

LA PRÉSERVATION DE VOS CRÉANCES EN MATIÈRE DE CONSTRUCTION AU TEMPS DE LA COVID-19 : UN RAPPEL DES NOTIONS APPLICABLES AU CAUTIONNEMENT POUR GAGES, MATÉRIAUX ET SERVICES

Montréal et Québec, 22 mai 2020

Cette infolettre s'inscrit dans le prolongement de celle portant sur l'hypothèque légale de la construction (l'« **HLC** ») publiée le 14 mai dernier.

Vous vous rappellerez que l'HLC est un privilège exceptionnel prévu au *Code civil du Québec* et bénéficiant aux personnes ayant participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble selon des critères bien spécifiques. Le défaut de les respecter entraînera la déchéance des droits hypothécaires du bénéficiaire. Cette déchéance des droits hypothécaires n'entraînera pas pour autant l'impossibilité pour le créancier de réclamer les sommes dues au débiteur, mais pourra en cas d'insolvabilité, le placer au rang de créancier ordinaire.

Le cautionnement trouve alors tout son sens. En effet, bien qu'une réclamation à la caution puisse coexister avec l'exercice des droits résultant d'une HLC, le cautionnement pourra s'avérer particulièrement utile dans un contexte d'insolvabilité ou encore lorsque la créance ne peut faire l'objet d'une HLC, par exemple dans le contexte de travaux routiers.

Contrairement à l'HLC qui existe par le seul effet de la loi, le cautionnement existera par l'intervention d'un tiers, la caution, qui devra s'être engagée contractuellement à assumer, à la demande du client donneur d'ouvrage, la fidèle exécution des obligations de l'entrepreneur général selon un cadre généralement bien défini.

Le *Code civil du Québec* définit le cautionnement comme étant le contrat par lequel la caution s'oblige envers le créancier à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas. Il s'agit donc d'une forme de stipulation pour autrui puisque l'engagement de la caution est contracté au bénéfice de tiers créanciers.

Rappelez-vous que le cautionnement ne se présume pas, il doit être expressément convenu et les obligations de la caution sont limitées à ce qui est contractuellement prévu (autant pour le montant usuellement limité à 50% du prix du contrat d'entreprise général que pour les personnes visées).

Plusieurs types de cautionnement existent tels que le cautionnement de soumission, le cautionnement d'exécution ou le cautionnement d'entretien. Nous nous concentrerons aujourd'hui sur le cautionnement pour « gages, matériaux et services » autrement désigné le cautionnement pour « le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux ».

Rappels des principes applicables au cautionnement pour gages, matériaux et services

Les documents d'appel d'offres et les contrats des organismes publics exigent souvent que l'entrepreneur général souscrive à différents types de cautionnement pour la réalisation d'un projet de construction. Le cautionnement pour gages, matériaux et services en fait généralement partie. Cette exigence du donneur d'ouvrage a essentiellement pour but d'éviter la publication d'hypothèques légales et d'éviter les conséquences liées à un abandon du chantier. Il vise essentiellement à garantir le paiement des ouvriers, des fournisseurs et des sous-entrepreneurs impliqués à un projet. Ce cautionnement protégera ces différents intervenants dans la mesure où ils sont visés par le cautionnement émis et qu'ils en respectent les exigences dont notamment, celle d'adresser une demande de paiement à la caution dans les délais prévus au cautionnement.

En pratique, les contrats de cautionnement prévoient le plus souvent que le créancier doit avoir transmis sa demande de paiement à la caution dans les 120 jours suivant la fin de ses travaux, de sa prestation de services ou de la fourniture de ses matériaux. Contrairement à l'hypothèque légale, la notion de fin des travaux ici sera propre à chaque créancier. Peut s'ajouter à cette obligation, celle d'en transmettre une copie au donneur d'ouvrage et à l'entrepreneur général.

Nous tenons néanmoins à réitérer l'importance de lire les termes du cautionnement avant le début de vos travaux ou de la livraison de vos matériaux pour valider si vous êtes bien un créancier visé par le cautionnement et pour connaître les modalités à respecter pour en bénéficier. Si vous n'êtes pas certains de bien comprendre vos droits et obligations face à la caution ou si certaines formulations portent à confusion, référez-vous à vos professionnels qui pourront vous aider à y voir plus clair. Pensons par exemple à des formulations déjà vues prévoyant l'obligation pour le créancier de transmettre son avis « dans les 120 jours de l'exigibilité du paiement » ou « dans les 120 jours de la naissance de la créance » pouvant facilement être sujettes à questionnement quant au respect de vos délais, pour ne prendre que ces deux exemples.

Rappelez-vous également qu'il existe deux types de cautionnement « gages, matériaux et services ». La « formule restreinte » et la « formule étendue ». La première limite son application aux sous-entrepreneurs et fournisseurs ayant directement transigé avec l'entrepreneur général.

Dans le cas d'une « formule étendue », le cautionnement pourra également bénéficier aux sous-entrepreneurs et fournisseurs n'ayant pas directement transigé avec l'entrepreneur général. L'obligation additionnelle d'informer la caution, le donneur d'ouvrage et l'entrepreneur général dans les 60 jours du commencement de la fourniture des biens et services sera généralement prévue. Référez-vous au cautionnement !

Il ne fait aucun doute que le cautionnement « gages, matériaux et services » constitue une solution utile à l'impossibilité de conserver vos droits hypothécaires surtout dans un contexte d'insolvabilité. Le mécanisme de protection n'est pas moins simple, mais différent. Tout comme pour l'HLC, les tribunaux ont considéré que les délais, bien que contractuels, emportaient déchéance du droit de réclamation d'où l'importance de les respecter afin de préserver vos créances.

Dans l'un ou l'autre des cas, une poursuite devra être entreprise devant nos tribunaux en cas de litige. Dans l'un ou l'autre des cas, il devra y avoir un débat devant les tribunaux si le montant partageable entre les créanciers est insuffisant pour couvrir la totalité des réclamations.

Avis juridique

Le contenu de cette infolettre ne constitue pas un avis juridique de notre cabinet et ne peut en aucun cas engager la responsabilité de Morency. Nous vous invitons à communiquer avec nos avocats et notaires pour toute question relative au contenu de cette infolettre en lien avec une situation particulière.

Renseignements supplémentaires

Notre cabinet a à cœur les succès de ses clients et est compréhensif face aux impacts négatifs découlant de la crise actuelle. Morency compte sur une équipe d'avocats et notaires chevronnés pour répondre à vos questions sur les enjeux juridiques découlant de cette crise en matière de droit des affaires, d'emploi, de fiscalité et de litige. Nous sommes là pour vous aider à gérer au mieux les effets de cette pandémie et pour trouver avec vous les solutions qui permettent une sortie de crise de la meilleure façon possible dans les circonstances.

N'hésitez surtout pas à communiquer avec Me Kathy Bergeron (kbergeron@morencyavocats.com) ou Me Philippe Whissell (pwhissell@morencyavocats.com), membres de notre équipe de litige si vous aviez besoin davantage d'informations.