

L'AFFAIRE *ÉPICIERS UNIS* EN COUR SUPRÊME : UN AUTRE EXEMPLE DE LA SUPRÉMATIE DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT SUR LES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL

Daniel GARDNER

Volume 107, numéro 3, décembre 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045635ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045635ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

GARDNER, D. (2005). L'AFFAIRE *ÉPICIERS UNIS* EN COUR SUPRÊME : UN
AUTRE EXEMPLE DE LA SUPRÉMATIE DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT SUR
LES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL. *Revue du notariat*, 107(3), 399–411.
<https://doi.org/10.7202/1045635ar>

**L'AFFAIRE *ÉPICIERS UNIS*
EN COUR SUPRÊME :**

**UN AUTRE EXEMPLE DE LA SUPRÉMATIE
DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT SUR
LES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL**

Daniel GARDNER*

1. UNE PRÉSENTATION DE L'AFFAIRE <i>ÉPICIERS UNIS</i> . . .	402
2. UNE INTERPRÉTATION RÉDUCTRICE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC	404
CONCLUSION	409

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

La pratique notariale s'est toujours intéressée à la question de la délimitation entre les dispositions législatives d'ordre public et celles qui ne le sont pas. En effet, comme l'indique l'article 9 du *Code civil du Québec*¹, « il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté ; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public ». Le notaire pourra, dans un acte, écarter ou modifier la portée d'une disposition du code qui n'est pas d'ordre public, toute la question étant de savoir quelles sont les dispositions législatives qui entrent dans cette catégorie.

Une décision de la Cour suprême² rendue en octobre 2004 constitue le point de départ du présent texte, puisqu'elle renvoie la balle aux rédacteurs de contrats en ce qui a trait à l'application effective d'une des dispositions du code consacrée au cautionnement.

Parmi les contrats aux conséquences les plus lourdes pour le signataire, le cautionnement doit être placé en tête de liste (même si certains diront que le contrat de mariage remporte la palme). À travers l'analyse de l'arrêt *Épiciers Unis*, nous pourrions constater que le sort de la caution ne s'est guère amélioré au fil des ans. Bien sûr, la caution n'est plus mise à mort en cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur principal, comme cela était possible en droit romain, mais la protection de son patrimoine n'a pas suivi la même tangente que la protection de sa personne. Cela découle du fait que le cautionnement est un contrat nommé mais encore davantage une sûreté, aspect trop souvent oublié par la caution qui veut « rendre service » ou qui ne voit aucun mal à se plier à une pratique administrative imposée par le créancier.

Après une présentation de l'arrêt *Épiciers Unis* en première partie, nous tenterons de replacer cette décision dans le contexte général du contrat de cautionnement et du jeu de la liberté contractuelle.

1. L.Q. 1991, c. 64, ci-après cité « C.c.Q. ».

2. *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc., Division « Éconogros » c. Collin*, 2004 CSC 59, [2004] 3 R.C.S. 257. Afin d'alléger le présent texte, on citera dorénavant cet arrêt sous le vocable « *Épiciers Unis* » en ajoutant entre parenthèses, le cas échéant, un renvoi à un numéro de paragraphe de ce jugement.

1. UNE PRÉSENTATION DE L'AFFAIRE *ÉPICIERS UNIS*

Le coeur du litige, dans l'affaire *Épiciers Unis*, porte sur l'interprétation à donner à l'article 2363 C.c.Q., dont voici le texte tout simple : « Le cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières prend fin lorsque cessent ces fonctions. »

Avant d'en arriver à cette version finale, la disposition a toutefois connu un parcours mouvementé. Cela découle principalement du fait qu'entre le dépôt des travaux de l'Office de révision du Code civil en 1978 et l'adoption du nouveau code en 1991, une décision remarquée de la Cour d'appel avait refusé d'accorder à des cautions un droit de révocation implicite de leur cautionnement, à la suite de la cessation de leurs fonctions d'administrateurs au sein d'une entreprise oeuvrant dans le secteur alimentaire³. On notera que les faits de cette affaire *Swift* présentent beaucoup de ressemblances avec notre arrêt *Épiciers Unis*, que nous allons résumer en laissant de côté les détails qui n'ont pas eu d'impact sur la solution finale du litige.

En mai 1992, Georges Reid acquiert 35 % des actions d'une entreprise de distribution d'aliments en gros du Bas St-Laurent dont Marcel Collin et son épouse Françoise Gagné sont les principaux actionnaires. Siégeant au conseil d'administration, agissant à titre de secrétaire et de comptable de l'entreprise, M. Reid accepte, quelques semaines plus tard, de cautionner les dettes de cette dernière (marge de crédit) dans le cadre d'un contrat d'approvisionnement conclu avec les *Épiciers Unis Métro-Richelieu*.

Moins de six mois plus tard, en novembre 1992, il déménage cependant à Québec pour y occuper un nouvel emploi. Au 1^{er} septembre 1993, Georges Reid a cédé toutes ses actions dans l'entreprise et a démissionné de ses postes d'administrateur et de secrétaire.

Malheureusement, l'entreprise périclité après son départ et met fin à ses activités le 31 mai 1994. En octobre 1994, *Épiciers Unis Métro-Richelieu* réclame à M. Reid l'exécution de son cautionnement, la dette s'élevant à ce moment à plus de 40 000 \$. M. Reid conteste cette réclamation, en invoquant notamment le fait que son cautionnement a cessé de produire effet lors de son départ de l'entreprise dont il était administrateur.

3. *Swift Canadian Co. c. Wienstein*, J.E. 82-231 (C.A.).

La juge de première instance lui donne raison, en indiquant que le créancier n'a pas prouvé l'existence de sa créance et qu'au surplus, les dettes en litige ont été contractées après le départ de M. Reid de l'entreprise.

Dans une décision divisée, la Cour d'appel renverse ce jugement. Pour les juges Gendreau et Dussault, l'article 2363 C.c.Q. « doit être interprété de façon restrictive »⁴ en le mettant en rapport avec l'article précédent (2362) qui, lui, exige l'envoi d'un préavis par la caution avant que la révocation de son cautionnement ne devienne effective. Le juge Gendreau ajoute : « Je ne peux pas me convaincre que le législateur ait voulu le renversement de la règle fondamentale du consensualisme par le seul effet de l'article 2363 C.c.Q. »⁵. C'est donc en replaçant la disposition dans le contexte général du droit des contrats, tout en cherchant à harmoniser sa portée avec celle des dispositions limitrophes, que la majorité de la Cour d'appel en vient à condamner la caution. Sans le citer, les juges Gendreau et Dussault appliquent ainsi l'article 41.1 de la *Loi d'interprétation*⁶ : « Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet ».

Le juge Chamberland, en revanche, aurait rejeté l'action d'Épicieris Unis Métro-Richelieu en insistant sur le fait que le texte de l'article 2363 C.c.Q. est explicite, qu'il ne libère que la caution (et non le débiteur principal) et qu'« il ne fait pas de doute, à mon avis, que le cautionnement était attaché à l'exercice des fonctions exercées par l'intimé au sein de B.S.L., à titre d'actionnaire, d'administrateur et de dirigeant responsable de la gestion et de la comptabilité »⁷. Quelques lignes plus loin, il conclut : « L'effet combiné de la cessation de ses fonctions et de l'entrée en vigueur de l'article 2363 C.c.Q. entraîne la fin du cautionnement ».

Ce jugement divisé est porté devant le plus haut tribunal du pays. Parlant au nom de la Cour suprême (le jugement est unanime), le juge LeBel indique que « l'art. 2363 C.c.Q. paraît bien vouloir, comme le conclut le juge Chamberland, que tous les cautionne-

4. *Épicieris Unis Métro-Richelieu inc., Division « Éconogros » c. Reid*, [2002] R.J.Q. 1652 (C.A.), par. 28.

5. *Ibid.*, par. 22.

6. L.R.Q., c. I-16.

7. *Ibid.*, par. 92.

ments attachés à l'exercice de fonctions particulières aient pour terme la cessation de l'exercice de ces fonctions » (par. 36). Il ajoute qu'on « ne saurait restreindre cette disposition aux seuls cas de cautionnements légaux sans mettre de côté la méthode d'application large et libérale applicable à l'interprétation du *Code civil du Québec* » (par. 37) et conclut en disant que « [l']article 2363 C.c.Q. produira pleinement ses effets dès que la caution aura prouvé que le cautionnement a été consenti en raison de la fonction qu'elle exerce » (par. 41).

Le reste de la décision (par. 45 et s.) porte sur l'application du droit transitoire. Le juge LeBel conclut que la disposition nouvelle est applicable même si le contrat de cautionnement a été signé avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Le dossier est alors « renvoyé à la Cour supérieure du Québec pour qu'elle détermine le montant de tout solde dû à cette date [celle de la cessation des fonctions] et ordonne à l'appelant d'acquitter ce solde, s'il est établi, en faveur de l'intimée, jusqu'à concurrence, s'il y a lieu, de la limite de son cautionnement établi à 15 000 \$. » (par. 50).

Voilà donc une décision qui s'écarte de la position jurisprudentielle antérieure, favorable au créancier, en libérant la caution de ses obligations dès qu'elle cesse d'exercer les fonctions à l'origine de son engagement. La seule limite apportée à la règle nouvelle est l'article 2364 C.c.Q., qui veut que la caution ne soit alors libérée que des dettes qui naissent *après* la cessation de ses fonctions. À l'évidence, la révocation ne peut avoir un effet rétroactif et « la caution demeure tenue des dettes existantes à ce moment, même si elles sont soumises à une condition ou à un terme » (art. 2364 C.c.Q.).

Pourtant, une petite mention, au paragraphe 42 du jugement, remet tout en cause : « il importe de souligner que l'art. 2363 C.c.Q. n'est pas d'ordre public, mais est supplétif de la volonté des parties en vertu de l'art. 9 C.c.Q. ». Cela nous amène à la seconde partie du présent texte.

2. UNE INTERPRÉTATION RÉDUCTRICE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

Rappelons tout d'abord que la Cour suprême se fonde sur « la méthode d'application large et libérale applicable à l'interprétation du *Code civil du Québec* » (par. 37) pour rendre sa décision. À partir

de là, que l'on soit ou non en accord avec l'interprétation donnée à l'article 2363 C.c.Q. en l'espèce, on ne peut qu'être surpris de la façon dont la Cour elle-même retire toute portée à sa décision, en renvoyant la balle aux rédacteurs de contrats. Selon le juge LeBel :

[...] le texte de l'art. 2363 C.c.Q. diffère nettement de celui de l'art. 2361 C.c.Q., où le législateur a expressément prévu que le décès de la caution mettait fin au cautionnement « malgré toute stipulation contraire ». N'ayant pas apporté une telle précision à l'art. 2363 C.c.Q., le législateur n'avait pas l'intention d'en faire une disposition d'ordre public. Les commentaires du ministre de la Justice concernant l'art. 131 L.a.r.C.c. [*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57] comportent donc une erreur, puisqu'ils ne tiennent pas compte de la différence claire de formulation des art. 2361 et 2363 C.c.Q. Ainsi, l'art. 2363 C.c.Q. s'applique dans tous les cas où les parties n'y ont pas dérogé contractuellement. Comme le souligne la doctrine, les parties sont toujours libres d'inclure les stipulations nécessaires dans leur contrat de cautionnement afin d'écartier l'application de l'art. 2363 C.c.Q. ou de le moduler. (par. 43)

Passons par-dessus l'« erreur » commise au niveau des commentaires du ministre, quoique l'affirmation soit assez surprenante, et abordons le fond de l'argument. Ainsi, « la différence claire de formulation des art. 2361 et 2363 C.c.Q. » ferait que le premier serait d'ordre public et non le second. Le problème avec ce genre de raisonnement est que plusieurs mesures de protection, voire des mécanismes complets prévus dans le Code civil, risquent de devenir ou de redevenir lettre morte.

Restons dans le champ de la pratique notariale et comparons des dispositions législatives où le parallèle avec les articles 2361 et 2363 C.c.Q. est évident. Voici le texte des articles 1654 et 1655, al. 1 C.c.Q. :

1654. La subrogation consentie par le créancier doit l'être en même temps qu'il reçoit le paiement. Elle s'opère sans le consentement du débiteur, malgré toute stipulation contraire.

1655. al. 1. La subrogation consentie par le débiteur ne peut l'être qu'au profit de son prêteur et elle s'opère sans le consentement du créancier.

Si l'on applique le raisonnement retenu dans l'affaire *Épiciers Unis*, la subrogation consentie par le *créancier* de l'article 1654 C.c.Q. est indiscutablement une règle d'ordre public, le législateur

ayant pris la peine d'y ajouter la précision « malgré toute stipulation contraire », absente dans l'article correspondant du *Code civil du Bas-Canada* (art. 1155, al. 1). En revanche, la subrogation consentie par le débiteur de l'article 1655 C.c.Q. ne serait pas d'ordre public, ou plutôt ne le serait plus alors qu'elle avait été jugée d'ordre public sous l'ancien Code⁸.

Il serait tout de même extraordinaire que la reconduction pure et simple de l'article 1155, al. 2 C.c.B.-C. avec l'article 1655 C.c.Q. se soit accompagnée de la disparition de son caractère d'ordre public. Les institutions financières l'ont d'ailleurs bien compris puisque la clause usuelle de renonciation à la subrogation consentie par le débiteur, disparue des contrats de prêt à la suite de l'affaire *Banque Royale* précitée, n'est pas réapparue lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Pourtant, si l'on suit le raisonnement de la Cour suprême, l'article 1655 C.c.Q. ne serait pas d'ordre public.

Poussé plus loin, et c'est là l'aspect le plus critiquable de la décision, ce raisonnement permettrait d'écarter l'application de dispositions du Code civil dont le caractère d'ordre public ne serait pas expressément déclaré. Ainsi, un contrat pourrait contenir une clause indiquant que « les parties reconnaissent qu'aucune partie dudit contrat n'est abusive ou excessive », puisque l'article 1437 C.c.Q. ne renferme pas la formule « malgré toute stipulation contraire ». Cet exemple, nullement fictif mais bien tiré d'un cas réel, n'a heureusement pas échappé à la vigilance du juge Normand Bonin, qui a conclu « que l'article 1437 du *Code civil du Québec* est d'ordre public et qu'il ne saurait y avoir de renonciation à invoquer le caractère abusif d'une clause du contrat »⁹.

On pourrait multiplier ce genre d'exemple. L'article 1623 C.c.Q. permet la réduction de la clause pénale abusive ? Qu'à cela ne tienne, il suffit d'ajouter une clause écartant cette disposition dans le contrat, puisque le caractère d'ordre public de la règle n'y est pas

8. Voir la décision de principe *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, [1992] R.J.Q. 987 (C.S.), où la juge Hélène LeBel conclut que « les dispositions de l'article 1155 paragraphe 2 C.C. sont d'ordre public. Dès lors, toute clause d'un acte de prêt dans laquelle un débiteur prétendrait renoncer à l'avance au bénéfice de l'article 1155, paragraphe 2 C.C. est nulle et de nul effet » (p. 997). Décision appliquée notamment dans *Malka (Syndic de)*, J.E. 97-439 (C.A.), j. Forget, p. 13.

9. *Location Tiffany Leasing inc. c. 3088-6022 Québec inc.*, J.E. 98-1485 (C.Q.), p. 18.

expressément mentionné. L'article 1785 C.c.Q., qui accorde une faculté de dédit au promettant acheteur d'un immeuble à usage d'habitation, pourrait être écarté par une simple clause contractuelle, à défaut d'une mention expresse de son caractère impératif. Dans cette dernière hypothèse, la Cour d'appel a jugé, à bon droit, qu'il s'agissait d'une disposition impérative puisqu'elle visait à « rétablir une équité contractuelle entre contractants dont l'un est défavorisé »¹⁰. Le parallèle avec le contrat de cautionnement nous semble évident.

On rétorquera qu'en matière de cautionnement, la situation est différente puisqu'il est permis au créancier d'écarter certaines mesures de protection offertes à la caution, tels les bénéfices de discussion et de division. Il faut cependant tenir compte de deux éléments. D'une part, la possibilité de renoncer à ces mesures est explicitement accordée par le législateur¹¹. D'autre part, on notera qu'il s'agit de mesures de protection qui n'ont pour effet que de *retarder* l'exécution complète de l'obligation, soit en obligeant le créancier à s'adresser d'abord au débiteur principal (bénéfice de discussion), soit en le forçant à diviser sa dette en fonction du nombre de cautions impliquées (bénéfice de division). Rien de tel avec l'article 2363 C.c.Q., dont l'application permet à la caution d'échapper aux dettes consenties après la cessation de ses fonctions, sans possibilité de retour de la part du créancier.

En fait, si l'on veut faire un rapprochement avec une autre règle existant en matière de cautionnement, c'est avec l'exception de subrogation qu'il faut le faire. En effet, tout comme avec le cas de révocation de l'article 2363 C.c.Q., l'exception de subrogation de l'article 2365 C.c.Q. permet à la caution d'échapper à son obligation de payer, lorsque le créancier a posé un geste ayant eu pour effet de réduire l'assiette potentielle de son recours subrogatoire ultérieur contre le débiteur principal¹².

Or, il est intéressant de noter que la clause usuelle de renonciation au droit à l'exception de subrogation est dorénavant interdite

10. *St-Martin c. Résidences Pro-Fab inc.*, [1999] R.D.I. 191 (C.A.), p. 194.

11. L'article 2347 C.c.Q. accorde à la caution le bénéfice de discussion « à moins qu'elle n'y renonce expressément », alors que l'article 2349 C.c.Q. prévoit qu'« elle peut invoquer le bénéfice de division si elle n'y a pas renoncé expressément à l'avance ».

12. Le plus souvent, ce sera en négligeant de conserver une sûreté consentie par le débiteur principal. Pour un exemple clair : *Caisse populaire St-Ambroise de Kildare c. Prud'homme*, [1986] R.J.Q. 1292 (C.P.).

avec l'entrée en vigueur de l'article 2355 C.c.Q., qui se lit comme suit : « La caution ne peut renoncer à l'avance au droit à l'information et au *bénéfice de subrogation*. »

Si le législateur n'a pas ajouté le cas de révocation de l'article 2363 C.c.Q. à la liste, c'est tout simplement parce que la disposition n'existait pas telle quelle sous l'ancien code et que les clauses de renonciation n'avaient donc pas à être prévues. Faudra-t-il une intervention législative pour faire comprendre qu'il est impossible d'écarter les plus grandes mesures de protection offertes à la caution ? À quoi sert l'adoption de mesures législatives remédiatrices s'il est possible d'en écarter l'application par une simple clause contractuelle ?

À notre avis, on peut appliquer *mutatis mutandis* les propos de la juge L'Heureux-Dubé, écrits dans une affaire mettant en jeu les articles 1202a) et suivants du *Code civil du Bas-Canada* (devenus les articles 1695-1698 C.c.Q.) :

[...] les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. sont rédigés en termes facultatifs et on pourrait soutenir qu'ils ne protègent qu'un groupe très limité dans des circonstances très particulières. À mon avis, toutefois, c'est à juste titre que la Cour d'appel a conclu que ces dispositions ont été édictées dans l'intérêt public et qu'elles sont, par conséquent, impératives.

En premier lieu, on peut présumer qu'en édictant cette loi, le législateur voulait non seulement protéger un groupe limité de personnes mais aussi promouvoir le bien-être économique de la société en général. Les pratiques abusives de certains créanciers, auxquelles les art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. visaient à mettre fin, ne nuisaient pas uniquement à leurs débiteurs infortunés, mais aussi, par ricochet, à l'ordre économique du Québec dans son ensemble. [...]

Mais plus important encore, si l'on veut qu'elles aient quelque effet, les dispositions des art. 1202a et suiv. C.c.B.-C. doivent nécessairement être impératives. La réalité des relations entre créancier et débiteur est en effet telle que les conditions d'un prêt sont souvent standardisées et dictées par le prêteur, devenant ainsi des contrats d'adhésion véritables. Comme le fait remarquer le juge Jacques de la Cour d'appel, si ces dispositions étaient purement facultatives, la renonciation à leur bénéfice deviendrait rapidement une clause type dans tous les contrats de prêt au Québec [...]¹³

13. *Garcia Transport ltée c. Compagnie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 449, 526.

N'est-ce pas exactement ce qui s'est produit avec l'article 2363 C.c.Q. ?

CONCLUSION

Tous les auteurs s'entendent pour dire qu'on ne peut donner une définition précise de l'ordre public puisqu'il s'agit d'une notion aux contours flous, en constante évolution. Il est toutefois certain que l'ordre public peut faire l'objet d'une déclaration expresse de la part du législateur mais qu'il peut également émaner d'une décision jurisprudentielle : c'est ce que des auteurs appellent respectivement l'ordre public *textuel* et l'ordre public *virtuel*¹⁴. C'est cette dernière facette de l'ordre public qui est, à notre avis, trop rapidement mise de côté dans l'affaire *Épiciers Unis*, notamment en raison de l'objectif poursuivi par le nouvel article 2363 C.c.Q., qui est de mieux protéger le contractant vulnérable (la caution). Toute la section du Code intitulée *De la fin du cautionnement* (art. 2361-2366) participe d'ailleurs à cet objectif de protection¹⁵.

L'effet produit par la décision *Épiciers Unis* est pour le moins paradoxal : favorisant une interprétation large de l'article 2363 C.c.Q. pour l'appliquer aux faits de l'espèce, la Cour suprême donne du même souffle le moyen d'en écarter la portée, par l'ajout d'une simple clause au contrat de cautionnement. On se retrouve ainsi dans une situation où la caution n'est pas mieux protégée sous le *Code civil du Québec* que sous l'ancien code, malgré l'adoption de l'article 2363 C.c.Q. La décision rendue est d'autant plus surprenante que le juge LeBel admet que l'objectif poursuivi par le législateur était de « remédier à certains abus afin de mieux protéger les

14. Expressions employées dans les deux ouvrages suivants : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 312, n^o 158 ; J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 207, n^o 142. Pour leur part, Didier Lluelles et Benoît Moore (*Manuel de doctrine sur le régime des obligations*, tome I, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 369-372, n^{os} 488-493) utilisent la même distinction mais en la raffinant (l'ordre public formel est présenté en deux sous-catégories : l'ordre public *véritablement décrété* et l'ordre public *simplement indiqué*).

15. On n'a qu'à penser au renversement de la règle applicable en cas de décès de la caution (art. 2361), à l'extension de la possibilité de révocation de l'article 2362 au motif qu'il aurait « semblé contraire à l'ordre public qu'un engagement puisse être perpétuel » (Commentaires du ministre de la Justice sous cet article 2362, p. 1482), à la promotion explicite de l'exception de subrogation au rang de disposition d'ordre public, par le jeu combiné des articles 2355 et 2365 C.c.Q.

cautions qui fournissent des cautionnements dans le cadre de l'exercice de leur fonction et d'uniformiser toutes les situations de cette nature pour l'avenir » (par. 49). Le commentaire suivant de Maurice Tancelin décrit malheureusement trop bien la situation ainsi produite :

Dans la mesure où l'ordre public réside dans les principes généraux du droit, il n'a aucune chance de se manifester si les juges ne se reconnaissent aucun pouvoir de le définir en l'absence d'une disposition prohibitive ou en présence d'une disposition permissive, considérée comme une manifestation tacite ou expresse de la volonté du législateur. C'est une source importante de l'ordre public qui se trouve épuisée.¹⁶

Sachant que le contrat de cautionnement est généralement un contrat d'adhésion, sachant que l'application de l'article 2363 C.c.Q. ne libère pas le débiteur principal, pas plus qu'il ne libère la caution des dettes existantes au moment où cessent ses fonctions, on en vient à se poser de sérieuses questions sur l'équilibre entre les droits des parties dans ce genre de contrat.

Il ne s'agit pas de rejeter le principe de la liberté contractuelle et de proposer que le contrat de cautionnement devienne un contrat type dont le contenu ne puisse faire l'objet d'aucune adaptation. Mais il nous semble qu'une solution plus équilibrée aurait été de reconnaître la pleine portée de cet article 2363 C.c.Q., tout en soumettant son application à l'exigence d'une conduite raisonnable de la part de la caution. N'est-ce pas d'ailleurs ce que prévoit l'article 1375 C.c.Q., en exigeant que la bonne foi gouverne la conduite des parties « tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son *extinction* » ? La caution qui quitte en douce ses fonctions au sein d'une entreprise, sans en aviser le créancier, ne pourrait-elle se voir refuser une application littérale de l'article 2363 C.c.Q., tel qu'interprété à la lumière de l'article 1375 ? Doit-on rappeler que cet article 1375 C.c.Q. trouve justement son origine dans une affaire relative à un contrat de cautionnement¹⁷ ?

16. M. TANCELIN, *Des obligations. Actes et responsabilités*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 45, n° 80.

17. C'est la célèbre affaire *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, où le juge Beetz avait refusé d'appliquer littéralement la règle prévoyant que le cautionnement ne prend pas fin avec le décès de la caution (art. 1961 C.c.B.-C.), en raison de la conduite répréhensible adoptée par le créancier vis-à-vis les héritières de la caution.

L'occasion aurait été belle de rappeler l'existence de cette règle, dans le contexte du contrat de cautionnement. Au lieu de cela, on incite les prêteurs institutionnels à inclure à leurs contrats type une clause prévoyant que « la caution renonce expressément aux bénéfices de discussion et de division, ainsi qu'à l'application de l'article 2363 C.c.Q. », ou encore que « le présent cautionnement n'est pas rattaché à l'exercice de fonctions particulières et est donné à titre purement personnel ». Ces clauses sont aujourd'hui devenues réalité et l'arrêt *Épiciers Unis* fait évidemment jurisprudence¹⁸.

Nous sommes loin d'être certain que la justice contractuelle sorte grandie du sort réservé à cet article 2363 C.c.Q. dans l'arrêt *Épiciers Unis*. C'est ici que le notaire pourrait jouer son rôle de conseiller juridique, en refusant d'avaliser automatiquement ces pratiques bancaires nouvelles et en cherchant à mieux protéger son client par une formule qui pourrait être acceptable au créancier. Rien n'empêcherait, à titre d'exemple, de conserver la règle de l'article 2363 C.c.Q. tout en y ajoutant explicitement l'exigence d'un préavis de la part de la caution qui cesse d'occuper ses fonctions au sein d'une entreprise. Sinon, le seul domaine d'application de l'article 2363 C.c.Q. concernera dorénavant des prêteurs moins aguerris (des particuliers ?) dont la caution bien informée pourra profiter de l'inexpérience en utilisant sans balise aucune (et sans préavis) le mécanisme de révocation de l'article 2363 C.c.Q.

18. Notre arrêt a notamment été appliqué dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Exofleurs inc.*, J.E. 2005-861 (C.S.), par. 32, où la clause de la banque se lisait comme suit : « Si ce cautionnement est attaché à l'exercice de fonctions particulières de l'une ou l'autre caution, la cession [sic : cessation] de ces fonctions n'aura pas pour effet d'y mettre fin. »