

---

# *L'obligation de renseignement, le cautionnement et les dettes transmises sexuellement*

---

**Louise Langevin\***

---

À travers une étude critique et comparative s'inscrivant dans le cadre d'une réflexion féministe, l'auteure analyse l'efficacité d'une mesure fermement ancrée dans la nouvelle moralité contractuelle en droit civil québécois, soit l'obligation de renseignement. Elle se penche sur l'obligation de renseignement de la banque envers la caution dans le contexte particulier de la dépendance affective. Le terrain d'étude est celui du phénomène des «dettes transmises sexuellement» : il s'agit de dettes contractées par une femme, habituellement à la suite d'un cautionnement, pour garantir un prêt accordé à l'entreprise de son conjoint. Une relation de dépendance affective caractérise ces dettes. L'analyse jurisprudentielle vise à déterminer de quelle façon les tribunaux québécois évaluent le consentement des femmes dans cet environnement particulier et si l'obligation de renseignement qui pèse sur la banque aide véritablement les femmes à donner un consentement «libre et éclairé». Cette analyse indique que les tribunaux ne distinguent pas entre un consentement «libre» et un consentement «éclairé» et qu'ils ne sont pas suffisamment exigeants en ce qui concerne le respect de l'obligation précontractuelle de renseignement incombant à la banque. En s'inspirant du droit canadien de common law et des droits français et britannique, l'auteure propose des mesures de réforme afin que l'obligation précontractuelle de la banque soit réellement efficace.

By means of a critical and comparative study informed by a feminist analysis, the author evaluates the effectiveness of the obligation to inform, a measure which is firmly rooted in the new contractual morality of Quebec civil law. Specifically, the author discusses the bank's obligation to inform the surety in the particular context of emotional dependence. At issue is the phenomenon of "sexually transmitted debts" contracted by women who, in cases of suretyship, guarantee a loan required by the business corporation or venture of their spouse or partner. These debts are characterized by a relationship of emotional dependence. An analysis of the case law seeks to canvass the manner in which Quebec courts evaluate the consent given by a woman in this context, and whether the bank's obligation to inform truly increases the likelihood that such consent will be "free and enlightened". This analysis reveals that courts do not distinguish between "free" and "enlightened" consent and that they are not sufficiently demanding with regard to the bank's precontractual obligation to inform. Drawing from the examples of Canadian common law as well as French and British law, the author proposes reform measures to render more effective the bank's precontractual obligation.

---

\* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval et membre du Barreau du Québec. Je désire remercier Nicole L'Heureux, professeure retraitée de la Faculté de droit de l'Université Laval, qui m'a mise sur la piste des dettes transmises sexuellement, M<sup>e</sup> Michelle Boivin, professeure de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (section de droit civil), M<sup>e</sup> Édith Fortin, de l'étude Reinhardt, Bérubé, Fortin, M<sup>e</sup> Yvon Ferland, de la Fédération des caisses Desjardins du Québec, M<sup>e</sup> Louise Poudrier-LeBel, professeure retraitée de la Faculté de droit de l'Université Laval et Mme Céline Cyr pour leurs conseils, ainsi que Stéphanie Gauvin, Julia Sotousek et Jean-François Poulin pour leur assistance à la recherche. Les opinions exprimées ici n'engagent que l'auteure. La présente recherche a été financée par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

© Louise Langevin 2005

Mode de référence : (2005) 50 R.D. McGill 1

To be cited as: (2005) 50 McGill L.J. 1

---

<b>Introduction</b>	3
<b>I. «Qui cautionne, paie» : les dettes transmises sexuellement</b>	6
<b>II. L'obligation précontractuelle de renseignement</b>	14
<b>III. Le traitement en droit anglais des dettes transmises sexuellement</b>	17
<i>A. L'adoption d'une «tendresse spéciale»</i>	17
<i>B. La nécessité d'un avis juridique indépendant</i>	18
<b>IV. Le traitement en droit québécois des dettes transmises sexuellement</b>	21
<i>A. La nature familiale du cautionnement</i>	23
<i>B. L'obligation précontractuelle de renseignement de la banque</i>	27
<i>C. L'intérêt direct de la conjointe-caution dans l'entreprise</i>	31
<b>V. Des solutions : au-delà de l'approche de la symétrie ou de la différence</b>	31
<i>A. Commentaires sur des solutions dites féministes</i>	32
<i>B. Au-delà des moyens de défense traditionnels</i>	34
1. L'inadéquation des vices du consentement comme mesure de protection	35
2. Des mesures de protection mieux ciblées	39
<b>Conclusion</b>	46

---

«La caution se donne dans l'euphorie  
et s'exécute dans les larmes»<sup>1</sup>.

«They say that love is blind»<sup>2</sup>.

## Introduction

Depuis les 30 dernières années, la théorie générale des obligations a fait beaucoup de place à ce qu'il est maintenant convenu d'appeler «la nouvelle moralité contractuelle»<sup>3</sup>, afin de tendre vers une réelle égalité des contractants. En matière de formation du contrat, le *Code civil du Québec* prévoit, entre autres, diverses mesures qui visent à protéger la partie vulnérable : pensons ici à l'article 1435<sup>4</sup>, qui encadre l'utilisation du renvoi contractuel à un document externe, et aux articles 1436<sup>5</sup> et 1437<sup>6</sup>, qui interdisent les clauses illisibles ou incompréhensibles et les clauses

---

<sup>1</sup> Louise Poudrier-LeBel, «La libération de la caution» dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1996) : La réforme du Code civil, rétrospective, deux ans plus tard*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996, 71 à la p. 85.

<sup>2</sup> C'est ainsi que commence le jugement dans l'affaire *Mackay v. Bank of Nova Scotia* (1994), 20 O.R. (3<sup>e</sup>) 698, 20 B.L.R. (2<sup>e</sup>) 304 (Div. gén.) [*Mackay* avec renvois aux O.R.]. Après avoir fait l'objet de pressions de la part de sa fille, la mère fit un emprunt de 45 000\$ garanti par une hypothèque sur son condominium pour permettre à sa fille et à son conjoint, tous deux insolubles, d'acheter une maison mobile. Ils firent cependant faillite et la banque se tourna donc vers la mère, qui tenta alors de faire déclarer l'hypothèque invalide. La mère eut gain de cause car elle n'avait pas été informée de manière indépendante des conséquences de sa signature. L'attitude de la banque fut condamnée par le tribunal : plutôt que de proposer à la mère d'agir comme caution, la banque l'avait transformée en emprunteuse. Le montant prêté à la mère servait non seulement à l'achat de la maison mobile, mais aussi à la consolidation des dettes antérieures du couple. La banque, qui était au courant de l'insolvabilité du couple, obtenait en la mère une débitrice solvable en la transformant en emprunteuse au lieu de caution et se débarrassait de ses anciens débiteurs insolubles.

<sup>3</sup> On peut aussi parler de moralisation du droit des contrats, de solidarité contractuelle, d'éthique contractuelle, de vision humaniste des contrats, de civisme contractuel, d'altruisme contractuel, de nouvelle culture contractuelle. Voir Denis Mazeaud, «Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?» dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Presses universitaires de France ; Dalloz ; Editions de Juris-Classeur, 1999 à la p. 603 ; Yves Picod, «L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat» (1988) 1 J.C.P. 3318 ; Louise Rolland, «Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec*» (1999) 44 R.D. McGill 903, qui décrit bien l'évolution de la liberté contractuelle vers une justice contractuelle dans la théorie générale du contrat en droit québécois ; Jean-Louis Baudouin, «Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois» dans *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001 à la p. 29.

<sup>4</sup> Voir Didier Lluellas, «Le mécanisme du renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux» (2002) 104 R. du N. 11 ; Brigitte Lefebvre, «Le contrat d'adhésion» (2003) 105 R. du N. 439 aux pp. 470 et s.

<sup>5</sup> Voir Benoît Moore, «Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q.» dans Pierre-Claude Lafond, dir., *En quête de justice et d'équité : Mélanges Claude Masse*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003 à la p. 593 ; Lefebvre, *ibid.* aux pp. 477 et s.

<sup>6</sup> Voir Pierre-Gabriel Jobin, «Les clauses abusives» (1996) 75 R. du B. can. 503 ; Benoît Moore, «À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois» (1994) 28 R.J.T.

abusives dans les contrats de consommation ou d'adhésion, ou encore à l'article 1401(2), qui inclut le silence ou la réticence comme formes de dol. Le Code civil a reconnu le rôle de l'équité<sup>7</sup> et de la bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat<sup>8</sup>, bonne foi qui impose, entre autres, une obligation de renseignement à la partie qui possède l'information<sup>9</sup>. La *Loi sur la protection du consommateur*<sup>10</sup> a aussi contribué à cette recherche de l'égalité entre les parties<sup>11</sup>. Bien que certains auteurs se soient inquiétés de ces mesures qui leurs semblaient une menace à la liberté contractuelle<sup>12</sup>, personne aujourd'hui ne remettrait en cause la nécessité de protéger une partie en position de vulnérabilité, pour permettre une véritable justice contractuelle<sup>13</sup>. Il ne peut y avoir d'antinomie entre le respect de la liberté contractuelle et la recherche d'une égalité réelle. Ainsi, le contrat peut être vu comme un outil de négociation et non d'exploitation<sup>14</sup>.

L'objectif du présent texte est d'analyser l'efficience d'une des mesures maintenant fermement ancrées dans la nouvelle moralité contractuelle en droit civil québécois, soit l'obligation de renseignement en rapport avec la qualité du consentement. Plus particulièrement, nous nous penchons sur l'obligation de renseignement de la banque envers la caution dans un contexte de dépendance affective. Il s'agit du phénomène de «dettes transmises sexuellement» («D.T.S.»), par lequel une femme contracte des dettes, habituellement à la suite d'un cautionnement servant à garantir un prêt commercial accordé à son conjoint<sup>15</sup>. Une relation de dépendance affective entre le débiteur et la caution caractérise ces dettes.

L'analyse jurisprudentielle qui suit vise à déterminer de quelle façon les tribunaux québécois évaluent le consentement des femmes dans cet environnement particulier et

---

177 ; Benoît Moore, «Les clauses abusives : dix ans après» (2003) 63 R. du B. 59 ; Lefebvre, *supra* note 4 aux pp. 455 et s.

<sup>7</sup> Voir Pierre-Gabriel Jobin, «L'équité en droit des contrats» dans Lafond, *supra* note 5 à la p. 471.

<sup>8</sup> Voir art. 6, 7, 375 C.c.Q. Voir aussi Brigitte Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.

<sup>9</sup> Voir *Banque nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 43 N.R. 283 [*Soucisse* avec renvois aux R.C.S.] ; *Banque de Montréal c. Bail ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 93 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 490 [*Bail* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>10</sup> L.R.Q. 1978, c. P-40.1 [*L.P.C.*].

<sup>11</sup> Voir Jean-Guy Belley, «La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat» dans Lafond, *supra* note 5 à la p. 121.

<sup>12</sup> Voir Danielle Burman, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité» (1990) 24 R.J.T. 461 et Michel Moreau, «L'égalité sous le Code civil : enjeux et valeurs d'un Code civil moderne» (1990) 24 R.J.T. 445.

<sup>13</sup> «Les concepts antiques et encore respectables de la liberté contractuelle fondée sur l'autonomie de la volonté et de l'obligation d'honorer la parole donnée ne suffisent plus de nos jours à satisfaire cette autre notion tout aussi impérative qui est celle de la justice contractuelle» (*Gareau auto inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 à la p. 1095, 22 Q.A.C. 115 (C.A.), juge Chevalier). Voir Mazeaud, *supra* note 3.

<sup>14</sup> Voir Jean-Guy Belley, «Les incertitudes du contrat» dans Ejan Mackaay, dir., *Les incertitudes du droit*, Montréal, Thémis, 1999 à la p. 1.

<sup>15</sup> Voir la partie I, ci-dessous, pour une définition plus poussée.

si l'obligation de renseignement qui pèse sur la banque aide vraiment les femmes à donner un consentement libre et éclairé, tel qu'exigé par l'article 1399(1). Ultimement, il s'agit de déterminer si le contrat constitue un outil de subordination, de protection ou de pouvoir pour les femmes.

Ce texte s'inscrit dans le cadre d'une étude plus large portant sur les femmes et leurs rapports contractuels ; il se veut une contribution à une réflexion féministe sur le droit des affaires<sup>16</sup> et sur les relations entre les établissements bancaires et les femmes. Par conséquent, en analysant la réponse des tribunaux au phénomène des D.T.S. et en proposant des solutions, nous tenons compte des rapports sociaux de sexe<sup>17</sup>, des réalités sociales des femmes et de leur absence historique des arènes politique et économique. Le sujet d'étude soulève aussi la dichotomie entre les sphères privée et publique dénoncée par les chercheuses féministes, qui ont démontré que les questions du domaine privé, traditionnellement réservées aux femmes, concernent aussi la sphère publique<sup>18</sup>. Ainsi, dans le cas des D.T.S., le rôle des émotions sur la qualité du consentement, la solidarité amoureuse qui profite à l'établissement prêteur, les pressions dues à la relation conjugale et les ententes entre conjoints, pourtant tous des éléments de la sphère privée, deviennent publics. Les établissements bancaires et les tribunaux doivent prendre en considération ces réalités de la sphère privée. Plus particulièrement dans le cas du cautionnement profane, ils doivent tenir compte de la relation entre la caution-conjointe et le débiteur principal-conjoint.

Par ailleurs, il se peut que deux associés masculins qui présentent une demande de financement à une banque soient traités exactement de la même façon qu'un homme d'affaires qui sollicite sa conjointe pour cautionner sa marge de crédit : dans les deux cas, la banque veut obtenir une garantie et a les mêmes exigences envers tous ses débiteurs à la recherche de crédit. Elle est aussi soumise à la même obligation de renseignement envers ses clients. L'objectif n'est pas de comparer le traitement bancaire réservé aux clients masculins et celui offert aux clientes pour y découvrir des pratiques discriminatoires, quoiqu'une telle étude puisse être utile<sup>19</sup>, mais plutôt de vérifier si l'obligation de renseignement de la banque permet d'assurer un consentement libre et éclairé aux femmes qui se portent caution dans un contexte de dépendance affective.

---

<sup>16</sup> Sur ce sujet peu exploré par les critiques féministes, voir Elizabeth Warren, «What is a Women's Issue? Bankruptcy, Commercial Law, and Other Gender-Neutral Topics» (2002) 25 Harv. Women's L.J. 19.

<sup>17</sup> Il s'agit de l'expression consacrée en études féministes, en français. L'expression «rapports sociaux de sexe» vise tous les rapports entre les hommes et les femmes qui sont construits socialement, par exemple, le rapport de domination entre les hommes et les femmes.

<sup>18</sup> Voir par ex. Susan B. Boyd, dir., *Challenging the Public/Private Divide : Feminism, Law and Public Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.

<sup>19</sup> Voir Comité sur l'égalité d'accès au crédit, *Femmes et crédit : un actif pour la société*, Québec, Gouvernement du Québec, 1986 [*Femmes et crédit*].

Féministe et critique, cette recherche s'inspire aussi du droit comparé. L'analyse de l'obligation de renseignement de la banque envers la caution dans le contexte des D.T.S. prend appui sur le droit civil québécois. Le droit civil français est aussi mis à contribution en raison des liens entre les deux systèmes juridiques, ainsi que le droit canadien de common law et le droit anglais, puisque ces systèmes proposent des solutions intéressantes en matière de D.T.S.

La première partie de notre texte présente le phénomène des D.T.S., source de litiges, et les problématiques qu'il soulève. Après un court rappel en deuxième partie de la nature de l'obligation précontractuelle de renseignement, la troisième partie porte sur le traitement juridique des D.T.S. en droit anglais et la quatrième partie analyse la jurisprudence québécoise en la matière. Enfin, des mesures de réforme sont proposées en cinquième partie.

## I. «Qui cautionne, paie»<sup>20</sup> : les dettes transmises sexuellement

Les D.T.S. se caractérisent par les acteurs et la relation privilégiée qui les unit, ainsi que par la nature particulière du cautionnement. Ces transactions soulèvent des problématiques variées, et peuvent devenir source de litiges.

L'expression «dettes transmises sexuellement», traduite de l'expression anglaise «*sexually transmitted debts*» et utilisée par des chercheuses féministes anglaises et australiennes<sup>21</sup>, sert à décrire la situation par laquelle une femme se voit dans

---

<sup>20</sup> Sur les maximes et les adages qui rappellent les risques du cautionnement, voir Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz, *Droit civil : Les sûretés, La publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1987 à la p. 385, n<sup>o</sup> 584.

<sup>21</sup> D'autres auteurs les qualifient de «*spousal guarantee*» ou de «*surety wives*» : voir Kevin Patrick McGuinness, *The Law of Guarantee*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1995 aux pp. 158 et s., n<sup>o</sup> 4.69 et s. Bien que d'autres traductions françaises auraient pu être préférées, telles que cautionnement désintéressé, par bienfaisance, profane, de complaisance etc., nous avons choisi de traduire par «dettes transmises sexuellement» pour bien rendre l'idée du lien affectif et, par la même occasion, profiter du clin d'œil à l'expression «maladies transmises sexuellement».

Plusieurs juristes du monde anglo-saxon ont analysé le phénomène : voir Paula Baron, «The Free Exercise of Her Will : Women and Emotionally Transmitted Debt» (1995) 13 *Law in Context* 23 ; Belinda Fehlberg, «The Husband, the Bank, the Wife and her Signature» (1994) 57 *Mod. L. Rev.* 467 [Fehlberg, «Husband and Bank»] ; Belinda Fehlberg, «The Husband, the Bank, the Wife and her Signature — The Sequel» (1996) 59 *Mod. L. Rev.* 675 [Fehlberg, «The Sequel»] ; Belinda Fehlberg, «Money and Marriage : Sexually Transmitted Debt in England» (1997) 11 *Int'l J. L. Pol'y & Fam.* 320 ; Belinda Fehlberg, «Surety Wives and Australian Law : *Akins v. National Australia Bank*» (1996) 11 *B.F.L.R.* 423 ; Belinda Fehlberg, *Sexually Transmitted Debt : Surety Experience and English Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997. Pour un commentaire, voir Stephanie Ben-Ishai, «Sexually Transmitted Debt : Surety Experience and English Law by Belinda Fehlberg (Oxford : Clarendon Press, 1997)» (2003) 15 *R.F.D.* 238 ; Nicola Howell, «“Sexually Transmitted Debt” : A Feminist Analysis of Laws Regulating Guarantors and Co-Borrowers» (1994) 4 *The Australian Feminist Law Journal* 93 ; Miranda Kaye, «Equity's Treatment of Sexually Transmitted Debt» (1997) 5 *Fem. Legal Stud.* 35 ; Robin Mackenzie, «Beauty and the Beastly Bank : What Should Equity's Fairy Wand Do?» dans Ann Bottomley, dir., *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of*

l'obligation de rembourser une dette commerciale qui lui a été transmise par son conjoint. Les dettes peuvent être transmises de diverses façons : la conjointe cautionne un emprunt en faveur de son conjoint<sup>22</sup>, à titre d'emprunteuse ou coemprunteuse, et est ainsi tenue solidairement responsable soit des dettes de l'entreprise de son conjoint, par l'obtention d'une carte de crédit secondaire<sup>23</sup>, soit d'accorder une garantie pour payer une dette de son conjoint<sup>24</sup> ou afin que celui-ci obtienne un prêt servant à financer son entreprise<sup>25</sup>. Très souvent, la femme accorde une hypothèque sur la résidence familiale dont elle est la propriétaire. Dans une acception plus large (on parle alors de «dettes transmises émotionnellement»<sup>26</sup>), il

*Law*, Londres, Cavendish, 1996 à la p. 149 ; Debra Morris, «Wives Are Told : Don't Blame the Bank, Sue Your Solicitor» (1999) 7 *Fem. Legal Stud.* 193 ; Dianne Otto, «A Barren Future? Equity's Conscience and Women's Inequality» (1992) 18 *Melbourne U.L. Rev.* 808 ; David Pope, «The Bank, the Wife, Her Lover and His Company : The Bank-Customer Relationship in England» (1997) 12 *B.F.L.R.* 97 ; Megan Richardson, «Protecting Women who Provide Security for a Husband's, Partner's or Child's Debts : The Value and Limits of an Economic Perspective» (1996) 16 *L.S.* 368.

Pour des sources canadiennes, voir M.H. Ogilvie, «“Special Tenderness for Sexually Contracted Debt” : A Feminist Banking Law in Embryo? *Del Grande v. Toronto-Dominion Bank*» (1996) 11 *B.F.L.R.* 447 [Ogilvie, «Banking Law in Embryo»] ; M.H. Ogilvie, «No Special Tenderness for Sexually Contracted Debts? Undue Influence and the Lending Banker» (1996) 27 *Can. Banking L.J.* 365 [Ogilvie, «Undue Influence»] ; McGuinness, *ibid.* aux pp. 158 et s., n° 4.69 et s. ; Mary Anne Waldron, «Spousal Guarantees and Conceptual Complexity : Can We Find a Better Solution?» (2001) 16 *B.F.L.R.* 391.

La doctrine française s'est peu penchée sur le sujet : voir Philippe Simler, note sous Paris, 18 janvier 1978, J.C.P. 1980.II.19318, qui traite du cautionnement familial. Voir aussi Martine Rémond-Gouilloud, «L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement» J.C.P. 1997.I.2850, dans lequel l'auteur souligne l'importance de la relation entre la caution et le débiteur principal, particulièrement dans le cas du cautionnement désintéressé.

<sup>22</sup> Voir *Banque canadienne impériale de commerce c. Larose*, [1997] A.Q. n° 2738 (C.S.) (QL) [*Larose*] ; *Banque royale du Canada c. Perina* (1995), AZ-95021708 (C.S.) (Azimut), [Règlement hors cour (10 novembre 1995), Montréal 500-05-011228-911 (C.A.)] C.A. 1995-11-10 [*Perina*] ; *Banque canadienne impériale de commerce c. Constructions Denard inc.* (1996), [1999] R.L. 136, [1996] A.Q. n° 469 (QL) (C.S.) [*Constructions Denard*] ; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Robert* (2000), AZ-50077883 (C.S.) (Azimut) [*Robert*] ; *Banque nationale du Canada c. 129817 Canada inc.*, [1997] A.Q. n° 572 (C.A.) (QL), infirmant [1994] R.D.I. 206, AZ-94021156 (Azimut) (C.S.) [*129817 Canada*] ; *Banque Hong Kong du Canada c. Fellen*, [1995] A.Q. n° 1816 (C.S.) (QL) [*Fellen*] ; *Uniroyal Goodrich Canada inc. c. Lapointe*, [1995] A.Q. n° 2334 (C.Q.) (QL) [*Uniroyal Goodrich*] ; *Caisse populaire Les Chutes c. Matteau*, [1992] R.J.Q. 1693, AZ-92031185 (Azimut) (C.Q.) [*Matteau*] ; *Banque nationale du Canada c. Panzutto* (2001), [2002] R.D.I. 66, [2001] J.Q. n° 7430 (QL) (C.S.) [*Panzutto*].

<sup>23</sup> Voir *Banque Toronto-Dominion c. Cheeseman* (1994), REJB 1994-29284 (C.S.) (REJB) ; *Banque de Montréal c. Tremblay*, [2000] R.J.Q. 3075, AZ-50080948 (Azimut) (C.Q.) ; *Ayotte c. Banque nationale du Canada*, [2002] J.Q. n° 6483 (QL), AZ-50155683 (Azimut) (C.Q.) [*Ayotte*].

<sup>24</sup> Voir *Banque nationale du Canada c. Marcoux*, [1999] A.Q. 174 (QL), AZ-95031140 (Azimut) (C.Q.) ; *Byrne c. Trust Prêt et Revenu*, [1999] R.R.A. 967, REJB 1999-14061 (REJB) (C.S.) [*Byrne* avec renvois à REJB].

<sup>25</sup> Voir *Fiducie canadienne italienne c. Rudolpho Folini*, [1997] R.J.Q. 2254, [1997] R.D.I. 628 (C.S.), inf. par [2001] R.D.I. 202, AZ-50085244 (Azimut) (C.A.) [*Folini*].

<sup>26</sup> Voir Baron, *supra* note 21 à la p. 24.

peut aussi s'agir de parents qui cautionnent l'emprunt de leurs enfants<sup>27</sup> ou qui transigent avec leurs enfants pour les avantager d'une façon quelconque<sup>28</sup>. Des membres de la famille<sup>29</sup> ou des amis peuvent aussi cautionner un prêt<sup>30</sup>.

Ces transactions se caractérisent par l'existence d'une relation privilégiée entre la caution «bienfaitrice» et le débiteur principal, qui est un membre de la famille. En fait, la caution accepte de se lier en raison de la relation particulière de confiance ou d'amitié qu'il ou elle entretient avec le débiteur principal<sup>31</sup> : cette relation affective peut aveugler le signataire qui n'est plus en mesure d'apprécier les risques de la

---

<sup>27</sup> Voir *Banque royale du Canada c. Audet* (1997), AZ-97031153 (C.Q.) (Azimut) [Audet] ; *Caisse populaire de La Prairie c. Burrows*, [2000] J.Q. n° 7110 (QL), AZ-00026283 (Azimut) (C.S.) [Burrows] ; *Trust La Laurentienne du Canada c. 2970-9961 Québec inc.*, [2001] J.Q. n° 18 (QL), AZ-50082274 (Azimut) (C.A.) [Trust La Laurentienne avec renvois à QL]. Les exemples suivants sont ceux d'enfants ayant cautionné le prêt de leur père : *Caisse populaire de Sorel c. Beauchemin* (1998), AZ-98021892 (C.S.) (Azimut) [Beauchemin] ; *Les huiles MGR Drouin inc. c. Fortier* (25 août 2000), 350-02-000216-989 (C.Q.) [Fortier].

<sup>28</sup> Voir *Béliveau c. Lampron*, [2001] J.Q. n° 4502 (QL), AZ-01021993 (Azimut) (C.S.) [Béliveau] dans lequel la vieille mère vendit à bas prix la terre familiale à l'un de ses fils. Elle contesta par la suite la validité de la vente en argumentant qu'elle n'avait pas la capacité mentale de s'engager. Le juge considéra qu'elle avait été en mesure de consentir à la vente, même si elle avait, par la même occasion, acheté la paix familiale, ce qui pouvait jeter un doute sur les motifs et l'autonomie de sa volonté. Voir aussi *Services financiers Avco Canada c. Tessier* (1995), AZ-95021893 (C.S.) (Azimut), conf. par (28 janvier 2001), Québec 200-09-000579-950 (C.A.) [Tessier], dans lequel la mère âgée signa un prêt en faveur de son fils sans en comprendre la portée. Son fils l'avait menacée ; elle souffrait d'incapacité mentale due à la maladie et n'était pas en mesure de comprendre la nature de l'acte. Le prêt fut annulé.

Sur l'exploitation dont peuvent être victimes les personnes âgées, voir Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *L'exploitation des personnes âgées, vers un filet de protection resserré, rapport de consultation et de recommandation*, Québec, octobre 2001 ; Pierre Proulx, *Manuel d'intervention juridique auprès des personnes âgées et exploitées*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec (1<sup>er</sup> novembre 2002). Au sujet de l'exploitation de personnes âgées interdite par l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, et se produisant dans le cadre familial, voir *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Vallée*, [2003] R.J.Q. 2009, AZ-50178288 (Azimut) (T.D.P.Q.), autorisation de pourvoi à la C.A. autorisée (2 juillet 2003), Montréal 500-09-013539-036 (C.A.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gagné*, [2003] R.J.Q. 647, AZ-50156515 (Azimut) (C.S.), autorisation de pourvoi à la C.A. autorisée, AZ-50164458 (C.A.) (Azimut) [Règlement hors cour (1 mai 2003) Montréal 500-09-013055-033 (C.A.)].

<sup>29</sup> Voir *Caisse Desjardins de Chomedey c. Yousef*, [2000] R.L. 390, [2000] J.Q. n° 36 (QL) (C.Q.) [Yousef].

<sup>30</sup> Voir *Banque nationale du Canada c. Courtemanche* (1994), AZ-94021126 (C.S.) (Azimut) [Courtemanche].

<sup>31</sup> Voir Jean Kellerhals et Marianne Modak, «Le contrat comme relation : Une étude des cadres sociaux du consentement» (1991) 13 Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux 103.



transaction<sup>32</sup> ou qui, bien que conscient des risques encourus, n'a pas la liberté de refuser. De plus, la caution ou le coemprunteur (conjointe, père ou mère) ne tire aucun bénéfice direct de ces transactions, c'est-à-dire qu'elle ne touche pas l'argent ou ne participe pas directement à l'aventure financière. En fait, ces transactions sont très désavantageuses pour elle. Elle accepte de se lier pour plusieurs raisons<sup>33</sup>. Elle ne veut pas nuire à sa relation conjugale, veut aider son conjoint à obtenir le prêt, désire assurer le bien-être de sa famille ou encore veut tout simplement maintenir le lien d'amitié. Il est intéressant de noter que le cautionnement s'est traditionnellement conclu dans un cadre familial en raison des liens de sang ou d'amitié.

Pour bien comprendre les enjeux soulevés par les D.T.S., il est nécessaire de préciser la nature du contrat de cautionnement<sup>34</sup> : il s'agit d'un contrat unilatéral (où seule la caution assume des obligations<sup>35</sup>), et à titre gratuit dans le cas sous étude, puisqu'elle n'obtient aucune contrepartie<sup>36</sup>, contrairement aux entreprises spécialisées dans le cautionnement de construction<sup>37</sup>. De plus, le contrat de cautionnement dans le contexte des D.T.S. possède toutes les caractéristiques du contrat d'adhésion<sup>38</sup>,

---

<sup>32</sup> «Il [la caution] n'a certainement pas été prudent ou son amitié pour Leroux [le débiteur principal] l'a emporté et lui a fait perdre, volontairement ou non, la perspicacité qu'il a certainement développée au cours de ses années en "affaires"» (*Courtemanche*, *supra* note 30 à la p. 13).

<sup>33</sup> Voir l'étude empirique menée auprès de conjointes-cautions en Angleterre dans Fehlberg, «Money and Marriage : Sexually Transmitted Debt in England», *supra* note 21.

<sup>34</sup> Voir art. 2333 C.c.Q. pour la définition du cautionnement. Voir aussi *Encyclopédie juridique Dalloz : Rép. civ., s.v. «Cautionnement»*, par Philippe Delebecque, Tome III aux n<sup>o</sup> 25 et s. [*Encyclopédie juridique Dalloz : Rép. civ., «Cautionnement»*].

<sup>35</sup> Voir art. 1380(2) C.c.Q. Évidemment, le créancier doit respecter son obligation de renseignement imposée par les articles 1375 et 2345 C.c.Q. La doctrine française considère que cette obligation n'en fait pas un contrat bilatéral : voir *Encyclopédie juridique Dalloz : Rép. civ., ibid.* au n<sup>o</sup> 27 ; Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil : Les sûretés, La publicité foncière*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2000 à la p. 43, n<sup>o</sup> 34. Compte tenu de l'importance de l'obligation de renseignement qui incombe au créancier dans le C.c.Q., cette qualification pourrait être remise en question, si on considère que l'obligation de renseignement est la contrepartie de la garantie accordée. Le créancier a aussi l'obligation de ne pas compromettre les autres sûretés qui garantissent éventuellement sa créance (art. 2365 C.c.Q.). Le droit britannique considère quant à lui que le cautionnement n'entraîne des avantages que pour le créancier : voir *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2)*, [2001] 4 All E.R. 449 (H.L.) au para. 43 [*Etridge*].

<sup>36</sup> Voir art. 1381(2) C.c.Q.

<sup>37</sup> Aujourd'hui, particulièrement dans le domaine de la construction, le cautionnement est rémunéré. Des compagnies d'assurances se portent caution contre rétribution. Voir Sylvette Guillemard, «Contrat de cautionnement — L'interprétation des contrats de cautionnement : *Strictissimi juris* vs *Contra proferentem*» (1993) 53 R. du B. 153 ; Louise Poudrier-LeBel, *Le cautionnement par compagnie de garantie*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1986 ; François Beauchamp, «Les cautionnements de contrats de construction» dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la construction*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 à la p. 177.

<sup>38</sup> Voir art. 1379 C.c.Q. Pourtant, la qualification du cautionnement comme contrat d'adhésion dépend des circonstances : les parties ont-elles tenté de négocier le contenu du contrat ? sont-elles aguerries aux affaires ? Voir *Audet*, *supra* note 27 ; *Banque royale du Canada c. Bassal* (2001), AZ-

puisque'il se présente sous la forme d'un contrat-type : la banque impose ses conditions et la négociation est rarement possible. Il se distingue aussi par ses clauses très souvent incompréhensibles pour la caution profane<sup>39</sup>, qui ne pose pas toujours de questions parce qu'elle est impressionnée, parce que le climat n'est pas propice à ce genre de questions<sup>40</sup> ou parce qu'elle ne veut pas avoir l'air ignorant.

La signature d'un tel contrat comporte beaucoup de risques pour la caution : le risque d'insolvabilité future du débiteur principal fait partie de la nature du cautionnement, bien que celui-ci puisse être présenté ou perçu comme un engagement sans conséquence, aléatoire<sup>41</sup>, comme une garantie morale puisque subsidiaire<sup>42</sup>. Ainsi, l'article 1400 empêche la caution de demander la nullité de son engagement pour cause d'erreur au motif qu'elle ne savait pas que le débiteur principal deviendrait insolvable. En outre, le créancier peut s'adresser à la caution plusieurs années après que cette dernière se soit engagée. Or, il se peut que la caution n'entretienne plus de liens spéciaux avec le débiteur principal, par exemple à la suite de la rupture de l'union conjugale<sup>43</sup>. Ajoutons que la caution ne peut exercer aucun pouvoir sur les

01026328 (C.S.) (Azimut) ; *Slush Puppies Trois-Rivières c. Bégin* (2000), AZ-01036146 (C.Q.) (Azimut) ; *Fortier, supra* note 27 ; Lefebvre, «Le contrat d'adhésion», *supra* note 4. En common law, le contrat de cautionnement est aussi généralement considéré comme un contrat d'adhésion : voir *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415 au para. 7, 139 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 426.

<sup>39</sup> Le caractère incompréhensible des clauses du contrat de cautionnement dépend des circonstances : l'expérience de l'adhérent en affaires, sa formation, etc. Comme le prévoit l'article 1436 C.c.Q., le tribunal doit adopter pour modèle celui de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Voir par ex. *Compagnie Commonwealth Plywood ltée c. 9018-2304 Québec inc.* (1996), AZ-96031260 (C.Q.) (Azimut) ; *Huiles Marcel Gagnon c. 9021-0618 Québec inc.* (2001), AZ-50111113 (C.Q.) (Azimut) [*Huiles Marcel Gagnon*].

<sup>40</sup> Ainsi dans *Robert, supra* note 22 :

[La défenderesse] souligne que lorsqu'elle avait posé de nombreuses questions après avoir lu l'acte de 1989 ainsi que celui de 1988 pour la première hypothèque, elle avait tellement indisposé les parties par son questionnaire détaillé, qu'elle n'osait plus recommencer l'expérience dans une atmosphère qu'elle trouvait intimidante. Il s'agissait après tout seulement de transférer une hypothèque, rien de plus (*ibid.* au para. 46).

Et dans *Audet, supra* note 27 :

De ne pas lire ces documents fastidieux, écrit[s] dans un langage juridique et ésotérique pour les non initiés, présentés dans un contexte qui ne se prête guère ni à une discussion ni à un examen minutieux de toutes les clauses, n'est pas chose si rare dans le domaine des affaires où plus souvent qu'autrement la confiance et la bonne foi des cocontractants priment toute chose. Dans le contexte, monsieur Audet n'avait aucune raison de se méfier (*ibid.* à la p. 26).

<sup>41</sup> Le contrat de cautionnement n'est pas un contrat aléatoire au sens de l'art. 1382(2) C.c.Q. : voir Michel Cabrillac et Christian Mouly, *Droit des sûretés*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2002 à la p. 82, n<sup>o</sup> 77. Delebecque ne le considère pas comme aléatoire, puisque la chance de gain ou de perte n'existe pas réciproquement : voir *Dalloz Encyclopédie civil, supra* note 34 au para. 34.

<sup>42</sup> Voir Cabrillac et Mouly, *ibid.* à la p. 94, n<sup>o</sup> 91.

<sup>43</sup> Voir *Constructions Denard et Matteau, supra* note 22. En cas de divorce des époux, celui qui s'est porté caution pour l'autre ne peut invoquer le divorce comme disparition de la cause et

affaires de l'entreprise du débiteur principal afin de protéger ses intérêts : ainsi, elle ne contrôle pas le montant de la dette, puisque des intérêts, des pénalités et des frais peuvent s'ajouter. Le cautionnement a d'ailleurs déjà été qualifié de «machine infernale»<sup>44</sup>.

Bien que courant dans le cadre de financement de nouvelles petites entreprises, le cautionnement peut devenir source de litiges lorsque le débiteur principal fait défaut de respecter ses obligations<sup>45</sup>. Ainsi, en défense à la demande de paiement du créancier, la caution ou la coemprunteuse, qui aura pu donner en garantie son immeuble, tente de se libérer d'une entente lourde de conséquences. Comme le démontre la jurisprudence<sup>46</sup>, elle peut faire valoir deux types d'arguments, fondés soit sur la formation du contrat, soit sur son exécution. Elle peut soutenir d'abord que son consentement était vicié puisqu'il n'était ni libre ni éclairé, et alors opposer trois causes de nullité qui touchent la formation du contrat. Elle peut avoir été victime d'erreur si elle ne comprenait pas la nature ou la portée du contrat<sup>47</sup>. Pour ce faire, elle peut par exemple opposer l'erreur provoquée par le dol de la banque<sup>48</sup>, tel que décrit par l'article 1401 : celle-ci aurait intentionnellement omis de lui dévoiler toutes les informations pertinentes. Ensuite, dans certains cas, comme lorsqu'elle consent à être caution, coacheteuse ou colocataire dans le cadre d'un contrat de consommation, elle peut faire valoir l'exploitation comme cause de nullité<sup>49</sup>. Elle peut également soulever

---

annulation du cautionnement. Il peut par ailleurs résilier l'entente pour l'avenir, mais il est toujours tenu pour le passé : voir art. 2364 C.c.Q. Voir en droit français Simler et Delebecque, *supra* note 35 à la p. 73, n° 70 : «La force obligatoire du contrat (art. 1134 C.c.F.) serait bafouée s'il suffisait de démontrer, pour échapper aux obligations nées d'un contrat, que les raisons subjectives qui en avaient déterminé la conclusion ont disparu.»

<sup>44</sup> Simler, *supra* note 21.

<sup>45</sup> Les comptes bancaires conjoints, dans lesquels les codéposants sont des conjoints, constituent d'autres cas où la situation financière de la conjointe et de ses enfants peut être menacée par les problèmes financiers du conjoint. La question de la propriété de cet argent se pose en cas de saisie-arrêt par un créancier du conjoint. La jurisprudence canadienne et québécoise est claire à ce sujet : le créancier ne peut pas saisir l'argent dans le compte conjoint qui appartient au codéposant qui n'est pas son débiteur : voir *Banque canadienne impériale de commerce c. Bourgoin* (1999), AZ-99021846 (C.S.) (Azimut) ; *Westcoast Commodities inc. v. Chen* (1986), 55 O.R. (2<sup>e</sup>) 264, 28 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 635 (H.C.J.), commentée par M.H. Ogilvie, «Why Joint Accounts Should Not Be Garnished—*Westcoast Commodities inc. v. Chen*» (1987) 1 B.F.L.R. 267 ; voir aussi Nicole L'Heureux et Édith Fortin, *Droit bancaire*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999 à la p. 80.

<sup>46</sup> Voir *supra* note 22.

<sup>47</sup> Voir art. 1400 C.c.Q. Toutefois, la demanderesse peut se faire opposer l'erreur inexcusable : voir *Constructions Denard*, *supra* note 22.

<sup>48</sup> Voir Audet, *supra* note 27.

<sup>49</sup> Voir art. 8 et 9 L.P.C., *supra* note 10. En matière de jurisprudence, voir *Banque de Montréal c. Spooner*, [1994] R.J.Q. 1388, AZ-9402135 (Azimut) (C.S.) [Spooner] ; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Savard*, [1990] R.J.Q. 1707, AZ-90031134 (Azimut) (C.Q.) [Savard] ; *Banque de Montréal c. Nadon*, [1990] R.J.Q. 880, AZ-90031052 (Azimut) (C.Q.) [Nadon] ; *Trexar inc. c. Brosseau* (1996), AZ-96031212 (C.Q.) (Azimut) ; *Banque de Montréal c. Grandmont* (2004), AZ-50217100 (C.Q.) (Azimut) [Grandmont]. La coacheteuse, qui a signé pour que son conjoint puisse se procurer le bien

la crainte comme motif d'annulation, qui doit être exercée par le cocontractant (l'établissement bancaire) ou à sa connaissance pour être reconnue comme cause de nullité<sup>50</sup>. En termes d'exécution du contrat, elle peut argumenter en dernier recours que les modalités du cautionnement ont été modifiées sans qu'elle en ait été informée, ce qui lui porte préjudice<sup>51</sup>.

Les D.T.S. et les litiges qu'elles peuvent engendrer sont plus fréquents aujourd'hui pour plusieurs raisons. D'abord, la situation économique des femmes s'est améliorée : elles sont donc plus souvent en mesure de posséder des biens, dont la résidence familiale, et de les donner en garantie. Ensuite, les Canadiens et les Canadiennes ont davantage accès à la propriété<sup>52</sup> et la résidence familiale est souvent le seul actif important du couple pouvant servir de garantie. De plus, pour mettre la maison à l'abri de leurs créanciers, les conjoints en transfèrent parfois la propriété à leur conjointe. Enfin, de plus en plus de petites entreprises au Canada jouent un rôle majeur dans l'économie<sup>53</sup>, d'où l'importance pour eux d'obtenir du financement et la possibilité croissante de s'engager par cautionnement.

Les D.T.S. soulèvent différentes problématiques intéressantes sur le plan juridique et économique, mais aussi du point de vue des rapports sociaux de sexe.

Se pose d'abord le problème de la qualité du consentement donné dans un contexte de relations familiales. Des études ont démontré l'importance de la famille dans la vie des femmes et de quelles façons leurs décisions concernant leur vie personnelle et professionnelle sont dictées par des considérations familiales<sup>54</sup>. De nombreuses femmes accordent un cautionnement ou d'autres avantages monétaires à leur conjoint ou à leur enfant en raison des liens spéciaux qui les unissent, leurs intérêts personnels se confondant avec ceux des membres de leur famille. Elles sont aussi soumises à des pressions de la part de leur conjoint : il en va parfois de la survie économique de leur famille<sup>55</sup>. Une analyse juridique des D.T.S. doit tenir compte de cette situation particulière de dépendance.

---

et qui ne s'est pas servie du bien, peut le remettre en vertu de l'art. 107 *L.P.C.* : voir par ex. *Rousseau c. Banque de Montréal* (2001), REJB 2001-23542 (C.Q.) (REJB).

<sup>50</sup> Voir art. 1402 C.c.Q. Voir aussi *Byrne*, *supra* note 24 et *Perina*, *supra* note 22. Pour une illustration d'un cas de crainte entre deux conjoints lors d'un prêt, voir *Ménard c. Bossé*, [1999] J.Q. n° 382 (C.Q.) (QL), bien que le juge n'y ait pas retenu la position de la conjointe-emprunteuse.

<sup>51</sup> Voir *Matteau et Panzutto*, *supra* note 22.

<sup>52</sup> En 2002, 65,2 pour cent des Canadiens étaient propriétaires de leur logement : voir Statistique Canada, *Certaines caractéristiques des logements et équipement ménager*, en ligne : Statistique Canada <[http://www.statcan.ca/francais/Pgdb/famil09a\\_f.htm](http://www.statcan.ca/francais/Pgdb/famil09a_f.htm)>.

<sup>53</sup> Au Canada, 49 pour cent du total de la main-d'oeuvre du secteur privé travaillait pour une petite entreprise (moins de 100 employés), soit 4,8 millions d'employés : voir *Principales statistiques relatives aux petites entreprises*, en ligne : Industrie Canada <[http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/insbrp-rppe.nsf/vwapj/Stats\\_May\\_f\\_01\\_updated.pdf/\\$FILE/Stats\\_May\\_f\\_01\\_updated.pdf](http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/insbrp-rppe.nsf/vwapj/Stats_May_f_01_updated.pdf/$FILE/Stats_May_f_01_updated.pdf)>.

<sup>54</sup> Voir par ex. Carol Gilligan, *Une si grande différence*, Paris, Flammarion, 1986.

<sup>55</sup> Voir *Guay c. Charest* (1997), AZ-97026011 (C.S.) (Azimut) ; *Leblanc c. Verville*, [1988] R.D.I. 452, AZ-88023027 (Azimut) (C.S.).

Outre l'influence du milieu familial sur le consentement aux D.T.S., d'autres questions juridiques se présentent. Le système judiciaire doit être capable de protéger les parties qui se trouvent dans une position contractuelle désavantageuse : les tribunaux doivent s'assurer que le consentement de la caution a été libre et éclairé. Dans ce contexte, le phénomène des D.T.S. met de l'avant le devoir de renseignement de l'établissement prêteur. Les litiges occasionnés par les D.T.S. soulèvent aussi la responsabilité du notaire instrumentant envers sa cliente : à titre de professionnel, il a l'obligation d'informer sa cliente des conséquences de ses gestes<sup>56</sup>. Il faut alors se poser la question de la stabilité de la relation contractuelle : les créanciers, et plus particulièrement les banques, se montreront-ils plus réticents à prêter dans un contexte familial si les tribunaux accordent des protections spéciales aux cautions ?

L'analyse des D.T.S. attire aussi l'attention sur les relations difficiles entre les banques et les femmes<sup>57</sup>. Bien qu'aujourd'hui le tiers des entreprises québécoises soient dirigées par des femmes<sup>58</sup>, une nette amélioration, les femmes ont longtemps été tenues loin des milieux d'affaires et n'ont pu acquérir toute l'expérience nécessaire, d'où la réticence historique des milieux financiers à leur faire confiance<sup>59</sup>. Pourtant, les banques leur demandent aujourd'hui de cautionner en faveur de leur conjoint. D'ailleurs, quel que soit le sexe de leur clientèle, les banques ne font pas toujours preuve de transparence<sup>60</sup>.

Les D.T.S. présentent donc des enjeux variés que les propositions de réforme doivent prendre en compte. Tel que nous le verrons dans la partie suivante, une des mesures de protection consiste à informer adéquatement la caution de la nature et de l'étendue de ses obligations.

---

<sup>56</sup> *Code de déontologie des notaires*, L.R.Q. c. N-3. r.0.2 art. 16 et 24. Voir Paul-Yvan Marquis, *La responsabilité civile du notaire, Traité de droit civil*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999 aux n° 177 et s.

<sup>57</sup> Elles sont victimes de discrimination dans l'accès aux prêts bancaires, aux prêts hypothécaires et aux autres formes de crédit financier. Voir la réponse des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Rés. AG, Doc Off. AGNU, 34<sup>e</sup> sess., Doc. NUA/34/180 (1979) 217 à l'art. 13(b). Voir aussi *Femmes et crédit*, supra note 19.

<sup>58</sup> Voir Johanne Landry, «Que faites-vous de vos sous ?» (2004) 25 *La Gazette des Femmes* 25.

<sup>59</sup> Au sujet des difficultés rencontrées par les femmes entrepreneures à obtenir du financement, voir Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, *Le sexisme financier*, en ligne : FCEI <[http://www.fcei.ca/quebec/femmes/min101q\\_f.asp](http://www.fcei.ca/quebec/femmes/min101q_f.asp)> ; Groupe conseil femmes-expertise, *Accès des femmes entrepreneures au crédit : réalités et nouvelles stratégies de financement*, Ste-Foy, G.C.F.-E., 1999 ; Québec, Ministère de l'industrie et du commerce, de la science et de la technologie, *Entreprendre au féminin : Rapport du groupe de travail sur l'entrepreneuriat féminin*, a.m.e., 1998 [*Entreprendre au féminin*].

<sup>60</sup> Voir par ex. *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 74 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577.

## II. L'obligation précontractuelle de renseignement

Parmi les mesures prises pour atteindre un véritable équilibre entre les parties au contrat, l'obligation précontractuelle de renseignement joue un rôle primordial. Une importante doctrine s'attarde sur cette question<sup>61</sup> mais il suffit aux fins du propos de n'en rappeler que les grandes lignes.

Alors que le *Code civil du Bas-Canada* et les tribunaux québécois reconnaissaient déjà l'obligation précontractuelle de renseignement, la Cour suprême du Canada a consacré le principe sur la base de l'obligation de bonne foi<sup>62</sup>, aujourd'hui codifiée à l'article 1375 du *Code civil du Québec*. D'autres articles renforcent l'obligation précontractuelle de renseignement : l'article 1399(1) précise que le consentement au contrat doit être libre et éclairé ; l'article 1401(2) fait du silence intentionnel du contractant une forme de dol qui vicie le consentement du cocontractant ; et, suivant l'article 1416, la partie qui possède l'information pertinente doit la dévoiler à son cocontractant, à défaut de quoi le contrat peut être annulé.

L'existence de l'obligation de renseignement est soumise à trois conditions<sup>63</sup>. En premier lieu, le cocontractant, débiteur de cette obligation, doit avoir une connaissance réelle ou présumée de l'information. En deuxième lieu, cette information doit être de nature déterminante pour le créancier de cette obligation. En troisième lieu, cette obligation reste limitée par celle qui incombe au créancier de *se* renseigner<sup>64</sup>. Le défaut de se renseigner de ce dernier est considéré comme une erreur inexcusable (article 1400(2)), qui empêche de demander la nullité du contrat. Cette

---

<sup>61</sup> Voir, en droit québécois, Lefebvre, *supra* note 8 aux pp. 166 et s. ; Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 aux n<sup>o</sup> 305-18. En droit français, voir Jacques Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988 aux pp. 502-66.

<sup>62</sup> Voir *Bail*, *supra* note 9 à la p. 587, où le juge Gonthier écrit :

L'apparition de l'obligation de renseignement est reliée à un certain rééquilibrage au sein du droit civil. Alors qu'auparavant il était de mise de laisser le soin à chacun de se renseigner et de s'informer avant d'agir, le droit civil est maintenant plus attentif aux inégalités informationnelles, et il impose une obligation positive de renseignement dans les cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable, d'où des dommages pourraient s'ensuivre. L'obligation de renseignement et le devoir de ne pas donner de fausses informations peuvent être conçus comme les deux facettes d'une même médaille.

Voir le commentaire de Daniel Jutras, «Le tiers trompé (À propos de l'affaire *Bail Ltée*)» (1993) 72 R. du B. can. 28.

<sup>63</sup> Voir *Bail*, *ibid.* aux pp. 585 et s.

<sup>64</sup> Voir Baudouin et Jobin, *supra* note 61 aux n<sup>o</sup> 314 et s. ; Patrice Jourdain, «Le devoir de "se" renseigner» D. 1983.Chron.139 ; Philippe Le Tourneau, «De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil» D. 1987.Chron.101. D'autres situations imposent aussi une obligation de *se* renseigner au cocontractant: ainsi, en matière de vice caché (art. 1726 C.c.Q.), dans la garantie d'éviction contre les violations de limitation de droit public (art. 1725 C.c.Q.), en matière de défaut de sécurité du bien (art. 1473 C.c.Q.), la partie faible doit quand même se renseigner.

exigence de bien gérer ses affaires varie selon les circonstances : le statut des parties, tels l'âge, ou la profession, ainsi que la nature de l'information et sa disponibilité<sup>65</sup>. Dans certains cas, cette obligation de se renseigner du créancier est limitée ou disparaît totalement : ainsi en est-il entre autres dans le cas d'un contrat avec un professionnel où s'établit une relation de confiance. Le défaut de se renseigner du client, lequel aurait pu être à l'origine d'une erreur inexcusable dans d'autres circonstances, devient légitime ou à tout le moins excusable. Il s'agit donc de trouver le juste équilibre entre l'obligation de renseignement de la partie qui connaît et celle de se renseigner du cocontractant.

Comme tout professionnel qui jouit d'une position de supériorité économique et informationnelle, la banque est soumise à l'obligation précontractuelle de renseignement<sup>66</sup>. Ce devoir de la banque envers sa clientèle découle de l'obligation de bonne foi et de loyauté<sup>67</sup>, elle-même dictée par la relation de confiance entre la banque et le client. En common law, une obligation de «fiduciaire» a été imposée à la banque<sup>68</sup>. L'abus d'influence, l'inégalité de pouvoir entre les parties, le conflit d'intérêts ou même l'exploitation portent atteinte à cette obligation. La banque doit donc fournir tous les renseignements nécessaires à son client et s'assurer qu'il comprend les conséquences de ses gestes.

Le devoir de renseignement de la banque se pose avec plus d'acuité en cas de cautionnement, compte tenu des risques inhérents à ce type de contrat<sup>69</sup>. En effet, la possibilité de l'insolvabilité future du débiteur principal fait partie du cautionnement. D'ailleurs, le code édicte des mesures de protection de la caution pour s'assurer de la qualité de son consentement. Ainsi, l'article 2335 exige que le cautionnement soit exprès : il ne peut être présumé. Le code prévoit aussi à l'article 2345 que le créancier est tenu de fournir à la caution potentielle, à la demande de cette dernière, toute

---

<sup>65</sup> Voir *Bail*, *supra* note 9 à la p. 587.

<sup>66</sup> Voir Patrice Deslauriers, «Le devoir de renseignement des banques» dans *Droits de la personne : solidarité et bonne foi, Actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000 à la p. 353 ; Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003 aux n<sup>o</sup> 1844 et s. Les tribunaux français tendent à accentuer le rôle des obligations d'information et de conseil des banques : voir Stéphane Piedelièvre, «La responsabilité liée à une opération de crédit» Dr. et pat. 2001.89.62.

<sup>67</sup> Voir L'Heureux et Fortin, *supra* note 45 aux pp. 269 et s.

<sup>68</sup> Voir *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 W.L.R. 501, [1975] Q.B. 326 (C.A.) et Margaret H. Ogilvie, *Canadian Banking Law*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1998 aux pp. 457 et s. Le droit jurisprudentiel bancaire canadien et anglais peut s'appliquer au contrat bancaire conclu au Québec. En effet, les règles de common law peuvent être considérées comme découlant de la nature du contrat et des usages en droit bancaire (art. 1434 C.c.Q.) : voir L'Heureux et Fortin, *supra* note 45 à la p. 55 ; Baudouin et Deslauriers, *supra* note 66 aux n<sup>o</sup> 1821 et s. L'obligation de loyauté trouve aussi sa source en droit civil québécois dans l'obligation de bonne foi codifiée à l'article 1375 C.c.Q. : voir Lefebvre, *supra* note 8 à la p. 220.

<sup>69</sup> Voir *Burrows*, *supra* note 27 ; *Banque nationale du Canada c. Reid*, [2001] R.J.Q. 1349, AZ-50085360 (Azimut) (C.Q.).

l'information utile sur le contenu et les modalités de l'obligation principale et sur l'état de son exécution. Cet article vise entre autres à contrer le refus de la banque de dévoiler de telles informations à la caution au nom de son devoir de confidentialité envers le débiteur principal.

Les tribunaux et la doctrine<sup>70</sup> se sont interrogés sur l'effet potentiellement limitatif que pourrait avoir l'article 2345 (qui impose à la caution l'obligation de se renseigner<sup>71</sup>) sur le devoir général de renseignement de la banque découlant de l'article 1375. Selon la Cour d'appel, le texte de l'article 2345 ne peut restreindre l'obligation de renseignement de la banque à répondre aux seules questions de la caution<sup>72</sup>. Le devoir de transparence de la banque, plus large, repose sur trois fondements. Il prend d'abord sa source dans l'obligation d'agir de bonne foi prévue aux articles 6 et 1375, qui imposent un devoir général de renseignement. Ensuite, l'article 2355, selon lequel la caution ne peut renoncer à l'avance au droit à l'information et au bénéfice de subrogation, renforce encore cette obligation de transparence<sup>73</sup>. Enfin, le créancier doit répondre aux questions de la caution<sup>74</sup>, cette dernière obligation ne limitant en aucune façon les deux autres. Lorsque la caution est dans une position informationnelle vulnérable et que le défaut de la banque de satisfaire à son obligation de renseignement lui cause un préjudice, ce qui est très souvent le cas pour la caution profane, celle-ci peut être libérée de son obligation.

L'obligation de renseignement de la banque envers la caution est renforcée par l'article 1436, qui peut rendre nulles certaines clauses incompréhensibles dans les contrats d'adhésion ou de consommation. Comme le contrat de cautionnement constitue habituellement un contrat d'adhésion<sup>75</sup> et que les clauses incompréhensibles pour la personne profane sont fréquentes dans ce domaine<sup>76</sup>, la banque doit s'assurer qu'elle a bien expliqué le contenu et la portée de telles clauses à la caution, à défaut de quoi ces clauses peuvent être annulées par le tribunal.

Le Code civil et la jurisprudence ont donc imposé à la banque une obligation précontractuelle de renseignement accrue envers la caution. Il s'agit maintenant de vérifier si cette protection s'avère efficace dans le cas des D.T.S. Nous présenterons la position des tribunaux britanniques avant d'analyser la jurisprudence québécoise.

---

<sup>70</sup> Voir Pierre Ciotola, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 51-54 et Louise Poudrier-LeBel et André Bélanger, «L'interprétation du cautionnement : une approche nouvelle quant à la formation et à la détermination du contenu du contrat» (2000) 41 C. de D. 323 à la p. 341.

<sup>71</sup> Voir *Banque laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365, [2002] J.Q. n<sup>o</sup> 309 (QL) (C.A.) et *Audet*, *supra* note 27.

<sup>72</sup> Voir *Trust La Laurentienne*, *supra* note 27 aux paras. 35 et s. ; *Les promotions Atlantiques inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse* (2003), REJB 2003-46784 (C.A.) (REJB). La Cour supérieure s'est aussi prononcée sur le sujet dans l'arrêt *Panzutto*, *supra* note 22.

<sup>73</sup> Cet article d'ordre public découle de l'arrêt *Soucisse*, *supra* note 9.

<sup>74</sup> Voir art. 2345 C.c.Q.

<sup>75</sup> Voir *supra* note 38 et le texte correspondant.

<sup>76</sup> Voir *supra* note 39 et le texte correspondant.



### III. Le traitement en droit anglais des dettes transmises sexuellement

Le traitement par les tribunaux britanniques des conjointes-cautions et des D.T.S. est particulièrement intéressant. En effet, la Chambre des Lords, qui s'est prononcée à deux reprises sur ce sujet au cours des dernières années, a fait preuve d'une «tendresse spéciale»<sup>77</sup> envers les conjointes-cautions.

#### A. L'adoption d'une «tendresse spéciale»

Pour la première fois en 1994 dans l'arrêt-phare *Barclays Bank plc v. O'Brien*<sup>78</sup>, le plus haut tribunal anglais a reconnu unanimement le besoin de protection des épouses qui se portent caution pour garantir une dette d'entreprise de leur mari. Au cours des huit années précédant cette décision, la Cour d'appel avait entendu onze affaires portant sur les D.T.S. Sous la plume de Lord Browne-Wilkinson, la Chambre des Lords voulait donc éclaircir le droit. Dans cette affaire, Madame, copropriétaire de la résidence familiale, avait accordé une hypothèque de deuxième rang en faveur de la banque pour garantir une avance de fonds pour l'entreprise de son mari, dans laquelle elle n'avait aucun intérêt direct. Elle n'y travaillait pas et ne s'occupait pas de sa gestion. Le mari fit faillite et la banque demanda le délaissement de la résidence. Madame plaida que la banque ne lui avait pas expliqué la nature et les conséquences de son engagement, qu'elle n'avait pas reçu d'avis juridique indépendant, qu'elle n'avait pas lu les documents et qu'elle avait été l'objet d'abus d'influence de la part de son mari. La Chambre des Lords lui donne raison.

Le tribunal a refusé d'appliquer une présomption d'abus d'influence (catégorie 2A<sup>79</sup>) aux conjointes aux prises avec des D.T.S. Au lieu de modifier le droit, la Chambre des Lords a décidé que le droit en matière d'*undue influence* protégeait déjà bien les conjointes-cautions et qu'il accordait déjà une *tenderness* :

---

<sup>77</sup> L'expression «*special tenderness*» est utilisée par Lord Browne-Wilkinson dans l'arrêt *Barclays Bank plc v. O'Brien*, [1994] 1 A.C. 180 aux pp. 190 et 196 (H.L.) [*Barclays Bank*].

<sup>78</sup> *Barclays Bank*, *ibid.* Cette décision a été rendue en même temps que *CIBC Mortgages plc v. Pitt*, [1994] 1 A.C. 200 [*Pitt*]. Pour des commentaires sur *Barclays Bank*, voir McGuinness, *supra* note 21 ; Ogilvie, *supra* note 68 aux pp. 478 et s. ; Ogilvie, «Undue Influence», *supra* note 21 ; Fehlberg, «Husband and Bank», *supra* note 21 ; Fehlberg, «The Sequel», *supra* note 21.

<sup>79</sup> Voir *Barclays Bank*, *ibid.* aux pp. 189-90, où Lord Browne-Wilkinson classe en deux catégories les affaires d'abus d'influence qui mènent à l'annulation du contrat. Dans la catégorie 1, le plaignant doit prouver l'abus d'influence qui l'a amené à contracter : aucune présomption ne s'applique. Dans la catégorie 2, le plaignant doit démontrer une relation de confiance : une présomption d'abus d'influence s'applique alors, qui peut être renversée par le cocontractant en ayant recours, par exemple, à l'avis juridique indépendant. La relation de confiance peut s'établir de deux façons. Les relations dans la catégorie 2A, comme la relation entre le médecin et son patient, soulèvent automatiquement la présomption d'abus d'influence. Dans la catégorie 2B, le demandeur doit prouver l'existence d'une relation dans laquelle il a fait confiance au défendeur : la présomption d'abus d'influence s'applique alors. Selon la Chambre des Lords, la relation conjugale figure dans cette dernière catégorie.

This tenderness of the law is reflected by the fact that voluntary dispositions by the wife in favour of her husband are more likely to be set aside than other dispositions by her: a wife is more likely to establish presumed undue influence of Class 2(B) by her husband than by others because, in practice, many wives do repose in their husbands trust and confidence in relation to their financial affairs<sup>80</sup>.

Selon le tribunal, il n'était pas nécessaire d'inclure la relation maritale dans les relations de confiance qui donnent ouverture automatiquement à une présomption d'abus d'influence (soit la catégorie 2A, à l'intérieur de laquelle figure la relation entre le médecin et son patient). La conjointe-caution doit prouver qu'elle se fiait à son conjoint pour toute question d'affaires, que la transaction est financièrement désavantageuse pour elle et que, compte tenu de la nature de leur relation, il est raisonnable de présumer qu'elle a été victime d'abus d'influence. Dans ce cas, la présomption d'abus d'influence s'applique et la banque doit alors démontrer qu'elle a pris les moyens raisonnables pour vérifier que la conjointe-caution donnait un consentement libre et éclairé. Pour ce faire, la banque peut demander à sa cliente qu'elle participe à une rencontre avec un de ses représentants, au cours de laquelle il lui expliquera la portée du cautionnement, les risques qu'elle encoure et lui suggérera d'obtenir un avis juridique indépendant. Dans des cas exceptionnels où la banque croit que l'abus d'influence est très probable, elle doit alors conseiller à la caution potentielle d'obtenir un avis juridique indépendant. Par cette mesure, la banque s'assure que le consentement de la conjointe-caution est libre d'abus d'influence. Si la banque ne prend pas de moyens raisonnables, la présomption d'abus d'influence s'applique et elle doit alors prouver que Madame n'a pas été l'objet d'abus d'influence. La conjointe-caution peut aussi prouver que la banque avait une connaissance réelle de l'abus d'influence dont elle a été l'objet ou encore que son mari a exercé sur elle un abus d'influence.

### **B. La nécessité d'un avis juridique indépendant**

Les créanciers britanniques ont vite compris qu'il était à leur avantage d'imposer l'obtention d'un avis juridique indépendant au lieu d'informer eux-mêmes la caution potentielle, ce qui leur ferait potentiellement encourir une responsabilité en cas d'information inadéquate. À la suite de certaines critiques et de la difficulté des tribunaux anglais d'appliquer l'exigence de l'avis juridique indépendant<sup>81</sup>, la Chambre des Lords s'est à nouveau prononcée en 2001 sur cette question. L'arrêt *Etridge*<sup>82</sup> regroupe huit affaires portant sur des cautionnements donnés par des épouses. Sept d'entre elles abordent la qualité du consentement de la conjointe-

---

<sup>80</sup> *Ibid.* à la p. 196.

<sup>81</sup> Voir Fehlberg, «The Sequel», *supra* note 21.

<sup>82</sup> *Supra* note 35. Voir James O'Donovan et John Phillips, *The Modern Contract of Guarantee*, Toronto, Carswell, 2003 aux n° 4.124-4.154.

caution et une autre analyse la responsabilité de l’avocat qui donne un avis juridique indépendant à une conjointe-caution.

Avec l’appui de la majorité de la plus haute cour anglaise, Lord Nicholls précise que la banque assume toujours l’obligation d’exiger l’avis juridique indépendant dès qu’il s’agit d’une épouse ou d’un époux (ou d’une personne dans une situation similaire<sup>83</sup>) qui cautionne les dettes d’entreprise de son conjoint<sup>84</sup>. Le fait que la caution puisse travailler dans l’entreprise ou en être actionnaire n’est pas pertinent : le tribunal veut ainsi éviter la participation fictive des épouses. La caution-demanderesse n’a donc pas à faire la preuve du caractère désavantageux de la transaction pour elle et du risque important que le mari ait commis un abus d’influence envers elle pour que la présomption d’abus d’influence entre en jeu et que la banque requière un avis juridique indépendant<sup>85</sup>, comme l’avait exigé l’arrêt *Barclays Bank*<sup>86</sup>.

Après avoir noté que l’exigence de l’avis juridique indépendant était devenue une fiction et une pure formalité<sup>87</sup> compte tenu de ses déficiences, Lord Nicholls précise le contenu minimal de cet avis<sup>88</sup>. Il rappelle d’abord que l’avis juridique indépendant dispensé à la conjointe-caution dans le but de lui présenter clairement les conséquences pratiques de son engagement n’élimine pas complètement le risque d’abus d’influence ou de fausses représentations.

Avant de procéder à l’avis, l’avocat doit expliquer à la conjointe-caution le but de son mandat : la banque avec laquelle son conjoint fait affaire a demandé à cet avocat de dispenser un avis juridique indépendant à Madame pour s’assurer de son consentement libre et éclairé, étant donné qu’il s’agit d’un cautionnement donné dans un contexte conjugal et qu’il pourrait y avoir des pressions exercées par le conjoint. Il doit aussi lui préciser les conséquences de l’obtention de l’avis juridique indépendant : si la banque fait appel à elle en cas de défaut de son conjoint, elle ne peut soulever par la suite son absence de consentement libre et éclairé au cautionnement, à moins qu’elle ne fasse la preuve d’abus d’influence sans l’aide de présomption.

L’avis juridique indépendant doit expliquer, dans un langage simple et clair, la nature du cautionnement et ses conséquences pratiques, qui peuvent aller jusqu’à la perte de la maison, voire la faillite. L’avocat doit aussi être explicite sur les risques encourus par Madame en lui expliquant la nature, le montant et les modalités du financement offert par la banque à son mari, ainsi que les répercussions sur sa situation financière. Malgré les risques de l’engagement de Madame, l’avocat doit lui

---

<sup>83</sup> Par exemple des conjoints de fait, des conjoints homosexuels, cohabitant ou des parents et leurs enfants.

<sup>84</sup> *Etridge*, *supra* note 35 aux paras. 44 et s.

<sup>85</sup> *Ibid.* au para. 46.

<sup>86</sup> *Supra* note 77.

<sup>87</sup> *Etridge*, *supra* note 35 au para. 52.

<sup>88</sup> *Ibid.* aux paras. 58 et s.

expliquer clairement que c'est à elle que revient le choix final. Il l'informe aussi qu'il peut négocier avec la banque pour modifier les termes de l'entente si tel est son désir. Pour bien remplir son mandat, l'avocat doit obtenir tous les renseignements nécessaires de la banque, qui a l'obligation de les lui fournir. Par la suite, l'avocat remet à la banque un certificat attestant que Madame a bien compris l'information qu'il lui a donnée quant à la nature, les conséquences et les risques de son engagement.

Lord Nicholls aborde ensuite la question de l'indépendance de l'avis juridique<sup>89</sup>. Selon lui, l'avocat retenu n'a pas à agir exclusivement pour la conjointe-caution : il peut aussi représenter le mari-débiteur principal ou la banque. Plusieurs motifs justifient cette prise de position. D'une part, des coûts supplémentaires sont nécessairement encourus par l'ajout d'un nouvel avocat qui ne connaît pas le dossier ; d'autre part, l'épouse peut préférer un avocat avec lequel elle a déjà fait affaire plutôt qu'un étranger. Quoi qu'il en soit, l'avocat retenu doit se retirer du dossier s'il est en conflit d'intérêts, puisque son mandat est de conseiller la conjointe-caution.

Il précise aussi le rôle de la banque en rapport avec l'avis juridique indépendant. La banque informe la conjointe-caution potentielle qu'elle doit consulter un avocat de son choix, qui peut être le même que celui de son conjoint. Elle lui dévoile le but de cette consultation, qui vise à protéger la banque de toute poursuite judiciaire portant sur le consentement libre et éclairé de la caution. La banque doit attendre le certificat de l'avocat avant de compléter sa transaction. Elle collabore aussi avec l'avocat en lui fournissant toutes les informations nécessaires à son mandat. Par ailleurs, si la banque a des raisons de croire que la conjointe-caution potentielle est victime d'abus d'influence de la part de son mari, elle a l'obligation de le dévoiler à l'avocat. Par le certificat ainsi obtenu, la banque s'exonère de toute forme de responsabilité quant au consentement libre et éclairé de la caution<sup>90</sup>.

Lord Nicholls rappelle que le principe élaboré dans l'arrêt *Barclays Bank*<sup>91</sup> a une portée large et trouve application non seulement dans le cas de «relations sexuelles»<sup>92</sup> qui peuvent mener à des abus d'influence, mais aussi dans d'autres relations basées sur la confiance et pouvant engendrer des abus d'influence, comme la relation entre un parent et un enfant, ou entre un employeur et un employé<sup>93</sup>. Il va plus loin et affirme même que l'exigence de l'avis juridique indépendant devrait être appliquée à toute caution potentielle non commerciale.

---

<sup>89</sup> *Ibid.* aux paras. 69 et s.

<sup>90</sup> *Ibid.* aux paras. 75 et s.

<sup>91</sup> *Supra* note 77.

<sup>92</sup> *Ibid.* au para. 82.

<sup>93</sup> Voir *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v. Burch*, [1997] 1 All E.R. 144 (C.A.).

Ces deux décisions de principe de la Chambre des Lords portant sur les D.T.S. ont été incorporées au droit canadien de common law<sup>94</sup>.

#### IV. Le traitement en droit québécois des dettes transmises sexuellement

Contrairement aux tribunaux britanniques<sup>95</sup>, français<sup>96</sup> ou canadiens<sup>97</sup>, ceux du Québec n'ont pas fait preuve d'une sensibilité particulière à l'égard des femmes aux prises avec des D.T.S. L'analyse de la jurisprudence en cette matière indique que les tribunaux ne sont guère exigeants en ce qui concerne le respect de l'obligation précontractuelle de renseignement qui incombe à la banque ou au créancier, et qu'ils confondent le caractère libre avec le caractère éclairé du consentement.

Une recherche en jurisprudence québécoise indique une douzaine de décisions concernant des D.T.S.<sup>98</sup> Aucune décision recensée ou rapportée en droit québécois ou

---

<sup>94</sup> La Cour suprême du Canada a intégré l'arrêt *Barclays Bank*, *supra* note 77, en droit canadien dans l'arrêt *Gold c. Rosenberg*, [1997] 3 R.C.S. 767, 152 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 [*Gold* avec renvois aux R.C.S.]. Voir par ex. les décisions canadiennes suivantes : *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Finlan*, [1999] O.J. no 54 (Div. gén.) (QL) [*Finlan*], conf. par [2000] O.J. no 1509 (C.A.) (QL) et (2000) 135 O.A.C. 298 ; *Bank of Montreal v. Collum*, 2003 BCSC 298 (QL) [*Collum*] ; *Van der Ros v. Van der Ros* (2003), 12 B.C.L.R. (4<sup>e</sup>) 307, 32 B.L.R. (3<sup>e</sup>) 1, 2003 BCCA 270 [*Van der Ros*] ; *Bank of Montreal v. Duguïd* (2000), 47 O.R. 737, 185 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 458 (C.A.) [*Duguïd*] ; *Del Grande c. Toronto Dominion Bank* (1995), 21 B.L.R. (2<sup>e</sup>) 220, [1995] O.J. n° 2005 (QL) (Div. gén. Ont.) [*Del Grande*] ; *Collum c. Bank of Montreal*, [2004] B.C.C.A. 358 (C.A.C.-B.). L'arrêt *CIBC Mortgage Corporation c. Rowatt* (2002), 61 O.R. (3<sup>e</sup>) 737, 220 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 139 (C.A.) [*Rowatt*] a incorporé en droit canadien *Etridge*, *supra* note 35.

<sup>95</sup> Voir *Barclays Bank*, *supra* note 77 ; *Pitt*, *supra* note 78 ; *Etridge*, *supra* note 35.

<sup>96</sup> Bien que les tribunaux français ne se soient pas engagés à faire preuve d'une «tendresse spéciale» à l'égard des conjointes-cautions comme l'ont fait les tribunaux britanniques, ils ont malgré tout manifesté une certaine sensibilité. Voir Bordeaux, 1<sup>ère</sup> ch., 6 décembre 1977, J.C.P. 1980.II.19318 (note Philippe Simler) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 avril 1992, Bull. Civ. 1992.IV.86, n° 129 ; voir aussi Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 1992, Bull. Civ. 1992.I.200, n° 306, dans lequel un époux cautionne pour le prêt d'entreprise de son épouse ; Cass. com., 28 mai 1991, J.C.P. 1991.IV.288 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mai 2001, Gaz. Pal. 2001.Jur.1621 ; Paris, 2 février 2001, Gaz. Pal. 2001.Jur.1619 ; Nîmes, 20 octobre 1998, jurisdata 1998-030977 (JurisClasseur) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 2000, jurisdata 2000-000620 (JurisClasseur) ; Versailles, 4 février 2000, jurisdata 2000-108470 (JurisClasseur) ; Reims, 29 octobre 2001, jurisdata 2001-168600 (JurisClasseur) ; Orléans, 7 juin 2001, jurisdata 2001-158516 (JurisClasseur) ; Montpellier, 26 février 2002, jurisdata 2002-182801 (JurisClasseur). Le peu de décisions dans ce domaine en droit français est sans doute dû aux protections législatives accordées aux cautions profanes. Voir la partie V, ci-dessous, sur les mesures de réforme proposées.

<sup>97</sup> Voir *supra* note 94.

<sup>98</sup> La recherche est évidemment limitée aux décisions publiées dans des recueils ou accessibles par des banques de données : voir *Folini*, *supra* note 25 ; *Byrne*, *supra* note 24 ; *Larose, Perina, Constructions Denard, Robert, 129817 Canada, Fellen, Uniroyal Goodrich, Panzutto et Matteau*, *supra* note 22 ; *Banque canadienne impériale de commerce c. Bariteau*, [1997] A.Q. n° 164 (C.Q.) (QL) ; *Tremblay c. Deault* (1999), AZ-99026070 (C.S.) (Azimut) [*Tremblay*] ; *Huiles Marcel Gagnon*, *supra* note 39. Les deux décisions suivantes ne font pas partie du corpus analysé parce que

canadien ne fait état d'un conjoint qui cautionne pour sa conjointe dans un contexte commercial<sup>99</sup>. Cette absence de décisions rapportées ne signifie pas que la situation ne se produise jamais ; au contraire, il semble que les banques exigent davantage de cautionnement du conjoint pour les femmes entrepreneures qui cherchent du financement que pour les hommes dans la même situation<sup>100</sup>.

Nous analyserons ces décisions à partir d'une grille de trois critères tenant compte des points de vue des femmes et de la nature particulière du cautionnement. D'abord, la prise en compte par le tribunal de la nature familiale du cautionnement et éventuellement des pressions sur la caution sert à vérifier si le tribunal distingue entre le caractère libre et le caractère éclairé du consentement : en effet, un consentement éclairé n'est pas nécessairement libre. Ensuite, il s'agit d'analyser par quels moyens la banque respecte son obligation précontractuelle de renseignement. Enfin, l'intérêt direct de la conjointe-caution dans l'entreprise doit être pris en compte afin de vérifier si elle exerce un certain contrôle sur l'entreprise. Une décision qui prend en considération ces trois éléments sera équitable pour les cautions qui nous intéressent.

Ces critères ont été préférés à d'autres parce qu'ils se rattachent aux perspectives des femmes qui se portent caution. Ainsi, nous aurions pu distinguer entre les cas où la banque et le débiteur sont déjà en relation d'affaires avant de solliciter la conjointe, les cas où les problèmes financiers de l'entreprise sont dus à des erreurs ou des

---

les faits sont plutôt inusités : *Caisse populaire de Rivière du Moulin c. Lavoie*, [1973] R.L. 385 (C.P.) ; *Banque royale du Canada c. Savouro inc.*, [1974] C.S. 208. Dans *Banque laurentienne du Canada c. Boisclair* (2000), AZ-50078112 (C.S.) (Azimut), Madame, actionnaire et administratrice de l'entreprise, s'était portée caution pour l'entreprise. Par conséquent, elle tirait un avantage direct du cautionnement, qui ne fut donc pas annulé.

Nous avons exclu les affaires de D.T.S. qui soulèvent la lésion et les articles 8 et 9 *L.P.C.*, *supra* note 10, puisqu'il ne s'agit pas de prêts de nature commerciale et que ces femmes sont protégées par la *L.P.C.* : voir *Spooner, Savard, Nadon et Grandmont*, *supra* note 49 ; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Kargakos* (2001), AZ-01036098 (C.Q.) (Azimut) [*Kargakos*].

Nous avons aussi exclu les décisions qui portent sur la capacité mentale de contracter de la mère : voir *Béliveau et Tessier*, *supra* note 28.

Dans la présente section, sont enfin exclues les décisions qui concernent des cautionnements accordés par des hommes à leurs enfants, à de la parenté ou à des amis, même si elles soulèvent les mêmes problèmes juridiques : voir *Yousef*, *supra* note 29 ; *Courtemanche*, *supra* note 30 ; *Audet, Burrows, Fortier et Trust La Laurentienne*, *supra* note 27.

<sup>99</sup> Voir cependant l'affaire *Ayotte*, *supra* note 23, dans laquelle un notaire et son conjoint avaient signé pour l'obtention d'une carte de crédit qui ne servirait que pour la pratique de la conjointe. Le conjoint fut tenu responsable pour 2 865\$ même s'il n'avait pas utilisé la carte de crédit, simplement parce qu'il avait signé un contrat contenant une clause de solidarité.

<sup>100</sup> En 1998, les établissements bancaires exigeaient un cautionnement du conjoint dans 26 pour cent des dossiers où des femmes entrepreneures demandaient un financement, alors que le cautionnement de la conjointe pour l'obtention d'un prêt par le conjoint était demandé dans 11 pour cent des dossiers : voir Thompson, Lightstone et compagnie inc., *Les PME au Canada, l'énoncé de leurs besoins, de leurs attentes, et de leur satisfaction envers les institutions financières*, a.m.e., 1998 à la p. 153, cité dans Québec, Ministère de l'industrie et du commerce, de la science et de la technologie, *Les défis des entrepreneures : Rapport du groupe-conseil sur l'entrepreneuriat féminin*, a.m.e., 2000 à la p. 14 ; voir aussi *Entreprendre au féminin*, *supra* note 59 à la p. 22.

fraudes du mari, les cas où l'entrepreneur veut démarrer une entreprise et a besoin de capital, et les cas où l'entreprise connaît des problèmes financiers ou a besoin de refinancement. Ce dernier classement tiendrait compte de la situation du banquier, de l'entrepreneur et de l'entreprise, et non de celle de la femme, or tel n'est pas l'objectif de notre réflexion.

### **A. La nature familiale du cautionnement**

Afin de déterminer si les conjointes-cautions ont consenti, il semble essentiel que le tribunal tienne compte du contexte familial qui peut exercer des pressions sur ces femmes et ainsi porter atteinte à la qualité du consentement. L'analyse du contexte familial soulève la distinction entre un consentement libre et un consentement éclairé.

Toutes les décisions analysées<sup>101</sup> se penchent d'une façon ou d'une autre sur le contexte particulier pour évaluer le caractère éclairé de la décision de la caution. Ainsi, le tribunal analyse le niveau de connaissance de la conjointe en affaires, sa participation dans l'entreprise du conjoint, sa formation antérieure<sup>102</sup>, son emploi et, dans un des cas, le fait que la notaire lui ait expliqué la portée de son engagement<sup>103</sup>. Mais qu'en est-il du caractère libre du consentement ? Quel rôle les pressions familiales et les motivations personnelles ont-elles joué ? Il est important de rappeler qu'un consentement peut être éclairé sans pour autant être libre. À l'analyse des décisions, nous constatons que le niveau de connaissance de la caution en affaires, sa participation dans l'entreprise, sa formation antérieure, son emploi, les explications du notaire neutralisent, aux yeux du juge, les pressions familiales. Il semble que le tribunal considère la caution profane comme moins vulnérable aux pressions familiales parce que, selon certaines caractéristiques personnelles, elle possède ou est en mesure de posséder l'information nécessaire. À notre avis, les tribunaux font ici l'erreur de confondre le caractère libre du consentement avec le caractère éclairé.

Par exemple, dans certains cas, même si la conjointe s'occupait des enfants à la maison, elle connaissait les affaires de son mari, car elle agissait comme secrétaire de l'entreprise familiale et avait déjà signé d'autres cautionnements<sup>104</sup>. Selon le juge, elle comprenait donc la portée de son engagement. Mais qu'en est-il du caractère libre de son comportement ? Le juge doit-il prendre en considération les motifs de la caution pour s'engager ? Décide-t-elle de cautionner afin de protéger sa relation conjugale chancelante ? pour assurer la survie de sa famille ?

Une seule décision de première instance, d'ailleurs renversée en Cour d'appel, fait la distinction entre un consentement éclairé et un consentement libre. Le juge de la Cour supérieure mentionne les motivations personnelles de la conjointe pour ne pas

---

<sup>101</sup> *Supra* note 98.

<sup>102</sup> Voir *Byrne*, *supra* note 24 et *Larose*, *supra* note 22.

<sup>103</sup> Voir *Larose*, *supra* note 22.

<sup>104</sup> Voir *Constructions Denard et Fellen*, *supra* note 22.

avoir dénoncé un contrat aussi peu avantageux. Dans l'affaire *Folini*<sup>105</sup>, le défendeur avait contrefait la signature de son épouse sur une procuration qui avait servi à accorder en 1990 une hypothèque à la Fiducie canadienne italienne sur la résidence familiale appartenant à son épouse, en retour d'une marge de crédit de 150 000\$ pour son entreprise. Devant le défaut du défendeur de remplir ses obligations, la Fiducie demanda en 1996 le délaissement de la maison. Madame cherchait donc l'annulation de l'acte d'hypothèque et de la procuration qu'elle n'avait jamais signée. Le litige portait sur la confirmation de l'acte d'hypothèque par les comportements postérieurs de Madame, et plus particulièrement sur le caractère intentionnel de son silence.

Le juge de la Cour supérieure note que, de 1990 à 1995, Madame avait reçu des avis de renouvellement des assurances de la maison qui mentionnaient que la Fiducie était la bénéficiaire. Lors du défaut de son mari de respecter ses obligations, elle avait aussi reçu des lettres de mise en demeure de la Fiducie qui indiquaient l'hypothèque grevant la maison. Le juge considère que, dès janvier 1995, elle savait que sa signature avait été contrefaite. Elle expliquait pourtant son silence et son inaction de janvier 1995 à mai 1996, date du dépôt de la présente requête, par son désir de gagner du temps, de permettre à son mari de corriger la situation et de lui éviter des poursuites criminelles pour fraude. D'ailleurs, M. Folini affirmait lors de son témoignage devant le tribunal qu'il savait que son épouse ne consentirait pas à l'hypothèque sur la résidence familiale, d'où le besoin de la fausse procuration. Le tribunal de première instance arrive à la conclusion que le silence de quatorze mois de Madame ne peut être interprété comme une intention certaine et évidente de confirmer l'acte d'hypothèque et la procuration<sup>106</sup>. Le juge rejette l'argument de fin de non-recevoir, car il considère que le comportement de Madame n'était pas trompeur envers la Fiducie.

La Cour d'appel analyse cependant les faits d'un autre œil et renverse la décision de première instance. Le juge Rochon, qui écrit au nom de la cour, considère que la preuve ne supporte pas la motivation de Madame, soit sa peur des poursuites criminelles contre son mari. Bien qu'il ne soit pas convaincu d'une absence de volonté certaine et évidente de la part de Madame de confirmer l'acte hypothèque, il ne se prononce pas sur ce point. Il considère plutôt que le comportement fautif de Madame rend sa demande d'annulation irrecevable. Selon lui, la conduite répétitive, délibérée et constante de Madame, qui avait reçu et lu la correspondance de la Fiducie et discuté avec ses représentants, constitue un comportement trompeur. Le silence de Madame avait plutôt pour but de déjouer et de leurrer le créancier. La Cour d'appel considère donc que Madame a confirmé, par son silence, l'acte d'hypothèque, malgré la contrefaçon de sa signature.

Cette décision illustre la difficulté pour le tribunal d'évaluer le caractère intentionnel du silence en matière de confirmation et de tenir compte du contexte

---

<sup>105</sup> *Supra* note 25.

<sup>106</sup> Voir art. 1423 C.c.Q.



familial. Rappelons que la confirmation peut être tacite, mais ne peut résulter du seul silence du contractant<sup>107</sup>. En effet, l'article 1423 C.c.Q. insiste sur le fait que la volonté de confirmer doit être certaine et évidente. Il doit y avoir des comportements qui manifestent clairement l'intention de Madame d'accepter la procuration et l'acte d'hypothèque qui en découle. Malheureusement, dans ce cas-ci, quel que soit le comportement qu'elle adopte envers la Fiducie, Madame est perdante. Soit elle dénonce son mari à la fiducie et aux autorités policières pour fraude, ce qui cause une situation financière précaire pour le mari, menant éventuellement à la perte de la maison faute de revenus pour l'entretenir, soit elle se tait pour gagner du temps et protéger son mari ; le tribunal lui reproche alors son silence intentionnel, considère qu'elle a confirmé l'acte — elle perd aussi sa maison. Pourtant, son mari avait affirmé à la cour qu'il savait qu'elle ne voudrait pas signer l'acte d'hypothèque pour qu'il obtienne un prêt. Contrairement à ce que laisse entendre la Cour d'appel, Madame n'a pas vraiment délibérément adopté une stratégie<sup>108</sup>. Nous sommes plutôt d'avis que la Cour supérieure a bien compris les motifs qui l'animent : elle ne veut pas confirmer l'acte d'hypothèque, mais plutôt gagner du temps et protéger son mari. Dispose-t-elle vraiment d'un choix ?

Dans une autre décision, *Byrne*<sup>109</sup>, le mari de Mme Byrne avait commis une fraude d'une très importante somme au détriment de son employeur, le Trust Prêt et Revenu. Afin de rembourser ce dernier, il lui proposa une hypothèque sur une maison de campagne appartenant à sa conjointe. Il possédait lui aussi une maison, mais elle était déjà hypothéquée à sa pleine valeur. Mme Byrne refusa d'abord d'accepter la demande de son mari, mais consentit finalement à accorder une hypothèque sur sa maison au Trust Prêt et Revenu. Lorsque le créancier voulut exercer son droit de créance, Mme Byrne protesta que son consentement avait été vicié par la crainte causée par les pressions indues exercées par le Trust.

Le juge analyse le contexte pour déterminer l'intégrité du consentement de la demanderesse. Intelligente, détentrice d'un diplôme universitaire, elle avait posé deux questions au notaire lors de la signature de l'acte d'hypothèque. Elle aurait eu le temps d'obtenir des conseils juridiques si elle l'avait jugé à propos. Un mois s'était écoulé entre l'annonce de la fraude et la signature de l'acte d'hypothèque. Selon le tribunal, Mme Byrne mesurait la portée de sa signature ; des amis avocats lui avaient expliqué les conséquences de son engagement. En accordant une hypothèque au Trust, elle comprenait qu'elle perdait sa maison, compte tenu de l'importance de la dette du mari. Elle prit pourtant la décision de signer pour aider son mari. Le juge analyse aussi le comportement du créancier qui semble avoir agi avec diligence. Ses

---

<sup>107</sup> Voir art. 1423(1) C.c.Q. et Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1998 au n° 2093.

<sup>108</sup> Bien que les faits tels que rapportés ne le laissent pas voir, Madame peut aussi avoir adopté un tel comportement pour des raisons culturelles, soit la nécessité de se soumettre à l'autorité de son époux.

<sup>109</sup> *Supra* note 24.

employés n'ont jamais exercé de pression sur Madame pour qu'elle signe. La pression serait plutôt venue du mari<sup>110</sup>, qui avait menacé de se suicider et soulevé la possibilité de son emprisonnement. Le juge libère le notaire de toute responsabilité, puisque ce dernier avait agi avec prudence en s'assurant du consentement éclairé de Madame. Il rejette l'argument de la crainte et maintient par conséquent la validité de l'acte d'hypothèque accordée par Madame.

Si le juge considère que le consentement est éclairé, c'est-à-dire que Madame comprenait la portée de ses actes et qu'aucune pression n'a été exercée par le créancier, il est difficile de le qualifier de libre<sup>111</sup>. Le juge précise que Madame «aurait répondu au notaire qu'elle n'avait pas besoin de lire les documents parce qu'elle n'avait pas d'autre choix que de signer»<sup>112</sup>. De plus, comme le révèle la preuve, le juge souligne que Madame n'était pas enthousiaste, paraissait froide, très calme et même résignée lors de la signature de l'acte d'hypothèque<sup>113</sup>. Le désarroi dans lequel se trouvait Madame est facile à comprendre. Quel était l'intérêt pour Madame de signer, alors que la valeur de la maison de campagne ne couvrait pas toute la dette de Monsieur ? Le juge ne tient cependant pas compte du contexte conjugal et du caractère désavantageux de la transaction pour Madame.

Cette étude de la jurisprudence nous permet de conclure que dans l'évaluation du consentement de la caution profane, les tribunaux s'attardent surtout à vérifier le caractère éclairé du consentement : si le consentement semble éclairé et informé, au vu des caractéristiques personnelles de la caution profane, le tribunal ne s'interroge pas sur son caractère libre. En revanche, si la caution, de par ses caractéristiques personnelles, manque d'information, le tribunal tiendra alors compte des pressions familiales et des motivations personnelles de la caution<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> *Ibid.* au para. 64.

<sup>111</sup> Voir art. 1399 C.c.Q.

<sup>112</sup> *Byrne*, *supra* note 24 au para. 50.

<sup>113</sup> *Ibid.* au para. 67.

<sup>114</sup> Voir par ex. *Audet*, *supra* note 27 à la p. 22, où le cautionnement accordé par le père est annulé pour cause d'erreur. Le père n'avait jamais compris qu'il avait consenti à deux cautionnements, l'un de 50 000\$ et l'autre de 49 000\$. Il pensait plutôt que le deuxième remplaçait le premier. Le juge fait remarquer que ni son fils, ni le notaire, ni le représentant de la banque ne l'avaient informé sur ce qu'il signait. Il n'avait rien lu. Le juge tient ici compte du contexte familial :

Seul le désir d'aider ses enfants anime le concours de monsieur Léo Audet dans toute cette affaire. Au premier chef, il fait confiance à ses fils, et plus particulièrement, à monsieur Jean Audet, le cerveau de l'entreprise. [...] Sans grande instruction, il [le père] travaille dans le domaine minier depuis l'âge de 15 ans. Bien qu'à la tête d'une société minière, il n'a aucune expérience de gestion qu'il laisse à un frère. Il n'est guère plus familier avec les documents bancaires en général, et les contrats de cautionnement en particulier [...] (*ibid.* à la p. 22).

### **B. L'obligation précontractuelle de renseignement de la banque**

Contrairement aux tribunaux britanniques<sup>115</sup> et canadiens de common law<sup>116</sup>, la jurisprudence québécoise n'est pas très exigeante envers la banque en ce qui a trait au respect de son obligation précontractuelle de renseignement. Rappelons qu'en droit québécois, la banque assume une obligation générale d'information qui lui impose de prendre les devants : elle ne doit pas simplement attendre les questions de son client, mais plutôt adopter des mesures positives pour l'informer<sup>117</sup>. Cependant, les tribunaux n'imposent pas à la banque l'obligation d'exiger que sa cliente ait reçu un avis juridique indépendant avant d'obtenir le cautionnement<sup>118</sup>.

Dans l'affaire *Folini*<sup>119</sup> analysée dans la section précédente, le comportement de la Fiducie par rapport à son obligation précontractuelle de renseignement est discutable : pourquoi a-t-elle accepté la procuration de Madame, alors qu'il était possible de la rencontrer en personne pour obtenir son consentement et lui donner des explications sur la portée de son engagement ? Quelle était la pratique de cet établissement dans de telles circonstances ? N'aurait-elle pas dû exiger que Madame obtienne un avis juridique indépendant ? Quel a été le rôle du notaire ? N'a-t-il pas manqué de vigilance ? Ni l'une, ni l'autre des deux instances ne se penche sur le comportement de la Fiducie et du notaire. Il est important de rappeler que Madame ne voulait pas accorder d'hypothèque. Comment son comportement de défense peut-il équivaloir à une volonté certaine et évidente de confirmer l'hypothèque ?

Dans la décision *Byrne*<sup>120</sup>, également analysée dans la section précédente, il est difficile de croire que le créancier n'ait pas été au courant de la pression exercée par Monsieur sur sa conjointe<sup>121</sup>. Même si le juge considère que Madame comprenait la portée de ses gestes puisqu'elle avait posé des questions, le Trust n'avait pas non plus rempli son obligation de renseignement. Compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, le Trust aurait dû imposer à Madame l'obtention d'un avis juridique indépendant et lui accorder une période de réflexion d'une dizaine de jours. Bien que le notaire ayant vu à la signature de l'hypothèque devait respecter son devoir d'impartialité et de conseil envers toutes les parties<sup>122</sup>, on peut douter qu'il ait

---

<sup>115</sup> Voir *supra* note 95.

<sup>116</sup> Voir *supra* note 94.

<sup>117</sup> Voir *Bail*, *supra* note 9.

<sup>118</sup> Une seule décision impose l'avis juridique indépendant. Dans *Beauchemin*, *supra* note 27, les trois enfants avaient cautionné le prêt commercial de leur père. Ils n'avaient reçu aucune information et ne connaissaient pas les problèmes financiers de l'entreprise. Le tribunal souligne qu'ils auraient dû recevoir un avis juridique indépendant. Comme il s'agissait d'un cautionnement personnel, ils n'avaient reçu aucune information d'un notaire. Le cautionnement fut annulé.

<sup>119</sup> *Supra* note 25.

<sup>120</sup> *Supra* note 24.

<sup>121</sup> L'article 1402(1) C.c.Q. exige que le cocontractant ait une connaissance réelle de la menace exercée par un tiers ou qu'il en soit l'auteur afin que la crainte puisse donner ouverture à la nullité.

<sup>122</sup> *Loi sur le notariat*, L.R.Q. c. N-2, art. 15(b) ; *Code de déontologie des notaires*, *supra* note 56, art. 7.

conseillé Madame de façon indépendante et neutre, surtout compte tenu du commentaire de Madame selon lequel elle n'avait d'autres choix que de signer<sup>123</sup>. Pourtant, le tribunal considère que le notaire n'avait pas à demander à Mme Byrne si elle avait consulté un avocat. Évidemment, le Trust était ici en conflit d'intérêts : il cherchait avant tout à récupérer une partie des sommes détournées par son employé. Quoi qu'il en soit, il est difficile de conclure que Madame avait donné un consentement libre.

Les faits dans la décision *Larose*<sup>124</sup> illustrent certainement le pire scénario de D.T.S. qu'il soit possible d'imaginer. Madame accorda un cautionnement et une hypothèque sur la résidence familiale à la banque pour garantir le prêt de son mari. Au cours des années, elle signa de nombreux cautionnements pour son mari, notaire de profession, qui investit beaucoup dans des affaires risquées. Le mari fit faillite et la banque poursuivit Madame à titre de caution.

Pour s'assurer que Madame ait donné un consentement libre et éclairé, le juge analyse le contexte entourant la signature du document. Bien qu'elle possédait un diplôme universitaire, Madame avait une confiance aveugle en son mari, d'ailleurs toujours présent lorsqu'elle signait comme caution. Elle ne posait jamais de questions. Le juge considère qu'elle agissait comme prête-nom, car elle savait que son mari était le véritable propriétaire de la résidence familiale.

Le juge en vient à la conclusion qu'elle avait signé le cautionnement par pure obéissance ; elle aurait consenti à renoncer à sa pleine compréhension et à signer son nom par complaisance en faveur de son mari<sup>125</sup>. Le juge affirme : «[E]lle était toute confiante et lui était soumise. Elle n'a posé aucune question à la notaire instrumentant. Son silence était éloquent : ou bien elle signait en pleine compréhension ou bien elle signait dans un état de confiance et d'obéissance à l'égard de son mari, lui-même notaire»<sup>126</sup>. Le juge considère pourtant que la banque a fait preuve d'un comportement irréprochable, puisque Madame n'a pas posé de questions. Selon lui, la banque n'avait pas une obligation d'information envers la caution, mais plutôt un devoir de répondre aux questions de la caution.

En toute déférence pour le tribunal, compte tenu du contexte familial (que le juge décrit pourtant très bien), il est extrêmement difficile de croire que Madame offrait un consentement libre et éclairé. Cependant, le juge lui reproche le contexte familial dans lequel elle vivait : il affirme qu'elle avait *choisi* de ne pas comprendre. Pourtant, comment pouvait-elle jouir de cette liberté, alors qu'elle n'avait pas celle de refuser de signer ? C'est accorder un grand pouvoir décisionnel à une femme qu'il qualifie pourtant du même souffle de soumise. L'attitude de Madame aurait-elle été différente si elle avait obtenu des conseils juridiques indépendants ? Peut-être aurait-elle signé

---

<sup>123</sup> *Byrne*, *supra* note 24 au para. 50.

<sup>124</sup> *Supra* note 22.

<sup>125</sup> *Ibid.* au para. 54.

<sup>126</sup> *Larose*, *supra* note 22 au para. 38.

malgré tout, ce qui prouve bien qu'elle n'avait pas de choix réel. En qualifiant Madame de prête-nom, le juge cherche à expliquer la stratégie de Monsieur et à le punir. Ce dernier a manipulé Madame en la faisant signer et la manipule à nouveau en alléguant qu'elle n'avait pas un consentement libre et éclairé. Elle devient en quelque sorte un instrument du mari afin de mettre certains biens à l'abri des créanciers. Pourtant, il ne s'agit pas ici de punir Monsieur, mais bien de déterminer si le consentement de Madame était libre et éclairé. Contrairement à ce que le juge affirme, la banque n'a pas adopté un comportement irréprochable : elle avait une obligation de renseignement envers la caution<sup>127</sup>, obligation qui n'est pas limitée par la possibilité offerte à la caution de poser des questions<sup>128</sup>. La Cour d'appel a reconnu, dans une décision subséquente, l'obligation générale de renseignement de la banque envers la caution<sup>129</sup>.

Dans l'arrêt *Perina*<sup>130</sup>, il s'agit encore d'une conjointe ayant signé un cautionnement (de 200 000\$), permettant à son mari d'obtenir un prêt pour son entreprise. La signature se fit dans le bureau de l'avocat du couple, qui conseilla à Madame de ne pas s'engager. Comme elle ne voulait pas perdre son investissement dans l'entreprise de son mari, dont la situation financière étant précaire, elle choisit de faire fi du conseil de l'avocat. (Son mari l'aurait menacée lors de la signature du cautionnement en présence de l'avocat, prétention rejetée par le juge.) Madame participait à l'administration de l'entreprise de son mari et était au courant des pratiques bancaires. Celui-ci déclara une faillite d'un million de dollars et la banque se tourna vers la caution. Le tribunal en vint à la conclusion que Madame avait signé en toute connaissance de cause et dans son propre intérêt : elle voulait tout bonnement aider son époux à surmonter ses problèmes financiers.

Cette affaire souligne la limite du conseil juridique indépendant comme mesure de protection de la caution : il ne règle pas les problèmes découlant de la relation de pouvoir entre les conjoints. Dans ce cas précis, pourquoi la signature du cautionnement n'a-t-elle pas eu lieu dans les bureaux de la banque ? Pourquoi l'avocat n'a-t-il pas refusé de recevoir la signature de Madame et avisé la banque qu'il cessait d'agir pour la caution potentielle ?

Dans l'arrêt *129817 Canada inc.*<sup>131</sup>, Madame accorda un cautionnement de 40 000\$ à la banque pour garantir le prêt d'entreprise de son conjoint. Elle avait repris la vie commune avec son ex-mari et avait investi dans l'entreprise de ce dernier. La Cour supérieure annula le cautionnement pour cause d'erreur sur la nature de l'engagement, parce que l'employé de la banque n'avait pas bien expliqué le sens du

---

<sup>127</sup> Voir art. 1375 C.c.Q.

<sup>128</sup> Voir art. 2345 C.c.Q.

<sup>129</sup> Voir *Trust La Laurentienne*, supra note 27.

<sup>130</sup> Supra note 22.

<sup>131</sup> Supra note 22.

terme cautionnement et que Madame ne comprenait pas le document, pensant que son risque était limité.

La Cour d'appel considère plutôt que Madame comprenait ce qu'elle signait puisque le notaire lui avait lu l'acte d'hypothèque. Selon le juge, elle aurait simplement sous-estimé les conséquences de sa signature et sa surprise ne signifiait pas que son consentement n'était pas libre et éclairé :

Comme la chose survient dans nombre d'actes de cautionnement, elle a sous-estimé les risques attachés à l'opération de cautionnement. Elle a été surprise par l'issue de cette affaire et s'est trouvée engagée au-delà de ce qu'elle espérait. Cela ne signifie pas pour autant qu'il y ait eu erreur sur la nature du contrat. De plus, elle ne saurait reprocher à la Banque la violation d'une obligation d'information ou de conseil<sup>132</sup>.

Quant au devoir de renseignement, la Cour d'appel considère que la banque n'en assume pas. Il faut toutefois préciser que cette décision a été rendue sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada* et que le *Code civil du Québec* impose maintenant explicitement une obligation précontractuelle de renseignement au créancier en matière de cautionnement<sup>133</sup>.

La décision de la Cour d'appel est discutable en raison de la distinction qu'elle fait entre la nature du contrat et ses conséquences, ce dernier motif ne donnant pas ouverture à l'erreur. À notre avis, si Madame sous-estimait les risques du cautionnement, c'est qu'elle ne comprenait pas le sens véritable du terme<sup>134</sup> : sa réaction de surprise en est la preuve. La banque n'a donc pas rempli son obligation de renseignement ; de plus, elle aurait dû conseiller à Madame l'obtention d'un avis juridique indépendant.

Les décisions analysées portant sur des D.T.S. ont toutes été rendues avant la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Trust La Laurentienne*<sup>135</sup> en 2001. La Cour d'appel a alors précisé que l'article 2345, qui permet à la caution de poser des questions sur l'obligation principale, n'a pas pour effet de restreindre la portée de l'obligation positive de renseignement du créancier découlant de l'article 1375. La banque créancière ne doit pas se contenter de répondre aux questions de la caution, mais doit aller de l'avant et donner tous les renseignements nécessaires à la caution afin que son consentement soit libre et éclairé. À notre avis, cette décision, qui renforce l'obligation de renseignement de la banque, met enfin de côté l'ancienne jurisprudence dans ce domaine.

---

<sup>132</sup> *129817 Canada inc., ibid.* au para. 13.

<sup>133</sup> Voir art. 2345 et 2355 C.c.Q.

<sup>134</sup> D'ailleurs, le devoir de conseil du notaire ne porte pas que sur la nature de l'acte juridique, mais aussi sur les conséquences : voir Marquis, *supra* note 56 au n° 207.

<sup>135</sup> *Supra* note 27.

### **C. L'intérêt direct de la conjointe-caution dans l'entreprise**

L'intérêt de la conjointe-caution dans l'entreprise constitue un autre aspect important à prendre en compte dans l'évaluation du caractère libre et éclairé de son consentement au cautionnement. Dans les affaires *Folini*<sup>136</sup>, *Byrne*<sup>137</sup> et *Larose*<sup>138</sup>, les conjointes n'avaient aucun intérêt financier direct dans l'entreprise familiale ou dans la somme d'argent en jeu. Elles n'y avaient pas investi ou travaillé et avaient encore moins négocié les termes du financement. Leur intérêt indirect résidait plutôt dans leur désir d'aider leur conjoint, et dépendait totalement de leur relation conjugale : en cas de rupture, elles n'avaient plus d'intérêt indirect dans l'entreprise.

Évidemment, il est possible d'argumenter que les conjointes ont toujours un intérêt dans l'entreprise, fût-il direct ou indirect. Ce ne sont pas toutes les cautions qui sont appelées à payer ; elles profitent du financement de l'entreprise du conjoint et ont donc un intérêt commun dans le cautionnement et dans le financement de l'entreprise. Nous ne voulons pas sous-estimer l'intérêt commun des conjoints et l'interdépendance dans le vécu conjugal. Pourtant, nous désirons justement souligner le poids de l'interdépendance qui pèse sur la conjointe : comment peut-elle donner un consentement libre et éclairé malgré cette interdépendance ?

Dans les décisions analysées, les juges n'accordent aucune importance à cet aspect lorsqu'ils évaluent le consentement. Pourtant, ils devraient le faire : si la conjointe-caution n'a pas travaillé ou investi dans l'entreprise, si elle n'a pas assisté à toutes les discussions au sujet du financement demandé et ne connaît pas la situation financière de l'entreprise, comment peut-elle donner un consentement éclairé ?

En conclusion, l'étude de ce corpus jurisprudentiel permet d'affirmer que les tribunaux québécois ne sont pas très exigeants quant au devoir de renseignement de la banque : ils confondent le caractère éclairé du consentement avec son caractère libre ; ils considèrent comme suffisantes les informations qu'un notaire a pu donner à la caution profane ; et ils ne tiennent pas non plus compte de l'effet des pressions familiales ou de l'absence d'intérêt direct de la conjointe-caution dans l'entreprise, deux facteurs qui modifient pourtant la qualité du consentement de cette dernière.

### **V. Des solutions : au-delà de l'approche de la symétrie ou de la différence**

Comme nous l'avons démontré, la réaction des tribunaux québécois aux D.T.S. n'est pas satisfaisante. Nous proposons ici des solutions juridiques qui peuvent assurer une meilleure protection des cautions profanes, fussent-elles des conjointes, des parents ou des amis. Cependant, des réformes sur d'autres plans doivent aussi être envisagées.

---

<sup>136</sup> *Supra* note 25.

<sup>137</sup> *Supra* note 24.

<sup>138</sup> *Supra* note 22.

### A. Commentaires sur des solutions dites féministes

L'étiquette «solutions féministes» nécessite quelques commentaires préliminaires. Le féminisme n'est pas monolithique<sup>139</sup> : différentes solutions qui se qualifient de féministes et conçues pour rencontrer les besoins des femmes peuvent sembler contradictoires, ce qui est le cas en matière de D.T.S.<sup>140</sup>

D'un côté, certaines propositions de réforme féministes prônent une approche plus interventionniste des tribunaux pour assurer une réelle protection des femmes qui se portent caution<sup>141</sup>. Elles supposent que ces femmes ne peuvent donner un consentement libre et éclairé à cause des pressions familiales qu'elles subissent et qu'elles éprouvent un besoin accru de protection. Évidemment, d'aucuns décrieront cette approche comme trop protectionniste<sup>142</sup>, paternaliste, et lui reprocheront de traiter les femmes comme des mineures, de les déresponsabiliser, de supposer qu'elles ne peuvent donner un consentement libre et éclairé à cause de leur statut matrimonial, de les réduire à leur statut matrimonial, et de nuire à leur dossier de crédit. D'ailleurs, jusqu'en 1969, l'article 1301 C.c.B.-C. interdisait à une femme mariée de servir de caution à son mari<sup>143</sup>. Le but de cette prohibition visait à «assurer la paix du foyer et [à] protéger la femme mariée contre des contrats dont elle ne retire aucun bénéfice et qui sont jugés dangereux pour la préservation de son patrimoine»<sup>144</sup>. Les conjointes-cautions ne sont pas nécessairement toutes victimes<sup>145</sup> de pressions indues de la part du conjoint et de la banque : il se peut qu'elles aient délibérément pris le risque d'aider leur conjoint. Il ne faut pas non plus tomber dans le piège de l'essentialisme et prendre pour acquis qu'il n'existe qu'un seul modèle de femme.

D'un autre côté, une approche tout aussi féministe peut être moins interventionniste. Basée sur l'idée que les femmes sont les égales des hommes (du

---

<sup>139</sup> Voir Marie-Claire Belleau, «Les théories féministes : droit et différence sexuelle» (2001) R.T.D. civ. 1.

<sup>140</sup> Lord Browne-Wilkinson, dans l'arrêt *Barclays Bank*, *supra* note 77 à la p. 188, illustre très bien le débat entre un traitement identique pour toutes les cautions, conjointes ou non, ou un traitement différent pour tenir compte de la réalité particulière des conjointes-cautions. Sur ce dilemme, voir aussi McGuinness, *supra* note 21 au n° 4.71.

<sup>141</sup> Voir Baron, *supra* note 21.

<sup>142</sup> Voir la réponse de Denis Mazeaud aux critiques de la nouvelle moralité contractuelle qui lui reprochent, entre autres, d'être trop protectionniste dans «Loyauté, solidarité, fraternité», *supra* note 3 aux pp. 624 et s.

<sup>143</sup> L'article 1301 C.c.B.-C. a été abrogé en 1969 par l'article 41 de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.

<sup>144</sup> Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 au n° 209. Voir aussi Louis Marceau, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la Province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960 aux pp. 137 et s. Une loi romaine, le sénatus-consulte Velléien (1<sup>er</sup>-XVII<sup>e</sup> s.), ôtait à la femme mariée la capacité de cautionner son mari afin d'éviter que le cautionnement ne serve à engager ses biens propres : voir Cabrillac et Mouly, *supra* note 41 au n° 91.

<sup>145</sup> Sur l'idée que le féminisme «victimaire» (fondé sur la victimisation des femmes) fait fausse route, voir Elisabeth Badinter, *Fausse route*, Paris, Odile Jacob, 2003.



moins dans les instruments de protection des droits de la personne), qu'elles ont accompli beaucoup de progrès, qu'elles ne sont plus limitées à la sphère privée et qu'elles s'y connaissent davantage en affaires, cette autre position ne réclame pas de protections spéciales pour les conjointes-cautions<sup>146</sup> au-delà de celles qui s'appliquent à toutes les cautions<sup>147</sup>. Toutefois, cette solution plus libérale n'est pas parfaite. Elle maintient le *statu quo*, adopte une approche formelle de l'égalité et suppose que les mesures juridiques actuelles sont suffisantes pour assurer la protection des cautions. Ici, les progrès accomplis par les femmes, en droit de la famille<sup>148</sup> entre autres, servent à masquer le travail qui reste à faire pour atteindre l'égalité réelle.

Le dilemme du traitement identique / traitement différent, qui a longtemps divisé les féministes, est en lui-même faux, puisque l'homme demeure dans les deux cas le modèle et l'idéal à atteindre. Nous rejettons donc le modèle de l'individu abstrait et détaché de son contexte social, capable de lire et de comprendre tous les documents qu'il signe, prenant les meilleures décisions, et capable de négocier<sup>149</sup>. Le problème doit être pensé autrement : afin que la nouvelle moralité contractuelle se matérialise et que l'égalité contractuelle dépasse l'égalité formelle, les tribunaux doivent considérer la nature du cautionnement et la position des cautions désintéressées (qu'elles soient conjointes, parents ou amis), et accorder une attention particulière aux D.T.S. Comme le précise Lord Browne-Wilkinson dans l'arrêt *Barclays Bank*<sup>150</sup>, malgré la reconnaissance de l'égalité des sexes, dans de nombreuses unions matrimoniales, des conjointes suivent servilement les conseils de leur conjoint et peuvent être l'objet d'abus d'influence de la part de celui-ci.

Il faut pourtant encore préciser la raison pour laquelle le droit doit faire preuve d'une «sensibilité particulière» à l'égard de ces femmes<sup>151</sup>. Il ne s'agit pas de douter de la validité de leur consentement pour le motif qu'elles seraient incapables de comprendre des concepts financiers ou la portée de leur geste : ce motif, qui alimente l'image de la femme servile, serait certes dégradant pour les femmes. Leur liberté de consentir doit plutôt être examinée de près à cause de la pression créée dans la

---

<sup>146</sup> Voir Ogilvie, «Banking Law in Embryo», *supra* note 21 et *Finlan*, *supra* note 94 au para. 91 plus particulièrement.

<sup>147</sup> Voir par ex. les art. 2335, 2345 et 2355 C.c.Q.

<sup>148</sup> Cette position reflète aussi l'approche néo-libérale en droit de la famille vers laquelle tend la Cour suprême du Canada : voir *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 224 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193, 2003 CSC 24 [*Miglin*] et *Nouvelle-Écosse (P.G.) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 221 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1, 2002 CSC 83 [*Walsh*]. Voir le commentaire de Dominique Goubau sur l'arrêt *Miglin* dans le Bulletin de mai 2003, Collection de droit de la famille québécois CCH.

<sup>149</sup> Voir par ex. Wanda A. Weigers, «Economic Analysis of Law and “Private Ordering” : A Feminist Critique» (1992) 42 U.T.L.J. 170.

<sup>150</sup> *Supra* note 77 à la p. 188.

<sup>151</sup> Voir l'opinion de la juge Feldman, dissidente dans *Duguid*, *supra* note 94. Malgré son expérience comme agente d'immeuble et sa compréhension des conséquences du cautionnement, l'épouse avait consenti à agir comme caution pour sauver son mariage. La juge Feldman considère que Madame a subi de l'abus d'influence.

relation matrimoniale par les liens émotifs et sexuels<sup>152</sup>. Des études dans d'autres domaines ont d'ailleurs démontré l'effet de la pression familiale sur les décisions des femmes<sup>153</sup>. Malgré leur expérience du monde du travail ou des affaires, qui dans d'autres circonstances les rendraient plus méfiantes, les femmes font confiance à leur conjoint, elles ne pensent pas que ce dernier puisse vouloir les entraîner dans une aventure financière risquée et signent donc, entre autres, pour préserver une relation saine ou qu'elles savent menacée, ou encore pour signifier leur appui au conjoint.

Le fait d'accorder une protection juridique particulière aux conjointes-cautions n'est pas dégradant pour celles-ci. Elles ne sont pas les seules dans une situation de désavantage et d'exploitation : le Code civil accorde déjà une protection particulière à la caution aux articles 2335, 2345, et 2355. Les élus sont intervenus dans d'autres domaines pour protéger la partie vulnérable qui aurait pu être l'objet de pressions, par exemple en matière de protection du consommateur<sup>154</sup> ou par l'interdiction des contrats de mère porteuse<sup>155</sup>. La nouvelle moralité contractuelle s'applique aussi aux contrats auxquels les femmes sont parties.

Par ailleurs, les solutions que nous proposons doivent prendre en considération d'autres facteurs. Comme le précise Lord Browne-Wilkinson dans l'arrêt *Barclays*, il faut trouver le juste équilibre entre la protection de la partie vulnérable et le besoin de garantie de la banque<sup>156</sup>. La résidence familiale est souvent le seul actif qui puisse servir de garantie au financement d'une petite entreprise. Il ne faut pas faire en sorte que la banque ne veuille plus accorder de prêt, parce que la résidence familiale constitue le seul actif du couple et qu'il est facile pour la caution profane de se libérer de son engagement en prouvant que son consentement n'était pas libre et éclairé.

### **B. Au-delà des moyens de défense traditionnels**

Comme le révèle l'analyse de la jurisprudence québécoise<sup>157</sup>, les moyens de défense traditionnels à la disposition de la caution qui portent sur les vices de

---

<sup>152</sup> Voir l'opinion dissidente de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Walsh*, *supra* note 148 au para. 146, dans laquelle elle remet en question la position selon laquelle les couples se marient en pensant aux conséquences juridiques de son échec : «[...] le fait que le mariage donne lieu à des obligations juridiques n'indique pas en soi que la source de ces obligations résulte d'un échange négocié ou d'un consensus». On peut appliquer le même argument aux cautionnements consentis dans le cadre conjugal ou familial.

<sup>153</sup> Par exemple, en matière de dons d'organes et de traitement contre l'infertilité, les femmes seraient davantage l'objet de pressions familiales que les hommes : voir Judith Lorber, «Choice, Gift, or Patriarchal Bargain? Women's Consent to *In Vitro* Fertilization in Male Infertility» (1989) 4 *Hypathia* 23.

<sup>154</sup> Par exemple, la faculté de dédit accordée par l'art. 59 *L.P.C.*, *supra* note 10, en cas de vente par un commerçant itinérant.

<sup>155</sup> Voir art. 541 C.c.Q.

<sup>156</sup> *Supra* note 77 à la p. 188.

<sup>157</sup> Voir la partie IV, ci-dessus.

consentement sont voués à l'échec. Compte tenu de la position de vulnérabilité des cautions profanes, il faut proposer d'autres moyens de protection pour ces dernières.

### 1. L'inadéquation des vices du consentement comme mesure de protection

L'erreur simple, l'erreur provoquée par le dol, la crainte, la lésion et les règles d'interprétation ne sont d'aucun secours à la caution prise au piège.

L'argument de l'erreur simple comme motif d'annulation du cautionnement n'est pas ou peu retenu par les tribunaux<sup>158</sup>. D'abord, la caution ne peut plaider son ignorance de l'insolvabilité future du débiteur principal, cette possibilité faisant partie de la nature même du cautionnement<sup>159</sup>. Elle ne peut soutenir que l'erreur sur la nature de l'acte : par exemple, elle croyait signer une lettre de référence ou encore, elle ne comprenait pas la portée de l'acte<sup>160</sup>. Or, la preuve de l'erreur subjective est difficile à établir<sup>161</sup>. Les tribunaux hésitent à se fier uniquement à la perception de la

---

<sup>158</sup> Voir, en droit québécois, Poudrier-LeBel et Bélanger, *supra* note 70. Pour le même commentaire en droit français, voir Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Droit civil : Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, Cujas, 1996 aux n° 213-14 ; Simler et Delebecque, *supra* note 35 aux n° 54-57.

<sup>159</sup> Quant à l'insolvabilité du débiteur principal au jour de l'engagement, la caution pourrait se délier du cautionnement si elle avait fait de la solvabilité du débiteur un élément essentiel de son engagement : voir par ex. Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 19 mars 1985, Bull. Civ. 1985.I.90, n° 98. Pour un revirement jurisprudentiel récent sur cette question, voir Cass. com., 1 octobre 2002, J.C.P. 2002.I.124 (rapport Simler et Delebecque).

<sup>160</sup> Voir *129817 Canada*, *supra* note 22. La Cour supérieure annula le cautionnement pour erreur sur la nature de l'engagement parce que l'employé de la banque n'avait pas bien expliqué le sens du terme «cautionnement». Madame pensait que son risque était limité. La Cour d'appel renversa cette décision. Dans l'affaire *Robert*, *supra* note 22, le défaut de la banque d'informer la caution était évident. Les conjoints avaient changé de banque à la suggestion d'un membre de la famille travaillant à la Banque de Nouvelle-Écosse. Entre autres, Madame avait cautionné un prêt pour son mari et accordé une hypothèque. Dans le transfert vers la nouvelle banque, ce cautionnement de Madame devint personnel. Jamais la nouvelle banque ou le notaire n'informa Madame de ce changement et rien ne pouvait la laisser soupçonner un tel alourdissement de ses responsabilités. Le tribunal annula le cautionnement de Madame. Dans l'affaire *Tremblay*, *supra* note 98, Madame refusait de se porter caution pour la location d'un emplacement commercial pour le commerce de son conjoint. Afin d'obtenir l'engagement de Madame, le notaire ajouta une autre convention au cautionnement qui prévoyait que le conjoint rembourserait l'épouse dans l'éventualité où elle aurait à payer pour l'entreprise. Madame ne savait pas que le cautionnement couvrait les dettes passées, ni que l'entreprise était en difficulté financière. Le notaire lui avait dit qu'elle ne serait pas liée par le bail, ce qui était faux. Elle avait trois enfants, travaillait et ne connaissait pas les affaires de son conjoint. Le tribunal annula le cautionnement. Voir aussi *Huiles Marcel Gagnon*, *supra* note 39.

<sup>161</sup> Voir l'opinion du juge LeBel dans *129817 Canada*, *supra* note 22 au para. 16 :

Une telle preuve d'erreur est souvent difficile à faire ainsi qu'à apprécier. Il faut prendre garde de fonder une telle appréciation d'erreur uniquement sur une perception subjective résultant d'un témoignage a posteriori sur des événements qui ont placé la caution dans des difficultés qu'elle prétend désormais ne pas avoir prévues. La jurisprudence, comme la doctrine, a incité à la prudence dans l'évaluation de ces

demanderesse : son seul témoignage n'est pas suffisant et doit être corroboré par d'autres éléments, tels d'autres témoignages ou faits. De plus, la caution peut se faire reprocher une erreur inexcusable<sup>162</sup>, par exemple en cas de non-lecture ou lorsqu'elle n'a pas posé de questions<sup>163</sup>. Le juge tient alors compte de sa formation antérieure et de son expérience du travail.

L'erreur provoquée par le dol est de peu d'utilité pour libérer la caution, sauf si, en se reposant sur l'article 1401, elle réussit à prouver que le silence ou l'insuffisance de l'information donnée par la banque était intentionnel et que cette manœuvre était déterminante dans sa décision de s'engager<sup>164</sup>. Citons par exemple le cas où la banque n'aurait pas mis en garde la caution contre les risques qu'elle prenait : le dol de la banque excuse alors certains comportements de la caution. Ce moyen de défense a peu de chance de succès dans l'hypothèse où un notaire a informé la caution, par exemple dans le cas d'un cautionnement hypothécaire<sup>165</sup>. Par ailleurs, l'article 1401 empêche que l'erreur causée par la tromperie du débiteur principal soit soulevée à l'encontre de la banque, à moins qu'elle n'en ait eu connaissance.

La crainte comme motif d'annulation du cautionnement n'est d'aucun secours, puisque l'article 1402(1) prévoit que la crainte doit être exercée soit par la banque, soit par un tiers, mais à la connaissance de la banque, ce qui est rarement le cas en matière de D.T.S. et dans un contexte où les établissements financiers connaissent peu leurs clients<sup>166</sup>. Les pressions viennent habituellement du conjoint<sup>167</sup>. Le *Code civil du Bas-Canada* n'exigeait pas la connaissance par le cocontractant de la menace exercée par un tiers<sup>168</sup> : toutefois, la formulation dans le nouveau code est claire. À défaut de retourner à la solution de l'ancien code, la jurisprudence pourrait admettre la connaissance présumée du cocontractant. Ainsi, on pourrait prouver que la banque aurait dû avoir connaissance des pressions exercées par le conjoint, compte tenu de la

---

dossiers et sur la nécessité de faire une appréciation globale de l'ensemble des éléments de preuve disponibles pour contrôler, autant que possible objectivement, les perceptions subjectives du débiteur.

<sup>162</sup> Voir art. 1400(2) C.c.Q.

<sup>163</sup> Voir *Uniroyal Goodrich*, *supra* note 22.

<sup>164</sup> Voir par ex. *Bonneville portes et fenêtres, division du groupe Becenor inc. c. Constructions J.S.M. Ouellet inc.* (2001), AZ-01031231 (C.Q.) (Azimut), où la fille du propriétaire de l'entreprise, laquelle commençant à s'occuper de la comptabilité de l'entreprise, signa un cautionnement personnel alors qu'elle croyait qu'il s'agissait d'une simple mise à jour du dossier de crédit. Le tribunal reprocha au créancier son silence. Le cautionnement de la fille fut annulé.

<sup>165</sup> Voir *Byrne*, *supra* note 24 et *129817 Canada*, *supra* note 22.

<sup>166</sup> Dans l'affaire *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Caron*, [1992] R.J.Q. 1084 (C.S.), la secrétaire-trésorière de la compagnie, qui en réalité ne connaissait rien aux affaires de l'entreprise, fut forcée par la crainte exercée par les employés du ministère à signer un cautionnement personnel pour garantir les dettes de la compagnie envers le Ministère du Revenu. Le cautionnement fut annulé pour vice de consentement.

<sup>167</sup> Voir *Byrne*, *supra* note 24 et *Larose*, *supra* note 22.

<sup>168</sup> Voir *Lluelles et Moore*, *supra* note 107 aux n<sup>o</sup> 733 et s. Selon l'article 1111 C.c.F., en droit français, il importe peu que la violence soit exercée par le cocontractant ou par un tiers.

nature de la relation entre la caution et le débiteur principal, du caractère désavantageux de la transaction pour la caution et de l'attitude de la caution lors de la signature du cautionnement.

Par ailleurs, même une interprétation large de l'article 1404 du nouveau code, portant sur l'état de nécessité, ne peut aider les victimes des D.T.S. Pourrait-on argumenter que, lorsque la conjointe-caution (ou celle qui donne une hypothèque pour garantir une dette de son conjoint) consent à s'engager, elle signe sous la crainte des conséquences économiques ? Elle cherche à éviter la faillite ou à assurer la survie économique de la famille. Un état de nécessité économique peut-il émaner des seules circonstances, sans intervention humaine ? En supposant que l'article 1404 puisse être interprété de cette façon<sup>169</sup>, ce qui n'a pas encore été retenu par les tribunaux québécois, il faut quand même prouver la mauvaise foi du cocontractant. La position de supériorité économique de la banque et sa seule connaissance de l'état de nécessité économique de la caution ne sont pas suffisants. Lorsqu'elle consent à l'hypothèque sur sa maison de campagne pour payer les dettes de son conjoint, Mme Byrne<sup>170</sup> veut éviter que son mari aille en prison, qu'il se suicide, qu'il fasse faillite, ou encore simplement empêcher le rejet social. Elle vit certes un état de nécessité économique. Cependant, le Trust n'est pas de mauvaise foi : il n'a pas abusé des circonstances, ni imposé des conditions exorbitantes ou tiré indûment avantage de la situation.

Quant à la lésion chez les majeurs, elle n'est pas admise comme motif d'annulation du contrat<sup>171</sup>, sauf exceptions<sup>172</sup>. Il est par ailleurs intéressant de noter que la jurisprudence a reconnu la lésion subjective dans des affaires de coemprunt ou de cautionnement contractés par des consommatrices<sup>173</sup>. Les D.T.S. soulèvent cette même situation de lésion subjective : une analyse des faits dans les décisions retenues indique que souvent la caution n'a pas d'intérêts financiers directs dans l'entreprise<sup>174</sup>, que le contrat est désavantageux pour elle, et qu'il y a déséquilibre et exploitation entre les parties. Par ailleurs, le fait pour le créancier d'accepter un cautionnement

---

<sup>169</sup> Voir Lluelles et Moore, *ibid.* au n° 754. Baudouin et Jobin considèrent que l'état de dépendance économique seul ne peut conduire à la nullité du contrat : voir *supra* note 61 au n° 238. Voir *Entreprises Verdi inc. c. Société des alcools du Québec* (1996), AZ-96011846 (C.A.) (Azimut), confirmant AZ-89021173 (C.S.) (Azimut). En droit français, voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2002, D. 2002.Jur.1860 (note Jean-Pascal Chazal) et Grégoire Loiseau, «L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique» Dr. et pat. 2002.107.26.

<sup>170</sup> Voir Byrne, *supra* note 24.

<sup>171</sup> Voir art. 1405 C.c.Q.

<sup>172</sup> Parmi celles-ci, l'art. 2332 C.c.Q. permet l'annulation d'un prêt, la réduction des obligations qui en découlent, ou la révision des modalités de leur exécution s'il y a lésion. Le tribunal doit tenir compte des risques et des circonstances. Il s'agit ici de lésion objective (art. 1406(2) C.c.Q.) et la caution doit prouver une disproportion importante entre les prestations, par exemple des taux d'intérêts usuraires. Il n'est pas certain que cet article s'applique au cautionnement : voir *Caisse populaire Desjardins de L'Ancienne-Lorette c. Stammer* (1998), AZ-98026689 (C.S.) (Azimut).

<sup>173</sup> Voir art. 8 et 9 L.P.C., *supra* note 10. Voir aussi Spooner, Savard, Nadon et Grandmont, *supra* note 49 ainsi que Kargakos, *supra* note 98.

<sup>174</sup> Voir par ex. Folini, *supra* note 25 et Larose, *supra* note 22.

pour un montant qui va au-delà des revenus et du patrimoine de la caution peut constituer une atteinte à son obligation de bonne foi inscrite à l'article 1375. Par l'arrêt *Macron*<sup>175</sup>, le plus haut tribunal français a imposé une obligation de proportionnalité entre les facultés de paiement de la caution et le montant du cautionnement exigé par le créancier.

Puisque les vices du consentement ne réussissent pas à protéger la caution profane, d'autres moyens de défense doivent être envisagés<sup>176</sup>. En interdisant la clause incompréhensible dans le contrat d'adhésion, l'article 1436 peut aider la caution profane<sup>177</sup> : en effet, il renforce l'obligation de renseignement de la banque, car cette dernière peut s'exonérer en prouvant que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de l'obligation ont été données lors de la formation du contrat. Il ne fait pas de doute que la nature du cautionnement n'est pas bien saisie par certains segments de la population et que les clauses du contrat sont la plupart du temps incompréhensibles pour le profane<sup>178</sup>. Les banques ont donc intérêt à rédiger des contrats de cautionnement accessibles à tous<sup>179</sup>. En plus de l'argument de la clause incompréhensible, le contrat de cautionnement doit s'interpréter, en cas de doute, en faveur de la caution-adhérente<sup>180</sup>, ce qui peut être utile lorsque la défenderesse ne savait pas qu'elle signait un cautionnement à cause des termes ambigus du document<sup>181</sup>. Enfin, le cautionnement ne se présume pas ; il doit être exprès<sup>182</sup>. Par contre, l'application des articles 1436 et 1432, qui dépend de l'interprétation des tribunaux, est plutôt aléatoire. Des mesures de protection davantage adaptées à la réalité des cautions profanes doivent être étudiées.

---

<sup>175</sup> Cass. com., 17 juin 1997, Bull. Civ. 1997.IV.165 au n° 188. En 2002, la Cour de cassation a exclu ce moyen de défense pour les cautions dirigeantes, puisque le dirigeant de l'entreprise possède les informations nécessaires pour prendre une décision éclairée. La caution profane continue de profiter de ce bénéfice : Cass. com., 8 octobre 2002, D. 2003.Jur.214 (note Koering).

<sup>176</sup> Voir Poudrier-LeBel et Bélanger, *supra* note 70 aux pp. 331 et s.

<sup>177</sup> Voir la jurisprudence citée à la note 38.

<sup>178</sup> Voir Simler, *supra* note 21 :

On constate [...] une sorte d'imperméabilité des esprits à la signification réelle de l'engagement de caution, alors pourtant que, depuis des siècles, l'attention sur les dangers qu'il recèle est attirée par de nombreux adages et maximes, qui ne sont guère devenus "populaires". [...] Le mal paraît plus profond : c'est l'existence même du risque qui, très souvent, semble n'être pas réellement perçue. Que de fois ne voit-on des cautions affirmer qu'elles ont cru que leur signature ne correspondait qu'à une "simple formalité" ou qu'elle ne procurait qu'une "garantie morale".

<sup>179</sup> Voir Nicole Fernbach, *La lisibilité dans la rédaction juridique au Québec*, Ottawa, Centre de promotion de la lisibilité, Centre canadien d'information juridique, 1990.

<sup>180</sup> Voir l'article 1432 C.c.Q. Sur la différence d'application entre les articles 1436 et 1432 C.c.Q., voir Moore, *supra* note 5.

<sup>181</sup> Par exemple, en cas de demande d'ouverture de crédit, le cautionnement doit être clair : voir *Huiles Marcel Gagnon*, *supra* note 39.

<sup>182</sup> Voir art. 2335 C.c.Q. ; *Fortier*, *supra* note 27.

## 2. Des mesures de protection mieux ciblées

Inspirées du droit français et britannique, les solutions que nous proposons visent à assurer un consentement éclairé à la caution profane. Quant au consentement libre de toute contrainte, le droit semble plutôt incapable de le protéger. Des solutions autres que juridiques peuvent alors prendre le relais.

L'obligation de la banque d'imposer à la future caution l'obtention d'un avis juridique indépendant semble une solution intéressante<sup>183</sup> et c'est d'ailleurs la position adoptée par les tribunaux britanniques<sup>184</sup> et canadiens de common law<sup>185</sup>. Les avantages pour les deux parties sont évidents. D'une part, la banque s'assure du caractère libre et éclairé du consentement de la caution et évite des litiges à ce sujet. Elle s'exonère de toute responsabilité quant à son obligation de renseignement et reporte toute forme de responsabilité au sujet du consentement de la caution sur l'avocat ou le notaire qui a fourni l'avis juridique indépendant. D'autre part, l'avis juridique indépendant permet à la caution de prendre, à tout le moins, une décision éclairée. Mais certaines conditions doivent être respectées pour éviter que cette mesure ne devienne une simple formalité<sup>186</sup>.

À notre avis, cette obligation ne devrait pas s'appliquer dans tous les cas de cautionnement. Elle devrait être exigée uniquement lors d'un cautionnement désintéressé donné par un conjoint pour l'obtention d'un prêt pour l'entreprise de l'autre conjoint<sup>187</sup>. La nature de la relation entre la caution et le débiteur principal est cruciale : la caution, qui entretient une relation privilégiée avec le débiteur principal, fait confiance à celui-ci pour la conduite des affaires de l'entreprise. Même si la caution agit comme actionnaire, elle ne connaît pas vraiment le fonctionnement de l'entreprise. De plus, la conjointe-caution ne retire pas d'avantages financiers directs de la transaction. La relation privilégiée entre la caution et le débiteur principal ainsi que l'absence d'avantages financiers pour la caution peuvent laisser croire qu'il y a eu

---

<sup>183</sup> Dans ce domaine, seule l'Alberta a adopté une loi qui impose à un notaire public l'obligation de certifier la qualité du consentement de la caution profane : *Guarantees Acknowledgment Act*, R.S.A. 1980, c. G-12.

<sup>184</sup> Voir la jurisprudence citée à la note 95.

<sup>185</sup> Voir la jurisprudence citée à la note 94.

<sup>186</sup> Voir Morris et McGuinness, *supra* note 21 ; Mark Sneddon, «Unfair Conduct in Taking Guarantees and the Role of Independent Advice» (1990) 13 U.N.S.W.L.J. 302 ; O'Donovan et Phillips, *supra* note 82 aux n° 4.19-4.121.

<sup>187</sup> La caution qui s'engage pour les fins d'un prêt à un particulier est protégée entre autres par les articles 8 et 9 *L.P.C.*, *supra* note 10, en cas d'exploitation. C'est pourquoi notre proposition d'avis juridique indépendant est réservée à la caution qui s'engage pour un prêt de nature commerciale.

Il peut s'agir de conjoints de fait ou de droit, mais d'autres genres de relations peuvent être incluses, par exemple, la relation entre des parents âgés et leur enfant : voir *Gold*, *supra* note 94 au para. 79 et *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Ohlson* (1997), 209 A.R. 140, 154 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 33. La cohabitation ne serait pas nécessaire dans la mesure où il est possible de démontrer autrement un lien affectif entre la caution et le débiteur principal : voir *Allied Irish Bank plc v. Byrne*, [1995] 2 F.L.R. 325 à la p. 350.

des pressions exercées par le conjoint-débiteur sur la conjointe-caution. La preuve des pressions par le conjoint, celle de la connaissance qu'a la banque de ces pressions, ou la preuve que la conjointe faisait effectivement confiance à son conjoint ne devraient cependant pas être exigées<sup>188</sup> : dès qu'une personne désire cautionner un prêt commercial en faveur de son conjoint ou d'un membre de sa famille et que la banque connaît la relation particulière qui les unit, elle devrait se renseigner sur la qualité du consentement de la caution. Elle se décharge de son obligation en demandant à la caution d'obtenir un avis juridique indépendant et en l'informant du but de cette consultation et des conséquences pour elle et la banque. L'obtention de cet avis libère la banque de toute responsabilité à l'égard du consentement libre et éclairé de la caution, à moins évidemment que la banque ne s'aperçoive que le consentement de la future caution n'est pas intègre, malgré l'attestation du contraire<sup>189</sup>. Si la banque ne présente pas une telle demande, le cautionnement ne peut être considéré comme libre et éclairé et peut être annulé<sup>190</sup>.

Le contenu de l'avis juridique indépendant est important. Le juriste retenu doit d'abord expliquer son mandat à la caution potentielle<sup>191</sup>. Il s'assure ensuite que la cliente a bien compris non seulement la nature de la transaction mais aussi le montant garanti et la façon de la résilier, ainsi que les risques et la pertinence de celle-ci : par exemple, qu'elle possède un portrait exact de la situation financière actuelle de l'entreprise du conjoint et qu'elle comprend la portée d'un cautionnement illimité ou solidaire, si tel est le cas. Si le cautionnement est accompagné d'une hypothèque sur la résidence familiale, elle sait qu'elle peut la perdre en cas de faillite du conjoint. Elle peut même faire faillite elle-même. Elle sait aussi que la rupture de la relation conjugale ne met pas fin automatiquement à son engagement<sup>192</sup>. Pour informer adéquatement la caution, le juriste doit obtenir des informations précises de la banque

---

<sup>188</sup> La décision de la Chambre des Lords dans l'arrêt *Etridge*, *supra* note 35, a ainsi modifié le critère élaboré par l'arrêt *Barclays Bank*, *supra* note 77. La décision canadienne *Rowatt*, *supra* note 94, a incorporé cette modification au droit canadien.

<sup>189</sup> C'est alors l'avocat ou le notaire qui peut être poursuivi pour sa négligence : voir la situation en Angleterre avec *Etridge*, *supra* note 35 et *Morris*, *supra* note 21. Voir *McGuinness*, *supra* note 21 au n° 4.108 pour un tableau synthèse des différentes possibilités exigeant un avis juridique indépendant.

<sup>190</sup> En vertu des art. 1399 et 1416 C.c.Q.

<sup>191</sup> Le juriste retenu peut être membre du Barreau du Québec ou de la Chambre des notaires.

<sup>192</sup> Voir art. 2363 C.c.Q. Cette situation pourrait avoir changé depuis la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Épiciers unis Métro-Richelieu inc., division Éconogros c. Collin*, 2004 CSC 59. Dans cet arrêt, la Cour a précisé que la caution dont les fonctions se sont terminées est libérée si elle fait la preuve que le cautionnement a été consenti en raison de ses fonctions : elle n'a pas à envoyer d'avis. L'article 2363 n'est pas d'ordre public et les parties peuvent prévoir autrement. Peut-on interpréter la fin d'une union conjugale comme la fin des fonctions ? Le lien causal entre le cautionnement et la fonction assumée (que ce soit comme conjointe ou comme administratrice d'une entreprise) est évident. La Cour suprême souligne que la caution doit être protégée. Alors cette protection doit aussi s'appliquer à la caution profane comme la conjointe. Il est difficile de comprendre pourquoi les administrateurs d'entreprises seraient protégés et pas la caution conjointe. Une interprétation large et évolutive de l'article 2363 commande l'inclusion de la fin de l'union conjugale dans la fin des fonctions.



sur la situation financière de l'entreprise et sur le dossier de crédit du débiteur principal. Les explications sont données verbalement, suivies de la remise d'un document écrit à la caution profane. Elles sont nécessaires, car dans certains cas, le document écrit peut ne pas être lu ou compris. La cliente signe alors une déclaration par laquelle elle reconnaît avoir reçu toutes les informations nécessaires et les avoir comprises. Si l'avocat se rend compte que sa cliente est victime de pressions de la part de son conjoint, il doit lui déconseiller la transaction et si elle veut quand même aller de l'avant, l'avocat avertit la banque qu'il cesse d'agir dans le dossier. De cette façon, l'avocat respecte son obligation de confidentialité envers sa cliente, et la banque comprend ainsi que la cliente refuse de suivre ses conseils. La banque ne doit plus exiger l'engagement de la caution, avec, évidemment, la possibilité que le crédit soit refusé au conjoint.

Le caractère indépendant de l'avis juridique est important et doit être respecté. La rencontre doit se dérouler dans les bureaux de l'avocat ou du notaire, en l'absence du créancier et du débiteur principal. Le juriste ne doit pas être en conflit d'intérêts avec la banque et le conjoint<sup>193</sup> et, la dénonciation d'un conflit d'intérêts de l'avocat (par exemple, s'il représente aussi le débiteur principal) à la cliente, et le consentement de celle-ci à ce qu'il continue à agir pour elle, n'est pas suffisant<sup>194</sup>. Il doit prendre en considération les intérêts de sa cliente et être capable de détecter si celle-ci a subi des pressions de la part de son conjoint.

Cette solution de common law s'accorde tout à fait avec le principe de bonne foi et son corollaire, l'obligation de renseignement, en droit civil québécois. D'ailleurs, le droit civil connaît déjà l'avis juridique indépendant comme mesure de protection<sup>195</sup>. On peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles cette mesure n'a pas encore été appliquée, tant par les banques que par les tribunaux québécois, en matière de cautionnement désintéressé. On peut supposer qu'entre autres motifs, comme cette sûreté apparaissant dans le Code civil, les juristes québécois n'ont pas développé le réflexe d'examiner les solutions en common law canadienne.

---

<sup>193</sup> Voir *Bertolo v. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2<sup>e</sup>) 577, 33 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 610 (C.A.).

<sup>194</sup> Voir, sur la position contraire de la Chambre des Lords dans *Etridge*, *supra* note 35, *McGuinness*, *supra* note 21 au n<sup>o</sup> 4.83.

<sup>195</sup> L'avis juridique indépendant est utilisé pour vérifier la qualité du consentement en matière de renonciation, par acte notarié, au partage du patrimoine familial (art. 424 C.c.Q.) : voir *Droit de la famille — 2472*, [1996] R.J.Q. 1946, [1996] R.D.F. 672 (C.S.), conf. par (7 juin 1999), Montréal, 500-09-002865-962 (C.A.) ; *J.-M.D. c. C.S.*, [2001] R.D.F. 584, AZ-01021839 (Azimut) (C.S.), appel principal accueilli et appel incident rejeté [2002] R.D.F. 12, AZ-02019018 (Azimut) (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] 2 R.C.S. vi ; *Droit de la famille — 3181*, [1999] R.D.F. 20, AZ-99021021 (Azimut) (C.S.). L'avis juridique indépendant est aussi utilisé en matière de convention sur les mesures accessoires, sur la pension alimentaire ; voir par ex. *J.-M.D. c. C.S.*, *ibid.* ; *D.M. c. M.B.*, [2004] J.Q. n<sup>o</sup> 948 (C.S.) (QL) ; *D.V. c. J.A.F.*, [2002] R.J.Q. 1309, 220 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 121 (C.A.) ; *L.A. c. F.C.*, [2003] R.D.F. 451, AZ-50168603 (Azimut) (C.S.) inf. par [2004] R.D.F. 232 AZ-50223824 (Azimut).

La présence des notaires au Québec peut aussi expliquer l'absence de l'avis juridique indépendant en matière de cautionnement profane, comme en droit français d'ailleurs, puisque la plupart des cautionnements profanes sont accompagnés d'une hypothèque immobilière et donc, d'explications données par un notaire lors de la signature de l'acte notarié. Cependant, l'avis juridique indépendant ne fait pas double emploi avec le rôle du notaire. Certes le devoir d'impartialité du notaire l'oblige à conseiller toutes les parties<sup>196</sup>, mais le climat lors de la signature de l'acte hypothécaire est-il propice à poser des questions ? Le débiteur principal est présent. Le notaire a déjà préparé tous les documents. La caution ressent certainement une pression pour signer, afin de ne pas retarder le processus. Le notaire ne devrait-il pas rencontrer la caution potentielle seule, avant de procéder à la rédaction de l'acte, et lui accorder une période de réflexion ? Cela éviterait à la caution potentielle d'être placée devant le fait accompli. Comme nous l'avons indiqué, plusieurs décisions rapportent les témoignages de cautions profanes qui ne se sentaient pas à l'aise de poser des questions au notaire<sup>197</sup>. Bref, l'avis juridique indépendant est nécessaire en cas de cautionnement profane, même si accompagné d'explications au sujet de l'hypothèque.

Comme il a été souligné plus haut, cette mesure intéressante connaît toutefois des limites<sup>198</sup>. Bien que le consentement soit éclairé par l'avis, est-il libre ? Dans l'affaire *Byrne*<sup>199</sup>, Mme Byrne aurait-elle accepté de se porter caution malgré un avis juridique indépendant lui conseillant le contraire ? Son mari lui a dit qu'il se suiciderait ou qu'il serait emprisonné si elle ne consentait pas une hypothèque. Que faire avec la cliente qui refuse d'obtenir l'avis juridique<sup>200</sup> ou qui s'engage malgré l'avis contraire de son avocat<sup>201</sup> ? L'avis juridique indépendant ne règle évidemment pas les relations de pouvoir dans le couple ou la famille.

---

<sup>196</sup> Voir *Code de déontologie des notaires*, *supra* note 56 à l'art. 7.

<sup>197</sup> Voir par ex. l'extrait de la décision *Robert*, *supra* note 22, reproduit à la note 40, ci-dessus.

<sup>198</sup> Voir Baron, *supra* note 21 à la p. 47 et Waldron, *supra* note 21 à la p. 416.

<sup>199</sup> *Supra* note 24.

<sup>200</sup> Dans la décision *Mackay*, *supra* note 2, le juge a considéré que la banque aurait dû refuser d'accorder le prêt, puisque Madame ne voulait pas payer pour l'avis juridique indépendant :

A bank, however, cannot escape its responsibility by merely recommending independent legal advice in this situation. It must insist on it. If the customer refuses, the obtaining of a waiver of independent legal advice cannot ameliorate the circumstances. The plaintiff should have been advised in no uncertain terms that if she did not obtain independent legal advice then the bank would decline the loan. Only then if the parent nevertheless wishes to proceed can it be said that he or she is the author of his or her own misfortune (*ibid.* à la p. 709).

<sup>201</sup> Voir *Perina*, *supra* note 22 ; pour la common law canadienne, voir *Mackay*, *ibid.* En droit français, comme l'affirment si bien Cabrillac et Mouly, *supra* note 41 au n° 88 :

N'y a-t-il pas une certaine illusion à croire qu'une information plus complète peut dissuader la caution de s'engager ? Les contraintes qui la conduisent à cautionner sont souvent d'une autre nature que la pesée rationnelle du risque juridique ; l'espoir irraisonné que le cautionnement n'aura jamais à jouer ne relève-t-il pas plus du jeu que de la raison ?

Qui doit supporter les frais supplémentaires occasionnés par l'avis juridique indépendant ? Comme l'obligation de renseignement pèse sur la banque et que l'avis juridique indépendant lui permet de s'en acquitter, elle devrait assumer ces coûts. Pourtant, ils seront généralement transférés au client.

Quelle est la valeur des clauses de renonciation à l'avis juridique indépendant que la caution pourrait signer<sup>202</sup> ? Il y a aussi un danger que cette exigence devienne une pure formalité, comme en Angleterre à la suite de la décision *Barclays Bank*<sup>203</sup>, tel que le relatait la Chambre des Lords dans l'arrêt *Etridge*<sup>204</sup>. Pourtant, malgré ses faiblesses, il s'agit d'une mesure de protection essentielle et minimale pour la caution profane.

D'autres avenues de réforme juridique sont à explorer. Ainsi, le Code civil pourrait exiger davantage de formalités lors de la formation du contrat de cautionnement. À l'instar du droit français, on peut penser à l'exigence d'une mention écrite (en chiffres et en lettres) du montant du cautionnement par la caution profane. L'écrit vise à conscientiser la caution de la nature et de l'étendue de son engagement. En cas de défaut, le document signé par la caution ne vaut que comme commencement de preuve par écrit<sup>205</sup>.

Comme en droit français, l'obligation de renseignement du créancier pourrait aussi être renforcée. Depuis 1984<sup>206</sup>, le droit français a imposé au créancier une obligation d'information envers la caution sur l'état d'endettement du débiteur principal et les modalités du cautionnement, sous peine de déchéance des intérêts<sup>207</sup>. En cas de prêt à une entreprise, le *Code monétaire et financier* français prévoit que les

---

<sup>202</sup> Ces clauses pourraient être considérées comme des clauses de style, comme l'ont été les clauses qui stipulent que le contenu du contrat a été expliqué au client et qu'il l'a compris, pour contourner les effets de l'article 1436 C.c.Q. portant sur les clauses illisibles et incompréhensibles dans les contrats d'adhésion et de consommation : voir François Bousquet, dir., *Collection de droit : Obligations et contrats 2003-2004*, vol. 5, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2003 à la p. 55.

<sup>203</sup> *Supra* note 77.

<sup>204</sup> *Supra* note 35.

<sup>205</sup> Art. 1326 C.c.F. :

L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

Depuis 2000, signature électronique oblige, la mention et la signature n'ont plus à être manuscrites. La signature électronique réduira-t-elle l'effet de conscientisation de la signature manuscrite ? Voir Delebecque, *supra* note 34 au n° 125. L'article 1326 C.c.F. ne constitue pas une panacée et soulève de nombreuses questions, comme l'indique le contentieux abondant dans le domaine : voir Simler et Delebecque, *supra* note 35 aux n° 101 et s.

<sup>206</sup> Voir *Loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, J.O. 2 mars 1984, 751.

<sup>207</sup> Voir Delebecque, *supra* note 34 aux n° 335 et s. ; *J.-cl. rép. not.*, art. 2011 à 2043, facts. n° 40, aux n° 13 et s. ; Cabrillac et Mouly, *supra* note 41 aux n° 271 et s.

établissements de crédit «sont tenus de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution ainsi que le terme de cet engagement» (article L. 313-22)<sup>208</sup>. Cette mesure s'applique à toute caution en cas de cautionnement d'entreprise. Depuis 1998<sup>209</sup>, l'article 2016 du *Code civil des français* a étendu cette protection à toutes les cautions et concerne tous les créanciers. Par cette information annuelle, la caution ne peut oublier son engagement, mais surtout elle peut résilier son cautionnement si les circonstances qui l'ont motivée n'existent plus. Le *Code de la consommation* impose aussi depuis 1998 aux établissements de crédit d'informer la caution de toute défaillance du débiteur principal dès le premier incident susceptible d'être mentionné au fichier des incidents de paiement (article L. 313-9). Le défaut du créancier le prive du droit aux intérêts et pénalités échus depuis l'incident jusqu'à l'information. Cette obligation, qui ne concernait que le cautionnement du crédit à la consommation, ainsi que la sanction, s'applique maintenant à tous les créanciers professionnels envers la caution, qu'elle soit consommatrice ou non (article L. 341-1).

Se pose la question du coût de cette information annuelle à la caution, et de la preuve de sa transmission, pour les banques qui obtiennent des milliers de cautionnements par année. Sans aller jusqu'à exiger un envoi par courrier recommandé et la preuve que la caution a effectivement reçu une telle lettre, ce qui coûterait très cher, le droit à l'information de la caution nécessite une telle mesure. Les établissements financiers connaissent déjà les avis à envoyer au consommateur dans le cas de déchéance du terme dans les contrats de crédit<sup>210</sup>.

Le *Code civil du Québec* pourrait distinguer entre la caution professionnelle et non professionnelle et accorder davantage de protection à cette dernière<sup>211</sup>. Ainsi, la caution non professionnelle qui s'engage dans le cadre du financement d'une petite entreprise pourrait profiter des protections de la *L.P.C.*, comme l'interdiction de l'exploitation<sup>212</sup>. D'ailleurs, certaines protections à la caution-consommatrice sont prévues à l'article 7. Le Code civil pourrait aussi accorder une période de réflexion à la caution entre la demande de la banque et la signature du cautionnement.

---

<sup>208</sup> Voir *Encyclopédie Dalloz*, *supra* note 34, au n° 336, art. L. 313-22 du *Code monétaire et financier*. L'alinéa 2 prévoit que «[le] défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information».

<sup>209</sup> Voir *Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions*, J.O. 31 juillet 1998, 11679.

<sup>210</sup> Voir art. 105 et s. de la *L.P.C.*, *supra* note 10.

<sup>211</sup> Voir Rémond-Gouilloud, *supra* note 21.

<sup>212</sup> *Supra* note 10.

Évidemment, ces mesures de protection qui visent à assurer un consentement éclairé à la caution profane mettraient fin à la possibilité d'invoquer l'erreur simple ou provoquée par le dol comme motif de nullité du cautionnement.

Les mesures de protection proposées jusqu'ici s'adressent davantage à l'aspect éclairé du consentement. Comment s'assurer que le consentement de la caution soit aussi libre ? D'abord, le cautionnement profane par des membres de la famille ou des amis pourrait être interdit, comme le cautionnement par la femme mariée l'était au Québec jusqu'en 1969<sup>213</sup>. Cette mesure ne nous semble cependant pas justifiée. Elle empêcherait le financement de petites entreprises lorsque les seuls biens de l'entrepreneur ont été transférés à sa conjointe, et forcerait l'entrepreneur à la recherche de financement à se tourner vers des cautions professionnelles, qui sont coûteuses et très réticentes à se lancer dans des aventures trop risquées. Mais surtout, elle pourrait nuire aux femmes qui se lancent en affaires et qui auraient besoin d'un cautionnement. Par ailleurs, certains auteurs ont proposé de limiter le droit du créancier de demander un cautionnement de la conjointe<sup>214</sup>. Le créancier ne pourrait exiger une caution que dans le cas où il peut prouver qu'elle est nécessaire à l'obtention du prêt. Cette preuve pourrait être faite à partir des critères de solvabilité établis par les institutions prêteuses. Ensuite, afin d'éviter la confusion que peut provoquer le concept de cautionnement chez la caution profane avec les idées de garantie morale, accessoire, subsidiaire, le créancier pourrait plutôt exiger que la personne qui désire se porter caution participe à la mise de fonds. Ainsi, cette personne comprendrait clairement qu'elle assume un risque dans l'entreprise, ce qui n'est peut-être pas aussi évident en cas de cautionnement<sup>215</sup>. De plus, la banque éviterait de faire face, à moyen ou long terme, à une caution qui argumentera des vices de consentement.

Une autre possibilité serait de modifier l'article 553(2) du *Code de procédure civile*. Cet article interdit la saisie de la résidence principale pour une créance de moins de 10 000\$ (sauf dans trois cas particuliers). On pourrait d'abord augmenter le montant de la créance minimale à 50 000\$. Ensuite, le terme «débiteur» pourrait être élargi afin d'inclure la caution. Enfin, la première exception de l'article, qui prévoit que la résidence principale peut être saisie peu importe le montant de la créance si elle est garantie, entre autres, par une hypothèque conventionnelle, pourrait être abolie.

Des solutions autres que juridiques doivent aussi être envisagées. Des campagnes de publicité préparées par des centres de femmes, destinées aux femmes et les informant de la nature et des conséquences du cautionnement, pourraient être mises sur pied<sup>216</sup>. Ces centres pourraient aussi faire de la sensibilisation auprès des établissements prêteurs pour que l'exigence du conseil juridique indépendant pour la

---

<sup>213</sup> Voir le texte correspondant à la note 143.

<sup>214</sup> Voir Waldron, *supra* note 21 à la p. 423.

<sup>215</sup> Voir le commentaire du juge Le Bel dans l'affaire *129817 Canada*, *supra* note 22.

<sup>216</sup> Voir Fehlberg, «Husband and Bank», *supra* note 21 à la p. 475.

caution profane fasse partie de leurs directives internes<sup>217</sup>. Les chambres professionnelles, telles le Barreau et la Chambre des notaires, devraient sensibiliser leurs membres à cette réalité lorsqu'ils ont à donner un avis juridique indépendant.

## Conclusion

L'objectif de la présente étude visait à analyser l'efficacité d'une des mesures qui fait partie de la nouvelle moralité contractuelle en droit civil québécois, soit l'obligation de renseignement de la banque dans le contexte du cautionnement, mais dans un cadre particulier de dépendance affective, soit dans le cas des D.T.S., qui se caractérisent par la relation privilégiée qui unit la caution et le débiteur principal.

À partir d'une grille d'analyse qui tient compte des points de vue des femmes et des rapports sociaux de sexe, l'étude jurisprudentielle indique que les tribunaux québécois ne font pas preuve de «tendresse spéciale» à l'égard des conjointes-cautions. Même si les tribunaux analysent le contexte familial, ils ne distinguent pas entre un consentement éclairé et un consentement libre. Si la caution leur semble avoir la capacité de comprendre la portée de son engagement, ils en déduisent que son consentement est aussi libre, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Quant à l'obligation précontractuelle de renseignement de la banque, les tribunaux ne sont pas très exigeants envers celle-ci et n'imposent pas l'obtention d'un avis juridique indépendant avant d'aller de l'avant avec le cautionnement. Enfin, les juges ne se penchent pas sur l'intérêt direct de la caution dans l'entreprise.

Les solutions aux problèmes soulevés par les D.T.S. résident dans l'atteinte d'un équilibre. D'abord, il faut trouver un juste équilibre entre, d'une part, la protection du créancier et son besoin de garantie, la facilité de constitution et d'exécution du cautionnement, et le coût de l'information et d'autre part, le caractère unilatéral du cautionnement, la protection de la caution profane et le besoin de crédit du débiteur principal. Ensuite, les solutions proposées ne doivent pas transformer les femmes en incapables. C'est pourquoi nous ne préconisons pas l'interdiction du cautionnement entre conjoints, à l'image du droit romain et québécois jusqu'en 1969. Cependant, le droit doit leur accorder une protection particulière à cause des pressions familiales, comme il le fait, entre autres, en matière de renonciation par acte notarié au partage du patrimoine familial<sup>218</sup>. On peut se demander si le cautionnement dans un contexte familial et conjugal ne sert pas plutôt d'«instrument de contrainte»<sup>219</sup> sur le débiteur principal, plutôt que de garantie financière : il a tout intérêt à respecter son engagement envers la banque, puisque ceux qui ont consenti un cautionnement en sa faveur seront ruinés. Au minimum, les tribunaux québécois devraient exiger que la caution désintéressée obtienne un avis juridique indépendant. Quant aux banques, elles devraient aussi exiger l'avis juridique indépendant et sensibiliser leurs employés

---

<sup>217</sup> *Ibid.*

<sup>218</sup> Voir art. 424 C.c.Q.

<sup>219</sup> Voir Simler, *supra* note 21.

à la situation des D.T.S., comme à toute autre situation potentielle d'abus que peut vivre leur clientèle<sup>220</sup>. Ainsi, l'avis juridique indépendant fera partie des pratiques bancaires au Québec, comme en droit canadien de common law et en droit anglais. De son côté, le droit québécois devrait imposer des obligations de renseignement plus précises et exigeantes aux créanciers lors de cautionnement profane, comme le fait le droit français.

Compte tenu de sa nature et du peu de protection accordée par les lois et les tribunaux à la caution profane, le contrat de cautionnement, qui peut mener aux D.T.S., ne constitue pas un outil de pouvoir pour les femmes-cautions, malgré leurs progrès sur le plan financier. Afin que la nouvelle moralité contractuelle ait un sens pour les femmes, les lois et les tribunaux doivent tenir compte des pressions familiales qui peuvent s'exercer sur elles.

---

---

<sup>220</sup> Prenons, pour exemple, les situations d'abus que peuvent vivre les personnes âgées. Voir *supra* note 28.