utilisation du langage. Il désigne le premier comme l'usage cognitif, caractérisé par un locuteur qui est en « communication » avec un auditeur « à propos » de quelque chose, où le locuteur exprime donc ce qu'il veut dire. Le deuxième est l'usage communicationnel du langage, caractérisé par le dessein du locuteur d'accéder avec son auditeur à la compréhension commune d'une situation. Ces deux modes d'utilisation du langage établissent deux attitudes différentes à l'égard de quelque chose ou d'une situation dans le monde. Celui qui veut « dire quelque chose à quelqu'un » adopte une attitude objectivante, du fait que l'on présuppose une relation entre ce que l'on dit des choses et les choses telles qu'elles se manifestent. Par contre, dans le cas de celui qui adopte une attitude communicationnelle, on entre dans une sphère d'intercompréhension où le langage sert à partager quelque chose « avec » quelqu'un d'autre » : B. MELKEVIK, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 95.

forcer à mettre au jour les fondements *politiques* du discours juridique que masque le plus souvent un renvoi au bon sens ou à la nature des choses¹³⁴...

Ou encore, à la moralité contractuelle, pourrions-nous ajouter... Il nous semble donc justifié de miser dorénavant sur une conception du contrat autre que celle en vertu de laquelle le créancier peut souhaiter faire signer une caution qui ne mesure pas l'ampleur de son engagement. Somme toute, il ne paraît plus raisonnable de stimuler la recherche d'équilibre entre la caution et le créancier en considérant avant toute chose les besoins du crédit et la responsabilisation des cautions.

Tant le contexte dans lequel la majorité des cautions inexpérimentées s'engagent que le caractère complexe du document qui leur est soumis plaident en faveur d'une «recompréhension» moins libérale de la formation et de l'exécution des obligations qui en découlent. Il ne s'agit pas de créer de nouvelles échappatoires aux obligations de la caution par la formulation de conditions plus strictes imposées au créancier, mais bien de travailler à l'élaboration d'une approche plus respectueuse du rôle essentiel que doit jouer la volonté de la caution dans la formation du cautionnement. Il faut donc prendre le contre-pied de cette «moralité contractuelle» qui a convaincu législateur et tribunaux de faire appel à la notion de bonne foi pour corriger le comportement de certains créanciers. Plus concrètement, il convient d'améliorer le sort de la caution en permettant de légitimer l'adoption de règles la protégeant (formalisme accru avec le recours à une mention manuscrite, obligation de conseil du créancier) et de mieux comprendre les règles actuelles qui ont été élaborées par la jurisprudence au fil des ans avant d'être intégrées au *Code civil du Québec*. Il est donc question ici : de la résiliation pour le cautionnement à durée indéterminée après avis ; de la règle *contra proferentem* ; du bénéfice de discussion qui est annulé *de facto* par les contrats d'adhésion ; du bénéfice de subrogation ; de la nécessité du caractère exprès du consentement ; de l'obligation passive de renseignement qui échoit au créancier ; de la non-transmissibilité du cautionnement au décès, de même que de l'ensemble des règles relatives au contrat d'adhésion. À cette longue énumération, s'ajoutent un devoir d'information et l'obligation de renseignement qui incombent au créancier. À ce stade, il faut vérifier si le droit contemporain du cautionnement a atteint «un point tournant de l'évolution où le changement par exception de la théorie générale du contrat, tout sécurisant qu'il soit longtemps apparu, ne suffit plus¹³⁵». Ces mesures de protection peuvent être présentées en quatre groupes.

134. C. JAMIN, *loc. cit.*, note 81, 168.

135. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *loc. cit.*, note 22, 372.

Le premier groupe concerne avant tout le *rééquilibrage de la relation adhérent-créancier*¹³⁶. En font partie les règles d'interprétation favorables à l'adhérent que sera généralement la caution¹³⁷. À titre justificatif, certains ont invoqué l'importance de « remédier aux inconvénients susceptibles de résulter de [...] [l'] impossibilité de négocier¹³⁸ ». Il s'agit donc de favoriser la création d'un véritable sens au regard de l'*entente* qui deviendra pour la caution une norme impérative. Une conception individualiste du contrat, en vertu de laquelle chaque contractant est *responsable* de l'élaboration de ses droits et obligations, cadre difficilement dans ce tableau protectionniste. En fait, c'est l'opposition contrat d'adhésion/individualisme *versus* règles protectrices/solidarisme qui semble devoir perpétuer une incompatibilité théorique pour les parties. En effet, dans le contexte législatif actuel, créanciers et cautions paraissent condamnés à s'opposer devant les tribunaux afin de faire valoir des *valeurs* inconciliables : la responsabilité individuelle de la caution qui n'a pas lu ni cherché à s'informer et la responsabilité sociale du créancier qui ne veut qu'imposer ses *desiderata*.

Le deuxième groupe a pour objet la *sauvegarde économique de la caution*. Les règles qui le composent sont de deux ordres : l'un est illusoire, l'autre prêche par évidence. Ainsi, sur le chapitre de l'illusion protectionniste, tant le bénéfice de subrogation (art. 2365 C.c.Q.) que celui de discussion (art. 2347 C.c.Q.) se présentent tels des leurres protectionnistes. En ce qui a trait au bénéfice de discussion, le Code civil prévoit deux possibilités de renonciation pour la caution, soit la renonciation expresse (art. 2357 C.c.Q.) et l'engagement solidaire (2352 C.c.Q.), possibilités qui figurent systématiquement dans les contrats de cautionnement¹³⁹. Le cas du bénéfice de subrogation est un peu plus subtil dans la mesure où il paraît à première vue illégal d'y renoncer par contrat (art. 2355 C.c.Q.). Or, d'une part, le recours de la caution à l'encontre du débiteur principal ne sera que rarement fructueux en raison de la nature de sûreté personnelle du cautionnement ; et, d'autre part, cette mesure n'a pour objet que d'en-

136. J. PINEAU, « Théorie des obligations », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. II, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 99, écrivait ceci quant à l'article 1437 C.c.Q. relatif à la clause abusive : « Sanctionner la clause abusive, c'est condamner un comportement fautif et corriger le déséquilibre dans les rapports de force existant entre les contractants. »

137. Art. 1432, 1435, 1436, 1437 C.c.Q.

138. J. PINEAU, *loc. cit.*, note 136, 32.

139. C'est sans surprise que l'étude de contrats de cautionnement *usuels* provenant des diverses institutions financières en activité au Québec démontre qu'ils prévoient tous la renonciation aux bénéfices de division et de discussion. Si le Code civil énonce la possibilité d'y renoncer *expressément*, dans la mesure où il s'agit de contrats préimprimés, est-il possible de vraiment parler de « renonciation expresse » de la part de la caution ?

cadre le comportement du créancier, qui, poussé par des considérations *personnelles*, individuelles, en viendrait à perdre de vue les intérêts de son contractant en octroyant, par exemple, une mainlevée d'hypothèque ou une cession de rang hypothécaire. L'évidence semble avoir agi ici à titre de conseillère législative¹⁴⁰. De même en est-il concernant l'avis de résiliation en cas de cautionnement à durée indéterminée et la non-transmissibilité du cautionnement en cas de décès, qui, sous couvert d'équité¹⁴¹, ont été encadrés. Cependant, une fois de plus, une difficulté transparaît : comment justifier une telle limite à la liberté, à l'individualisme contractuel ? Plus précisément : comment expliquer que cette limite se situe à *ce point précis* du spectre entre l'individualisme et le dirigisme contractuel ?

Dans le troisième groupe sont réunies les règles que le législateur a adoptées afin *d'assurer la validité du consentement de la caution*, c'est-à-dire lui donner la possibilité de *comprendre* la création de la règle à laquelle elle participe. Sont ici visées l'exigence du caractère exprès du cautionnement (art. 2335 C.c.Q.) et l'obligation passive de renseignement qui incombe au créancier (art. 2345 C.c.Q.), obligation à laquelle, rappelons-le, la caution ne peut renoncer (art. 2355 C.c.Q.). C'est sans doute à ce stade que la pratique contractuelle et les *adaptations* qu'elle a entraînées paraissent le plus irréconciliables. D'un côté se trouve une caution qui fait face à un document abstrait et technique, caution que la loi protège en lui permettant d'exiger des réponses aux questions qu'elle posera au créancier, alors que de l'autre se tient le créancier-cocontractant qui fournit le document préredigé et n'a aucun intérêt juridique à favoriser les interrogations de la caution. Les règles sont donc présentes, et leur raison d'être paraît évidente : dans les faits, leur utilité est nulle. Nulle, puisque moins la caution sera informée, moins elle sera en mesure de poser des questions

140. Cela n'empêche toutefois pas plusieurs créanciers d'employer une terminologie douteuse dans la rédaction des *clauses de subrogation*, selon laquelle la caution ne peut exercer aucun droit de subrogation tant que les dettes et obligations de l'emprunteur envers l'institution financière n'auront pas été entièrement remboursées...

141. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339. Le juge de première instance ([1970] C.S. 116), dépourvu devant le droit en vigueur sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, avait d'ailleurs fait entendre un véritable cri du cœur qui n'a pas manqué d'être considéré lors de la réforme : « Impuissant à trouver dans notre droit la solution équitable d'une situation aussi pénible, le tribunal exprime le souhait que nos juristes, chargés de la révision du Code civil, à cette époque où les transactions bancaires courantes s'accompagnent très souvent d'exigences aussi exorbitantes, se penchent sur ce véritable problème social, ne serait-ce que pour restreindre la liberté de passer outre aux dispositions du Code qui se veulent protectrices de la caution, ou pour décréter une certaine limite de temps au recours fondé sur des cautionnements de ce genre quant aux dettes futures du moins. »

et de lire le document. Or, une telle non-lecture est jugée inexcusable au regard de la perception libérale du contrat¹⁴².

Par conséquent, et pour véritablement permettre un *échange* compréhensif et producteur de sens normatif pour la caution, une approche individualiste doit être supplantée par une conception davantage sociale, entendue comme une communauté contractuelle au sens strict, créée par les deux parties que sont la caution et le créancier. De la recherche illusoire—sinon fallacieuse?—de consentement *éclairé* fondée sur une conception égalitaire du contrat, il faut passer à la reconnaissance du caractère inégalitaire des échanges obligationnels. De la tentative insensée d'équilibrer une relation, alors que, d'une part, l'accent est mis sur la production de soutien contractuel monologique et que, d'autre part, il y a recherche du dialogue *a posteriori* et dans l'urgence, il faut lentement, mais sûrement, glisser vers la valorisation d'une véritable entente *entre* les parties. Plutôt qu'une approche morale qui tente de sauvegarder la caution des affres économiques créés par le créancier, il conviendrait de valoriser la reconnaissance de l'objet et du rôle du cautionnement, tout en permettant à la caution de juger, en pleine connaissance, de la pertinence de son engagement. D'une obligation de renseignement ineffective, nous devons favoriser le passage à une véritable obligation de conseil et d'information.

Reste donc à analyser, comme quatrième groupe, cette mesure de protection à la fois nécessaire et irréconciliable avec une visée individualiste qu'est le *devoir de conseil et d'information pour le créancier*. Le législateur, qui a codifié un double devoir de *loyauté*, a reconnu, somme toute, la philosophie du volontarisme contractuel, en mettant les parties sur un pied d'égalité. Ce qui signifie donc *a priori*, et en vertu de l'imprécise obligation générale d'information contenue à l'article 1375 C.c.Q., que le créancier n'est tenu de fournir des renseignements à la caution que si

142. Cette règle découle de l'article 1400 C.c.Q. Une telle position n'est d'ailleurs pas sans rappeler un célèbre passage de Jean-Jacques Rousseau : « Insensiblement nous tombons dans des situations périlleuses, dont nous pouvions aisément nous garantir, mais dont nous ne pouvons plus nous tirer sans des efforts héroïques qui nous effrayent ; et nous tombons enfin dans l'abîme, en disant à Dieu : Pourquoi m'as-tu fait si faible ? Mais malgré nous il répond à nos consciences : Je t'ai fait trop faible pour sortir du gouffre, parce que je t'ai fait assez fort pour n'y pas tomber » : J.-J. ROUSSEAU, *Les confessions*, livre I, Paris, Gallimard, 1959, p. 101. Voir en ce sens : *Canadian American Financial Corp. (Canada) c. Lam*, [1995] AZ-95021253 (C.S.) (Azimut); *Élizabeth Vézina et Robert Béland c. Marius Barette et Phébée Béland*, [1999] AZ-99036211 (C.Q.); *Létourneau c. Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord*, J.E. 2000-535 (C.A.); *Caisse populaire Desjardins de St-Eustache/Deux-Montagnes c. 9030-0120 Québec inc.*, J.E. 2002-550 (C.S.); *Centre d'aide aux entreprises de Charlevoix (S.A.D.C.) c. 9080-9369 Québec inc.*, [2002] AZ-50142081 (C.Q.) (Azimut); *Centrale Ashton inc. c. Alarme sécurité K.N.R. inc.*, J.E. 2004-909 (C.S.) (inscription en appel).

cette dernière en fait expressément la demande. À la vérité, nul ne saurait exiger un tel comportement de la caution qui est pratiquement ignorante des clauses et de la portée de l'engagement qu'elle contracte. Pour provoquer le renseignement, il faut disposer de certaines aptitudes techniques et stratégiques en vue d'établir la pertinence de sa demande d'information. Une telle conception individualiste du contrat conforte alors le créancier professionnel dans sa supériorité à l'égard de la caution, toute chose qui atteste l'inefficacité de l'obligation de renseignement imposée au créancier professionnel.

Il semble pourtant, en vertu de l'obligation générale d'information de l'article 1375 C.c.Q., que le juge détient un moyen efficace de contre-carrer la passivité du créancier, chaque fois qu'il aura omis de renseigner sincèrement la caution. À ce titre, définissant les conditions d'une telle obligation, Ghestin estime que trois conditions sont suffisantes pour sa mise en branle : la connaissance réelle ou présumée de l'information par la partie débitrice de l'obligation, la nature déterminante de l'information en question et l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur¹⁴³. Si les tribunaux utilisent parfois ces conditions avec bonheur¹⁴⁴, il n'en demeure pas moins qu'il faille s'interroger sur son intensité. En d'autres termes, jusqu'où le droit requiert-il l'information en faveur de la caution, quand il est aussi connu que cette dernière se doit, malgré tout, de veiller sur ses propres intérêts ? Jusqu'où le silence du débiteur de l'information est-il coupable, l'article 1375 C.c.Q. ne définissant évidemment pas son contenu ? Et en quoi la bonne foi, qui sous-tend un tel devoir, permet-elle d'apporter des réponses à ces interrogations ?

D'un autre point de vue, personne ne peut nier que la caution tentera souvent de se rétracter de ses obligations contractuelles en invoquant les moyens de défense que lui offre le droit commun des contrats. Il sera alors question de l'erreur comme vice de consentement, du défaut de renseignement ou de l'information partielle, autrement dit de la mauvaise foi du créancier de l'obligation. La caution peut aussi amener comme moyen de défense la clause incompréhensible contenue dans le contrat d'adhésion¹⁴⁵. En réalité, la caution aura souvent bien du mal à voir prospérer la défense

143. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 51, p. 535-566. Rappelons que ce sont d'ailleurs ces conditions qui ont été reprises par la Cour dans l'affaire *Banque de Montréal c. Bail Itée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

144. *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.); *Groupe Cantrex inc. c. Bouchard*, [2004], AZ-50218873 (C.S.) (Azimut).

145. L. POUDRIER-LEBEL et A. BÉLANGER, « L'interprétation du cautionnement : Une approche nouvelle quant à la formation et à la détermination du contenu du contrat », (2000) 41 C. de D. 333, 333 et suiv.

fondée sur l'erreur pour se désengager de ses obligations contractuelles. Il faudra alors que son erreur soit excusable pour que le juge lui reconnaisse le droit de contester soit son engagement, soit l'étendue de ce dernier. Or une telle erreur n'est pas facile à prouver. La défense fondée sur l'erreur comporte le plus souvent en son sein le défaut de renseignement ou d'information de la caution. Le créancier de l'obligation étant tenu de ce double devoir de loyauté, la caution tente souvent de se délier de ses charges, en rendant le créancier responsable de son engagement aveugle au lien obligationnel. Ici aussi, la caution profane aura bien du mal à valider sa défense, car elle surévalue généralement le double devoir de loyauté qui pèse sur le créancier. Pour ce qui est de l'obligation de renseignement, la caution a souvent tendance à considérer celle-ci comme un devoir de conseil, oubliant le corollaire de cette obligation, soit de demander l'information pertinente au créancier¹⁴⁶.

Il faut le souligner à nouveau, le caractère unilatéral de l'acte de cautionnement renforce la gravité de cette sûreté. La caution qui paye la dette du débiteur principal n'est pas assurée du remboursement, tant s'en faut. À la différence d'un contrat synallagmatique qui permet d'invoquer l'exception d'inexécution, le contrat de cautionnement autorise le créancier à réclamer *ipso facto* l'exécution de la caution à la moindre défaillance du débiteur principal. La caution, qui dans cette figure juridique n'a que des obligations à exécuter, se trouve souvent bien embarrassée lorsque l'engagement qu'elle a le plus souvent contracté au nom de l'amitié ou de liens filiaux vient à recevoir application. Cet engagement unilatéral laisse alors apparaître toute sa gravité, surtout lorsqu'il advient un litige sur l'étendue du cautionnement. Ainsi, des devoirs d'information basés sur la bonne foi, nous en sommes venus à nous demander s'il ne serait pas opportun aujourd'hui de passer à une étape ultérieure et d'imposer une véritable obligation de conseil, et ce, non pas en vertu de la moralité contractuelle ou de la fraternité obligationnelle, mais au nom même d'une relation contractuelle qui impliquerait la *coexistence de deux volontés*. Autrement dit, il paraît nécessaire de mettre un terme à une perception qui fait des parties contractuelles des entités désincarnées et abstraites, pour leur faire jouer leur véritable rôle de sujets communicationnels. Il faut permettre au contrat d'exprimer concrètement les volontés des *deux* parties en présence, sans quoi le contrat moderne ne peut prétendre à aucun sens d'obéissance rationnelle. Il ne s'agit donc certainement pas, pour le juge, de jeter un regard miséricordieux sur les intérêts de la partie vulnérable, ce qui serait syno-

146. *Id.*, p. 344.

nyme de partialité, mais de procéder à un rééquilibrage légitime du contrat, au nom d'une certaine commutativité¹⁴⁷.

Dans une volonté avouée de protéger la caution, en permettant à cette dernière de donner autant que possible un consentement libre et éclairé à l'acte de cautionnement, la professeure Langevin propose, à l'image de la common law canadienne et britannique, l'instauration d'un avis juridique indépendant¹⁴⁸. Ce faisant, le créancier serait tenu de conseiller à la caution le recours à un avis juridique impartial. Ce dernier serait donné par un juriste à qui la banque devrait fournir toute l'information relative à l'acte de cautionnement envisagé, notamment la situation financière du débiteur principal, les sommes allouées, les échéances des remboursements ainsi que les conséquences pratiques auxquelles la caution pourrait s'attendre à l'égard de la banque. Cet avis juridique indépendant devrait expliquer, dans un langage simple et clair, la nature du cautionnement¹⁴⁹. La caution qui s'engagerait dans de telles circonstances le ferait en parfaite connaissance de cause, et le créancier aurait *rempli* son obligation de renseignement.

Cette solution, quoique salubre dans son application immédiate, ne nous semble pas décisive sur le plan théorique, ce qui ne peut manquer d'entraîner des difficultés pratiques éventuelles ! En effet, par un tel recours à un avis juridique indépendant, le droit ne ferait que perpétuer l'individualisme contractuel en vertu duquel chacun doit défendre ses propres intérêts. Une telle approche relève de la transformation de la théorie générale du contrat par exception qui, loin de résoudre les difficultés, ne fait que les repousser. Faudrait-il, à terme, imposer un avis juridique indépendant pour chaque contrat d'adhésion quelque peu complexe ? Si nous poursuivons la réflexion dans une telle optique individualiste en vertu de laquelle l'un des contractants *doit* déléguer son devoir d'information afin que la caution soit assurée de la bonne compréhension de son engagement, non seulement nous avons l'impression de nous complaire dans un cynisme teinté d'utilitarisme, mais les difficultés semblent à la fois infinies et insolubles. Est-il vraiment absurde d'envisager plutôt la possibilité de réunir tant le créancier que le débiteur principal et la caution, afin qu'une discussion franche et sincère soit amorcée, stimulée par l'obligation d'information et de conseil du créancier ? Si, dans une telle approche, il appert que les cautions seront

147. D'après Jestaz, « l'avenir du contrat, son avenir probable ou possible, en tout cas celui que nous lui souhaitons, réside dans une plus grande considération de son équilibre. La conception commutative du contrat devrait gagner du terrain sur la conception volontariste : notre accord est sur ce point complet » : P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 21, 246.

148. L. LANGEVIN, *loc. cit.*, note 24, 39.

149. *Id.*, p. 19-20.

moins nombreuses à s'engager, c'est sans doute que le brouillard aura enfin été dissipé sur la nature concrète du cautionnement¹⁵⁰...

En somme, la tension dialectique entre la force et la stabilité du contrat de cautionnement d'une part, et son équilibre entre les parties, d'autre part, met désormais deux conceptions en opposition : le solidarisme, plus sensible à la complexité de l'inégale entente contractuelle, et la conception néo-libérale, qui subordonne la recherche de l'équilibre contractuel à la responsabilisation de chacun des contractants. Or, dans un contexte social, économique et juridique où la grande majorité des contrats de cautionnement sont d'adhésion et mettent en présence des parties fortement déséquilibrées, il appert qu'appréhender le contrat sous l'angle de la responsabilisation des parties n'est rien de moins qu'irresponsable. À cette affirmation se greffe la question suivante, à laquelle cherche à répondre la présente étude : y a-t-il, en droit du cautionnement au Québec, une autre réalité obligationnelle que celle qui mise sur l'opposition de la caution et du créancier ? De manière plus générale, Claude Masse s'interrogeait à savoir comment, après « avoir constaté que la grande majorité des contrats passés dans nos sociétés sont des contrats d'adhésion qui battent en brèche les principes de la liberté contractuelle, [...] traiter ces institutions comme des contrats¹⁵¹ ».

Conclusion

De par la raison d'être du cautionnement et son caractère de contrat unilatéral, le meilleur dénouement possible pour la caution est que le contrat ne produise aucun effet. Par ailleurs, et toujours en vertu de la nature particulière du cautionnement, la caution risque, sans aucune obligation corrélatrice en contrepartie, de devoir répondre aux obligations du débiteur principal qu'elle a accepté de seconder. Malgré ce caractère fortement désavantageux, plusieurs cautions ne saisissent pas la teneur de leur engagement lors de l'élaboration et de la concrétisation du lien contractuel. Les dispositions du *Code civil du Québec*, loin de tenter d'améliorer la compréhension des cautions, tendent à les responsabiliser. Et ce, dans

150. Dans le même ordre d'idées, la crainte de voir les débiteurs privés de financement ne devrait pas non plus freiner la réflexion, étant entendu que les institutions financières ne se détourneront certainement pas d'activités si lucratives... Et quant au recours à l'engagement solidaire plutôt qu'au cautionnement pour éviter l'application de règles trop *protectrices*, il n'est que le reflet d'une conception individualiste et libérale que le solidarisme peut contrer. En somme, si nous nous en tenons à la pratique actuelle, dans la mesure où elle se nourrit d'individualisme, il ne fait aucun doute que les règles *protectrices* à élaborer aujourd'hui seront toujours contournées demain.

151. C. MASSE, *loc. cit.*, note 3, 115.

une optique néolibérale qui cherche à favoriser à la fois la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat, concepts phares du volontarisme contractuel.

Il ne paraît plus raisonnable de stimuler la recherche d'équilibre entre la caution et le créancier en considérant avant toute chose les besoins du crédit et la responsabilisation des cautions. Tant le contexte dans lequel la majorité des cautions inexpérimentées s'engagent que le caractère complexe du document qui leur est soumis plaident en faveur d'une « compréhension » moins libérale de la formation et de l'exécution des obligations qui en découlent. Répétons qu'il ne s'agit pas de créer de nouvelles échappatoires aux obligations de la caution par la formulation de conditions plus strictes imposées au créancier, mais de travailler encore et davantage à l'élaboration d'une conception moins simpliste et plus réaliste du rôle de la volonté de la caution dans la formation du cautionnement.

Par la compréhension intersubjective qu'il peut encourager, le solidarisme devrait permettre au contrat de demeurer un acte de volonté et faciliterait l'entendement de la contrainte normative qu'engendre l'échange obligationnel de droit privé qu'est le cautionnement. Puisque deux parties demeurent nécessaires à la formation du lien obligationnel, ce que semble nier la multiplication des contrats d'adhésion, il faut revoir la compréhension du contrat en mettant *davantage* l'accent sur les *deux voix* qui participent à la formation du cautionnement. Un tel apport solidariste se fera au détriment de la relation strictement dialectique, cette dernière étant des plus présentes dans le contrat d'adhésion où il n'existe qu'une *recherche de conviction* de la caution (l'adhérent), tandis que cette dernière ne peut orienter sa *volonté* que vers celle du créancier. Il importe donc de rechercher une nouvelle force théorique qui participera au complément du vide de légitimité laissé par l'éclatement du volontarisme contractuel (et des préceptes qu'il soutient : force obligatoire du contrat, autonomie de la volonté, formation du contrat), tout en intégrant — et en précisant — les divers éléments d'analyse et de contrôle contemporains que sont devenues la bonne foi, la moralité contractuelle et l'équité obligationnelle. En ce sens, par l'entremise du solidarisme contractuel, peut-être arriverons-nous à admettre l'avènement des relations contractuelles moins individualistes.

Il faut donc comprendre que notre propos avait pour but de stimuler la reconsidération des relations contractuelles afin, dans la mesure du possible, de leur redonner un *sens*, une possibilité d'entente sociétale. Cela, dans un contexte de dérive de la théorie générale des contrats et à l'aide d'un

exemple¹⁵² de déséquilibre patent, soit celui du cautionnement, qui bien qu'il soit trop particulier pour être paradigmatique, s'avère pertinent pour illustrer que l'individualisme ne peut plus être érigé en système en matière de convention. Le volontarisme, toujours présent au Code civil, se doit d'être reconceptualisé pour permettre au droit des contrats de prétendre à une complète intégration dans une modernité en continuation¹⁵³ encore et toujours basée sur la raison des sujets qui la composent. Ainsi, il ne s'agit pas comme tel et uniquement de se porter à la défense des « pauvres cautions », de rétablir la justice, mais bien d'encourager un questionnement que certaines personnes semblent trop souvent vouloir confiner, résumer, réduire, à la stricte problématique de l'application des règles de la bonne foi, de l'équité et de la moralité contractuelle.

Une forme contemporaine de solidarisme ne serait ainsi qu'un outil—et non une solution ultime—pour sortir les juristes de l'ambiance moralisante dans laquelle les a plongés une trop acclamée notion de bonne foi. Le solidarisme n'est pas une fin en soi, mais une approche à adopter, un outil à manier avec précaution, en vue de faciliter l'exercice éclairé des échanges contractuels. Ne serait-ce que pour cette raison, le solidarisme mérite d'être examiné. D'aucuns argueront sans doute qu'une telle conception des relations contractuelles entre la caution et le créancier aura pour effet de « tuer » le cautionnement à titre de sûreté personnelle usuelle. En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à l'argument voulant que cette façon de voir en arrive uniquement à compliquer le processus du financement des particuliers. Le cautionnement, comme tout contrat, est un instrument au service de la vie en société. Nous ne pourrons jamais

152. « Un concept qui échappe à l'antinomie de l'universel et du particulier nous est depuis toujours familier, c'est l'exemple. Quel que soit le contexte où il fait valoir sa force, l'exemple se caractérise en ce qu'il vaut pour les cas mêmes du genre et, en même temps, est inclus parmi eux. Il constitue une singularité parmi les autres, qui peut cependant se substituer à chacune d'elles, il vaut pour toutes. D'où la prégnance du terme qui en grec exprime l'exemple : *para-deigma*, ce qui montre à côté (comme l'allemand *Beispiel*, ce qui joue à côté). Car le lieu propre de l'exemple est toujours à côté de soi-même, dans l'espace vide où se déroule sa vie inqualifiable et inoubliable. Cette vie est la vie purement linguistique. Seule la vie dans la parole est inqualifiable et inoubliable. L'être exemplaire est l'être purement linguistique. Exemplaire est ce qui n'est défini par aucune propriété, sauf l'être-dit. Ce n'est pas l'être-rouge, mais l'être-dit-rouge, ce n'est pas l'être Jakob, mais l'être-dit-Jakob qui définit l'exemple. D'où son ambiguïté, dès qu'on décide de la prendre vraiment au sérieux » : G. AGAMBEN, *La communauté qui vient. Théorie de la singularité quelconque*, Paris, Seuil, 1990, p. 16.

153. Ou seconde modernité, ou modernité avancée, ou modernité à poursuivre... Sur la question complexe de la différenciation à opérer entre modernité et postmodernité, voir, de façon générale (mais ciblée), entre (plusieurs !) autres : Y. BONNY, *Sociologie du temps présent. Modernité avancée ou postmodernité ?*, Paris, Armand Colin, 2004 ; J. HABERMAS, *Discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, 1988 ; J. HABERMAS, *loc. cit.*, note 36.

trop nous interroger à savoir si la perception que nous en avons est telle, et surtout, à savoir ce qui doit être fait pour qu'il en soit ainsi. Et cela, il ne faut pas l'oublier, nous concerne évidemment tous, justiciables, juristes, créanciers, débiteurs et cautions.