

Barreau du Québec, Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé, Collection de droit 2010-2011, Volume 6, Cowansville, Yvon Blais, 2010

### **Chapitre IV**

#### Me François Beauchamp

#### Me Hélène Mondoux

# Les cautionnements de contrats de construction

[Page 53]

De façon générale, les cautionnements de contrats de construction ont pour but d'assurer au client la fidèle exécution des obligations des entrepreneurs et soustraitants. Il existe trois types de cautionnements qui se retrouvent fréquemment en matière de travaux de construction.

Il s'agit du cautionnement de soumission, du cautionnement d'exécution et du cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux. Enfin, pour permettre à la compagnie de cautionnement garantissant les obligations du débiteur, de prévoir un moyen de remboursement des sommes avancées, les compagnies de cautionnement font généralement signer par les actionnaires de la compagnie débitrice et ses compagnies affiliées, une convention d'indemnisation et de sûretés.

#### 1- Le cautionnement de soumission

L'un des objets principaux du cautionnement de soumission est de décourager les entrepreneurs de présenter des soumissions frivoles ou qu'ils ne pourraient respecter une fois acceptées. Ils visent à garantir la signature du contrat d'entreprise. Ainsi, lors de l'appel d'offres, le maître de l'ouvrage tenant à ce que l'entrepreneur maintienne son offre un certain temps et qu'il s'y conforme si le contrat lui est octroyé, exige l'émission d'un cautionnement de soumission pour garantir ses obligations. C'est donc l'offre de contracter que garantit la compagnie de cautionnement.

Par le cautionnement de soumission, la compagnie de garantie s'engage, en cas de défaut du soumissionnaire de signer le contrat ou de fournir les garanties prévues, non pas à exécuter en nature ces mêmes obligations, mais à les exécuter par équivalent pécuniaire, c'est-à-dire en payant des dommages-intérêts. L'obligation de la compagnie de cautionnement consiste à payer soit la différence entre le montant de la soumission présentée par le soumissionnaire en défaut et le montant du nouveau contrat, soit un pourcentage du montant de la soumission.

La responsabilité de la caution entre en jeu lorsque le soumissionnaire fait défaut de signer le contrat ou de fournir les garanties additionnelles lesquelles sont des conditions à l'octroi du contrat<sup>1</sup>.

Le cautionnement est limité tant quant au montant qu'à la durée. La caution ne pourra être tenue à une somme supérieure à celle prévue à son engagement.

Quelque soit la limite monétaire prévue au contrat de cautionnement de soumission, en l'absence de tout dommage, le donneur d'ouvrage ne pourra réclamer compensation à la caution<sup>2</sup>.

La caution limite son obligation dans le temps en référant à la limite de temps accordée au maître de l'ouvrage pour signifier son acceptation à l'entrepreneur<sup>3</sup>. L'obligation de la caution n'est pas une obligation alternative. En effet, la caution exécutera l'obligation à laquelle elle s'est engagée, soit le paiement de la différence de prix entre celui du contrat adjugé au soumissionnaire en défaut et celui accordé à un nouveau soumissionnaire ou encore le pourcentage prévu mais ne pourra choisir, comme c'est le cas en matière de cautionnement d'exécution, d'exécuter ou de faire exécuter le contrat cautionné.

Dans une affaire J.E. Verreault Ltée et Fils Ltée c. La Sécurité, Compagnie d'assurances générales du Canada<sup>4</sup>, le juge Lacoursière reprocha au maître de l'ouvrage de ne pas avoir accepté l'offre de la caution de

#### [Page 54]

faire les travaux au prix convenu avec le soumissionnaire en défaut et lui refusa la différence de prix entre ce contrat et celui accordé au nouvel entrepreneur.

Le cautionnement de soumission que le donneur d'ouvrage accepte est limité aux termes qui y sont employés même s'ils ne sont pas conformes à l'appel d'offre parce qu'il a été accepté<sup>5</sup>.

S'il y a absence d'adjudication du contrat dans le délai prévu à l'appel d'offre, le cautionnement de soumission devient sans effet<sup>6</sup>.

De même, dans un cas où le cautionnement de soumission prévoyait une obligation de payer la différence entre le montant de la soumission acceptée et celui de la soumission subséquente acceptée, la cour a rejeté la réclamation contre la

<sup>1.</sup> Roussillon (Munic. régionale de comté de) c. Construction Frank Catania & Associés Inc., EYB 2007-122444 (C.S.).

<sup>2.</sup> Brendon Construction Compagnie c. Saskatoon School B.D., (1913) 13 D.L.R. 379 (C.A.).

<sup>3.</sup> Ville de Sainte-Foy c. Les Excavations Nadeau & Fils, C.Q. Québec, nº 200-22-008255-966, 18 janvier 2000

<sup>4.</sup> C.S. Québec, nº 16-230, 13 juin 1977.

<sup>5.</sup> Communauté Urbaine de Québec c. Constructions Simard-Beaudry (1977) Inc., [1987] R.J.Q. 2020 (C.A.).

<sup>6.</sup> Société Québécoise d'Assainissement des Eaux c. Entreprises G.N.P. Inc., EYB 1991-76089 (C.S.).

caution au motif que le propriétaire n'avait pas accordé le contrat à un autre des soumissionnaires ayant participé à l'appel d'offres initial<sup>7</sup>.

Dans certains cas, la caution sera libérée de ses engagements même si le soumissionnaire ne respecte pas les siens lorsque le maître de l'ouvrage aura par son comportement libéré la caution de ses obligations. Par exemple, il pourrait s'agir du cas où le soumissionnaire reçoit l'ordre de débuter les travaux avant même qu'un contrat écrit ne soit signé et que les cautionnements soient fournis<sup>8</sup>.

#### 2- Le cautionnement d'exécution

Pour établir la nature du cautionnement d'exécution, il faut d'abord traiter de la distinction qui a été établie par un jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Union Canadienne, Cie d'assurance c. L'Assurance-vie Desjardins*<sup>9</sup>. En effet, à cette occasion la Cour d'appel a fait la distinction entre un cautionnement qui garantit l'exécution du contrat de celui qui garantit l'exécution des travaux. Le juge Tremblay y énonce à la page 6 :

« Que signifie les mots : exécuter le contrat? L'Assurance-vie prétend qu'exécuter le contrat c'est exécuter toutes les obligations prévues à ce contrat. Au contraire, l'Union Canadienne soutient que c'est exécuter l'ouvrage, les travaux prévus au contrat. À mon avis, c'est l'Assurance-vie qui a raison. L'ouvrage, les travaux sont l'une des obligations prévues au contrat, mais il y en a beaucoup d'autres. Si les parties au cautionnement avaient voulu restreindre la condition de l'obligation à l'accomplissement de cette obligation particulière du contrat, elles s'en seraient expliquées. Elles ne l'ont pas fait. Il faut donc prendre les termes employés dans le sens ordinaire et tenir que l'exécution du contrat signifie l'exécution de toutes les obligations stipulées au contrat. »

Suivant l'auteure Louise Poudrier-Lebel<sup>10</sup>, l'intitulé d'un engagement « cautionnement de l'exécution des obligations de l'entrepreneur », est très révélateur de l'intention de la compagnie de garantie. Lorsque l'engagement ne précise aucune limite autre que monétaire, la caution de « l'exécution des obligations de l'entrepreneur » garantit toutes les obligations de l'entrepreneur et non pas seulement celles se rapportant à l'exécution des travaux.

Une autre des décisions très importantes quant à la nature et au fonctionnement d'un contrat de cautionnement d'exécution est celle de *Banque Nationale du Canada c. Ville de Notre-Dame-du-Lac*<sup>11</sup>.

Dans cette affaire, la majorité de la Cour d'appel, qui s'exprimait par la voix des juges LeBel et Dusseault, a souligné plusieurs principes applicables dans le cas du cautionnement d'exécution :

<sup>7.</sup> Université Laval c. Black & McDonald Ltée, EYB 2005-92261 (C.S.).

<sup>8.</sup> B. c. Phoenix Assurance Company Ltd., [1976] I.L.R. 262 (Fed. Court).

<sup>9.</sup> C.A. Québec, nº 8955, 29 janvier 1975.

<sup>10.</sup> Louise POUDRIER-LEBEL, *Les cautionnements par compagnie de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 82.

<sup>11. [1990]</sup> R.L. n.s. 339 (C.A.).

- La compagnie de caution assume une obligation qui lui est propre, c'est-à-dire l'engagement d'exécuter l'obligation du débiteur principal. Elle s'engage envers le créancier, et le cautionnement comporte un lien direct entre ce dernier et la caution.
- Le cautionnement n'implique pas de représentation du débiteur principal par la caution, ce qui est de l'essence du mandat. La caution exécute aux lieu et place du débiteur principal et non pas en son nom. D'ailleurs, la formule de cautionnement comporte un engagement solidaire avec le débiteur mais également, un engagement personnel et direct vis-à-vis le créancier.

#### [Page 55]

- Lorsque la caution est avisée du défaut de l'entrepreneur et qu'elle intervient, elle ne le fait pas par représentation du débiteur principal, elle se substitue à lui, décidant d'agir comme entrepreneur.
- En utilisant l'une des modalités d'exécution de son obligation, elle complète le contrat et les travaux. Elle pourrait choisir de l'exécuter différemment, c'est-à-dire par équivalent. Alors, elle aurait laissé le donneur d'ouvrage achever les travaux. Le choix d'un mode d'exécution alternatif ne modifie ni son obligation fondamentale, ni ses droits en vertu de la loi ou du cautionnement. À ce titre, puisque les retenues contractuelles constituent le gage de la fidèle exécution du contrat, elles appartiendront à la caution qui aura veillé à la bonne exécution des travaux et aura ainsi accompli la condition dont dépendait le droit à la retenue.
- La caution qui termine les travaux se substitue juridiquement au créancier et peut alors exercer tous ses droits et les sûretés dont jouissait le créancier contre le débiteur principal. La caution acquiert non seulement la créance du maître d'œuvre mais aussi toutes les garanties accessoires dont il pouvait bénéficier.

La caution bénéficiera d'un recours subrogatoire qui ne sera pas limité à un seul débiteur principal. En effet, la Cour supérieure a énoncé que l'article 1657 C.c.Q. devait recevoir une interprétation large et libérale permettant à la caution de se prévaloir d'un recours subrogatoire contre chacun des débiteurs liés par l'effet de la solidarité ou de l'obligation *in solidum*. La seule restriction serait alors celle de la connexité entre le droit invoqué et la créance acquittée. Ainsi, la caution du donneur d'ouvrage pourrait exercer un recours contre l'architecte qui a commis une faute ou émis un certificat erroné ou encore contre l'ingénieur coupable d'un défaut de surveillance des travaux ou contre le fabricant de matériaux défectueux, en autant que chacun de ces intervenants ait participé de façon connexe à l'objet principal du contrat<sup>12</sup>.

Dans l'éventualité d'une faillite de l'entrepreneur, c'est la compagnie de cautionnement qui aura terminé les travaux qui aura droit à la retenue contractuelle et non le syndic<sup>13</sup>.

#### A- L'obligation alternative

<sup>12.</sup> La Garantie, compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Vortek Groupe Conseil Inc., EYB 2005-89181 (C.S.).

<sup>13.</sup> Moya Construction Inc. (Syndic de), EYB 1995-59152 (C.A.).

Le cautionnement d'exécution comporte une obligation alternative car il permet à la caution de choisir entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent pécuniaire. Suivant le droit commun, il revient en général au débiteur de choisir le mode d'exécution sauf si ce choix est expressément accordé au créancier (art. 1546 C.c.Q.). Même si cette règle d'application générale qui permettrait à la caution de choisir le mode d'exécution de son obligation, les formules de cautionnement précisent que le mode d'exécution est au choix de la compagnie de garantie.

Si l'exécution en nature ne peut plus avoir lieu parce que le maître d'ouvrage a fait exécuter les travaux par un tiers sans laisser à la caution l'opportunité de les faire, cette dernière demeurera tenue au remboursement du créancier mais pourra contester certaines réclamations. Si la caution ne répond pas à une mise en demeure du propriétaire de terminer les travaux, cela pourrait l'empêcher de pouvoir prétendre avoir droit aux sommes dues à l'entrepreneur<sup>14</sup>.

#### B- L'étendue des obligations de la caution

S'il est vrai que peu importe le type de cautionnement d'exécution, la caution est tenue au parachèvement des travaux ou encore de verser une indemnité en tenant lieu, il n'en va pas de même en ce qui concerne les autres types d'obligations auxquels s'est engagé l'entrepreneur. Ainsi, il pourrait s'engager à payer les cotisations à la Commission de la santé et de la sécurité au travail ou encore d'assurer certains biens. Dans le cas d'un cautionnement d'exécution du contrat, les obligations de la caution pourraient couvrir celles-ci. Par contre, s'il s'agit d'un cautionnement d'exécution des travaux, alors l'obligation de la caution sera limitée à celle de parfaire les travaux.

De la même façon, une distinction s'établira suivant le type de cautionnement lorsqu'il s'agit de décider du droit du propriétaire au remboursement des sommes payées aux ouvriers, fournisseurs et sous-traitants. S'il s'agit d'un cautionnement d'exécution des travaux, la caution pourrait se voir opposer que la compagnie de garantie ne s'est pas engagée seulement à ce que les travaux soient complétés mais à ce qu'ils le soient au prix convenu. Or, le propriétaire étant tenu hypothécairement au paiement des créanciers détenant des garanties valides, si le solde du

#### [Page 56]

contrat payable à l'entrepreneur est moindre que les créances garanties par une hypothèque légale, il subira une perte car il n'obtiendra pas l'immeuble au prix convenu. La caution devra donc répondre aussi du remboursement des sommes payées par le propriétaire aux créanciers détenant des hypothèques légales<sup>15</sup>.

Par contre, s'il s'agit d'un cautionnement d'exécution du contrat, l'obligation de remboursement de la caution ne sera pas limitée aux remboursements des paiements faits aux créanciers bénéficiant d'hypothèques légales selon le Code civil du Québec mais bien à tous les ouvriers, fournisseurs et sous-traitants. Dans ce type de cautionnement, comme l'obligation de la caution est le reflet de celle de

<sup>14.</sup> Garantie compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Procureur général de la province de Québec, EYB 1989-58504 (C.A.).

<sup>15.</sup> Compagnie de cautionnement Alta c. Montréal, EYB 1990-76964 (C.S.).

l'entrepreneur général, le cautionnement d'exécution du contrat, sans restriction, pourrait inclure indirectement une stipulation pour autrui permettant à tous ces ouvriers, fournisseurs et sous-traitants de poursuivre directement la caution en recouvrement de leur créance.

Dans le jugement Laurentienne Générale, compagnie d'assurance Inc. c. Beaulieu<sup>16</sup>, rendu le 11 février 1991 par le juge Alphonse Barbeau, la Cour supérieure souligne que « toute violation, retard ou défaut dans le contrat de construction, ou encore, tout changement, danger dans les intérêts financiers, les bénéfices du cautionné, autorisaient la caution requérante à intervenir pour protéger ses intérêts ». La caution qui interviendra pour terminer les travaux aux lieu et place du sous-entrepreneur ou de l'entrepreneur en défaut, pourra enregistrer une hypothèque légale dès le moment où elle aura avisé le propriétaire qu'elle verra à parfaire les travaux et qu'elle aura conclu une entente à cette fin avec un tiers.

C'est ce qui a été décidé dans l'affaire *Téléglobe Canada Inc. c. Le Groupe Zimmcor Inc. et Compagnie de cautionnement Alta*<sup>17</sup>. Cependant, dans la décision *Opron Soteder Inc. c. Maçonnerie Britech Inc.*<sup>18</sup>, le juge Pierre-A. Michaud a déterminé que puisque le droit d'enregistrer un privilège était exceptionnel, celui qui prétendait y avoir droit avait le fardeau de démontrer l'existence de tous les éléments essentiels du privilège. De l'opinion du juge, il manquait à l'intimée un élément essentiel à la validité de son privilège, soit celui d'avoir transigé avec le propriétaire, le constructeur ou un sous-entrepreneur. Ici, l'intimée avait transigé avec la caution.

Une autre décision récente de la Cour supérieure a traité de la possibilité pour la caution d'enregistrer un privilège de constructeur. Il s'agit de *Groupe Commerce*, compagnie d'assurance c. Services Carex Inc. 19, où le juge Pierre Tessier souligne que dans l'hypothèse où la caution avait agi de son propre chef à titre de constructeur, elle détenait une créance valide et avait donc le droit d'enregistrer son privilège et ce, même si elle ne détenait pas une licence d'entrepreneur en construction. Toutefois, dans cette affaire, la caution avait agi à titre de constructeur à la suite d'une entente entre le donneur d'ouvrage et l'entrepreneur et ce, aux seules fins de donner effet au contrat de cautionnement d'exécution. La cour a jugé que c'est à ce seul titre que la caution est intervenue dans la construction, et non à titre de nouveau constructeur. Le contrat initial avec l'entrepreneur n'ayant pas été résilié, c'est la caution qui a exécuté les obligations de ce dernier et a été subrogée dans ses droits. Conséquemment, la caution est liée par la cession de priorité valablement consentie par l'entrepreneur général.

#### C- L'avis de défaut

Le donneur d'ouvrage qui voudra se prévaloir des cautionnements émis en sa faveur, devra faire diligence et aviser à temps la caution du défaut du débiteur. Si le maître de l'ouvrage ne donne pas avis de ce défaut, la caution pourrait soutenir que celui-ci a laissé persister une situation difficile et ainsi diminuer les sûretés qu'il possédait. Dans certains cas, le défaut devient évident, par exemple quant celui-ci

<sup>16.</sup> C.S. Drummond, nº 405-11-000166-908.

<sup>17.</sup> EYB 1993-74427 (C.S.).

<sup>18.</sup> J.E. 92-682 (C.S.).

<sup>19.</sup> EYB 1994-73810 (C.S.), REJB 2000-16131 (C.A.), appels accueillis sur une autre question.

quitte le chantier ou fait cession de ses biens en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.

Les délais prévus au cautionnement pour intenter les différents recours devront également être respectés.

Par ailleurs, si la caution décide d'intervenir, elle devra s'assurer qu'elle ne procède pas de manière abusive. En effet, dans *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. G. Beaudet et Cie Ltée*<sup>20</sup>, la Cour d'appel a maintenu une décision condamnant une caution au paiement d'une somme représentant la perte d'une entreprise. La cour souligna que la caution avait abusé de ses droits en expédiant un télégramme aux donneurs d'ouvrage leur demandant de lui payer directement les sommes dues, et ce sans en aviser l'entrepreneur et alors

[Page 57]

que, de l'avis de la majorité de la Cour d'appel, la situation de l'entreprise ne justifiait pas ce geste extrême.

#### D- Les moyens de défense de la caution

Les principales causes d'exonération qui seront invoquées par la caution seront donc l'absence d'avis au sujet des défauts de l'entrepreneur, les paiements anticipés à ce dernier contrairement aux clauses du contrat d'entreprise et les modifications apportées au contrat sans consultation préalable de la caution. Il faudra cependant une contravention sérieuse qui causera un préjudice à la caution pour que celle-ci puisse se libérer de ses obligations. De même, tout moyen de défense qui appartient à l'entrepreneur pourra être soulevé par la caution qui pourra faire valoir notamment que les malfaçons ne sont pas imputables à l'entrepreneur ou qu'il n'y a pas eu bris de contrat de sa part ou défaut de compléter les travaux dans les délais prévus.

L'article 2365 C.c.Q. permettra à la caution de soulever l'exception de subrogation. Ce moyen de défense permet à la compagnie de garantie de se soustraire de ses obligations si le créancier ne peut plus la subroger dans ses droits. Par exemple, il pourra s'agir de l'impossibilité de subroger dans le solde dû sur le contrat en raison d'avances injustifiées ou de paiements excédentaires. De même, il pourrait y avoir impossibilité de subroger dans la retenue en raison du défaut de l'effectuer ou du paiement des sous-traitants à même cette retenue. Par ailleurs, la limite la plus fréquente retrouvée dans les contrats de cautionnement sera sans contredit la limite monétaire pour lesquels ce cautionnement a été consenti. La question de savoir si la limite monétaire s'applique également lorsque la caution choisit d'exécuter les travaux n'a pas été étudiée par la jurisprudence puisque les tribunaux n'ont pas eu à se pencher sur une telle situation.

L'obligation de la caution s'étendra aux frais judiciaires de la première demande et tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. Quant aux frais extrajudiciaires, dans la décision *Union canadienne*, compagnie d'assurance c. L'Assurance-Vie Desjardins, précitée, la Cour d'appel a refusé d'accorder les

<sup>20.</sup> EYB 1996-65303 (C.A.).

honoraires extrajudiciaires d'avocats à la réclamation du créancier. En ce qui concerne les intérêts qui pourraient être réclamés contre la caution, si l'action a été précédée d'une mise en demeure, ils seront exigibles à compter de cet avis. Si au contraire l'action n'a pas été précédée d'une mise en demeure, la demande en justice vaudra mise en demeure et les intérêts se calculeront à partir de cette date.

## 3- Le cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux

Le cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux vise à garantir le paiement des ouvriers, fournisseurs de matériaux et des sous-entrepreneurs engagés par l'entrepreneur général. Ces personnes, protégées par le biais du cautionnement, sont généralement appelées les réclamants. Elles peuvent poursuivre directement la caution pour le paiement de leurs créances en vertu de la stipulation pour autrui dont ils sont bénéficiaires à même le contrat de cautionnement<sup>21</sup>.

#### A- L'avis à la caution

Pour la mise en application des droits conférés par ce cautionnement, il faut que les réclamants en suivent les prescriptions<sup>22</sup>. Une clause du contrat de cautionnement énonce qu'ils doivent adresser une demande de paiement à la compagnie de garantie et dans certains cas, cet avis doit aussi être envoyé à l'entrepreneur ou au propriétaire.

La forme de l'avis sera souvent précisée au contrat de cautionnement. La Cour supérieure a déjà énoncé à cet égard que même s'il n'y avait pas de forme prescrite en ce qui touche la demande de paiement, il fallait qu'elle soit formulée dans des termes suffisamment clairs pour que cela équivaille à une telle demande<sup>23</sup>.

La Cour supérieure a conclu qu'il fallait considérer comme un avis valable, l'envoi par courrier recommandé au siège social de la caution d'une copie des factures et d'un état de compte à la suite d'une conversation téléphonique où le sous-traitant réclamait paiement à la caution<sup>24</sup>. Également, la Cour du Québec a considéré qu'une lettre envoyée à la caution dans le but de l'informer et de préserver les droits du réclamant en vertu du cautionnement était suffisante même si elle traitait d'une possibilité de paiement par le débiteur principal et ne faisait donc état que d'une réclamation éventuelle<sup>25</sup>.

[Page 58]

Par ailleurs, dans l'affaire Sous-poste camionnage en vrac, Abitibi-Ouest (zone 3) c. Cie d'assurance London garantie<sup>26</sup>, le tribunal a rejeté une réclamation expédiée

<sup>21.</sup> Pisapia Construction Inc. c. Dragon Construction Ltée, [1982] C.A. 12.

<sup>22.</sup> Compagnie de cautionnement Alta c. Frigo Temp Inc., REJB 1997-00075 (C.A.); Matériaux Coupal Inc. c. Construction Polare Inc., REJB 1998-05653 (C.S.); Compagnie d'assurance London Garantie c. Girard & Girard Inc., REJB 2004-53445 (C.A.).

<sup>23.</sup> Rénovation Aqua Inc. c. Compagnie de cautionnement « Aqua » (Alta) Ltée, J.E. 90-1764 (C.S.).

<sup>24.</sup> Béton Barrette Inc. c. Société Nationale de cautionnement Inc., 98BE-28 (C.S.).

<sup>25.</sup> Lessard, Beaucage, Lemieux Inc. c. Coulombe & Garant Construction, REJB 1997-03560 (C.Q.).

<sup>26.</sup> EYB 2005-94575 (C.S.).

dans le délai prescrit, mais reçue après son expiration en soulignant qu'il ne s'agissait pas d'un défaut mineur.

Le point de départ de l'avis qui, en général, doit être donné dans les 120 jours, n'est pas ou n'a pas toujours été nécessairement exprimé avec les mêmes termes. Nous retrouvons notamment les expressions suivantes :

- « dans les 120 jours de la naissance de la créance » : cette date fut jugée comme étant celle de la fourniture des matériaux ou de l'exécution des travaux du sous-entrepreneur<sup>27</sup>;
- « dans les 120 jours de l'exigibilité du paiement » : cette formulation cause des difficultés lorsqu'il y a plusieurs dates de livraison;
- « dans les 120 jours de la dernière livraison ou de la fin des travaux »; « fin des travaux » : il ne s'agit pas de la même fin des travaux que celle qui a été définie en matière de privilège et maintenant applicable aux hypothèques légales. Il s'agit de la fin des travaux du bénéficiaire et non de tous les contrats de construction<sup>28</sup>.
- « dans les 120 jours qui suivent la date à laquelle le réclamant a exécuté les derniers travaux » : cette expression signifie les derniers travaux prévus au contrat du réclamant. Par ailleurs, la Cour d'appel a jugé qu'une suspension des travaux imposée par le propriétaire et non imputable au réclamant, empêchait le délai de courir<sup>29</sup>.

La date de fin des travaux ne pourra être reportée en raison des biens et services minimes qui n'auront pas été fournis ou rendus<sup>30</sup>.

Dans l'affaire *Pétroles Irving Inc. c. Prévoyants du Canada compagnie d'assurances*<sup>31</sup>, la Cour d'appel a décidé que la stipulation pour autrui contenue au cautionnement créait un lien direct entre le promettant et le tiers-bénéficiaire et que la caution se devait de respecter la règle d'équité et de loyauté prévue à l'ancien article 1024 du Code civil, devenu 1434 C.c.Q., et donc fournir les renseignements nécessaires au réclamant pour qu'il puisse bénéficier du cautionnement. Ceci n'exonérera pas le réclamant du défaut de respecter le délai pour donner l'avis de paiement dans un cas où aucune preuve ne sera faite à l'effet que la caution ou l'entrepreneur failli a agi de manière fautive à l'égard du bénéficiaire<sup>32</sup>.

Les réclamants devront aussi se conformer au délai de prescription pour intenter une action. Le cautionnement prévoit généralement un délai assez court, tel celui

<sup>27.</sup> L'Union canadienne compagnie d'assurances c. Structal Inc., [1973] C.A. 1051.

<sup>28.</sup> Entreprise Volteck Inc. c. Prévoyants du Canada, EYB 1988-57067 (C.A.); Construction Maskimo Ltée c. Walsh et Brais Inc. & Sabrice Ltée, EYB 1989-56613 (C.A.).

<sup>29.</sup> Compagie d'assurances Jevco Inc. c. Pavage Jérômien Inc., REJB 1997-00213 (C.A.).

<sup>30.</sup> Garantie, compagnie d'assurance d'Amérique du Nord c. Construction Luc Coutu, EYB 1995-56874 (C.A.); Compagnie d'assurance London Garantie c. Girard & Girard Inc., précité, note 22; Charles-Auguste Fortier Inc. (Arrangement relatif à). EYB 2009-154346 (C.S.).

<sup>31.</sup> EYB 1991-63577 (C.A.). Requête en autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada rejetée le 21 mai 1992.

<sup>32.</sup> Gastier Inc. c. Laurentienne générale, compagnie d'assurance Inc., EYB 1992-75058 (C.S.); Groupe Climatox Ltée c. Les constructions Fovel Ltée et Laurentienne générale, compagnie d'assurance Inc., [1992] R.D.I. 612 (C.S.).

d'une année, pour intenter la poursuite contre la caution. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, plusieurs décisions ont statué qu'une telle stipulation serait nulle parce que contraire à l'article 2884 C.c.Q., qui interdit toute stipulation d'un délai de prescription extinctive autre que celui prévu par la loi<sup>33</sup>. Or, l'article 2925 C.c.Q. édicte une prescription de trois ans pour faire valoir un droit personnel ou réel mobilier.

#### B- Les réclamants au sens du cautionnement

Il est évident que les ouvriers ayant contracté avec l'entrepreneur directement sont des réclamants. Il n'en est toutefois pas de même dans le cas des ouvriers des soustraitants. Certains cautionnements les comprennent à titre de réclamants mais ils sont exclus dans d'autres.

Si les travaux additionnels peuvent être couverts par ce cautionnement, il n'en va pas ainsi des dommages. C'est ainsi que dans l'affaire *Monteurs d'échafaudage industriels G.G. Ltée c. I.C. Infrastructure Construction Ltée*<sup>34</sup>, la cour a conclu que les salaires et pensions des

[Page 59]

employés ainsi que la location d'équipement en raison d'un arrêt des travaux ne pouvaient être réclamés à la caution. De même, dans l'affaire *Pavage Chabot Inc. c. Construction Forillon Inc.*<sup>35</sup>, la cour a rejeté un recours contre la caution pour recouvrer des dommages découlant du dol du débiteur.

Enfin, la Cour d'appel a également statué que les coûts liés au fonctionnement d'une usine durant l'hiver en raison du report de livraison relevaient davantage d'une réclamation de dommages-intérêts et, à ce titre, n'étaient pas couverts par le cautionnement<sup>36</sup>.

Quant aux fournisseurs de matériaux, les cautionnements les désignent en référant à ceux qui fournissent « des matériaux incorporés à l'immeuble », « ceux employés dans l'exécution du contrat », « spécialement préparés » ou « raisonnablement requis » pour l'exécution du contrat.

Notons que si la caution n'intervient pas en vertu de son cautionnement d'exécution pour terminer ou voir à la terminaison des travaux, le cautionnement pour gages et matériaux demeure en vigueur. L'engagement que la caution a pris par le biais de ce cautionnement est au bénéfice des réclamants qui y sont décrits spécifiquement et ceux-ci sont autres que dans le cas du cautionnement d'exécution. En effet, dans le cas du cautionnement d'exécution, c'est principalement le propriétaire qui peut réclamer auprès de la caution alors que les ouvriers, sous-

<sup>33.</sup> Voir notamment 3107671 Canada Inc. c. Construction J. & R. Dumouchel & Fils Inc., REJB 1999-13626 (C.Q.); Sorel-Tracy Ciment Inc. c. Sardex Inc., 2000BE-624 (C.S.). Au contraire, voir Labelle Asphalte Ltée c. Cie d'assurance canadienne générale, C.Q. Labelle, n° 560-02-000303-957, 16 décembre 1997 et Lonval Inc. c. Dubé Cormier Construction, C.S. Montréal, n° 500-05-001704-954, 26 juillet 1996. 34. C.S. Montréal, n° 500-05-003168-851, 6 octobre 1995, j. Brassard, appel rejeté sur requête le 8 décembre 1995.

<sup>35.</sup> REJB 2001-23209 (C.S.).

<sup>36.</sup> Béton Crête Inc. c. Compagnie d'assurance Jevco, EYB 2006-111727 (C.A.).

traitants et fournisseurs de matériaux sont ceux qui peuvent se prévaloir du cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux. Ainsi, s'ils demeurent impayés après l'exécution des travaux, ils ont la possibilité de se prévaloir de ce type de cautionnement.

#### 4- La convention d'indemnisation et de sûreté

La convention d'indemnisation et de sûretés est un document que la caution fera généralement signer par les actionnaires principaux des débiteurs corporatifs ou encore par d'autres compagnies affiliées et évidemment le débiteur lui-même. Cette convention qui constitue un engagement ferme de rembourser la compagnie de garantie, permet à la caution d'obtenir des débiteurs supplémentaires et favorise aussi ses chances d'être remboursée.

De façon générale, le signataire d'une telle convention s'engage à rembourser intégralement la caution de tout ce qu'elle a payé à la place du débiteur principal, incluant les dépenses encourues pour les frais d'experts ou d'avocats. La convention d'indemnisation ne permet pas aux garants, avant de payer, d'exiger une démonstration prépondérante, « facture par facture », des montants payés par la caution<sup>37</sup>.

Très souvent, la convention prévoit même que la compagnie de cautionnement peut se prévaloir de cette convention d'indemnisation avant d'avoir déboursé quelque somme que ce soit en vertu de son cautionnement. Les signataires pourront aussi être appelés à rembourser un paiement volontaire fait par la caution.

Nos tribunaux ont en effet reconnu le droit pour la caution, qui agit de bonne foi et avec prudence, de transiger avec les réclamants, sans l'accord des garants et sans être tenue de faire vérifier la réclamation par les tribunaux, puis d'en réclamer le remboursement aux garants, et ce, malgré qu'il puisse s'avérer que le règlement intervenu était non fondé<sup>38</sup>.

Même si le signataire de la convention s'engage à rembourser intégralement la caution de tout ce qu'elle a payé aux lieux et place du débiteur principal, notons que les tribunaux pourraient intervenir pour vérifier le caractère raisonnable des sommes dont on réclame le remboursement<sup>39</sup>.

Bien qu'au premier abord, on peut songer qu'il y a dichotomie entre cette convention et l'émission des cautionnements puisque la caution obtient, par cette convention, un engagement de la rembourser des sommes payées en exécution des cautionnements rétribués, il faut se rappeler que l'émission des cautionnements permet au débiteur principal de se qualifier auprès des donneurs d'ouvrages pour obtenir les contrats cautionnés.

<sup>37. 2746-5772</sup> Québec Inc. c. Compagnie d'assurances Jevco Inc., EYB 2006-106331 (C.A.).

<sup>38.</sup> Frascarelli c. Maryland Casualty Co., [1961] B.R. 545; Compagnie d'assurance d'hypothèque du Canada c. Construction Sylt Ltée, [1988] 26 Q.A.C. 190, EYB 1988-63049; Appartements Acadia Inc. c. Becker, 97BE-716 (C.S.), REJB 1997-01662.

<sup>39.</sup> Château Bonne-Entente (1986) Inc. c. Info-Age corporation, EYB 2005-92847 (C.S.); St-Jovite (Ville de) c. Compagnie de construction Transit Ltée, [1998] R.J.Q. 779 (C.S.), REJB 1997-05926.

Dans Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Bokobza<sup>40</sup>, la Cour supérieure a souligné que, même si la convention d'indemnisation constitue un contrat d'adhésion, cela ne la rend pas non exécutoire pour autant.

#### [Page 60]

Elle ajoutait que les clauses n'étaient pas abusives même si la caution recevait une prime pour l'émission des cautionnements puisque cela ne libérait nullement les débiteurs de leurs obligations face à leurs créanciers. En conséquence, ils devaient rembourser à la caution les sommes payées par elle à ceux-ci.

Par ailleurs, la convention d'indemnisation est avant tout un contrat et, à ce titre, est soumise aux principes généraux du droit civil. Elle constitue presque toujours un contrat d'adhésion faisant en sorte que les règles d'interprétation régissant spécifiquement ces types de contrat trouveront application.

Ainsi, en présence d'une clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable, la nullité pourra être prononcée si le débiteur en souffre préjudice à moins que le créancier ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données à l'adhérent (art. 1436 C.c.Q.). De même, la clause jugée abusive pourra être annulée ou l'obligation qui en découle, réduite (art. 1437 C.c.Q.).

#### A- La cession de créances en faveur de la caution

La convention d'indemnisation prévoit également une cession de créances en faveur de la caution pour toutes les sommes dues en vertu des contrats cautionnés. La caution devra cependant respecter les formalités prévues au Code civil du Québec pour se prévaloir de cette cession de créances et la rendre opposable au débiteur cédé.

Cette cession de créances en faveur de la caution a donné lieu à de multiples procès où s'opposaient les banques, bénéficiaires de cessions générales de créances, et la compagnie de cautionnement.

Pour statuer sur la priorité à accorder entre les différentes cessions de créances, la cour s'est attardée au moment de l'accomplissement des formalités afférentes à chacune d'elles<sup>41</sup>.

Dans les cas où la compagnie de cautionnement aura vu à la terminaison des travaux en vertu de son cautionnement d'exécution, la solution pourrait être toute autre. En effet, en tant que partie ayant complété et exécuté les obligations de l'entrepreneur ou du sous-traitant défaillant, elle pourrait se voir accorder une préséance malgré la priorité de la cession de créances des banques, dans les cas où les sommes dues en vertu du contrat ne seraient payables qu'au moment de l'exécution complète de ce contrat. Puisque la banque, en tant que cessionnaire des droits du

<sup>40.</sup> REJB 1997-04040 (C.S.), appel rejeté REJB 2001-22866 (C.A.).

<sup>41.</sup> Banque Hongkong du Canada c. Construction canadienne T.J. (Québec) Inc., REJB 1998-05830 (C.S.); La Fidélité du Canada, compagnie d'assurance c. Banque Nationale du Canada, [1987] R.J.Q. 2014 (C.A.); The Travellers Indemnity Company c. McLeod et al., [1981] C.A. 24.

débiteur défaillant, n'a pas plus de droit que la partie cédante, elle ne pourrait avoir droit à des sommes auxquelles le débiteur défaillant n'avait pas droit lui-même<sup>42</sup>.

Dans certains cas, la convention d'indemnisation prévoit également des hypothèques mobilières sur les créances, sur les matériaux et enfin sur les équipements utilisés sur le chantier. Il faudra que la caution veille à remplir toutes les formalités prévues par le Code civil du Québec pour pouvoir opposer ses garanties aux autres créanciers.

Les dispositions du code applicables au cautionnement de façon générale, pourront trouver application à cette convention d'indemnisation. C'est ainsi qu'il faudra tenir compte de l'article 2358 C.c.Q. qui prévoit que la caution qui a payé une dette n'a point de recours contre le débiteur principal qui l'a payée ultérieurement, lorsqu'elle ne l'a pas averti du paiement. Celle qui a payé sans avertir le débiteur principal n'a point de recours contre lui si, au moment du paiement, le débiteur avait des moyens pour faire déclarer la dette éteinte. Elle n'a, dans les mêmes circonstances, de recours que pour la somme que le débiteur aurait pu être appelé à payer, dans la mesure où ce dernier pouvait opposer au créancier d'autres moyens pour faire réduire la dette. Dans tous les cas, la caution conserve son action à répétition contre le créancier.

Ainsi, si une compagnie de cautionnement prend l'initiative d'un paiement sans avertir le débiteur, elle le fera à ses risques. Si le débiteur peut faire valoir un moyen de défense entraînant l'extinction totale ou partielle de la dette, le recours en remboursement de la caution sera limité à la somme que le débiteur aurait pu être appelé à payer au créancier.

Parce que la convention d'indemnisation s'apparente également à un cautionnement consenti en vue de couvrir des dettes futures ou indéterminées, ou encore pour une période indéterminée, elle comportera après trois ans, et tant que la dette n'est pas devenue exigible, la faculté pour la caution d'y mettre fin en donnant un préavis suffisant au débiteur, au créancier et aux autres cautions (art. 2362 C.c.Q.). Cette possibilité de mettre fin au cautionnement vaudra pour les dettes futures et non celles déjà assumées ou potentiellement assumées par la caution.

<sup>42.</sup> Compagnie de cautionnement Alta c. Ville de Montréal, précité, note 15; Banque Nationale du Canada c. Ville de Notre-Dame-du-Lac, [1990] R.L. n.s. 339.