

L'exception de subrogation. Raison d'être et mise en œuvre*

Alain PARENT**

Résumé

L'actuel libellé de l'article 2365 C.c.Q. ne permet pas de déterminer dans quelles circonstances particulières la caution peut se prévaloir de l'exception prévue à cette disposition et l'opposer au créancier. Pour pallier ce problème, les auteurs et la jurisprudence ont alors laissé place à leur imagination afin de tenter de classer cette disposition à l'intérieur d'institutions juridiques éprouvées, le tout en vue de démystifier le contenu de la règle de droit. Pour notre part, nous considérons que l'exception de subrogation est une notion originale en soi, qui trouve sa source à l'intérieur même de son institution. La thèse que nous soutenons est que l'exception de non-subrogation, mode de libération qui a pour mission de combattre le comportement opportuniste, cristallise

Abstract

Article 2365 of the Civil Code of Quebec ("C.C.Q.") states that the creditor and the surety cannot claim rights and liberties that the text secures for or against them. To deal with this problem, the authors and authorities gave free reign to imagination in an attempt to categorize this provision within recognized legal institutions and thereby demystify the content of the rule of law. We are of the opinion that the non-subrogation exception is in itself an original concept that arises from within its institution. We believe that the subrogation exception, a discharge mode which aims at fighting opportunistic behaviour, crystallises the duty of good faith by implicitly imposing upon the creditor the obligation of subrogation. The creditor's failure to comply with this

* Cet article est une version révisée et condensée du mémoire de maîtrise de l'auteur, intitulée : *L'exception de non-subrogation : l'influence de ses principes justificatifs sur sa mise en œuvre*. L'auteur désire d'abord remercier son directeur de recherche, le professeur Benoît Moore, pour ses analyses et ses commentaires enrichissants. Il adresse également toute sa gratitude au professeur Ejan Mackaay pour avoir commenté une version provisoire de son texte. Il remercie enfin M. Gabriel Parent et Mme Nadia Lavoie pour leur patience et leurs encouragements lors de l'élaboration de cet article.

** Avocat et doctorant, Faculté de droit, Université McGill.

l'obligation de bonne foi en imposant implicitement au créancier une obligation de bonne subrogation. Tout manquement du créancier à cette obligation a comme conséquence de rendre le droit de créance du créancier irrecevable à l'égard de la caution devant les tribunaux. Ce précepte éclaircit le contexte de l'article 2365 C.c.Q. et, par le fait même, il permet de délimiter le contour de son domaine et de préciser ses conditions d'application.

obligation will result in his right to claim in respect of the surety not being receivable in court. This throws some light on the context of Article 2365 C.C.Q., defines its boundaries and clarifies its applicability.

Plan de l'article

Introduction.....	257
--------------------------	------------

I. Le fondement théorique de l'exception de subrogation	261
--	------------

A. Le rejet des justifications fondées sur des institutions juridiques éprouvées.....	261
B. Justification fondée sur la nature propre du cautionnement	264
1. Le cautionnement : une institution qui a pour but de favoriser la conclusion de l'échange	265
2. Les principes justificatifs de l'exception de subrogation : contrer l'opportunisme du créancier.....	267

II. Le régime juridique de l'exception de subrogation	273
--	------------

A. Le domaine.....	274
1. Les bénéficiaires	274
a. La caution solidaire.....	275
b. La caution réelle.....	277
c. La cocauton	277
d. Le débiteur solidaire.....	278
2. La renonciation à l'exception de subrogation	279

B. Les conditions d'application.....	283
1. Le fait du créancier	284
2. La perte d'un droit subrogatoire	289
3. Le préjudice	295
4. Le lien de causalité.....	297
Conclusion	297

*Si tu t'es porté caution auprès de ton prochain...,
dégage-toi comme la gazelle du filet,
comme l'oiseau du piège de l'oiseleur¹.*

Livre des proverbes, 6, 1-5

Le cautionnement, la seule sûreté personnelle incorporée dans le *Code civil du Québec*² [C.c.Q.], est confronté à un défi de taille, soit de concilier deux valeurs antinomiques, mais nécessaires à sa viabilité, soit d'assurer l'efficacité de la fonction de garantie personnelle et la protection des intérêts de la caution³. Le but ultime de la législation qui encadre cette garantie est de maximiser les avantages de cet antagonisme, et ce, en prenant en considération que toute mesure de protection de la caution engendre un coût qui nuit à la capacité du cautionnement à réduire le coût crédit⁴. Comme l'enseigne l'histoire, le point optimal n'est pas aisé à atteindre. D'ailleurs, il a été possible d'observer au cours des âges un mouvement de balancier entre ces deux valeurs⁵.

Au Québec, le législateur a perpétué ce mouvement de balancier en apportant des correctifs lors de la réforme du *Code civil du Québec* afin d'« assurer une protection accrue des cautions et [de] limiter les abus souvent dénoncés »⁶. Cela s'est matérialisé par l'ajout de plusieurs nouvelles règles, notamment par la mise en place d'une obligation légale d'information à la charge du créancier⁷, d'une décharge

¹ Cité par : Louise POUDRIER-LEBEL, « La libération de la caution par la faute du créancier », (1987) 29 *C. de D.* 939, 941 ; Philippe SIMLER, *Cautionnement et Garanties autonomes*, 3^e éd., Paris, Litec, 2000, p. 1.

² L.Q. 1991, c. 64.

³ L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 1, 941.

⁴ Alain PARENT, « La libération de la caution par la mise en œuvre de l'article 2363 du Code civil du Québec : de la théorie à la pratique », (2006) 47 *C. de D.* 515, 537.

⁵ Philippe SIMLER, « La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 », *J.C.P. éd. G.* 1975.1.2711, n° 1.

⁶ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1465.

⁷ Art. 2345 C.c.Q.

de la caution lorsqu'elle décède⁸ et d'une libération de la caution lorsqu'elle cesse d'occuper ses fonctions particulières⁹.

En plus de cet amalgame de nouveaux moyens de défense à la portée de la caution, le législateur a fait renaître le mode de libération jadis prévu dans l'article 1959 du *Code civil du Bas Canada* (C.c.B.C.) et dont l'équivalent se trouve maintenant édicté à l'article 2365 C.c.Q. Ce changement s'explique par l'addition de l'article 2355 C.c.Q., ce dernier consacrant le caractère d'ordre public de l'article 2365 C.c.Q. Or, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, l'article 1959 avait un caractère supplétif, ce qui amenait la majorité des créanciers à inclure au contrat une clause de renonciation afin de neutraliser son application¹⁰.

Pour ce qui est de l'objet de l'article 2365 C.c.Q., connu également sous le vocable *exception de subrogation*¹¹, notons que la caution s'engage accessoirement, c'est-à-dire qu'elle garantit l'obligation d'une autre personne, soit le débiteur¹². Le droit fondamental de celle-ci est alors de réclamer au débiteur les sommes d'argent qu'elle a dû payer au créancier¹³. La caution détient deux types de recours afin d'obtenir le remboursement : l'un est personnel, tandis

⁸ Art. 2361 C.c.Q.

⁹ Art. 2363 C.c.Q.

¹⁰ L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 1, 943.

¹¹ Le principe édicté à l'article 2365 C.c.Q. a été dénommé de quatre différentes manières à travers le temps : 1) le « bénéfice de cession d'actions », 2) le « bénéfice de subrogation », 3) l'« exception de subrogation » et 4) l'« exception de non-subrogation ». Pour notre part, nous sommes d'avis que l'expression « exception de non-subrogation » est celle qui représente le mieux l'essence du texte contenu dans l'article 2365 C.c.Q., et ce, pour deux raisons. D'une part, le terme « exception » doit être préféré à celui de « bénéfice ». En effet, ce mécanisme juridique est une dérogation à la règle générale voulant que la caution soit tenue de payer le créancier lorsqu'il y a défaut du débiteur, et non de conférer à la caution un pur avantage, comme c'est le cas, par exemple, pour les bénéfices de discussion et de division. D'autre part, le complément « non-subrogation » est plus conforme à l'objet de l'exception que le mot « subrogation », l'article 2365 C.c.Q. ayant pour objet de protéger les droits subrogatoires de la caution uniquement dans l'éventualité où ceux-ci ne seraient plus utilement réalisables, et non à proprement parler de permettre la subrogation. Cependant, par souci de cohérence avec la pratique juridique actuelle, nous avons choisi d'utiliser dans le présent article l'expression généralement admise, soit l'*exception de subrogation*.

¹² Voir : *Schwitzgebel c. Cadieux*, J.E. 2002-499, par. 23 (C.A.).

¹³ *Banque Nationale du Canada c. Reid*, [2001] R.J.Q. 1349, 1361 (C.Q.).

que l'autre est subrogatoire. L'article 2365 C.c.Q. permet de protéger l'efficacité du recours subrogatoire¹⁴. En vertu de cette disposition, lorsque le créancier ne peut plus transmettre ses droits attachés à la subrogation, faisant en sorte qu'elle est devenue impossible ou illusoire, la caution, pour sa part, peut demander, par une action préventive ou en défense¹⁵, d'être libérée dans la mesure du préjudice subi :

« 2365. Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce dernier, s'opérer utilement en faveur de la caution, celle-ci est déchargée dans la mesure du préjudice qu'elle en subit. »

L'actuel libellé de l'article 2365 C.c.Q. ne permet pas de déterminer dans quelles circonstances particulières la caution peut se prévaloir de l'exception prévue à cette disposition et l'opposer au créancier. Pour pallier ce problème, les auteurs et la jurisprudence ont alors laissé place à leur imagination afin de tenter de classer cette disposition à l'intérieur d'institutions juridiques éprouvées, le tout en vue de démythifier le contenu de la règle de droit. Parmi celles-ci, il y a, entre autres, la cause subjective, la condition résolutoire, le bénéfice de discussion, l'exception d'inexécution, la responsabilité civile et la déchéance légale. La compréhension de cette institution n'a cependant pu qu'être obscurcie au fil du temps, la doctrine et la jurisprudence n'étant jamais parvenues à un consensus.

La recherche de la source de l'exception de subrogation n'est cependant pas un exercice purement gratuit, certaines particularités du domaine et des conditions de mise en œuvre pouvant en

¹⁴ Jacques MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, n° 616, p. 668.

¹⁵ Au niveau procédural, notons que l'article 2365 C.c.Q. n'est pas soulevé d'office par le tribunal. Il doit, en conséquence, être allégué par la caution. Généralement, il fait partie de la défense. La question se pose cependant à savoir si l'article 2365 C.c.Q. peut faire l'objet d'une action préventive. À notre avis, la caution n'a pas à attendre d'être poursuivie pour bénéficier de ce mode de libération. La caution profite ainsi de l'avantage de pouvoir être immédiatement fixée sur le sort réservé à ses obligations plutôt que d'avoir à attendre, pour ce faire, une éventuelle poursuite du créancier. La voie procédurale est la requête pour jugement déclaratoire prévue dans l'article 453 du *Code de procédure civile*. Notons d'ailleurs que la Cour suprême, dans l'arrêt *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132, 1140 et 1141, a décidé que cette procédure peut être utilisée tant à titre préventif qu'à titre curatif. La seule difficulté à surmonter est alors de remplir ses conditions d'ouverture. Voir : Geneviève LABERGE, « Lorsque la faute du créancier mène à la libération de la caution », 96-3 *R.J.E.U.L.* 1, 6.

dépendre. Par exemple, l'une des conditions pour que la caution puisse bénéficier d'une libération en vertu de ce mécanisme juridique est qu'un fait soit accompli par le créancier. La question est alors de savoir si ce fait doit être fautif pour enclencher l'application de l'article 2365 C.c.Q. Il est fautif lorsque l'interprétation a lieu à la lumière des principes gouvernant la responsabilité civile, car l'accent est mis sur la faute du créancier. Il est également possible d'interpréter la disposition sous l'angle de la théorie de la cause subjective. La caution s'engagerait alors en sachant qu'elle ne peut être appelée à payer en fin de compte le créancier, puisqu'elle bénéficie de sûretés qui assurent l'efficacité de son recours subrogatoire. L'altération de ces droits par le fait du créancier, qu'il soit fautif ou non, entraînerait donc la nullité du cautionnement pour absence de cause dans la mesure de la perte subie. En somme, étant donné l'existence de plusieurs sources pour une même règle, il devient difficile de parvenir à une application uniforme. En conséquence, nous estimons nécessaire de tenter de lever l'ambiguïté occultée par les diverses explications théoriques présentées jusqu'à maintenant par la doctrine et la jurisprudence.

Ainsi, nous posons la question suivante, qui découle des développements précédents : dans quelle mesure la démystification des principes justificatifs de l'article 2365 C.c.Q. peut-elle contribuer à résoudre ses problèmes de mise en œuvre ?

Dans le présent article, nous allons dans la première partie tenter d'établir le fondement théorique de l'exception de subrogation et, partant, ses principes justificatifs. La méthodologie employée afin d'accomplir cette tâche est celle propre à l'analyse économique du droit. D'ailleurs, l'objectif sous-jacent à notre étude est de contribuer à faire connaître ce modèle théorique et, également, de démontrer sa pertinence à titre d'outil doctrinal à l'égard des institutions de droit civil. Dans la seconde partie, il s'agit essentiellement de mettre en évidence le régime juridique propre à l'exception de non-subrogation et de voir comment la découverte des principes justificatifs trouvés en première partie nous aide à éclaircir son domaine et ses conditions d'application.

I. Le fondement théorique de l'exception de subrogation

Plusieurs explications théoriques fondées sur des institutions juridiques éprouvées ont déjà été avancées par la doctrine et la jurisprudence afin de mettre au jour la rationalité sous-jacente à l'exception de subrogation. À la lumière de l'étude entreprise par le professeur Moore quant à la notion de « source de l'obligation »¹⁶, nous expliquerons les raisons pour lesquelles nous estimons qu'il faut les écarter. Ensuite, il s'agit de proposer, en utilisant la méthodologie propre à l'analyse économique du droit, un fondement théorique original.

A. Le rejet des justifications fondées sur des institutions juridiques éprouvées

La doctrine et la jurisprudence ont depuis longtemps tenté de découvrir la source de l'exception de subrogation. Parmi les explications avancées, certaines se rapportent à la formation du contrat, soit la cause subjective¹⁷ et la condition résolutoire¹⁸, tandis que d'autres font référence à l'exécution des obligations contractuelles,

¹⁶ Benoît MOORE, « La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification », (2002) 36 *R.J.T.* 689.

¹⁷ Pierre-André SIGALAS, *Le cautionnement solidaire en matière civile, commercial et cambiaire*, thèse de doctorat, Aix-en-Provence, Faculté de Droit et des Sciences Économiques d'Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 1959, n° 97-104, p. 91-98 : une personne se porte caution lorsqu'elle sait d'avance qu'elle ne court aucun danger, car elle bénéficie de droits subrogatoires qui lui permettent d'être utilement subrogée. Les droits subrogatoires sont, en conséquence, la cause subjective puisqu'ils incitent la caution à conclure le cautionnement. L'exception de subrogation est le mode de libération qui décharge la caution en cas de perte des droits subrogatoires, car il y a alors absence de cause.

¹⁸ François LAURENT, *Les principes de droit civil français*, 3^e éd., t. 28, Paris, Librairie A. Marescq, 1878, n° 302, p. 297 : l'article 2365 C.c.Q. exprime l'idée que la caution ne s'est engagée que sous condition que le créancier ne fasse rien qui soit de nature à la priver des avantages que la subrogation peut lui procurer. Si, par le fait du créancier, il y a perte des droits subrogatoires, alors la condition résolutoire prend effet par la mise en œuvre de l'exception de subrogation, c'est-à-dire que le cautionnement est résolu en raison du non-respect de la condition.

soit le bénéfice de discussion¹⁹, l'exception d'inexécution²⁰, la responsabilité civile²¹ et la déchéance légale²².

Nous croyons que ces justifications ont obscurci la compréhension de cette institution. Leur grande lacune vient de la problématique qui sous-tend la notion même de source de l'obligation. En effet, la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées de forger des explications à l'exception de subrogation, et ce, en cherchant sa source à l'intérieur d'institutions juridiques déjà éprouvées. Cependant, ces auteurs et ces juges ne se sont vraisemblablement pas interrogés au préalable sur la signification de l'expression « source de l'obligation » avant d'effectuer cette classification.

Le professeur Moore s'est penché sur le concept de source des obligations²³. Son premier constat a été qu'il existe une confusion

¹⁹ Raymond Théodore TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, t. 17 « Du cautionnement et des transactions », Paris, Hingray, 1846, p. 479: Troplong a été le premier à avoir recours à une institution juridique déjà éprouvée – le bénéfice de discussion – pour expliquer la raison d'être de l'exception de subrogation. Son idée est justifiée par une considération historique: ces deux mécanismes juridiques ont été créés au même moment, à l'époque de l'Empire romain et, par le fait même, l'un ne va pas sans l'autre. Ainsi, la caution ne serait admise à critiquer le comportement du créancier au regard de la conservation des sûretés que si elle pouvait le renvoyer discuter d'abord le débiteur dans ses biens.

²⁰ Charles C. de LORIMIER, *Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, vol. XVI, Montréal, Cadieux & Derome, 1886, p. 655: aux yeux de Lorimier, l'exception de subrogation n'est qu'une simple application particulière de l'exception d'inexécution. En effet, la caution n'a pas à exécuter son obligation, car le créancier a lui-même manqué à la sienne, soit celle de lui transmettre tous les droits qu'il détient à l'encontre du débiteur par l'entremise de la subrogation. Le manquement à ce devoir justifie la libération de la caution.

²¹ Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, n° 1.9, p. 22; P. SIMLER, préc., note 1, n° 55, p. 55: le professeur Ciotola affirme que l'exception de subrogation « a comme fondement la responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle; en laissant disparaître les sûretés, le créancier commet une faute qui cause un préjudice à la caution ». Ainsi, pour que l'article 2365 C.c.Q. soit mis en œuvre, il est nécessaire d'être en présence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

²² Christian MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Litec, 1979, p. 540 et suiv.: le professeur Mouly est d'avis que l'exception de subrogation n'est rien d'autre qu'une déchéance légale en vue de protéger préventivement la caution, pour des raisons d'équité, lorsque le créancier contrevient à son devoir de bonne foi qui est rendu plus sévère par l'existence des droits subrogatoires.

²³ B. MOORE, préc., note 16.

liée à la polysémie du terme « source ». Le professeur Moore est venu par la suite jeter les bases d'une théorie rationnelle et structurée de la source des obligations. Pour ce faire, il a subdivisé la notion en quatre éléments : (1) les principes justificatifs (ils feront l'objet d'une étude particulière dans la prochaine section, (2) la source formelle, (3) la source normative et (4) la source matérielle.

La source formelle « est la technique juridique qui permet au rapport d'obligation de naître en posant une norme contenant la ou les conditions nécessaires à la formation d'une obligation »²⁴. La source formelle par excellence est la loi, mais la jurisprudence, la doctrine, les principes généraux de droit et la coutume peuvent également en faire partie. La question est donc de savoir d'où provient la règle de droit. Quant à la source matérielle, elle représente les conditions d'application qui enclenchent la mise en œuvre de la source formelle. De son côté, la source normative « constitue le résultat attaché à la survenance des conditions posées par la source formelle »²⁵.

Comme nous l'avons affirmé précédemment, divers types de sources ont été suggérés pour expliquer la raison d'être de l'exception de subrogation. Parmi ceux-ci, il y a, entre autres, la cause subjective, la condition résolutoire, le bénéfice de discussion, l'exception d'inexécution, la responsabilité civile et la déchéance légale. Nous constatons, en observant cette énumération, que ces moules théoriques se réfèrent à la source matérielle de l'obligation, cette dernière se rattachant à la source formelle qui n'est pas alors mentionnée. En d'autres mots, cette façon de faire mène à déterminer les conditions d'application de l'exception de subrogation non pas en se basant sur le texte de loi qui la crée, mais en faisant référence à d'autres institutions juridiques analogues.

Pour notre part, nous partageons l'opinion du professeur Simler lorsqu'il affirme « que le mode de libération de la caution institué par l'article 2037 [l'équivalent en droit français de l'article 2365 C.c.Q.] est réellement original et n'entre pas dans le moule d'aucun concept éprouvé »²⁶. En effet, l'exception de subrogation, bien qu'elle possède quelques ressemblances avec d'autres institutions juridiques,

²⁴ *Id.*, 729.

²⁵ *Id.*

²⁶ Ph. SIMLER, préc., note 1, n° 804, p. 718.

s'avère unique en son genre, puisqu'elle répond à des préoccupations propres à celui qui s'engage accessoirement. Il importe donc de se reporter à l'article 2365 C.c.Q. pour en déterminer la source.

Pour ce qui est de l'exception de subrogation en droit québécois, sa source formelle se trouve dans la loi, soit l'article 2365 C.c.Q. Découle de cette source formelle la source matérielle, soit les conditions de mise en œuvre du mode de libération. D'ailleurs, l'exception de subrogation nécessite la présence de quatre éléments fondamentaux en vue de permettre à la caution d'être libérée de son engagement : (1) le fait du créancier, (2) la perte d'un droit subrogatoire, (3) le préjudice de la caution et (4) le lien de causalité entre ces trois éléments²⁷. Lorsque le créancier accomplit un acte qui remplit complètement la source matérielle, alors il y a libération de la caution dans la mesure du préjudice subi, ce qui constitue la source normative.

B. Justification fondée sur la nature propre du cautionnement

La véritable difficulté que pose l'article 2365 C.c.Q. est liée à son interprétation car son libellé est laconique et peu précis. Il s'ensuit qu'une multitude de questions demandent à être éclaircies. En conséquence, l'effort d'interprétation s'annonce colossal pour qui cherche à appliquer ce texte. Afin de surmonter cet obstacle, nous croyons que la véritable énigme à résoudre est de mettre au jour la rationalité sous-jacente au contrat de cautionnement et, partant, celle de l'exception de subrogation.

L'analyse économique du droit, dans son volet descriptif, est utilisée notamment pour comprendre le contenu du cadre légal et, ainsi, élucider la question de la rationalité sous-jacente de la règle de droit²⁸. En effet, à partir d'un axiome principal, soit la rationalité des décideurs, cette conception permet de dégager la structure incitative de la législation et, partant, de mettre au jour l'imperfection

²⁷ Cette classification peut différer. Par exemple, voir : Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 6^e éd., Paris, Litec, 2002, n^o 261, p. 254 : «Trois conditions doivent être remplies : pouvoir imputer au créancier (première condition) une impossibilité de subroger la caution (deuxième condition) dans un droit préférentiel (troisième condition)».

²⁸ Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions, principes fondamentaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 70.

du marché légiféré. Dans cette section, nous procéderons à une analyse économique du cautionnement et de l'exception de non-subrogation. Nous pourrions d'abord constater que le cautionnement est un mécanisme juridique qui favorise la conclusion d'un échange entre les individus. Nous proposerons ensuite une solution quant aux principes justificatifs de l'exception de subrogation.

1. Le cautionnement : une institution qui a pour but de favoriser la conclusion de l'échange

L'échange entre les individus a sans doute eu lieu de tout temps. Ce procédé est défini comme « [le] transfert d'un bien ou la fourniture d'un service avec contrepartie semblable ou en argent »²⁹. L'échange permet aux humains d'accroître substantiellement leur qualité de vie, car il permet de combler davantage de besoins par rapport à l'autarcie³⁰. C'est pour cette raison que le législateur doit chercher à mettre en place des institutions qui ont pour objet d'en favoriser la conclusion.

La viabilité de l'échange peut être compromise en raison l'amplitude des coûts de transaction, c'est-à-dire « les coûts engagés pour trouver le cocontractant, mener à terme la négociation, formuler le contrat, le faire exécuter à la satisfaction des deux parties »³¹. Il en est ainsi puisque les parties ajustent la contrepartie demandée en incluant ces coûts. Il s'ensuit qu'un échange qui autrement entraînerait des gains pour les deux parties peut ne pas être conclu, les bénéfices escomptés étant annihilés en raison de l'importance des coûts de transaction.

Un échange qui n'implique pas de paiement immédiat de la créance entraîne deux types de coûts de transaction pour le créancier. Il s'agit du coût de recouvrement et du coût lié au risque de non-paiement du débiteur (ces deux derniers types de coûts de

²⁹ Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Montréal/Paris, Éditions Thémis/Dalloz, 2008, n° 294, p. 81.

³⁰ *Id.*, p. 81 et suiv. : les auteurs apportent plusieurs exemples qui démontrent l'opportunité pour chacun de conclure des échanges.

³¹ Ejan MACKAAY, « Le droit civil du mandat. Une analyse économique », dans Yves POULLET, Patrick WÉRY et Paul WYNANTS (dir.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Éditions Wolters Kluwer Belgique, 2004, p. 37, à la page 40.

transaction peuvent être qualifiés de façon générique de coût collatéral).

L'expression « coût de recouvrement » est l'équivalent francophone du *monitoring*. Cette expression signifie que le coût équivaut à la mise en place, par le créancier, d'activités qui ont pour objet d'augmenter la probabilité que la créance soit recouvrée, c'est-à-dire l'enquête sur l'historique financier du débiteur, une supervision de ses activités pendant la durée du contrat et l'adoption de mesures coercitives en cas de défaut³². Quant au coût du risque de non-paiement, c'est simplement le coût associé au risque que le débiteur n'exécute pas l'obligation initialement contractée.

Lorsque le débiteur est indubitablement solvable, le coût collatéral est faible et l'échange peut être concrétisé sans problème. Dans le cas inverse, l'échange peut être compromis en raison de l'importance du coût collatéral. Le rôle du législateur est alors d'édicter des mécanismes juridiques qui augmentent la sécurité de la transaction. Cela permet d'abaisser le coût collatéral et d'accroître le cercle des échanges profitables pour les parties. Ces mécanismes comprennent, entre autres, les sûretés personnelles ou réelles.

Le cautionnement est la seule sûreté personnelle qui fait partie du droit civil québécois. Il constitue le contrat par lequel le créancier transfère sur les épaules de la caution tout ou partie du coût collatéral et, du même coup, il permet de réduire les coûts de transaction³³. N'eût été de ce transfert, le créancier n'aurait pas contracté avec le débiteur, aurait demandé un taux d'intérêt nettement supérieur ou exigé d'autres garanties.

La politique législative encadrant le cautionnement doit refléter la première mission de cette institution, soit celle d'assurer la sécurité de la transaction. À cet égard, notons que, plus la législation favorise l'efficacité de la garantie, plus elle permet d'abaisser le coût collatéral. *A contrario*, plus un régime juridique accorde des moyens de défense à la caution, moins le cautionnement a pour effet d'en réduire le coût³⁴. Il en est ainsi puisque le principal but recherché

³² Avery WIENER KATZ, « An Economic Analysis of the Guaranty Contract », 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 47, 51.

³³ *Id.*, 68 et 69.

³⁴ Solange BETANT-ROBET, « La décharge de la caution par application de l'article 2037 », *RTD civ.* 1974. 309, 311.

par le créancier lorsqu'il exige un cautionnement est d'obtenir une garantie valable au cas où le débiteur deviendrait incapable de faire face à ses obligations. Le degré de sécurité qu'offre la législation qui façonne le cautionnement influe donc de manière corrélative sur son aptitude à abaisser le coût collatéral.

Cependant, jusqu'où le législateur doit-il aller dans sa politique législative d'efficacité de la garantie ? Un auteur affirme qu'il doit être uniquement guidé par cette considération³⁵. Autrement dit, la législation doit avoir pour objet d'augmenter sa sécurité et, par conséquent, elle doit éviter d'inclure toute mesure de protection de la caution. À notre avis, l'objectif général d'efficacité de la garantie doit coexister avec une autre mission qui semble antinomique, mais qui est nécessaire à l'existence du cautionnement, soit celle de protéger la caution contre l'opportunisme du créancier et du débiteur. Ce second élément est d'ailleurs essentiel pour contrecarrer une éventuelle pénurie de personnes prêtes à se porter caution. En effet, la caution, qui se trouve en position faiblesse par rapport au créancier et au débiteur, court un risque que ceux-ci tentent à son détriment d'obtenir un avantage indu ; cela pourrait décourager les cautions potentielles de s'engager, les risques inhérents à ce contrat étant excessifs³⁶. Le législateur doit alors chercher à rétablir l'équilibre dans le rapport tripartite en édictant des mesures de protection de la caution qui ont pour effet de pallier les situations éventuelles d'opportunisme. Le cercle d'échanges qui se réalise grâce au cautionnement se trouve alors renforcé, ce qui est conforme à la raison d'être de cette institution.

2. Les principes justificatifs de l'exception de subrogation : contrer l'opportunisme du créancier

Le professeur Moore explique que « se questionner sur le principe justificatif, ce n'est pas se demander comment l'obligation naît, mais pourquoi naît-elle »³⁷. En d'autres termes, cette expression fait référence à l'explication théorique sous-jacente à une règle de droit. Ainsi, les principes justificatifs ne constituent pas la règle en soi,

³⁵ Manuella BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, L.G.D.J., 2006.

³⁶ S. BETANT-ROBET, préc., note 34, 325.

³⁷ B. MOORE, préc., note 16, 710.

mais ils déterminent les considérations que le législateur voulait réglementer lorsqu'il a créé la norme juridique. Il va de soi que, lorsqu'une disposition législative existe, les principes justificatifs sont « utiles dans la seule optique de son interprétation »³⁸.

La thèse que nous soutenons est que l'exception de subrogation, mode de libération qui a pour mission de combattre le comportement opportuniste, cristallise l'obligation de bonne foi en imposant implicitement au créancier une obligation de bonne subrogation³⁹. La bonne foi du créancier, telle qu'elle doit être entendue, renvoie à cette idée que le créancier ne doit pas modifier le déroulement normalement prévisible du cautionnement et, ainsi, rompre l'équilibre contractuel⁴⁰. La caution s'est d'ailleurs engagée en tenant compte des coûts et des avantages liés à son cautionnement⁴¹. Elle est par conséquent en droit de s'attendre que le créancier n'abandonne pas les droits subrogatoires, car l'effet d'un tel comportement est d'augmenter le coût du risque qu'elle assume et, du même coup, de diminuer ou de complètement anéantir les gains qu'elle anticipe réaliser en raison de son engagement. Le principe essentiel de l'exécution de bonne foi des conventions impose au créancier qu'il évite d'abuser de sa position de pouvoir à l'égard des droits subrogatoires et qu'il tente d'obtenir un avantage indu en ne préservant pas ce type de droit au détriment de la caution.

³⁸ *Id.*

³⁹ Dimitri HOUTCIEFF, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », *RTD civ.* 2006. 191, 201 : cet auteur argue que le fondement de l'exception de subrogation est la bonne foi ; d'autres auteurs soutiennent pour leur part que le créancier a une obligation de bonne subrogation, voir : Pascal ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1989, n° 103, p. 194 et 195 ; Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987, n° 619, p. 417 ; J. MESTRE, préc., note 14, n° 616, p. 668 ; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, 7^e éd., t. 3, vol. 1 « Sûretés, publicité foncière », par Yves PICOD, Paris, Montchrestien, 1999, p. 77 ; François T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2000, n° 790 c), p. 391 ; Tecla ZAMUNER, *Le cautionnement par des actionnaires*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1985, p. 87 ; le professeur Mouly refuse cependant catégoriquement d'y voir une obligation. Voir : C. MOULY, préc., note 22, n° 427, p. 529-530 ; voir : M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 27, n° 259, p. 252 ; Ph. SIMLER, préc., note 5, n° 11.

⁴⁰ D. HOUTCIEFF, préc., note 39, 201 et 202 ; Voir : Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 1070 et suiv.

⁴¹ A. WIENER KATZ, préc., note 32, 63-64.

Afin de démontrer la véracité de notre thèse, il est d'abord important de noter l'importance du recours après paiement de la caution. Ce recours est d'ailleurs l'essence même du cautionnement puisqu'il sert à rétablir la neutralité de l'opération et empêche l'appauvrissement définitif de la caution⁴². Cette dernière dispose alors d'un double recours récursoire : l'un est personnel⁴³ et l'autre, subrogatoire⁴⁴.

Le recours personnel permet à la caution de demander au débiteur non seulement ce qu'elle a payé au créancier, mais également, lorsqu'elle s'est engagée avec l'assentiment du débiteur, les dommages et intérêts liés au cautionnement⁴⁵. Malheureusement, ce recours, bien qu'il ait l'avantage d'indemniser la caution entièrement, est généralement illusoire en raison de l'insolvabilité plus que fréquente du débiteur au moment du recours récursoire⁴⁶.

La subrogation a pour effet de replacer la caution dans la situation du créancier et, du même coup, de lui permettre d'acquérir les droits qui garantissaient la créance principale⁴⁷. Le recours basé sur ce dernier mécanisme est, par conséquent, plus efficace que le recours personnel, car il offre l'avantage à la caution, lors de l'exécution du jugement, de se voir attribuer les droits subrogatoires consentis initialement au créancier, ce qui lui permet alors d'obtenir un rang de collocation privilégié sur le gage commun⁴⁸. Le professeur

⁴² *La garantie, compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. Vortek Groupe conseil Inc.*, [2005] R.J.Q. 1475, par. 38 (C.S.).

⁴³ Art. 2356 C.c.Q.

⁴⁴ Art. 1656 al. 3 C.c.Q.

⁴⁵ La caution s'engage généralement à la demande du débiteur. Il y a alors habituellement entente à ce sujet avant que la caution décide de s'engager. Il existe d'ailleurs un vif débat sur la qualification juridique de cette relation contractuelle. Voir : Christian LARROUMET, *Droit civil*, t. VII «Les sûretés personnelles», par Jérôme FRANÇOIS, Paris, Economica, 2004, n° 11, p. 9-10; l'article 2356 C.c.Q. prévoit par ailleurs que la caution qui s'engage sans l'ordre du débiteur ne peut recouvrer de ce dernier ce qu'elle aurait été tenue de payer si le cautionnement n'avait pas eu lieu. C'est en quelque sorte une situation qui s'apparente à la gestion d'affaires. Voir : Marc BOUDREAU, *Les sûretés*, Collection Bleue, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2004, n° 907, p. 229.

⁴⁶ André-Edmond GIFFARD, *Précis de droit romain*, 3^e éd., t. 2, Paris, Dalloz, 1951, p. 341.

⁴⁷ *Banque Nationale du Canada c. Notre-Dame du Lac (Ville de)*, [1990] R.L. 339, 350 (C.A.).

⁴⁸ J. MESTRE, préc., note 14, n° 616, p. 668.

Mouly explique en ces termes le caractère névralgique des droits subrogatoires (droits préférentiels) pour la caution :

« La caution retirant du cautionnement un intérêt direct (salaire ou satisfaction morale) place dans les droits préférentiels le même espoir que le créancier : obtenir grâce à eux un remboursement aussi complet que possible. Différent est l'intérêt de la caution qui ne s'engage qu'en vue de l'avantage économique que lui apportera indirectement l'obligation principale. En raison des relations étroites entre son patrimoine et celui du débiteur, cette caution sait qu'elle paiera qu'au cas d'insolvabilité affirmée du débiteur. Le recours en remboursement qu'elle lancera alors contre le débiteur aura principalement pour but de soustraire la valeur de sa créance du gage des autres créanciers. L'utilité des droits préférentiels sera alors de faciliter la distraction d'un bien ou d'une valeur. L'intérêt que présentent ces droits pour la caution n'apparaît donc qu'en cours d'exécution. »⁴⁹

La sauvegarde des droits subrogatoires consentis initialement au créancier est ainsi cruciale pour la caution. En effet, les droits subrogatoires augmentent les chances de recouvrement de la créance. En conséquence, lorsque la caution est subrogée, ces droits la protègent contre l'insolvabilité du débiteur. Si donc le créancier altère les droits subrogatoires, il diminue les chances de la caution d'imposer en fin de compte le poids de la dette sur les épaules du débiteur. Du même coup, il augmente le coût du risque qu'assume la caution.

La difficulté quant à la conservation des droits subrogatoires réside dans le caractère accessoire du cautionnement, c'est-à-dire que, étant éloignée de l'opération principale, la caution n'est pas à même d'en éviter la perte, car le contrôle exclusif en revient au créancier, et ce, jusqu'au moment de la subrogation. Le danger d'une telle situation est que le créancier tente d'exploiter le caractère séquentiel du cautionnement pour maximiser ses profits, notamment en ne préservant pas ses droits subrogatoires. Ce type de comportement est désigné par la littérature de l'analyse économique du droit comme étant de l'opportunisme :

« Une partie agit de manière opportuniste en modifiant, souvent de manière subreptice, le cours normal du contrat afin de s'attribuer, au détriment de l'autre, un avantage non envisagé lors de l'entente.

[...]

⁴⁹ C. MOULY, préc., note 22, n° 452, p. 551.

Le rapport doit se caractériser par une asymétrie entre les parties dont la partie avantagée tire profit aux dépens de l'autre d'une manière significative, c'est-à-dire qui dépasse un certain seuil de gravité.⁵⁰

Selon la dernière définition, un comportement est opportuniste à trois conditions : 1) il existe une asymétrie entre les parties ; 2) la partie avantagée tire profit de l'asymétrie au détriment de l'autre partie ; 3) la gravité de l'exploitation dépasse un certain seuil. La thèse que nous soutenons est que le créancier agit de manière opportuniste lorsqu'il ne préserve pas les droits subrogatoires, puisque, dans ce cas, les trois conditions mentionnées ci-dessus sont remplies.

« L'asymétrie de pouvoir s'apparente à un monopole qui permet à une partie, le monopoleur, d'imposer aux autres les termes de la distribution de la ressource. »⁵¹ Quant aux droits subrogatoires, il existe presque toujours une asymétrie de pouvoir en faveur du créancier. Cette situation est causée par le fait que le créancier a un pouvoir discrétionnaire absolu jusqu'au jour de la subrogation quant à la préservation ou à la suppression de ces droits.

L'avantage indu qui peut être retiré par le créancier en renonçant à ses droits subrogatoires est souvent économique. Néanmoins, dans la plupart des cas d'acte d'omission, il y a absence de bénéfice direct. Le seul avantage que le créancier retire alors est celui de réduire son coût de surveillance à l'encontre du débiteur. En effet, il peut être présumé que le créancier imprudent dans la préservation des sûretés s'enrichisse en ne fournissant pas tous les efforts ou les effectifs nécessaires, et ce, par comparaison avec la conduite du créancier prudent et diligent. Cet avantage indu est obtenu au détriment de la caution, car cette dernière doit alors

⁵⁰ Ejan MACKAAY, Violette LEBLANC, Nicolette KOST-DE SÈVRES et Emmanuel S. DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de BENOÎT MOORE, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 421, aux pages 435 et 438 ; Voir : E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 29, n° 1355, p. 379 ; Georges M. COHEN, « The negligence-opportunism tradeoff in contract law », 20 *Hofstra L. Rev.* 941, 957 (1992) : cet auteur définit l'opportunisme comme étant « any contractual conduct by one party contrary to the other party's reasonable expectations based on the parties' agreement, contractual norms, or conventional morality. ».

⁵¹ R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, préc., note 28, p. 94.

assumer, en raison de la perte des droits subrogatoires, le coût supplémentaire du risque qui s'ensuit.

La gravité d'un comportement stratégique de cet ordre est telle que celui-ci peut engendrer une hausse des coûts de transaction qui peuvent mettre en péril la viabilité de l'échange. En effet, la caution, victime d'opportunisme, ne maximise pas ses ressources puisque le cocontractant extorque une partie des bénéfices du contrat⁵². Pour parer à cette éventualité, la caution n'a pas d'autre choix que d'engager des mesures d'autoprotection afin de conserver un recours subrogatoire utile. Le coût lié au fait de se porter caution est alors augmenté. Il en est ainsi puisque le coût associé au comportement opportuniste et à l'autoprotection est pleinement intégré, en ce sens que la caution qui le supporte en assume le coût supplémentaire. L'effet pervers appréhendé dans un tel cas est le risque d'une diminution du nombre de personnes prêtes à jouer ce rôle. Ne pas protéger le recours subrogatoire peut donc mener à une pénurie de personnes susceptibles de se porter caution, le coût inhérent à ce contrat devenant excessif⁵³.

L'intérêt de l'étude du comportement opportuniste, concept de la science économique, est qu'il semble être l'exact contraire de la bonne foi, concept juridique. Cette thèse a été élaborée notamment par certains auteurs dans un article qui s'intitule «L'économie de la bonne foi contractuelle»⁵⁴. À partir de l'examen d'un éventail de décisions en matière de contrats commerciaux internationaux, les auteurs en question ont démontré que l'application de la bonne foi contractuelle comprend les trois traits généraux de la notion d'opportunisme. Ainsi, la bonne foi constitue le fait de s'abstenir d'adopter un comportement opportuniste dans les circonstances qui s'y prêtent⁵⁵.

⁵² Sabine JAMET-LEGAS, *De l'utilité de la bonne foi. Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats*, mémoire de maîtrise, Lille, École doctorale, Université de Lille II, 2002, en ligne : <http://www.rajf.org/article.php?id_article=48>, p. 35.

⁵³ S. BETANT-ROBET, préc., note 34, 325.

⁵⁴ E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST-DE SÈVRES et É. S. DARANKOUM, préc., note 50, 421; voir : S. JAMET-LEGAS, préc., note 52.

⁵⁵ E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST-DE SÈVRES et É. S. DARANKOUM, préc., note 50, 438; voir : E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 29, n° 1361, p. 380.

Le droit utilise ainsi la bonne foi pour combattre l'opportunisme⁵⁶. Cet objectif général connaît cependant une limite importante, soit l'ambiguïté de la notion de bonne foi elle-même. Il faut, par conséquent, institutionnaliser la bonne foi à l'intérieur d'institutions spécifiques, pour laquelle il existe des régimes particuliers, comme c'est le cas, par exemple, en matière de dol, de lésion et de la garantie contre les vices cachés⁵⁷. En agissant de la sorte, le législateur réduit le coût lié à l'incertitude de la notion de bonne foi et, partant, favorise l'échange⁵⁸.

L'exception de subrogation existe pour combattre l'opportunisme du créancier à l'égard des droits subrogatoires. Il s'agit en fait d'une institutionnalisation de la notion de bonne foi qui a pour effet de créer une obligation de bonne subrogation. Tout manquement du créancier à l'obligation de bonne subrogation rend son droit de faire valoir sa créance irrecevable devant les tribunaux. Cette sanction est légitime, car, par ses agissements, le créancier modifie le déroulement normalement prévisible du cautionnement et, ainsi, il rompt l'équilibre contractuel.

II. Le régime juridique de l'exception de subrogation

La seconde partie de cet article est consacrée essentiellement à la présentation du droit positif. Nous verrons qu'il existe une multitude de controverses à éclaircir quant à la mise en œuvre de l'exception de subrogation. Dans chacun de ces cas, nous tenterons de régler la mésentente en utilisant comme cadre d'analyse les principes justificatifs trouvés en première partie. En effet, il peut être opportun de scruter la raison d'être d'une institution juridique lorsque,

⁵⁶ Timothy J. MURIS, «Opportunistic Behavior and the Law of Contracts», 65 *Minn. L. Rev.* 521, 553 (1981).

⁵⁷ E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST-DE SÈVRES et É. S. DARANKOUM, préc., note 50, 445 et suiv. ; voir : E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 29, n° 1365, p. 381.

⁵⁸ A. PARENT, préc., note 4, 534 : «L'incertitude quant à la signification des concepts juridiques est une entrave à l'efficience, car les justiciables sont alors incités à régler les litiges devant les tribunaux. Les parties, afin d'être assurées contre le risque de contestation judiciaire, doivent inclure le coût y afférent. Il en résulte donc que la quote-part du coût collatéral retranché normalement par le cautionnement est réduite, ce qui nuit à la capacité du cautionnement à abaisser le coût du crédit. »

comme dans le présent cas, le texte de loi est laconique et peu précis. Nous ferons ainsi l'étude des deux volets de la mise en œuvre de l'exception de subrogation, soit son domaine et par la suite ses conditions d'application.

A. Le domaine

L'avantage que procure l'exception de subrogation à celui qui réussit à remplir ses conditions d'application est significatif. Il n'est alors pas étonnant qu'elle soit invoquée par d'autres que ceux à qui elle était destinée. Il s'agit donc en premier lieu d'examiner à qui elle peut profiter.

Également, en règle générale, le créancier contracte un cautionnement dans le but principal de garantir le paiement du débiteur. La sécurité qu'offre cette sûreté personnelle est, par conséquent, une condition *sine qua non* de son efficacité⁵⁹. C'est donc sans surprise que le créancier essaie d'écarter contractuellement l'application de l'exception de subrogation. Nous nous pencherons donc en second lieu sur la validité de la renonciation de la caution à ce mode de libération.

1. Les bénéficiaires

Tous s'accordent à reconnaître à la caution simple, qu'elle soit légale, judiciaire ou conventionnelle, la faculté de soulever l'article 2365 C.c.Q.⁶⁰. En est-il de même pour la caution solidaire, la caution réelle, la cogaution et le débiteur solidaire? Nous passerons en revue dans cette section ces cas particuliers et nous expliquerons dans quelle mesure ils sont compatibles avec l'exception de subrogation.

⁵⁹ M. BOURASSIN, préc., note 35, p. 87.

⁶⁰ M. BOUDREAU, préc., note 45, n° 924, p. 234; P. CIOTOLA, préc., note 21, n° 1.60, p. 48; Jacques DESLAURIERS, *Précis de droit des sûretés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 49; Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, p. 382; Hervé ROCH et Rodolphe PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, Montréal, Wilson & Lafleur, 1952, p. 667.

a. La caution solidaire

Il existe une controverse quant à la compatibilité du cautionnement solidaire avec l'exception de subrogation, et ce, pour deux principales raisons⁶¹. D'une part, en vertu du *Code civil du Bas Canada*, il n'existait pas d'équivalence à l'exception de non-subrogation en matière de solidarité. Or, l'article 1941 C.c.B.C. (l'équivalent de l'article 2352 C.c.Q.) édictait que les effets de l'engagement de la caution solidaire devaient se régler par les principes établis pour les dettes solidaires. Par conséquent, à première vue, il pouvait sembler logique de croire à une similitude de situation juridique entre la caution solidaire et le débiteur solidaire⁶². Cette affirmation est d'autant plus vraie lorsqu'on considère que la caution solidaire perd les bénéfices de discussion et de division, ceux-ci constituant la mise en œuvre du caractère accessoire du cautionnement, point crucial de différenciation entre les régimes du cautionnement et de la solidarité. Ainsi, puisque la caution solidaire pouvait être assimilée à un codébiteur solidaire et qu'il y avait absence d'exception de subrogation dans le régime de la solidarité, il pouvait sembler légitime d'affirmer que ce mode de libération n'était pas en mesure de lui profiter.

Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, la question se pose différemment. En effet, l'exception de subrogation a été intégrée dans la législation relative à la solidarité, et ce, à l'article 1531 C.c.Q. Dès lors, le débat sur l'interprétation de l'article 2352 C.c.Q. deviendrait théorique puisque, peu importe le régime auquel elle serait associée, la caution solidaire bénéficierait de l'exception de subrogation. Il existe cependant une différence significative entre les articles 1531 et 2365 C.c.Q. : dans le premier cas, la disposition est supplétive de volonté, tandis que, dans le second, elle est d'ordre public. Il s'avère donc important de déterminer à quelle institution la caution solidaire est assujettie. À ce propos, le juge Béliveau, dans l'affaire *Soris, a Division of Crédit Case Ltée c. Tremblay*, a émis l'option suivante :

« À cet égard, il y a lieu de rappeler les termes de l'article 2352 du Code qui précise que lorsque la caution renonce aux bénéfices de division et de discussion, "les effets de son engagement se règlent

⁶¹ D'ailleurs, le droit allemand et le droit mexicain limitent l'exception de non-subrogation à la caution solidaire.

⁶² Ph. SIMLER, préc., note 1, n° 808, p. 721.

par les principes établis pour les dettes solidaires, dans la mesure où ils sont compatibles avec la nature du cautionnement.” L'article 2365 ne s'applique donc pas.

Toutefois, l'article 1531 comporte une règle à toutes fins pratiques équivalente.»⁶³

Ainsi, selon la Cour supérieure, la caution solidaire serait soumise au régime de la solidarité lorsqu'elle entend opposer l'exception de subrogation. Avec égard, nous ne partageons pas l'opinion du magistrat. De fait, l'article 2352 C.c.Q. précise que les effets de l'engagement de la caution solidaire se règlent par les principes établis pour les dettes solidaires, dans la mesure où ils sont compatibles avec la nature du cautionnement. Or, la législation concernant le cautionnement est inconciliable avec celle de la solidarité en ce qui a trait à l'exception de subrogation en raison du caractère impératif de l'article 2365 C.c.Q.⁶⁴. La caution solidaire est donc soumise au régime de cette disposition.

D'autre part, selon Troplong, ce mode de libération va de pair avec le bénéfice de discussion, car «l'histoire aurait en effet forgé une tradition remontant à Justinien qui aurait conféré en même temps les deux bénéfices au fidéjusseur»⁶⁵. Selon cette conception, l'exception de subrogation et le bénéfice de discussion étant liés, la caution solidaire perdrait le droit de jouir de l'article 2365 C.c.Q. Il en est ainsi puisque la caution engagée solidairement n'est plus en droit de soulever le bénéfice de discussion et, par le fait même, l'exception de subrogation⁶⁶. La solution proposée par Troplong n'a toutefois pas été retenue par la doctrine et la jurisprudence, car il n'existe pas de rapprochement possible entre les deux mécanismes juridiques. Qui plus est, comme nous l'avons mentionné dans la première partie, le principe de l'article 2365 C.c.Q. est autonome en soi. Il n'est donc pas souhaitable de s'en remettre à une autre institution juridique éprouvée, en l'occurrence le bénéfice de discussion, pour délimiter le contour de son domaine.

⁶³ J.E. 2005-1756, par. 35 et 36 (C.S.).

⁶⁴ Voir : P. SIMLER, préc., note 1, n° 808, p. 721 et 722.

⁶⁵ R. T. TROPLONG, préc., note 19, p. 474-492.

⁶⁶ Art. 2352 C.c.Q.

b. La caution réelle

La caution est réelle lorsque l'assiette de sa garantie ne porte que sur une partie de son patrimoine personnel. En d'autres mots, il y a cautionnement réel si la responsabilité de la caution est limitée à un ou plusieurs biens. Si la caution se trouve à devoir rembourser, elle doit remettre cet objet au créancier. Elle est par la suite subrogée dans ses droits dans la mesure de son paiement et peut, de ce fait, exercer un recours du type subrogatoire à l'encontre du débiteur principal⁶⁷. La protection des droits subrogatoires s'avère en conséquence aussi essentielle pour la caution réelle que pour les autres types de caution. Il devient alors clair que l'exception de non-subrogation peut lui venir en aide, d'autant plus que le législateur n'a pas cru bon d'exclure ce type de cautionnement de l'article 2365 C.c.Q.⁶⁸.

c. La cocautation

Chacune des cautions d'un même débiteur principal est appelée «cocautation». Celle-ci a un lien direct avec le créancier. Ce dernier a, par conséquent, un recours contre la cocautation au cas où le débiteur n'exécute pas ses obligations. Dans cette éventualité, toute cocautation poursuivie peut soulever l'exception de subrogation à l'encontre du créancier.

Lorsqu'un créancier prend des mesures à l'encontre d'une seule cocautation, cette dernière est obligée à toute la dette, à moins qu'elle n'invoque avec succès le bénéfice de division, auquel cas elle n'est tenue que pour sa part⁶⁹. La cocautation qui acquitte la totalité de la dette a par la suite une action subrogatoire contre les autres cocautations, chacune pour sa part et portion⁷⁰. La question qui se pose alors est de savoir si les autres cocautations peuvent se servir de

⁶⁷ Art. 1656 al. 3 C.c.Q.

⁶⁸ C. MOULY, préc., note 22, n° 392, p. 497 ; en Belgique, malgré un texte de loi analogue à l'article 2365 C.c.Q., la caution réelle ne peut pas invoquer l'exception de subrogation. Voir : Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Cautionnement*, Bruxelles, Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques, 1978, p. 161.

⁶⁹ Art. 2349 C.c.Q.

⁷⁰ Art. 2360 al. 1 C.c.Q. ; Voir : *Lamonde c. Marchetta*, J.E. 2002-1582, par. 26 (C.A.).

l'exception de subrogation pour contrecarrer le recours de la cogaution qui a acquitté la dette. Il est théoriquement possible que la perte des droits subrogatoires soit directement attribuable à la cogaution qui a payé la totalité de la dette au créancier. Sans vouloir écarter définitivement cette avenue, nous estimons cependant difficile de concevoir en pratique un cas de ce genre. La seule véritable possibilité se présente lorsque la cogaution est subrogée dans les droits du créancier. À ce moment-là, si la perte des droits subrogatoires est due à son fait, alors elle peut se voir opposer l'exception de subrogation.

d. Le débiteur solidaire

Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, le débiteur solidaire ne disposait d'aucun moyen afin de contrer l'opportunisme du créancier à l'égard des droits subrogatoires. En effet, une jurisprudence constante lui refusait le bénéfice de l'exception de subrogation prévue dans le chapitre du cautionnement. Il y avait également absence de dispositions équivalentes en matière de solidarité. La seule justification pouvant être avancée était que ce mode de libération appartenait à l'institution du cautionnement. Voilà ce qu'exprimait la Cour d'appel :

« L'appelante nous propose que ce moyen de défense n'existe pas puisque l'article 1959 C.C. ne se trouve pas au Titre des obligations du *Code civil* mais bien au Titre quinzième qui traite du contrat de cautionnement. Le législateur a voulu protéger la caution qui n'est pas un débiteur ordinaire. La même règle ne protège pas les codébiteurs solidaires qui ont une obligation directe envers le créancier. »⁷¹

L'accroc véhiculé par la règle d'avant 1994 était le suivant : rien ne permet de croire que l'importance de la protection des droits subrogatoires est moins élevée pour le codébiteur solidaire que pour la caution⁷². En effet, le recours subrogatoire est dans bien des cas, tant pour un que pour l'autre, le seul moyen permettant de se faire rembourser, et ce, en raison de l'insolvabilité plus que fréquente du débiteur principal au moment de l'action récursoire.

⁷¹ *Montréal (Ville de) c. Steckler*, [1983] C.A. 215, 217 et 218 ; voir : *Caisse Populaire de Pontbriand c. Domaine St-Martin Ltée*, [1992] R.D.I. 417, 419 (C.A.).

⁷² Ph. SIMLER, préc., note 1, n^o 807, p. 720.

Le législateur québécois a réagi à cette iniquité en édictant l'article 1531 C.c.Q. qui prévoit ceci : « [Le] débiteur solidaire qui, par le fait du créancier, est privé d'une sûreté ou d'un droit qu'il aurait pu faire valoir par la subrogation est libéré jusqu'à concurrence de la valeur de la sûreté ou du droit dont il est privé. » Ainsi, à la différence du droit français⁷³, l'exception de subrogation fait maintenant partie de la législation québécoise en matière de solidarité. Notons que la caution et le débiteur ne peuvent se prévaloir de l'article 1531 C.c.Q., cette disposition étant exclusive au codébiteur solidaire⁷⁴ et au débiteur tenu *in solidum*⁷⁵.

2. La renonciation à l'exception de subrogation

Avant 1994, le créancier avait pris l'habitude d'exiger de la caution une renonciation anticipée à l'exception de subrogation⁷⁶. La jurisprudence et la doctrine avaient d'ailleurs confirmé la validité d'une telle clause⁷⁷, pourvu cependant que le créancier ne diminue pas frauduleusement ses garanties, ce qui aurait rendu intention-

⁷³ La doctrine majoritaire refuse d'accorder au codébiteur solidaire le droit d'invoquer l'exception de subrogation : S. BETANT-ROBET, préc., note 34, 315 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 27, n° 261, p. 254 ; *Cours de droit civil*, t. IX « Les sûretés, la publicité foncière » par Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, 8^e éd., Paris, Cujas, 1996, n° 281, p. 111 ; C. MOULY, préc., note 22, n° 390, p. 495 ; P. SIMLER, préc., note 1, n° 807, p. 719 et 720 ; Un auteur affirme plutôt que le codébiteur solidaire doit pouvoir bénéficier de ce mode de libération : P.-A. SIGALAS, préc., note 17, n° 104, p. 98.

⁷⁴ *Caisse populaire Desjardins de St-Donat de Montcalm c. Paquin (Succession de)*, J.E. 2002-787, par. 30 (C.S.).

⁷⁵ *Paré c. Barrette*, J.E. 2003-1956, par. 78 (C.S.).

⁷⁶ Voir : L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 1, 943.

⁷⁷ *Caisse populaire de St-Léonard c. Wistaff*, J.E. 89-892 (C.A.) ; S.S.Q., *société d'assurance-vie Inc. c. 2970-3691 Québec Inc.*, J.E. 95-1806 (C.S.) ; *Placements Jeton Bleu (1986) Inc. c. 156332 Canada Inc.*, [1997] R.J.Q. 2265, 2275 (C.S.) ; *96968 Canada Inc. c. 2426-5381 Québec Inc.*, J.E. 99-2084 (C.S.) ; *Rozon c. Tremblay*, [1985] C.P. 147, 151 ; *Larose c. Desgagnés*, [1989] R.J.Q. 1674, 1678 et 1679 (C.Q.) ; S. BETANT-ROBET, préc., note 34, 321 ; J. DESLAURIERS, préc., note 60, p. 53 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 73, n° 292, p. 115 ; C. MOULY, préc., note 22, n° 465, p. 565 ; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. XI « contrats civils », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, n° 1560, p. 1007-1008 ; Ph. SIMLER, préc., note 5, n° 24-27.

nellement plus onéreuse l'obligation de la caution⁷⁸. Le mode de libération n'avait donc pas un caractère d'ordre public, mais il était plutôt supplétif de volonté.

Une fois la question de la validité juridique réglée, il était cependant permis de se demander si cette option était la plus efficiente. À notre avis, la réponse est négative, et ce, pour deux raisons. D'une part, comme nous l'avons mentionné dans la première partie de notre article, il existe presque toujours une asymétrie de pouvoir en faveur du créancier en ce qui concerne les droits subrogatoires⁷⁹. Cette situation est causée par le fait que le créancier a un pouvoir discrétionnaire absolu jusqu'au jour de la subrogation quant à la préservation ou à la suppression de ces droits. Le législateur peut assurer une distribution efficiente des ressources en limitant, par l'adoption d'une disposition impérative, l'opportunité pour le créancier de profiter de l'asymétrie de pouvoir⁸⁰.

D'autre part, il y avait en pratique systématiquement une renonciation à l'exception de subrogation. L'effet pervers d'une telle situation était que la caution supportait seule la charge du risque de la perte des droits subrogatoires alors que le créancier était celui à qui en revenait le contrôle exclusif. Celui-ci pouvait, par conséquent, agir impunément de façon opportuniste, ce qui augmentait évidemment le risque qu'un tel comportement se produise. Pour contrer ce fléau, la caution n'avait pas d'autre choix que d'adopter des mesures coûteuses d'autoprotection, par exemple, de s'assurer de prendre des précautions accrues avant de s'engager, de surveiller étroitement les activités du créancier et du débiteur ou de contracter un sous-cautionnement. La caution pouvait également décider de ne pas contracter, ce qui engendrait un coût d'opportunité. Les ressources pouvaient donc ne pas être affectées vers l'usage la plus valorisé en raison de l'amplitude des coûts de transaction.

⁷⁸ Larose c. Desgagnés, préc., note 77, 1678 et 1679; S. BETANT-ROBET, préc., note 34, 323; P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 73, n° 292, p. 115; C. MOULY, préc., note 22, p. 576-584; P. SIMLER, préc., note 1, n° 816, p. 728.

⁷⁹ R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, préc., note 28, p. 94: «L'asymétrie de pouvoir s'apparente à un monopole qui permet à une partie, le monopoleur, d'imposer aux autres les termes de la distribution de la ressource.»

⁸⁰ *Id.*, p. 95.

C'est ainsi que le législateur québécois, profitant de la réforme du *Code civil du Québec*, a édicté l'article 2355 C.c.Q., ce dernier interdisant à la caution de renoncer à l'avance à l'article 2365 C.c.Q.⁸¹. En conséquence, cet article fait partie de la catégorie des dispositions d'ordre public économique de protection. À noter que, pour des raisons qui nous échappent, le législateur n'a pas reproduit la même disposition en matière de solidarité. L'article 1531 C.c.Q. demeure donc supplétif de volonté.

L'article 2355 C.c.Q. interdit à la caution de « renoncer à l'avance » à l'exception de subrogation. Il s'agit, dans les développements qui suivent, de préciser le sens de cette expression. Trois situations sont envisageables. Le premier cas est celui de la renonciation anticipée, celle-ci se produisant généralement à l'occasion même de la signature du cautionnement. Ce type de renonciation est clairement interdit par l'article 2355 C.c.Q. Deux éléments la caractérisent. D'abord, la plupart du temps, elle est générale, c'est-à-dire que la caution renonce à se prévaloir de l'exception de subrogation à l'égard de l'ensemble des droits subrogatoires. Ensuite, elle n'affecte que l'avenir, la perte des droits subrogatoires n'ayant pas été réalisée à ce moment-là. Cela revient donc à laisser carte blanche au créancier. La sanction liée à un tel type de renonciation est la nullité relative. La prohibition de la renonciation anticipée est motivée par le fait qu'il y a généralement une disproportion dans le rapport de force entre le créancier et la caution lors de la signature du cautionnement ; cette disproportion est liée à une considération, soit que la caution n'envisage pas qu'elle puisse être appelée à payer un jour. Il s'ensuit qu'elle est prête à consentir à n'importe quelles exigences du créancier afin que le contrat principal puisse se concrétiser et, notamment, de renoncer à l'avance à l'exception de subrogation. D'ailleurs, en pratique, avant 1994, le créancier obtenait systématiquement une clause à cet effet.

La renonciation de la caution peut également survenir au cours du cautionnement et ne viser qu'une sûreté en particulier. Il s'agit alors d'une renonciation que l'on peut qualifier de partielle. Deux

⁸¹ L'article 2014 du *Code civil français* a été modifié par la *Loi du 1^{er} mars 1984* qui en consacre le caractère impératif. Voir : M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 27, n° 267, p. 259 et 260 ; Ph. SIMLER, préc., note 1, n° 814-821, p. 729-732.

cas de figure sont alors possibles. D'une part, il arrive que la renonciation partielle soit directe et sans ambiguïté. C'est le cas, notamment, lorsque la caution accepte de renoncer à l'exception de non-subrogation à l'égard d'une sûreté ayant déjà fait l'objet d'un échange ou sur le point de l'être par le créancier. D'autre part, il peut se produire des cas où la renonciation partielle est implicite. Notons que ce type de renonciation doit être clair et non équivoque et qu'il ne peut résulter d'actes donnant prise à des interprétations contraires⁸². Une telle situation se présente, par exemple, lorsque la caution accepte, à un moment donné, que le créancier anéantisse un droit subrogatoire ou l'échange en contrepartie d'un autre⁸³ ou encore lorsque la caution paie sans aucune réserve le créancier alors qu'elle sait que ce dernier a perdu, par son fait, son unique droit subrogatoire⁸⁴. L'acceptation ou le paiement équivalent alors à une renonciation implicite d'invoquer ultérieurement l'exception de non-subrogation.

La question de la validité de la renonciation partielle à l'exception de subrogation a été discutée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Lemay*⁸⁵. Dans cette affaire, il a été décidé que, dans l'éventualité où «il y a pluralité de débiteurs, pluralité de biens ou pluralité de sûretés, la caution peut renoncer à invoquer l'exception de subrogation à l'égard de certains des débiteurs, de certains des biens ou de certaines des sûretés⁸⁶». Mais qu'en est-il lorsqu'il n'y a qu'une seule sûreté et que la caution y renonce? Dans ce cas, la renonciation partielle devient totale et, par le fait même, il n'est plus possible d'invoquer l'exception de subrogation. Ces résultats sont d'ailleurs conformes à la raison d'être de l'exception de subrogation. En effet, l'élément qui justifie l'exception de subrogation est alors sa capacité d'aligner les intérêts du créancier sur ceux du débiteur pour contrer l'opportunisme. Or, dans la situation qui nous préoccupe, il y a absence de tout comportement opportuniste, car la caution peut librement et sans aucune pression décider de l'opportunité de renoncer ou non, en toute connaissance de cause. La validité de la renonciation partielle est éga-

⁸² *Banque Nationale du Canada c. Lemay*, [2008] R.J.Q. 127, par. 34 (C.A.).

⁸³ *Valiquette c. Garant*, [1994] R.L. 323, 324 (C.A.); *Banque de Montréal c. Renaud*, J.E. 99-1001 (C.S.).

⁸⁴ *Banque Nationale du Canada c. Lemay*, préc., note 82, par. 41.

⁸⁵ Préc., note 82, par. 44; voir: P. CIOTOLA, préc., note 21, n° 1.59, p. 48.

⁸⁶ *Banque Nationale du Canada c. Lemay*, préc., note 82, par. 44.

lement souhaitable en raison du fait qu'elle accorde aux parties la possibilité d'apporter, en cours de route, les correctifs nécessaires à une relation contractuelle évolutive. Cela permet, notamment, de supprimer ou d'échanger un droit subrogatoire devenu inefficace. Les ressources sont alors affectées à l'usage le plus valorisé, ce qui a pour effet de maximiser les gains relatifs à l'échange.

Quant au troisième cas envisagé, soit celui où la caution renonce à l'exception de subrogation postérieurement à la subrogation, sa validité ne fait aucun doute. Notons que la renonciation postérieure peut être explicite ou implicite. En effet, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*⁸⁷, a statué qu'il est possible de renoncer à une disposition d'ordre public économique de protection dans la mesure où cela intervient après l'acquisition des droits. D'ailleurs, l'exception de subrogation a pour objet de protéger la caution de l'opportunisme du créancier jusqu'à la subrogation. Après ce moment, la caution est libre de disposer de ses droits subrogatoires comme elle l'entend et, à plus forte raison, de renoncer à s'en prévaloir.

B. Les conditions d'application

La jurisprudence québécoise n'a jamais utilisé l'exception de subrogation de manière systématique. En effet, aucune grille d'analyse n'a été prédéterminée, comme c'est le cas en matière de responsabilité civile où le juge évalue trois critères, soit la faute, le préjudice et le lien de causalité. Quant à la doctrine québécoise, seul le professeur Boudreault a tenté une synthèse à ce sujet⁸⁸.

Pour notre part, nous croyons que l'exception de subrogation exige le cumul de quatre conditions afin d'être mise en application : 1) le fait du créancier ; 2) la perte d'un droit subrogatoire ; 3) le préjudice de la caution ; 4) le lien causal entre les trois derniers éléments.

⁸⁷ [1992] 2 R.C.S. 499, 530.

⁸⁸ M. BOUDREAU, préc., note 45, n° 925, p. 234 : le professeur Boudreault propose le respect de trois critères : 1° il doit y avoir perte de droits préférentiels ; 2° la perte doit être imputable au fait du créancier ; 3° la caution doit avoir subi un préjudice.

1. Le fait du créancier

La signification de l'expression « fait du créancier » est controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence : certains affirment qu'une faute est nécessaire⁸⁹, tandis que d'autres sont d'opinion qu'un fait même non fautif peut entraîner la décharge de la caution⁹⁰.

Bien que cela puisse être hasardeux, il est primordial de fixer le critère applicable, car le fardeau de la preuve de la caution varie selon l'une ou l'autre de ces éventualités. En effet, la notion de « fait du créancier » est liée à l'imputabilité des actions en cause, tandis que celle de « faute du créancier » est centrée à la foi sur l'imputabilité et sur la violation d'une obligation préexistante. Ainsi, lorsque la caution doit prouver le fait du créancier, elle n'a qu'à établir que la perte des droits subrogatoires est l'œuvre du créancier, alors que, si la caution a le fardeau de démontrer la faute du créancier, elle doit démontrer non seulement l'imputabilité des actions, mais également que le créancier n'a pas utilisé les moyens qu'un autre créancier, placé dans les mêmes circonstances, aurait employés⁹¹.

Le véritable questionnement est, par conséquent, de déterminer s'il est nécessaire qu'il y ait inexécution d'une obligation préexistante pour enclencher l'application de l'exception de subrogation.

À la différence du Code civil d'Éthiopie⁹², il n'y a pas en droit québécois d'obligation explicite du créancier qui le force à préserver

⁸⁹ *Lessard c. Metrocan Leasing Ltd.*, [1987] 12 Q.A.C. 220, 222; *Banque Royale du Canada c. Papaspyrou*, J.E. 94-791 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. Buffone*, J.E. 95-83 (C.S.); *Harvey c. Côté*, J.E. 95-1725 (C.S.); *Cloutier c. Polymarbre (1987) Inc.*, B.E. 98BE-468 (C.S.); *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Pageau*, B.E. 98BE-578 (C.S.); *Caisse populaire de St-Ambroise de Kildare c. Prud'homme*, [1986] R.J.Q. 1292, 1296 (C.P.); *Matériaux Lumberland Inc. c. Martineau*, J.E. 88-998 (C.P.); P. ANCEL, préc., note 39, n° 485, p. 193; F. LAURENT, préc., note 18, n° 310, p. 312; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, préc., note 68, p. 163; M. PLANIOL et G. RIPERT, préc., note 77, n° 1560, p. 1005 et 1006; Ph. SIMLER, préc., note 1, n° 842, p. 752; T. ZAMUNER, préc., note 39, p. 154.

⁹⁰ *Normand c. Simard*, J.E. 89-416 (C.A.); *Caisse d'entraide économique de Val-d'or c. Gauthier*, (1990) R.L. 419, 426 (C.A.); Christophe ANDRÉ, *Le fait du créancier contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2002, n° 302-311, p. 93-96; S. BETANT-ROBET, préc., note 34, 332.

⁹¹ P. ANCEL, préc., note 39, n° 488, p. 195.

⁹² Art. 1945 C. civ. d'Éthiopie.

les droits subrogatoires. Découle-t-il cependant de l'article 2365 C.c.Q. une obligation implicite à cet effet? Une certaine doctrine française refuse catégoriquement d'y voir une obligation⁹³. Le professeur Mouly explique sa position de la manière suivante :

«Toute sûreté a un triple but : augmenter le crédit du débiteur, maintenir à sa valeur nominale le prix de l'obligation [...], et conférer au créancier une sécurité dont les incidences seront autant psychologiques que financières. Pour remplir correctement le troisième but nous pensons que la sûreté doit laisser le créancier libre de tout lien ; il lui est impossible d'apporter sécurité et confiance si elle fait peser sur le créancier des obligations d'une importance telle qu'elles contrebalancent celles du garant.

[...]

Certes le créancier doit adopter une attitude susceptible de ne pas compromettre la subrogation de la caution dans les droits préférentiels; mais il ne s'agit là que "d'une contrainte d'ailleurs toute négative et qui ne suffit pas à conférer un caractère synallagmatique au cautionnement". Il est impensable de faire peser sur tous les créanciers une obligation générale de bonne subrogation sans que rien ne l'en avertisse.»⁹⁴

Pour notre part, nous estimons que l'expression « fait du créancier » incluse dans l'article 2365 C.c.Q. se réfère plutôt à la faute du créancier. Comme nous l'avons indiqué dans les développements sur les principes justificatifs exposés dans la première partie du présent article, cette disposition contient une obligation implicite de bonne subrogation. Celle-ci consiste à imposer au créancier le devoir de préserver les droits subrogatoires qu'il possède pour garantir le paiement de la dette principale, et ce, jusqu'au moment de la subrogation⁹⁵. Cette obligation est de moyen, c'est-à-dire que

⁹³ C. MOULY, préc., note 22, n° 427, p. 529-530; M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 27, n° 259, p. 252; Ph. SIMLER, préc., note 5, n° 11.

⁹⁴ C. MOULY, préc., note 22, n° 426-427, p. 529-530.

⁹⁵ *Caisse populaire de St-Ambroise de Kildare c. Prud'homme*, préc., note 89, 1299 : «[...] la caution a droit d'être subrogée à toutes les garanties du créancier, y compris celles qui n'existaient pas au moment de son engagement comme caution et que, par conséquent, elle a droit d'être protégée par le créancier qui a alors l'obligation légale de le faire.» ; voir : *Banque de Nouvelle-Écosse c. Promotions Atlantiques Inc.*, J.E. 2001-576 (C.S.) ; *Groulx c. Asselin*, J.E. 99-2085 (C.Q.) ; *Vitrierie J.L. Inc. c. Cautionnements mutuels des Amériques Inc.*, B.E. 2001BE-258 (C.Q.).

le créancier doit agir avec prudence et diligence dans son administration des droits subrogatoires. Cette idée est d'ailleurs partagée par le magistrat de la Cour du Québec dans l'affaire *Vitrierie J.L. Inc. c. Cautionnements mutuels des Amériques Inc.* :

« Il est alors reproché au créancier de ne pas accomplir tout ce qu'il est en moyen de faire afin de conserver les droits de la caution. En fait, le créancier doit prendre les mesures appropriées pour conserver les garanties fournies afin d'assurer le paiement. »⁹⁶

Cette conclusion est logique, car la bonne foi du créancier exige de celui-ci qu'il pare aux éventualités prévisibles qui peuvent toucher la caution, et non qu'il obtienne un résultat à tout prix. Ainsi, puisque l'article 2365 C.c.Q. est mis en œuvre seulement lorsqu'il y a inexécution d'une obligation préexistante de moyen, il est plus juste de parler de faute du créancier que de fait du créancier.

L'obligation de bonne subrogation implique évidemment que le créancier s'abstienne de faire des gestes déraisonnables qui auraient pour effet d'anéantir un droit subrogatoire. Voici quelques exemples jurisprudentiels d'actes positifs qui peuvent enclencher l'application de l'exception de subrogation :

- le créancier accorde une mainlevée des hypothèques au débiteur principal⁹⁷ ;
- le créancier vend des biens nantis à un prix moindre que leur valeur marchande⁹⁸ ;
- le créancier enregistre une hypothèque de second rang alors qu'il s'était engagé à enregistrer une hypothèque de premier rang⁹⁹ ;

⁹⁶ B.E. 2001BE-258 (C.Q.) ; pour une explication concernant l'obligation de moyens, voir : D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 40, n° 103-105, p. 43 et 44.

⁹⁷ *Guertin c. Dufresne*, J.E. 98-1327 (C.S.) ; *Vitrierie J.L. Inc. c. Cautionnements mutuels des Amériques Inc.*, préc., note 95.

⁹⁸ *Banque Royale du Canada c. Papaspyrou*, préc., note 89.

⁹⁹ *Société d'aide au développement de la collectivité de l'amiante c. Thivierge*, B.E. 2002 BE-602 (C.S.) : dans ce jugement, la Cour supérieure en vient à la conclusion que le fait que le créancier qui enregistre une hypothèque de second rang, alors qu'il s'était engagé à enregistrer une hypothèque de premier rang, n'est pas suffisant pour accorder l'exception de subrogation, la caution pouvant toujours être subrogée dans les droits liés à l'hypothèque de second rang. Avec égard, nous ne pouvons partager cet avis, car la subrogation dans les droits du créancier de second rang n'a pas la même valeur que celle qui est accordée au

- le créancier abandonne une partie de ses droits à la convention¹⁰⁰;
- le créancier enregistre les garanties dans le mauvais district¹⁰¹.

Il se peut également que l'exception de subrogation soit mise en œuvre en raison de l'apathie du créancier. Dans ce cas, il s'agit de déterminer si le créancier a utilisé les moyens qu'un autre créancier, placé dans les mêmes circonstances, aurait employés afin de préserver les droits préférentiels. Il est important de noter que l'inaction du créancier est parfois légitime, ne serait-ce que lorsque d'irrépressibles circonstances empêchent le maintien de la sûreté ou lorsque la conservation des droits conduirait à des dépenses disproportionnées¹⁰². Voici quelques exemples jurisprudentiels d'actes d'omission qui peuvent entraîner l'application de l'exception de non-subrogation :

- le créancier n'enregistre pas l'hypothèque¹⁰³;
- le créancier néglige d'accomplir son droit de préférence qui, autrement, aurait eu pour conséquence d'éteindre la dette principale¹⁰⁴;
- le créancier retarde l'inscription d'une sûreté, ce qui entraîne, de ce fait, la perte d'un rang utile¹⁰⁵;
- l'obtention d'une sûreté est faite sans respecter les formalités imposées par la loi, telle la rédaction d'un acte d'hypothèque mobilier nul pour description inadéquate des biens¹⁰⁶;
- le créancier néglige d'intenter une action judiciaire à l'encontre d'une cogaution dans le délai requis, et il laisse ainsi prescrire son recours¹⁰⁷.

créancier de premier rang, donc la caution doit être libérée dans la mesure du préjudice qu'elle subit. Voir : *Banque Nationale du Canada c. Gendron*, J.E. 2006-612, par. 56-59 (C.S.).

¹⁰⁰ *Valiquette c. Garant*, préc., note 83, 324.

¹⁰¹ *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102.

¹⁰² D. HOUTCIEFF, préc., note 39, 199.

¹⁰³ *Marmen c. Boudreault*, [1955] B.R. 686.

¹⁰⁴ *Id.*, 692.

¹⁰⁵ *Ross c. Lamontagne*, J.E. 98-1670 (C.S.).

¹⁰⁶ *Caisse populaire de St-Ambroise de Kildare c. Prud'homme*, préc., note 89, 1296.

¹⁰⁷ *Groupe Lactel Inc. c. Almac*, J.E. 2006-2371, par. 17 (C.A.).

Les tribunaux n'ont pas considéré qu'il y a violation de l'obligation de bonne subrogation dans les cas suivants :

- l'obligation de conserver les garanties détenues pour les offrir aux cautions appelées à payer le créancier ne va pas jusqu'à désintéresser un créancier de rang antérieur¹⁰⁸ ;
- le fait d'avoir pris possession des actifs de la débitrice principale par l'entremise d'un mandataire du créancier n'a pas pour conséquence d'anéantir les sûretés¹⁰⁹ ;
- la caution ne doit pas être libérée lorsque créancier attend quelques mois pour vendre le bien, et ce, malgré la perte partielle du bien survenue au bout de six mois en raison d'un incendie¹¹⁰ ;
- la simple prolongation du terme ne libère pas les cautions¹¹¹ ;
- le fait que le créancier mette le débiteur en faillite ou qu'il néglige de produire une réclamation en faillite¹¹² ;
- en l'absence d'obligation légale ou contractuelle, le créancier n'a pas à notifier à la caution ses intérêts dans les biens faisant l'objet du cautionnement¹¹³ ;
- la caution qui consent à une mainlevée des hypothèques ne peut plus se plaindre de ce fait par la suite¹¹⁴ ;
- le fait pour un créancier d'accorder une quittance à un débiteur solidaire ne libère pas la caution pour la différence entre cette libération et le montant total de la dette principale¹¹⁵ ;
- la caution qui refuse de se faire céder la créance par le créancier ne peut se plaindre par la suite que la dette soit prescrite¹¹⁶ ;

¹⁰⁸ *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Scalia*, J.E. 97-1153 (C.S.).

¹⁰⁹ *Télé-Métropole international Inc. et Télé-Métropole Inc. c. Banque Mercantile du Canada*, J.E. 95-1135 (C.A.).

¹¹⁰ *Caisse d'entraide économique de Val-d'or c. Gauthier*, préc., note 90, 427.

¹¹¹ *Marmen c. Boudreault*, préc., note 103, 691 ; *Patry (In trust) c. Campbell*, J.E. 96-982 (C.S.).

¹¹² *Marmen c. Boudreault*, préc., note 103, 690-691 ; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Albert WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd., T. XXIV, Paris, Sirey, 1907, n^o 1176, p. 615 ; P.-B. MIGNAULT, préc., note 60, p. 381.

¹¹³ *Lessard c. Metrocan Leasing Ltd.*, préc., note 89, 222.

¹¹⁴ *Banque de Montréal c. Renaud*, préc., note 83.

¹¹⁵ *Banque Nationale du Canada c. Denevers Marketing Inc.*, J.E. 95-2258 (C.S.).

¹¹⁶ *Banque Royale du Canada c. Michaud*, J.E. 2001-1494, par. 9 (C.S.).

- la caution qui signe, en son nom personnel et à titre d'administrateur du débiteur, une convention par laquelle le créancier abandonne une partie de ses droits renonce à se prévaloir de l'article 2365 C.c.Q.¹¹⁷.

Que faire lorsque la perte d'un droit subrogatoire est imputable en partie au créancier? La doctrine française affirme à ce propos que la faute du créancier doit être exclusive à ce dernier, sinon l'exception de subrogation n'est pas applicable¹¹⁸. Selon nous, il y a lieu en droit québécois d'employer par analogie le principe de l'article 1478 C.c.Q., celui-ci édictant que « lorsque le préjudice est causé par plusieurs personnes, la responsabilité se partage entre elles en proportion de la gravité de leur faute respective ». En effet, aucune raison valable ne justifie de restreindre l'accès à l'article 2365 C.c.Q., comme la doctrine française le propose. D'ailleurs, il nous semble curieux de permettre au créancier qui agit de manière opportuniste de se dégager de toute responsabilité sous prétexte que sa conduite n'est pas l'unique cause de la perte des droits subrogatoires. Ainsi, nous croyons qu'il y a décharge de la caution dans la mesure de la participation du créancier à l'acte fautif.

2. La perte d'un droit subrogatoire

L'article 2365 C.c.Q. mentionne, comme deuxième condition d'application, que la subrogation aux « droits » du créancier ne peut plus s'opérer utilement en faveur de la caution. Il s'agit donc de voir quel type de droit subrogatoire doit être perdu par le créancier pour enclencher la mise en œuvre de cette disposition.

La caution qui paie le créancier détient deux recours récursoires afin de se faire rembourser : l'un est personnel, tandis que l'autre est subrogatoire. Le recours personnel permet à la caution d'agir en justice à titre de créancier chirographaire à l'encontre du débiteur. La caution a cependant une mesure de rechange, soit d'exercer un recours basé sur la subrogation. Ce dernier mécanisme juridique

¹¹⁷ Valiquette c. Garant, préc., note 83, 324.

¹¹⁸ G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, préc., note 112, n° 1177, p. 617; C. LARROUMET, préc., note 45, n° 382, p. 319 et 320; Dominique LEGEAI, *Sûretés et garanties du crédit*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, n° 283, p. 224; Philippe THÉRY, *Les sûretés et la publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1998, n° 85, p. 132.

accorde à la caution le droit de se faire transmettre par le créancier non seulement la créance, mais également les accessoires qui concernent le contrat principal¹¹⁹. Le privilège que lui procure le recours subrogatoire par rapport au recours personnel est qu'elle obtient, en raison de la présence des accessoires, un rang privilégié de collocation. Cet avantage s'avère d'une importance capitale, car le débiteur est généralement insolvable au moment du recours récursoire¹²⁰. Ainsi, nous partageons l'opinion d'un auteur québécois¹²¹ et celle de la doctrine française¹²² qui affirment que le mot « droit » signifie « un droit susceptible de profiter à la caution par voie de subrogation, donc d'un droit qui ajoute un avantage à la situation de créancier chirographaire, qui est *a priori* la sienne »¹²³. Autrement dit, il est nécessaire, afin que l'exception de subrogation soit mise en œuvre, qu'il y ait perte d'un droit préférentiel, le droit de gage général étant déjà acquis à la caution par le truchement de son recours personnel.

La notion de droit préférentiel est large et élastique, ce qui rend difficile la délimitation de ses contours. Cependant, elle inclut généralement les priorités et les sûretés réelles, ainsi que toutes les prérogatives dont dispose le créancier et qui peuvent faciliter le recouvrement de sa créance¹²⁴, comme c'est le cas, par exemple, pour la réserve de propriété du vendeur à tempérament, d'un droit de rétention ou d'une sûreté personnelle. Si le droit perdu n'accorde pas un droit supérieur à la caution par rapport à la situation du créancier chirographaire, alors l'exception de subrogation ne peut être applicable. Par exemple, le fait d'omettre d'enregistrer les droits d'auteur n'engendre pas la mise en œuvre de l'article 2365 C.c.Q.,

¹¹⁹ *Banque Nationale du Canada c. Notre-Dame du Lac (Ville de)*, préc., note 47, 351-352.

¹²⁰ J. MESTRE, préc., note 14, n° 616, p. 668.

¹²¹ M. BOUDREAULT, préc., note 45, n° 925, p. 234.

¹²² G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, préc., note 39, n° 620a, p. 418; C. MOULY, préc., note 22, n° 411, p. 516-517; Ph. SIMLER, préc., note 1, n° 823, p. 733 et 734; outre le droit français, les droits belge et suisse sont au même effet; le droit allemand est plus restrictif, car il limite l'exception de subrogation aux sûretés personnelles ou réelles qui permettent une action privilégiée en cas de faillite.

¹²³ P. SIMLER, préc., note 1, n° 823, p. 733.

¹²⁴ Christophe ANDRÉ, préc., note 90, p. 96; C. LARROUMET, préc., note 45, n° 379, p. 313.

car la priorité d'enregistrement détenue par un tiers n'a pas pour conséquence de donner un droit préférentiel à ce dernier¹²⁵.

Le créancier renonce à un droit préférentiel de deux différentes manières : (1) si celui-ci le supprime volontairement ou néglige d'accomplir les formalités nécessaires à sa conservation ; (2) lorsqu'il accomplit ou n'accomplit pas un acte et que cela a pour effet d'en réduire la valeur¹²⁶. L'une ou l'autre des éventualités mène à la décharge de la caution.

Il existe encore une certaine jurisprudence qui accorde à la caution une décharge de ses obligations en vertu de l'article 2365 C.c.Q., alors qu'elle reproche au créancier d'avoir fait des actes qui rendent le débiteur insolvable¹²⁷. Or, l'exception de subrogation ne peut être mise en œuvre pour réparer ce type de préjudice, car il n'y a pas eu de perte de droits préférentiels, mais seulement altération du gage commun.

Il se peut également que le créancier cause un préjudice à la caution en omettant de l'informer. Il a été plaidé avec succès que l'exception de subrogation permettait de libérer la caution lorsque le défaut du créancier de la renseigner l'avait privée de la possibilité de prendre les dispositions qui s'imposaient à l'égard du gage commun¹²⁸. Avec égard, nous sommes d'avis que l'exception de non-subrogation n'est pas le mode de libération approprié pour pallier au manquement à l'obligation de renseignement, car il n'y a pas, dans ce cas, de perte de droit préférentiel¹²⁹. Le remède qui doit être

¹²⁵ *Télé-Métropole international Inc. et Télé-Métropole Inc. c. Banque Mercantile du Canada*, préc., note 109.

¹²⁶ *Banque de Montréal c. Major*, J.E. 2006-135, par. 63 et 64 (C.S.); C. MOULY, préc., note 22, n° 409, p. 516; Ph. SIMLER, préc., note 1, n° 832, p. 742; P. THÉRY, préc., note 118, n° 85, p. 132.

¹²⁷ *Commission du salaire minimum c. Langlois*, [1967] C.S. 518, 521 : contrairement à ce qui est statué dans ce jugement, nous sommes d'avis que lorsque le créancier laisse prescrire son droit d'action à l'encontre du débiteur, alors l'exception de subrogation ne s'applique pas. En effet, dans ce cas, il y a perte du droit du créancier de recouvrer la créance et non, à proprement parler, une altération des droits préférentiels.

¹²⁸ *Richer c. Édifice Massenet Inc.*, [1993] J.L. 158, 158 et 159 (C.Q.); voir : *Caisse populaire de Frampton c. Duval*, J.E. 94-1739 (C.S.); *American Express c. Gotschi*, [1981] C.P. 27, 28; *Groulx c. Asselin*, préc., note 95.

¹²⁹ Voir : Ph. SIMLER, préc., note 1, n° 828, p. 738.

mis en avant est plutôt la fin de non-recevoir¹³⁰. Cependant, il est possible que le défaut du créancier de divulguer des renseignements à la caution mène à l'application de l'exception de subrogation. Pour arriver à ce résultat, il est impératif que le manquement à l'obligation de renseignement ait pour conséquence d'empêcher la caution d'utiliser un droit préférentiel lors de la subrogation¹³¹.

Il existe, par ailleurs, une divergence entre le droit québécois et le droit français quant au moment où le droit préférentiel doit être créé pour enclencher la mise en œuvre de l'exception de subrogation. Vise-t-on uniquement le droit existant dès la constitution du cautionnement ou peut-il également s'agir d'un droit subséquent constitué? D'une part, la doctrine française enseigne généralement à cet égard que l'exception de subrogation n'est opposable par la caution à l'encontre du créancier que pour le droit constitué au moment du cautionnement ou pour celui que le créancier s'est engagé à fonder ultérieurement¹³². D'autre part, la doctrine et la jurisprudence québécoises empruntent la voie opposée en optant plutôt pour une solution qui consiste à étendre le droit d'invoquer l'article 2365 C.c.Q. tant pour le droit créé de façon concomitante au cautionnement que pour celui qui est né par la suite¹³³.

¹³⁰ Voir : *Banque Canadienne Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 359 et 360; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Trust La Laurentienne du Canada Inc. c. Losier*, J.E. 2001-254, par. 28 (C.A.); *Banque Nationale du Canada c. Reid*, préc., note 13, 1358.

¹³¹ S. BETANT-ROBET, préc., note 34, 336-337.

¹³² P. ANCEL, préc., note 39, n° 483, p. 192-193; C. LARROUMET, préc., note 45, p. 315-317; D. LEGEAS, préc., note 118, n° 280, p. 221 et 222; P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 73, n° 283-285, p. 112 et 113; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, préc., n° 620b, note 73, p. 418 et 419; C. MOULY, préc., note 22, n° 413, p. 521; M. PLANIOL et G. RIPERT, préc., note 77, n° 1559, p. 1005; P. SIMLER, préc., note 1, n° 836-841, p. 746 et 750; par contre, certains auteurs opinent plutôt dans le sens de la doctrine québécoise, voir : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, préc., note 112, n° 1179, p. 618; S. BETANT-ROBET, préc., note 34, 328; M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 27, n° 265, p. 257 et 258 : « L'étude de la volonté n'a rien à voir avec le bénéfice de subrogation et les conditions de la responsabilité civile lui sont étrangères. Les droits préférentiels nés après la conclusion du cautionnement et perdus par le créancier déchargent donc la caution. »; P. THÉRY, préc., note 118, n° 85, p. 131.

¹³³ *Caisse populaire de St-Ambroise de Kildare c. Prud'homme*, préc., note 89, 1299-1300; *Groulx c. Asselin*, préc., note 95; J. AUGER, « Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente », (1982), *C.P. du N.* 123, 185; M. BOUDREAULT, préc., note 45, n° 926, p. 234 et 235; P.-B. MIGNAULT, préc.,

Pour notre part, nous sommes d'avis que la position française devrait être adoptée par les tribunaux québécois, car il s'agit de la solution la plus efficace. Notons d'abord à ce propos que le droit français et le droit québécois interdisent au créancier de renoncer à des droits préférentiels acquis au moment du cautionnement. Cette règle a pour but d'éviter que le créancier tente d'obtenir un avantage indu au détriment de la caution. En effet, la caution décide de s'obliger dans la seule mesure où son engagement lui occasionne des bénéfices¹³⁴. Afin d'établir le degré de rentabilité, elle procède préalablement à la signature du cautionnement à un calcul entre les coûts et les avantages. Le créancier extorque une partie des bénéfices envisagés par la caution s'il renonce à des droits préférentiels qui ont fait l'objet de son calcul coûts avantages, puisqu'il diminue les bénéfices escomptés par elle.

La situation est différente dans l'éventualité où les droits préférentiels sont constitués après la naissance du cautionnement. Certes, l'ajout de tels droits rend plus probable qu'il y ait une subrogation efficace. Cet avantage a cependant été généralement obtenu gratuitement par la caution. En conséquence, elle ne subit pas de préjudice du fait de sa perte, car il n'y a pas de diminution des bénéfices escomptés. On ne peut pas dire que le créancier agit de manière opportuniste s'il supprime des droits préférentiels créés postérieurement au cautionnement. Il ne fait, dans ce cas, que retirer à la caution un avantage qui n'avait pas fait l'objet du calcul coûts avantages et sur lequel elle ne comptait pas aux fins d'un recours récursif éventuel. Or, comme nous l'avons établi dans l'étude de la

note 60, p. 381 ; H. ROCH et R. PARÉ, préc., note 60, p. 667 : « L'article ne faisant aucune distinction, peu importe que la garantie dont la subrogation est devenue impossible par le fait du créancier lui ait été donnée au moment du cautionnement ou après » ; le droit allemand et le droit belge sont au même effet que le droit québécois. Voir : S. BETANT-ROBET, préc., note 34, 328 ; notons également que les juristes de common law ont adopté une solution semblable à celle de la doctrine et de la jurisprudence québécoises. Voir : Marie-Louise ENGELHARD-GROSJEAN, *Le cautionnement en droit anglais*, thèse de doctorat, Paris, Sciences Économiques-Humaines-Juridiques-Politiques, Université de Paris 1- Panthéon Sorbonne, 1974, p. 137.

¹³⁴ A. WIENER KATZ, préc., note 32, 63 et 64 : notons que le calcul de la caution peut ne pas, dans les faits, s'avérer exact en raison notamment de sa rationalité limitée.

raison d'être du cautionnement, les moyens de défense de la caution sont justifiés économiquement que s'ils permettent de contrer l'opportunisme du créancier.

La position québécoise a également un effet pervers important, soit celui d'inciter le créancier à ne pas constituer de nouveau droit préférentiel, les coûts d'une telle opération pouvant dépasser à l'occasion ses bénéfices. En effet, en plus des coûts d'acquisition et de conservation du nouveau droit préférentiel, le créancier doit assumer un coût de transaction supplémentaire relié au risque que la caution puisse être libérée. Il s'ensuit que le cercle de viabilité des droits préférentiels qui peuvent être constitués est réduit, ce qui a corrélativement pour effet d'en limiter le nombre lors de la subrogation.

Enfin, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, il était admis par la jurisprudence et la doctrine que l'exception de subrogation permettait seulement de protéger le droit préférentiel que possédait le créancier à l'égard du débiteur principal¹³⁵. Il y a cependant lieu de s'interroger sur l'exactitude de cette règle en vertu du *Code civil du Québec*¹³⁶. En effet, l'article 1950 C.c.B.C., disposition abrogée, rappelons-le, édictait que la caution était « subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ». Ainsi, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, il était justifié de limiter l'exception de subrogation au droit que le créancier détenait à l'encontre du débiteur, car la caution ne pouvait être subrogée qu'à l'égard de ce dernier. Or, selon le *Code civil du Québec*, la subrogation légale qui touche le cautionnement découle du paragraphe 3 de l'article 1656, cette disposition permettant à la caution d'être subrogée non seulement contre le débiteur mais également dans les droits accordés par les tiers. L'exception de subrogation a donc pour objet de contraindre le créancier à préserver non seulement le droit préférentiel

¹³⁵ *La Rivière Inc. c. Canadian Surety Co.*, [1973] C.A. 150, 152; *Courtemanche c. Trans-world Mortgage and Acceptance Inc.*, [1978] C.A. 341, 342 et 343; *Bronfman c. Banque Royale du Canada*, J.E. 97-627 (C.A.); Marc BOUDREAU, « La jurisprudence récente en matière de cautionnement », [1982] C.P. du N. 235, 249; T. ZAMUNER, préc., note 39, p. 154.

¹³⁶ P. CIOTOLA, préc., note 21, n° 1.60, p. 50; M. BOUDREAU, préc., note 45, n° 927, p. 235.

consenti par le débiteur mais également celui qui l'a été par un tiers¹³⁷.

3. Le préjudice

Sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, la condition du préjudice ne faisait pas partie du libellé de l'article 1959. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence en exigeaient la présence pour enclencher l'application de l'exception de subrogation¹³⁸. Le législateur québécois a corrigé la situation lors de la réforme du *Code civil du Québec* alors qu'il a expressément inclus ce critère à l'article 2365 C.c.Q., ce dernier permettant de libérer la caution « dans la mesure du préjudice qu'elle en subit ». Curieusement, l'article 1531 C.c.Q., qui est de droit nouveau et qui traite de l'exception de non-subrogation en matière de solidarité, ne fait pas de mention expresse du préjudice.

Pour que le tribunal reconnaisse l'existence d'un préjudice, il est impératif que la perte des droits subrogatoires enlève à la caution la chance d'effectuer un recours utile. Plus précisément, en cas de perte de garantie, il n'y a pas préjudice automatiquement, cette éventualité se produisant seulement si cela a empêché la caution de se faire rembourser complètement. Ainsi, pour constituer un mode de libération valable, la perte de droits subrogatoires doit entraîner un préjudice réel à la caution¹³⁹. *A contrario*, la jurisprudence en

¹³⁷ M. BOUDREAULT, préc., note 45, n° 927, p. 235 : cet auteur affirme que la position adoptée sous l'empire de l'ancien Code, si elle devait être en vigueur de nos jours, limiterait « indûment les droits de la caution alors que ni l'équité, ni le texte de l'article 2365 C.c.Q. ne justifie une pareille restriction ».

¹³⁸ *Marmen c. Boudreault*, préc., note 103, 691 ; *Compagnie d'Assurance Générale de Commerce c. P.G. Québec*, [1972] C.A. 124, 136 ; *L'union Canadienne, Cie d'assurances c. Structal Inc.*, [1973] C.A. 1051, 1059 ; *The Merchant's Bank c. MacDonald*, (1882) 26 L.C.J. 218, 226 (C.S.) ; *McMaster c. Hannah*, [1887] M.L.R. 3 C.S. 459, 463 ; *Hôpital Laval c. Roberge*, [1942] C.S. 166, 170 ; *Banque de Montréal c. Simard*, J.E. 85-1 (C.S.) ; *Banque Nationale du Canada c. Carrière*, J.E. 85-91 (C.S.) ; J. DESLAURIERS, préc., note 60, p. 53 ; P.-B. MIGNAULT, préc., note 60, p. 381 ; H. ROCH et R. PARÉ, préc., note 60, p. 668 et 669.

¹³⁹ *Cloutier c. Polymarbre (1987) Inc.*, préc., note 89 ; J. DESLAURIERS, préc., note 60, p. 53 ; H. ROCH et R. PARÉ, préc., note 60, p. 668 et 669 ; ces auteurs français affirment que le préjudice n'est pas une condition d'application de l'exception de subrogation : M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 27, n° 265, p. 257.

vertu de l'article 2365 C.c.Q. refuse catégoriquement de libérer la caution en l'absence de préjudice¹⁴⁰. Tel est le cas, par exemple, lorsque le créancier donne la mainlevée d'une hypothèque de sixième rang, quand de toute façon le produit de la vente en justice de l'immeuble n'aurait pas suffi à payer le créancier hypothécaire de premier rang¹⁴¹.

Deux types de préjudices sont envisageables. D'une part, le préjudice est complet lorsque la perte des droits subrogatoires est d'une valeur équivalente ou supérieure au cautionnement¹⁴². Par exemple, dans le cas de la faillite du débiteur, le créancier abandonne l'hypothèque alors que celle-ci constitue la seule sûreté pouvant faire en sorte que la caution puisse être payée entièrement¹⁴³. D'autre part, le préjudice est partiel si le coût lié à l'altération des droits subrogatoires est inférieur à la valeur maximale du cautionnement. La caution n'est alors libérée de son engagement que dans la mesure du préjudice subi¹⁴⁴. Par exemple, la caution qui prouve que la perte d'un nantissement lui cause un dommage évalué à 8 000 \$, alors que le cautionnement garantit une dette d'une valeur de 19 667 \$, est alors libérée pour 8 000 \$, mais elle doit rembourser la partie de la dette qui excède le préjudice, soit 11 677 \$¹⁴⁵.

Lorsque le créancier réalise une garantie, il doit s'assurer d'obtenir une contrepartie commercialement raisonnable. Si tel n'est pas le cas, la caution peut demander au tribunal d'être libérée d'un montant équivalant à la différence entre le prix réel du bien et le prix de réalisation¹⁴⁶.

¹⁴⁰ *Banque Nationale du Canada c. Denevers Marketing Inc.*, préc., note 115; *Cloutier c. Polymarbre (1987) Inc.*, préc., note 89.

¹⁴¹ J. DESLAURIERS, préc., note 60, p. 53.

¹⁴² *Gérard Goulais Inc. c. Payeur*, J.E. 2002-75, par. 18 (C.A.); *Guertin c. Dufresne*, préc., note 97.

¹⁴³ *Marmen c. Boudreault*, préc., note 103, 691 et 692; *Guertin c. Dufresne*, préc., note 97.

¹⁴⁴ P.-B. MIGNAULT, préc., note 60, p. 381.

¹⁴⁵ *Banque Nationale du Canada c. Reid*, préc., note 13, 1362.

¹⁴⁶ *Banque Nationale du Canada c. Carrière*, préc., note 138; *Banque Nationale du Canada c. Ménard*, [1999] R.R.A. 964 (rés.) (C.S.).

4. Le lien de causalité

L'article 2365 C.c.Q. n'impose pas explicitement un lien de causalité entre les trois premiers critères de mise en œuvre. La jurisprudence est venue pallier ce manquement en exigeant que la caution fasse la preuve d'une relation de cause à effet entre le fait du créancier, la perte des droits subrogatoires et le préjudice¹⁴⁷.

Il revient donc à la caution de prouver le lien direct entre les trois premières conditions d'application. Dans l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse c. Promotions Atlantiques Inc.*, le tribunal statue à ce propos :

« La caution qui veut bénéficier de l'exception de subrogation doit certes prouver le lien de causalité entre le fait du créancier et la perte de garantie de même le préjudice qui en découle. Cette preuve faite, la caution est déchargée dans la mesure du préjudice qu'elle subit¹⁴⁸ ».

Le lien de causalité sert à filtrer les acteurs qui peuvent se faire opposer l'exception de subrogation. En d'autres mots, la libération de la caution ne se produit que dans la mesure où le fait du créancier cause la perte des droits subrogatoires, et non lorsque c'est le fait d'un tiers, de la caution ou du débiteur¹⁴⁹.

*
* *

L'exception de subrogation a depuis longtemps fait l'objet de controverse, notamment en raison des diverses explications théoriques qui ont été avancées pour justifier sa place dans la législation en matière de cautionnement. La thèse élaborée par le professeur

¹⁴⁷ *Banque Nationale du Canada c. Buffone*, préc., note 89; *Leblanc c. Automobiles Normand Legarde Inc.*, B.E. 99BE-748 (C.S.); *Banque de Nouvelle-Écosse c. Promotions Atlantiques Inc.*, préc., note 95; *Banque Nationale du Canada c. Reid*, préc., note 13, 1361; *Citifinancière Canada Inc. c. Girard*, B.E. 2007BE-1030, par. 42 (C.Q.); requête pour permission d'appeler accueillie (C.A., 2007-09-28), 500-09-018025-072.

¹⁴⁸ Préc., note 95.

¹⁴⁹ *Banque Nationale du Canada c. Gendron*, préc., note 99, par. 55; *Larose c. Desgagnès*, préc., note 77, 1679; pour une illustration, voir : *Harvey c. Côté*, préc., note 89.

Moore quant à la source des obligations nous a aidés à démontrer que l'exception de subrogation est originale en soi et qu'il est inutile de faire référence à d'autres institutions juridiques déjà éprouvées afin de l'expliquer.

À l'heure actuelle, le cautionnement fait face au défi de concilier deux valeurs antinomiques, mais nécessaires à sa viabilité, soit, en premier lieu, assurer l'efficacité de sa fonction de garantie personnelle et, en second lieu, protéger la caution contre l'opportunisme du créancier. La thèse que nous avons élaborée, à partir de notre cadre théorique, tend à démontrer que l'existence de l'article 2365 C.c.Q. est nécessaire en vue d'inciter le créancier à ne pas agir de façon opportuniste à l'égard des droits subrogatoires attachés à la créance principale.

Nous constatons que la recherche des principes justificatifs de l'exception de subrogation n'a pas été un exercice purement gratuit, certaines particularités du domaine et des conditions de mise en œuvre pouvant en dépendre. Ainsi, en réponse à notre question initiale de recherche, nous pouvons affirmer ici que la découverte des principes justificatifs de l'exception de subrogation contribue significativement à résoudre ses problèmes de mise en œuvre.