

## La libération de la caution par la faute du créancier

Louise Poudrier-LeBel

Volume 28, numéro 4, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042848ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042848ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Poudrier-LeBel, L. (1987). La libération de la caution par la faute du créancier. *Les Cahiers de droit*, 28(4), 939–962. <https://doi.org/10.7202/042848ar>

Résumé de l'article

Since the decision of the Supreme Court in *Soucisse*, a growing number of sureties try to obtain their liberation by invoking a fault of the creditor. This phenomenon occurs in the province of Quebec as in the other provinces of Canada. This paper relates mostly to the Quebec Law.

The sureties plead a fault in information about the nature or the consequences of their contract or about the risks and circumstances of the operation. The author writes that such a general duty of information does not exist, except if the creditor has been contractually engaged to do so. Nevertheless, if the creditor gives wrong information with bad faith, he will be held liable.

Secondly, the sureties invoke the recall of the loan. Here again, there is no fault on the creditor's part, if the term is arrived or if a reasonable notice has been given when the debt is payable on demand. But if the creditor has promised that he would not recall his loan for a certain period, he must do so.

Thirdly, the sureties invoke a fault in the realization of the securities for a low price. The courts will ascertain whether the sale has been held in accordance with prescriptions of the law for this type of security. If the creditor sells privately, the courts do not hold him liable if the price obtained is justified within the economic context.

In case of a fault in the realization of the securities, an action on liability belongs to the principal, the company, and not to the surety, the shareholder, a victim by *ricochet*, except if the goods are his own. Nevertheless if the surety is sued, he may oppose a *fin denon-recevoir*.

The burden of the proof of the fault will be more or less easy according to the circumstances of the case. Most often, an exoneration clause will deny liability except in the case of bad faith. In the absence of such a clause, the criterium is that of a reasonable man. Sureties must also prove the amount of the prejudice. Recent amendments to the *Bank Act* and to the *Act respecting Bills of lading, Receipts and Transfers of property in stock* impose new standards of conduct on the creditor and will offer more protection to sureties.

## La libération de la caution par la faute du créancier

---

Louise POUDRIER-LEBEL \*

*Since the decision of the Supreme Court in Soucisse, a growing number of sureties try to obtain their liberation by invoking a fault of the creditor. This phenomenon occurs in the province of Quebec as in the other provinces of Canada. This paper relates mostly to the Quebec Law.*

*The sureties plead a fault in information about the nature or the consequences of their contract or about the risks and circumstances of the operation. The author writes that such a general duty of information does not exist, except if the creditor has been contractually engaged to do so. Nevertheless, if the creditor gives wrong information with bad faith, he will be held liable.*

*Secondly, the sureties invoke the recall of the loan. Here again, there is no fault on the creditor's part, if the term is arrived or if a reasonable notice has been given when the debt is payable on demand. But if the creditor has promised that he would not recall his loan for a certain period, he must do so.*

*Thirdly, the sureties invoke a fault in the realization of the securities for a low price. The courts will ascertain whether the sale has been held in accordance with prescriptions of the law for this type of security. If the creditor sells privately, the courts do not hold him liable if the price obtained is justified within the economic context.*

*In case of a fault in the realization of the securities, an action on liability belongs to the principal, the company, and not to the surety, the shareholder, a victim by ricochet, except if the goods are his own. Nevertheless if the surety is sued, he may oppose a fin de non-recevoir.*

*The burden of the proof of the fault will be more or less easy according to the circumstances of the case. Most often, an exoneration clause will deny liability except in the case of bad faith. In the absence of such a clause, the*

---

\* LL.D., vice-doyenne et professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval. L'auteure remercie Jo-Ann Drolet, étudiante à la maîtrise, pour sa collaboration à une partie de la recherche jurisprudentielle nécessaire à cette étude, grâce à une subvention du F.C.A.R.

*criterium is that of a reasonable man. Sureties must also prove the amount of the prejudice. Recent amendments to the Bank Act and to the Act respecting Bills of lading, Receipts and Transfers of property in stock impose new standards of conduct on the creditor and will offer more protection to sureties.*

---

|   | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| <b>Introduction</b> .....   | 940          |
| — L'importance du cautionnement .....   | 940          |
| — Les cycles dans l'évolution du droit du cautionnement .....   | 941          |
| <b>1. Les fautes reprochées</b> .....   | 945          |
| 1.1 Le défaut de fournir des informations .....   | 945          |
| 1.2 Le défaut de maintenir le crédit, de le rappeler ou d'octroyer des crédits additionnels .....   | 949          |
| 1.3 La négligence dans la réalisation des garanties .....   | 951          |
| <b>2. La sanction d'une faute</b> .....   | 954          |
| 2.1 L'action directe, la demande reconventionnelle ou la fin de non-recevoir .....  | 954          |
| 2.2 La preuve de la faute et du préjudice.....  | 956          |
| 2.2.1 L'intensité de la faute : l'abus de droit ou le défaut d'un comportement de bonne foi .....   | 957          |
| 2.2.2 L'évaluation du préjudice .....   | 959          |
| 2.2.3 Les amendements à la <i>Loi sur les banques</i> et à la <i>Loi sur les connaissances, reçus et cessions de biens en stock</i> ..... | 960          |
| <b>Conclusion</b> .....   | 961          |

---

## Introduction

### — L'importance du cautionnement

Le rappel de quelques pratiques inhérentes au prêt commercial s'impose. Je le ferai de manière très élémentaire pour planter l'ensemble du décor. Qui dit prêt, dit risque ; qui dit risque, dit exigence de sûretés. Outre les garanties réelles, le créancier requerra maintes fois, un cautionnement de la part des

actionnaires de la compagnie emprunteuse. La garantie personnelle est exigée dans 90% des cas où un prêt est consenti à une P.M.E.<sup>1</sup>.

Par le cautionnement, le créancier obtient une garantie d'exécution de sa créance dans l'engagement d'un autre patrimoine que celui de son débiteur. La faveur du cautionnement s'explique d'abord par sa simplicité : un simple contrat sous seing privé qui n'occasionne aucun frais, pas de publicité, pas d'enregistrement. Elle se justifie aussi par son efficacité : en cas de faillite du débiteur principal, le garant reste tenu intégralement. Enfin dans le cas de cautionnement fourni par des actionnaires, le prêteur court-circuite la règle de la limitation de responsabilité et acquiert l'assurance que les affaires de la compagnie emprunteuse seront bien menées<sup>2</sup>.

### — Les cycles dans l'évolution du droit du cautionnement

Le cautionnement est une sûreté très ancienne dont l'origine se perd dans la nuit des temps<sup>3</sup> et dont la Bible rappelle, avec sagesse, les dangers<sup>4</sup>.

L'histoire du cautionnement est marquée par des cycles où se confrontent des intérêts contradictoires : assurer l'efficacité de la garantie et protéger la caution. À l'origine, la « caution » répondait à l'exécution de l'obligation sur sa personne. Puis se dégaga le concept de l'exécution sur les biens. La Rome archaïque ne connaissait pas l'engagement accessoire et la caution fut considérée comme un débiteur solidaire, tenu au même titre que le débiteur principal. Ce n'est que plus tard, que le droit romain dégaga le caractère accessoire du cautionnement en reconnaissant à la caution un recours en remboursement, les bénéfices de discussion et de division de même que l'exception de subrogation. L'ancien droit français, sous l'influence des

- 
1. L. WYNANT, J. HATCH et M.J. GRANT, *Chartered Bank Financing of Small Business in Canada*, School of Business Administration, University of Western Ontario, London, 1982, p. 85 mentionné dans R. DEMERS, *Le financement de l'entreprise, aspects juridiques*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1985, p. 9.
  2. R.A. MACDONALD, « Typical Security Taken by Banks » dans *Banking Law: The Practical Ins and Outs of Lending/Borrowing*, Current Bank Issues, Canadian Bar Association, 1986, p. 8.
  3. W.D. MORGAN, « The History and Economic of Suretyship », (1926-1927) 12 *Cornell Law Review* 153-172, 487-500.
  4. « Dépourvu de sens, celui qui se porte caution pour autrui », Livre des Proverbes, 17-18 ; « Qui cautionne un inconnu, s'en trouve mal », Livre des Proverbes, 11-15 ; « Si tu t'es porté caution auprès de ton prochain..., dégage-toi comme la gazelle du filet, comme l'oiseau du piège de l'oiseleur », Livre des Proverbes, 6, 1-5 ; « Ne sois pas de ceux qui se portent cautions pour autrui », Livre des Proverbes, 22-26 ; « Ne te porte pas caution pour autrui », Siracide, 8-16 ; « Caution mauvaise a perdu bien des gens », Siracide, 29-24.

textes romains, abandonna aussi la rigueur du traitement infligé primitivement à la caution. Le *Code civil* français maintient ces bénéfiques et exceptions que nous retrouvons aussi dans notre *Code civil du Bas-Canada*.

Mais l'humanité du législateur devait être contrecarrée par la pratique commerciale. Les créanciers exigèrent un engagement solidaire et la renonciation aux bénéfiques légaux. Dans un premier temps, les tribunaux se fondèrent sur la renonciation à l'exception de subrogation pour condamner la caution au paiement<sup>5</sup>.

Puis survint l'affaire *Soucisse*<sup>6</sup>. Bien qu'il se soit agi alors de décider de la transmissibilité aux héritiers de dettes contractées après le décès de la caution, cette décision en sanctionnant la faute de la banque, ouvre la porte à l'application de la théorie de l'abus de droit dans d'autres situations. Nous parvenons maintenant à une nouvelle ère : la protection de la caution. Les tribunaux prêtent une oreille plus attentive au sort de la caution<sup>7</sup>.

Ce phénomène s'inscrit dans l'évolution du droit des obligations. Force est de reconnaître que le principe de l'autonomie de la volonté et le postulat

5. *Bauer c. Banque de Montréal*, (1980) 2 R.C.S. 102 p. 106 : « Le devoir d'un créancier qui détient une garantie relative à l'exécution des obligations d'un débiteur ou d'une caution est bien établi. En l'absence d'une convention contraire avec le débiteur ou la caution, le créancier doit protéger et conserver la garantie et être en mesure, à moins d'en être exempté par une autre convention, de la remettre ou de la rétrocéder au débiteur ou à la caution sur paiement de la dette ».

Voir aussi *Banque Provinciale c. Martel*, (1959) B.R. 275 ; *Continental Discount c. Cantin et autres*, (1975) C.S. 678, confirmé par la Cour d'appel, le 7 février 1979, *Redicso of Canada c. Assaad*, (1959) C.S. 298.

6. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, comm., par J. AUGER : « Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente », (1982) 1 C.P. du N. 123, 186 à 189 ; L.E. SEIDMAN : « Banque Nationale du Canada c. *Soucisse* : Liability of Heirs for Future Debts under Continuing Guarantee-Recent Developments in Contractual Obligations of Good Faith », (1982) 27 *McGill L.J.* 563-569 ; L. POUQUIER-LEBEL, « La transmissibilité aux héritiers de la caution des dettes contractées par le débiteur principal après le décès de la caution », (1981) 22 C. de D. 887-901 ; « Regard neuf sur le cautionnement », (1985) 15 *R.D.U.S.* 643-692, spécialement aux pages 643 à 654 ; P. GIRARD : « "Good Faith" in Contract Performance : Principle or Placebo? », (1983) 5 *Supr. C.L.R.* 309-328.

7. *Placements L.E.O. inc. c. Banque Nationale du Canada*, (1984) C.S. 761, p. 765 : « Le Tribunal remarque que les banquiers se comportent souvent de façon cavalière surtout dans les périodes difficiles, envers leurs clients (...) » ; *Les Coopérants, Compagnie mutuelle d'assurance-vie c. Adler et les Entreprises D.E.H. Ltée*, (1979) C.S. 602, p. 606 : « Le rôle d'un juge est de rendre justice. C'est une grave responsabilité... Il y a le principe de la bonne foi et celui du bon père de famille, qui doivent servir de guide pour s'assurer que non seulement justice a été rendue mais aussi et surtout qu'elle a vraiment été rendue. Je ne peux pas faire autrement que considérer que les faits établis dans la présente cause démontrent que la demanderesse n'a pas agi correctement envers le défendeur (...) ». La Cour d'appel renversa ce jugement sur une appréciation différente de la preuve, C.A. Mlt, n° 500-09-000-552-794, 1983/02/07.

qui le sous-tend, la liberté et l'égalité des individus, ne correspondent pas à la réalité. L'inégalité des partenaires, plus particulièrement leur différence de puissance économique, est source de déséquilibre contractuel et aboutit à des situations choquantes tant sur le plan moral que juridique. C'est pourquoi le droit positif se devait de dépasser la vision archaïque de contractants libres, égaux et souverains dans leurs discussions contractuelles. C'est ainsi que la précarité du sort des travailleurs salariés a conduit le législateur à soustraire les relations de travail au droit commun, pour les soumettre à une législation particulière qui se veut protectrice de leurs intérêts. Autre phénomène plus récent, le développement du droit de la consommation. L'inégalité de condition des parties dans ce domaine a encore conduit le législateur à adopter une loi protectrice, à réduire la liberté contractuelle des parties. Les restrictions ont porté sur la forme des conventions et surtout sur leur contenu, les mentions informatives et l'interdiction de clauses jugées abusives. L'intervention du législateur déplace « le cœur même de l'initiative contractuelle : le contractant ne peut façonner à sa guise les dimensions de ses liens juridiques »<sup>8</sup>. Nous assistons à « la naissance d'un nouvel ordre public de protection, source de mesures préventives et de restrictions contractuelles »<sup>9</sup>.

Dans le domaine du cautionnement, le législateur a certes voulu protéger la caution par l'octroi de l'exception de subrogation, mais en pratique cette mesure s'avère illusoire à cause de la renonciation qu'exige le créancier. Alors les cautions se tournent vers le juge pour sanctionner la conduite fautive du créancier spécialement dans la réalisation des garanties, comme en témoignent de nombreux jugements récents. L'aspect le plus remarquable de cette jurisprudence « réside dans le fait que la responsabilité du créancier est invoquée à défaut de cause d'extinction du cautionnement lorsque les conditions du bénéfice de subrogation ne sont pas remplies. L'action en dommages tient alors lieu de succédané des causes d'extinction »<sup>10</sup>. L'intervention du pouvoir judiciaire devient « source de justice ou de morale contractuelles »<sup>11</sup>. « Ainsi les tribunaux peuvent soutenir une justice ou une morale contractuelles, sans intervention législative expresse, mais en faisant appel aux principes fondamentaux de notre système juridique. La bonne foi et l'équité n'en sont pas exclues »<sup>12</sup>.

---

8. P. CIOTOLA, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats », (1986) 20 *Revue juridique Thémis*, 171.

9. *Ibidem*.

10. P. SIMLER, *Le cautionnement*, Paris, Litec, 1982, p. 282.

11. P. CIOTOLA, *supra*, note 8, p. 189.

12. *Ibidem*, p. 191.

Ainsi un vent de protection s'élève pour soulager la caution. Ce phénomène se manifeste tant au Québec<sup>13</sup>, que dans les autres provinces du Canada<sup>14</sup>, et même en France<sup>15</sup>. Malgré quelques références au droit canadien, je limiterai mon propos au droit québécois car la jurisprudence y est maintenant en effervescence et certains concepts de common law sont difficilement transposables dans notre droit. Quant au droit français, après une période de grande sévérité vis-à-vis les banquiers, il semble maintenant revenir à des normes plus tempérées.

Auparavant il convient de faire quelques observations sur la jurisprudence québécoise. Soulignons d'abord l'abondance des décisions depuis une décennie, le souci des juges de bien — et longuement — motiver leurs décisions et, assez curieusement, leur caractère inédit.

Cette création jurisprudentielle se fonde sur une obligation d'agir de bonne foi. Depuis l'affaire *Soucisse*, nos tribunaux reconnaissent une obligation de loyauté qui découle de l'article 1024 C.C.B.C.<sup>16</sup>. Outre les cas d'application claire de l'exception de subrogation, trois types de faute sont imputés au créancier, le défaut de fournir des informations adéquates, le défaut de maintenir le crédit et la négligence dans la réalisation des garanties. Dans une première partie, nous examinerons ces types de faute et dans une deuxième, nous en verrons les conséquences pour les cautions.

- 
13. L. LILKOFF, « La responsabilité du banquier, dispensateur de crédit en droit québécois », (1985) 19 *R.J.T.*, 145-181, p. 168 : Les actions en responsabilité contre le banquier, relativement aux prêts commerciaux, sont de date récente. Peut-être estimait-on antérieurement que le régime légal des garanties rendait sa position juridique inexpugnable. On hésitait à entreprendre des procédures jugées hasardeuses.  
Depuis peu d'années on constate une certaine hardiesse chez les débiteurs. La liste des actions en responsabilité contre le banquier s'allonge.
  14. M.H. OGILVIE, « Banks, Advice-Giving and Fiduciary Obligation », (1985) 17 *Ottawa Law Review* 263-295 et « Bankers and Customer Revisited », (1986) 65 *R. du B. can* 3-37; D. WALTERS, « Banks, Fiduciary Obligations and the Unconscionable Transactions », (1986) 65 *R. du B. can* 37-75; de même que les actes du Colloque du Barreau canadien d'août 1986, *Droit bancaire : Les aspects pratiques en matière de prêt et les problèmes actuels du système bancaire*, Barreau canadien, 1986.
  15. J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Paris, Litec, 1983; Christian GAVALDA, « La responsabilité du banquier en cas de faillite de l'entreprise financée », dans *La survie des entreprises privées en difficulté*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires, Montréal, Wilson et Lafleur/Sorej, 1982, 275-289.
  16. « Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après la nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi ».

## 1. Les fautes reprochées

Pour que le créancier puisse exercer ses droits sur les garanties, il faut que le débiteur soit en défaut. « Les cas de défaut qui se retrouvent le plus fréquemment dans tous les actes de fiducie sont les suivants : le non-paiement des obligations à leur échéance, la faillite, la cession de biens ou la proposition concordataire de la corporation émettrice, la saisie des biens affectés à la garantie du fiduciaire et le défaut par la corporation émettrice de respecter les autres termes et conditions énoncés à l'acte »<sup>17</sup>.

C'est principalement dans la réalisation des garanties, le rappel intempestif du crédit et la négligence dans la vente des biens, que les cautions soulèvent une faute du créancier. Mais elles l'invoquent aussi au sujet des informations fournies ou non par le créancier. La définition de la faute dépendra de l'obligation assumée par le créancier, devoir contractuel, devoir légal ou devoir général de bonne foi.

### 1.1 Le défaut de fournir des informations

À partir de l'affaire *Soucisse*, où le juge Beetz reproche à la banque une faute générale de déloyauté en ne fournissant pas des renseignements<sup>18</sup> et une faute caractérisée pour avoir fourni des informations incomplètes et trompeuses<sup>19</sup>, l'on peut se demander si une obligation d'information s'impose au créancier. Par exemple, le créancier doit-il expliquer la nature et la portée de l'engagement, renseigner la caution sur la solvabilité du débiteur principal, sur les risques de l'opération à garantir, la tenir au courant des défauts du débiteur et de l'augmentation de la marge de crédit ?

Comme on le voit, cette obligation, si elle existe, pourrait s'imposer aussi bien lors de la formation du contrat de cautionnement qu'en cours d'exécution. Remarquons aussi qu'il y aurait peut-être lieu de distinguer une obligation de renseignement d'une obligation de conseil. La distinction est assez délicate<sup>20</sup>.

---

17. M. CORDEAU, « La prise de possession par le fiduciaire en vertu d'un acte de fiducie », (1983) 24 *C. de D.* 531-604, p. 542.

18. *Supra*, note 6, p. 355.

19. P. 357.

20. J. VEZIAN, *supra*, note 15, p. 240.

Théoriquement on doit faire la différence entre le conseil « qui a pour but d'orienter une décision chez celui qui le sollicite » et le renseignement dont « l'objectivité n'implique en soi aucune impulsion à agir ou à ne pas agir. »

Mais en pratique, conseil et renseignement se rejoignent : en fait, le plus souvent, c'est en vue de prendre une décision qu'on sollicite un renseignement ; et il n'y a pas lieu à l'égard du fournisseur de renseignement, de faire la différence, lorsque le but de la demande est assez clair pour que celui-ci le connaisse.

Au niveau de l'information sur la nature et la portée de l'engagement, les règles du *Code civil du Bas-Canada* sur l'erreur et le dol suffisent sans qu'il soit nécessaire de faire appel à un devoir positif de renseignement. Par contre dans deux décisions, les cautions ont invoqué un devoir de renseignement pour le créancier qui insère un cautionnement dans l'acte d'emprunt signé par le principal actionnaire de la compagnie, au nom de cette dernière. Dans l'une, l'action contre la caution fut rejetée car, selon le juge, en signant les contrats au nom de la compagnie dont il était un administrateur, le défendeur ne pouvait se douter que sa responsabilité personnelle était susceptible d'être engagée<sup>21</sup>. Dans l'autre, l'action fut accueillie : le juge refuse d'admettre l'erreur et tient responsable le défendeur ayant apposé sa signature à la suite du nom de la compagnie sans le mot « par »<sup>22</sup>.

Ces deux décisions ont ceci en commun : elles ne reconnaissent pas explicitement un devoir de renseignement mais elles appliquent les règles sur l'erreur. Si elles parviennent à des solutions différentes, c'est que dans le premier cas, la preuve est contradictoire quant à l'exigence d'une garantie personnelle, que celle-ci se trouve à l'endos de l'acte et non immédiatement au-dessus de la signature, et qu'enfin le mot « par » est inclus. Il subsiste néanmoins une contradiction quant à l'exigence de deux signatures, une au nom de la compagnie et une au nom de la caution. Un créancier prudent devrait requérir cette double signature car « elle démontrerait plus clairement la volonté du signataire de s'engager personnellement ».

Nous examinerons maintenant d'autres hypothèses, moins susceptibles de se présenter dans le cas de cautionnement fourni par les principaux actionnaires car ils sont des gens d'affaires au courant de l'activité de leur compagnie.

Le créancier doit-il renseigner la caution sur les risques de l'opération à garantir ? L'admission d'une obligation positive de renseignement soulève des objections. Elle ne peut être systématisée car le créancier n'est pas dépositaire de tous les renseignements utiles à la caution<sup>23</sup>. Le droit québécois ne fait pas reposer une telle obligation sur le banquier, non encore considéré comme un « professionnel ». D'ailleurs la connaissance des risques économiques ne relève-t-elle pas d'abord des gens engagés dans l'activité commerciale ?

Si cependant le créancier encourage la caution à s'engager, en lui faisant valoir, contrairement à la réalité, que l'opération n'est pas risquée, l'on pourra s'interroger sur sa conduite. Ainsi dans l'affaire *Charland c. Banque*

---

21. *Installations électriques Monsieur Watt inc. c. Immeubles Chan-Fort Ltée*, J.E. 82-222. (C.S.).

22. *Robert Gingras inc. c. Immeubles Chan-Fort inc.*, J.E. 82-504 (C.P.).

23. P. SIMLER, *supra*, note 10, p. 283.

*Canadienne Impériale de Commerce*, les cautions invoquent la qualité de « conseiller financier » du gérant de la banque, ses incitations à rompre leur lien traditionnel d'opération et de financement avec un fournisseur, et ses encouragements à accepter sa propre offre de financement pour moderniser l'entreprise. Cependant pour le juge, les discussions se sont déroulées dans le cours normal des affaires et ont abouti à un financement accepté de plein gré<sup>24</sup>. Le problème aurait peut-être été résolu différemment en common law où s'est développée la théorie du *fiduciary duty*<sup>25</sup>.

Qu'en est-il de l'obligation de renseignement sur la solvabilité actuelle et future du débiteur principal? Ne pourrait-on pas soutenir qu'une telle obligation irait à l'encontre du secret bancaire? De toute façon, n'appartient-il pas à la caution de veiller à ses propres intérêts et de s'enquérir elle-même auprès du débiteur, à l'aide de bilans certifiés, de l'état de sa solvabilité. Par contre une information erronée de la banque ne pourrait-elle pas entraîner sa responsabilité?

De même si la caution sollicite une information et que la banque ne se rend pas à sa requête, ne peut-on pas soutenir qu'elle contrevient à une obligation de loyauté? Citons à titre d'exemple l'affaire *Caisse populaire de Baie-St-Paul c. Simard*<sup>26</sup>.

L'on pourrait aussi se demander si la banque qui a procédé à la publication d'avis de vente en justice pour une date précise, doit confirmer son intention d'y donner suite lorsqu'elle est au courant que le débiteur transige avec une autre institution financière dans le but d'obtenir du financement. La Cour d'appel rejeta ce moyen dans *Les Coopérants, compagnie mutuelle d'assurance-vie*. Le juge Jacques rappelle qu'aucune loi ou entente particulière n'imposent cette obligation<sup>27</sup>. Le juge Montgomery souligne néanmoins, le manque de courtoisie de la conduite de l'avocat<sup>28</sup>.

Enfin nous pouvons nous poser une dernière question. Le créancier doit-il tenir la caution au courant du montant des avances, des défauts du débiteur, de la prorogation du terme? Ici encore répétons l'inopportunité de la

24. J.E. 86-142 (C.S.), p. 9; conf. par C.A. 200-09-000044-823, 1<sup>er</sup> nov. 1987.

25. M.H. OGILVIE, « Banks, Advice-Giving and Fiduciary Obligation », *supra*, note 14.

26. J.E. 85-943 (C.S.). Cette décision ne met pas en jeu une caution mais pourrait s'appliquer par analogie. Un cultivateur avait demandé à la Caisse de l'aviser si l'office du crédit agricole lui faisait « du trouble ». Suite à la réception d'une lettre défavorable de cet organisme, dont le débiteur ne reçut pas copie, la Caisse procéda à la liquidation des biens nantis. Le juge ne discute pas explicitement du devoir d'information bien qu'il accueille la demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour d'autres motifs, l'absence d'un avis raisonnable et la négligence dans la réalisation des garanties.

27. *Supra*, note 7, J. Jacques, p. 8.

28. J. Montgomery, p. 1.

question vis-à-vis l'actionnaire caution. Soulignons cependant que le Code suisse des obligations prévoit que :

Art. 505 : Lorsque le débiteur est en retard de six mois pour un paiement de capital ou pour l'intérêt d'un semestre ou pour un amortissement annuel, le créancier doit aviser la caution. Sur demande, il doit en tout temps la renseigner sur l'état de la dette.

Une autre solution serait d'obliger la banque à rendre compte périodiquement. Mais ces mesures sont peut-être excessives et sûrement inutiles dans le cas de cautionnement fourni par les dirigeants de l'entreprise.

Si nous ne préconisons pas une intervention législative en ce sens, nous ne pouvons que recommander à la caution non liée — celle qui n'est pas un dirigeant de l'entreprise — de soumettre la validité de son engagement à une condition d'information par la banque pour la durée de son engagement. Le défaut de la banque de s'y conformer sera une contravention à un devoir ponctuel établi par la convention.

Mentionnons, en terminant, une décision surprenante sur le devoir d'information au sujet de faits importants concernant l'évolution financière d'une compagnie. Dans l'affaire *Ballas c. Grenier*, le juge rejeta l'action en remboursement d'une caution contre une autre à cause de toutes les intrigues de la caution demanderesse. Cette partie du jugement est bien fondée, mais le juge ajoute comme autre motif, le défaut d'information tant par la caution demanderesse que par la banque<sup>29</sup>. À supposer que l'action ait été intentée par la banque, on peut présumer aussi son rejet car le juge lui reproche un manquement au devoir d'information. Le juge nous semble donner une portée exagérée à l'affaire *Soucisse*, car c'est principalement une faute caractérisée de la banque par une information incomplète, qui justifie la fin de non-recevoir. Même si la banque assume une obligation générale de bonne foi, il n'est pas dit qu'afin de lui permettre de révoquer son cautionnement, elle doive tenir la caution au courant de tous les événements pouvant affecter la solvabilité du débiteur principal. Si la banque a exigé une garantie personnelle, c'est que le prêt présente un risque. Lorsqu'elle fournit un cautionnement continu, la caution sait que des dettes naîtront ; elle se protège en limitant sa responsabilité à un montant déterminé.

Pour conclure, disons qu'il n'existe pas, dans l'état actuel du droit québécois, un devoir d'information (renseignement ou conseil). Par contre si le créancier, de mauvaise foi, fournit des renseignements erronnés ou des conseils inappropriés, ou encore s'il n'exécute pas une obligation d'information

---

29. J.E. 86-918 (C.P.).

à laquelle il s'est spécialement engagé par convention<sup>30</sup>, il commet une faute pouvant entraîner sa responsabilité.

## 1.2 Le défaut de maintenir le crédit, de le rappeler ou d'octroyer des crédits additionnels

Une décision récente de la Cour suprême, *Banque de Montréal et Wilder*, accueillit l'action en dommages des cautions contre la banque qui, ayant exigé le remboursement d'un prêt et procédé à la liquidation des garanties, provoqua la faillite de la compagnie. Cette décision s'explique par un contexte particulier : la banque avait convenu avec la société et avec les garants qu'elle continuerait à financer la société au moins jusqu'à ce qu'elle ait terminé les projets de construction routière en Alberta<sup>31</sup>. On peut faire un rapprochement entre cette décision et celle de notre Cour d'appel dans *Pole Lite* où l'injonction visant à empêcher la réalisation des garanties fut accueillie à cause d'une condition à la prise de possession<sup>32</sup>.

Ces deux décisions sont tout à fait particulières et s'expliquent par les ententes intervenues à l'effet de maintenir le crédit. En principe la banque, en cas de défaut du débiteur, peut rappeler le prêt et exercer les garanties.

Sur ce point, notre droit est beaucoup plus tempéré que le droit français. Ainsi dans *Equipements Select inc. et Baronet c. Banque Nationale et Trust général du Canada*, le juge Rioux rappelle, avec justesse, que la banque n'est pas un « partenaire » et que ses prêts ne constituent pas « un capital de risque »<sup>33</sup>. « (...) les relations entre une banque et chacun de ses clients, comme toutes autres relations d'affaires d'ailleurs, doivent entre autres éléments reposer sur celui de la confiance »<sup>34</sup>.

Si donc la détérioration de la situation financière de la compagnie ou le comportement de ses dirigeants justifient la banque de s'inquiéter, les juges ne lui reprocheront pas de refuser de maintenir le crédit<sup>35</sup>. Le rappel du prêt et la

---

30. Dans la mesure où l'on peut prouver qu'une caution informée aurait normalement révoqué son engagement.

31. (1986) 2 R.C.S. 551 (C.B.).

32. *Pole Lite Liée c. Banque Provinciale*, 1984 C.A. 170 p. 178.

33. J.E. 87-189 (C.S.); 13; voir aussi *White c. Banque Nationale*, J.E. 86-339 (C.S.) : p. 27 : « Une banque doit-elle, comme semble le prétendre le procureur des demandeurs, attendre que son client devienne insolvable pour exercer ses droits? Rien dans la loi ni dans les contrats intervenus entre les parties n'oblige la banque à soutenir ses clients jusque dans la faillite ou l'insolvabilité ni à réaliser pour eux un redressement financier souvent aléatoire. »

34. *Sarvey c. Banque Canadienne Nationale*, 1981 C.S. 1122, p. 1133..

35. *Pole Lite c. Banque Provinciale*, supra, note 32, J. Beauregard, p. 176 : « Nous ne sommes pas dans un cas où la banque par crainte exagérée de perdre ses sûretés, liquide du jour au lendemain celles-ci en ne laissant pas l'occasion à son client de trouver une solution à son

réalisation des garanties doivent s'effectuer légalement. Il faut en premier lieu que la créance soit exigible et que la banque n'abuse pas de ses droits<sup>36</sup>.

Dans le cas d'un prêt payable à demande, il est maintenant admis, depuis l'affaire *Lister*, que la banque doit accorder un délai raisonnable pour permettre au débiteur de s'exécuter<sup>37</sup>. Cette décision de la Cour suprême s'applique aussi au Québec, comme le rappelle le Juge Rioux dans *Equipements Select inc.*<sup>38</sup>.

Les tribunaux ont indiqué certains critères pour déterminer la durée du délai. Dans *Les Entreprises 309 boul. Taché est*, le Juge Bisson de la Cour d'appel s'exprime ainsi :

Pour décider du délai, il est important de considérer, entre autres, l'importance du prêt, les intentions manifestées par le débiteur et le risque que disparaissent les actifs dont les parties avaient convenu qu'ils devaient garantir le remboursement.<sup>39</sup>

Ces critères reprennent ceux dégagés en common law, spécialement par la Cour suprême d'Ontario dans *Mister Broadloom Corporation*<sup>40</sup> et dont M<sup>e</sup> Payette a relevé des applications en droit québécois<sup>41</sup>. Outre les critères mentionnés par le Juge Bisson, le juge pourra, selon les circonstances,

problème. » ; *Banque Nationale c. Atomic Slippers*, J.E. 84-495 (C.S.) : défaut du débiteur de produire des bilans (p. 6), « Business like approach », p. 7, « deep concern », p. 17 ; *Banque Nationale c. Les Entreprises 309 Boul. Taché est et Vallières*, C.S., Beauce, n° 305-05-000156-82, 1984/02/17, J. Rioux, p. 5 « La preuve a révélé que la situation se détériorait et devenait inquiétante. Le défendeur avait disposé de son stock », confirmé J.E. 87-213 (C.A.).

36. M. CORDEAU, « La prise de possession par le fiduciaire en vertu d'un acte de fiducie », (1983) 24 C. de D. p. 541 et 542.

37. *R.E. Lister c. Dunlop Canada*, (1982) 1 R.C.S. 726, p. 746 « L'omission de donner un avis raisonnable place le débiteur dans une situation de contrainte financière qui souvent n'est pas moins réelle qu'une contrainte physique contre la personne et c'est sans doute ce qui explique l'empressement des tribunaux à considérer que les pièces qui constatent ou créent une dette comportent dans tous les cas l'obligation de donner un préavis raisonnable aux fins du paiement. »

38. *Supra*, note 33, p. 10. La doctrine est au même effet, voir L. PAYETTE, « Prise de possession : demande de paiement et délai raisonnable » dans *Les tendances actuelles en matière de financement*, Conférences commémoratives Meredith, 1981, Faculté de droit, Université McGill, 129-167 ; R. DEMERS, *Le financement de l'entreprise, aspects juridiques*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1985, p. 107 ; R.A. MACDONALD, « Typical Security Taken by Banks », dans *Droit bancaire*, Barreau canadien, *supra*, note 14 ; et « Security Under Section 178 of the Bank Act, (1983) 43 R. du B. 1022 ; M. PAQUET, « Pouvoir de prise de possession informelle dans le cas des garanties des alinéas 178(1)a et b de la Loi sur les banques : Existence ou inexistence », (1984) 44 R. du B. 333.

39. *Supra*, note 35, p. 9.

40. *Mister Broadloom Corporation v. Bank of Montréal*, (1980) 32 C.B.R. n.s. 241.

41. *Supra*, note 38, spécialement aux pages 159 à 166.

considérer la performance de l'entreprise débitrice et son intégrité de même que la capacité du débiteur de trouver les fonds requis pour le financement.

Quelques décisions récentes se rapportent à ce dernier critère. S'il s'avère impossible pour le débiteur de trouver d'autres sources de financement, le défaut d'un avis raisonnable ne saurait être fatal puisqu'il n'y a pas de préjudice<sup>42</sup>. Par contre, si la preuve est faite que des tiers sont disposés à injecter des fonds, la solution sera différente car il y aura alors abus de droit<sup>43</sup>.

Mais on ne peut reprocher à la banque de refuser d'avancer les fonds nécessaires à l'acquéreur<sup>44</sup>, spécialement s'il exige un taux inférieur à celui du marché<sup>45</sup>.

### 1.3 La négligence dans la réalisation des garanties

Si la vente des biens donne des résultats décevants, cela démontre-t-il négligence de la part du créancier? L'action en dommages-intérêts pour la réalisation des garanties se heurte à la cause d'exonération de responsabilité contenue dans l'acte de prêt ou dans l'acte constitutif des garanties. « La validité et l'efficacité de la clause d'exonération demeurent une question primordiale » même si « Bien sûr, la clause de non-responsabilité ne peut servir d'abri à la faute lourde »<sup>46</sup>.

Le professeur Lilkoff<sup>47</sup> expose ainsi l'état du droit québécois. À l'égard du banquier, le principe de l'absence d'abus de droit s'applique dans toute sa rigueur. Sur ce principe, la jurisprudence est constante. Elle suit fidèlement l'arrêt *Banque Provinciale du Canada c. Martel et Presson* qui posa le principe suivant :

---

42. *Equipements Select*, *supra*, note 33, p. 11 ; Cette règle suppose que le débiteur surpris par la demande du créancier est en fait en mesure de payer si on lui accorde un délai raisonnable. Voir aussi, *Les Industries A. Chénard inc. et D.S. Shingles and Lumber Ltd. c. La Caisse populaire St-Pascal de Kamouraska et Fiducie du Québec et Price Waterhouse*, C.S. Kamouraska, n° 250-05-00153-841, 1<sup>er</sup> novembre 1984, J. Côté p. 22.

43. *Caisse populaire de Baie St-Paul c. Simard*, *supra*, note 26, témoignages du père, de la tante et d'un autre parent, tous très solvables et disposés à prêter ; *Normand Houle c. La Banque Canadienne Nationale*, C.S. Montréal, n° 500-05-013683-758, 1983.05.16, J. Deslongchamps, confirmé J.E. 87-865 (C.A.).

44. *Charland c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, *supra*, note 24, p. 17.

45. *Entreprises 309 boul. Taché est*, *supra*, note 35 (C.A.).

46. *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Zidle*, C.A. Montréal, n° 500-09-000925-768, et *Kerner c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, C.A. Montréal, 500-09-000939-769, 26 août 1984, J. Mayrand, p. 2 et 4.

47. *Supra*, note 13, p. 170.

(...) théorie de l'abus de droit n'est pas applicable dans les relations contractuelles, sauf si l'exercice d'un droit dégénère en action malicieuse de la part de celui qui possède le droit et avec l'intention de nuire méchamment à la partie adverse.<sup>48</sup>

Dans un jugement fort élaboré, *Cloutier-Perron c. Caisse d'entraide économique de Charlevoix et Pagé*<sup>49</sup>, le juge en chef Côté de la Cour supérieure accueillit l'action en dommages-intérêts de la caution. Les faits se résument ainsi. Le débiteur emprunta un montant de 60 000 \$, son épouse se porta caution et céda une créance de 250 000 \$ dont le créancier disposa pour 64 000 \$. La première question qui se posa fut la détermination de la nature et de l'étendue de la cession, cession-vente ou cession en garantie. Le juge retient la qualification de cession en garantie<sup>50</sup>. La deuxième question se rapporte à la responsabilité de la caisse. Le juge reconnaît qu'elle n'a pas agi légalement mais au mépris de la convention et de mauvaise foi<sup>51</sup>. D'ailleurs la mauvaise foi ressort clairement du témoignage du directeur-général de la caisse. Interrogé sur le montant de la créance cédée, il multiplie les réponses évasives : « Je ne sais pas », « Je n'ai pas fait d'évaluation », « Peut-être 100 000 \$ », « Je ne me souvient pas », « Je ne peux me prononcer », « Attendez que je réfléchisse » et enfin « Tout ce qui m'importait, c'est qu'on puisse avoir notre 64 000 \$ »<sup>52</sup>. Nous pouvons aussi ajouter que l'acquéreur de la créance cédée n'était nul autre que son débiteur. La Cour d'appel se devait de confirmer ce jugement<sup>53</sup>.

Une autre décision intéressante est celle de *Houle c. Banque Nationale*<sup>54</sup>. Les cautions détenant tout le capital-action d'une compagnie vendirent leurs

48. (1959) B.R. 278 p. 299 ; voir aussi *Coulombe c. Continental Discount*, (1975) C.S. 678, confirmée C.A. Québec, 09-000348-75, 7 février 1979.

49. C.S., Saguenay, 240-05-000160-79, 1983/07/08, J. Côté.

50. À la page 25 : « Malgré la mention que « la cessionnaire disposera de la somme transportée comme d'une chose lui appartenant en pleine propriété à compter des présents » il est clair que cette cession n'avait pas pour effet de faire de la caisse la propriété incommutable de la créance qui en était l'objet et n'a pu opérer comme datation en paiement. Autrement, la dette de Perron à l'égard de la caisse se serait trouvée éteinte dès ce moment et la demanderesse libérée. Ce que les parties ont manifestement voulu c'est que pour s'assurer le remboursement du prêt de 60 000 \$ consenti à Michel Perron, la caisse ait le contrôle absolu de la créance cédée par son épouse avec le droit d'être payée par le débiteur cédé, de transiger avec lui dans la mesure où les intérêts de la caisse l'exigeraient, tout en veillant si possible à la protection des droits de la cédante (...) ».

51. *Ibidem*, p. 33 : « La bonne foi qui doit présider à l'exécution de toute convention (*Banque nationale c. Soucisse*, 1981 (2) R.C.S., p. 339) imposait l'obligation à la défenderesse, avant de disposer de la créance de la demanderesse sans son concours ni sa participation, de s'assurer de la valeur de celle-ci de manière à ne pas préjudicier aux droits auxquels cette dernière pourrait prétendre à l'encontre de Gourgue. »

52. P. 30 à 33.

53. C.A., Québec, 200-09-000656-832, 1984/11/28.

54. *Supra*, note 43.

actions 300 000 \$ à un acquéreur qui, avant la demande de paiement, transigeait l'acquisition de la compagnie pour un montant d'un million. L'action fut accueillie pour 250 000 \$. Le juge reprocha l'absence de bonne foi<sup>55</sup>.

Néanmoins il ne faut pas déduire de ces décisions que toute vente de biens à la moitié ou au tiers de leur valeur constitue une faute. Le contexte économique peut expliquer la difficulté d'obtenir un meilleur prix. Ainsi dans les cas de garantie par acte de fiducie ou de garantie en vertu de la *Loi sur les banques*, l'institution financière qui exerce ses droits contractuels de disposer des biens par une vente de gré à gré, n'encourra aucune responsabilité si le prix obtenu est inférieur à la valeur objective mais correspond à la valeur marchande<sup>56</sup>. Le recours à des appels d'offres prouvera plus facilement la valeur marchande<sup>57</sup>, dans la mesure évidemment où ces appels d'offres seront suffisamment précis pour intéresser un acheteur éventuel<sup>58</sup>. Par contre, le non-respect des formalités imposées par le contrat ou par la loi pourront être un indice de comportement malhonnête<sup>59</sup>.

55. P. 8 : « Fait pour le moins surprenant, dès le début et tout au cours de la liquidation effectuée par les représentants de la défenderesse, les ventes se rapportant à cette liquidation étaient soumises à l'approbation de la compagnie Weddel Ltd. Le représentant de Mercure, Béliveau et Associés, à qui on a demandé d'expliquer le pourquoi de cette façon de faire, n'a trouvé d'autres réponses que de dire qu'il était au courant qu'il y avait des négociations relatives à la vente des actions de la « compagnie » avec Weddel Ltd. »

56. *Entreprises 309 boul. Taché est, supra*, note 35, J. Bisson, p. 11 : « L'intimée a-t-elle fait preuve de mauvaise foi en acceptant de disposer de l'immeuble pour 45 000 \$ ?

Je suis disposé à accepter qu'objectivement parlant, l'immeuble valait ce qu'en conclut le rapport D-10 soit 95 000 \$ plutôt que la somme de 45 000 \$ dont fait état le document P-11. Mais encore faut-il que dans les circonstances prévalant à l'époque, la preuve révèle que l'intimée ait pu obtenir 95 000 \$.

Or, le dossier fait voir qu'une seule offre fut faite. Fernand Morin offrit 90 000 \$ mais à la condition que l'intimée le finance à 12 % alors qu'à l'époque le taux d'intérêt était de 18 % ou 20 %. C'était en 1981-82 (Fernand Martin, M.I. 13).

C'était évidemment une offre inacceptable.

Les appelants eurent seize mois pour trouver ou présenter eux-mêmes une offre d'achat plus intéressante. Peut-on blâmer l'intimée — dont l'intérêt était évidemment d'obtenir le plus possible, pour baisser la dette — d'avoir finalement accepté 45 000 \$ alors que la preuve fait état de conditions économiques difficiles à Montmagny et de l'état défectueux de l'immeuble ». Voir aussi *Équipements Select, supra*, note 33.

57. *Charland c. Banque Canadienne Impériale de Commerce, supra*, note 24 ; *Banque Nationale c. Atomic Sleepers, supra*, note 35.

58. *Banque Nationale c. Corbeil*, J.E. 86-825 (C.S.) : avis incomplet par l'omission de préciser qu'il s'agit de marchandise neuve. De plus le juge reproche l'absence d'avis dans des journaux anglophones, bien que la convention ne l'imposait pas. (p. 20).

59. Voir par analogie les décisions suivantes où les juges reprochent au créancier l'illégalité d'une vente de gré à gré dans le cas de nantissement agricole ou commercial : *Banque Nationale du Canada c. Carrière*, J.E. 85-91 (C.S.) ; *Caisse populaire de Baie St-Paul c. Simard*, J.E. 85-943 (C.S.) et même *Crédit Nova c. Laliberté*, (1980) C.S. 10, disposition illégale des biens par leur remise à l'une des cautions et *Browman c. Canadian Affiliated Financial*, (1976) C.A. 833.

Plusieurs tentatives des cautions à l'effet de faire reconnaître l'abus de droit, se sont avérées infructueuses à cause du fardeau de la preuve et surtout de l'intérêt à poursuivre.

## 2. La sanction d'une faute

### 2.1 L'action directe, la demande reconventionnelle ou la fin de non-recevoir

Une revue de la jurisprudence nous permet de constater que la caution cherchera à faire sanctionner la faute du créancier par une action directe en dommages-intérêts<sup>60</sup> ou par une demande reconventionnelle<sup>61</sup>. Suite à l'affaire *Soucisse*, l'on pourrait aussi se demander si le moyen le plus approprié ne serait pas la fin de non-recevoir.

Lorsque le créancier dispose négligemment d'un bien cédé en garantie, appartenant à la caution, comme dans *Cloutier-Perron*<sup>62</sup>, l'intérêt à poursuivre est évident : la caution propriétaire du bien subit un préjudice. Cependant lorsque le bien appartient à la compagnie, la caution, non poursuivie, peut-elle en tant qu'actionnaire tenter une action directe en dommages-intérêts ou, lorsque poursuivie, peut-elle faire une demande reconventionnelle ?

60. Actions accueillies : *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, *supra*, note 43 ; *Cloutier-Perron c. Caisse d'entraide économique de Charlevoix*, *supra*, aux notes 49 et 53. Actions rejetées, absence de faute : *Équipement Select et Baronnet c. Banque Nationale*, *supra*, note 33 ; *White c. Banque Nationale*, *supra*, note 33 ; *Charland c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, *supra*, note 24.

61. Actions accueillies : *Banque de Montréal c. Wilder*, *supra*, note 31 ; *Banque Nationale c. Corbeil*, *supra*, note 58 ; *Banque Nationale c. Carrière*, *supra*, note 59 ; *Caisse populaire de Baie-St-Paul c. Simard*, *supra*, note 26. Actions rejetées : *Kerner c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, *supra*, note 46 ; *Entreprise 309 boul. Taché est c. Banque Nationale*, *supra*, note 35 ; *Banque Nationale c. Atomic Slippers*, *supra*, note 35. Ce dernier moyen soulève le problème de la connexité. La Cour d'appel le régle en faveur de la caution dans *Foessel c. Banque Royale*, (1986) R.J.Q. 1857, p. 1860 : « La connexité n'exige pas qu'il y ait identité de nature. Il suffit qu'il y ait entre les deux recours suffisamment de rapports étroits pour que, d'une part, les fins de la justice requièrent que les deux recours soient entendus ensemble et que, d'autre part, selon l'expression des commissaires, il n'en résulte pas une complication du dossier principal qui serait préjudiciable au demandeur. » *Contra* : *Banque Mercantile c. Prendergast*, J.E. 84-351 (C.S.) ; *Banque de Montréal c. Simard*, C.A. Québec, 200-09-000016-854, 13 mai 1987 infirmant C.S. J.E. 85-1 (C.S.).

62. *Supra*, notes 49 et 53.

Dans l'affaire *Houle*, confirmée par la Cour d'appel, le juge de première instance explique la problématique<sup>63</sup> et accueille néanmoins l'action en dommages-intérêts en acceptant de soulever le voile corporatif<sup>64</sup>. Cependant il ne discute pas de l'affaire *Kerner* de la Cour d'appel où le juge Mayrand souligne le caractère indirect des dommages<sup>65</sup> tandis que le juge Aronovitch (*ad hoc*) se base sur l'effet relatif des contrats pour rejeter la demande<sup>66</sup> et nier toute obligation de la banque envers les cautions<sup>67</sup>. La formulation de ce dernier argument nous semble excessive. La bonne foi, qui découle de l'article 1024 C.C.B.C. doit présider aux relations créancier-caution, tel que l'a énoncé la Cour suprême dans *Soucisse*<sup>68</sup>.

Les décisions postérieures rappellent le principe établi par la Cour d'appel dans *Kerner* et soulignent le caractère exceptionnel de l'affaire *Houle*<sup>69</sup>. Notons cependant que ces décisions rejettent l'action ou la demande reconventionnelle, pour un autre motif péremptoire : l'absence de faute.

- 
63. *Supra*, note 43, p. 13 : « Sur ce point, la défenderesse soutient qu'il y a absence de lien de droit, que s'il y a eu faute de commise de sa part, elle l'a été à l'endroit de la compagnie Hervé Houle Ltée, que les dommages découlant de cette faute n'ont pu être causés qu'au patrimoine de la compagnie Hervé Houle Ltée et que seule la « compagnie » avait un droit de recours. En somme, elle invoque le voile corporatif pour soutenir que les membres d'une corporation (actionnaires) ne peuvent exercer, en leurs noms personnels, les recours qui appartiennent à la corporation. »
64. *Ibidem*, p. 15 à 17 : « Nous croyons donc que, dans des circonstances spécifiques à certaines causes, le voile corporatif doit être levé non seulement lorsque le véritable débiteur d'une obligation s'en prévaut pour se soustraire à ladite obligation ou encore pour cacher les véritables relations entre la compagnie et les actionnaires, mais également, lorsque les faits le justifient, pour déterminer la relation juridique véritable qui peut exister entre un créancier d'une part et une compagnie et ses actionnaires d'autre part. (...) Dans le cas qui nous occupe, considérant que la Compagnie Hervé Houle Ltée était et a toujours été une entreprise familiale, considérant que la famille Houle faisait affaire comme telle avec la défenderesse et ce, depuis plus de cinquante ans (...) La Cour se doit de conclure que la corporation Hervé Houle Ltée n'était que l'intermédiaire entre la défenderesse et les véritables personnes avec qui elle faisait affaires, à savoir les demandeurs. » Cette décision a été commentée favorablement par M<sup>c</sup> Paul Martel, « Le voile corporatif soulevé par l'intérieur », (1983) 43 *R. du B.* 916, p. 917 : et « Et si le "voile corporatif" n'existait pas », (1985) 45 *R. du B.* 448, p. 454.
65. *Supra*, note 46, p. 7. Dans *Entreprises 309 boul Taché est*, *supra*, note 35, p. 4, le juge Bisson note l'admission à l'effet que si la demande reconventionnelle devait réussir, ce ne serait qu'au bénéfice de la société appelante et non à celui des individus appelants.
66. *Ibidem*, p. 20.
67. *Ibidem*, p. 21.
68. *Supra*, note 6.
69. *Equipement Select c. Banque Nationale*, *supra*, note 33, p. 14 à 16 ; *White c. Banque Nationale*, *supra*, note 33, p. 10 et 11 ; *Charland c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, *supra*, note 44, p. 24 et 27 ; *Banque Nationale c. Niquet*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000098-816, 1<sup>er</sup> mai 1986, J. Dionne.

Néanmoins la demande reconventionnelle formulée par la compagnie fut accueillie dans *Banque Nationale c. Corbeil*. La caution profita de la compensation prononcée entre la banque et la compagnie et le juge la libéra<sup>70</sup>. Bien que ce raisonnement se justifie pleinement selon l'article 1958 C.C.B.C., il aurait été intéressant que le juge refère, comme dans *Soucisse* à une fin de non-recevoir. Cette technique apporterait une meilleure protection à la caution.

Faute de liquidité de la réclamation en dommages-intérêts, la caution ne peut opposer la compensation légale. Il est douteux qu'en cas de faillite de la compagnie, elle puisse opposer compensation judiciaire, car la réclamation en dommages-intérêts appartiendrait au syndic pour le bénéfice de tous les créanciers. Il ne s'agit pas pour la caution d'obtenir réparation, mais de faire prononcer la déchéance du droit d'action du créancier, comme sanction d'une faute. Cette solution s'apparente à celle retenue par le législateur à l'article 1202b C.C.B.C. bien qu'elle n'en soit pas une application. L'article 1202b C.C.B.C. se fonde sur une situation de fait: l'enrichissement du créancier suite à l'acquisition de l'immeuble, lors d'une vente en justice, pour un prix inférieur à sa valeur<sup>71</sup>, il ne peut s'appliquer à une prise de possession<sup>72</sup>.

La fin de non-recevoir que nous préconisons ne découle pas de l'application de l'article 1202b C.C.B.C., mais d'une obligation de bonne foi, qui trouve sa source à l'article 1024 C.C.B.C.. Elle sanctionne une faute, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour l'application de l'article 1202b C.C.B.C..

Nous concluons donc qu'en cas de poursuite contre la caution, le moyen approprié pour elle d'invoquer la faute du créancier consiste en une fin de non-recevoir. Nous limitons l'action en dommages-intérêts au cas où le créancier dispose négligemment d'un bien appartenant à la caution. Peut-être serait-elle recevable aussi dans le cas où tous les actionnaires de la compagnie se seraient portés cautions. L'affaire *Houle* est néanmoins la seule décision où le «voile corporatif» fut soulevé en faveur des actionnaires, comme l'ont remarqué les décisions postérieures.

## 2.2 La preuve de la faute et du préjudice

Pour que soit admissible la fin de non-recevoir ou la réclamation en dommages-intérêts, le cas échéant, il faudra que la caution prouve la faute du créancier et le préjudice qu'elle lui cause.

70. *Supra*, note 58.

71. *Labine c. Viau*, (1942) B.R. 406.

72. *Entreprises 309 boul. Taché est. supra*, note 35, p. 13.

### 2.2.1 L'intensité de la faute : l'abus de droit ou le défaut d'un comportement de bonne foi

La jurisprudence consultée semble antérieure aux amendements de l'article 179 de la *Loi sur les banques*<sup>73</sup> et aux articles 32 et 33 de la *Loi sur les connaissances, reçus et cessions de biens en stock*<sup>74</sup> qui imposent des normes de comportement. Nous examinerons d'abord les cas où la caution, en présence d'une clause d'exonération de responsabilité, invoque l'abus de droit et ceux, ou en l'absence d'une telle clause, elle invoque un comportement de mauvaise foi. Nous nous demanderons ensuite si les nouvelles normes de comportement ne viennent pas alléger le fardeau de la preuve.

Comme nous l'avons déjà mentionné à la troisième section de la première partie, la théorie de l'abus de droit et la stipulation d'une clause d'exonération de responsabilité, dans le cautionnement ou dans l'acte constitutif des sûretés réelles, limitent les possibilités de soulever la faute du créancier aux cas d'intention malicieuse ou, tout au moins, de faute lourde<sup>75</sup>.

Le fardeau de cette preuve repose donc sur la caution. Et ce n'est pas facile ! Dans *Kerner*, les cautions invoquent la disparition de marchandises lors de l'inventaire effectué par les représentants de la banque. Après avoir rappelé la responsabilité de celle-ci pour le fait de ses employés et de ses mandataires, le juge Mayrand invoque la clause d'exonération et l'absence de preuve d'une faute lourde<sup>76</sup>.

Par contre, en l'absence de droits clairement établis ou d'une clause d'exonération, la preuve se trouvera facilitée. La jurisprudence fournit plusieurs exemples de comportements fautifs.

Quelques décisions sanctionnent le manquement à une obligation contractuelle assumée par le créancier. Ainsi si une entente prévoit que la banque ne pourra avancer des fonds que dans une proportion déterminée des comptes recevables<sup>77</sup> ou du solde du compte augmenté par des chèques visés seulement<sup>78</sup>, la caution sera libérée si le créancier ne respecte pas ces conditions.

De même en est-il du manquement à une obligation légale, par exemple le défaut de suivre les formalités imposées impérativement par la loi pour la

73. S.C. 1980-81-82-83, c. 40.

74. L.R.Q., c. 53 modifiée par L.Q. 1982 c. 55, art. 2.

75. *Sarvey c. Banque Canadienne Nationale*, *supra*, note 34, p. 1129, 1130 et 1131.

76. *Supra*, note 46, p. 4 : « Mais il est difficile de dire que la Banque a commis une faute lourde quand la cause de la disparition de la marchandise reste un mystère. La faute précise de la Banque ou de ses représentants est inconnue. »

77. *Banque Toronto-Dominion c. Nadler*, J.E. 84-641 (C.A.).

78. *Banque Provinciale c. Monaco*, (1977) C.S. 671, p. 672.

réalisation des biens. Ainsi, la banque doit-elle procéder à la vente aux enchères des biens cédés en garantie en vertu d'un nantissement agricole ou commercial ; elle ne peut convenir d'une vente de gré à gré<sup>79</sup>.

D'autres décisions reprochent un manquement à une obligation générale de bonne foi par rapport à un contrat d'assurance. Ainsi la banque néglige d'ajuster les avances de crédit à l'intérieur de la limite fixée par l'assureur pour l'assurance<sup>80</sup>, ou fait défaut de contracter une assurance valide alors qu'elle s'y est engagée<sup>81</sup>. L'intérêt de ces décisions réside dans la constatation de la sanction par les tribunaux, d'une faute de comportement. Étant donné que le contrat d'assurance-vie ne concerne qu'un individu emprunteur, il faudrait, pour en faire une application au cautionnement fourni par des actionnaires, que leur vie soit assurée, ce qui n'est pas la pratique pour un emprunt par une corporation.

Cependant deux autres décisions, condamnant un comportement fautif, présentent plus d'intérêt pour les actionnaires-cautions. Dans *Caisse populaire de St-Ambroise de Kildare c. Prud'homme et autres*, le juge Soumis de la Cour provinciale rejeta l'action intentée contre les cautions. Il s'appuya sur l'article 1959 C.C.B.C. et cita la décision de la Cour suprême dans *Soucisse* pour reprocher au créancier le défaut d'obtenir un nantissement commercial valide à cause d'une mauvaise description des biens, faite à partir d'une liste fournie par les administrateurs car pour lui, l'obligation d'obtenir une garantie valide reposait sur le créancier<sup>82</sup>.

Les cautions connurent un sort aussi heureux dans *Caisse populaire de St-Léonard c. Wistaff*. Cette fois il s'agissait de la nullité d'un nantissement commercial faute d'enregistrement à la suite d'un changement de lieu en dehors de la division d'enregistrement. Bien qu'une clause de l'acte imposât à la corporation, et non au créancier, l'obligation de procéder au renouvellement de l'enregistrement, le juge libéra néanmoins la caution, président de la compagnie et principal actionnaire<sup>83</sup>. Le juge nous semble trop facilement faire abstraction du double chapeau de la caution qui est aussi le président et principal actionnaire de la compagnie. Au surplus l'acte de cautionnement

---

79. *Banque Nationale c. Carrière*, supra, note 59 ; *Caisse populaire de Baie-St-Paul c. Simard*, supra, note 26 ; *Ferme agricole Major c. Régie des marchés agricoles du Québec*, (1986) R.J.Q. 1212 (C.S.).

80. *Banque Nationale c. Fraser*, C.S. Québec, n° 200-05-001092-83, 1984/08/27, J. Larue.

81. Voir par analogie ces décisions qui impliquent le débiteur ou ses héritiers : *Caisse économique de Salaberry c. Cadieux*, C.S. J.E. 82-798 ; *Caisse populaire de Rawdon*, c. Proulx, J.E. 85-725 (C.S.) ; *Caisse populaire Fleury c. Blais*, (1984) C.A. 343.

82. (1986) R.J.Q. 1292, p. 1300 et 1301.

83. J.E. 86-900 (C.S.).

comportait une renonciation à l'exception de subrogation. Cette décision fut portée en appel.

### 2.2.2 L'évaluation du préjudice

Le préjudice consiste dans la différence entre le prix qu'aurait dû obtenir le créancier agissant en bon père de famille et le prix qu'il a effectivement reçu. Si la caution allègue la vileté du prix, le créancier essaiera, en pratique, de repousser cette prétention en prouvant la valeur marchande des biens ou encore l'impossibilité d'obtenir un meilleur prix en égard aux circonstances<sup>84</sup>. Lors du déroulement du procès, chaque partie fera une preuve qui se complètera aux yeux du juge<sup>85</sup>.

Le fardeau de la preuve incombe évidemment à la caution. Mais quelle en est l'étendue ? La caution devra prouver par témoignages d'experts la valeur marchande des biens<sup>86</sup>.

Dans *Perron-Cloutier*, la caution réclamait des dommages suite à la vente à vil prix d'une créance cédée en garantie. La preuve de la valeur nominale de la créance et celle du prix de vente ne posaient aucune difficulté. Mais la caution se devait-elle d'établir aussi la qualité de la créance et la solvabilité du débiteur ? Le juge de première instance ordonna une réouverture d'enquête. Les jugements de la Cour supérieure<sup>87</sup> et de la Cour d'appel<sup>88</sup> sont confus quant au fardeau de la preuve.

84. L'appel d'offres est un bon moyen, voir *supra*, notes 57 et 58.

85. J.C. ROYER, *La preuve civile*, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1987, p. 68 : « Il ne faut pas accorder une importance excessive à la règle du fardeau primaire de la preuve. Dans la réalité concrète, un plaideur prend souvent l'initiative d'alléguer et de prouver des faits qui lui sont favorables, même si l'obligation incombe à son adversaire. De plus, les conclusions judiciaires découlent généralement d'une appréciation par la Cour de la preuve soumise par les parties litigieuses.

La référence au fardeau de la preuve dans de multiples décisions judiciaires est souvent inutile. Dans la plupart des cas, un juge rend sa décision après avoir apprécié la valeur respective des preuves de chaque plaideur (...). »

86. *Caisse populaire de Baie-St-Paul c. Simard*, *supra*, note 26, analyse des témoignages des experts aux pages 14 à 19.

87. *Supra*, note 49, p. 34 : Le juge en chef Côté écrit : « Le fardeau imposé à la demanderesse ne l'obligeait pas à faire la démonstration de la qualité de la créance qu'elle détenait contre Gourgue. C'est à la défenderesse qu'il incombait de faire la preuve de tous faits susceptibles de démontrer que la créance de la demanderesse était sans valeur, que le débiteur cédé avait de bons moyens à faire valoir pour en obtenir l'annulation, ou tout au moins pour en faire réduire le montant. La défenderesse l'a d'ailleurs bien réalisé. »

88. *Supra*, note 53, p. 4 : « Considérant que l'intimée ayant fait une preuve suffisante de l'existence de sa créance, de la valeur de celle-ci et de la solvabilité de son débiteur, l'appelante n'a nullement démontré ce pourquoi elle accepte 25% de la valeur de telle créance. »

Quelques jugements se montrent favorables à la caution en ne lui imposant pas un fardeau très lourd. À titre d'exemple, citons *Banque Nationale c. Carrière*<sup>89</sup>. *Caisse Populaire de St-Ambroise de Kildare c. Prud'homme*<sup>90</sup> où les juges évaluèrent le préjudice par la différence entre la valeur des biens et le prix obtenu lors d'une vente irrégulière.

Cette façon d'évaluer le préjudice est conforme à celle adoptée par la Cour suprême dans *Banque Provinciale du Canada et Gagnon et Lalonde et Woods et Air-Tech Refrigeration*<sup>91</sup>. Dans cette affaire, une banque ayant obtenu une garantie selon la *Loi sur les banques* procéda à la vente des biens. Le syndic attaqua la validité de la garantie et réclama, comme préjudice, la différence entre la valeur de l'inventaire (\$ 130 000) et le prix de vente (\$ 52 000). Le créancier prétendit que le syndic n'aurait pu obtenir que le tiers ou la demie de la valeur de l'inventaire. La Cour d'appel donna raison au créancier sur ce point<sup>92</sup>. Mais la Cour suprême accueillit l'appel<sup>93</sup>.

### 2.2.3 Les amendements à la *Loi sur les banques* et à la *Loi sur les connaissements, reçus et cessions de biens en stock*

En 1980 les paragraphes 5 et 6 furent ajoutés à l'article 179 de la *Loi sur les banques*. Ils disposent que la banque qui vend des biens « doit agir honnêtement et effectuer la vente en temps opportun et de façon appropriée » ; elle doit aussi vendre les biens dans les meilleurs délais, compte tenu de leur nature. De plus suivant l'article 179(5), la banque doit vendre les biens aux enchères publiques, sauf accord contraire conclu avec le donneur des garanties.

89. *Supra*, note 59.

90. *Supra*, note 82, p. 1302 et 1303.

91. (1981) 2 R.C.S. 98.

92. (1979) C.A. 178 p. 183. J. PARÉ : « Ceci ne veut pas dire que le syndic-appelant aurait réalisé cette somme de \$ 130 000 en disposant du contenu de l'inventaire. Je suis à ce sujet d'accord avec le juge de première instance lorsqu'il affirme (d.c. p. 1006) qu'une vente aux enchères ou une vente par soumission aurait rapporté beaucoup moins que la valeur des biens contenus dans l'inventaire. Entre les mains du syndic-appelant, ces biens n'avaient qu'une valeur de réalisation forcée et rapide, ce qui était à la connaissance de tous les acheteurs éventuels. Peu importe alors que la vente ait eu lieu de gré à gré, par soumissions ou par enchères publiques, cette valeur de réalisation était bien inférieure à la valeur des effets de l'inventaire. Je serais donc d'avis de fixer à forfait cette valeur de réalisation à 50% du prix coûtant. »

93. *Supra*, note 91, p. 112 : « Il incombait à mon avis à la Banque, une fois établi qu'elle avait vendu illégalement et non plus en réalisation de sa garantie la chose d'autrui, de prouver que l'appauvrissement du patrimoine de Air-Tech en regard des créanciers de la faillite a été moindre que du montant de la valeur de ces objets ; à défaut de quoi, le montant du dédommagement devait être la valeur de ces choses, telle que déterminée par la Cour d'appel et que ne contestent pas les parties, soit la somme de \$ 130 474.26. »

Si un tel accord existe, la banque doit aviser le client avant de faire une vente de gré à gré (art. 179(6)). Enfin la *Loi sur les cessions de biens en stock* oblige le cessionnaire qui prend possession d'animaux à agir « dans le meilleur intérêt du cédant » (art. 32). Il doit aussi vendre tous biens « sans retard inutile et dans le meilleur intérêt du cédant » (art. 33).

Ces interventions législatives récentes imposent des normes de comportement au créancier. Elles profiteront aux cautions en ce que les droits du créancier seront clairement précisés par la loi et leur transgression constituera un manquement à une obligation légale. Dans son article publié en 1984, le professeur Lilkoff doute qu'elles soient assez fortes pour contrecarrer la jurisprudence<sup>94</sup>. Pour notre part, nous croyons que la preuve d'un comportement malhonnête sera plus facile, mais juste un peu, que celle d'une intention de nuire. Le critère sera alors celui d'un bon père de famille.

Le désir de protection de la caution est réel dans la jurisprudence récente. Il faut remarquer cependant que la majorité de ces décisions proviennent des tribunaux de première instance et que certaines sont discutables au niveau du fardeau de la preuve. De plus nous sommes encore loin d'une responsabilité professionnelle du banquier, comme le souhaiterait le professeur Lilkoff<sup>95</sup>, et comme la common law commence à l'admettre.

## Conclusion

Une ligne générale commence à se dégager, qui fait la part entre la rigueur et l'équité. D'abord très sévère vis-à-vis la caution, la jurisprudence québécoise évolue lentement et reconnaît parfois maintenant la libération de la caution à cause d'une faute du créancier en se fondant sur l'article 1024 C.C.B.C.. La jurisprudence a donc réussi à greffer, sur certains contrats, des obligations qui n'avaient pas été expressément prévues. Ce mouvement d'enrichissement du contenu obligationnel du contrat évite qu'il ne devienne une source d'injustice.

Les interventions législatives, quoique limitées aux garanties fournies en vertu de la *Loi sur les banques* et les cessions de biens en stock, accentueront ce mouvement. Les normes de comportement préconisées à l'avant-projet de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits* s'inspirent d'un même idéal de justice<sup>96</sup>. Il est

94. *Supra*, note 13, p. 179.

95. *Supra*, note 13, p. 179.

96. Envoi d'un avis d'intention avant l'exercice d'un recours, articles 2927, 2945, 2964; assujettissement de la vente de gré à gré à des appels d'offres ou à des enchères publiques, le tout « sans retard inutile, pour un prix commercialement raisonnable, et dans le meilleur intérêt du détenteur », article 2965.

douteux que le créancier puisse stipuler une renonciation à ces droits accordés par la loi<sup>97</sup>.

Mais il faudra éviter d'aller trop loin, car alors surgiront des abus de la part des cautions : procès incessants, arguments sans consistance, prétentions dilatoires. Déjà quelques décisions nous semblent trop accentuer le mouvement protecteur<sup>98</sup>.

- 
97. Voir par analogie *Banque Nationale c. Carrière*, *supra*, note 59, vente de gré à gré des biens ayant fait l'objet d'un nantissement commercial ; la question du caractère d'ordre public de l'article 1202a C.c. fut posée dans *Banque Nationale c. Prévost*, C.A. Québec, 200-09-000957-834, 1986/06/09, le juge Vallerand jugea inutile de se prononcer sur ce motif retenu par le juge de première instance, car, pour lui, la cause de renonciation ne visait pas ce cas.
98. *Ballas c. Grenier*, *supra*, note 29, devoir d'information ; *Caisse populaire de St-Léonard c. Wistaff*, *supra*, note 83, non renouvellement de l'enregistrement d'un nantissement commercial ; *Caisse d'entraide économique de Granby c. Immeubles Industriels St-Jean inc.*, J.E. 83-846 (C.S.) : rejet des conclusions personnelles greffées à une action hypothécaire, recours incompatible, p. 5, abandon implicite de la renonciation au bénéfice de discussion, p. 7, rôle supplétif du cautionnement, p. 8 ; *Banque de Montréal c. Simard*, en première instance, *supra*, note 61 : rejet de l'action personnelle prise à la suite d'un jugement sur action hypothécaire ; *contra Caisse populaire St-Simon de Drummond c. Lalumière*, J.E. 82-1105 (C.S.), après l'enregistrement d'un avis de 60 jours, le créancier poursuit la caution ; le juge accueille l'action, le créancier n'a pas abusé de ses droits, la subrogation était possible, elle l'est encore, p. 7.