

-----  
**CHAIRE DU NOTARIAT**  
-----

## **La protection des clients contre les « sexually transmitted debts »**

par Georges Aubé, notaire

-----  
Il n'est pas rare qu'un créancier requière l'intervention d'un conjoint, des parents ou de proches, à titre de cautions, pour faciliter l'achat d'un immeuble ou le démarrage d'une entreprise. Puis surviennent des difficultés financières ou encore une faillite et - « Qui cautionne paie ! » - selon l'adage bien connu des juristes. Ces cautions dites « profanes », pleines de bonnes intentions, se retrouvent ainsi « victimes » de leur lien d'attachement et de leur générosité.  
-----

Ce phénomène a donné naissance à deux expressions très imagées en anglais, « love money » et « sexually transmitted debts », qui illustrent bien la problématique que soulevait la professeure **Louise Langevin**, de la Faculté de droit de l'Université Laval, dans le cadre des conférences de la Chaire du notariat.

Peut-on questionner la qualité du consentement de ces cautions, sous l'emprise de pressions familiales, eu égard notamment au devoir de renseignement des institutions prêteuses et au rôle conseil du notaire ? S'agit-il d'un consentement « libre et éclairé » ou faudrait-il apporter une nuance à l'effet qu'un consentement éclairé n'est pas pour autant libre ?

Ces questions, d'une portée éminemment pratique pour les notaires, ont soulevé une discussion très animée et stimulante sur les obligations précontractuelles, les vices de consentement et l'impact de l'intervention du notaire, comme tiers impartial, dans l'appréciation de la notion de consentement libre et éclairé par les tribunaux.

### **La caution profane**

Dans les domaines du prêt commercial et du prêt à la consommation, la notion de caution profane fait référence à une situation où une personne se porte caution pour un membre de sa famille ou un proche, de façon purement altruiste et sans aucun bénéfice personnel.

La caution est, dans la majorité des cas, un contrat d'adhésion dont les obligations sont unilatérales, données à titre gratuit, et qui comporte, pour le consommateur, des clauses souvent illisibles ou incompréhensibles. En période de prospérité ou de croissance économique, les litiges impliquant les cautions profanes sont plus rares. Par contre, en période de récession ou de taux d'intérêt plus élevés, les créanciers n'hésitent pas à se rabattre sur les cautions profanes en cas de défaut de leur débiteur principal. Dans la jurisprudence, les deux principaux objets de litige sont

le vice de consentement et les problèmes liés à l'exécution du contrat. La conférencière s'est attardée au premier, c'est-à-dire au vice de consentement.

## **Obligation précontractuelle de renseignement**

En vertu du principe général de bonne foi énoncé dans notre droit civil (art. 1375 C.c.Q.), les institutions prêteuses ont une obligation de renseignement à l'égard des cautions. De plus, ces dernières sont protégées de façon spécifique par les articles 2345 et 2355 C.c.Q., en vertu desquels la caution ne peut pas renoncer à son droit d'être informée, ainsi que par l'article 1436 C.c.Q. relatif aux clauses illisibles dans les contrats de consommation ou d'adhésion.

Il reste maintenant à savoir si les institutions prêteuses respectent leur obligation de renseignement. La professeure Langevin a recensé quelques décisions sur le sujet en droit québécois, en portant une attention particulière à deux éléments : au moment d'apprécier la qualité du consentement, les tribunaux sont-ils sensibles à la nature « familiale » de la caution et à l'intérêt de celle-ci dans l'entreprise, le cas échéant ?

Cette grille d'analyse est inspirée de décisions rendues dans les provinces anglophones canadiennes, et découle du droit anglais, où les tribunaux ont accepté de libérer des cautions de leurs obligations, pour deux principaux motifs : la banque négligeait de satisfaire son obligation de renseignement à l'égard de la caution profane, en obtenant son consentement de façon mécanique et routinière ou encore au motif que la caution profane n'avait pas bénéficié d'un avis juridique indépendant.

## **Jurisprudence québécoise**

Quel sort les tribunaux québécois réservent-ils à la caution profane ? La professeure Langevin a évoqué trois décisions qui comportaient un enjeu familial. Dans la première, l'affaire Byrne (REJB 99-14061), la Cour supérieure s'intéresse uniquement à la relation contractuelle entre la caution et l'institution prêteuse et refuse de prendre en considération la relation familiale qui unit le débiteur principal et la caution. Dans la mesure où la preuve a démontré que la caution avait compris la nature de son obligation, le tribunal a conclu sans aucune nuance que son consentement était libre et éclairé.

Dans une deuxième décision (JE 97-882), un père avait cautionné ses fils qui démarraient une entreprise d'informatique. Il s'était d'abord porté caution pour une somme de 50 000 \$, puis pour une deuxième somme de 49 000 \$, en étant convaincu que le deuxième cautionnement remplaçait le premier. Le tribunal a annulé le deuxième cautionnement, non pas à la lumière du contexte familial ou de l'absence d'intérêt dans l'entreprise, mais au motif que l'erreur sur l'objet du contrat avait vicié le deuxième consentement.

La troisième décision (REJB 2001-23517) présente plus d'intérêt pour les notaires puisqu'il s'agit d'un cautionnement hypothécaire accordé par une épouse sur la résidence principale de la famille, grâce à une procuration où sa signature avait été forgée par son conjoint. En première instance, la caution a été invalidée. En Cour d'appel, la preuve a démontré que l'épouse avait eu connaissance de la supercherie quelques années avant que son conjoint ne soit en défaut de

paiement, mais qu'elle n'était pas intervenue pour demander l'annulation de cette caution sur la résidence principale de la famille. En conséquence, la caution est maintenue et l'institution prêteuse peut l'exécuter contre l'immeuble donné en garantie.

## **Et le notariat ?**

À la lumière de ces trois décisions, la professeure Langevin constate que ni le caractère familial de la caution profane ni même son absence d'intérêt dans l'entreprise n'ont d'impact sur l'appréciation de son consentement par les tribunaux québécois.

De plus, la jurisprudence n'énonce pas de critères spécifiques relativement au devoir de renseignement des institutions prêteuses à l'égard de la caution profane, contrairement à ce qui existe en common law. La présence des notaires au Québec semble être un élément de la société distincte susceptible d'assurer la protection des cautions profanes : en effet, son intervention comme juriste et tiers impartial vient en quelque sorte assurer les parties, par son devoir de conseil, du caractère libre et éclairé du consentement.

Cependant, un notaire fait remarquer avec beaucoup d'à-propos que cette protection a aussi ses limites. Ainsi, il dresse un parallèle avec la situation qui prévalait pendant les six mois au cours desquels les couples ont pu se soustraire à l'application de la loi sur le patrimoine familial : « On aura beau fournir toutes les explications pertinentes aux conjoints pour leur donner le meilleur éclairage, il est impossible de savoir les pressions qui s'exercent sur la conjointe une fois la porte du bureau refermée ».

Dans ce contexte, l'intervention du tiers impartial permet-elle systématiquement de qualifier ce consentement de « libre et éclairé » ? Ces deux volets du consentement devraient-ils être appréciés indépendamment l'un de l'autre plutôt que d'être pris pour acquis, sans nuance, sur preuve de l'exécution d'un devoir de renseignement ou d'un devoir de conseil ?

## **Mesures de réforme**

En droit des obligations, on peut comprendre les réticences d'un législateur, pour des motifs de sécurité juridique, à ajouter de nouveaux vices de consentement à la liste existante, basée sur l'erreur, la crainte ou la lésion. Cependant, ces paramètres ne permettent pas de prendre en compte la réalité particulière des cautions profanes ni d'apprécier la liberté de leur consentement, selon une étude empirique menée par la conférencière et qui sera publiée sous peu dans le McGill Law Journal.

Dans la pratique, certaines mesures sont mises de l'avant pour pallier les objections que la caution profane serait susceptible de soulever. Une première, assez répandue en France, est la mention manuscrite : dans le contrat, la caution reprend de façon manuscrite, en chiffres et en lettres, le montant de l'obligation qu'elle s'engage à cautionner. Une deuxième est la répétition, sur une base annuelle, de l'obligation de renseignement par l'institution prêteuse. Enfin, de plus en plus d'institutions prêteuses contournent la difficulté en exigeant de la caution profane qu'elle s'engage plutôt en qualité de coemprunteur.

En conclusion, la question de la qualité du consentement de la caution profane pose le défi du difficile équilibre entre plusieurs intérêts : celui, fort légitime, du créancier, qui souhaite obtenir les meilleures garanties pour sa créance; celui de la petite et moyenne entreprise, véritable moteur du développement économique régional au Québec, pour laquelle le financement est souvent problématique; enfin, pour la caution profane elle-même, trop souvent victime de sa propre générosité et dont la situation particulière n'est pas prise en compte dans l'état actuel du droit.