

NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DES SÛRETÉS

DOSSIER DE SYNTHÈSE

par Isabelle Chénard

Groupe *surety*

TERMES EN CAUSE

contract of surety / surety contract
contract of suretyship / suretyship contract
contract of guarantee / guarantee contract
contract of guaranty / guaranty contract
discharge of surety
discharge (v.) the surety
guarantee (n.)
guarantee (v.)
guarantor
guaranty
release of surety
release (v.) the surety
sureties' bond
surety
surety bond
suretyship

MISE EN SITUATION

Les termes *discharge* et *release* ont été traités dans le cadre des travaux de normalisation du vocabulaire du droit des contrats (CTTJ contrats 37 – groupe *discharge*).

Les conclusions du Comité ont alors été les suivantes :

discharge¹ (n.) NOTE Of a person, an obligation or a contract. See also release ¹	décharge¹ (n.f.) NOTA D'une personne, d'une obligation ou d'un contrat. Le verbe <i>discharge</i> pourra se rendre par « décharger ». Voir aussi libération
discharge² (n.) NOTE Metonymical sense.	décharge² (n.f.); quittance (n.f.)
release¹ (n.) See also discharge ¹	libération (n.f.) NOTA Le verbe <i>release</i> pourra se rendre en ce sens par « libérer ». Voir aussi décharge ¹
release² (n.) NOTE Metonymical sense.	acte de libération (n.f.)
release³ (n.); waiver	renonciation (n.f.)

Plus récemment, ces mêmes termes, construits avec *lien*, *mortgage* et *security* cependant, ont été traités dans le cadre du droit des sûretés (CTTJ sûretés 312 – groupe *discharge / release*). Le Comité de normalisation en est venu à la conclusion que dans le contexte du droit des sûretés, *discharge* et *release* sont des synonymes et qu'ils s'emploient autant à propos d'obligations que de personnes. De plus, tout comme en droit des contrats, ils ont un sens métonymique dérivé, pour désigner l'acte instrumentaire. Le Comité a finalement recommandé, pour tous les termes, au sens de l'opération et au sens de l'instrument, l'équivalent « mainlevée ».

ANALYSE NOTIONNELLE

suretyship, contract of suretyship, suretyship contract, contract of surety, surety contract

Dans un premier sens, le ***suretyship*** désigne la relation juridique qui naît de l'engagement de la *surety* envers le créancier à remplir l'obligation du débiteur principal si celui-ci ne l'exécute pas. Selon le *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., 2004, l'obligation de la *surety* et celle du débiteur principal prennent naissance au même moment; en d'autres termes, dans un *contract of suretyship*, la *surety* est partie à l'obligation principale :

1. The legal relation that arises when one party assumes liability for a debt, default, or other failing of a second party. ● The liability of both parties begins simultaneously. In

other words, under a contract of suretyship, a surety becomes a party to the principal obligation.

C'est également l'opinion des auteurs Jacob S. Ziegel, Ronald C. C. Cuming et Anthony J. Duggan qui, dans leur ouvrage intitulé *Secured Transactions in Personal Property and Suretyships: Cases, Text and Materials*, 4^e éd., Emond Montgomery Publications Ltd, Toronto, 2003, affirment que dans le *suretyship contract*, l'obligation de la *surety* s'ajoute à celle du débiteur principal (page 585) :

I. KINDS AND CHARACTERISTICS OF SURETYSHIP CONTRACTS

The body of law falling generally under the heading of suretyship deals with contracts under which one person (the surety) has agreed to answer for an existing or future liability of another person (the principal debtor) to a third person (the creditor). The liability assumed by the surety is in addition to the liability of the principal debtor and not in substitution for it. The liability can be in the form of a personal guarantee, the provision of a security interest in property of the surety, or both.

In some situations, parties can stand in a relationship of principal and surety without there being an express contract of suretyship. For example, an accommodation party who accepts a bill of exchange is a surety for the payment by the drawer. [Je souligne.]

Dans un deuxième sens, le terme *suretyship* désigne le statut ou la condition de *surety* :

3. The position or status of a surety. (*Black's Law Dictionary*, 8^e éd., 2004)

Par ailleurs, on trouve les extraits suivants concernant les formes ***contract of surety*** et ***surety contract*** :

82. One consequence of the definition (a) of the contract of surety is, that the surety is not obliged to a greater extent than the principal debtor. (William Theobald, *A Practical Treatise on the Law of Principal and Surety*, London: S. Sweet, Chancery Lane; Stevens & Sons, Bell Yard 1832, page 66)

The law has protected such guarantors by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety. (*Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1996] 3 S.C.R. 415; en appel de la Cour d'appel de l'Ontario)

The rules hitherto applicable to accommodation sureties were in many ways inapplicable, as unrealistic, to cases where professional sureties undertook surety contracts for profit in the ordinary course of their business. (*Citadel Assurance v. Johns-Manville Canada*, [1983] 1 S.C.R. 513; en appel de la Cour d'appel de l'Ontario)

guarantee (n.)

Le substantif ***guarantee*** a deux sens : dans son sens principal, il désigne l'engagement du *guarantor* envers le créancier à remplir l'obligation du débiteur principal si celui-ci ne l'exécute

pas. Cet engagement naît au moment du défaut du débiteur principal. Dans son deuxième sens, il désigne la personne à qui la garantie est due. Voir les définitions qui suivent :

1. The person in whose favour the guarantor binds himself or herself. [...] 3. [also **guaranty**] A contract collateral to the principal contract by which a person engages to answer for the debt, default, or miscarriage of another, [...]. The contract of guaranty is dependent on the unchanged continuance of the primary obligation, and any substantial alteration of the principal agreement (i.e., extension of time, partial release of security) renders the guaranty unenforceable. (Yogis, John A. *Canadian Law Dictionary*, 4^e éd., 2003) [Je souligne.]

1. "...[A] contract between a guarantor and a lender. The subject of the guarantee is a debt owed to the lender by a debtor. In the contract of guarantee, the guarantor agrees to repay the lender if the debtor defaults. The exact nature of the obligation owed by the guarantor to the lender depends on the construction of the contract of guarantee, but the liability of the guarantor is usually made coterminous with that of the principal debtor...." [...] 2. A written agreement under which a person agrees to answer for the default or act or omission of another person. Usually refers to payment of a debt. (Dukelow, Daphne A. *Pocket Dictionary of Canadian Law*, 3^e éd., 2002)

[Guarantee; Garantie; Guaranty,] a collateral promise to answer for the debt, default or miscarriage of another, as distinguished from an original and direct contract for the promisor's own act. It is, therefore, of the essence of a guarantee that there should be someone liable as principal: consequently where one person agrees to become responsible for another, but no valid claim ever arises against the latter, no contract of guarantee exists [...].

The person who binds himself by the guarantee is called the guarantor or the surety, and the person for whom it is made is sometimes called the guarantee. (*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., 1977) [Je souligne.]

1. The assurance that a contract or legal act will be duly carried out. 2. GUARANTY (1)

"In practice, *guarantee*, n. is the usual term, seen often, for example, in the context of consumer warranties or other assurances of quality or performance. *Guaranty*, in contrast, is now used primarily in financial and banking contexts in the sense "a promise to answer for the debt of another. "*Guaranty* is now rarely seen in nonlegal writing, whether in G.B. or in the U.S." Bryan A. Garner, *A dictionary of Modern Legal Usage* 394 (2d ed. 1995).

3. Something given or existing as security, such as to fulfill a future engagement or a condition subsequent. [...] 4. One to whom a guaranty is made. (*Black's Law Dictionary*, 8^e éd., 2004)

guaranty

Le terme *guaranty* a le même sens que *guarantee*¹. Voir les définitions qui suivent :

See **guarantee** (sense 3). (Yogis, John A. *Canadian Law Dictionary*, 4^e éd., 2003)

A promise to pay another's debt or to perform another's obligation. (Dukelow, Daphne A. *Pocket Dictionary of Canadian Law*, 3^e éd., 2002)

1. A promise to answer for the payment of some debt, or the performance of some duty, in case of the failure of another who is liable in the first instance. • The term is most common in finance and banking contexts. While a warranty relates to things (not persons), is not collateral, and need not be in writing, a guaranty is an undertaking that a person will pay or do some act, is collateral to the duty of the primary obligor, and must be in writing. [...] [Je souligne.]

2. GUARANTEE 1 (*Black's Law Dictionary*, 8^e éd., 2004)

contract of guarantee, contract of guaranty, guarantee contract, guaranty contract

Dans leur ouvrage *Secured Transactions in Personal Property and Suretyships: Cases, Text and Materials*, précité, les auteurs décrivent le *contract of guarantee*. Ils le considèrent comme une catégorie du *contract of suretyship* et le distinguent du *contract of indemnity*. Voir les pages 585 et 586 :

There are two main categories of contracts of suretyship: contracts of guarantee and contracts of indemnity. The two types of contract have much in common. For this reason they are often, but inaccurately, lumped together under the label “guarantees”. However, there are important differences between them. It is not always easy to determine whether a relationship is that of guarantee or indemnity. Often form contracts contain wording that gives the contracts some of the characteristics of both.

Contracts of Guarantee

A contract of guarantee is one in which the surety (the guarantor) assumes responsibility for the due performance by the principal of existing or future obligations (specific or non-specific) owing by the principal to the creditor if the principal fails to discharge these obligations. The effect of the contract may be limited in time or open-ended. A distinguishing feature of a guarantee contract is that the guarantor's liability arises only when the principal fails to perform the obligations; the guarantor's liability is always ancillary, or secondary, to that of the principal, who remains primarily liable. [...]

A second distinguishing feature of a guarantee contract is that it is the only category of suretyship contract subject to the writing requirement of the Statute of Frauds, 1677. Section 4 of the Statute requires a writing, signed by the guarantor, evidencing the existence of a guarantor contract. [Je souligne.]

On trouve le terme ***contract of guaranty*** en contexte dans le *Yogis*, à la définition du terme *guarantee* :

3. [also **guaranty**] A contract collateral to the principal contract by which a person engages to answer for the debt, default, or miscarriage of another, [...]. The contract of

guaranty is dependent on the unchanged continuance of the primary obligation, and any substantial alteration of the principal agreement (i.e., extension of time, partial release of security) renders the guaranty unenforceable. (Yogis, John A. *Canadian Law Dictionary*, 4^e éd., 2003) [Je souligne.]

On trouve aussi **guaranty contract** en contexte à l'adresse suivante :

http://74.125.47.132/search?q=cache:ux8QT2LinucJ:pfia.com/investor/publications/moodys_cdo_cds.pdf+%22guaranty+contract%22&hl=en&ct=clnk&cd=11&gl=ca (Financial Guarantor CDO exposure: An Overview) :

Under a financial **guaranty contract**, the guarantor is only obligated to meet the contractual obligations of paying principal and interest over time; payment acceleration is at the option of the guarantor.

Je traiterai de façon distincte les termes *contract of suretyship / suretyship contract, contract of surety / surety contract*, d'une part et *contract of guarantee (guaranty) / guarantee (guaranty) contract*, d'autre part. On a vu que dans le cas du *suretyship contract*, l'engagement de la *surety* prend effet en même temps que celui du débiteur principal, alors que dans le cas du *guarantee / guaranty contract*, l'engagement du *guarantor* prend effet au moment où le débiteur principal est en défaut. De plus le *guarantee / guaranty contract* est accessoire au contrat principal. Finalement, on aurait un seul contrat dans le cas du *suretyship* et deux contrats dans le cas de la *guarantee / guaranty*.

guarantee (v.)

Les définitions du verbe *guarantee* sont très générales. De plus, celle du *Black's* le rattache à la notion de *suretyship* :

2. To agree or promise to be responsible for the debt, default, or miscarriage of another. (Yogis, John A. *Canadian Law Dictionary*, 4^e éd., 2003)

1. To assume a suretyship obligation; to agree to answer for a debt or default. **2.** To promise that a contract or legal act will be duly carried out. **3.** To give security to. (*Black's Law Dictionary*, 8^e éd., 2004)

guarantor

Alors que le *Black's* établit une distinction entre le *guarantor* et la *surety*, les autres dictionnaires cités définissent le premier par le deuxième, sans aucune distinction.

A surety. One who binds himself or herself by a contract of guaranty and agrees to pay the debt of another should the other default. (Yogis, John A. *Canadian Law Dictionary*, 4^e éd., 2003) [Je souligne.]

A surety, a person who is bound by a guarantee. (*Pocket Dictionary of Canadian Law*, 3^e éd., 2002) [Je souligne.]

[H]e who binds himself by a guarantee, a surety. (*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., 1977) [Je souligne.]

One who makes a guaranty or gives security for a debt. • While a surety's liability begins with that of the principal, a guarantor's liability does not begin until the principal debtor is in default. (*Black's Law Dictionary*, 8^e éd., 2004) [Je souligne.]

surety

Le terme *surety* désigne principalement une personne qui s'engage envers le créancier à remplir l'obligation du débiteur principal ou à payer sa dette en cas de défaut de celui-ci.

Voir les définitions qui suivent :

One who undertakes to pay money or perform other acts in the event that his or her principal fails therein; the surety is directly and immediately liable for the debt. Unlike an insurer, who might be found to pay a loss only on the happening of a defined contingency, a surety "became bound, it might be, unconditionally and without previous notice or demand, to pay the debt or make good the default which the principal was or should be liable to pay or make good, and the surety must see he did it." *Whalen v. Union Indemnity Co.* (1932), 41. O.W.N. 208 (H.C.) (Yogis, John A. *Canadian Law Dictionary*, 4^e éd., 2003) [Je souligne.]

n. "...[I]s one who contracts with a creditor that he will be answerable for the debt, default, or miscarriage of another who is the principal debtor and primarily liable." *Schmidt v. Gavriloff*, [1932] 2 W.W.R. 173 at 174, 17 Sask. L.R. 218 (C.A.) (Dukelow, Daphne A. *Pocket Dictionary of Canadian Law*, 3^e éd., 2002)

[...] A surety is a person who binds himself to satisfy the obligation of another person if the latter fails to do so ; thus, if A owes B money, and C, for valuable consideration, promises B that he will pay him the money if A does not, here C is a surety for A, the principal debtor, and his promise constitutes a contract of suretyship. (*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., 1977.)

La définition du *Black's* établit une distinction entre *surety* et *guarantor* avant de citer un auteur qui reconnaît expressément au terme *surety* une acception générale et une acception spécifique. Ainsi, dans son acception générale, la *surety* peut être considérée comme un *guarantor*, étant donné que sa responsabilité peut être conditionnelle au défaut du débiteur principal :

1. A person who is primarily liable for the payment of another's debt or the performance of another's obligation. • Although a surety is similar to an insurer, one important difference is that a surety often receives no compensation for assuming liability. A surety

differs from a guarantor, who is liable to the creditor only if the debtor does not meet the duties owed to the creditor; the surety is directly liable.

[...]

“A surety, in the broad sense, is one who is liable for the debt or obligation of another, whether primarily or secondarily, conditionally or unconditionally. In other words, the term surety includes anyone who is bound on an obligation which, as between himself and another person who is bound to the obligee for the same performance, the latter obligor should discharge. In this sense, suretyship includes all accessorial obligations. By such terminology, guarantors and indorsers are kind of sureties... A surety, in the narrow sense, is one who is liable in form primarily on the debt or obligation of another. His obligation is accessorial to that of the principal debtor, but it is direct and not conditioned on the principal debtor’s fault. In this sense, suretyship differs from guaranty and indorsement, which are conditional, secondary obligations. ... The word surety is in the majority of American decisions used in the narrower sense to indicate a primary obligation to pay another’s debt, to distinguish it from the secondary obligation of a guarantor. This terminology has the advantage of indicating by the use of the one word ‘surety’, an obligation which is at once one to pay another’s debt, but which at the same time is not conditioned upon another’s default.”
Laurence P. Simpson, *Handbook on the Law of Suretyship* 6, 8-9 (1950). [Je souligne.]

Dans un autre sens, relevé dans le *Black’s*, *surety* désigne la sûreté donnée en garantie :

2. A formal assurance; esp., a pledge, bond, guarantee, or security given for the fulfillment of an undertaking.

Le *Black’s* est le seul dictionnaire consulté à rendre compte expressément d’une acception générale et d’une acception spécifique du premier sens du terme *surety*. Cependant, je ne retiendrai que cette dernière qui est l’acception dominante dans la jurisprudence américaine. D’ailleurs, on a vu que le *Black’s* fait clairement la distinction entre la *surety* et le *guarantor*. En conséquence, je propose une seule entrée pour le premier sens de *surety* et une deuxième entrée pour *surety* au sens de « la sûreté donnée en garantie ».

En contexte dans la *Mercantile Law Amendment Act*, R.S.O. 1990, c. M.10 :

2. (1) Every person who, being surety for the debt or duty of another or being liable with another for any debt or duty, pays the debt or performs the duty is entitled to have assigned to the person or to a trustee for the person every judgment, specialty or other security that is held by the creditor in respect of the debt or duty, whether the judgment, specialty or other security is or is not deemed at law to have been satisfied by the payment of the debt or the performance of the duty. [Je souligne.]

sureties’ bond, surety bond

Le *surety bond* désigne un contrat entre trois parties aux termes duquel la *surety* s’engage envers le créancier à garantir l’exécution de l’obligation du débiteur.

À l'adresse <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/S/SuretyBond.aspx>, on trouve la définition suivante de *surety bond* :

A three party bond contract in which a third party (the "surety") backs up a principal by agreeing to honour the principal's obligation(s) towards the obligee of a bond in the event of the latter's default.

Le *Cemetery and Funeral Services Regulations* pris en application de l'article 28 de la *Cemetery and Funeral Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 62 O.I.C. 84-156 (7 février 1984), N.S. Reg. 16/84, on donne la définition suivante :

(a) a "surety bond" means a bond of a guarantee company which is a three party undertaking naming a principal, obligee and surety under which the surety agrees to indemnify the obligee against loss arising from the failure of the principal to comply with the provisions of the Act or the regulations made pursuant thereto;

En contexte dans la *Mortgage Dealers Act* du Manitoba (C.C.S.M. c. M210) :

12(1) Subject to subsection (2), no registration shall be granted to a person as a mortgage dealer unless that person has filed with the registrar a surety bond of indefinite duration in the amount and form prescribed by the regulations.

Plusieurs textes législatifs emploient le terme *bond* seul pour désigner le *surety bond* : ainsi, dans la *Surety Bonds Act*, R.S.N.B. 1973, ch. S-16 (cette loi a été abrogée en 2008), l'expression *surety bond* se trouve dans le titre uniquement; dans le corps de la loi, on ne parle que du *bond* :

1(1) Subject to section 5, the council of a municipality or rural community may accept the bonds or policies of guarantee of any incorporated company, empowered to issue or grant guarantee bonds or policies and approved of by the Lieutenant-Governor in Council as provided by section 5, for the integrity and faithful accounting of any of their officers, instead of or in addition to the bond or security of the officer or servant of the corporation, in all cases when by law or a by-law of the governing body the officer or servant is required to give security, either by the officer or servant or by the officer or servant and a surety or sureties, and where the parties directed or authorized to take such security see fit to accept the bond or policy of the company, and approve the terms and conditions; and all the provisions in the law or by-law relating to the security to be given by the officer or servant or his or her sureties apply to the bonds and policies of guarantee of the company. [Je souligne.]

De même dans la *Retail Sales Tax Act* de l'Ontario (R.S.O. 1990, c. R.31), le terme *bond* est employé seul :

Surety bond

39.(1)The Minister may require any vendor to deposit with the Minister a bond by way of cash or other security satisfactory to the Minister in an amount to be determined by the Minister but not greater than an amount equal to six times the amount of the estimated tax

that would normally be collected by the vendor each month under this Act, but in no case shall the deposit be less than \$100. R.S.O. 1990, c. R.31, s. 39 (1); 1994, c. 13, s. 8 (1).
[Je souligne.]

Comme il s'agit ici d'un emploi contextuel, je ne retiendrai pas le terme *bond*.

L'expression *sureties'bond* est beaucoup plus rare; on la trouve dans la définition de *bond* dans le *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., vol. 1, p. 236.

Thus in an ordinary sureties' bond for the payment of a debt, the obligation binds the sureties to pay a sum double the amount of the debt ((...)).

Je considère les expressions *surety bond* et *sureties'bond* comme synonymiques. Par ailleurs, ces expressions ne sont pas synonymes de *suretyship* qui désigne plus précisément la relation juridique entre les parties.

discharge of surety, release of surety

Dans la mise en situation, nous avons vu que les termes *discharge* et *release* (*of lien, of mortgage, of security*) ont été traités comme des synonymes dans le dossier « sûretés 312 ». Dans le présent dossier, il s'agit de savoir quel est le sens exact des expressions *discharge of surety* et *release of surety* et si elles peuvent aussi être considérées comme des synonymes.

Voici ce que les auteurs ont dit dans le dossier « sûretés 312 » :

Tout comme dans le contexte plus général du droit des contrats, les termes *discharge* et *release* s'emploient autant, en droit des sûretés, à propos d'obligations (ex. *discharge of mortgage, release of mortgage*) que de personnes (ex. *discharge of surety, release of surety*), tandis que *satisfaction* vise plus volontiers des obligations (ex. *satisfaction of mortgage*) que des personnes.

De plus, tout comme nous l'avons constaté en droit des contrats, *discharge* et *release* (suivis de *of mortgage, etc.*) sont aussi employés couramment en sûretés, dans un sens métonymique dérivé, pour désigner l'acte instrumentaire.

Voici comment le *Jowitt's Dictionary of English Law*, précité, définit le verbe *discharge* :

To discharge a right or obligation is to deprive it of its binding force, and to discharge a person is to release him from an obligation; thus payment discharges a debt, and in the case of a guarantee, an alteration of the contract, without the consent of the surety, will in general discharge him. Discharge is a generic term; its principal species are rescission, release, accord and satisfaction, performance, judgment composition, bankruptcy, merger (*q.v.*).

Plus loin, toujours dans le *Jowitt's*, on trouve le contexte suivant à l'entrée *surety*, à la page 1730 :

If the creditor releases the principal debtor, this will discharge the surety from liability, unless the creditor reserves his rights against the surety; such a release is then in effect

merely a covenant not to sue the principal debtor. The surety may also be discharged by a variation of the contract by the creditor, or by the substitution of a new contract before breach of the old one.

La libération du débiteur principal ou la modification du contrat de cautionnement sans le consentement de la *surety* entraînent donc généralement la *discharge of the surety*. On parle ici de la *surety* dans son premier sens.

Le terme *release* signifie aussi le fait de libérer un débiteur. Voir les définitions suivantes :

In modern practice a release generally means a discharge (*q.v.*) under seal of a right of action, or of some claim or demand upon another person, most commonly, perhaps, the formal discharge given by beneficiaries to trustees on the winding up of a trust. (*Jowitt's Dictionary of English Law*, précité.)

4. To give up, resign, relinquish, surrender (*esp.* a right or claim in favour of another person). [...] II. To set or make free; to liberate, deliver *of* (now *rare*) or *from* pain, bondage, obligation, etc. [...] (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3^e éd., p. 1787.)

On trouve l'expression *release of the surety* en contexte dans l'arrêt *Doe et al. v. Canadian Surety Co.*, [1937] S.C.R. 1 :

As to the surety's liability:—Having regard to article 16 (aforesaid), and to other terms in the contract which (inter alia) required the work to be done in accordance with the plans, drawings, etc., and such "instructions as may from time to time be given" by the architect, the undertaking of September 28 did not subject B. to anything more onerous than had been required by the contract; it did not effect any change in the contract; nor, consequently, any **release of the surety**. As to B.'s alleged mistake in omitting to estimate certain costs for the purpose of his bid (even assuming the point was now open to the surety): there was no obligation on plaintiffs to notify the surety thereof; there was no charge of fraud or misrepresentation nor any suggestion that it occurred to plaintiffs or the architect to withhold the information as something of which the surety should be apprised; the error was not such a circumstance the mere non-disclosure of which would **release the surety**.

On la trouve également en contexte à l'adresse suivante :

<http://chestofbooks.com/society/law/Popular-Law-9/Section-31-In-General-What-Things-Will-Discharge-The-Suret.html> :

This section is from the book "[Popular Law Library Vol9 Bills And Notes, Guaranty And Suretyship, Insurance, Bankruptcy](#)", by Albert H. Putney. Also available from Amazon: [Popular Law-Dictionary](#).

Section 31. In General, What Things Will Discharge The Surety

It may be first stated generally, that whatever discharges the [principal](#) will likewise discharge the [surety](#), and it follows that a release of the principal debtor by the [creditor](#)

would also **release the surety**.¹⁷ But if the creditor specially reserves his right to hold the surety, at the time he agrees to **release the surety**, the release will be construed as a covenant not to sue merely, and the surety will still be liable. ¹⁸

Michigan State Bank vs. Estate of Leavenworth, 28 Vt., 209.

15 Estate of Rapp vs. The Phoenix Ins. Co., 113 Ill., 390.

When the rule is stated, that that which releases the principal will likewise **release the surety**, this does not include a release of the principal by operation of law. The most common case of such a release by act or operation of law, is a discharge of the principal in bankruptcy, which discharge does not carry with it the **release of the surety**.

Et à l'adresse suivante : <http://www.ci.dupont.wa.us/files/library/ae3a184c18e5a14e.pdf> (City of Dupont Maintenance Bond) :

We further agree that nothing of any kind or nature that will not discharge the principal shall operate as a **discharge or release of the Surety**, regardless of law, rule of equity or usage relating to the liability of sureties to the contrary notwithstanding.

L'expression *release of surety* comporte donc la même idée de libération de la *surety*¹ que l'expression *discharge of surety*. Certains auteurs emploient même ces deux expressions indistinctement. Je les traiterai donc comme des synonymes. J'aurai deux entrées, une entrée au sens de l'opération et une entrée au sens de l'instrument.

ÉQUIVALENTS

Comme on l'a vu, dans son premier sens, le terme *suretyship* désigne la relation juridique entre la *surety* et le créancier. Le terme « cautionnement » n'a pas ce sens en français.

J'ai envisagé « relation de cautionnement » et je n'ai trouvé qu'une occurrence sur le Web; par contre, « rapport de cautionnement » dans le sens qui nous intéresse semble un peu plus populaire sur le Web. La forme adjectivale « cautionnel » est absente des dictionnaires. Par contre, on la trouve sur le Web dans l'expression « dépôt cautionnel » surtout. On pourrait envisager « relation cautionnelle » ou « rapport cautionnel ». Voici, toutefois, quelques occurrences de « rapport de cautionnement » :

Dans l'arrêt de la Cour (troisième chambre) du 25 février 1999. Commission des Communautés européennes contre Cascina Laura Sas di arch. Aldo Delbò & C. et Gariboldi Engineering Company Srl. Article 181 du traité CE - Clause compromissoire - Non-exécution d'un contrat. Affaire C-65/97 (http://eur-ex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61997J0065) :

21 Force est, d'autre part, de constater que la responsabilité conjointe et solidaire assumée par plusieurs sociétés constituant ensemble un contractant unique dans le lien conventionnel noué avec la Communauté est juridiquement différente d'un simple rapport de cautionnement entre personnes juridiques distinctes.

Dans le *Jurisprudence Express : points saillants* (5 janvier 2007, vol. 31, n° 1) (<http://www.info.azimut.soquij.qc.ca/info/pdf/jee.pdf>) :

Le rapport de droit entre l'appelante et l'intimée selon les termes de l'entente tripartite est un rapport de cautionnement, l'appelante étant la créancière, DIMS, la débitrice, et l'intimée, la caution.

Finalement, dans un article intitulé *La réunion des actions ou des parts sociales en une seule main, Étude Comparative* (Université Libanaise, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Administratives, Filière Francophone) (<http://74.125.47.132/search?q=cache:os4dHiDoea8J:www.lb.refer.org/memoires/402016Agnes.doc+%2B%22rapport+de+cautionnement%22&hl=en&ct=clnk&cd=8&gl=ca>) :

Toute modification dans la personne de l'une des parties au rapport de cautionnement constitue donc une cause d'extinction de l'obligation de couverture.

Dans le *Dictionnaire encyclopédique de la common law*, par Donald Poirier, Gérard Snow et Jacques Vanderlinden (ouvrage en préparation), les auteurs donnent le sens de « relation juridique » au terme « cautionnement », en droit des sûretés :

1. (*suretyship*) (*Contrats*) Relation juridique découlant de l'engagement pris par la caution¹ envers le créancier.

Plutôt que d'ajouter un nouveau sens au terme « cautionnement », j'avais préféré conserver l'expression « rapport de cautionnement ». Toutefois, le Comité s'est montré intéressé par la tournure « rapport cautionnel » qui est plus coulante et naturelle. On aura finalement l'entrée « rapport cautionnel » avec un nota indiquant qu'on peut aussi dire « rapport de cautionnement ».

Pour ce qui est du deuxième sens de *suretyship*, je ne connais pas d'équivalent français en usage. J'ai pensé à « qualité de caution », puis à « condition de caution » qui me semblait plus près de la notion anglaise. Mais le terme « condition » pourrait facilement être confondu avec la notion de « modalité ». Le Comité a donc proposé « état de caution ». Le *Petit Robert* (2008) définit le terme « état » dans le sens qui nous intéresse, comme suit :

II SITUATION, MANIÈRE D'ÊTRE D'UNE PERSONNE DANS LA SOCIÉTÉ ▪ 1 (fin xiii^e) VIEILLI Situation dans la société, résultat de la profession, de la fortune, du mode de vie. ► **condition, position**. [...] ▪ 2 (1549) DR.Ensemble de qualités inhérentes à la personne, auxquelles la loi civile attache des effets juridiques.

Les termes *contract of suretyship*, *suretyship contract*, *contract of surety* et *surety contract* seront rendus par « contrat de cautionnement ». Par exemple, la décision *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415 donne « contrat de cautionnement » pour *contract of surety*; la décision *Citadel Assurance c. Johns-Manville Canada*, [1983] 1 R.C.S. 513 donne « contrat de cautionnement » pour *surety contract*.

Pour *sureties'bond* et *surety bond*, je propose le terme « cautionnement ». Le cautionnement est un « [a]cte juridique par lequel une personne, la caution, s'engage envers un créancier à remplir l'obligation du débiteur principal si celui-ci ne l'exécute pas. » (*Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991)

Par ailleurs, le *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière* (Louis Ménard, Institut canadien des comptables agréés, 1994) traduit et définit le terme **bond** 2. comme suit :

(ASSURANCE) CAUTION;
(ASSURANCE DE) CAUTIONNEMENT

Assurances. Contrat en vertu duquel une personne (la caution) s'engage à garantir l'exécution d'une obligation prise par une autre personne (le cautionné) envers une troisième personne (le bénéficiaire).

-- Syn. **guarantee bond; surety bond.**

Pour ce qui est du premier sens du terme *surety*, le terme « caution », défini dans les ouvrages de droit civil, ne pose pas de problème :

1. (*Obl. et Sûr.*) Personne qui s'engage envers le créancier à remplir l'obligation du débiteur principal si celui-ci ne l'exécute pas. [...] (*Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, précité.)

1 Personne qui s'engage envers le créancier, à titre de garantie, à remplir l'obligation du débiteur principal, pour le cas où celui-ci n'y aurait pas lui-même satisfait (C.civ., a. 2011) et qui, n'étant en principe tenue qu'à titre subsidiaire, peut exiger que le débiteur principal soit d'abord discuté dans ses biens (C.civ., a. 2021). (Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd., 1987)

On trouve aussi « fidéjusseur » que le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, 4^e éd., 1987 et le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, précité, présentent comme synonyme de « caution ».

Le *Trésor de la langue française* en donne la définition suivante :

FIDÉJUSSEUR, subst. masc.

DR., vx. Celui qui s'engage envers le créancier pour garantir l'exécution de l'obligation du débiteur principal, au cas où ce dernier ne l'exécuterait pas. Synon. *garant*. Attesté ds la plupart des dict. gén. au XIX^e et au XX^e siècle dont *Ac.* 1798-1932.

Ce terme est vieilli et je ne le retiens pas.

Pour le deuxième sens de *surety*, soit la sûreté personnelle donnée en garantie, je propose le terme « caution », dans son deuxième sens évidemment. La définition qu'en donne le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, précité, du deuxième sens du terme « caution » ne correspond pas au sens recherché :

2. (*Obl. et Sûr.*) Syn. cautionnement².

Et le deuxième sens de « cautionnement » comme suit :

2. (*Obl. et Sûr.*) Somme d'argent ou valeurs déposées en vue de garantir des créances éventuelles.

Par contre, Gérard Cornu, précité, donne une définition du terme « caution » qui est beaucoup plus près du sens de *surety*² :

2 Dans certaines expressions, engagement pris à titre de garantie.

Pour *discharge of surety*¹; *release of surety*¹ et *discharge of surety*²; *release of surety*², je ne retiendrai pas l'équivalent recommandé au dossier « sûretés 312 », soit « mainlevée » dans les deux cas. Je ne crois pas qu'on puisse utiliser le terme « mainlevée » pour une personne, la caution dans ce cas-ci. Voir l'extrait suivant tiré du dossier « sûretés 312 » :

En droit civil, si le *Dictionnaire de droit privé – Les obligations* de McGill ne retient pour « mainlevée » que le sens concret d'un acte instrumentaire, le terme, pour le *Vocabulaire juridique* de Cornu, 8^e éd., à la p. 531, désigne d'abord le fait (« Disparition d'un obstacle... »), puis l'action (« action de supprimer... ») et enfin l'instrument (« acte qui supprime ») :

1 Disparition d'un obstacle de droit à l'accomplissement d'un acte, à l'exercice d'un droit et, plus précisément, levée – pour un retour à la normale – d'un obstacle qui avait été créé, dans un intérêt légitime, une situation de blocage ou de protection que les circonstances ne justifient plus. Ex. mainlevée d'une saisie, d'une inscription hypothécaire, d'une opposition à mariage (C. civ., a. 67, 173) ou même d'une tutelle ou d'une curatelle (C. civ., a. 507, 509), ayant pour résultat de faire cesser les effets de la saisie, de permettre la radiation de l'hypothèque, la célébration du mariage, de mettre un terme au régime de protection, etc.

2 Par métonymie, action de supprimer ou acte qui supprime (ou sur le fondement duquel est supprimé) cet obstacle. Ex. en cas d'opposition, l'officier d'état civil ne peut célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée (C. civ., a. 68).

La Cour suprême utilise « libération de la caution » pour *discharge of the surety* : *Pax Management Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1992] 2 R.C.S. 998, en appel de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, en appel de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Elle utilise également « libération de la caution » pour *release of the surety* : *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415 (en appel de la cour d'appel de l'Ontario).

L'expression « décharge de la caution » semble moins populaire au Canada que « libération de la caution ». Ainsi, on trouve 478 occurrences de « libération de la caution » dans les pages Web du Canada contre 7 « décharge de la caution ». Elle est par contre plus répandue sur l'ensemble du Web : on a ainsi 3370 occurrences de « décharge de la caution » contre 2590 occurrences de « libération de la caution ».

Par exemple :

Il faut également attirer l'attention de chacun sur le fait que la **décharge de la caution** a comme conséquence que son patrimoine ne fera pas l'objet de mesures d'exécution tandis que le failli "personne physique" n'obtiendra l'excusabilité qu'après que son patrimoine

ait été complètement réalisé. Les deux situations ne sont donc certainement pas identiques. (<http://www.businessandlaw.be/breve551.html> -Droit fiscalité belge)

LIBERATION DE LA CAUTION EN CAS DE MANQUEMENT DU CREANCIER

Lorsqu'elle est actionnée et qu'elle paie la dette cautionnée au créancier, **la caution est subrogée** dans tous les droits qu'avait ce créancier contre le débiteur.

Cela signifie que la caution qui a payé se retrouve, vis-à-vis du débiteur, « dans la peau » du créancier principal.

Si ce dernier bénéficiait de **garanties à l'encontre du débiteur (exemple : hypothèque, privilège, nantissement)** ses garanties vont bénéficier à la caution lorsqu'elle va demander paiement au débiteur principal.

Afin de ne pas priver ce recours de la caution d'efficacité, **l'article 2037 du Code Civil** impose au créancier bénéficiaire du cautionnement de ne pas laisser dépérir ses garanties à l'encontre du débiteur.

En cas de manquement à cette obligation la sanction est radicale : **la caution est déchargée**, le créancier ne peut plus se retourner contre elle. (<http://www.avocat-fernandez.com/actualites-Droit%20civil%20et%20commercial-16.html>)

Le *Trésor de la langue française* définit les termes « libération » et « décharge » comme suit :

[libération]

b) Fait de dégager quelqu'un (ou de se dégager) d'une obligation.

— *En partic.*

◆ Décharge d'une dette. *Libération par prescription; legs de libération. L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur (Code civil, 1804, art. 1332, p. 240).*

[décharge]

4. Au fig. [Le poids enlevé est une obligation]

a) [L'obligation est un dû matériel] Allègement ou suppression d'une condition ou obligation onéreuse. *Reçu une lettre du directeur des contributions de Paris portant décharge d'une taxe que je crois avoir payée (CONSTANT, Journaux, 1804, p. 66).*

— *Spéc., DR.* „Acte constatant la remise d'une pièce, la libération d'une dette, d'une gestion ou d'un engagement” (BARR. 1974).

◆ *Porter une somme en décharge.* Indiquer qu'elle a été acquittée.

Le *Petit Robert* (2008) donne aussi la définition suivante de « décharge » :

1. DR. Libération d'une obligation, d'une dette; document qui atteste cette libération [...]

Le terme « décharge », retenu pour *discharge*¹ dans le dossier CTTJ contrats 37 – groupe *discharge*, visait aussi les obligations ou les contrats. Comme les termes *discharge* et *release* ne visent que les personnes ici, je m'en tiendrais à l'équivalent « libération ». Ainsi, on évite toute confusion, c'est-à-dire que dans un contexte moins clair, on ne se demandera pas si la décharge de la caution vise la sûreté ou la caution¹.

Pour la forme verbale, je proposerai l'équivalent « libérer » dans un nota.

Le terme « libération » a-t-il aussi un sens métonymique?

Le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, précité, définit le terme « libération » comme suit :

(*Obl.*) Affranchissement d'une personne ou d'une chose résultant de l'extinction d'une obligation ou d'un droit réel.

Et Gérard Cornu (*Vocabulaire juridique*, 4^e éd., 1987) définit ce terme comme suit :

3 Dénouement de l'engagement du débiteur; fait de ne plus être tenu d'une obligation quelle que soit la cause de l'extinction de celle-ci (paiement, remise de dette (C.civ., a. 1282), legs de libération). Ex. libération de la caution par la décharge conventionnelle accordée au débiteur principal (C.civ., a. 1287).

[...]

5 Parfois, plus spécialement le paiement qui produit la libération.

Ces définitions ne permettent pas de croire que le terme « libération » seul a un sens métonymique. Je propose donc « acte de libération de la caution » pour le deuxième sens de *discharge of surety; release of surety*.

Pour *guarantee*¹ et *guaranty*, je conserve le terme en usage « garantie ».

Et pour *contract of guarantee*, *contract of guaranty*, *guarantee contract* et *guaranty contract*, on aura « contrat de garantie ».

Le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, précité, définit le terme « garantie » comme suit :

2. (*Sûr.*) Syn. sûreté¹. « [On] qualifie [...] de garanties les sûretés réelles ou personnelles accordées au créancier en vue de faciliter le recouvrement de sa créance [...] »

Et le terme « contrat de garantie » comme suit :

(*Obl.* et *Sûr.*) Contrat dont l'objet est d'établir une sûreté¹. Par ex., le contrat de cautionnement, le contrat constitutif d'hypothèque.

Gérard Cornu, précité, définit le terme « contrat de garantie » comme suit :

[...]

-- (**contrat de**). Contrat ayant pour objet de fournir au créancier l'engagement d'un débiteur accessoire. Ex. cautionnement.

- 2 Parfois syn. de sûreté.

Je ne retiens pas ce sens synonymique de sûreté, relevé dans les définitions susmentionnées, parce qu'on risque de confondre inutilement les deux notions qui, comme on l'a répété vu plus haut, ne sont pas identiques.

D'ailleurs, les auteurs du *Dictionnaire encyclopédique de la common law*, précité, rappellent indirectement la distinction entre la notion de « cautionnement » et celle de « garantie » à l'entrée « **garant,e n** » :

1. (*guarantor*) (*Sûr.*) Tiers qui, dans un contrat distinct de sûreté personnelle, s'oblige subsidiairement pour un débiteur envers le créancier de celui-ci, dit le garanti (*guarantee*). **Dict.** Dans un registre soutenu, le garant se distingue de la caution (*surety*), dont l'engagement s'approche davantage de la coresponsabilité.

Gérard Cornu (*Vocabulaire juridique*, 4^e éd., 1987) définit le terme « garant, ante » comme suit :

- Celui qui doit garantie, qui garantit.

Pour sa part, le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd. Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991 définit le terme « garanti, ie » comme suit :

Personne à qui la garantie est due.

Donc, pour ce qui est de *guarantee*² et *guarantor*, on aura respectivement « garanti, garantie » et « garant, garante ».

TABLEAU RÉCAPITULATIF

<p>contract of guarantee; contract of guaranty; guarantee contract; guaranty contract</p> <p>See guarantee¹</p> <p>DIST contract of surety; surety contract; contract of suretyship; suretyship contract</p>	<p>contrat de garantie (n.m.)</p> <p>Voir garantie</p> <p>DIST contrat de cautionnement</p>
<p>contract of surety; surety contract; contract of suretyship; suretyship contract</p> <p>See surety¹; suretyship¹</p> <p>See also sureties' bond; surety bond</p>	<p>contrat de cautionnement (n.m.)</p> <p>Voir rapport cautionnel</p> <p>Voir aussi cautionnement</p> <p>DIST contrat de garantie</p>

DIST contract of guarantee; contract of guaranty; guarantee contract; guaranty contract	
discharge of surety¹; release of surety¹ NOTE The operation. See surety ¹	libération de la caution (n.f.) NOTA Pour rendre les formes verbales <i>discharge the surety, release the surety</i> , on pourra dire « libérer la caution (de son engagement) ». Voir caution ¹
discharge of surety²; release of surety² NOTE The instrument. See surety ¹	acte de libération de la caution (n.m.) Voir caution ¹
guarantee¹; guaranty NOTE A promise by the guarantor to a creditor (the guarantee ²) to answer for the debt, default or miscarriage of another. The guarantor's liability is always ancillary to that of the principal, who remains primarily liable.	garantie (n.f.) NOTA Sens spécial. Forme de sûreté fournie par un tiers appelé le garant à un créancier appelé le garanti. Le garant se distingue de la caution, dont l'engagement s'approche davantage de la coresponsabilité. Le verbe <i>guarantee</i> pourra se rendre, selon le contexte, par « garantir (le paiement de la dette) », « fournir une garantie », « donner en garantie », etc.
guarantee² NOTE The person to whom the guarantee ¹ is made. ANT guarantor	garanti (n.m.), garantie (n.f.) NOTA La personne qui reçoit la garantie. ANT garant, garante
guarantor DIST surety ¹ ANT guarantee ²	garant (n.m.), garante (n.f.) DIST caution ¹ ANT garanti, garantie
sureties' bond; surety bond See also contract of surety; surety contract; contract of suretyship; suretyship contract	cautionnement (n.m.) NOTA Acte constatant l'engagement de la caution envers le créancier. Voir aussi contrat de cautionnement
surety¹	caution¹ (n.f.)

<p>NOTE The person who is liable for the debt or obligation of another, such liability being more immediate and direct than that of the guarantor.</p> <p>DIST guarantor</p>	<p>NOTA La personne qui s'oblige pour le débiteur principal envers le créancier. Sa responsabilité est plus immédiate et directe que celle du garant.</p> <p>DIST garant, garante</p>
<p>surety²</p> <p>NOTE Any assurance given for the fulfillment of an undertaking.</p>	<p>caution² (n.f.)</p> <p>NOTA Garantie d'un engagement.</p> <p>Voir aussi sûreté¹</p>
<p>suretyship¹</p> <p>NOTE The legal relation between the surety and the creditor.</p>	<p>rapport cautionnel (n.m.) (néol.)</p> <p>NOTA On peut également dire « rapport de cautionnement ».</p>
<p>suretyship²</p> <p>NOTE The position or status of a surety¹.</p>	<p>état de caution (n.m.)</p>