

Université de Montréal

La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de la construction

par

Andréanne Sansoucy

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit  
en vue de l'obtention du grade de LL.M.  
Maîtrise - Droit des affaires, option recherche

Mai, 2010

copyright, Andréanne Sansoucy, 2010

Université de Montréal  
Faculté de droit

Ce mémoire intitulé :

***La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de la construction***

présenté par :

Andréanne Sansoucy

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Madame Louise Rolland  
Président-rapporteur

Madame Élise Charpentier  
Directrice de recherche

Madame Marie Annik Grégoire  
Membre du jury

## RÉSUMÉ

**Mots-clés** : Construction, sous-traitant, sous-entrepreneur, fournisseur de matériaux, entrepreneur, hypothèque légale, privilège ouvrier, cautionnement, assurance de titres, notaire.

La sous-traitance est une pratique constante dans le domaine de la construction, en raison de ses atouts économiques et techniques. Par cette pratique, les sous-traitants effectuent des travaux sans être, sur le plan juridique, liés contractuellement au maître de l'ouvrage. Comment assurer le paiement de leurs créances, eu égard au risque de défaillance de l'entrepreneur. Le législateur a prévu un régime légal de protection et la pratique a élaboré des mécanismes. Le régime légal, bien qu'il assure efficacement la protection des créances des sous-traitants, comporte certaines faiblesses dans son application qui peuvent causer des inconvénients aux sous-traitants et au propriétaire. L'assurance de titres et des retenues de fonds par l'institution financière ou le notaire peuvent pallier ces difficultés pour le propriétaire. Les mécanismes de protection élaborés par la pratique, tels que le cautionnement et les garanties monétaires, accroissent la protection des sous-traitants lorsqu'ils sont utilisés parallèlement au régime légal et profitent au propriétaire.

**ABSTRACT**

**Key words** : Construction, subcontractor, supplier of materials, contractor, construction hypothec, workman's privilege, bond, title insurance, notary.

Subcontracting is an established practice in the construction industry, because of its economic and technical strengths. Through this practice, sub-contractors perform work without being contractually bound to the client. How to ensure payment of their claims, given the risk of default by the contractor. The legislature has provided a statutory system of protection and the practice has developed mechanisms. Although the statutory scheme ensures effective protection of subcontractors' claims, it has certain weaknesses in its application, which may cause inconveniences to the subcontractors and the owner. Title insurance and the withholding of funds by the financial institution or notary can overcome these difficulties for the owner. The protection mechanisms developed through practice, such as bond and currency guarantees, increase the protection of subcontractors when used in conjunction with the statutory scheme and benefits the owner.

## TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ .....	iii
ABSTRACT .....	iv
TABLE DES MATIÈRES .....	v
LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS .....	vi
REMERCIEMENT .....	viii
DÉDICACE .....	iix
INTRODUCTION .....	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – RÈGLES GÉNÉRALES APPLICABLES AU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE .....	7
Les acteurs de la sous-traitance dans le domaine de la construction .....	7
Le droit de l’entrepreneur de sous-traiter dans le cadre du contrat d’entreprise.....	10
Les rapports entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance.....	17
Les recours de droit commun.....	21
CHAPITRE I. LA PROTECTION LÉGALE DES CRÉANCES DES SOUS- TRAITANTS .....	30
A. La protection des créances des sous-traitants.....	30
1. Du privilège ouvrier à l’hypothèque légale de la construction .....	32
2. L’étendue de la protection légale des créances des sous-traitants.....	36
B. La protection des droits du propriétaire.....	47
1. Le mécanisme de la dénonciation du sous-contrat.....	47
2. Les limites à l’efficacité de la dénonciation.....	54
CHAPITRE II. LES MÉCANISMES DE PROTECTION UTILISÉS PAR LA PRATIQUE.....	62
A. La protection des créances des sous-traitants.....	62
1. Le cautionnement.....	63
2. Les autres formes de garanties pour le paiement des sous-traitants .....	87
B. Les mécanismes destinés à protéger le propriétaire .....	99
1. L’assurance de titres.....	99
2. La retenue de fonds .....	102
CONCLUSION.....	106
TABLE DE LA LÉGISLATION.....	i
TABLE DES JUGEMENTS.....	iii
BIBLIOGRAPHIE .....	xiii
ANNEXE 1 : Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance .....	xxi
ANNEXE 2 : Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d’assurance de titres.....	xxix

**LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS**

al. : alinéa(s)

AMF : Autorité des marchés financiers

A.P.C.H.Q. : Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec

art. : article(s)

AZ : Référence Azimut (Soquij)

B.E. : Banque Express

B.R. Rapports judiciaires de Québec. Cour du Banc de la Reine (en appel)

Building Serv. Eng. Res. Technol. : Building Services Engineering Research and Technology

C.A. : Cour d'appel ou recueils de la Cour d'appel

C.c.B.C. : Code civil du Bas-Canada

C.C.D.C. : Comité canadien des documents de construction

C.c.Q. : *Code civil du Québec*

c. : contre

Ch. : Chapitre des recueils de lois

C.L.R. : Construction Law Reports

C.Q. : Cour du Québec

C.Q., Ch. civ. : Cour du Québec, chambre civile

C.p.c. : Code de procédure civile

C.P. du N. : Cours de perfectionnement du notariat

C.S. : Recueils de jurisprudence du Québec. Cour supérieure

C.S.C. : Canada Supreme Court Cases

C.S.S.T. : Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec

Éd. : Éditions

EYB : Éditions Yvon Blais

G.O. : Gazette officielle du Québec

ICC : Chambre de commerciale internationale

j. : juge

J.E. : Jurisprudence Express

L.C. : Lois du Canada  
L.Q. : Lois du Québec  
L.R.Q. : Lois refondues du Québec  
McGill L.J. : Revue de droit de McGill  
O.J. : Ontario Judgments  
ORCC : Office de révision du Code civil  
Q.A.C. : Quebec Appeal Cases. Causes en appel au Québec  
Q.B. : Queen's Bench  
R.C.S. : Recueil de la Cour suprême du Canada  
R.D.I. : Recueil de droit immobilier  
R.D.J. : Revue de droit judiciaire  
R. du B. : Revue du barreau  
R. du B. Can. : Revue du barreau canadien  
R. du N. : La Revue du notariat  
REJB : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau  
*R.G.D.* : Revue générale de droit  
R.J.Q. : Recueils de jurisprudence du Québec  
R.J.T. Revue juridique Thémis  
R.L. : Revue légale  
R.Q. : Règlements du Québec  
R.R.A. : Recueil en responsabilité et assurance  
R.P. : Restrictive Practice Cases ou Rapports de pratique du Québec  
RUU : Règles et Usances uniformes de l'ICC relatives aux crédits documentaires  
Sask.R. : Saskatchewan Reports  
S.E.N.C : société en nom collectif  
SJ : Saskatchewan Judgments  
SKCA : Cour d'appel, Saskatchewan

**REMERCIEMENT**

Je tiens à remercier la professeure Élise Charpentier, pour sa direction, ses précieux conseils et le temps qu'elle a consacré pour améliorer le présent mémoire.

**DÉDICACE**

À Noémie

## INTRODUCTION

Les prémices d'une économie de sous-traitance remontent à l'Antiquité. À cette époque, la spécialisation au sein du processus de production s'observait dans des domaines tels que la construction navale et le tissage<sup>1</sup>. À l'époque contemporaine, dans le contexte des sociétés capitalistes industrialisées, la pratique de la sous-traitance s'est développée dans les différents secteurs de l'économie<sup>2</sup>. Aux États-Unis, le développement de l'économie de sous-traitance a été favorisé par la présence de très grandes firmes et d'une multitude de petites entreprises<sup>3</sup>. En Europe, la pratique de la sous-traitance se développa de façon considérable avec la révolution industrielle au XIX<sup>e</sup> siècle, dans le cadre des marchés accordés par l'État pour la construction d'infrastructures<sup>4</sup>. Aujourd'hui, tous les secteurs de l'économie sont concernés par la sous-traitance et dans le domaine de la construction, un rôle vital est joué par les sous-entrepreneurs, qui interviennent pour accomplir des tâches spécialisées.

La sous-traitance est un outil d'externalisation. Dans les pays anglo-saxons, l'on réfère à l'externalisation en utilisant l'expression « out-sourcing », qui signifie la pratique de confier une activité ou des tâches à une autre entreprise<sup>5</sup>. La sous-traitance est utilisée dans le domaine de la construction ; elle est alors dite « de construction »<sup>6</sup> ou « de marché »<sup>7</sup> ou « immobilière »<sup>8</sup>. Le recours à la sous-traitance n'est cependant pas

---

<sup>1</sup> Georges VALENTIN, *Les contrats de sous-traitance*, Paris : Librairies techniques, 1979, p. 2 ; Erick MARTINVILLE, *La sous-traitance de construction : adaptation du droit aux évolutions économiques en matière de construction*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. XIII.

<sup>2</sup> G. VALENTIN, préc., note 1, p. 2.

<sup>3</sup> La législation anti-trust et la seconde guerre mondiale ont également contribué au développement de l'économie de sous-traitance. Par les lois anti-trust, les grandes firmes américaines durent se morceler en unités juridiquement indépendantes. Elles gardèrent entre elles des relations fonctionnelles de maître d'œuvre à sous-traitants. Par la suite, la seconde guerre mondiale entraîna un effort d'armement, qui a eu pour conséquence un accroissement des fabrications sous-traitées : *Id.*, p. 4 ; SALLEZ ET SCHLEGEL, *La sous-traitance dans l'industrie*, Dunod 1963, p. 59.

<sup>4</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. XIII.

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> *Id.* Terminologie employée par Erick Martinville.

<sup>7</sup> Jean-Pierre BABANDO, *La sous-traitance dans la construction*, Paris : LexisNexis SA, 2005 p. 1.

<sup>8</sup> G. VALENTIN, préc., note 1, p. 12.

exclusif au domaine de la construction, la sous-traitance industrielle est également développée<sup>9</sup>.

La sous-traitance est avant tout une création de la pratique<sup>10</sup>. Elle fut et reste un mécanisme économique qui régit les relations entre des entreprises<sup>11</sup>. Le contrat de sous-traitance est apparu en raison des besoins techniques, financiers et commerciaux des entreprises. Ce n'est qu'ensuite que les aspects juridiques de la sous-traitance furent analysés<sup>12</sup>.

Sur le plan économique, la sous-traitance désigne une situation dans laquelle un agent économique charge une autre personne d'exécuter pour son compte des actes de production, dont il assume la responsabilité économique auprès des clients<sup>13</sup>. Il peut s'agir de fabrication, de réalisation de travaux ou de prestations matérielles<sup>14</sup>. On parle de l'efficacité économique de la sous-traitance puisqu'elle permet de réduire les coûts de production<sup>15</sup>. Le recours à la sous-traitance est avant tout un choix d'entreprise; il s'agit d'une stratégie entre « faire » et « faire faire »<sup>16</sup>. Entre « faire soi-même » et « faire faire », l'entrepreneur prendra une décision en comparant son propre coût de fabrication avec celui que lui propose le sous-traitant<sup>17</sup>. Dans le domaine de la construction, la sous-traitance est une pratique constante et nécessaire, car bien que la réalisation d'un ouvrage nécessite le concours de nombreuses entreprises de spécialités différentes, le

---

<sup>9</sup> Dans le cadre de la sous-traitance industrielle, « un donneur d'ordres fait appel à des sous-traitants pour réaliser les composants d'un produit fini dont il entend assurer la commercialisation auprès d'une clientèle potentielle (matériel électroménager, automobiles, matériel informatique, etc.) » : J.-P. BABANDO, préc., note 7, p. 1.

<sup>10</sup> G. VALENTIN, préc., note 1, p. 285.

<sup>11</sup> *Id.*, p. 286.

<sup>12</sup> *Id.*, p. 285.

<sup>13</sup> La sous-traitance se distingue de la cotraitance (Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal : Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, p. 203). Dans un système de cotraitance, des rapports contractuels de type horizontal sont créés, chaque entrepreneur est dans une relation contractuelle directe avec le maître de l'ouvrage (J.-P. BABANDO, préc., note 7, p. 12). Chaque cotraitant est tenu directement de la bonne exécution de sa part des travaux envers le maître de l'ouvrage. Dans ce contexte, le sous-traitant n'en est pas un, il est un entrepreneur cocontractant du maître de l'ouvrage.

<sup>14</sup> J.-P. BABANDO, préc., note 7, p. 1.

<sup>15</sup> *Id.*, p. 35.

<sup>16</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 19.

<sup>17</sup> *Id.*, p. 20.

maître d'ouvrage désire le plus souvent confier la tâche à une seule entreprise<sup>18</sup>. Du point de vue du client, la sous-traitance lui permet de communiquer avec un seul entrepreneur, qui s'assure de mener le projet à terme<sup>19</sup>.

La sous-traitance de qualité ou de spécialité est distinguée de celle de capacité. La sous-traitance est dite de qualité ou de spécialité lorsqu'une entreprise utilise ce procédé afin de s'adresser à un spécialiste parce qu'elle n'est pas capable de réaliser elle-même une opération déterminée<sup>20</sup>. Cette incapacité est généralement due au fait que l'entrepreneur principal ne peut se permettre d'avoir à son emploi des travailleurs possédant l'expertise dans chacune des différentes spécialités<sup>21</sup>. Par la division rationnelle des tâches, l'entreprise réduit ses coûts de production<sup>22</sup>. En outre, l'entreprise qui fait appel à d'autres entreprises lorsqu'elle ne possède pas la main d'œuvre et l'équipement peut se consacrer à ses tâches fondamentales<sup>23</sup>. Sur le plan technique, la sous-traitance permet donc de recourir à des spécialistes à chaque étape de la construction<sup>24</sup>. À cet égard, la sous-traitance constitue une « véritable synergie de compétences »<sup>25</sup>. Certaines faiblesses dues à la « fragmentation » dans l'industrie de la construction sont toutefois notées. Selon Danny Myers<sup>26</sup>, la « fragmentation » entraînerait un manque de confiance et de collaboration entre les entreprises au sein d'un projet de construction<sup>27</sup>.

---

<sup>18</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. XIII ; T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 200 ; R. Saint-Alary, *Droit de la construction*, Paris, Presses Universitaires de France, 1977, p. 570.

<sup>19</sup> Danny MYERS, *Construction economics : a new approach*, London New-York : Taylor & Francis, 2008, p. 82.

<sup>20</sup> J.-P. BABANDO, préc., note 7, p. 1.

<sup>21</sup> David ARDITI, M. ASCE, Ranon CHOTIBHONGS, « Issues in subcontracting practice », *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 131, No. 8 August 1, 2005. ; D. MYERS, préc., note 19, p. 81 ; G. VALENTIN, préc., note 1 ; CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, « Considérations générales sur la sous-traitance » dans *Mémoire soumis à la Commission parlementaire de l'économie et du travail en marge de ses travaux sur la sous-traitance et Hydro-Québec*, octobre 1987.

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> G. VALENTIN, préc., note 1.

<sup>24</sup> FWH Yik, BSc MSc PhD CEng FCIBSE, JHK Lai, BEng MSc CEng MCIBSE, KT Chan, BSc MBA PhD Ceng MCIBSE and ECY Yiu, BSc MBEng PhD MHKIS MRICS PFM, « Problems with specialist subcontracting in the construction industry » *Building Serv. Eng. Res. Technol.* 27, 3 (2006), p. 183-193.

<sup>25</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 35.

<sup>26</sup> D. MYERS, préc., note 19.

<sup>27</sup> *Id.*, p. 81.

La sous-traitance est dite de capacité lorsqu'une entreprise y a recours parce qu'elle ne dispose pas du temps nécessaire pour réaliser l'opération concernée<sup>28</sup>. Elle permet à l'entrepreneur principal de pallier les imprévus afin de respecter les délais qui lui sont imposés par le maître de l'ouvrage<sup>29</sup>.

Par la souplesse qu'elle procure, la sous-traitance permet de réaliser la construction plus rapidement, à des coûts moins élevés en faisant appel à la division du travail et à la participation de spécialistes<sup>30</sup>. Ainsi, la sous-traitance s'avère un procédé efficace en matière de construction, en raison de ses atouts économiques et techniques<sup>31</sup>.

Sur le plan juridique, le *Code civil du Québec* ne contient pas de définition de la sous-traitance. L'article 1<sup>er</sup> de la loi française du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance<sup>32</sup> décrit bien le mécanisme que le droit québécois connaît. Selon cette disposition, la sous-traitance est « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage »<sup>33</sup>.

La sous-traitance suppose la présence de trois personnes : le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Un premier contrat lie le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal, un deuxième lie l'entrepreneur au sous-traitant. Cette succession de deux contrats d'entreprise est indispensable pour être en présence d'une

---

<sup>28</sup> J.-P. BABANDO, préc., note 7, p. 1.

<sup>29</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 44 ; D. ARDITI, M. ASCE, R. CHOTIBHONGS, préc., note 21.

<sup>30</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1.

<sup>31</sup> FWH Yik, BSc MSc PhD CEng FCIBSE, JHK Lai, BEng MSc CEng MCIBSE, KT Chan, BSc MBA PhD Ceng MCIBSE and ECY Yiu, BSc MBEng PhD MHKIS MRICS PFM, préc., note 24 ; L'on peut parler de l'efficacité de la sous-traitance dans la mesure où les coûts de transaction sont minimisés. Les intérêts particuliers des différentes parties contractantes (maître de l'ouvrage, entrepreneur, sous-traitants) peuvent venir augmenter les coûts de transactions, surtout lorsque des conflits et disputes surviennent : DJ. YATES, C. HARDCASTLE, "The causes of conflict and disputes in the Hong Kong construction industry : a transaction cost economics perspective", Research Paper Vol. 4, No. 22, *RICS Foundation*, 2003.

<sup>32</sup> *Loi relative à la sous-traitance*, n° 75-1334, du 31 décembre 1975 (version consolidée au 1 janvier 2006)

<sup>33</sup> *Id.*, art. 1.

opération de sous-traitance<sup>34</sup>. De plus, le contrat qui unit l'entrepreneur au sous-traitant doit avoir pour objet l'exécution d'au moins une partie des obligations du contrat principal<sup>35</sup>. Cette condition s'infère du libellé de l'article 2101 du *C.c.Q.*, qui édicte que l'entrepreneur peut s'adjoindre un tiers « pour l'exécuter », en faisant référence au premier contrat d'entreprise. Le sous-contrat doit donc avoir un lien avec le premier contrat, en servant à son exécution<sup>36</sup>. Un sous-traitant peut faire appel à un autre sous-traitant; un autre contrat distinct est alors créé et la sous-traitance « en chaîne »<sup>37</sup> est constatée.

Au sens de la définition française de la sous-traitance, le recours à cette opération est à l'initiative de l'entrepreneur<sup>38</sup>. De même, l'article 2101 du *C.c.Q.* prévoit l'adjonction d'un tiers à l'initiative de l'entrepreneur. Suivant cette disposition, l'entrepreneur principal conserve la responsabilité de l'ensemble des travaux envers le maître de l'ouvrage, malgré le recours à la sous-traitance<sup>39</sup>.

La sous-traitance de construction est donc une coordination de contrats<sup>40</sup>, qui peut être vue comme « une succession de contrats d'entreprise qui s'emboîtent l'un dans l'autre comme des poupées russes »<sup>41</sup>. Les règles juridiques applicables dans le contexte de la sous-traitance ne rendent toutefois pas complètement compte de ce phénomène. Le présent mémoire porte sur l'un des problèmes susceptibles de découler de la sous-traitance : en l'absence de lien de droit entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, comment assurer le paiement de la créance de celui-ci, eu égard au risque de défaillance de l'entrepreneur.

---

<sup>34</sup> J.-P. BABANDO, préc., note 7, p. 3.

<sup>35</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil*, t. VI, « Les obligations », 10<sup>ième</sup> éd. 1999/2000 n 690, p. 411.

<sup>36</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 117.

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> J.-P. BABANDO, préc., note 7, p. 21.

<sup>39</sup> *C.c.Q.*, art. 2101 ; *Id.*, p. 2.

<sup>40</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 114.

<sup>41</sup> B. SABLIER, J-E. CARO et S. ABBATUCCI, *La sous-traitance dans la construction*, 4<sup>ième</sup> éd., Le Moniteur 1993, p. 41.

Les divers mécanismes visant à assurer le paiement des sous-traitants seront analysés aussi bien du point de vue de la protection des sous-traitants et du propriétaire ainsi que l'équilibre entre les droits de ces derniers. Dans un premier temps, il s'agira d'analyser le régime légal afin de déterminer dans quelle mesure il offre une protection efficace des créances des sous-traitants tout en respectant les droits du maître de l'ouvrage (chapitre I). Dans un second temps, il s'agira d'évaluer l'efficacité des mécanismes utilisés par la pratique afin d'une part, d'assurer le paiement des créances des sous-traitants, et d'autre part, afin de protéger le propriétaire des hypothèques légales que les sous-traitants peuvent inscrire sur son immeuble (chapitre II). Pour bien comprendre les défis que pose la sous-traitance, il convient tout d'abord d'examiner les règles générales qui s'y appliquent (chapitre préliminaire).

## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – RÈGLES GÉNÉRALES APPLICABLES AU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

Les règles du *Code civil du Québec* relatives au contrat d'entreprise permettent à l'entrepreneur général de confier à un ou plusieurs sous-traitants l'exécution des travaux. Lié par ce seul contrat (le « contrat de sous-traitance »), le sous-traitant n'est pas débiteur du maître de l'ouvrage. Le présent chapitre vise à exposer les règles qui permettent l'intervention des sous-traitants dans le cadre d'un projet de construction et celles qui régissent le contrat de sous-traitance en lui-même. Ces règles mettront en évidence l'absence de lien de droit entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage ; c'est la raison pour laquelle seront abordés les recours de droit commun que peuvent intenter les sous-traitants impayés à l'encontre du maître de l'ouvrage, c'est-à-dire les recours en responsabilité extra-contractuelle, l'action *de in rem verso* ou l'action oblique.

### **Les acteurs de la sous-traitance dans le domaine de la construction**

Une opération de construction nécessite l'expertise de nombreux intervenants<sup>42</sup>. Au stade de la conception de l'ouvrage, l'initiateur d'un projet de construction doit faire appel notamment à des architectes, ingénieurs, et arpenteurs-géomètres. Au stade de la réalisation, l'initiateur d'un projet fait également appel à de nombreux intervenants. Erick Martinville<sup>43</sup> réfère à ces intervenants en les nommant « exécutants », terme qui englobe l'entrepreneur principal et les sous-traitants. Les acteurs de l'opération de sous-traitance peuvent donc être présentés de façon schématique en plaçant d'un côté les maîtres d'ouvrages et d'un autre côté, les exécutants.

Le maître de l'ouvrage est celui qui initie le projet de construction. En général, il est propriétaire du terrain sur lequel les travaux sont effectués<sup>44</sup>. Le maître de l'ouvrage peut par contre ne pas être propriétaire du terrain sur lequel les travaux sont effectués. C'est le cas du propriétaire superficiaire qui n'est pas propriétaire du tréfonds<sup>45</sup> et de

---

<sup>42</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 37.

<sup>43</sup> *Id.*

<sup>44</sup> *Id.*, p. 39.

<sup>45</sup> Denys-Claude LAMONTAGE, « Le droit de propriété », *Biens et propriété*, 5<sup>ième</sup> édition, 2005, EYB2005BEP8.

l'emphytéote, qui a le droit d'utiliser pleinement l'immeuble sans en être propriétaire<sup>46</sup>.  
Peuvent aussi agir à titre de maître de l'ouvrage, l'usufruitier<sup>47</sup>, le propriétaire du fonds servant et le propriétaire du fonds dominant d'un immeuble grevé d'une servitude<sup>48</sup>.

Le maître de l'ouvrage est toujours celui qui prend l'initiative de faire réaliser une construction, même si la construction n'est pas destinée à son usage personnel<sup>49</sup>. Il en est ainsi lorsque le maître de l'ouvrage est un professionnel de l'immobilier qui réalise un projet pour le proposer à des acquéreurs potentiels<sup>50</sup>, lorsqu'un particulier s'adresse à des professionnels pour qu'ils réalisent son projet<sup>51</sup> ou lorsque le maître de l'ouvrage est l'État ou une personne morale de droit public (ci-après «l'Administration»), qui exerce des fonctions d'intérêt général<sup>52</sup>.

Que le maître de l'ouvrage soit une personne privée ou l'Administration, le contrat de construction sera régi par le droit privé provincial<sup>53</sup>. Malgré cette soumission au droit privé des contrats, le contrat administratif de construction est soumis à un régime juridique spécifique<sup>54</sup>. En effet, comme l'État poursuit un but d'utilité publique et a l'obligation de protéger les deniers publics<sup>55</sup>, il doit également respecter des règles particulières réglementant sa capacité contractuelle ainsi que la formation et l'exécution

<sup>46</sup> L'emphytéote, ayant à l'égard de l'immeuble tous les droits attachés à la qualité de propriétaire (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1200, (ci-après C.c.Q.)), il peut agir à ce titre comme maître de l'ouvrage dans le cadre d'un contrat de construction.

<sup>47</sup> D'ailleurs, aux termes de l'article 1151 du C.c.Q., l'entretien du bien est à la charge de l'usufruitier.

<sup>48</sup> Le propriétaire du fonds servant est chargé de faire les ouvrages nécessaires pour l'usage et la conservation de la servitude, en vertu de l'article 1185 du C.c.Q. Le propriétaire du fonds dominant peut prendre les mesures ou faire tous les ouvrages nécessaires pour user de la servitude et pour la conserver, en vertu de l'article 1184 du C.c.Q.

<sup>49</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 40.

<sup>50</sup> Selon l'article 2124 du C.c.Q., le promoteur immobilier qui vend, après son achèvement un ouvrage qu'il a fait construire est assimilé à l'entrepreneur. De plus, lorsqu'il y a vente d'un immeuble à usage d'habitation faite par le constructeur de l'immeuble ou par un promoteur, la vente doit être précédée d'un contrat préliminaire. Les règles particulières des articles 1785, 1788 à 1790 et 1794 du C.c.Q. s'appliquent lorsqu'il y a vente d'un immeuble à usage d'habitation par un promoteur.

<sup>51</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 40.

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 28 : « ... à maintes reprises nos juges ont affirmé que la loi applicable au contrat administratif est la loi ordinaire appliquée au simple contrat. » : *The Queen c. Henderson*, (1898) 28 R.C.S. 425 ; *Mc Lean c. R.*, (1907) 38 R.C.S. 542 ; *National Dock and Dredging Corp. c. R.*, (1929) R.C.E. 40 ; *R. c. Paradis*, (1942) R.C.S. 10 ; *Joe's and Co Ltd. c. R.*, (1951) R.C.E. 246 ; *Théberge Ltd. c. R.*, (1970) R.C.E. 468.

<sup>54</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 22-30.

<sup>55</sup> *Id.* p. 22.

des contrats qu'il conclut. Par exemple, en matière d'octroi de contrats de construction, la *Loi sur les contrats des organismes publics*<sup>56</sup> impose aux organismes publics de recourir à la procédure d'appel d'offres public pour la conclusion d'un contrat de travaux de construction comportant une dépense qui atteint un certain seuil et pour la conclusion de tout contrat de partenariat public-privé<sup>57</sup>. La procédure d'appel d'offres public est une procédure particulière établie dans le *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*<sup>58</sup>. En vertu de ce même règlement, le cocontractant de l'organisme public doit fournir certains cautionnements, dont un cautionnement pour gages, matériaux et services, au bénéfice de ses sous-traitants et fournisseurs de matériaux. Ainsi, lorsque le maître de l'ouvrage est l'Administration, bien que le contrat de construction soit régi par le droit civil, des règles particulières trouvent application et viennent organiser les relations contractuelles.

Au stade de la conception de l'ouvrage, le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur général fait appel, entre autres, à des architectes, des ingénieurs et des arpenteurs-géomètres. Ces professionnels de la construction agissent de concert avec le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur général, suivant le mode contractuel choisi par le maître de l'ouvrage.

L'expression « exécutants » fait référence à ceux qui réalisent la construction, en l'occurrence, l'entrepreneur principal et les sous-traitants<sup>59</sup>. L'entrepreneur principal est « la personne physique ou morale choisie par le maître de l'ouvrage pour réaliser les travaux ou ouvrages »<sup>60</sup>. L'adjectif « principal » ou « général »<sup>61</sup> a lieu d'être utilisé que dans le cas où l'entrepreneur recourt à des sous-traitants; autrement, il est simplement un entrepreneur lié par un contrat d'entreprise au maître de l'ouvrage<sup>62</sup>. Dans le cadre de

---

<sup>56</sup> *Loi sur les contrats des organismes publics*, L.R.Q. c. C-65.1.

<sup>57</sup> *Id.*, art. 10.

<sup>58</sup> *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, R.Q. c. C-65.1, r.3.

<sup>59</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 41.

<sup>60</sup> *Id.*, p. 42.

<sup>61</sup> L'adjectif « général » est utilisé au Québec.

<sup>62</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 42.

l'opération de sous-traitance, l'entrepreneur principal est le personnage central, étant lié à la fois au maître de l'ouvrage et aux sous-traitants<sup>63</sup>.

Le sous-traitant est lié à l'entrepreneur principal par un contrat d'entreprise. En vertu de l'article 2101 du *C.c.Q.*, l'entrepreneur principal reste contractuellement tenu envers le maître de l'ouvrage de la prestation qu'il demande au sous-traitant d'exécuter. Le sous-traitant peut donc être vu comme étant « l'exécutant réel d'une prestation qui était à l'origine confiée par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal »<sup>64</sup>.

### **Le droit de l'entrepreneur de sous-traiter dans le cadre du contrat d'entreprise**

Le contrat de construction ne fait pas l'objet d'une réglementation autonome, le *Code civil du Québec* ne contient pas de sections qui concernent nommément le contrat de construction<sup>65</sup>. C'est à l'intérieur des règles qui régissent le contrat d'entreprise<sup>66</sup> que l'on retrouve les règles spécifiques s'appliquant au contrat de construction<sup>67</sup>. Les règles générales relatives aux obligations s'appliquent également aux contrats de construction<sup>68</sup>. Le contrat d'entreprise est celui par lequel une personne, l'entrepreneur, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer<sup>69</sup>. Plus précisément, le contrat de construction est « un contrat d'entreprise par lequel l'entrepreneur s'engage à

<sup>63</sup> « L'entrepreneur principal est en même temps débiteur d'une obligation de faire envers le maître de l'ouvrage, et créancier d'une obligation de faire, puisqu'il devient en effet le bénéficiaire de la prestation qu'il a commandée au sous-traitant » : *Id.* p. 41.

<sup>64</sup> E. MARTINVILLE, préc., note 1, p. 42.

Par ailleurs, un sous-traitant peut en même temps être un entrepreneur principal qui sous-traite pour un autre marché (*id.*). Le cumul des fonctions d'entrepreneur principal et de sous-traitant est possible dans la mesure où la personne agit dans des marchés distincts (*id.*). Cependant, un entrepreneur doit toujours être titulaire de la licence appropriée pour les travaux qu'il entend exécuter ou faire exécuter (*Règlement sur la qualification professionnelle des entrepreneurs et des constructeurs-propriétaires*, R.Q. c. B-1.1, r.1.01., art. 2). Chaque entrepreneur doit se faire octroyer par la *Régie du Bâtiment* la licence correspondant à la compétence requise pour exécuter les travaux. Il peut s'agir d'une licence d'entrepreneur général ou une licence pour entrepreneur spécialisé).

<sup>65</sup> R. NADEAU, « Le contrat », dans *Le droit de la construction*, Séminaire d'Insight Educational Services, 21 et 22 avril 1993, p. 1.

<sup>66</sup> Les articles 2098 et suiv. du *C.c.Q.* énoncent des règles à l'endroit du contrat d'entreprise ou de service.

<sup>67</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 11.

<sup>68</sup> *C.c.Q.*, art. 1377 et suiv., art. 1458 ; OGILVY RENAULT, S.E.N.C., Olivier F. KOTT et Claudine ROY (dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal : Wilson & Lafleur, 1998, p. 540.

<sup>69</sup> *C.c.Q.*, art. 2098 ; François BEAUCHAMP, « La nature et l'étendue du contrat d'entreprise ou de service », dans *Collection de droit 2007-08, École du Barreau du Québec*, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 23.

réaliser un ouvrage sous sa direction, moyennant une rémunération fixe ou déterminable que le client s'engage à lui payer »<sup>70</sup>.

Dans le cadre du contrat d'entreprise, l'entrepreneur assume la direction des travaux et a le libre choix des moyens d'exécution du contrat. L'article 2099 du *Code civil du Québec* consacre ce principe d'autonomie de l'entrepreneur, en ces termes : « L'entrepreneur ou le prestataire de services a le libre choix des moyens d'exécution du contrat et il n'existe entre lui et le client aucun lien de subordination quant à son exécution »<sup>71</sup>. Contrairement au *Code civil du Québec*, le *Code civil du Bas-Canada* n'avait pas codifié le principe d'autonomie. Cependant, le libellé de l'article 2099 du *C.c.Q.* reflète les critères qui avaient été dégagés par la jurisprudence<sup>72</sup>. Le principe d'autonomie renvoie à l'idée que l'entrepreneur a le contrôle sur l'exécution de

---

<sup>70</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 11 : Définition proposée en 1971 par l'Office de révision du Code civil : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le contrat d'entreprise*, XIII, Montréal, 1971, art. 1.

<sup>71</sup> Bernard P. QUINN, « L'autonomie de l'entrepreneur dans le choix des méthodes et des moyens de réalisation de l'ouvrage », dans *Développements récents en droit de la construction (2005)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

<sup>72</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, 3 tomes, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 2099.

Les tribunaux ont reconnu que l'entrepreneur assume la direction des travaux et définit les modalités d'exécution, même si le client fixe le résultat visé. L'arrêt de base traitant de ce principe d'autonomie est la décision de la Cour suprême du Canada dans *Quebec Asbestos Corporation c. Couture*, [1929] R.C.S. 166. L'appelante, *Quebec Asbestos Corporation*, soutenait que le dynamiteur *Couture*, victime d'un accident, devait être qualifié d'entrepreneur indépendant et non d'employé. La Cour, sous la plume du juge Rinfret, a jugé que la nature juridique du contrat entre *Couture* et la compagnie était un contrat d'entreprise, considérant que les principaux caractères distinctifs du contrat d'entreprise étaient présents. La Cour a mis l'accent sur l'absence de lien de subordination entre la compagnie et *Couture* et sur son indépendance dans la méthode de travail. Subséquemment, la Cour suprême a réitéré le principe d'autonomie dans l'arrêt *Hill-Clarke-Francis, Ltd c. Northland Groceries (Quebec) Ltd.* [1941] R.C.S. 437. Sous le *Code civil du Québec*, les tribunaux ont continué d'appliquer le principe d'autonomie de l'entrepreneur et les critères qui avaient été dégagés par la jurisprudence sous l'ancien régime, désormais codifiés à l'article 2099 du *C.c.Q.*

Dans les affaires *St-Paul Fire & Marine Insurance Co. c. Parsons & Misiurak Construction Ltd.* [1996] R.J.Q. 2925 (C.S.) (appel réglé hors cour) ; *Ferme Richard Brault Enr. c. Constructions Primeau Inc.*, EYB 1996-30425, (C.Q.) ; *Furlotte c. Daigle*, [1996] A.Q. (Quicklaw) n° 2250 (C.S.) ; *Goulet c. Hayes* ; [1997] A.Q. (Quicklaw) n° 3186 (C.Q., Ch. civ.) ; *Suzanne Dumont c. Constructions Léo Quirion inc.* ; EYB 98-6197 (C.Q., Ch. civ.) ; *Entreprises Claude Boissoneault Ltée c. Société québécoise d'assainissement des eaux*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 907 (C.S.) ; *Joyal c. Malenfant*, B.E. 2001BE-731 (C.S.) et *St-Louis c. Lamontagne*, EYB 2006-106665 (C.S.) (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A. Montréal, no 500-09-016805-061, 28 juin 2006), les tribunaux ont identifié un contrat d'entreprise à la lumière des critères de l'absence de lien de subordination entre le client et l'entrepreneur et de la liberté d'exécution des travaux de l'entrepreneur.

l'ouvrage. L'entrepreneur exerce ce contrôle en choisissant les moyens et méthodes de construction et en maîtrisant les séquences et la coordination des travaux<sup>73</sup>. Par conséquent, l'entrepreneur a, par rapport au client, une indépendance « quasi absolue »<sup>74</sup> ou « presque entière »<sup>75</sup> dans la manière dont s'exécute le contrat. Cette indépendance est qualifiée de « quasi absolue » en raison du droit de surveillance et de regard du donneur d'ouvrage, codifié à l'article 2117 du *C.c.Q.*<sup>76</sup>

Le principe d'autonomie implique également une certaine liberté dans le choix des sous-traitants et fournisseurs<sup>77</sup>. Le droit de l'entrepreneur de sous-traiter est clairement édicté à l'article 2101 du *C.c.Q.* qui énonce qu'à moins que le contrat n'ait été conclu en considération des qualités personnelles de l'entrepreneur ou que cela ne soit incompatible avec la nature même du contrat, l'entrepreneur peut s'adjoindre un tiers pour l'exécuter, tout en conservant la direction et la responsabilité des travaux<sup>78</sup>. Le contrat d'entreprise ou de service n'est donc pas un contrat à caractère purement *intuitu*

---

<sup>73</sup> Selon la tradition jurisprudentielle et l'article 2099 du *C.c.Q.*, les caractères distinctifs du contrat d'entreprise sont l'absence d'un lien de subordination et l'indépendance dans la méthode de travail. Selon Thérèse Rousseau-Houle, en ce qui a trait au critère de l'absence de subordination, il n'a pas une valeur absolue pour distinguer un contrat d'entreprise de construction d'un contrat de travail. La notion de liberté dans le choix des modes d'exécution de l'ouvrage est donc le critère déterminant pour distinguer le contrat d'entreprise de construction du contrat de travail. Selon celle-ci, le droit d'initiative et d'autonomie de l'entrepreneur est l'unique critère qui permet de qualifier celui qui entreprend des travaux de construction d'entrepreneur : « Entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail, il n'y a parfois qu'une différence de degré dans la subordination juridique. Celui qui entreprend des travaux de construction selon les plans et indications d'un client et sous la surveillance constante d'un architecte demeure dans une certaine dépendance et ne peut être qualifié d'entrepreneur que s'il conserve sa liberté dans le choix des modes d'exécution de l'ouvrage. » : T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13.

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 72, art. 2099 ; F. BEAUCHAMP, préc., note 69, p. 24.

<sup>76</sup> *C.c.Q.*, art. 2117 ; B. P. QUINN, préc., note 71. Ce droit de regard du client s'applique lorsque l'ouvrage est immobilier (*C.c.Q.*, art. 2117-2124). Il subsiste tout au long des travaux (*C.c.Q.*, art. 2117 ; B. P. QUINN, préc., note 71 ; *St-Paul Fire & Marine Insurance Co. c. Parsons & Misiurak Construction Ltd.*, préc., note 72) et peut s'exercer par l'entremise d'un tiers, tel un professionnel ou une personne compétente en supervision de travaux (*Poirier c. Goyette, Duchesne, Lemieux inc.*, J.E. 2004-107 (C.Q.) ; *Isotanche Construction inc. c. Cégep du Vieux-Montréal*, J.E. 94-678 (C.S.)). Il permet un équilibre entre les parties, en assurant la protection du client sans nuire à l'entrepreneur (F. BEAUCHAMP, préc., note 69, p. 38). Le client doit exercer son droit de vérification à bon escient, de manière à respecter l'autonomie de l'entrepreneur (B. P. QUINN, préc., note 71). Il est en effet interdit au client de s'immiscer dans l'exécution du contrat (*DMC Soudure inc. c. Équipements industriels Robert ltée*, J.E. 2004-569 (C.S.)).

<sup>77</sup> B. P. QUINN, préc., note 71.

<sup>78</sup> Même en sous-traitant le contrat, l'entrepreneur a la direction et la responsabilité de l'exécution des travaux : *Gupta c. Rénovation Georges R. Picard inc.* J.E. 99-2102 (C.S.) ; *Auroral Portes et fenêtres inc. c. Potvin*, B.E. 2005BE-273 (C.Q.).

*personae*, en règle générale<sup>79</sup>. Si la réputation, le talent ou les aptitudes particulières de l'entrepreneur ne sont pas la raison du contrat<sup>80</sup> et si le contrat ne contient pas d'interdictions contractuelles<sup>81</sup>, l'entrepreneur est libre de sous-traiter<sup>82</sup>.

Le principe de la liberté de sous-traitance est toutefois encadré par certaines normes réglementaires. La *Loi sur le bâtiment*<sup>83</sup> vient tempérer la liberté de l'entrepreneur de sous-traiter. L'entrepreneur ne peut, pour l'exécution des travaux de construction, retenir les services d'un autre entrepreneur qui n'est pas titulaire d'une licence appropriée<sup>84</sup>. Cette interdiction, édictée au second alinéa de l'article 46 de la *Loi sur le bâtiment*, est assortie d'une sanction pénale<sup>85</sup>. Le choix du sous-traitant est ainsi limité aux sous-traitants détenteurs d'une licence. De plus, lorsque l'exécution du sous-contrat se rattache directement ou indirectement à un contrat public, non seulement le sous-traitant doit détenir une licence, mais celle-ci ne doit pas en être une dite « restreinte »<sup>86</sup>. En effet, en vertu de l'article 65.3 de la *Loi*, il est interdit à tout entrepreneur de retenir, pour l'exécution de tout sous-contrat se rattachant directement ou indirectement à un contrat public, les services d'un entrepreneur titulaire d'une licence restreinte.

Pouvant s'appliquer autant en droit administratif qu'en droit privé<sup>87</sup>, le *Code de soumission* prévoit que la sous-traitance ne peut être utilisée que pour des motifs

---

<sup>79</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 72, art. 2101. Auparavant, le principe était à l'effet que tout louage d'ouvrage est conclu *intuitu personae*. En vertu de cet *intuitu personae* de principe, l'entrepreneur devait exécuter lui-même les obligations qu'il avait assumées par le contrat. L'obligation d'exécution personnelle pouvait toutefois être atténuée par la possibilité de confier l'exécution totale ou partielle à des sous-traitants. La liberté de sous-traiter était présente malgré l'*intuitu personae* de principe. Étant donné la nature du contrat d'entreprise et la distinction qui était établie entre le contrat d'entreprise et celui de services, la liberté de sous-traiter ne pouvait être limitée que par une clause contractuelle interdisant l'opération ou par l'importance de l'*intuitu personae* : T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 197.

<sup>80</sup> F. BEAUCHAMP, préc., note 69, p. 29.

<sup>81</sup> O. F. KOTT et C. ROY, préc., note 68, p. 545.

<sup>82</sup> *Services médicaux Laidlaw Ltée. c. Partagec inc.*, J.E. 95-1739 (C.S.) Application du principe de l'article 2101 du C.c.Q. : *Deschênes c. Construction Rouillard enr.*, J.E. 2002-1769 (C.Q.) ; *Union canadienne (L), compagnie d'assurances c. Plomberie Denis Turcotte inc.*, J.E. 2002-1695 (C.Q.).

<sup>83</sup> *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., c. B-1.1 (ci-après *Loi sur le bâtiment*).

<sup>84</sup> *Loi sur le bâtiment*, art. 46 al.2. Le premier alinéa de cet article édicte l'obligation pour l'entrepreneur de détenir une licence.

<sup>85</sup> *Loi sur le bâtiment*, art. 197 : il s'agit d'une amende.

<sup>86</sup> *Loi sur le bâtiment*, art. 65.1 et suiv : licence restreinte aux fins de l'obtention d'un contrat public.

<sup>87</sup> *Code de soumission*, Bureau des soumissions déposées du Québec, 2008 (ci-après *Code de soumission*). Les conditions d'application du Code se trouvent aux articles B-1 et suiv.

légitimes<sup>88</sup>. Cette disposition a notamment pour but d'éviter que la sous-traitance serve à contourner l'application ou à contrevenir au Code<sup>89</sup>. Le *Bureau des soumissions déposées du Québec* peut faire enquête à cet égard, peu importe qu'une plainte ait été portée ou non à ce sujet.

En droit administratif, le *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*<sup>90</sup> impose à l'entrepreneur une garantie de ses obligations pour gages, matériaux et services, au bénéfice de ses sous-traitants et fournisseurs de matériaux<sup>91</sup>. L'Administration respecte donc la liberté de l'entrepreneur de sous-traiter, mais en corollaire, l'entrepreneur doit assurer le paiement des sous-traitants. De même, le *Règlement concernant les contrats de construction du gouvernement*<sup>92</sup>, lorsqu'il était en vigueur<sup>93</sup>, autorisait le propriétaire à exiger du plus bas soumissionnaire conforme la liste complète de tous les sous-traitants auxquels il avait convenu de confier une partie des travaux ainsi que les prix soumis par chacun d'eux<sup>94</sup>. Il s'agissait donc en quelque sorte d'une obligation de dénonciation des sous-contrats. De plus, le même règlement obligeait le soumissionnaire à engager des sous-traitants ayant un établissement comportant au Québec des installations permanentes<sup>95</sup>. Le *Règlement sur les contrats de*

---

<sup>88</sup> *Code de soumission*, art. L-4.

<sup>89</sup> *Code de soumission*, art. L-4 al. 2.

<sup>90</sup> *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, R.Q. c. C-65.1, r.3 (ci-après *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*). Adopté en vertu de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, L.R.Q. c. C-65.1.

<sup>91</sup> *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, art. 11-12, annexes 2-3.

<sup>92</sup> *Règlement concernant les contrats de construction du gouvernement*, (1979) II G.O.Q. 111 137 ; Ce règlement fut adopté en vertu de la *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6. (1970, c. 17).

<sup>93</sup> Historique du règlement : Le *Règlement concernant les contrats de construction du gouvernement*, (1979) II G.O.Q. 111 137, adopté en vertu de la *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6. (1970, c. 17), fut remplacé en 1993 par le *Règlement sur les contrats de construction des ministères et des organismes publics*, (1993) II. G.O.Q. 6208, décret 1168-93 du 18 août 1993 (ce dernier règlement fut adopté en vertu de la *Loi sur le ministère des approvisionnements et des services*, L.R.Q., c. m-23.01). Ce règlement de 1993 fut abrogé par le *Règlement abrogeant diverses dispositions réglementaires en matière de contrats des organismes publics*, décret 535-2008 du 28 mai 2008 (règlement adopté en vertu de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, 2006 c. 29).

<sup>94</sup> *Règlement concernant les contrats de construction du gouvernement*, (1979) II G.O.Q. 111 137, art. 20 : « Après l'ouverture des soumissions, et avant la signature du contrat, le propriétaire peut exiger du plus bas soumissionnaire la liste complète de tous les sous-traitants auxquels il a convenu de confier une partie de ses travaux ainsi que les prix soumis par chacun d'eux. » ; T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 201.

<sup>95</sup> *Règlement concernant les contrats de construction du gouvernement*, (1979) II G.O.Q. 111 137, art. 14 i) : « Le soumissionnaire ne doit engager que des sous-traitants ayant un établissement comportant au

*construction des ministères et des organismes publics*<sup>96</sup>, qui remplaça en 1993 le premier règlement, n'avait pas repris les dispositions susmentionnées. À l'heure actuelle, le *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*<sup>97</sup> ne contient pas de telles obligations. L'Administration peut toutefois imposer à l'entrepreneur la dénonciation des sous-traitants par voie contractuelle. Ainsi, le Ministère des Transports du Québec, dans son *Cahier des charges et devis généraux*<sup>98</sup>, impose à l'entrepreneur de faire connaître avant le début des travaux les noms de ses sous-traitants. Dans les marchés privés, cette obligation peut également être stipulée. Les documents du *CCDC*<sup>99</sup> prévoient d'ailleurs que l'entrepreneur doit, si le maître de l'ouvrage le demande, lui fournir par écrit le nom des sous-traitants et fournisseurs qui ont présenté des soumissions<sup>100</sup>. L'entrepreneur doit employer les sous-traitants et fournisseurs ainsi identifiés par écrit<sup>101</sup>. Le maître de l'ouvrage peut même s'opposer à l'emploi d'un sous-traitant ou fournisseur, s'il manifeste cette opposition avant la conclusion du contrat et s'il a un motif raisonnable<sup>102</sup>. Bref, si le maître de l'ouvrage désire être mis au courant de l'identité de ceux qui agiront à titre de sous-traitants, il doit stipuler cette obligation dans le contrat qui l'unit à l'entrepreneur. En effet, au sens de

---

Québec des installations permanentes (...) à moins que pour une spécialité particulière, il en soit prévu autrement par les documents d'appel d'offres, ou qu'il ne fasse la preuve à la satisfaction du propriétaire qu'il n'existe pas au Québec de sous-traitants dans une spécialité donnée ou qu'il ne peut obtenir un prix raisonnable de sous-traitants au Québec... ».

<sup>96</sup> *Règlement sur les contrats de construction des ministères et des organismes publics*, (1993) II. G.O.Q. 6208, décret 1168-93 du 18 août 1993. Ce règlement fut adopté en vertu de la *Loi sur le ministère des approvisionnements et des services*, L.R.Q., c. m-23.01.

<sup>97</sup> *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*.

<sup>98</sup> SERVICE DE LA QUALITÉ ET DES NORMES DE LA DIRECTION DU SOUTIEN À L'EXPLOITATION DES INFRASTRUCTURES DU MINISTÈRE DES TRANSPORTS, *Cahier des charges et devis généraux : infrastructures routières : construction et réparation*, Sainte-Foy : Publications du Québec, 2003, p. 1 : « Le Cahier des charges et devis généraux contient les principales exigences relatives aux travaux de construction d'infrastructures routières exécutés par l'entreprise privée pour le compte du ministère des Transports. »

<sup>99</sup> Le *C.C.D.C.* est le *Comité canadien des documents de construction*. Il s'agit d'un « comité national mixte qui est responsable de l'élaboration, de la production et de la révision des documents normalisés de construction, tels des contrats, des formulaires et des guides ». Les formulaires de contrat du *C.C.D.C.* sont considérés comme étant des normes reconnues dans l'industrie : COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Guide d'utilisation du contrat à forfait C.C.D.C. 2-2008 », C.C.D.C., 2008.

<sup>100</sup> COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, *Contrat à forfait*, 2008, (ci-après *Contrat à forfait du C.C.D.C.*), art. 3.7.2.

<sup>101</sup> *Contrat à forfait du C.C.D.C.*, art. 3.7.2.

<sup>102</sup> *Contrat à forfait du C.C.D.C.*, art. 3.7.3.

l'article 2101 du *C.c.Q.*, l'entrepreneur qui sous-traite n'est pas tenu de dénoncer le contrat de sous-traitance au client<sup>103</sup>.

De manière générale<sup>104</sup>, le contrat de sous-traitance sera toutefois dénoncé au client. La dénonciation émanera non pas de l'entrepreneur, mais du sous-traitant lui-même. En effet, lorsqu'un participant à la construction ou à la rénovation ne contracte pas directement avec le propriétaire, il doit dénoncer son contrat au propriétaire, conformément à l'article 2728 du *C.c.Q.*, pour pouvoir bénéficier du privilège qu'offre l'hypothèque légale de construction<sup>105</sup>. Cette dénonciation est aussi profitable au propriétaire, qui pourra éviter de voir son immeuble grevé d'une hypothèque légale en retenant une somme suffisante sur le prix qu'il doit payer à l'entrepreneur<sup>106</sup>.

Ainsi, l'entrepreneur est libre de recourir aux services d'un sous-traitant ou d'un fournisseur de matériaux et n'est pas tenu de dénoncer le contrat de sous-traitance à son client. À cet égard, le droit québécois à la sous-traitance est nettement plus prononcé qu'en droit français. En droit français, l'entrepreneur est aussi libre de sous-traiter, mais la *Loi relative à la sous-traitance*<sup>107</sup> lui impose des conditions de formes rigoureuses. L'entrepreneur doit faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage<sup>108</sup>. Ces deux conditions sont cumulatives et s'appliquent que le maître de l'ouvrage soit l'Administration ou une personne privée<sup>109</sup>. L'intervention du sous-traitant est donc contrôlée par le maître de l'ouvrage. En agréant les conditions de paiement, le maître de

---

<sup>103</sup> De même, « le prestataire de services qui recourt aux services d'un sous-traitant pour exécuter le contrat n'est pas tenu de dénoncer ce fait au donneur d'ouvrage » : BAUDOUIN ET RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 11<sup>e</sup> éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2008, art. 2101, faisant référence à *B.C. International Transit Inc. c. Ancor Granite Tile Inc.*, SOQUIJ AZ-50187553.

<sup>104</sup> En droit administratif, le sous-traitant ne dénonce pas son contrat à l'Administration dans le but de bénéficier d'une hypothèque légale en raison du fait qu'il ne peut en bénéficier, une hypothèque légale ne pouvant grever un bien affecté à l'utilité publique, en vertu des articles 2876, 2795, et 916 du *C.c.Q.* : Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2006, n° 1389, p. 667 ; Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 2<sup>e</sup> éd., Sherbrooke, Québec : Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2005, p. 254.

<sup>105</sup> D. PRATTE, préc., note 104, p. 254.

<sup>106</sup> *C.c.Q.*, art. 2123 (voir : chapitre I).

<sup>107</sup> *Loi relative à la sous-traitance*, préc., note 32.

<sup>108</sup> *Id.*, art. 3.

<sup>109</sup> J.-P. BABANDO, préc., note 7.

l'ouvrage agit comme un médiateur entre l'entrepreneur et le sous-traitant, en étant favorable à l'équilibre économique du contrat de sous-traitance<sup>110</sup>. À défaut de respecter ce formalisme, la sous-traitance est irrégulière ou occulte et le sous-traitant sera privé de la protection légale offerte par ladite loi<sup>111</sup>. Des sanctions sont également prévues pour l'entrepreneur<sup>112</sup>.

En droit québécois, l'entrepreneur n'a pas à dénoncer le fait qu'il ait recours à des sous-traitants et malgré que le sous-traitant procède à la dénonciation de son contrat, le maître de l'ouvrage n'a pas un rôle de médiateur quant à l'équilibre économique du sous-traité. Cette situation est fort différente de celle du droit français. Nonobstant les conditions légales et contractuelles susmentionnées qui peuvent s'imposer à l'entrepreneur lorsqu'il fait appel à des sous-traitants, les principes d'autonomie de l'entrepreneur et de droit à la sous-traitance sont établis en droit privé et administratif québécois.

### **Les rapports entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance**

L'opération de sous-traitance fait intervenir deux contrats d'entreprises. Malgré l'indépendance juridique de ces deux contrats<sup>113</sup>, l'opération de sous-traitance a une incidence sur les relations entre les parties à cette opération. En vertu de l'article 2101 du *C.c.Q.*, l'entrepreneur conserve la direction et la responsabilité de l'exécution du contrat principal, nonobstant l'adjonction d'un tiers exécutant. De plus, le tiers exécutant ne devient pas, par son adjonction, débiteur du maître de l'ouvrage. L'entrepreneur principal demeure le seul débiteur contractuel du maître de l'ouvrage<sup>114</sup>. Cela est conforme au principe de la relativité du contrat, consacré à l'article 1440 du *C.c.Q.*<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> *Id.*

<sup>111</sup> *Id.* Les garanties légales sont le paiement direct par le maître de l'ouvrage et le recours direct contre ce dernier.

<sup>112</sup> *Loi relative à la sous-traitance*, préc., note 32, art. 3 al. 2.

<sup>113</sup> Voir : l'étude précédente portant sur la définition de l'opération de sous-traitance : il y a un tout de même un lien nécessaire entre les deux contrats, en ce que le sous-contrat doit servir à l'exécution du contrat principal.

<sup>114</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 202.

<sup>115</sup> *Id.*

En conséquence, l'entrepreneur est responsable envers le maître de l'ouvrage de l'inexécution de ses obligations contractuelles qui font l'objet d'une sous-traitance<sup>116</sup>.

Le contrat qui unit le sous-traitant à l'entrepreneur est distinct de celui qui unit ce dernier au maître de l'ouvrage, le contrat de sous-traitance est donc un contrat à part entière, juridiquement autonome du premier contrat<sup>117</sup>. Le sous-traitant est un tiers par rapport au maître de l'ouvrage. D'ailleurs, la rédaction de l'article 2101 du *C.c.Q.* en fait foi; on réfère au sous-traitant en utilisant le terme « tiers »<sup>118</sup>. Étant lui-même qualifié de contrat d'entreprise, le contrat de sous-traitance est assujéti aux mêmes dispositions légales que le contrat principal, soit les articles 2098 et suivants du *C.c.Q.* Du côté contractuel, au regard de l'expression « le contrat est la loi des parties »<sup>119</sup>, le contrat de sous-traitance constitue la loi de l'entrepreneur et du sous-traitant. En effet, les rapports entre ces deux acteurs sont gouvernés par les clauses du contrat qui les lient<sup>120</sup>. Les parties sont donc libres de moduler leurs relations juridiques par des clauses contractuelles<sup>121</sup>. Cette liberté contractuelle permet aux parties de relier le deuxième contrat au premier<sup>122</sup>.

En raison du principe de la relativité du contrat, d'un côté le sous-traitant ne peut pas réclamer le paiement des travaux au maître de l'ouvrage ni mettre en cause celui-ci et de l'autre, le maître de l'ouvrage ne dispose pas d'action contractuelle contre le sous-traitant<sup>123</sup>. Dans l'hypothèse où le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur ont prévu que la

---

<sup>116</sup> *C.c.Q.*, art. 2101 ; T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 202 ; O. F. KOTT et C. ROY, préc., note 68, p. 545 ; *Hervé Rancourt Construction Inc. c. Sévigny* (1989) R.R.A. 751 (C.A.) ; *Optique André Besner c. Donat Lecompte & Fils inc.*, J.E. 96-1556 (C.S).

<sup>117</sup> J.-P. BABANDO, préc., note 7, p. 139.

<sup>118</sup> *C.c.Q.*, art. 2101 : « ...l'entrepreneur ou le prestataire de services peut s'adjoindre un tiers pour l'exécuter... » ; voir : Louise ROLLAND, « Les tiers, vecteurs du réseau social. Les personnes et les biens dans le Code civil du Québec », (2006) 40 R.J.T. 75 ; Louise ROLLAND, Les tiers : ces acteurs de la dynamique juridique dans le Code civil du Québec », (2006) 40 R.J.T. 239.

<sup>119</sup> Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal : Éditions Thémis, 2006.

<sup>120</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 206.

<sup>121</sup> Les documents contractuels constituent une source importante des droits des parties, car leurs clauses déterminent la teneur des relations juridiques : O. F. KOTT et C. ROY, préc., note 68, p. 540 ; *Otis Elevator Co c. A. Viglione & Bros. Inc.*, J.E. 81-92 (C.A.).

<sup>122</sup> Voir : Chapitre II. A. 2.

<sup>123</sup> Le droit québécois diffère du droit français à cet égard. On parle du « super privilège » du sous-traitant en droit français, étant donné les garanties légales qui lui sont accordées, à savoir le paiement direct par le

sous-traitance doit être autorisée par le maître de l'ouvrage, le rapport entre le maître de l'ouvrage et les sous-traitants demeure le même : il y a inopposabilité du sous-contrat au maître de l'ouvrage<sup>124</sup>. En droit administratif, des stipulations prévoyant que la sous-traitance devait être expressément autorisée par l'Administration se retrouvaient autrefois dans le *Cahier des charges et devis* du Ministère des Transports du Québec<sup>125</sup>. Bien que ces dispositions ne figurent plus à l'heure actuelle dans les documents contractuels du Ministère des Transports, rien n'empêche les parties à un contrat de construction d'insérer à leur entente de telles conditions à la sous-traitance. De plus, autant en droit administratif qu'en droit privé, si le contrat d'entreprise a été conclu *intuitu personae*, au regard de l'article 2101 du *C.c.Q.*, l'entrepreneur doit obtenir l'approbation du client pour faire appel à des sous-traitants. Toutefois, que l'entrepreneur soit assujéti à des conditions pour pouvoir sous-traiter ou non, le maître de l'ouvrage et le sous-traitant sont « des tiers dans leurs relations réciproques »<sup>126</sup>. De même, dans l'hypothèse où le contrat prévoit l'agrément par le maître de l'ouvrage des sous-traitants et dans l'hypothèse où il stipule que les sous-traitants sont choisis par le maître de l'ouvrage<sup>127</sup>, les règles de la sous-traitance sont inchangées<sup>128</sup>.

---

maître de l'ouvrage et l'action directe contre celui-ci : *Loi relative à la sous-traitance*, préc., note 32 ; E. MARTINVILLE, préc., note 1.

<sup>124</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13.

<sup>125</sup> L'article 7.01 du *Cahier des charges du Ministère des Transports* de 1981 édictait l'obligation pour l'entrepreneur qui contractait avec le Ministère des Transports d'obtenir le consentement écrit du Ministre pour faire appel à des sous-traitants et prévoyait que ce consentement n'avait pas pour effet de relever l'entrepreneur de ses obligations et responsabilités. Aujourd'hui, le Ministère des Transports du Québec, (qui attribue des contrats en matière de travaux de construction conformément au *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, R.Q. c. C-65.1, r.3) ne prévoit plus, dans son *Cahier des charges et devis généraux -infrastructures routières construction et réparation*, édition 2003, cette obligation de consentement écrit. Le Cahier des charges (article 6.1) impose toutefois à l'entrepreneur de faire connaître au Ministère les noms de ses sous-traitants, avant le début des travaux.

L'on note que cette obligation de dénonciation des sous-traitants retrouvée dans le Cahier des charges du Ministère des Transports se trouvait avant 1993 non pas dans un document contractuel mais dans un règlement qui s'appliquait à tous les contrats de construction adjugés par l'Administration : *Règlement concernant les contrats de construction du gouvernement*, (1979) II G.O.Q. 111 137, à l'article 20 : « Après l'ouverture des soumissions, et avant la signature du contrat, le propriétaire peut exiger du plus bas soumissionnaire la liste complète de tous les sous-traitants auxquels il a convenu de confier une partie de ses travaux ainsi que les prix soumis par chacun d'eux. ».

<sup>126</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 203.

<sup>127</sup> Choix du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, par voie d'appel d'offres : *Cana Construction Co. Ltd. c. LaReine*, (1974) R.C.S. 1159 ; *Janin Construction Ltée c. P.G. du Québec*, J.E. 79-568 (C.S.). Dans un contexte de droit privé : *Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. AR Plomberie et chauffage inc.* J.E. 2007-2086 (C.Q.)

Ainsi, dans le cadre de l'opération de sous-traitance, le sous-traitant et le maître de l'ouvrage n'ont pas de lien contractuel, le sous-traitant impayé n'a donc pas de recours

---

<sup>128</sup> L'arrêt *Janin Construction Ltée c. P.G. du Québec* (J.E. 79-568 (C.S.)) expose le principe selon lequel le choix du sous-traitant par le maître de l'ouvrage ne remet pas en question les rapports entre ceux-ci : le sous-traitant demeure sous la responsabilité de l'entrepreneur principal. Dans cet arrêt, le ministère des travaux publics avait procédé par voie d'appel d'offres public pour octroyer un contrat de construction. Cet appel d'offres visait à recueillir des soumissions d'entrepreneurs généraux et de sous-traitants. En effet, les entrepreneurs généraux, dans leurs soumissions, devaient prendre en compte les montants nécessaires au paiement de leurs sous-traitants, toutefois choisis par le Ministère. Le contrat entre l'entrepreneur et le Ministère incluait des documents contractuels prévoyant que l'entrepreneur était lié aux sous-traitants choisis par le Ministère, qu'il était responsable des actes et omissions de ceux-ci, et qu'il était responsable de leurs créances (le maître de l'ouvrage n'avait donc pas déchargé l'entrepreneur de sa responsabilité de ses sous-traitants). En l'espèce, le sous-traitant choisi par le Ministère pour les travaux de ventilation n'avait pu contracter avec l'entrepreneur principal, ayant fait faillite. Le Ministère avait donc nommé un autre sous-traitant pour ces travaux. Cependant, par rapport au sous-traitant failli, ce sous-entrepreneur exigeait un montant plus élevé pour les mêmes travaux. Le litige portait sur le montant que le ministère devait accorder à l'entrepreneur général pour l'exécution du contrat principal. Étant donné que l'entrepreneur général devait défrayer un montant plus élevé qu'il ne l'était prévu pour le paiement du sous-traitant, celui-ci réclamait au Ministère la différence entre le coût défrayé et le coût prévu. La Cour a jugé que cette demande était faite à juste titre.

De plus, de l'étude de cet arrêt, l'on constate que le sous-traitant et le maître de l'ouvrage ne sont d'aucune façon liés quant à l'exécution du contrat, même s'ils peuvent être liés par un contrat dans le cadre du processus d'appel d'offres. En effet, le sous-traitant et le maître de l'ouvrage étaient bel et bien liés par contrat en l'espèce : lorsqu'il y a appel d'offres, le dépôt d'une soumission conforme entraîne la création d'un contrat dit « A » en vertu duquel le soumissionnaire s'engage à signer le contrat « B », soit le contrat principal, si sa soumission est acceptée. La doctrine des contrats A et B en matière d'appel d'offres a été établie en common law dans l'arrêt *Ron Engineering R. du Chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, puis a été réitérée dans des décisions subséquentes. Récemment, la Cour suprême l'a appliquée en common law dans l'arrêt *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)* (EYB 2007-112458 (C.S.C.)). Si l'on applique ces principes, le maître de l'ouvrage et le sous-traitant étaient liés par le contrat « A ». Toutefois, en ce qui concerne le contrat « B », le Ministère n'y était pas partie et le contrat « A » n'aurait pu être invoqué par le sous-traitant pour recouvrer les sommes qui lui étaient dues auprès du maître de l'ouvrage. Même si la règle reste celle de l'inopposabilité du sous-contrat, il y a lieu de constater qu'en application de la doctrine des contrats « A » et « B », un contrat lie le sous-traitant au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci choisit le sous-traitant de l'entrepreneur dans le cadre du processus d'appel d'offres.

Voir également la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Cana Construction Co. Ltd. c. LaReine* ((1974) R.C.S. 1159) où la Cour a accueilli l'appel d'un jugement de la Cour de l'Échiquier du Canada. Le maître de l'ouvrage, en l'occurrence, l'Administration, procédait par voie d'appel d'offres pour déterminer l'identité du sous-traitant. Ce sous-traitant choisi contractait ensuite avec l'entrepreneur général et était sous sa responsabilité. Le litige portait également, comme dans l'affaire *Janin Construction*, sur le montant qui devait être défrayé par l'Administration pour le contrat principal. En l'espèce, l'entrepreneur réclamait un montant supplémentaire, étant donné que le coût qu'avait indiqué l'Administration pour la sous-traitance était nettement inférieur au montant réel. La Cour fut d'avis que l'évaluation faite par la Couronne, biaisée, était pire qu'inutile. Au regard des clauses du contrat principal, la Cour jugea que le contrat par sous-traitance devait être traité comme un supplément et un montant supplémentaire devait être accordé à l'entrepreneur général pour frais généraux, surveillance et profit. Cette décision de la Cour suprême illustre le principe selon lequel le sous-traitant est sous la responsabilité de l'entrepreneur principal. Lorsque le maître de l'ouvrage ne décharge pas l'entrepreneur de cette responsabilité, elle demeure, même si le sous-traitant est choisi par le donneur d'ouvrage.

contractuel contre le maître de l'ouvrage. Certains recours de droit commun peuvent néanmoins, lorsque la trame factuelle s'y prête, assurer le recouvrement des créances des sous-traitants.

### *Les recours de droit commun*

Bien que les sous-traitants n'aient pas de recours contractuel contre le maître de l'ouvrage, ils peuvent parfois faire valoir leurs droits en intentant des recours de droit commun. Selon la trame factuelle, ils pourront entreprendre une action en responsabilité extra-contractuelle, *de in rem verso* ou oblique<sup>129</sup>.

#### *La responsabilité extra-contractuelle*

L'absence de lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et les sous-traitants empêche ceux-ci de réclamer directement auprès du maître de l'ouvrage ce qui leur est dû par l'entrepreneur général<sup>130</sup>. De la même façon, un sous-sous-contractant ou un arrière-fournisseur ne peut réclamer directement auprès du maître de l'ouvrage ou de l'entrepreneur général le solde qui lui est dû par un sous-traitant. Cependant, certaines situations factuelles peuvent donner ouverture à un recours extra-contractuel permettant le paiement des sous-traitants par le maître de l'ouvrage.

Le sous-traitant qui tente de recouvrer sa créance en intentant un recours extra-contractuel contre le maître de l'ouvrage doit prouver les éléments qui permettent d'engager sa responsabilité, en l'occurrence la faute, le préjudice et le lien de causalité<sup>131</sup>. D'une part, le sous-traitant peut invoquer la faute contractuelle du maître de l'ouvrage commise à l'endroit de l'entrepreneur général. Cette faute constitue un fait juridique à son égard et il peut s'en prévaloir comme fait pertinent pour établir la

---

<sup>129</sup> Notons aussi que le sous-traitant détient un jugement reconnaissant sa créance, il peut toujours emprunter la voie de la saisie-arrêt (*C.p.c.*, art. 625 et s.), dans le but de se faire payer à même les sommes dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur. La saisie-arrêt n'est en principe possible que si la créance du saisissant a été reconnue par un jugement devenu exécutoire (*C.p.c.*, art. 568 et suiv).

<sup>130</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13 ; Yvan HOULE, « Le recours délictuel : une nouvelle avenue pour les intervenants de la construction » dans *Développements récents en droit de la construction (2003)*, dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

<sup>131</sup> Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7<sup>e</sup> éd. Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 2007, n° 1-97 et suiv.

responsabilité du maître de l'ouvrage<sup>132</sup>. La faute doit par ailleurs constituer, à l'égard du sous-traitant, un manquement au devoir général de se comporter en personne raisonnable<sup>133</sup>. D'autre part, le sous-traitant peut invoquer le manquement du maître de l'ouvrage à la norme de conduite raisonnable dans le contexte de sa relation contractuelle, sans qu'une faute contractuelle n'intervienne<sup>134</sup>.

L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Banque de Montréal c. Bail Limitée*<sup>135</sup> a ouvert la porte aux recours en responsabilité civile entre les intervenants de la construction<sup>136</sup>. Dans cette affaire, la Cour suprême a jugé que le manquement d'Hydro-Québec de fournir toute l'information pertinente relative aux conditions du sol à l'entrepreneur général constituait une faute extra-contractuelle à l'endroit du sous-traitant permettant une réclamation en dommages. Bien que dans cette affaire, la Cour suprême ait accordé des dommages au sous-traitant, les tribunaux s'en sont inspirés pour ordonner le paiement de sous-traitants en vertu des règles de la responsabilité civile.

Dans une décision<sup>137</sup>, la Cour du Québec a condamné le ministère des Transports à payer des sous-traitants, pour le solde qui leur était dû en vertu de leur contrat d'entreprise avec l'entrepreneur général, en vertu des règles de la responsabilité civile. Le tribunal a jugé que le ministère avait commis une faute d'omission, en ne spécifiant pas la limite monétaire du cautionnement dans l'avis aux salariés et aux fournisseurs de matériaux

---

<sup>132</sup> Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers » dans *Les obligations*, 6e édition par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 2005, 2005EYB2005OBL17 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 119, n° 2445, p. 1380 ; *Banque de Montréal c. Bail Ltée* [1992] 2 R.C.S. 554 ; *Boucher c. Drouin*, (1959) B.R. 814, 882.

<sup>133</sup> « Le seul fait qu'une personne n'ait pas respecté ses obligations contractuelles à l'égard de son cocontractant n'engage donc pas automatiquement sa responsabilité extracontractuelle à l'endroit d'un tiers. Il importe donc que cette faute contractuelle constitue, par ailleurs, à l'égard du tiers, un manquement au devoir général de se comporter en personne raisonnable, de manière à ne pas porter indûment atteinte à ses intérêts légitimes (art.1457) » : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 119, n° 2446, p. 1381.

<sup>134</sup> *Excavation Bonsecours inc. c. Québec (Procureur général)* J.E. 2001-1286 (C.S.), où le maître d'ouvrage a été condamné à payer des sous-traitants, même s'il n'avait pas manqué à ses obligations contractuelles en vertu de son contrat avec l'entrepreneur général ; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 132, M. le j. Gonthier, p. 582 : « Les parties à un contrat sont donc délictuellement responsables des dommages qu'elles pourraient causer aux tiers dans le cadre de leur relation contractuelle, de par leur manquement à la norme de conduite raisonnable dans les circonstances de cette relation ».

<sup>135</sup> *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 132.

<sup>136</sup> Y. HOULE, préc., note 130.

<sup>137</sup> *M.A.S. Chibougamau inc. c. Constructions René Hudon (90) Ltée.*, J.E. 98-1483 (C.Q.)

qu'il avait transmis aux sous-traitants<sup>138</sup>. De même, la Cour supérieure a condamné le ministère des Transports à payer des sous-traitants en raison de la faute extra-contractuelle qu'il avait commise à leur endroit. Il avait omis d'augmenter la couverture du cautionnement suite aux modifications apportées au contrat principal. La Cour a été d'avis qu'il s'agissait d'un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi selon les critères de la personne raisonnable envers les sous-traitants<sup>139</sup>.

Une faute extra-contractuelle peut également être commise par le maître de l'ouvrage à l'endroit d'un sous-sous-contractant et permettre le paiement de ce dernier par le maître de l'ouvrage. Il peut s'agir d'une faute d'omission, par exemple lorsque le maître de l'ouvrage tolère qu'un sous-traitant accorde un contrat à un fournisseur malgré sa connaissance de l'insolvabilité du sous-traitant<sup>140</sup>. De même, un maître d'ouvrage et un entrepreneur général peuvent engager leur responsabilité extracontractuelle, en ne respectant pas la clause d'obtention des quittances finales stipulée au contrat les unissant, faisant ainsi preuve de négligence et d'imprudence à l'égard d'un sous-sous-contractant<sup>141</sup>. Le non-respect d'une telle clause a toutefois été jugé comme ne

---

<sup>138</sup> Bien que le juge Tremblay ait condamné le ministère des Transports en vertu des règles de la responsabilité civile, il a souligné que par le contrat de cautionnement, le ministère avait créé « une relation » avec les sous-traitants, par l'intermédiaire de la caution. Ce lien était accentué par l'avis aux salariés et fournisseurs de matériaux que le ministère leur fait parvenir. Le fait que cet avis comportait une en-tête du gouvernement du Québec, qu'il s'adressait aux créanciers qui contractent avec l'entrepreneur général, qu'il conseillait de s'adresser au ministère des Transports au cas de besoin d'information et qu'il obligeait l'affichage par l'entrepreneur général ont été des éléments qui, selon la Cour, paraissaient éroder la prétention d'absence de lien contractuel entre le ministère et les sous-traitants.

<sup>139</sup> En plus de constituer une faute extra-contractuelle à l'endroit des sous-traitants, le défaut de caution supplémentaire contrevenait au Règlement qui exige un montant de cautionnement équivalant à 50 pourcent du montant du contrat. Les sous-traitants invoquaient également le défaut du ministère de mentionner la limite du cautionnement dans l'avis qui leur avait été transmis. La Cour supérieure a jugé toutefois que le défaut d'y indiquer le montant du cautionnement ne constituait pas une omission de nature à engager la responsabilité extra-contractuelle du ministère. L'avis comprenait un numéro de téléphone, que les sous-traitants pouvaient appeler pour information supplémentaire et de plus, les sous-traitants avaient déjà contracté avec le ministère et connaissaient les règles du contrat de cautionnement.

<sup>140</sup> Devant cette faute extra-contractuelle, la Cour d'appel a condamné le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur général à payer les montants réclamés par le fournisseur : *Compagnie d'assurances fidélité du Canada c. J.H. Dupuis Ltée*, (1978) C.A. (Qué.) no 200-09-000450-756, 5 octobre 1978, cité par T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 206.

<sup>141</sup> *Acier d'armature Ferneuf inc. c. Giguère et Geoffroy Inc. et Ville de l'Assomption*, J.E. 2002-1243 (C.Q.). La clause d'obtention de quittances finales constituait, de l'avis de la Cour, une stipulation pour autrui au profit des entrepreneurs désignés. La responsabilité du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur a donc été engagée non seulement au regard des règles de la responsabilité civile mais aussi par l'effet de stipulation pour autrui qui permettait au sous-sous-contractant de recourir avec succès contre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur.

constituant pas une faute extra-contractuelle à l'endroit d'un sous-traitant, dans une décision subséquente rendue par la Cour d'appel<sup>142</sup>. De l'avis de la Cour, la clause sous étude était facultative pour le maître de l'ouvrage, qui pouvait exiger les quittances des sous-traitants.

Dans la mesure où les conditions de la responsabilité sont remplies, le maître de l'ouvrage peut être responsable, malgré l'absence d'un contrat directement intervenu avec le sous-traitant.

### *L'enrichissement injustifié*

L'enrichissement sans cause constitue une source d'obligations légales autonome<sup>143</sup>. Dans le chapitre concernant « certaines autres sources de l'obligation », le législateur consacre la doctrine de l'enrichissement injustifié<sup>144</sup>. Cette doctrine est inspirée de l'équité et traduit le principe selon lequel une personne ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. On peut penser que le sous-traitant impayé peut entreprendre l'action *de in rem verso* contre le maître de l'ouvrage dans certaines circonstances, par exemple lorsque le maître de l'ouvrage n'a pas payé l'entrepreneur général et qu'il a bénéficié des matériaux ou des travaux. Dans tous les cas, l'action ne peut être intentée que dans la mesure où les conditions<sup>145</sup> à l'existence de l'enrichissement injustifié sont réunies.

La première condition du recours est l'appauvrissement. Dans l'hypothèse où le sous-traitant n'est pas payé pour des matériaux qu'il a fournis ou des travaux qu'il a exécutés, l'appauvrissement est facilement démontré.

---

<sup>142</sup> *Commission scolaire des Patriotes c. Distributeur Tapico Ltée*, B.E. 2003BE-486 (C.A.)

<sup>143</sup> D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 119, n° 1389, p. 705.

<sup>144</sup> *C.c.Q.*, art. 1493-1496 ; Les commentaires du ministre de la Justice du Québec sur l'article 1493 du *Code civil du Québec* précisent que cette codification vient consacrer législativement les développements doctrinaux et jurisprudentiels propres à l'enrichissement injustifié : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 72, Tome 1, art. 1493, p. 917.

<sup>145</sup> *C.c.Q.*, art. 1493 : un appauvrissement, un enrichissement, une corrélation entre ces deux éléments et une absence de justification de l'appauvrissement ou de l'enrichissement. Une cinquième condition s'ajoute aux quatre premières, il s'agit de la subsidiarité du recours : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 119, n° 1392, p. 706.

La deuxième condition est l'enrichissement du maître de l'ouvrage. Dans la mesure où le maître de l'ouvrage n'a pas payé l'entrepreneur général et qu'il a bénéficié des matériaux ou des travaux, il y a un enrichissement de sa part, qui prend forme dans l'augmentation de son patrimoine ou dans l'absence de diminution de celui-ci<sup>146</sup>.

La troisième condition consiste en une correspondance entre l'enrichissement et l'appauvrissement. Il suffit de voir un lien de corrélation entre l'appauvrissement et l'enrichissement; lequel peut être indirect<sup>147</sup>.

La quatrième condition est l'absence de justification de l'appauvrissement ou de l'enrichissement. La jurisprudence actuelle empêche le sous-traitant de réussir l'action *in rem de verso* contre le maître de l'ouvrage en raison de cette condition. Les tribunaux considèrent que l'appauvrissement trouve sa justification dans le sous-contrat et l'enrichissement, dans le contrat principal<sup>148</sup>. On pourrait penser que la justification à

---

<sup>146</sup> L'on peut toutefois se demander s'il y a enrichissement du maître de l'ouvrage dans l'hypothèse où celui-ci a payé l'entrepreneur général pour les travaux effectués par le sous-traitant. Les tribunaux québécois n'ont pas jusqu'ici eu l'occasion de se prononcer sur cet aspect de la question.

En droit français, dès lors que le maître de l'ouvrage a payé l'entrepreneur principal, on considère généralement qu'il n'y a pas eu enrichissement de celui-ci : J.-P. BABANDO, préc., note 7, p. 136.

Cependant, il y a lieu de mentionner que la Cour de cassation a déjà accueilli l'action d'un sous-traitant contre un maître d'ouvrage sur le fondement de l'enrichissement sans cause : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 juin 1985 : D. 1986 p. 456, note Dubois. Cette décision a été remise en cause par une autre décision de la Cour de cassation en 1992 : Civ. 3e, 9 déc. 1992, pourvoi n° 91-11.210, qui rejetait l'action du sous-traitant, en raison de la justification à l'enrichissement dans le contrat. Par contre, dans une décision subséquente, la Cour de cassation a affirmé que l'existence d'un contrat de sous-traitance ne peut constituer la cause légitime de l'enrichissement de l'entrepreneur principal en l'absence de paiement des marchandises dont il a pris possession. La Cour a donc affirmé que le contrat entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant ne pouvait justifier l'enrichissement de l'entrepreneur, qui s'enrichissait au détriment d'un fournisseur, l'appauvri : Cour de cassation, 1<sup>re</sup> civ. 1 octobre 1996 n° 93-19.621.

<sup>147</sup> « Il n'est pas nécessaire que le lien de corrélation soit direct : il suffit qu'il existe. » : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 119, n° 1398, p. 709 ; « Il n'est même pas nécessaire que l'enrichissement passe directement du patrimoine de l'appauvri à celui de l'enrichi : il peut y aboutir par l'intermédiaire de celui d'un tiers. » : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, « L'enrichissement injustifié », dans *Les obligations*, 6<sup>e</sup> édition par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 2005, 2005EYB2005OBL22, n° 580.

<sup>148</sup> *Durand c. Graham*, [1955] R.L. 510. (C.S.), où les conditions de l'enrichissement injustifié ne se sont pas réalisés, compte tenu de la justification à l'appauvrissement et à l'enrichissement, dans les deux contrats d'entreprises. Le juge Jean a aussi mentionné que le sous-traitant pouvait réclamer la plus-value donnée à l'immeuble en vertu des dispositions relatives au privilège ouvrier et qu'il ne pouvait, par le moyen de l'action *de in rem verso*, faire revivre ce recours.

l'enrichissement en raison de l'acte juridique ne peut s'appliquer dans un contexte de sous-traitance. Le législateur édicte en effet qu'il y a justification à l'enrichissement lorsque cet enrichissement découle de l'exécution d'une obligation<sup>149</sup>. La jurisprudence refusant le recours du sous-traitant estime que cette justification à l'enrichissement s'applique également dans le contexte où il y a enrichissement indirect<sup>150</sup>. Cependant, dans un contexte d'enrichissement direct, cette justification à l'enrichissement est nécessaire, car autrement, il y a aurait reconnaissance de la lésion par le biais du recours en enrichissement injustifié<sup>151</sup>. En effet, si le recours *in rem de verso* était permis entre les parties à un même contrat, bien des contrats pourraient donner ouverture au recours, considérant la disproportion souvent présente entre les parties contractantes. Toutefois, dans le contexte de l'enrichissement indirect du maître de l'ouvrage, nous croyons qu'il n'y a pas lieu d'invoquer l'exécution de l'obligation contractuelle pour justifier son enrichissement. Au regard du principe sous-jacent au recours *in rem de verso*, soit l'équité, il est choquant d'invoquer la relation contractuelle pour justifier l'enrichissement alors que c'est spécifiquement ce schéma de relation contractuelle qui mène à l'iniquité dont est victime le sous-traitant.

---

*Dufresne Construction Co. c. P.G. du Québec*, (1976) C.S. 946, où l'action *in rem verso* a été intentée par un sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. La Cour a jugé que l'enrichissement et l'appauvrissement avaient une cause légitime, en l'occurrence, les contrats intervenus. La Cour a ajouté qu'au surplus, le sous-traitant n'avait pas pris le recours qui s'offrait à lui à l'occasion de la cession des biens de l'entrepreneur général (les faits démontrent également que le sous-traitant n'avait pas rempli les formalités requises de l'acte de cautionnement).

*Franklin Empire inc. c. Construction Fitzpatrick Canada Ltée*, B.E. 2000BE-376 (C.A.), où un arrière-fournisseur invoquait l'enrichissement injustifié de l'entrepreneur général. La Cour d'appel a été d'avis que la doctrine de l'enrichissement sans cause ne pouvait être invoquée par le fournisseur, car son appauvrissement résultait de l'insolvabilité de son cocontractant.

Voir aussi les décisions suivantes : *Pavage Rolland Fortier inc. c. Caisse populaire Desjardins de La Plaine*, REJB 2001-23873 (C.A.), conf. 1998-0641 (C.S.), REJB 1998-06481, où le recours en enrichissement injustifié entrepris par un entrepreneur a été rejeté. L'entrepreneur intentait l'action contre la Caisse, devenue propriétaire de l'immeuble ayant fait l'objet de travaux par le biais d'une prise en paiement. Le recours a été rejeté étant donné la justification à l'enrichissement, par l'effet de la loi. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

<sup>149</sup> *C.c.Q.*, art. 1494.

<sup>150</sup> Voir : note 148.

<sup>151</sup> « L'exécution d'un contrat de vente, par exemple, peut permettre à l'un des cocontractants de s'enrichir, lorsque sa contrepartie est inférieure à celle de l'autre. » : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, « L'enrichissement injustifié », préc., note 147, n° 582.

La dernière condition est la subsidiarité<sup>152</sup>. Cette condition implique que l'appauvri doit voir son recours refusé « s'il peut, aurait pu ou pourrait faire valoir contre l'enrichi un recours résultant d'un contrat ou d'une disposition législative quelconque »<sup>153</sup>. Le législateur, par le libellé de l'article 1494 du *C.c.Q.*, a réduit cette condition aux recours existant entre l'appauvri et l'enrichi. De plus, la Cour d'appel a récemment consacré l'interprétation littérale de cette disposition. Par cette interprétation, le législateur laisse subsister la possibilité de recours contre des tiers<sup>154</sup>. Si l'on applique ces principes au sous-traitant, cela signifie que l'on ne peut lui opposer le recours qu'il peut avoir contre l'entrepreneur général, contre une caution ou encore son recours en vertu du régime de l'hypothèque légale, car ce dernier recours s'exerce non pas contre le maître de l'ouvrage mais contre l'immeuble<sup>155</sup>.

En somme, le recours *in rem de verso* est un recours auquel on pourrait penser pour le paiement d'un sous-traitant. On doit toutefois garder à l'esprit que les conditions de ce recours doivent être remplies et sont exigeantes. Le sous-traitant pourrait se heurter à la justification à l'enrichissement ou à l'appauvrissement en raison de l'exécution d'une obligation contractuelle. Cependant, tel que susmentionné, il nous semble que cette justification à l'enrichissement vise les cas où un contrat est intervenu entre l'enrichi et l'appauvri.

---

<sup>152</sup> Cette condition se trouve parmi les cas de justification à l'enrichissement, à l'article 1494 du *C.c.Q.* : le « défaut, par l'appauvri, d'exercer un droit qu'il peut ou aurait pu faire valoir contre l'enrichi. » ; *Id.*, n° 586.

<sup>153</sup> *Id.*, n° 587.

<sup>154</sup> *Id.*, n° 587, faisant référence à l'arrêt *Les Placements Triar inc. c. Salama*, J.E. 2002-1597, REJB 2002-33339 (C.A.) ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 119, n° 1415 : Les professeurs Lluelles et Moore constatent que dorénavant, « lorsque le recours que détient ou détenait l'enrichi concerne un tiers, il ne fait pas obstacle au recours en enrichissement injustifié à l'égard de l'enrichi ».

<sup>155</sup> Ainsi, les motifs invoqués par les tribunaux pour refuser sur cette base le recours au sous-traitant ne sont plus valables. Dans l'affaire *Durand c. Graham* (*Durand c. Graham*, préc., note 148) un motif invoqué pour refuser l'action du sous-traitant était le fait que ce dernier avait un moyen de réclamer la plus-value donnée à l'immeuble en vertu du privilège ouvrier et qu'il avait négligé de respecter les formalités pour s'en prévaloir. Dans l'affaire *Dufresne Construction Co. c. P.G. du Québec* (préc., note 148) un motif de la Cour était que le sous-traitant n'avait pas pris le recours qui s'offrait à lui à l'occasion de la cession des biens de l'entrepreneur général ni n'avait rempli les formalités requises de l'acte de cautionnement. Dorénavant, considérant le libellé de l'article 1494 du *C.c.Q.* et l'interprétation de la Cour d'appel, la condition de la subsidiarité ne pourrait plus être un obstacle au recours du sous-traitant.

### *L'action oblique*

Si le sous-traitant est privé d'une action contractuelle contre le maître de l'ouvrage, il peut néanmoins prendre des mesures nécessaires ou utiles à la conservation de ses droits. Il peut ainsi se prévaloir de l'action oblique, afin d'exercer les droits d'action que l'entrepreneur général aurait négligé ou refusé d'exercer<sup>156</sup>. Ce mécanisme permet au sous-traitant d'agir à la place de l'entrepreneur et dans l'intérêt de ce dernier. L'intervention du sous-traitant par le mécanisme de l'action oblique n'est possible que si les conditions propres à l'action oblique sont remplies. D'abord, l'entrepreneur doit refuser ou négliger d'exercer les droits et les actions dont il dispose<sup>157</sup>. Ensuite, le sous-traitant doit disposer d'une créance certaine; il n'est pas nécessaire que la créance soit liquide et exigible dès le moment où l'action est intentée, mais elle doit l'être lorsque le jugement est rendu<sup>158</sup>. Enfin, le comportement de l'entrepreneur doit avoir pour effet de causer un préjudice au sous-traitant<sup>159</sup>. Par la voie de l'action oblique et pourvu que les conditions soient satisfaites, le sous-traitant peut intenter l'action en paiement de l'entrepreneur général contre le maître de l'ouvrage qu'il refuse ou néglige d'exercer. Cependant, les résultats de l'action oblique profitent au débiteur; ainsi, les sommes recueillies tombent dans le patrimoine de l'entrepreneur et profitent à tous les créanciers de ce dernier<sup>160</sup>. La décision rendue par la Cour supérieure dans l'affaire *Henri Labbé & Fils inc. c. 9057-0045 Québec inc.*<sup>161</sup> démontre que l'action oblique peut être une action appropriée pour un sous-traitant et lui permettre de recouvrer sa créance<sup>162</sup>. Les

---

<sup>156</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 206.

<sup>157</sup> C.c.Q., art. 1627 al. 1 ; Louise LANGEVIN et Nathalie VEZINA, « La protection du droit à l'exécution de l'obligation » dans Collection de droit 2008-09, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

<sup>158</sup> C.c.Q., art. 1627 al. 1, 1628. ; L. LANGEVIN et N. VEZINA, « La protection du droit à l'exécution de l'obligation », préc., note 157.

<sup>159</sup> C.c.Q., art. 1627 al. 1.

<sup>160</sup> C.c.Q., art. 1630.

<sup>161</sup> *Henri Labbé & Fils inc. c. 9057-0045 Québec inc.* J.E. 2004-1579 (C.S.)

<sup>162</sup> Dans cette affaire, l'entrepreneur n'avait par contre pas effectué des travaux dans un contexte de sous-traitance proprement dit. L'entrepreneur avait effectué des travaux sur des terrains, à la demande de la compagnie qui en était propriétaire. Entre la compagnie et l'entrepreneur, il était convenu que l'entrepreneur serait payé pour lesdits travaux qu'au moment où les terrains seraient vendus. Or, lorsque les terrains avaient été vendus, l'entrepreneur n'avait pas été payé par la compagnie. Comme la compagnie ayant acheté les travaux n'avait pas payé le solde du prix de vente des terrains au cocontractant de l'entrepreneur, l'entrepreneur a intenté une action oblique. Le tribunal a jugé que les conditions de l'action oblique étaient satisfaites. En effet, la créance de l'entrepreneur était certaine, liquide et exigible

tribunaux ont toutefois rejeté l'action oblique du sous-traitant lorsque les critères requis par la loi n'étaient pas rencontrés<sup>163</sup>.

En conclusion, la possibilité pour le sous-traitant d'entreprendre un recours extra-contractuel, un recours en enrichissement injustifié ou une action oblique dépend des faits. Les recours de droit commun peuvent certes être invoqués par le sous-traitant impayé. Toutefois, ces recours obéissent à des conditions très strictes qui, dans la plupart des cas où un sous-traitant cherche à être payé, ne sont pas remplies. En conséquence, dans le domaine de la construction, le législateur et la pratique ont élaboré des mécanismes afin de garantir le paiement de la main d'œuvre et des matériaux. Il s'agit principalement de l'hypothèque légale qui fera l'objet de notre premier chapitre, du cautionnement et des garanties monétaires que nous étudierons ensuite.

---

et le cocontractant de l'entrepreneur n'exerçait pas son recours contre l'acheteur pour obtenir le paiement du solde de prix de vente.

<sup>163</sup> Voir : *Dufresne Construction Co. c. P.G. du Québec*, préc., note 148 ; *Industries Remac inc. c. Constructions CLD (1985) inc.* J.E. 2007-1506 (C.S.) ; *9022-8818 Québec inc. (Syndic de)*, J.E. 2000-1575 (C.S.).

## CHAPITRE I. LA PROTECTION LÉGALE DES CRÉANCES DES SOUS-TRAITANTS

Le régime légal offre en principe une grande protection aux sous-traitants en permettant à ceux-ci de bénéficier d'une hypothèque légale garantissant le paiement de leur créance. L'hypothèque légale de la construction permet en effet aux sous-traitants d'exercer un droit hypothécaire contre l'immeuble ayant fait l'objet des travaux et d'avoir un rang privilégié par rapport à toutes les autres hypothèques (A. La protection des sous-traitants). Accordant une grande protection aux sous-traitants, l'hypothèque risque toutefois de causer des inconvénients au propriétaire de l'immeuble. Pour pallier ces inconvénients, le législateur a notamment prévu, pour le propriétaire, un droit de rétention sur les sommes dues à l'entrepreneur général (B. La protection du propriétaire). L'étude qui suit exposera le régime de l'hypothèque légale et traitera des difficultés dans l'application du régime, lesquelles touchent à la fois le propriétaire et les sous-traitants.

### A. La protection des créances des sous-traitants

La loi protège les sous-entrepreneurs et fournisseurs de matériaux contre le risque qu'ils ne soient pas payés en leur accordant un droit sur l'immeuble construit ou rénové. L'hypothèque légale du *Code civil du Québec* répond à la même définition que celle donnée aux privilèges de la construction sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*. Il s'agit d'une « sûreté réelle, attribuée par la loi, pour la garantie de leur créance, à ceux qui ont coopéré à des travaux de construction sur l'immeuble, en vertu de laquelle ces derniers peuvent faire vendre l'immeuble amélioré, en quelques mains qu'il soit et être préféré à tous sur la partie de son prix de vente, correspondant à la plus-value que ces travaux ont donnée à l'immeuble »<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Jacques DESLAURIERS, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2008, n° 372, p. 133 ; Géo.-M GIROUX, *Le privilège ouvrier: étude sur l'article 2013 du code civil*, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit, Université Laval, Montréal : Éditions Albert Lévêque, 1933, p. 56. Notons toutefois que cette définition ne rend pas compte de l'ensemble des recours hypothécaires qui se trouve aux articles 2773 *C.c.Q.*

Le professeur Karim est d'avis que le régime de l'hypothèque légale de la construction a des effets fort semblables à ceux que produisait l'ancien régime : Vincent KARIM, *Les contrats d'entreprise, de prestation de services et l'hypothèque légale*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2003, p. 370.

En 1978, l'Office de révision du *Code civil* (O.R.C.C.) recommandait « l'abrogation pure et simple » des privilèges de la construction<sup>165</sup>. La recommandation de l'O.R.C.C. ne visait pas uniquement ces privilèges, mais tous les privilèges<sup>166</sup>. Au soutien de cette proposition, l'O.R.C.C. exposait les exigences de la vie économique actuelle, qui ne correspondaient plus aux catégories de privilèges du Code civil. Les privilèges avaient une raison d'être dans le droit romain et l'Ancien droit en répondant à des motifs d'équité et d'intérêt commun<sup>167</sup>. Cependant, dans la société contemporaine, l'équité ne viendrait plus justifier les préférences légales; la notion d'équité commanderait plutôt l'égalité entre les créanciers. En conséquence, l'O.R.C.C. proposait de suivre le principe selon lequel les biens d'un débiteur forment le gage commun de ses créanciers et de laisser le soin aux parties de prévoir des sûretés conventionnelles. Les privilèges, jugés arbitraires par l'Office de révision, devaient être abolis.

Le rapport de l'O.R.C.C. faisait également état des difficultés plus techniques découlant des privilèges accordés aux participants à la construction<sup>168</sup>. Parmi celles-ci, on compte notamment l'effet négatif des privilèges sur le financement des projets de construction, dénoncé dès 1933 par Giroux en ces termes: « Avec un tel régime légal, est-il surprenant qu'il n'y ait plus de prêts sur des propriétés en construction? (...) Le législateur, par sa loi sur le privilège, a tué, pendant la période de construction, le crédit du propriétaire »<sup>169</sup>. En somme, la proposition de l'Office d'abolir les privilèges de la construction s'appuyait à la fois sur l'absence de fondement en justifiant l'existence et sur les difficultés pratiques qu'ils posaient. Ce projet a soulevé des protestations. Certains invoquaient l'utilité du régime pour la protection de la communauté de la construction<sup>170</sup>. En ce qui concerne la protection des sous-entrepreneurs et fournisseurs

---

<sup>165</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. 2, Commentaires, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 356 et suiv.

<sup>166</sup> *Id.*, p. 357.

<sup>167</sup> *Id.*

<sup>168</sup> Au sujet du privilège du fournisseur de matériaux, l'Office notait qu'il produisait parfois des effets négatifs. On soulignait que les fournisseurs se fiant à la protection que la loi leur accordait avaient tendance à accorder des délais de crédit excessifs et inusités eu égard au cours normal de leurs affaires. Or, ce crédit profitait aux entrepreneurs aux dépens du propriétaire (OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, préc., note 165, p. 363).

<sup>169</sup> G.-M. GIROUX, préc., note 164.

<sup>170</sup> Nathaniel H. Salomon (« The proposed abolition of the builder's privilege – good or bad law? » (1976) 36 *R. du B.* 399, p. 402-403) était d'avis que la sûreté accordée aux créanciers de la construction devait

de matériaux plus précisément, l'avocat Nathaniel H. Salomon invoquait la nécessité de la sûreté<sup>171</sup>.

Avec l'adoption du nouveau Code civil, le droit québécois est passé du régime du privilège ouvrier à celui de l'hypothèque légale de la construction et de la rénovation (1). Ce nouveau régime semble plus généreux à l'égard des sous-traitants (2). L'étude qui suit présente donc une analyse du régime légal et des modifications qu'il a subies, dans le but de déterminer la protection qu'il a accordée aux sous-traitants au cours des différentes périodes. Certaines différences entre le régime légal sous le *Code civil du Bas-Canada* et le *Code civil du Québec* ayant un impact sur les sous-traitants et fournisseurs de matériaux seront soulignées. D'emblée, les précisions terminologiques suivantes s'imposent : sous le régime du privilège ouvrier, la notion de sous-traitant était incluse dans les notions de constructeur et de fournisseur de matériaux. Sous le régime du *Code civil du Québec*, l'on vise les sous-traitants en référant au sous-entrepreneur ou au fournisseur de matériaux. En ce qui a trait à l'ouvrier, le *Code civil du Québec* le soumet à un régime particulier; celui-ci bénéficie de la protection sans devoir remplir les formalités de la dénonciation. En conséquence, le régime de l'ouvrier ne fera pas l'objet du présent mémoire.

### *1. Du privilège ouvrier à l'hypothèque légale de la construction*

L'analyse du régime légal et de ses modifications révèle que la protection des sous-traitants est relativement récente. Lorsque le régime fut introduit au Canada, ceux-ci n'étaient pas désignés à titre de bénéficiaires. De plus, l'étendue de la protection des sous-traitants s'est vue modifiée au fil des modifications du régime.

---

demeurer, considérant la protection qu'elle procure à ceux-ci et les impacts sur la société québécoise en général. En effet, selon celui-ci, la confiance qu'inspire le droit au privilège dans les échanges constitue un plus pour l'industrie de la construction et que pour cette seule raison, il devrait être reconduit, considérant les bénéfices du bien-être de l'industrie de la construction sur l'économie : "In any event, there can be little doubt that the confidence inspired by the right of privilege in the trades is a tremendous plus for the construction industry, and on that basis alone should be retained. It is elementary to say that when this industry is healthy it speaks well for the economy."

<sup>171</sup> *Id.*, p. 400.

L'idée que des normes juridiques soient nécessaires afin d'assurer la sauvegarde des droits des intervenants de la construction en leur accordant un droit sur la chose qu'ils ont contribué à construire n'est pas nouvelle, on la retrouve en germe dans le droit romain. Le droit romain accordait en effet une hypothèque tacite privilégiée à celui qui avait prêté des deniers pour reconstruire une propriété ou payé la créance de l'entrepreneur qui avait fait les travaux de reconstruction<sup>172</sup>. Dans l'ancien droit français, la jurisprudence étendit l'hypothèque aux travaux de construction et de réparation et admit les constructeurs ayant contracté avec le propriétaire à titre de bénéficiaires de cette hypothèque<sup>173</sup>. Le 18 août 1766, le Parlement de Paris adopta une première loi édictant ce « privilège du constructeur »<sup>174</sup>. Conformément à la jurisprudence, le privilège n'était attribué qu'aux constructeurs ayant contracté avec le propriétaire. Les ouvriers et fournisseurs de matériaux de l'entrepreneur ne pouvaient en réclamer personnellement les bénéfices<sup>175</sup>. Le Code Napoléon reprit les dispositions de l'ordonnance de 1766, à son article 2103<sup>176</sup>. La législation fut ensuite introduite au Canada dans les statuts refondus du Bas-Canada<sup>177</sup>. Les codificateurs du Code civil consacrèrent le privilège de la construction aux articles 2009, 2013 et 2103. Aux termes de ces dispositions, le privilège n'était attribué qu'au constructeur, terme qui n'incluait pas les sous-entrepreneurs ni les fournisseurs de matériaux<sup>178</sup>.

Par l'adoption de la *Loi Augé* en date du 8 janvier 1894, le privilège fut étendu au fournisseur de matériaux<sup>179</sup> et au sous-entrepreneur<sup>180</sup>. La *Loi Augé* fut remplacée en 1895 par une nouvelle loi qui apporta certaines modifications quant aux procédures

<sup>172</sup> G.-M. GIROUX, préc., note 164, p. 14.

<sup>173</sup> *Id.*, p. 14-15.

<sup>174</sup> *Id.*, p. 16.

<sup>175</sup> *Id.*, p. 17 ; Guyot, Vol. XII, Rép., Vo Ouvrier, p. 469 & s.

<sup>176</sup> *Id.*, p. 17.

<sup>177</sup> Statuts refondus du Bas-Canada, ch. 37, section 26 et 27 (dispositions introduites par le statut 4 Victoria, ch.30).

<sup>178</sup> G.-M. GIROUX, préc., note 164, p. 20.

<sup>179</sup> *Loi Augé*, adoptée le 8 janvier 1894 (Statut 57 Victoria, ch. 46), art. 2013 c. 2 : « Le fournisseur de matériaux doit informer par écrit le propriétaire de l'héritage des contrats qu'il a passés pour la livraison des matériaux, et lui en dénoncer le coût et l'héritage auquel ils sont destinés, avant la livraison de tels matériaux. »

<sup>180</sup> *Loi Augé*, adoptée le 8 janvier 1894 (Statut 57 Victoria, ch. 46), art. 2013 c. 3 : « Le sous-entrepreneur doit également dénoncer au propriétaire de l'héritage, au bailleur de fonds, ou à l'un des deux, suivant le cas, ou à ses agents dans les huit jours de la signature d'iceux, les contrats qu'il a faits avec l'entrepreneur principal. »

d'acquisition et de conservation du privilège<sup>181</sup>. Cette nouvelle législation ne désignait plus les fournisseurs parmi les bénéficiaires du privilège. La jurisprudence les jugea tout de même bénéficiaires du privilège et le 2 juin 1904, les articles furent amendés pour les ajouter à la liste des bénéficiaires<sup>182</sup>. En 1916, les dispositions du Code civil ont été modifiées<sup>183</sup>. Par ces modifications, l'article 2013a confirma que le terme « constructeur » référerait à l'entrepreneur et au sous-entrepreneur<sup>184</sup>. Ainsi, ce n'est que depuis l'adoption de la *Loi Augé*, en 1894, que les sous-entrepreneurs et fournisseurs de matériaux bénéficient de la protection légale.

Suivant les recommandations de l'ORCC, la notion de privilège en tant que droit réel devait être abolie. L'Avant-projet de loi sur les sûretés<sup>185</sup>, en 1986, n'a pas suivi ces recommandations et a reconduit la notion de privilège. Cependant, l'Avant-projet de loi sur les sûretés prévoyait une hypothèque légale sans rang privilégié<sup>186</sup>. N'édicant pas un rang prédéterminé, les participants à la construction auraient bénéficié d'une hypothèque légale prenant rang en fonction de la date d'inscription<sup>187</sup>. Cette suggestion fut toutefois écartée, en raison de son incompatibilité avec l'article qui prévoyait le même rang pour tous les intervenants à la construction et leur paiement en concurrence<sup>188</sup>. Le projet de loi 125, en 1990<sup>189</sup>, avait donc prévu expressément que la date d'inscription prise en compte serait celle du premier avis d'hypothèque légale publié<sup>190</sup>.

---

<sup>181</sup> Statut 59, Victoria, ch. 42, 21 décembre 1895.

<sup>182</sup> Statut 4 Edouard VII, ch. 43, 2 juin 1904.

<sup>183</sup> Statut 7 Georges V, ch. 52., 22 décembre 1916.

<sup>184</sup> David H. KAUFFMAN et Guy GILAIN, *The Construction Hypothec*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2007, p. 145 ; *C.c.B.C.*, art. 2013a : «[...] Le mot « constructeur » comprend également un entrepreneur et un sous-entrepreneur ».

<sup>185</sup> *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Avant-projet de loi, 1<sup>re</sup> session, 33<sup>e</sup> législature, Québec.

<sup>186</sup> *Id.*, art.2888(2), 2890-2891 ; Denise PRATTE, « La réalisation des hypothèques légales de la construction », (1994) 97 *R. du N.* 52, 54.

<sup>187</sup> *Id.*, art. 3309.

<sup>188</sup> D. PRATTE, « La réalisation des hypothèques légales de la construction », préc., note 186, p. 54-55.

<sup>189</sup> *Code civil du Québec*, Projet de loi 125, 1<sup>re</sup> session, 34<sup>e</sup> législature.

<sup>190</sup> En ce qui a trait à la limite relative à la valeur marchande : lors de ces amendements, elle fut abandonnée au profit d'une entière garantie du coût des travaux, matériaux ou services : D. PRATTE, « La réalisation des hypothèques légales de la construction », préc., note 186, p. 55.

Enfin, en 1991, le projet fut amendé pour réintégrer le rang privilégié comparable à celui dont il jouissait sous le *Code civil du Bas-Canada*<sup>191</sup>. Ainsi, selon la professeure Pratte, le législateur a choisi de reconduire le privilège de la construction de l'ancien régime dans le véhicule de l'hypothèque légale<sup>192</sup>. En effet, le *Code civil du Québec* accorde aux personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble une hypothèque légale avec un rang privilégié, pour la plus-value apportée à l'immeuble.

L'hypothèque légale du *Code civil du Québec* répond à la même définition que celle donnée aux privilèges de la construction sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* et elle continue de profiter aux sous-traitants. Son existence est toujours fondée sur la plus-value qu'apportent à l'immeuble les participants à la construction. L'hypothèque de la construction prend sa source à l'article 2724 du Code, qui la consacre en ces termes : « Les seules créances qui peuvent donner lieu à une hypothèque légale sont les suivantes [...] Les créances des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble [...] ». Sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*, l'article 2013 édictait : « L'ouvrier, le fournisseur de matériaux, le constructeur et l'architecte ont un privilège et un droit de préférence sur l'immeuble, mais seulement quant à la plus-value donnée à cet immeuble par leurs travaux ou matériaux, à l'encontre de tous les autres créanciers »<sup>193</sup>. Les privilèges, qui résultaient de la loi, conféraient donc à leurs bénéficiaires des droits de suite et de préférence. Le droit de préférence s'exerçait sur la partie représentant l'augmentation de valeur que les travaux ont procurée à l'immeuble<sup>194</sup>. La sûreté réelle était acquise sans formalités<sup>195</sup>, sous réserve pour les fournisseurs et entrepreneurs qui ne traitaient pas avec le propriétaire de dénoncer leurs contrats<sup>196</sup>. Sa conservation provisoire était assujettie à des formalités<sup>197</sup> et une action

---

<sup>191</sup> Projet de loi 125, art. 2937 (aujourd'hui à l'article 2952 du *C.c.Q.*) ; D. PRATTE, « La réalisation des hypothèques légales de la construction », préc., note 186, p. 55.

<sup>192</sup> *Id.*, p. 56.

<sup>193</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013.

<sup>194</sup> G.-M. GIROUX, préc., note 164, p. 52-53 ; Le privilège porte sur l'amélioration. L'idée qui sous-tend ce principe est ainsi justifiée : « Il est raisonnable que le coût (de l'amélioration) en soit acquitté avant qu'elle n'entre sans lien dans le patrimoine du propriétaire et qu'elle ne soit soumise, libre de toutes charges, au droit de gage général ou spécial de ses créanciers. ».

<sup>195</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013f ; G.-M. GIROUX, préc., note 164, p. 55.

<sup>196</sup> Dénonciation du sous-entrepreneur : *C.c.B.C.*, art. 2013f al. 3 ; dénonciation du fournisseur : *C.c.B.C.*, art. 2013e al. 3.

devait être entreprise dans le délai édicté<sup>198</sup>. Les dispositions du *Code civil du Québec* ne sont pas fondamentalement différentes de celles du *Code civil du Bas-Canada*.

Au-delà des raisons qui militent en faveur du maintien d'une sûreté légale avec rang privilégié, la deuxième partie de ce chapitre exposera certaines difficultés qui subsistent toujours quant à son application.

## 2. L'étendue de la protection légale des créances des sous-traitants

Malgré les effets semblables des sûretés de l'ancien et du nouveau régime<sup>199</sup>, certaines différences ayant un impact sur les sous-traitants et fournisseurs de matériaux doivent être soulignées<sup>200</sup>. On verra dans un premier temps que la disparition du sous-ordre de collocation particulier aux privilèges de la construction a, du moins théoriquement, généralement pour effet d'améliorer le sort des sous-traitants. Dans un deuxième temps, on verra que suivant certaines interprétations, la réforme aurait entraîné d'autres modifications ayant un impact sur la protection des créances des sous-traitants. Ces modifications auraient pour effet d'assurer le paiement d'une plus grande partie de leurs créances et de faire en sorte qu'un plus grand nombre de sous-traitants puissent bénéficier de l'hypothèque l'égale. Quoique que ces interprétations n'aient pas encore été consacrées par la jurisprudence, il convient ici d'en faire état.

### *La disparition du sous-ordre de collocation particulier aux privilèges de la construction*

La principale différence entre les régimes du Code civil du Bas-Canada et du Code civil du Québec applicables aux sous-traitants et fournisseurs touche le rang de collocation

<sup>197</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013f, 2013e. Le fournisseur de matériaux, le constructeur et l'architecte doivent compléter des formalités dans les trente jours qui suivent la fin des travaux ; Le privilège de l'ouvrier n'a pas besoin d'être enregistré : *C.c.B.C.*, art. 2013d.

<sup>198</sup> Constructeur et architecte : *C.c.B.C.*, art. 2013f : six mois qui suivent la fin des travaux ; ouvrier : art. 2013d : trente jours qui suivent la fin des travaux ; fournisseur de matériaux : art. 2013e : trois mois qui suivent la fin des travaux.

<sup>199</sup> Le professeur Karim met toutefois en garde : l'hypothèque légale ne peut être traitée de la même manière que le privilège ouvrier. En remplaçant le privilège ouvrier par l'hypothèque légale, le législateur a voulu réformer le droit et en conséquence, l'on ne peut « s'appuyer automatiquement sur l'interprétation donnée au privilège ouvrier pour déterminer l'étendue et la portée de l'hypothèque légale de la construction. » : V. KARIM, préc., note 164, p. 370.

<sup>200</sup> Le nouveau régime a également opéré un changement en ce qui a trait aux formalités de conservation de la sûreté. Les formalités sont similaires à celles retrouvées dans l'ancien régime, la différence réside dans l'uniformisation de ces formalités. En effet, tous les bénéficiaires sont maintenant assujettis aux mêmes exigences d'inscription d'un avis désignant l'immeuble grevé et indiquant le montant de la créance et de publication d'une action contre le propriétaire ou d'inscription d'un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire : Denise PRATTE, « La création de l'hypothèque légale immobilière », (1992) 23 *R.G.D.* 385, 398 ; *C.c.Q.*, art. 2727 al. 2 et 3.

des intervenants de la construction<sup>201</sup>. D'abord, sous l'ancien régime, selon le rang des divers privilèges immobiliers établi par le législateur, les privilèges de la construction se classaient au septième rang<sup>202</sup>. Parmi les privilèges qui primaient les privilèges de la construction se trouvaient les frais de justice, les frais faits dans l'intérêt commun et les droits seigneuriaux<sup>203</sup>. Sous le régime du *Code civil du Québec*, l'hypothèque légale de la construction prend rang avant toute autre hypothèque publiée<sup>204</sup>. Cependant, certaines créances prioritaires prennent toujours rang avant celle des personnes ayant participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble<sup>205</sup>.

La modification qui affecte plus précisément les sous-traitants et les fournisseurs consiste en la disparition du sous-ordre de collocation, que prévoyait l'ancien Code<sup>206</sup>. En effet, les privilèges de la construction n'avaient pas un rang commun. L'article 2013 du *C.c.B.C.* prévoyait le rang suivant : au premier, l'ouvrier, au deuxième, le fournisseur de matériaux, au troisième, le constructeur et au quatrième, l'architecte. En raison de ce sous-ordre, l'article 2013a du *C.c.B.C.* définissait de façon précise les différents bénéficiaires<sup>207</sup>. La collocation entre ces bénéficiaires devait se faire sans tenir compte de la diversité des débiteurs<sup>208</sup>. Pour la distribution du privilège, le législateur considérait les intervenants comme n'ayant qu'un débiteur commun, soit le propriétaire<sup>209</sup>. Par conséquent, le constructeur et le sous-entrepreneur venaient par concurrence dans leur classe du sous-ordre, mais l'ouvrier et le fournisseur de matériaux passaient avant eux. Le nouveau Code n'a pas repris ce sous-ordre de collocation : les créanciers hypothécaires de la construction sont colloqués en concurrence aux termes de l'article 2952 du *C.c.Q.*<sup>210</sup> Ainsi, l'ouvrier et le fournisseur de matériaux ne bénéficient

---

<sup>201</sup> V. KARIM, préc., note 164, p. 371.

<sup>202</sup> *C.c.B.C.*, art. 2009 ; *Id.*, p. 371 ; G.-M. GIROUX, préc., note 164, p. 404 et suiv.

<sup>203</sup> *Id.*

<sup>204</sup> *C.c.Q.*, art. 2952.

<sup>205</sup> *C.c.Q.*, art. 2657. ; D. PRATTE, préc., note 104, p. 251.

<sup>206</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013c ; Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal : Les Éditions Thémis, 1999, p. 55 ; G.-M. GIROUX, préc., note 164, p. 417.

<sup>207</sup> Denise PRATTE, « La création de l'hypothèque légale immobilière », préc., note 200, p. 391 ; P. CIOTOLA, préc., note 206, p. 155 : l'absence de définitions dans le *Code civil du Québec* ne serait donc pas une lacune.

<sup>208</sup> G.-M. GIROUX, préc., note 164, p. 418.

<sup>209</sup> *Id.*

<sup>210</sup> P. CIOTOLA, préc., note 206, p. 155.

plus d'une préséance sur le constructeur et le sous-entrepreneur comme jadis. En raison de cette modification, il y a désormais égalité entre les personnes qui participent aux travaux. La modification n'a toutefois pas eu d'effet sur les droits du propriétaire.

*Les sous-traitants pouvant bénéficier de l'hypothèque légale*

Le sous-entrepreneur<sup>211</sup> est un bénéficiaire expressément mentionné à l'article 2726 du *C.c.Q.* Sous l'ancien Code, bien qu'aucune référence n'était faite au sous-entrepreneur, le mot « constructeur » comprenait l'entrepreneur et le sous-entrepreneur<sup>212</sup>. Tant sous l'ancien Code que le nouveau, le sous-entrepreneur « de second ordre » ou « sous-sous-contractant » peut inscrire une hypothèque légale<sup>213</sup>. Dans une décision rendue par la Cour supérieure, le droit à l'hypothèque a même été accordé à un arpenteur-géomètre à titre de sous-entrepreneur de l'architecte<sup>214</sup>. Suivant une décision subséquente de la même Cour, pour bénéficier de l'hypothèque, le sous-entrepreneur doit construire « physiquement un édifice ou l'un des systèmes qui lui permettent de remplir sa destination »<sup>215</sup>. Cette interprétation semble plus conforme au texte de l'article 2726 *C.c.Q.* En ce sens la professeure Pratte estime que le terme sous-entrepreneur réfère au « constructeur qui agit en sous-traitance »<sup>216</sup>.

---

<sup>211</sup> Le sous-entrepreneur est « la personne qui fait des travaux de construction sur un immeuble pour le bénéfice de son propriétaire, mais en exécution d'un contrat d'entreprise passé avec une autre personne qui avait elle-même entrepris les mêmes travaux pour le propriétaire. » Cette définition du sous-entrepreneur donnée par Giroux, G.-M. GIROUX, préc., note 164, p. 95, est reprise par le professeur Jacques Deslauriers, (préc., note 164, n° 407 p. 148).

<sup>212</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013a ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 406, p. 148.

<sup>213</sup> *Sherbrooke (Ville de) c. Pelouse de la Capitale Inc.*, J.E. 83-337 (C.S.), décision à laquelle réfère le professeur Deslauriers, *Id.*, n° 406, p. 148 ; D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, préc., note 104, n° 383, p. 235.

<sup>214</sup> *Havre Citadelle inc. c. Beaulieu, Marcoux*, (1993) R.D.I. 253 (C.S.) (Appel rejeté sur requête). La professeure Pratte a remis en question la compréhension du terme sous-entrepreneur de la première décision, considérant que la notion de sous-entrepreneur n'a pas pour but de venir ajouter des nouveaux bénéficiaires à ceux mentionnées à l'article 2726 du *C.c.Q.* : D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, préc., note 104, n° 373a, p. 220.

<sup>215</sup> « L'étude des dispositions légales démontre que l'entrepreneur ou le sous-entrepreneur susceptibles de bénéficier d'un privilège est nécessairement la personne qui construit physiquement un édifice ou l'un des systèmes qui lui permettent de remplir sa destination. » : *Lalonde c. Rousseau*, (1994) R.D.I. 587, 590 (C.S.) (Appel rejeté sur requête).

<sup>216</sup> D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, préc., note 104, n° 373a, p. 220.

### *Le cas particulier du fournisseur de matériaux*

Le fournisseur de matériaux est l'un des bénéficiaires de l'hypothèque légale, parmi ceux que nomme l'article 2726 du *C.c.Q.*<sup>217</sup>. Bien qu'il soit un bénéficiaire nommé, on peut s'interroger sur le droit du fournisseur à l'hypothèque dans deux contextes particuliers, en l'occurrence, dans le contexte où le fournisseur contracte avec un autre fournisseur ou un sous-entrepreneur et dans le contexte où les matériaux qu'il fournit ne sont pas incorporés ou utilisés.

Dans un contexte de sous-traitance « en chaîne »<sup>218</sup>, on s'interroge sur le droit du fournisseur à l'hypothèque légale. En effet, le rôle joué par le cocontractant du fournisseur dans l'opération de sous-traitance peut avoir un impact sur le droit du fournisseur à l'hypothèque légale.

Sous l'ancien régime, pour que le fournisseur bénéficie du privilège, les matériaux devaient être fournis au propriétaire ou au constructeur, aux termes de l'article 2013e du *C.c.B.C.*<sup>219</sup>. L'article 2013a précisait que « le mot « constructeur » comprend également un entrepreneur et un sous-entrepreneur »<sup>220</sup>. Le nouveau Code ne spécifie plus le destinataire des matériaux; il suffit que les matériaux aient été fournis ou préparés pour les travaux demandés par le propriétaire<sup>221</sup>. Se pose alors la question du droit à l'hypothèque légale du fournisseur lorsqu'il n'a pas contracté avec le propriétaire ou l'entrepreneur général. Lorsque le fournisseur contracte avec un sous-entrepreneur, il semble généralement admis qu'il ait le droit à l'hypothèque légale, malgré que le nouveau Code civil ne le précise pas<sup>222</sup>.

---

<sup>217</sup> *C.c.Q.*, art. 2726.

<sup>218</sup> Expression utilisée par Erick Martinville : E. MARTINVILLE, préc., note 1, p.117.

<sup>219</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013e.

<sup>220</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013a.

<sup>221</sup> *C.c.Q.*, art. 2726.

<sup>222</sup> Selon Savard et Quinn, le fournisseur de matériaux qui contracte avec un sous-entrepreneur bénéficie de la protection légale : *Industrielle-Alliance (L'), compagnie d'assurance sur la vie c. C.J. Rush. Division de Derlan Manufacturing Inc.*, J.E. 94-1991 (C.S.); voir : *A. & D. Prévost c. Hôpital général du Lakeshore*, EYB 2007-120766 (C.Q.), où le tribunal reprend les propos de Savard et Quinn (Jean A. SAVARD et Bernard P. QUINN, « L'hypothèque légale », dans *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal : Wilson & Lafleur ltée, 1998, p. 603) et affirme qu'il « est bien établi que le fournisseur de matériaux qui contracte avec le propriétaire, l'entrepreneur ou le sous-entrepreneur a droit à l'inscription d'une hypothèque légale dans la mesure où les matériaux qu'il fournit apportent une plus-

Le droit est toutefois moins clair en ce qui concerne l'hypothèque légale du fournisseur d'un fournisseur de matériaux. Interprétant l'article 2013e du *C.c.B.C.*, les tribunaux étaient d'avis que celui qui fournissait des matériaux à un autre fournisseur de matériaux n'avait pas droit à un privilège de la construction<sup>223</sup>. Au soutien de l'absence de droit de l'arrière-fournisseur, la Cour d'appel invoquait le principe de l'interprétation stricte des dispositions relatives aux privilèges : le libellé de l'article 2013e du *C.c.B.C.* exige une relation contractuelle directe avec le propriétaire ou l'entrepreneur<sup>224</sup>. Comme le libellé de l'article 2726 du *C.c.Q.* diffère du texte du *Code civil du Bas-Canada*, la doctrine s'est penchée à nouveau sur le droit de l'arrière-fournisseur, suite à l'adoption du nouveau Code. Les auteurs sont d'avis que l'arrière-fournisseur n'est pas un bénéficiaire de l'hypothèque légale<sup>225</sup>. Ils se rallient à cet égard à la position de la Cour d'appel dans l'arrêt *Drummond c. Aciers Lévisiens Ltée*<sup>226</sup>. Une décision récente a toutefois donné ouverture au droit de l'arrière-fournisseur à l'hypothèque. Dans *Laurent Verreault inc. c. Bousquet Technologies inc.*<sup>227</sup>, la Cour du Québec statuait sur une requête en radiation d'une hypothèque légale publiée par un arrière-fournisseur. Le juge Brochet est arrivé à

---

value à l'immeuble. » ; Stéphane HARVEY, « Commentaire sur la décision A. & D. Prévost c. Hôpital général du Lakeshore – L'hypothèque légale de la construction : quand le fournisseur contracte avec un sous-entrepreneur », *Repères*, septembre 2007, EYB2007REP624.

<sup>223</sup> David H. KAUFFMAN et Guy GILAIN, préc., note 184, p. 113.

*Saint-Martin & Michaud Construction Inc. c. Campeau Corp.*, J.E. 82-489 (C.S.) ; *Caloritech division de chauffage Casah Inc. c. Groupe Alpha Ltée*, (1987) R.D.I. 110 (C.P.) ; *Comco Pipe & Supply Co. c. Ravenco Inc.*, J.E. 91-664 (C.S.) ; *Russel Drummond c. Aciers Lévisiens Ltée*, (1994) R.J.Q. 19, (1994) R.D.I. 17 (C.A.) : décisions rendues sous l'empire de l'ancien Code auxquelles réfère le professeur Deslauriers (préc., note 164, n° 390, p. 141).

<sup>224</sup> *Russel Drummond c. Aciers Lévisiens Ltée*, (1994) R.D.I. 17 (C.A.) ; D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, préc., note 104, n° 369a, p. 216.

<sup>225</sup> P. CIOTOLA, préc., note 206, n° 2.83, p. 156 ; V. KARIM, préc., note 164, p. 412 ; J. A. SAVARD et B. P. QUINN, préc., note 222, p. 603 ; Denise PRATTE, « Les hypothèques », dans Collection de droit 2007-08, École du Barreau du Québec, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 146.

*Contra* : J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 390 p. 141, faisant référence à la décision récente *Laurent Verreault inc. c. Bousquet Technologies inc.* J.E. 2007-1593 (C.Q.) ; D. H. KAUFFMAN et G. GILAIN, préc., note 184, n° 241, p. 114 : Me Kauffman et Me Gilain sont d'avis que la position suivant laquelle l'arrière-fournisseur n'aurait pas droit à l'hypothèque légale peut être contestée, étant donné que le texte du Code civil a été modifié. Ceux-ci soulèvent que le point important est la dénonciation. L'arrière-fournisseur devrait avoir droit à l'hypothèque s'il a valablement dénoncé son contrat au propriétaire.

<sup>226</sup> *Russel Drummond c. Aciers Lévisiens Ltée*, (1994) R.D.I. 17 (C.A.)

<sup>227</sup> *Laurent Verreault inc. c. Bousquet Technologies inc.* J.E. 2007-1593 (C.Q.) ; Jean-Emmanuel BEAUBRUN et Marc-André MORIN, « Commentaire sur la décision *Laurent Verreault inc. c. Bousquet Technologies inc.* – L'hypothèque légale de l'arrière-fournisseur enfin reconnue », *Repères*, novembre 2007, EYB2007REP645.

la conclusion que les dispositions du Code permettent dorénavant à tous les fournisseurs de matériaux qui participent à la construction ou la rénovation d'un immeuble de bénéficier de l'hypothèque légale. Dans cette perspective, le fournisseur d'un fournisseur peut donc se prévaloir de la sûreté<sup>228</sup>.

La décision du juge Brochet a été commentée par la Cour d'appel, dans une décision unanime dont les motifs sont signés par le juge Chamberland<sup>229</sup>. Devant la Cour, l'appelante, un arrière-fournisseur de matériaux, se pourvoyait contre un jugement ayant fait droit à une demande en radiation de son avis d'hypothèque légale. Le tribunal de première instance avait jugé qu'à titre de fournisseur d'un fournisseur, *Bois Expansion* ne pouvait bénéficier d'une hypothèque légale, n'étant pas l'une des personnes visées à l'article 2726 du *C.c.Q.* La Cour d'appel jugea que l'appelante ne pouvait bénéficier d'une hypothèque légale, non pas en raison de son statut d'arrière-fournisseur, mais en raison du fait que la quittance finale donnée au propriétaire était valide et avait eu pour effet d'éteindre l'hypothèque légale<sup>230</sup>. Néanmoins, le juge Chamberland a pris soin d'exposer la question du droit de l'arrière-fournisseur. Il souligne qu'il y a consensus entre les auteurs pour dire que les 2726 à 2728 du *C.c.Q.* n'ont pas changé sa situation. Puis, il cite la décision *Laurent Verreault inc. c. Bousquet Technologies inc.* et note un élément dont le juge Brochet n'a pas traité. Il s'agit du libellé de l'article 2123 du *C.c.Q.*

---

<sup>228</sup> La décision du juge Brochet repose d'abord et avant tout sur le texte de l'article 2726 du *C.c.Q.*, qui prévoit le droit du fournisseur de matériaux à l'hypothèque légale, sans exiger une relation contractuelle avec l'entrepreneur ou le propriétaire. Considérant cette modification des textes, le juge distingue la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Russel Drummond*, où la décision avait été prise en appliquant la disposition du *C.c.B.C.* qui exigeait une relation contractuelle avec l'entrepreneur ou le propriétaire. Ensuite, le juge réfute l'argument de la partie demanderesse selon lequel l'omission de mentionner l'arrière-fournisseur était représentative de l'intention du législateur, considérant que le sous-entrepreneur était mentionné. De l'avis du juge, cet argument n'est pas valable : un arrière-fournisseur de matériaux est toujours un fournisseur de matériaux, de la même façon qu'un sous-sous-entrepreneur est toujours un sous-entrepreneur par rapport à l'entrepreneur général. Le sous-sous-entrepreneur peut se prévaloir de l'hypothèque, même s'il n'est pas nommé. En ce qui a trait à l'argument basé sur la décision *3181588 Canada inc. c. 3677311 Canada inc. & al.*, REJB 2004-53771 (C.A.), où l'on a refusé au locateur d'équipement le droit à l'hypothèque légale, le juge considère que cet arrêt n'est pas pertinent en l'espèce. Cette décision affirmait qu'en raison des Commentaires du ministre de la justice (lesquels affirment que l'article 2726 touche les mêmes personnes que celles visées par les dispositions de l'ancien Code), il n'y avait pas lieu d'élargir la liste des personnes pouvant bénéficier de l'hypothèque légale de la construction pour inclure le locateur équipement. Le juge considère que la situation était différente pour le fournisseur de matériaux, qui disposait d'un privilège dans l'ancien droit, comme dans le nouveau.

<sup>229</sup> *Bois Expansion inc. c. Yaraghi*, J.E. 2008-988 (C.A.)

<sup>230</sup> En vertu de l'article 2661 du *C.c.Q.*, qui consacre le principe voulant que l'hypothèque ne vaut qu'autant que l'obligation dont elle garantit l'exécution subsiste.

qui édicte que le propriétaire peut retenir une somme suffisante pour acquitter les créances des personnes « qui lui ont dénoncé leur contrat avec l'entrepreneur ». Sans émettre d'opinion, le juge Chamberland s'interroge à savoir si l'on pourrait soutenir que la conjugaison des articles 2123 et 2728 du *C.c.Q.* reflète le droit antérieur à l'effet que seules les personnes qui ont contracté avec l'entrepreneur peuvent bénéficier de l'hypothèque. Le juge conclut que cette question demeure ouverte.

Ainsi, le droit de l'arrière-fournisseur à l'hypothèque légale n'est pas clairement déterminé : d'un côté, la doctrine majoritaire considère qu'il ne peut en bénéficier et de l'autre, une décision de la Cour du Québec l'a inclus parmi les bénéficiaires. Quoiqu'il en soit, l'arrière-fournisseur devrait dénoncer son contrat au propriétaire. Cependant, comme il n'est pas certain qu'il ait droit à l'hypothèque légale, il devrait également s'assurer d'obtenir une garantie de son cocontractant ou exiger des paiements périodiques. Il pourrait de plus dénoncer son contrat à l'entrepreneur général et s'informer à savoir s'il peut bénéficier du cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux.

La deuxième question porte sur la question de l'incorporation et l'utilisation des matériaux. La modification des textes a, en apparence, modifié l'étendue de la sûreté du fournisseur de matériaux. L'ancien régime prévoyait de façon expresse son privilège « sur l'immeuble dans la construction duquel entrent des matériaux qu'il a fournis au propriétaire ou au constructeur, ou qu'il a spécialement préparés pour telle construction »<sup>231</sup>. L'article 2013a du *C.c.B.C.* précisait que le fournisseur de matériaux est celui qui fournit les matériaux bruts ou les objets façonnés qui entrent dans une construction. De plus, le sixième alinéa du même article accordait au fournisseur un droit de revendication des matériaux non incorporés à la construction. Ainsi, suivant le texte du *Code civil du Bas-Canada*, les matériaux devaient avoir été incorporés pour que le fournisseur bénéficie du privilège. Cependant, le sens de l'expression « entrer dans la construction » avait été précisé par la Cour suprême dans l'arrêt *Lumberland Inc. c.*

---

<sup>231</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013e.

*Nineteen Hundred Tower Ltd.*<sup>232</sup>. Selon l'interprétation de la Cour, pour que le fournisseur jouisse du privilège, les matériaux devaient entrer dans l'action de construire un immeuble, ce qui n'exigeait pas que les matériaux entrent dans l'édifice. L'incorporation n'était donc pas requise. En l'espèce, bien que le bois servant au coffrage n'avait pas été incorporé à l'immeuble, le fournisseur pouvait bénéficier du privilège.

Le texte correspondant du *Code civil du Québec* est rédigé de manière bien différente. Cet article mentionne simplement que celui qui a fourni ou préparé des matériaux bénéficie d'une hypothèque légale : « à raison des matériaux ou services qu'ils ont fournis ou préparés pour ces travaux »<sup>233</sup>. Il ne définit pas le fournisseur de matériaux et n'édicte pas un droit de revendication quant aux matériaux non incorporés, comme le faisait le *Code civil du Bas Canada*. Selon les commentaires du ministre sur le *Projet de loi 125* quant à l'article équivalent au présent article 2726 du *C.c.Q.*, la disposition met fin à la controverse relative au sort des matériaux fournis ou préparés mais non incorporés<sup>234</sup>. L'incorporation n'est pas requise, « il suffit qu'ils aient été utilisés dans le processus de construction ou même qu'ils aient été spécialement préparés pour ces travaux quoiqu'ils n'aient pas été utilisés »<sup>235</sup>. Si ces commentaires sont clairs à l'effet que l'incorporation n'est pas requise, la rédaction du nouveau Code n'est pas aussi limpide, selon la professeure Pratte. De l'avis de celle-ci, la controverse aurait été définitivement réglée si le législateur avait fait preuve de clarté dans la disposition elle-même<sup>236</sup>. Elle est tout de même d'avis que les principes dégagés dans l'arrêt *Lumberland* demeurent applicables et qu'en conséquence, l'incorporation ne serait pas

---

<sup>232</sup> *Lumberland Inc. c. Nineteen Hundred Tower Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 581.

<sup>233</sup> *C.c.Q.*, art. 2726.

<sup>234</sup> La question de l'exigence de l'incorporation s'était auparavant posée. Voir : Denise PRATTE, « Les privilèges de la construction : problèmes actuels touchant la plus-value, la fin des travaux et les bénéficiaires », (1991) 51 *R. du B.* 3, p. 30 et suiv.

<sup>235</sup> GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Projet de Loi 125 – Code civil du Québec – Commentaires détaillés sur les dispositions du projet – Livre VI : Des priorités et des hypothèques*, Québec, Ministère de la Justice, 1991, art. 2709, p. 101. Référant à ces commentaires, la professeure Pratte souligne le fait qu'ils n'ont pas été reproduits dans les Commentaires du ministre de la justice portant sur l'article 2726.

<sup>236</sup> Denise PRATTE, « Les hypothèques », préc., note 225, p. 146 ; D. PRATTE, « La création de l'hypothèque légale immobilière », préc., note 200, p. 392 : dans cet article, la professeure souligne également le fait que le nouveau Code n'a pas reproduit le droit du fournisseur de revendiquer les matériaux non incorporés. Cette non-reproduction vient en effet supporter la thèse selon laquelle le législateur aurait voulu ouvrir l'hypothèque légale aux créances couvrant ces matériaux non incorporés.

requis. D'ailleurs, suite à l'adoption du nouveau Code, la Cour supérieure a jugé valide l'hypothèque légale d'un fournisseur de panneaux, qui avaient été spécialement préparés mais non incorporés<sup>237</sup>. Le droit à l'hypothèque légale n'est donc pas subordonné à une exigence d'incorporation ou d'utilisation des matériaux<sup>238</sup>. Ainsi comprises, les modifications terminologiques opérées par le nouveau Code quant aux matériaux reprendraient l'interprétation dégagée par la Cour suprême dans l'arrêt *Lumberland* et permettraient à un plus grand nombre de fournisseur de matériaux de bénéficier de la protection qui résulte de l'hypothèque légale. Dans la mesure où il a spécialement préparés des matériaux pour des travaux de construction ou de rénovation, le fournisseur dont les matériaux n'ont été ni incorporés, ni utilisés pourrait en bénéficier alors que ce n'était pas le cas suivant les termes du *Code civil du Bas-Canada*.

#### *L'élargissement de l'assiette de l'hypothèque*

L'hypothèque des sous-traitants, comme de l'ensemble des personnes qui bénéficient des l'hypothèque légale de la construction, grève l'immeuble amélioré, c'est-à-dire à la fois l'ouvrage construit ou rénové et le terrain<sup>239</sup>. Bien que l'objet de l'hypothèque légale soit l'immeuble entier, le droit de préférence que confère l'hypothèque a une assiette limitée puisque l'hypothèque ne garantit que la plus-value donnée à l'immeuble<sup>240</sup>. Or, la plus-value n'équivaut pas nécessairement à la créance<sup>241</sup>.

Par ailleurs, le rang préférentiel accordé à l'hypothèque légale de la construction est établi par l'article 2952 du *C.c.Q.* Au sens de cette disposition, l'hypothèque prend rang avant toute autre hypothèque publiée, pour la plus-value apportée à l'immeuble. Il s'agit

---

<sup>237</sup> *Marfaglia Construction Inc. c. 3088-1155 Québec Inc.*, J.E. 96-2306 (C.S.). En ce qui a trait aux plans et devis : *2309-9708 Québec Inc. c. Arel*, (1996) R.D.I 436 (C.S.) : une hypothèque légale fut refusée à une personne qui avait préparé des plans et devis qui n'avaient pas été utilisés pour la construction, considérant que les travaux ou services rendus doivent participer à la construction d'un immeuble.

<sup>238</sup> De cet avis : D. PRATTE, « Les hypothèques », préc., note 225, p. 146 ; D. H. KAUFFMAN, G. GILAIN, préc., note 184, n° 248, p. 117.

<sup>239</sup> *C.c.Q.*, art. 2728 ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 426, p. 156.

<sup>240</sup> La plus-value est la différence entre la valeur d'un immeuble amélioré et la valeur qu'il aurait eu n'eût été de l'amélioration : D. PRATTE, préc., note 104, n° 394, p. 245.

<sup>241</sup> D. PRATTE, préc., note 104, p. 248, faisant référence aux arrêts de la Cour d'appel *Duval & Gilbert inc. c. Réjean Lapierre inc.*, (1974) C.A. 483 et *Beylerian c. Construction et Rénovations Willico inc.*, (1997) R.J.Q. 1246 (C.A.). Par ailleurs, l'article 2952 du *C.c.Q.*, qui établit le rang des créanciers de la construction, fait référence à une plus-value globale. Par conséquent, la plus-value apportée par les sous-traitants ne sera pas déterminée de façon distincte.

d'une exception au principe selon lequel le rang de l'hypothèque s'établit en fonction de la date d'inscription des hypothèques<sup>242</sup>. Cette exception se justifie pour la portion de plus-value<sup>243</sup>. Pour cette portion, les créanciers hypothécaires de la construction ont donc un rang préférentiel par rapport aux autres créanciers hypothécaires. Entre les bénéficiaires de l'hypothèque légale, le législateur a prévu qu'ils viennent en concurrence, au prorata de leurs créances<sup>244</sup>.

Or, il existe une controverse en ce qui concerne la distribution des montants, et plus particulièrement, l'application de la théorie de la plus-value relative. La théorie de la plus-value relative est celle selon laquelle la collocation de la plus-value se limite à la proportion du produit de la vente en justice attribuable à la plus-value. Cette théorie tire ses origines de l'ancien article 2013b du *C.c.B.C.*, qui référerait à la ventilation prévue par les articles 721 et 722 du *C.p.c.*<sup>245</sup> En 1994, la professeure Pratte<sup>246</sup> souligna l'omission du législateur d'inclure une disposition semblable à l'article 2013b du *C.c.B.C.* au nouveau Code. La professeure était d'avis que malgré l'absence de disposition expresse, comme il y avait reconduction du droit antérieur quant à la plus-value, la méthode de ventilation était également reconduite. Elle écrivait: « [n]ous croyons que le législateur a voulu reconduire le droit antérieur en limitant à la plus-value l'hypothèque légale de la construction. Ainsi, nous emprunterons la méthode d'évaluation de l'ancien droit. Lorsqu'un ordre de collocation doit être dressé suite à une vente de l'immeuble ayant donné lieu à des travaux de construction, il conviendra de se demander s'il y a assez d'argent pour payer tous les créanciers. Dans la négative, nous croyons qu'il faudra procéder à une ventilation »<sup>247</sup>. Par la suite celle-ci a précisé sa position en ajoutant un commentaire intéressant: lorsque la vente d'un immeuble est faite sous contrôle de la

---

<sup>242</sup> *C.c.Q.*, art. 2945.

<sup>243</sup> D. PRATTE, « Les hypothèques », préc., note 225, p. 148.

<sup>244</sup> *C.c.Q.*, art. 2952 ; Tel que mentionné, le sous-ordre de collocation fut abandonné par la réforme du *Code civil*.

<sup>245</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013b : « Au cas d'insuffisance de deniers pour satisfaire toutes les créances, la plus-value donnée à l'héritage est constatée par une ventilation faite par le protonotaire conformément aux articles 721 et 722 du *Code de procédure civile*. » ; *Caisse populaire Notre-Dame du Rosaire c. Duchesneau*, (1982) R.P. 147 (C.S.) ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 476.2, p. 181.

<sup>246</sup> D. PRATTE, « La réalisation des hypothèques légales de la construction », préc., note 186, p. 73.

<sup>247</sup> *Id.*, p. 73.

justice, l'article 2793 du *C.c.Q.* renvoie aux règles du *Code de procédure civile* (l'article 910.1 *C.p.c.* renvoie aux règles de collocation des articles 712 à 723 *C.p.c.*)<sup>248</sup>.

Depuis, le mécanisme de la ventilation continue d'être appliqué par les tribunaux<sup>249</sup> et accepté par la doctrine<sup>250</sup>. Cependant, pour le professeur Deslauriers<sup>251</sup>, l'application de la théorie de la plus-value relative est de plus en plus remise en question. Le professeur Deslauriers considère que l'article 2952 du *C.c.Q.* permet de croire que le législateur a voulu donner une préséance pour la plus-value totale que les termes des articles 721 et 722 du *C.p.c.* ne permettent pas clairement de la relativiser. Selon lui, l'application de la théorie de la plus-value relative vient nier cette intention, en distribuant aux autres créanciers hypothécaires une partie du montant de la plus-value<sup>252</sup>. De même, selon Me Kauffman et Me Gilain<sup>253</sup>, la théorie de la plus-value absolue devrait dorénavant prévaloir, étant donné que le nouveau Code ne réfère plus à la ventilation prévue au *Code de procédure civile* et consacre plutôt le premier rang des créanciers de la construction pour la plus-value apportée à l'immeuble. Considérant le texte du *Code civil du Québec*, les intervenants de la construction devraient être colloqués pour l'entier montant de la plus-value. Dans son ouvrage, le professeur Deslauriers note que la Cour d'appel ne s'est pas prononcée pour valider l'argumentation quant à l'application de la théorie de la plus-value absolue<sup>254</sup>.

---

<sup>248</sup> D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, préc., note 104, n° 399, p. 249 ; D. PRATTE, « Les hypothèques », préc., note 225, p. 148.

Le professeur Deslauriers considère que par la précision du texte de l'article 2952 *C.c.Q.*, le législateur a voulu donner une préséance absolue, et que les termes des articles 721 et 722 du *C.p.c.* ne permettent pas clairement de la relativiser.

<sup>249</sup> *Matériaux de construction Robert Oligny Ltée c. Sévigny*, 2001BE-405 (C.S.) ; *Menuiserie Duguay (1986) Inc. c. Roy*, 2002BE-916 (C.Q.) ; *Société de co-génération de St-Félicien c. Industries Falmec inc.*, J-E. 2005-929 (C.A.), par. 112, où la Cour d'appel reprend les propos de la professeure Pratte sur la théorie de la plus-value relative.

<sup>250</sup> Louis Payette (préc., note 104, p. 686) note par contre que la théorie de la plus-value relative entraîne une difficulté d'application de l'hypothèque légale s'il y a contestation de la plus-value au moment de l'exercice des droits hypothécaires avant la vente en justice ; François BOUSQUET, « La plus-value et le nouveau code civil », *Service de la formation permanente* (1996), Barreau du Québec, p. 239, à la page 295.

<sup>251</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 476.1, p. 180.

<sup>252</sup> *Id.*, n° 476.3, p. 181.

<sup>253</sup> D. H. KAUFFMAN et G. GILAIN, préc., note 184, p. 544 et s.

<sup>254</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 476.6 p. 182.

L'application de cette dernière théorie aurait pour effet d'accorder aux intervenants de la construction un privilège plus étendu : la collocation de la plus-value ne se limiterait plus à la proportion du produit de la vente en justice attribuable à la plus-value, il y aurait collocation pour l'entier montant de la plus-value. Les sous-traitants bénéficieraient donc d'une plus grande protection.

En somme, la protection des intervenants à la construction tire ses origines dans l'ancien droit français. Cependant, ce n'est que depuis l'adoption de la *Loi Augé* que les sous-entrepreneurs et fournisseurs de matériaux en bénéficient au Canada. Depuis, le régime légal de protection bénéficie à l'ensemble des intervenants à la construction et est un mécanisme efficace qui a été reconduit dans le nouveau Code civil. Le régime joue un rôle encore plus important pour les sous-traitants, étant donné que ceux-ci ne contractent pas avec le propriétaire. Ce dernier peut toutefois subir des inconvénients lorsque les sous-traitants s'en prévalent. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu des mécanismes pour sa protection.

### **B. La protection des droits du propriétaire**

Le régime de l'hypothèque légale permet la protection des créances des sous-traitants. Pour s'en prévaloir, ceux-ci sont cependant assujettis à la formalité de la dénonciation du sous-contrat. Cette formalité permet au propriétaire d'être informé du risque que des hypothèques légales soient publiées sur son immeuble et d'exercer les droits que lui confère le régime légal (1).

En pratique toutefois, le régime peut causer certaines difficultés pour le propriétaire lorsque les sous-traitants s'en prévalent (2).

#### *1. Le mécanisme de la dénonciation du sous-contrat*

Le régime légal impose aux intervenants à la construction qui n'ont pas contracté avec le propriétaire de dénoncer leur contrat à celui-ci. La dénonciation permet au propriétaire d'effectuer des retenues afin d'assurer le paiement des sous-traitants.

Sous l'ancien régime, les règles de dénonciation au propriétaire différaient selon que le participant à la construction était un sous-entrepreneur ou un fournisseur de matériaux. En effet, alors que le sous-entrepreneur pouvait dénoncer verbalement son sous-contrat au propriétaire<sup>255</sup>, le fournisseur de matériaux qui contractait avec le constructeur devait informer par écrit le propriétaire de l'héritage<sup>256</sup>. Le nouveau régime a uniformisé les règles de dénonciation, en ne distinguant pas la dénonciation du sous-entrepreneur de celle du fournisseur<sup>257</sup>. En exigeant la dénonciation écrite du sous-entrepreneur, il en résulte une plus grande protection pour le propriétaire de l'immeuble.

Pour bénéficier de la protection que procure la sûreté, des formalités pour sa naissance, sa conservation provisoire et son exercice s'avèrent nécessaires. Pour la naissance de l'hypothèque, les sous-traitants sont soumis à des règles de forme rigoureuses, en raison du fait que le propriétaire de l'immeuble et les sous-traitants sont « des tiers dans leurs relations réciproques »<sup>258</sup>. Aux termes de l'article 2728 du *C.c.Q.*, les sous-traitants doivent dénoncer leur sous-contrat au propriétaire<sup>259</sup>. L'hypothèque naît au moment de la dénonciation et existe à l'état latent pendant toute la durée des travaux et pendant une période additionnelle de trente jours après la fin des travaux, sans exigence de publication<sup>260</sup>. Pour la conserver, le sous-traitant doit inscrire un avis d'hypothèque légale avant l'expiration du délai de trente jours qui suivent la fin des travaux<sup>261</sup>. La

<sup>255</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013f ; *Renaud c. Roussel*, (1961) R.P. 384 (C.S.)

<sup>256</sup> *C.c.B.C.*, art. 2013e.

<sup>257</sup> *C.c.Q.*, art. 2728 ; Jean A. SAVARD et Bernard P. QUINN, « L'hypothèque légale », dans *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal : Wilson & Lafleur ltée, 1998, p. 607.

<sup>258</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13.

<sup>259</sup> P. CIOTOLA, préc., note 206, n° 2.90, p. 166 ; D. PRATTE, préc., note 104, n° 382, p. 235 ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 506, p. 195. Le professeur Deslauriers rappelle que cette dénonciation est indispensable à la naissance de l'hypothèque légale, en faisant référence aux décisions suivantes : *Carrière c. Sigouin*, 18 B.R.176 ; *Cie de Carrelages de Québec Ltée c. Darabaner*, [1959] B.R. 861 ; *A. Blondin Ltée c. Morin*, [1943] B.R. 701 ; *Plafonneurs du Nord Inc. c. Desbiens & Bouchard Inc.*, J.E. 84-878 (C.S.) ; *Racicot c. W. Rutherford & Sons Co. Ltd.* (1910) 19 B.R. 428, conf. (1909) 36 C.S. 97.

<sup>260</sup> *C.c.Q.*, art. 2726 ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 542, p. 213.

<sup>261</sup> Contenu de l'avis : *C.c.Q.*, art. 2727 al. 2.

J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 544-554, p. 212-218 : l'avis doit désigner l'immeuble grevé (avec indication du nom de la circonscription foncière dans laquelle l'immeuble est situé, art. 2981 al.1, 2981.1 et 3032 du *C.c.Q.*) et indiquer le montant de la créance. L'avis doit aussi spécifier la nature de l'avis (article 41 du *Règlement sur la publicité foncière*), identifier la personne visée par l'avis (article 41 *Règlement sur la publicité foncière*), identifier la personne qui le donne (article 2981 al.1 du *C.c.Q.*, article 41 du *Règlement sur la publicité foncière*) et indiquer la date et le lieu où l'avis a été fait (article du

conservation provisoire de l'hypothèque est alors assurée pour une période de six mois à compter de la fin des travaux<sup>262</sup>. Pour la conservation définitive de l'hypothèque, le créancier doit, dans un délai de six mois après la fin des travaux, prendre action ou signifier au propriétaire de l'immeuble et inscrire un préavis d'exercice de recours hypothécaire au registre foncier<sup>263</sup>. Dans le cas d'un sous-traitant, comme aucun contrat ne l'unit au propriétaire, il ne peut intenter une action personnelle<sup>264</sup>. Il doit donc exercer ses droits hypothécaires en inscrivant un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire<sup>265</sup>.

Ainsi, lorsqu'il est question de l'hypothèque légale d'un sous-entrepreneur ou d'un fournisseur de matériaux agissant à titre de sous-traitant, une première formalité pour la validité de l'hypothèque s'impose, soit la dénonciation du sous-contrat<sup>266</sup>. La dénonciation permet la naissance de l'hypothèque légale<sup>267</sup> et l'hypothèque sera limitée aux travaux, matériaux ou services qui suivent la dénonciation au propriétaire<sup>268</sup>.

---

*Règlement sur la publicité foncière*). Il doit être signé par le créancier ou son représentant autorisé. Il doit être présenté avec une réquisition d'inscription attestée, conformément à l'article 2982 du *C.c.Q.* et en respectant l'article 3033 concernant la désignation des immeubles. Le professeur Deslauriers considère préférable qu'un avis d'adresse accompagne l'avis.

L'avis doit aussi être signifié au propriétaire selon le deuxième alinéa de l'article 2727 du *C.c.Q.* La signification n'est pas assujettie à un délai précis (*Mitchell c. Entreprises Pierre Poirier Inc.* REJB 2002-27568 (C.A.)) mais l'omission de signifier est fatale, car elle est une formalité essentielle à la conservation de l'hypothèque légale : *Doré c. Construction Gaétan Savard Inc.*, J.E. 2006-137 (C.A.).

<sup>262</sup> *C.c.Q.*, art. 2727 al. 3 ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 542, p. 213 ; Denise PRATTE, « Les hypothèques », préc., note 225, p. 151.

<sup>263</sup> *C.c.Q.*, art. 2727 al. 3 ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 555 et suiv., p. 218 et suiv.

<sup>264</sup> *Id.*, n° 570, p. 224 ; D. PRATTE, « Les hypothèques », préc., note 225, p. 152.

<sup>265</sup> *C.c.Q.*, art. 2757 et suiv.

<sup>266</sup> *C.c.Q.*, art. 2728.

<sup>267</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 506 p.195 ; D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, préc., note 104, n° 408, p. 254.

*Contra* : Louis Payette est d'avis que la dénonciation du sous-contrat n'est pas une condition de naissance de l'hypothèque mais un geste requis pour déterminer l'étendue de la créance du sous-traitant qui bénéficiera de cette hypothèque (L. PAYETTE, préc., note 104, n° 1450, p. 705). En pratique, le résultat est le même, car le sous-entrepreneur ne bénéficie de la protection légale que pour les travaux effectués après la dénonciation et le fournisseur de matériaux, que pour les matériaux livrés après la dénonciation.

<sup>268</sup> *C.c.Q.*, art. 2728. Pour le fournisseur de matériaux, la dénonciation fera naître une hypothèque qui vaudra pour tous les matériaux livrés après cette dénonciation. Pour un entrepreneur, la dénonciation vaudra pour les travaux faits après cette dénonciation : J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 508, p. 196. Si des travaux ont été faits par un sous-traitant avant qu'il dénonce son contrat au propriétaire, la créance couvrant cette portion des travaux sera chirographaire (D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, préc., note 104, n° 382 p. 235).

Suivant les termes de l'article 2123 du *C.c.Q.* et la jurisprudence à cet effet<sup>269</sup>, le sous-traitant doit lui-même dénoncer son sous-contrat; l'entrepreneur ne peut dénoncer au nom du sous-traitant<sup>270</sup>. La dénonciation doit être faite au propriétaire<sup>271</sup>. Elle a pour but de l'aviser que l'entrepreneur général a fait appel à un sous-traitant, de lui faire connaître l'identité du sous-traitant et le prix de son contrat et de l'aviser qu'en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur général, il a l'intention d'inscrire une hypothèque légale contre son immeuble<sup>272</sup>. Pour le propriétaire, la dénonciation est suffisante lorsqu'elle lui permet de se prémunir contre l'exercice d'un droit hypothécaire par le sous-traitant, en exerçant son droit de retenue que lui confère l'article 2123 du *C.c.Q.*<sup>273</sup>

---

<sup>269</sup> *A. Blondin Ltée c. Morin et Perrault*, (1943) B.R. 701 ; *Ronald H. Renaud c. Roussel*, (1961) R.P. 384 ; *Jarjour c. Dupont*, (1973) C.S. 329 ; *Industries Falmec inc. c. Société de cogénération St-Félicien, Société en commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership*, J.E. 2003-1359 (C.S.) : décisions auxquelles fait référence le professeur Deslauriers, J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 509, p. 197.

<sup>270</sup> *Id.*, n° 509 p. 197.

<sup>271</sup> *C.c.Q.*, art. 2728. La vente de l'immeuble n'oblige pas à dénoncer de nouveau à l'acquéreur : J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 511, p. 198.

<sup>272</sup> *Id.*, n° 517, p. 201.

<sup>273</sup> Les auteurs recommandent donc d'inclure dans une dénonciation les éléments suivants : le lieu et la date de l'avis de dénonciation, le nom et l'adresse du propriétaire, la mention du contrat dénoncé avec les noms des parties, l'objet du contrat et le prix du contrat (ou à tout le moins les précisions quant au prix que permettent les conditions du contrat), la description sommaire de la propriété améliorée, l'intention du sous-traitant de conserver et d'exercer son hypothèque légale (cette énumération, conçue par Jacques Auger et écrite dans « Le privilège ouvrier : ses bénéficiaires, son objet, ses formalités », R.D. – Sûretés-Doctrine, doc. 2. et « Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente », (1982) C.P. du N. 123, fut reprise dans *Courtage Brisandie Ltée (Saisonnair enr.) c. Directoire Fashions (Gallery) inc.*, (1991) R.D.I. 111 (C.Q.) et par le professeur Deslauriers, *Id.*, n° 523, p. 204.

En ce qui a trait à l'obligation de mentionner le prix : Selon les décisions suivantes, la mention du prix du sous-contrat doit être incluse dans la dénonciation : *Essor Hélicoptères inc. c. Honco inc.*, J.E. 95-1281 (C.A.) ; *Société de Cogénération de St-Félicien, société en commandite/St-Félicien Cogeneration Ltd. Partnership c. Industries Falmec inc.*, J.E. 2005-929 (C.A.). Par contre, dans *J.C. Drolet Inc. c. Essor Hélicoptères Inc.*, J.E. 92-201 (C.A.), on a jugé que la mention du montant exact du contrat n'était pas nécessaire.

La doctrine se penche sur la question : Selon Louis Payette (préc., note 104, n° 1432 p. 690), les tribunaux paraissent ne pas vouloir aller au-delà du texte qui ne l'exige plus, en ne déclarant pas invalide une dénonciation silencieuse sur le détail des coûts. Le professeur Ciotola (préc., note 206, n° 2.90, p. 166) estime que la dénonciation avise le propriétaire du prix du sous-contrat et cite les décisions de la Cour supérieure et de la Cour du Québec contradictoires sur la validité de la dénonciation en cas de défaut de mention du prix. La professeure Pratte (préc., note 104) affirme que le prix du contrat est un élément essentiel de la dénonciation, citant à cet égard l'arrêt *Société de Cogénération de St-Félicien*. Me Gilain est d'avis que la mention du prix du sous-contrat doit être indiquée, suivant l'idée que le propriétaire ne peut se protéger que s'il obtient cette information. Me Kauffman pense que l'absence de mention du prix exact ne devrait pas entraîner la nullité de la dénonciation. Kauffman et Gilain s'accordent pour dire que suivant la jurisprudence majoritaire au Québec, la mention du prix exact n'est pas nécessaire. Cependant, le sous-traitant devrait être prudent et inclure cette mention (D. H. KAUFFMAN, préc., note 184, n° 856 et suiv, p. 412 et suiv). Le professeur Deslauriers écrit que lorsque le montant final est inconnu au moment de la dénonciation, le sous-entrepreneur ne doit pas être privé de son droit à l'hypothèque légale pour cette

L'article 2728 du *C.c.Q.* prévoit la dénonciation sous forme d'écrit, mais le propriétaire peut renoncer à la forme écrite, celle-ci étant une mesure d'ordre public de protection en sa faveur<sup>274</sup>. Enfin, la connaissance par le propriétaire de l'existence du sous-contrat ne peut suppléer à l'obligation de le dénoncer de façon formelle<sup>275</sup>.

La loi prévoit que le propriétaire de l'immeuble faisant l'objet des travaux peut se protéger contre les hypothèques légales en exerçant un droit de rétention<sup>276</sup>. Au chapitre

---

raison. Le professeur Deslauriers, prenant en compte la décision de la Cour supérieure *Sturo Metal inc. c. Société de cogénération St-Félicien* où la mention du coût approximatif fut jugée suffisante et l'arrêt *J.C. Drolet Inc. c. Essor Hélicoptères Inc.*, est d'avis que la mention du montant exact n'est pas nécessaire. Le professeur Deslauriers conclut que le sous-entrepreneur a avantage à fournir toutes les informations dont il dispose, la dénonciation étant suffisante si elle permet au propriétaire d'exercer son droit de retenue.

Comme la Cour d'appel n'a pas fourni une réponse claire sur cette question, nous croyons qu'il y a lieu de suivre les recommandations du professeur Deslauriers et de Me Kauffman et Me Gilain. Par ailleurs, l'absence de clareté ne date pas d'hier, déjà dans un article, John W. Durnford constatait des anomalies dans la jurisprudence : « There is a certain anomaly in the jurisprudence as to the obligation of the supplier of materials and the sub-contractor to advise the owner in the notice of the price of the materials or the sub-contract. » Il suggérait un amendement pour que la mention du prix des matériaux du fournisseur soit obligatoire. John W. Durnford, « The articles of the Civil Code on the privileges of the builder : some of the problems they pose and suggested amendments thereto », (1961-62) 8 *McGill L.J.* 176, 189.

Pour la question de la dénonciation additionnelle (dans le cas de travaux additionnels et d'extra majorant les coûts), voir : J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 528 et suiv, p. 206 et suiv.

<sup>274</sup> Pour que la renonciation soit valable, elle doit être claire et non équivoque : *Pilote c. Fondations JMR Bafaro inc.*, J.E. 2003-341, (C.A.) ; L. PAYETTE, préc., note 104, n° 1431, p. 690 ; D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, préc., note 104, n° 409, p. 258 ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 507, p. 196.

<sup>275</sup> D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, préc., note 104, n° 409, p. 258.

<sup>276</sup> Le deuxième moyen de protection du propriétaire prévu par la loi se retrouve à l'article 2731 du *C.c.Q.*, qui édicte que le tribunal peut, à la demande du propriétaire, permettre au requérant de substituer à l'hypothèque légale une autre sûreté suffisante. Le pouvoir du tribunal prévu à l'article 2731 du *C.c.Q.* s'applique pour toutes les hypothèques légales, exception faite pour l'hypothèque légale de l'État et des personnes morales de droit public. La disposition ne se retrouvait pas dans le *C.c.B.C.*, cependant, la jurisprudence à partir des années 1980 avait développé les critères permettant la substitution : J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 639 et suiv, p. 248 et suiv.

Détermination du bien grevé et réduction des biens grevés : L'article 2731 du *C.c.Q.* prévoit également que le tribunal peut transformer l'hypothèque, soit en déplaçant l'assiette de l'hypothèque pour que celle-ci greve un bien autre que l'immeuble construit ou rénové, soit en réduisant le nombre de biens grevés par l'hypothèque. Selon le professeur Karim, ces deux options ne sont pas ouvertes au propriétaire de l'immeuble grevé d'une hypothèque légale de la construction. L'option de réduire le nombre d'immeuble grevés est impossible car l'hypothèque légale de la construction greve l'immeuble construit ou rénové seulement. L'option de substituer l'immeuble par un autre immeuble est impossible car les créanciers hypothécaires de l'immeuble substituant de même que ceux qui détiennent une hypothèque de la construction sur l'immeuble substituant seraient préjudiciés : V. KARIM, préc., note 164, p. 380.

*Contra* : Louis Payette est d'avis que le remplacement de l'hypothèque légale de la construction par une sûreté portant sur un autre bien, meuble ou immeuble, est possible : « Le titulaire d'une hypothèque légale

du contrat d'entreprise et de service, l'article 2123 du *C.c.Q.* permet au propriétaire de retenir, sur le prix du contrat principal, une somme suffisante pour acquitter les créances des personnes pouvant faire valoir une hypothèque légale sur l'immeuble et qui ont dénoncé leur sous-contrat<sup>277</sup>, pour les travaux faits ou les matériaux ou services fournis après cette dénonciation<sup>278</sup>. Par ce droit de rétention, le propriétaire contrôle le paiement des intervenants, en conservant les sommes qui leur sont dues<sup>279</sup>. Il minimise ainsi les risques de voir son immeuble grevé d'une hypothèque légale de la construction<sup>280</sup> et par le fait même, il se prémunit contre le risque de devoir payer les sous-traitants pour éviter leur recours hypothécaire, alors qu'il aurait déjà déboursé ce qui leur revenait à l'entrepreneur général.

L'article 2123 du *C.c.Q.* prévoit deux moyens par lesquels l'entrepreneur général peut faire échec au droit de retenue du propriétaire : d'une part, il peut lui remettre une

---

du domaine de la construction pourrait ainsi se retrouver avec une hypothèque sur un immeuble autre que celui qui fait l'objet de travaux ou encore, à titre d'exemple, avec une hypothèque sur des valeurs mobilières ou sur une somme d'argent » (L. PAYETTE, préc., note 104, n° 1491).

Pour que le propriétaire du bien grevé puisse présenter cette demande, l'hypothèque doit exister; ainsi, dans le cas de l'hypothèque légale de la construction, il n'a pas à attendre six mois suivant la fin des travaux. Le fardeau de la preuve incombe au propriétaire, qui doit démontrer le préjudice découlant du maintien de l'hypothèque et la suffisance de la garantie offerte en remplacement, pour que le tribunal use de sa discrétion et accorde la substitution (le tribunal refusera la substitution au requérant s'il n'a pas pu démontrer quelque inconvénient particulier : *Université du Québec à Montréal c. Norlab Inc.*, [1996] R.D.I. 57, (C.S.), p. 59 ; *Laberge c. 1842-3228 Québec Inc.*, C.Q. Chicoutimi, n° 150-02-002139-995, 27 janvier 2000, REJB 2000-17739, J.E. 2000-702 (C.S.), décisions auxquelles réfère Louis Payette : *Id.*, n°1493).

Le requérant doit démontrer que si le tribunal accueille sa requête, il ne causera pas de préjudice au titulaire de l'hypothèque et que la sûreté proposée en substitution suffit à le placer dans une situation équivalente : *144451 Canada Inc. c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1996] R.D.I. 523 (C.S.) ; *Université du Québec à Montréal c. Norlab Inc.*, [1996] R.D.I. 57 (C.S.).

<sup>277</sup> Suivant l'article 2728 du *C.c.Q.*, si un sous-traitant ne dénonce pas son sous-contrat, il n'aura pas droit à l'hypothèque légale.

<sup>278</sup> D. PRATTE, « Les hypothèques », préc., note 225, p. 153. J. A. SAVARD et B. P. QUINN, préc., note 222, p. 611 : le droit de retenue était consacré au *C.c.B.C.* aux articles 2013d, 2013° et 2013f. Le droit de rétention existe également pour les créances des ouvriers, qui ne sont d'ailleurs pas assujettis à une exigence de dénonciation. Les créances des ouvriers ne font toutefois pas l'objet du présent mémoire.

<sup>279</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 614, p. 240 ; V. KARIM, préc., note 164, p. 323 : sur le moment d'exercice du droit de rétention : le droit de rétention s'exerce au moment du paiement du prix de l'ouvrage, selon l'article 2123 du *C.c.Q.* Cependant, si le contrat prévoit que le paiement du prix se fait par des versements, le client peut exercer son droit de rétention sur le prix de chaque phase exécutée. Voir : *J.B. Charron (1975) Ltée c. Gestion Inesar Ltée*, J.E. 96-1036 (C.S.)

<sup>280</sup> V. KARIM, préc., note 164, p. 320.

quittance des créances des sous-traitants<sup>281</sup> et d'autre part, il peut lui fournir une sûreté suffisante garantissant ces créances<sup>282</sup>. Un autre moyen pour l'entrepreneur général d'empêcher l'exercice du droit de rétention est d'obtenir de la part des sous-traitants une renonciation à l'hypothèque légale de la construction, car le fondement du droit de retenue est d'éviter l'inscription d'une hypothèque légale<sup>283</sup>.

Le droit du propriétaire ne se limite pas à celui de retenir un montant suffisant pour payer les sous-traitants, il peut utiliser ces sommes pour les payer directement<sup>284</sup>. Toutefois, il n'est pas tenu au paiement du seul fait qu'il a exercé son droit de rétention<sup>285</sup> et s'il n'a pas exercé ce droit, on ne peut lui reprocher cette abstention<sup>286</sup>.

---

<sup>281</sup> *C.c.Q.*, art. 2123 al. 2. Inversement, le droit de rétention permet au propriétaire d'exiger des quittances prouvant que les sous-traitants ont été payés : D. PRATTE, « Les hypothèques », préc., note 225, p. 153.

Les sous-traitants doivent être prudents dans la signature de quittances : « ...s'assurer que la quittance mentionne toute réclamation en suspens, mais aussi que les sommes pour lesquelles il donne quittance ont bel et bien été payées. Ceci signifie non seulement qu'il a un chèque en main, mais que le chèque de son cocontractant a été honoré par la banque. » : Jean-Claude PICARD, « Chronique - Les erreurs inexcusables lors de la création d'actes juridiques dans le cadre du contrat d'entreprise ou de service », *Repères*, Avril 2004, EYB2004REP215.

<sup>282</sup> *C.c.Q.*, art. 2123 al. 3. Il peut s'agir d'un cautionnement garantissant le paiement des sous-traitants, lequel sera abordé au chapitre II.

<sup>283</sup> V. KARIM, préc., note 164, p. 324.

<sup>284</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 615, p. 240 : ce paiement est valable selon l'article 1555 du *C.c.Q.* (*Gingras c. Constructions Bernard Blouin Inc.*, (1974) C.S. 645.) et il réduit par la suite les montants dus à l'entrepreneur général (*Hydro P-1 Inc. c. Armatures Bois-Francis Inc.*, (1994) R.D.I. 466). Le professeur Deslauriers ajoute toutefois que le propriétaire doit faire preuve de prudence en avisant l'entrepreneur avant de payer des sous-traitants ou en faisant des chèques conjointement à l'entrepreneur et au fournisseur ou sous-entrepreneur, car il se peut que l'entrepreneur ait des raisons valables de différer le paiement ou encore que l'entrepreneur ait déjà payé le sous-traitant.

<sup>285</sup> V. KARIM, préc., note 164, p. 326 : « L'article 2123 du *C.c.Q.* ne constitue pas une délégation de paiement qui transfère l'obligation de l'entrepreneur d'acquitter les créances des sous-traitants au client. »

<sup>286</sup> L'article 2123 du *C.c.Q.* ne peut être utilisé par le sous-traitant pour faire condamner le client qui n'a pas exercé son droit de rétention, d'abord parce que cet article vise la protection des intérêts du client et non ceux des intervenants (*Distributeur Tapico Ltée c. Commission scolaire des Patriotes*, 2001BE-498 (C.S.)), et ensuite parce que le client ne peut être responsable envers le sous-traitant en vertu du contrat principal. Par ailleurs, le client ne peut non plus être responsable extra-contractuellement du défaut de paiement par l'entrepreneur du seul fait qu'il a fait défaut de retenir des sommes : *Id.*, p. 325.

Nous notons par contre que dans la décision *M.A.S Chibougamau inc. c. Constructions René Hudon (90) Ltée* (J.E. 98-1483 (C.Q.)) où la Cour ordonna au propriétaire de payer les sous-traitants en vertu des règles de la responsabilité civile, les sous-traitants avaient invoqué le défaut de rétention du propriétaire pour attaquer sa bonne foi, selon l'article 1375 du *C.c.Q.* Bien que la Cour n'a pas traité du défaut de rétention dans les motifs de sa décision et a plutôt insisté sur d'autres aspects de la conduite du propriétaire, il y a eu condamnation du propriétaire à payer en raison de son imprudence et sa négligence.

Selon Nathaniel H. Salomon, le mécanisme de la dénonciation du sous-contrat est efficace, d'abord parce que la dénonciation a souvent pour effet de venir au secours du sous-entrepreneur lors d'une faillite de l'entrepreneur et ensuite parce qu'elle est comprise par le client qui se protège en effectuant les retenues appropriées<sup>287</sup>. De plus, le régime force le propriétaire à adopter une bonne gérance. Par la dénonciation des sous-contrats, et sachant que les sous-traitants peuvent publier sur la propriété une sûreté réelle, le propriétaire s'assure qu'ils soient payés<sup>288</sup>. En raison de cette même « menace », le créancier hypothécaire surveille la façon dont l'argent est dépensé en avançant les fonds au fur et à mesure que la construction progresse.

### *2. Les limites à l'efficacité de la dénonciation*

Le régime de l'hypothèque légale, bien qu'il permette la protection des créances des sous-traitants, comporte des faiblesses dans son application. À l'égard du propriétaire, l'application du régime de la dénonciation crée une situation risquée pour un nouvel acquéreur dans un contexte de vente d'un immeuble construit ou rénové. En effet, dans un tel contexte, il ne peut utiliser les mécanismes de protection que la loi prévoit au bénéfice du propriétaire de l'immeuble. En conséquence, il se retrouve sans protection face aux hypothèques légales. À l'égard des sous-traitants, la dénonciation des sous-contrats peut troubler les rapports entre le propriétaire et l'entrepreneur général et entre ce dernier et le sous-traitant.

Dans un contexte où il s'agit de travaux de rénovation ou de construction demandés par un propriétaire, non-familier avec la structure utilisée pour réaliser des travaux, c'est-à-dire avec le recours à la sous-traitance pour les travaux spécialisés, la lettre de dénonciation peut troubler les rapports entre les parties. En effet, la dénonciation peut mettre dans l'inconfort le propriétaire, qui a confié l'exécution des travaux à l'entrepreneur général. Tel que mentionné précédemment, la dénonciation doit contenir « l'intention du sous-traitant de conserver et d'exercer son hypothèque »<sup>289</sup>. Bien que le sous-traitant indique que ce droit ne sera exercé que si l'entrepreneur manque à ses

---

<sup>287</sup> *Id.*

<sup>288</sup> *Id.*, p. 403.

<sup>289</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 523, p. 205.

obligations de paiement, la lettre peut miner la confiance du propriétaire vis-à-vis l'entrepreneur général avec lequel il a contracté. De plus, la dénonciation doit mentionner le prix du contrat ou « tout au moins les précisions quant au prix que permettent les conditions du contrat »<sup>290</sup>. Par cette mention, le propriétaire peut comparer combien il en coûte à l'entrepreneur général pour l'exécution des travaux spécialisés et le prix que l'entrepreneur général obtient. Ceci peut créer des tensions entre le propriétaire et l'entrepreneur général. Si la dénonciation vient ainsi troubler sa relation avec le propriétaire, l'entrepreneur général sera probablement peu enclin à faire appel aux sous-traitants qui ont l'habitude de dénoncer leur sous-contrat. Ainsi, le régime de l'hypothèque légale, conçu pour favoriser les sous-traitants, peut parfois leur être nuisible.

Bien entendu, cette situation ne se retrouve pas dans un contexte où le client est familier avec les travaux de construction et de rénovation, par exemple s'il s'agit d'un organisme public<sup>291</sup>. Cependant, le régime de l'hypothèque légale ne s'applique pas seulement lorsqu'il est question de travaux entrepris par de grandes entreprises ou le gouvernement. Le Code ne contient d'ailleurs aucune exigence quant à l'importance des travaux de construction et de rénovation. Même les travaux mineurs de rénovation, souvent entrepris par des particuliers, peuvent donner lieu à des hypothèques légales de la construction<sup>292</sup>. Sous le régime du privilège ouvrier, seuls les travaux de construction qui avaient pour objet l'érection d'un édifice donnaient lieu à un privilège<sup>293</sup>. Graduellement, la jurisprudence avait élargi la notion du contrat d'entreprise pour permettre l'enregistrement d'hypothèque légale même dans le cas des travaux de

---

<sup>290</sup> *Id.*

<sup>291</sup> Les biens de l'organisme doivent toutefois être saisissables pour qu'une hypothèque légale puisse les grever.

<sup>292</sup> « L'article 2726 du *C.c.Q.* vise les travaux de rénovation sans aucune exigence quant à leur importance. Il s'ensuit que, même dans le cas de travaux de rénovation mineurs, l'entrepreneur a le droit d'inscrire une hypothèque légale. Ainsi, le plombier qui remplace des installations ou des tuyaux et l'entrepreneur qui remplace le plancher ou qui répare des fissures causées par l'usage exécutent des travaux de rénovation au sens de l'article 2726 du *C.c.Q.* » « Les tribunaux ont donné une interprétation large afin d'éviter toute restriction quant aux travaux pouvant fonder une hypothèque légale de la construction. Il n'est pas nécessaire que les travaux exécutés aient permis la construction proprement dite d'un ouvrage immobilier. » : V. KARIM, préc., note 164, p. 391-392. Les travaux doivent tout de même apporter une plus-value, suivant l'article 2728 du *C.c.Q.*

<sup>293</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 466, p. 172 ; L. PAYETTE, préc., note 104, n° 1429, p. 688 ; G.-M. GIROUX, préc., note 164.

rénovation<sup>294</sup>. Le *Code civil du Québec* prévoit désormais expressément que les travaux de rénovation donnent lieu à des hypothèques légales de la construction. Cependant, l'on constate que le régime de l'hypothèque légale peut comporter des difficultés d'application, qui sont plus susceptibles de survenir avec l'élargissement du champ d'application du régime.

L'application du régime légal peut créer une situation risquée pour le propriétaire de l'immeuble. L'hypothèque légale doit être publiée par les sous-traitants dans les trente jours suivants la fin des travaux. Une fois publiée, le propriétaire de l'immeuble de même que les tiers en sont informés. Cependant, même avant sa publication, l'hypothèque existe. L'application du régime légal crée donc une situation risquée pour un nouvel acquéreur dans un contexte de vente d'un immeuble construit ou rénové. En effet, dans un tel contexte, le nouvel acquéreur ne peut utiliser les mécanismes de protection que la loi prévoit au bénéfice du propriétaire de l'immeuble. En conséquence, il se retrouve sans protection face aux hypothèques légales.

La situation décrite peut survenir dans un contexte où il y a vente d'un immeuble par son propriétaire, suite à des travaux de construction ou de rénovation. Dans un tel cas, lors de la conclusion de la vente, l'acheteur et le notaire qui rédige et fait signer l'acte de vente ne sont pas en mesure de connaître si des sommes sont dues à des participants à la construction ou à la rénovation<sup>295</sup>. En effet, même si une recherche de titres appropriée est effectuée, l'hypothèque légale n'a pas à être publiée avant que le délai de trente jours

---

<sup>294</sup> V. KARIM, préc., note 164, p. 391 ; John W. Durnford, « The articles of the Civil Code on the privileges of the builder : some of the problems they pose and suggested amendments thereto », (1961-62) 8 *McGill L.J.* 176, 185 : suite à une analyse approfondie sur le droit au privilège ouvrier dans le cas de travaux de rénovations, l'auteur concluait à l'époque que les tribunaux étaient divisés sur cette question.

<sup>295</sup> Pauline ROY, « La rénovation et l'acquisition d'un immeuble d'habitation : le difficile arrimage des mesures de protection », dans *Droit spécialisé des contrats*, Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 1999, Volume 3 : Les contrats relatifs à l'entreprise, 2001, EYB2001DSC63M, n° 64.

En vertu de son devoir de conseil, le notaire doit informer l'acquéreur de la situation de l'immeuble en construction ou en rénovation eu égard aux hypothèques légales de la construction : P. CIOTOLA, préc., note 206, n° 4.110, p. 523. Cependant, un immeuble pourrait avoir fait l'objet de travaux qui ne sont pas portés à la connaissance du notaire.

suivant la fin des travaux ne soit écoulé<sup>296</sup>. Ainsi, l'acheteur, qui paie la totalité du prix au moment de la conclusion de la vente, peut avoir une mauvaise surprise si son vendeur n'a pas acquitté les créances des entrepreneurs avec lesquels il a contracté. En vertu du régime de l'hypothèque légale de la construction, les entrepreneurs auront le droit de grever l'immeuble d'une hypothèque légale, nonobstant le changement de propriétaire<sup>297</sup>. Dans ce cas, l'acheteur risque d'être obligé de payer les créances hypothécaires pour éviter l'exercice des recours hypothécaires.

De plus, sachant que le point de repère des trente jours pour publier une hypothèque est la notion de « fin des travaux », qui est une notion parfois difficile à appliquer<sup>298</sup>, les entrepreneurs bénéficient d'un délai étendu pour publier leur sûreté réelle, ce qui joue au détriment de l'acheteur dans un contexte de vente<sup>299</sup>.

---

<sup>296</sup> Le vendeur peut par contre être en défaut par rapport à son obligation de purger le bien des hypothèques qui le grèvent : *C.c.Q.*, art. 1723.

<sup>297</sup> L'hypothèque légale de la construction est une sûreté réelle, qui grève l'immeuble sur lequel les constructions ou rénovations ont eu lieu, peu importe l'identité du propriétaire de l'immeuble. Ce qui importe, c'est que les travaux aient été demandés par le propriétaire de l'immeuble et cette condition est remplie même s'il y a changement de propriétaire par la suite (article 2726 du *C.c.Q.*).

<sup>298</sup> La jurisprudence fait foi de la difficulté d'application du délai. La fin des travaux survient lorsque l'immeuble est prêt avec tout ce que comporte l'exécution intégrale du contrat; ainsi même l'inexécution de travaux mineurs prévus au contrat reporte la fin des travaux. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Laporte c. Gagnon*, la Cour d'appel jugea que la pose de tablettes et de poignées de porte étaient des travaux qui devaient être considérés, *Laporte c. Gagnon*, (1971) C.A. 1, arrêt cité par le professeur Deslauriers (préc., note 164, n° 580, p. 227). De plus, il n'y a qu'une seule date de fin des travaux. Lorsqu'il y a plusieurs sous-entrepreneurs, le délai pour la publication de chaque hypothèque commence à courir uniquement quand le dernier sous-entrepreneur a terminé ses travaux (*Graveline c. Construction Raynover Inc.*, (1995) R.J.Q. 3020 (C.S.)).

<sup>299</sup> Le délai étendu fait en sorte que l'acheteur peut ne pas être au courant des travaux de construction ou de rénovation. Normalement, le caractère occulte de l'hypothèque légale pendant les travaux et pendant trente jours suivants ceux-ci est justifié par le fait que la présence des travaux équivaut à publicité. Cependant, comme les entrepreneurs peuvent jouir d'un délai étendu, en invoquant que la fin des travaux n'était pas survenue, l'acheteur peut ne pas être au courant que des travaux de rénovation ou de construction ont été faits et cette ignorance l'empêche de se protéger. Si par contre, lors de l'achat, des travaux de construction sont en cours, l'acheteur pourrait alors tenter d'utiliser les mesures de protection que propose le professeur Deslauriers, soit d'obtenir des quittances des ouvriers, entrepreneurs, architectes, fournisseurs, ou encore d'obtenir la renonciation de leur hypothèque. Cependant, il y a lieu de noter que ces mesures de protection peuvent être exercées que si le tiers acquéreur était au courant des travaux de construction. Dans l'ignorance, le tiers acquéreur, même prudent, ne peut se protéger. D'ailleurs, le professeur Deslauriers, affirmant les deux mesures de protection susmentionnées, conclut en appelant à la méfiance de l'acheteur : « Donc, que l'acheteur se méfie... » (J. DESLAURIERS, préc., note 240, n° 653 p. 253).

Les hypothèques légales sur l'immeuble fraîchement construit ou rénové peuvent être publiées par l'entrepreneur général, mais aussi par ses sous-traitants. L'hypothèque qui serait publiée par un sous-traitant démontre bien la difficulté d'application du régime de l'hypothèque légale dans un contexte où il y a vente d'un immeuble. En effet, normalement l'hypothèque du sous-traitant est possible que si ce dernier a dénoncé son sous-contrat au propriétaire. Or, s'il y a eu vente, la dénonciation du sous-contrat a été adressée au vendeur, et non à l'acheteur<sup>300</sup>. Malgré cela, ce sera l'acheteur qui sera aux prises avec l'hypothèque.

L'acheteur, qui voit son immeuble grevé d'une hypothèque légale, peut toutefois se prévaloir de la protection accordée au propriétaire prévue par l'article 2731 du *C.c.Q.* Il s'agit du droit pour le propriétaire d'un immeuble grevé de demander au tribunal la permission de substituer à cette hypothèque une autre garantie suffisante en échange de la radiation de celle-ci. Le terme propriétaire de la disposition fait l'objet d'une interprétation large qui permet au nouveau propriétaire, qui n'a pas lui-même demandé les travaux, d'intenter la requête<sup>301</sup>. Cependant, dans le cadre de cette requête, la radiation de l'hypothèque implique pour le propriétaire la fourniture d'une sûreté suffisante. L'acheteur risque donc tout de même de payer ceux qui ont exécuté les travaux de construction ou de rénovation, alors qu'il a déjà payé ces travaux, en déboursant le prix de vente de l'immeuble. Par ailleurs, l'acheteur est également protégé par l'art. 1723 *C.c.Q.* Cet article prévoit que le vendeur est tenu de purger le bien des hypothèques qui le grevent. Toutefois ce recours personnel de l'acheteur vis-à-vis son vendeur est trop souvent illusoire.

---

<sup>300</sup> « La dénonciation faite à l'ancien propriétaire par les entrepreneurs ou fournisseurs qui ont traité avec lui vaut pour les propriétaires subséquents et n'a pas à être renouvelée » : *Id.*, n° 652, p. 253.

<sup>301</sup> *Construction Groupe Gazaille inc. c. Provencher, Roy & Associés-Saucier, Perotte, architectes.*, J.E. 95-620 (C.S.); *Construction Proco inc. c. St-Germain Métal inc.*, B.E. 99BE-782 (C.S.); *Stastny c. Structures Ultratec inc.*, J.E. 2001-2075 (C.Q.); *Développements Sainte-Hélène inc. c. Nicolangelo Partipilo*, C.S. Montréal, n 500-05075209-021, 19 mars 2003, j. Verrier.

« Il suffit que le demandeur ait intérêt à demander la substitution de la garantie (...) Il s'ensuit que le nouveau propriétaire, qui a intérêt à radier l'inscription de l'hypothèque qui greve son immeuble, ainsi que l'ancien propriétaire, qui a été à l'origine des travaux et qui a intérêt à offrir un titre de propriété clair à son acheteur, ont, tous deux, intérêt à faire une demande de substitution. » : V. KARIM, préc., note 164, p. 381.

La situation exposée peut également survenir dans un contexte où il y a vente d'un immeuble par un entrepreneur ou un promoteur immobilier. Lorsqu'il y a contrat de vente d'un immeuble à usage d'habitation, bâti ou à bâtir, faite par un entrepreneur ou un promoteur immobilier, des règles particulières visant la protection du consommateur immobilier s'appliquent<sup>302</sup>. Ces mesures de protection consistent en l'exigence d'un contrat préliminaire assorti d'une faculté de dédit et l'assujettissement du contrat de vente aux règles applicables au contrat d'entreprise en matière de garantie<sup>303</sup>. Toutefois, ces mesures ne viennent pas protéger le futur propriétaire contre la publication d'hypothèques légales, selon la professeure Pauline Roy<sup>304</sup>.

D'une part, le fait que le contrat de vente soit assujéti au régime de garantie applicable au contrat d'entreprise ne vient pas offrir une protection : seulement le régime de garantie retrouvé au chapitre du contrat d'entreprise est applicable, et non tout le chapitre du contrat d'entreprise<sup>305</sup>. Ainsi, le futur propriétaire ne peut bénéficier de la possibilité offerte au client de retenir lors du paiement du prix du contrat une somme suffisante pour acquitter ce qui est dû aux personnes pouvant faire valoir une hypothèque<sup>306</sup>. L'Office de révision du Code civil avait pourtant proposé que tout le chapitre du contrat d'entreprise trouve application<sup>307</sup>.

---

<sup>302</sup> Pour une étude de ces mesures de protection, voir : Pauline ROY, « La rénovation et l'acquisition d'un immeuble d'habitation : le difficile arrimage des mesures de protection », dans *Droit spécialisé des contrats*, Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 1999, Volume 3 : Les contrats relatifs à l'entreprise, 2001, EYB2001DSC63M.

En droit privé : articles 1785 à 1794 du *C.c.Q.* : ces mesures de protection s'appliquent lorsqu'une personne physique acquiert d'un constructeur ou promoteur immobilier un immeuble bâti ou à bâtir pour l'occuper elle-même.

Le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs : en vertu de la *Loi sur le bâtiment*, la Régie du bâtiment a le pouvoir d'obliger tout entrepreneur à adhérer à un plan qui garantit l'exécution de ses obligations légales et contractuelles. En 1999, est entré en vigueur le *Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs* (décret 841-98 du 17 juin 1998, G.O. II, 3484). Le *Règlement* ne vise que la vente ou la construction de certains bâtiments résidentiels neufs. Le plan prévoit des mécanismes pour la protection du consommateur immobilier, contre les défauts d'exécution, les malfaçons, les vices qui affectent l'ouvrage. Le plan prévoit aussi un cautionnement d'exécution des travaux.

<sup>303</sup> *C.c.Q.*, art. 1785 à 1794.

<sup>304</sup> P. ROY, préc., note 302, n° 64.

<sup>305</sup> *Id.*

<sup>306</sup> *C.c.Q.*, art. 2123.

<sup>307</sup> Si tout le chapitre s'appliquait, le futur propriétaire bénéficierait du droit de rétention de l'article 2123 du *C.c.Q.* ; OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Projet de Code civil*, Chapitre VII, Du contrat

D'autre part, bien que l'article 1786 du *C.c.Q.* exige que le vendeur indique les droits réels qui grèvent l'immeuble dans le contrat préliminaire, l'effet de cette obligation est mitigé, selon certains auteurs. En effet, tel que le souligne la professeure Pauline Roy, « encore faut-il que ces droits existent lors de la signature de ce contrat »<sup>308</sup>. La professeure précise que lorsque le contrat préliminaire porte sur un immeuble à construire, rien n'est prévu pour informer le promettant-acheteur des éventuelles créances hypothécaires et lui permettre de s'en protéger<sup>309</sup>.

En somme, le « consommateur immobilier » n'est pas mieux protégé que les autres acheteurs de biens immobiliers, malgré l'existence de règles particulières justement destinées à le protéger<sup>310</sup>.

Le régime de l'hypothèque légale du domaine de la construction viendrait donc créer pour l'acheteur une situation risquée. La difficulté décrite mérite l'attention, d'autant plus qu'elle risque de survenir lorsque des entrepreneurs ou des promoteurs immobiliers proposent des modèles de maison et des maisons déjà construites à de futurs

---

d'entreprise, 1977, art. 685 : « Le présent chapitre s'applique aussi à la vente, par un constructeur professionnel, d'un fonds qui lui appartient, avec un ouvrage immobilier construit ou à construire. » ; OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, volume II, tome 2, 1977, Commentaires sur l'article 685 : « L'article a pour but de soumettre toute l'industrie de la construction immobilière aux règles du contrat d'entreprise en raison de l'accroissement considérable de la construction domiciliaire. Il eût été peu réaliste de ne pas appliquer à ce secteur les dispositions du projet, notamment les articles 687 à 689. C'est d'ailleurs la consécration ultime d'une évolution qui se fait jour, tant en jurisprudence qu'en doctrine. »

<sup>308</sup> P. ROY, préc., note 302, n° 64.

<sup>309</sup> *Id.* ; L'hypothèque légale d'un sous-traitant naît lors de la dénonciation du sous-contrat. L'hypothèque légale d'un fournisseur qui a contracté avec le propriétaire naît lorsque le contrat est formé (J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 506 p. 195 et n° 503 p. 194).

<sup>310</sup> La professeure Pauline Roy propose trois idées pour offrir une protection au futur propriétaire lorsque la vente est faite par un constructeur ou un promoteur immobilier : une clause contenue dans le contrat préliminaire par laquelle le vendeur s'engage à fournir un titre de propriété libre de toute charge, la divulgation dans le contrat préliminaire du nom des fournisseurs de matériaux et de toutes les personnes qui participent à la construction et un engagement à produire les quittances avant la conclusion du contrat de vente (à défaut de produire les quittances requises, l'acheteur pourrait retenir une partie du prix de vente). À l'égard de la clause par laquelle le vendeur s'engage à fournir un titre de propriété libre de charges, la professeure précise qu'une telle clause est prévue au contrat préliminaire de l'*A.P.C.H.Q.* Elle souligne cependant que la clause a une portée limitée lorsque le vendeur ne s'est pas déchargé de son obligation. S'il ne l'a pas fait, c'est généralement parce qu'il est dans une situation économique précaire, « ce qui rend passablement illusoire les chances d'obtenir qu'il y satisfasse » (P. ROY, préc., note 302, n° 64, à la note 124).

propriétaires<sup>311</sup>. Ainsi, lorsqu'il y a vente d'un immeuble ayant fait l'objet de construction ou de rénovation, par un particulier ou par un constructeur, l'application du mécanisme de l'hypothèque légale peut créer une situation inéquitable pour le nouvel acquéreur. Pour se protéger, il est possible pour le nouvel acquéreur de contracter une assurance de titres. De même, si les travaux de construction ou de rénovation sont connus des parties, l'offre d'achat peut contenir une stipulation spécifique autorisant la retenue des fonds par le notaire. Ces mécanismes de protection seront abordés au chapitre suivant, dans le cadre de l'analyse des mécanismes élaborés par la pratique et destinés à protéger le propriétaire à l'égard des hypothèques légales<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> *Id.*, n° 46.

<sup>312</sup> Les mécanismes par lesquels l'acheteur pourrait se protéger sont l'assurance de titres et la retenue de fonds, lesquels seront traités au chapitre II, B.

Par ailleurs, dans le contexte où l'acheteur et le notaire ne sont pas au courant que des travaux ont été effectués, ces mécanismes ne peuvent être mis en place. Nous sommes toutefois d'avis que la loi peut être interprétée de manière à imposer la divulgation des travaux de rénovation ou de construction. En effet, l'article 1786 du *C.c.Q.*, qui impose la divulgation des droits réels qui grèvent l'immeuble dans le contrat préliminaire, de même que l'article 1723 du *C.c.Q.*, qui impose la même obligation au vendeur, pourraient être interprétés comme imposant une obligation de divulguer les contrats avec chacun des participants aux travaux, si l'on considère le fait que l'hypothèque légale peut naître avant le début des travaux, à l'occasion de la signature du contrat avec le propriétaire ou de la dénonciation dans le cas d'un sous-traitant (naissance de l'hypothèque : J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 501, p. 193). Comme l'hypothèque légale de la construction existe sans publication, l'on pourrait dire qu'il s'agit d'un droit réel qui grève l'immeuble. Par conséquent, il y aurait obligation de divulgation du nom des personnes qui participent à la construction ou à la rénovation et du nom des fournisseurs, au regard de la loi. Par cette divulgation, l'acheteur serait informé et armé pour demander à son vendeur des quittances. Si le vendeur manquait à son obligation en n'informant pas l'acheteur, l'hypothèque demeurerait valide, mais l'acheteur aurait un recours personnel contre celui-ci.

## **CHAPITRE II. LES MÉCANISMES DE PROTECTION UTILISÉS PAR LA PRATIQUE**

L'analyse qui précède démontre que le régime légal offre une grande protection aux créances des sous-traitants. Par contre, les sous-traitants ne peuvent se prévaloir de la protection légale dans tous les cas. De plus, l'analyse a permis d'identifier certaines faiblesses dans l'application du régime légal. Son application peut en effet causer des difficultés au propriétaire et aux sous-traitants. Ainsi, le présent chapitre se penche sur d'autres mécanismes utilisés pour assurer la protection du propriétaire et des sous-traitants.

Dans le secteur public, lorsque le régime de l'hypothèque légale ne trouve pas application, des cautionnements ainsi que des garanties monétaires entrent en jeu pour suppléer le régime légal et assurer le paiement des sous-traitants. Ces mécanismes sont également utilisés par la pratique dans le secteur privé. L'étude qui suit vise à déterminer dans quelle mesure ces mécanismes permettent le recouvrement des créances des sous-traitants et dans quelle mesure ils peuvent suppléer au régime légal, considérant les faiblesses qu'il comporte (A). L'étude porte également sur les mécanismes destinés à protéger le propriétaire face aux hypothèques légales des sous-traitants, afin de déterminer s'ils constituent des mécanismes efficaces pour la protection du propriétaire (B).

### **A. La protection des créances des sous-traitants**

En suggérant l'abolition des privilèges légaux, l'*Office de révision du Code civil* notait que d'autres mécanismes de protection que les privilèges pouvaient être utilisés par l'entrepreneur et le sous-entrepreneur pour assurer le paiement de leurs créances. Le rapport de l'Office mentionnait la possibilité pour l'entrepreneur de stipuler une hypothèque conventionnelle dans le contrat qui l'unit au propriétaire et celle du sous-entrepreneur d'en bénéficier par une subrogation ou une cession des droits<sup>313</sup>. À défaut

---

<sup>313</sup> Le rapport mentionnait aussi que dans l'hypothèse où le sous-traitant fait affaires directement avec le propriétaire, il peut lui-même prévoir une hypothèque conventionnelle (OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, préc., note 165, p. 364). *Contra* : dans un article,

de subrogation ou cession de droit, le sous-entrepreneur peut exiger des paiements périodiques. L'Office concluait qu'en pratique, les efforts déployés par les parties pour échapper au privilège des entrepreneurs étaient souvent plus coûteux que l'avantage qu'il procure.

Bien que les privilèges légaux n'aient pas été abolis, la pratique a développé des mécanismes pour assurer le paiement des sous-traitants. Le cautionnement, les garanties monétaires et divers aménagements contractuels sont fréquemment utilisés dans l'industrie de la construction. Lorsque ces mécanismes sont utilisés parallèlement au régime légal, il en résulte une protection accrue des sous-traitants. Cependant, nous verrons que les mécanismes entrent souvent en jeu afin d'obtenir une renonciation des sous-traitants à l'hypothèque légale. Dans ce contexte, il en résulte une protection moins avantageuse pour les sous-traitants.

### *1. Le cautionnement*

Dans l'industrie de la construction, tant en matière de travaux publics que privés, les cautionnements se rencontrent à différentes étapes du contrat de construction<sup>314</sup>. Lorsque le contrat est attribué par voie d'appel d'offres, l'on retrouve fréquemment un cautionnement de soumission, qui garantit la conclusion du contrat d'entreprise par le soumissionnaire<sup>315</sup>. Les donneurs d'ouvrages exigent également des cautionnements afin d'assurer l'exécution du contrat de construction et le paiement des sous-traitants et

---

Nathaniel H. Salomon n'était pas du même avis : « It has been suggested by the Committee that the subcontractors may obtain a part of a hypothec in favour of the contractor, or that there could even be a flow through of money from the owner to the subcontractor. We simply cannot see this working in the everyday practice of the construction industry. » (Nathaniel H. SALOMON, préc., note 170).

<sup>314</sup> Louise POUDRIER-LEBEL, *Le cautionnement par compagnie de garantie*, Cowansville : Les Éditions Yvon Blais, 1986, p. 62.

Après la Deuxième guerre mondiale, le cautionnement a commencé à être largement utilisé par les maîtres d'ouvrages dans le secteur public et est devenu le meilleur moyen de garantir à des tiers que les obligations d'un entrepreneur seront remplies. L'industrie canadienne du cautionnement a connu des croissances et des baisses. En 1992, la création de l'Association canadienne de caution fut un « signe de la détermination de l'industrie à garantir que le processus et le produit suivraient l'évolution du monde de la construction et des demandes des maîtres d'ouvrages. » (COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », C.C.D.C., 2002, p. 2).

<sup>315</sup> Aussi appelé « bid bond » (L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 62).

fournisseurs<sup>316</sup>. D'autres types de cautionnement, d'utilisation moins fréquente au Québec, se rencontrent dans l'industrie<sup>317</sup>. Notre étude se limite au cautionnement d'exécution et au cautionnement de main d'œuvre et matériaux, étant donné que ces deux derniers facilitent le paiement des sous-traitants.

Le cautionnement est fréquemment utilisé lorsque l'immeuble construit ne peut être saisi. En principe, toute construction immobilière peut être grevée de l'hypothèque; cependant les biens de l'État et les biens des personnes morales de droit public qui sont affectés à l'utilité publique<sup>318</sup>, tout comme les biens insaisissables<sup>319</sup>, ne peuvent être grevés. Dans ces cas, la garantie destinée à assurer le paiement des sous-traitants pourra prendre la forme d'un cautionnement<sup>320</sup>.

#### *La distinction entre le cautionnement et l'assurance*

La question de la nature juridique des cautionnements en matière de construction fut abordée à maintes reprises. Le contrat de cautionnement et le contrat d'assurance font l'objet de chapitres distincts du *Code civil du Québec*. Pourtant, comme les cautionnements en matière de construction sont souvent émis par des compagnies d'assurances, qui garantissent l'exécution de contrats ou le paiement de matériaux ou de

---

<sup>316</sup> *Id.*, p.62 ; Gregory BORDAN, Jeffrey EDWARDS et Michel SYLVESTRE, « Le cautionnement », dans *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal : Wilson & Lafleur ltée, 1998 ; François BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », dans Collection de droit 2008-09, École du Barreau du Québec, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, EYB2008CDD110 ; Pamela MCGOVERN, « Les sûretés accordées à la caution, le rôle de celle-ci et la jurisprudence récente », dans *Superconférence sur la construction*, Publications L'Institut Canadien, 2000, p. 1.

<sup>317</sup> Tels le cautionnement d'entretien, qui se limite à la garantie contre les malfaçons et les vices de construction (« maintenance bond »), le cautionnement qui vise à garantir la remise de la retenue (ce cautionnement se rencontre pour des constructions à l'étranger), le cautionnement de parachèvement qui vise à assurer le créancier hypothécaire contre la publication d'hypothèques légales (il s'agit du « completion bond », qui a cours aux États-Unis), et le cautionnement d'aménagement des lotissements exigé d'un promoteur immobilier. (G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 640) ; L. POUQUIER-LEBEL, préc., note 314, n°156, p. 62.

<sup>318</sup> *C.c.Q.*, art. 916 al 2 ; Nul ne peut s'approprier les biens du domaine public affectés à l'utilité publique. Les biens des universités, des collèges, des écoles et des centres hospitaliers ne sont toutefois pas affectés à l'utilité publique et peuvent ainsi être grevés d'une hypothèque légale de la construction. Pour de plus amples précisions, voir : J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 481 et suiv, p. 185 et suiv ; P. CIOTOLA, préc., note 206, n° 2.88, p. 165.

<sup>319</sup> *C.c.Q.*, art. 2668.

<sup>320</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 619, p. 242.

main d'œuvre en retour d'une prime<sup>321</sup>, la qualification de ces engagements dut être précisée. Les autorités s'accordent à voir dans le cautionnement en matière de construction un véritable contrat de cautionnement et à refuser la qualification de contrat d'assurance<sup>322</sup>. Les cautionnements en matière de construction se qualifient de contrat de

---

<sup>321</sup> La confusion possible provient non seulement du fait que les cautionnements sont émis par les grandes compagnies d'assurance, mais aussi du fait que les cautionnements utilisent le même réseau de distribution et le même jargon que les polices d'assurance. Les termes « primes » et « réclamations » sont utilisés dans les deux cas (C.C.D.C., « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », préc., note 314).

<sup>322</sup> La thèse de la distinction soutenue par la doctrine : A.J. DE GRANDPRÉ, « Claims under Performance, Fidelity and Other Bonds », [1963] *Conf. Memorial Meredith* 64 : « The surety bonds are not insurance contracts but are purely and simply contracts of suretyships subject of course to the terms of the agreement but also governed by articles 1929 and following of the Civil Code. For instance, contractors' bonds whether bid, performance or labour and material payment bond, automobile dealers' bonds should not be regarded as insurance policies. » ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 131 ; K.W. SCOTT et R.B. REYNOLDS, dir., *Scott and Reynolds on Surety Bonds*, Scarborough, Carswell, 1994, p. 2-25 et suiv ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 641 ; Benoît ROUSSY, « Le rôle que joue la caution face au propriétaire et aux sous-traitants, *Développements récents en droit de la construction (2005)*, dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais ; C.C.D.C., « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », préc., note 314, p. 3.

Nous ajoutons également les auteurs Mignault et Langelier, car selon la professeure Poudrier-LeBel, l'on peut soutenir qu'ils acceptent la qualification de cautionnement, étant donné qu'ils mentionnent le cautionnement rémunéré dans leur traité respectif sur le cautionnement (P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, t.8, p. 343, F. LANGELIER, t. 6 *Cours de droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, p. 122).

La thèse de la distinction soutenue et appliquée par les tribunaux : J.H. Dupuis *Limitee c. La compagnie d'assurances generales du Canada*, C.S.M. 500-05011498-753, 13 décembre 1979, (j. Austin Johnson), p. 13 ; *Revovation Aqua inc. c. Les Constructions Joutel inc. et la Compagnie d'assurances Halifax*, C.S. d'Amos : 605-05-047-82, 2 mars 1983 (j. Vital Cliche) ; *Canron Inc. c. Compagnie d'assurance Fidélité du Canada*, [1984] C.S. 1150, où le contrat de cautionnement comprenait une clause selon laquelle l'action contre la caution devait être intentée dans l'année après la cessation des travaux. Il fut plaidé que ladite clause était contraire à la disposition d'ordre public édictant une prescription de trois ans pour une action dérivant d'un contrat d'assurance. Le tribunal jugea que le contrat n'était pas assujéti aux dispositions applicables à l'assurance et par conséquent, que la clause de déchéance prévue au contrat était valide ; *Les câbles Texcan ltée c. Shock Électrique inc.*, [1996] R.J.Q.2576 (C.S.) ; *Les Entreprises Gamelec inc. c. La Laurentienne générale, compagnie d'assurance inc.*, [1990] R.R.A., 971 ; *Souscripteurs de Montréal inc. et al. C. Vaillancourt*, J.E. 2000-383 (C.A.), où le juge Beaugard réitère qu'en droit civil, le contrat de cautionnement n'est pas un contrat d'assurance ; *Compagnie d'assurances London Garantie c. Girard & Girard inc.* [2004] R.D.I. 29 (C.A.), où la juge Louise Mailhot appliqua l'article 2343 du C.c.Q. et non l'article 2470 du C.c.Q., en considérant que le contrat de cautionnement et celui d'assurance n'obéissent pas aux mêmes règles.

Certains auteurs québécois ont pris position pour qualifier d'assurance l'engagement par compagnie de garantie : A. LESLIE HAM, « Classes of insurance », (1944) *R. du B. Can.* 220 ; J. DE BILLY, « Les aspects légaux de l'assurance de garantie », (1963) 31 *Assurances* 200-234 (J. De Billy s'appuie sur la définition de l'assurance-garantie qui se divise en assurance de fidélité et en assurance-cautionnement) ; G. PARIZEAU, « Introduction à l'étude de l'assurance-cautionnement » (1982) 49 *Assurances* 352-362 (G. Parizeau s'attache à la qualité d'assureur et au paiement de la prime, de même qu'au recours aux

cautionnement en raison de leurs caractères accessoire et subsidiaire; ils sont accessoires en ce qu'ils visent à garantir l'exécution de l'obligation principale<sup>323</sup> et comportent un caractère subsidiaire, car la compagnie de garantie qui revêt le titre de caution n'est tenue à l'obligation qu'en cas de défaut du débiteur principal<sup>324</sup>. En raison de cette qualification, les dispositions régissant le contrat d'assurance ne pourront s'appliquer par analogie au contrat de cautionnement<sup>325</sup>.

#### *Le cautionnement obligatoire*

Dans le secteur public, les cautionnements sont exigés par règlements<sup>326</sup>. Par exemple, le *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*<sup>327</sup> prévoit que l'organisme public exige une garantie de soumission, une garantie d'exécution ainsi qu'une garantie des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services lorsque le montant estimé du contrat atteint un certain seuil. L'organisme peut exiger la même garantie malgré que ce seuil ne soit pas atteint<sup>328</sup>. Des annexes au *Règlement* prévoient la forme que doivent prendre ces cautionnements<sup>329</sup> et le dernier alinéa de l'article 12 édicte quelles entités peuvent émettre ledit cautionnement<sup>330</sup>. Le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux revêt une grande importance pour

---

techniques de l'assurance). Ces auteurs sont cités et leurs textes sont commentés par la professeure Poudrier-LeBel, *Id*, p. 140.

<sup>323</sup> *C.c.Q.*, art. 2340.

<sup>324</sup> *C.c.Q.*, 2346 ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 642 ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 131 et s.

<sup>325</sup> *Compagnie d'assurances London Garantie c. Girard & Girard inc.*, préc., note 322.

<sup>326</sup> G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 640.

<sup>327</sup> *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, R.Q. c. C-65.1, r.3. En vertu de l'article 1 du *Règlement*, il s'applique aux contrats de travaux de construction visés au paragraphe 2 du premier alinéa de l'article 3 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (L.R.Q., c. C-65.1). Il s'applique également aux contrats mixtes de travaux de construction et de services professionnels ainsi qu'aux contrats visant à procurer des économies découlant de l'amélioration du rendement énergétique définis à l'article 27.

<sup>328</sup> Article 11 du *Règlement* : « Une garantie de soumission est exigée par l'organisme public lorsque le montant estimé du contrat est de 500 000 \$ ou plus et peut être exigée dans les autres cas. Lorsqu'une garantie de soumission est exigée, l'entrepreneur doit également fournir, avant la signature du contrat, une garantie d'exécution ainsi qu'une garantie des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services. » (*Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, art. 11).

<sup>329</sup> *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, annexes 1, 2 et 3.

<sup>330</sup> « Le cautionnement prévu au premier ou au deuxième alinéa doit être émis par une institution financière qui est un assureur détenant un permis émis conformément à la *Loi sur les assurances* (L.R.Q., c. A-32) l'autorisant à pratiquer l'assurance cautionnement, une société de fiducie titulaire d'un permis délivré en vertu de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* (L.R.Q., c. S-29.01), une coopérative de services financiers visée par la *Loi sur les coopératives de services financiers* (L.R.Q., c. C-67.3), ou une banque au sens de la *Loi sur les banques* (L.C. 1991, c. 46) » : art. 12.

les sous-traitants lorsque la construction porte sur un immeuble qui ne peut faire l'objet d'une saisie, le caractère d'insaisissabilité empêchant la publication d'hypothèques légales<sup>331</sup>.

Dans le secteur privé, un cautionnement d'exécution des travaux peut également être imposé. Lorsqu'il est question de la vente ou de la construction de certains bâtiments résidentiels neufs<sup>332</sup>, le *Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*<sup>333</sup>, adopté par la *Régie du bâtiment* en vertu des pouvoirs que lui confère la *Loi sur le bâtiment*<sup>334</sup>, impose à l'entrepreneur d'adhérer à un plan qui garantit l'exécution de ses obligations légales et contractuelles<sup>335</sup>. Le plan de garantie vise la protection de son bénéficiaire (le consommateur immobilier) et prévoit entre autres un cautionnement d'exécution des travaux<sup>336</sup>. En effet, si l'entrepreneur failli à ses obligations, l'administrateur du plan y pourvoit, dans les limites déterminées par le *Règlement* et prévues au contrat<sup>337</sup>.

Si aucun règlement n'impose un cautionnement, sa présence dépend de la volonté des parties et de leur pouvoir de négociation<sup>338</sup>. Le contrat à forfait du *C.C.D.C.*<sup>339</sup> prévoit le

---

<sup>331</sup> *Id.*, note 318, 319.

<sup>332</sup> L'article 2 du *Règlement* précise les types de bâtiments couverts par le plan (*Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*, c. B-1.1, r.0.2).

<sup>333</sup> *Id.* Le *Règlement* est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999.

<sup>334</sup> *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., chapitre B-1.1.

<sup>335</sup> P. ROY, préc., note 302.

<sup>336</sup> L'engagement de la caution, en vertu du *Règlement*, ne couvre pas toutes les obligations légales ou contractuelles incombant à l'entrepreneur, mais seulement celles qui sont énumérées et dans les limites prévues : « De fait, il s'agit d'un cautionnement des travaux et non pas d'un cautionnement d'exécution du contrat et de l'ensemble des obligations qui en découlent. » « ...il s'agit d'un cautionnement d'exécution des travaux au sens le plus restrictif du terme, en ce que l'administrateur du plan ne s'engage, dans la majorité des cas, qu'à exécuter les obligations de l'entrepreneur défaillant; le remboursement des dommages résultant de tout défaut d'exécution étant limité à des situations précises. » (*Id.*, n° 77, 79).

<sup>337</sup> *Id.* ; G. DOYON, « Le *Règlement* sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs », dans *Développements récents en droit immobilier (1999)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1999, EYB1999DEV129.

<sup>338</sup> « Dans le secteur privé, la faculté d'exiger des garanties relève évidemment de l'initiative du propriétaire. La prudence incite le maître de l'ouvrage à les requérir pour des travaux importants (...) Quant au simple propriétaire qui désire une maison unifamiliale, il manque de pouvoir de négociation pour imposer une telle condition à l'octroi du contrat. » : L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 65 ; Cependant, lorsqu'il s'agit d'un bâtiment résidentiel neuf, le plan de garantie que nous avons mentionné protège le propriétaire (*Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*, c. B-1.1, r.0.2).

<sup>339</sup> COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, *Contrat à forfait*, C.C.D.C., 2008.

cas où des cautionnements sont stipulés dans les documents contractuels des parties<sup>340</sup>. Ces cautionnements doivent alors respecter les normes qu'édicte le formulaire de contrat du *C.C.D.C.*<sup>341</sup>, à moins que les parties aient modifié ce contrat.

Tant le cautionnement d'exécution que le cautionnement de main d'œuvre et matériaux viennent faciliter le recouvrement des créances de sous-traitants. Ces cautionnements sont régis par le chapitre du *Code civil du Québec* portant sur le contrat de cautionnement, qui fournit l'encadrement juridique en prévoyant des règles impératives et supplétives. Dans ce cadre prévu par la loi, les cautionnements de construction prévoient généralement des stipulations contractuelles étoffées entre les parties.

*Le paiement des bénéficiaires en vertu d'un cautionnement de main d'œuvre et matériaux*

Le cautionnement de paiement de matériaux et de la main d'œuvre est celui qui garantit le paiement des ouvriers, des fournisseurs de matériaux et des sous-entrepreneurs<sup>342</sup>. Par un contrat de cautionnement et selon les conditions qu'il prévoit, la compagnie agissant comme caution s'engage à payer ces intervenants si l'entrepreneur fait défaut d'acquitter ses dettes. Le propriétaire requiert de l'entrepreneur ce cautionnement dans le but d'éviter l'hypothèque légale de la construction<sup>343</sup>. Les intervenants bénéficient directement du contrat de cautionnement, même s'ils n'en sont pas des parties contractantes. En effet, l'engagement de l'entrepreneur de contracter un contrat de cautionnement constitue une stipulation pour autrui au sens de l'article 1444 du

---

<sup>340</sup> Article 11.2.1 : « L'entrepreneur doit, avant le début des travaux ou à l'intérieur du délai prévu, fournir au maître de l'ouvrage la garantie contractuelle précisée aux documents contractuels. » ; article 11.2.2 : « Si les documents contractuels requièrent des cautionnements ... ».

<sup>341</sup> Article 11.2.2 : « Si les documents contractuels requièrent des cautionnements, ces derniers doivent être souscrits par une compagnie de cautionnement dûment autorisée à traiter des affaires de cautionnement dans la province ou le territoire de l'emplacement de l'ouvrage et être maintenus en vigueur jusqu'à l'exécution complète du contrat. La forme de ces cautionnements doit être conforme à la dernière édition des formulaires de cautionnement approuvés par le *C.C.D.C.* ».

<sup>342</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 623 et suiv., p. 243 et suiv. ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 653 ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 89 ; F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 314.

<sup>343</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 624 p. 244 ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 653 ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 247.

*C.c.Q.*<sup>344</sup>. Ils sont les tiers bénéficiaires en vertu de cette stipulation pour autrui, alors que le propriétaire est le stipulant et la caution, le promettant<sup>345</sup>. En raison de cette qualification juridique, les ouvriers, fournisseurs et sous-entrepreneurs qui sont des réclamants<sup>346</sup> au sens du cautionnement, ont un recours direct contre la caution<sup>347</sup>. Ce lien contractuel direct leur permet d'exiger l'exécution de l'obligation par la caution, soit le paiement de leur créance.

L'on doit s'en remettre au contrat de cautionnement pour savoir quels intervenants se qualifient de réclamants. Selon la formule de cautionnement de main d'œuvre et matériaux du *CCDC*, le sous-traitant doit avoir contracté directement avec l'entrepreneur général pour pouvoir bénéficier du cautionnement<sup>348</sup>. Les gouvernements fédéraux et provinciaux utilisent généralement des cautionnements plus étendus<sup>349</sup>. Français

---

<sup>344</sup> La jurisprudence et la doctrine sont de cet avis : *Pisapia Construction Inc. c. Dragon Construction Ltée*, (1982) C.A. 12., où la Cour d'appel expliqua la stipulation pour autrui créée par le cautionnement : « Ce cautionnement est donc une stipulation pour autrui. La ville, à l'occasion d'un contrat qu'elle fait pour elle-même, stipule comme condition du contrat, au profit de réclamants, indéterminés à ce moment-là, mais déterminables au moment où le cautionnement devient exécutoire, que leurs réclamations seront payées. » ; *Walsh & Brais Inc. c. Tro-Châines Inc.* (1989) R.D.I 734 (C.A.) ; *Pétroles Irving Inc. c. Prévoyants du Canada (Les) compagnie d'assurances générales*, (1992) R.L. 236 (C.A.) ; *Cerberus Pyrotronics Inc. c. Cie de cautionnement Alta*, J.E. 96-938 (C.A.) ; *Industries Canatal c. Immeubles Paul Daigle inc.* J.E. 96-2160 (C.A.) ; *Compagnie de cautionnement Alta c. Frigo Temp Inc.* J.E. 97-368 (C.A.) ; *Château, compagnie d'assurances c. Commission de la construction du Québec* J.E. 2000-193 (C.A.) ; *Garantie, compagnie d'assurances, Amérique du Nord c. Goodfellow inc.* B.E. 2001BE-73 (C.A.) ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 625 p. 244 ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 653 ; F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 316 ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 90, 254 ; B. ROUSSY, préc., note 322.

<sup>345</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 625 ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 653.

<sup>346</sup> Ces intervenants sont généralement désignés sous le vocable de « réclamants » (*Id.*)

<sup>347</sup> G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 653.

<sup>348</sup> Gérald H. KUEHNE, « L'ABC du cautionnement », SCK, 2004, p. 43, faisant référence à la formule standard du *C.C.D.C.*

<sup>349</sup> Le cautionnement des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services prévu au *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics* (R.Q. c. C-65.1, r.3) prévoit que sont créanciers « tout sous-traitant de l'entrepreneur » de même que « toute personne physique ou toute personne morale qui a vendu ou loué à l'entrepreneur ou à ses sous-contractants des services, des matériaux ou du matériel destinés exclusivement à l'ouvrage... ». Le formulaire de cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux d'Hydro-Québec prévoit que le créancier peut avoir ou non contracté avec l'entrepreneur : « toute personne physique ou morale, y compris l'ouvrier, qui fournit des biens ou des services pour la réalisation du Contrat, qu'elle ait ou non conclu une entente directement avec l'Entreprise. » (HYDRO-QUÉBEC, *Cautionnement de paiement de la main d'œuvre, des matériaux et des services*, Version du 30 septembre 2006). Lorsque les sous-sous-contractants ou les arrières-fournisseurs sont des réclamants, le risque pour la caution devient alors plus étendu et en conséquence le contrat de cautionnement coûte plus cher à l'entrepreneur (G. H. KUEHNE, préc., note 348, p. 43).

Beauchamp note que les cautionnements ne définissent pas les fournisseurs de matériaux de façon identique; certains 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<sup>350</sup>. Sachant que le droit à l'hypothèque légale n'est pas subordonné à une exigence d'incorporation des matériaux<sup>351</sup>, une attention particulière devrait être portée sur la définition du fournisseur de matériaux contenue au cautionnement. Si un cautionnement exige l'incorporation des matériaux, un fournisseur dont les matériaux ne sont pas destinés à être incorporés devrait s'assurer de préserver ses droits à l'hypothèque légale, considérant qu'il ne pourrait réclamer auprès de la caution.

Pour bénéficier du cautionnement, les sous-traitants doivent respecter les conditions qu'il contient, autrement ils peuvent perdre leurs droits<sup>352</sup>. Les formalités pour la mise en œuvre du cautionnement sont différentes de celles qui donnent ouverture au droit à l'hypothèque légale et varient selon le contrat de cautionnement<sup>353</sup>. À titre de bénéficiaires de la stipulation pour autrui, les sous-traitants ont le droit d'obtenir de la caution les documents contractuels<sup>354</sup>. Généralement, les formalités qui doivent être remplies par les sous-traitants comprennent la dénonciation à l'entrepreneur des sous-contrats<sup>355</sup>, l'avis de réclamation<sup>356</sup> et l'institution du recours contre la caution<sup>357</sup>. Bien

---

<sup>350</sup> F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 316.

<sup>351</sup> Voir : Chapitre I.

<sup>352</sup> G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 667 : « Le défaut de respecter ces conditions constitue un motif de rejet de l'action du créancier, le cautionnement ne pouvant être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté, selon l'article 2343 du C.c.Q. ».

<sup>353</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 627, p. 245 ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 654 ; « Au fil des ans, plusieurs contrats-types et usages se sont développés et certaines conditions d'exercice se retrouvent dans la plupart des cautionnements. » (B. ROUSSY, préc., note 322).

<sup>354</sup> « Les devoirs du réclamant de se renseigner : il appartient aux réclamants de s'informer si un cautionnement a été obtenu à l'égard du projet auquel ils participent et, dans l'affirmative, de se familiariser avec les conditions d'exercice des droits qui leur sont accordés. » (G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 669) ; « Quand les bénéficiaires de la stipulation en leur faveur l'acceptent, un lien direct s'établit entre eux et la caution à dès lors l'obligation de leur transmettre les informations découlants de ces engagements selon l'article 1434 du C.c.Q. » (J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 628 p. 245).

<sup>355</sup> En vertu de la plupart des contrats de cautionnement, le sous-entrepreneur et le fournisseur de matériaux qui n'a pas conclu de contrat direct avec l'entrepreneur doit aviser l'entrepreneur par écrit (J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 630, p. 245). Cette dénonciation est une condition essentielle de la

que le défaut de respecter ces conditions constitue un motif de rejet de l'action<sup>358</sup>, un manquement à la forme ne causant aucun préjudice à la caution peut ne pas être jugé

---

réclamation du fournisseur ou du sous-entrepreneur qui n'a pas de lien contractuel avec l'entrepreneur général et constitue un moyen d'irrecevabilité par la caution (B. ROUSSY, préc., note 322).

Le contenu de la dénonciation : « l'avis doit indiquer l'ouvrage concerné ou une description du travail à exécuter, la nature du contrat, le nom du sous-traitant de même que le nom du propriétaire (G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 670).

<sup>356</sup> Les sous-traitants bénéficiaires du cautionnement doivent aviser le propriétaire, l'entrepreneur général et la caution de leur réclamation, dans le délai stipulé au contrat (le délai est généralement de 120 jours). Le point de départ du délai peut être les derniers travaux faits par le sous-traitant. Il ne s'agit alors pas de la fin des travaux applicable à l'hypothèque légale (J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 631 p. 246) ; F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 316.

<sup>357</sup> Les sous-traitants bénéficiaires du cautionnement doivent se conformer aux délais prévus au contrat pour intenter une action.

Délai minimum : Le bénéficiaire doit respecter le délai minimum prévu, à défaut de quoi il se verra refuser le remboursement de ses frais judiciaires, en raison de l'article 1596 du *C.c.Q.* (J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 632 p. 246). Le Guide d'utilisation des cautionnements de construction du *C.C.D.C.* réfère à un délai de 90 jours à compter de la date à laquelle le réclamant a fourni pour la dernière fois de la main d'œuvre ou des matériaux.

Délai maximum (généralement prévu d'un an) : le professeur Deslauriers, François Beauchamp, de même que Sylvestre, Borden et Edwards considèrent que l'on peut s'interroger sur sa validité, au regard des articles 2884 et 2925 du *C.c.Q.* Pierre-Marc Bellavance est d'avis que le délai d'un an prévu au cautionnement est légal et valide car il s'agit d'une condition contractuelle et non d'un délai de prescription (Pierre-Marc BELLAVANCE, « Les cautionnements de construction : regard sur la jurisprudence récente », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 49).

La jurisprudence majoritaire juge le délai inférieur à trois ans illégal : *3107671 Canada inc. c. Construction J. & R. Dumouchel & Fils inc.*, J.E. 99-1397 (C.Q.) ; *Sorel-Tracy Ciment Inc. c. Zardez inc.*, B.E. 2000BE-624 (C.S.), où la clause d'un contrat de cautionnement qui imposait l'obligation d'intenter un recours dans un délai d'un an à compter de la fin des travaux fut jugée illégale parce que contraire à une règle d'ordre public, en l'occurrence, l'article 2884 du *C.c.Q.* ; *Pipe-tec spécialité (2001) inc. c. Construction Viacon inc.*, C.Q. Montréal, n° 500-02-023912-954, 29 mai 2002, j. Longtin ; *Bétons L. Barolet Lac Mégantic inc. c. Monsieur Fissure inc.*, [2001] R.L. 227 (C.Q.) ; *Marchand c. Cournoyer*, J.E. 2008-2003 (C.S.) appel déserté (C.A., 2009-04-03), 200-09-006485-087 (requête en rejet d'appel rejetée (C.A., 2008-12-01), 200-09-006485-087, 2008 QCCA 2309). *Contra* : *Labelle Asphalte inc. c. Compagnie d'assurance canadienne générale*, C.Q. Labelle, n° 560-02-000303-957, 16 décembre 1997 ; *Longval c. Dubé Cormier Construction*, C.S. Montréal, n° 500-05-001704-954, 26 juillet 1996.

<sup>358</sup> Considérant le principe de l'article 2343 du *C.c.Q.* La jurisprudence suivante reflète la stricte observation des conditions : *Construction Maskimo Ltée c. Walsh & Brais Inc.* J.E. 89-722 (C.A.) ; *Émile Lefrançois et fils Ltée c. Construction Dufco Inc.* (1989) R.L. 547 (C.A.) ; *Rénovation Aqua Inc. c. Cie de cautionnement Aqua Ltée*, J.E. 90-1764 (C.S.) ; *Câbles Texcan Ltée c. Shock Électrique Inc.* (1996) R.J.Q. 2576 (C.S.) ; *Métaux Richard Angers Ltée c. Compagnie d'assurance canadienne générale* J.E. 97-2239 (C.S.) ; *Compagnie de cautionnement Alta c. Frigo Temp inc.* J.E. 97-369 (C.A.) (j. LeBel, Forget et Biron) ; *Compagnie d'assurance London Garantie c. Girard & Girard inc* J.E. 2004-415 (C.A.) ; *Sous-poste camionnage en vrac, Abitibi-Ouest (zone 3) c. Compagnie d'assurance London Garantie*, B.E. 2005-BE-1119 (C.S.), (j. Y. Mayrand).

fatal<sup>359</sup>. Par contre, un arrêt récent rendu par la Cour d'appel vient confirmer que les délais de réclamation dans le cadre d'un cautionnement sont de rigueur. Dans l'affaire *Compagnie d'assurance London Garantie c. Girard & Girard inc.*<sup>360</sup>, la Cour infirma une décision de la Cour supérieure<sup>361</sup> selon laquelle le délai de 120 jours accordé au sous-traitant dans le cautionnement de main d'œuvre et matériaux n'est pas de rigueur et qu'en l'absence de préjudice pour la caution, cette dernière ne peut invoquer la clause de déchéance. La Cour distingua l'affaire sous étude des arrêts *Citadel Général Assurance Co. c. JohnsManville Canada Inc.*<sup>362</sup> et *Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co. Ltd.*<sup>363</sup>. Elle fut d'avis qu'en raison du défaut du sous-traitant d'envoyer l'avis de réclamation dans les 120 jours de la fin des travaux, la caution pouvait valablement opposer la clause de déchéance<sup>364</sup>. Subséquemment, la Cour supérieure a

---

<sup>359</sup> *Citadel Général Assurance Co. c. JohnsManville Canada Inc.* (1983) 1 R.C.S. 513, où la Cour suprême jugea que l'avis au propriétaire par courrier ordinaire plutôt que par courrier recommandé et le défaut d'avis écrit au débiteur principal ne justifiait pas la caution d'avoir refusé de payer. Ces défauts n'avaient entraînés pour la caution aucun préjudice. La professeure Poudrier-LeBel considère que la Cour suprême, par cet arrêt, a atténué le principe d'une stricte observation des conditions du recours en cas de manquement mineur ne causant pas de préjudice ; *Excavation Gilles Lacaille Inc. c. Les Prévoyants du Canada* (1984) C.P. 160 ; *J.H. Dupuis Ltée c. Sécurité, (La) Cie d'assurance générales du Canada*, J.E. 85-492 (C.A.) ; *Industries Super-Métal Inc. c. Sécurité (La) Compagnie d'assurances générales*, (1988) 14 Q.A.C. 74 ; *Matériaux Inovaco Ltée c. Prévoyants du Canada*, J.E. 90-427 (C.A.) ; *Entreprises d'électricité Ohmega Inc. c. Laurentienne générale, Compagnie d'assurance Inc.*, (1991) R.J.Q. 1514 (C.Q.) ; *Montréal Brique et Pierre Inc. c. Entreprises Techno Inc.*, J.E. 97-425 (C.Q.) (requête pour déclarer l'appel sans objet accueillie, C.A. Montréal 500-09-003543-964). Nous mentionnons également l'arrêt *Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co. Ltd.* (1989) 2 R.C.S. 778, où la Cour suprême fut d'avis que la caution devait remplir ses obligations malgré l'avis de réclamation envoyé hors-délai. Cet arrêt de la Cour suprême ne s'applique toutefois pas au Québec, car le défaut de respect du délai avait pu être remédié en application de la *The Saskatchewan Insurance Act*. Voir à cet effet l'arrêt de la Cour d'appel dans *Compagnie d'assurance London Garantie c. Girard & Girard inc.* REJB 2004-53445 (C.A.).

<sup>360</sup> *Compagnie d'assurance London Garantie c. Girard & Girard inc.*, J.E. 2004-415 (C.A.) ; Jean-Claude PICARD, « Commentaire sur la décision *Compagnie d'assurance London Garantie c. Girard & Girard inc.* - Le délai de 120 jours accordé au créancier pour adresser sa demande à la caution est de rigueur », *Repères*, Mai 2004, EYB2004REP232.

<sup>361</sup> *Girard & Girard inc. c. Compagnie de pavage d'asphalte Beaver*, C.S. Montréal 500-17-007-533-006, (2002-01-21).

<sup>362</sup> *Citadel Général Assurance Co. c. JohnsManville Canada Inc.* (1983) 1 R.C.S. 513. La Cour distingua cet arrêt car il concerne un défaut de forme, soit l'envoi par courrier ordinaire plutôt que par courrier recommandé.

<sup>363</sup> *Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co. Ltd.* (1989) 2 R.C.S. 778. La Cour distingua cet arrêt car dans celui-ci, le retard de l'avis de réclamation pouvait être remédié par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire expressément prévu dans la *The Saskatchewan Insurance Act*. La Cour fut d'avis qu'en l'espèce, il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 2470 du *C.c.Q.*, qui s'applique en matière de contrat d'assurance mais non de cautionnement.

<sup>364</sup> Selon Jean-Claude Picard, cette sévérité peut mener à des injustices (Jean-Claude PICARD, « Commentaire sur la décision *Compagnie d'assurance London Garantie c. Girard & Girard inc.* - Le délai

suivi ce dernier raisonnement. Dans la décision *Sous-poste camionnage en vrac, Abitibi-Ouest (zone 3) c. Compagnie d'assurances London Garantie*<sup>365</sup>, le sous-traitant ne pouvait recouvrer des sommes de la caution, car sa demande de paiement avait été reçue tardivement par rapport aux délais prévus au cautionnement. Par conséquent, les sous-traitants doivent respecter les délais, il s'agit d'une condition pour qu'ils puissent bénéficier du cautionnement.

La caution qui a payé les sous-traitants est légalement subrogée dans leurs droits contre l'entrepreneur<sup>366</sup>. La caution peut être subrogée conventionnellement; la subrogation doit alors être consentie par le sous-traitant en même temps qu'il reçoit le paiement<sup>367</sup>. L'entrepreneur peut opposer à la caution les moyens qu'il avait contre les sous-traitants, créanciers originaires<sup>368</sup>. Comme la caution s'est engagée du consentement de l'entrepreneur, elle peut lui réclamer ce qu'elle a payé en capital, intérêts et frais<sup>369</sup>. Pour s'assurer d'être remboursée, la caution exige généralement de l'entrepreneur qu'il signe une convention d'indemnité, qui est un contrat aux termes duquel l'entrepreneur s'engage à rembourser la caution des sommes qu'elle paie en vertu du contrat de cautionnement<sup>370</sup>.

En pratique, le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux est manifestement avantageux pour les sous-traitants, en leur donnant un recours contre la caution. Il est

---

de 120 jours accordé au créancier pour adresser sa demande à la caution est de rigueur », *Repères*, Mai 2004, EYB2004REP232).

<sup>365</sup> *Sous-poste camionnage en vrac, Abitibi-Ouest (zone 3) c. Compagnie d'assurance London Garantie*, B.E. 2005-BE-1119 (C.S.), (j. Y. Mayrand).

<sup>366</sup> *C.c.Q.*, art. 2356 et 1656 ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 635, p. 247 ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 675.

<sup>367</sup> *C.c.Q.*, art. 1654 : la subrogation conventionnelle s'opère sans le consentement du débiteur (sans le consentement de l'entrepreneur). *C.c.Q.*, art. 1653 : la subrogation conventionnelle doit être expresse et constatée par écrit.

<sup>368</sup> *C.c.Q.*, art. 1657.

<sup>369</sup> *C.c.Q.*, art. 2356 ; J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 636, p. 247.

<sup>370</sup> L'Association canadienne de la construction a conçu un contrat-type, la « Convention d'indemnisation et de sûretés ». La Convention prévoit un ensemble de recours au bénéfice de la caution. Selon les auteurs Sylvestre, Borden et Edwards, la Convention accroît la protection de la caution. Elle ne peut toutefois abuser de ses droits (J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 638 ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 677 ; P. MCGOVERN, préc., note 316, p. 2 ; J. EDWARDS, «La convention d'indemnisation du cautionnement de construction au Québec», (1992) 47 *C.L.R.* 50 ; C.C.D.C., « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », préc., note 314, p. 8).

également profitable au maître de l'ouvrage, lequel a intérêt à ce que les sous-traitants soient payés, pour que les travaux s'effectuent dans le délai prévu<sup>371</sup>.

*Le paiement des bénéficiaires ou des sous-traitants en vertu d'un cautionnement d'exécution*

Par un cautionnement d'exécution, la caution s'engage à exécuter l'obligation de l'entrepreneur général en vertu de son contrat qui l'unit au propriétaire, s'il ne remplit pas cette obligation. Bien que ce cautionnement soit de prime abord au bénéfice du propriétaire, il vise également le paiement des sous-traitants.

La principale obligation de la caution en vertu d'un cautionnement d'exécution est d'assurer le parachèvement des travaux<sup>372</sup>. L'étendue de l'obligation de la caution varie toutefois selon la terminologie employée au contrat de cautionnement<sup>373</sup>. La doctrine et la jurisprudence distinguent l'engagement à exécuter le contrat et l'engagement à exécuter les travaux<sup>374</sup>. Suivant ces autorités, le cautionnement d'exécution du contrat couvre l'ensemble des obligations assumées par l'entrepreneur<sup>375</sup> alors que le cautionnement d'exécution des travaux ne garantit que les obligations relatives aux travaux. Par cette distinction, l'engagement de la caution en vertu d'un cautionnement d'exécution du contrat est nettement plus large. Pour déterminer l'étendue de

---

<sup>371</sup> Le cautionnement est profitable également au maître de l'ouvrage. En effet, en l'absence de cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux, la défaillance de l'entrepreneur général est source de problèmes pour le maître de l'ouvrage, qui sera inondé d'appels de sous-traitants « en colère, frustrés ou déconcertés », alors que lorsque le cautionnement est en place, la caution discute avec les réclamants et au moment du paiement, sera subrogée dans leurs réclamations. De plus, les sous-traitants qui subissent les inconvénients de l'absence de cautionnement s'abstiendront, à l'avenir, de participer aux projets du maître de l'ouvrage. Enfin, le cautionnement permet de payer les sous-traitants et ainsi de faciliter la poursuite des travaux (C.C.D.C., « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », préc., note 314, p. 22).

<sup>372</sup> G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 651.

<sup>373</sup> L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 80.

<sup>374</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 242 et 243 ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 80-81, 84-87 (la professeure tire cette distinction de l'arrêt *L'Union canadienne, Compagnie d'assurances c. L'Assurance-vie Desjardins*, C.A. Québec, le 29 janvier 1975, sous le n° 8955, reproduite à l'annexe VIII de son ouvrage, p. 371) ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 649 ; F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 316 ; François BEAUCHAMP, « Le cautionnement d'exécution », dans *Les sûretés en matière de construction*, Insight Press, Toronto, 1995, p. 175.

<sup>375</sup> L'obligation de la caution comprend l'exécution de toutes les obligations prévues au contrat car son obligation est le miroir de celle de l'entrepreneur (L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 81).

l'obligation de la caution dans un contexte donné, il faut se référer aux termes du contrat de cautionnement<sup>376</sup>.

En vertu d'un cautionnement d'exécution, la caution peut être appelée à verser des sommes destinées au paiement des sous-traitants ou à payer directement ceux-ci<sup>377</sup>. Le paiement des sous-traitants, direct ou par l'intermédiaire du propriétaire, dépend de l'étendue de l'obligation de la caution. Dans le cas d'un cautionnement d'exécution des travaux, la caution s'engage à ce que les travaux soient complétés et ce, au prix convenu<sup>378</sup>. En conséquence, si l'immeuble sur lequel les travaux sont effectués est saisissable, comme les sous-traitants peuvent le grever d'une hypothèque légale, la caution répond aussi du remboursement des sommes versées aux sous-traitants par le propriétaire<sup>379</sup>. Ainsi, lorsque la caution s'engage à exécuter les travaux, le paiement des sous-traitants est garanti. Cependant, le cautionnement d'exécution des travaux ne procure pas aux sous-traitants un recours direct contre la caution; c'est le propriétaire qui peut obtenir de la caution les sommes nécessaires à leur paiement. Par ailleurs, lorsque l'immeuble est insaisissable, le propriétaire ne peut recouvrer de la caution des sommes pour leur paiement, étant donné l'impossibilité de publier des hypothèques légales sur un tel immeuble.

Dans le cas d'un cautionnement d'exécution du contrat, la caution s'engage à exécuter toutes les obligations de l'entrepreneur aux termes du contrat<sup>380</sup>, ce qui comprend le

---

<sup>376</sup> G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 649 ; B. ROUSSY, préc., note 322.

<sup>377</sup> Nous verrons que la réclamation émanant du sous-traitant n'est cependant pas reconnue par tous.

<sup>378</sup> L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 85.

<sup>379</sup> *Id.* ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 650 ; T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 242 ; F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 316.

<sup>380</sup> La réclamation à la caution des dommages attribuables aux retards : Les auteurs Sylvestre, Borden et Edwards (G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 650) s'interrogent à savoir si des dommages dus au propriétaire, tels que ceux découlant du défaut par l'entrepreneur de respecter les délais d'exécution des travaux, pourraient être réclamés à la caution, en vertu du cautionnement d'exécution du contrat. Au moment de la parution de leur ouvrage, ils notaient que les tribunaux québécois ne s'étaient pas penchés sur la question. Dans la décision *Saskatchewan Housing Corp. v. Canadian Surety Co.* (1988), 64 Sask.R. 158, le propriétaire intentait une action contre la caution pour les dommages causés par le retard dans l'exécution des travaux. La Cour d'appel a jugé que les dommages pour retards n'étaient pas de la responsabilité de la caution. Dans *Lac La Ronge Indian Band c. Dallas Contracting ltd and Western Surety co.*, 2004 SKCA 109, une décision rendue en 2004, la Cour d'appel de la

paiement des créanciers de l'entrepreneur. Comme l'obligation de la caution revêt la même étendue que celle de l'entrepreneur, le propriétaire peut obtenir le remboursement des paiements faits aux sous-traitants<sup>381</sup>, sans égard au droit à l'hypothèque légale de ceux-ci<sup>382</sup>. De plus, en vertu d'un tel cautionnement, les sous-traitants pourraient s'adresser directement à la caution pour le paiement de leur créance. En effet, selon la professeure Poudrier-LeBel<sup>383</sup>, comme l'obligation de payer les sous-traitants dans le contrat d'entreprise général doit être vue comme étant une stipulation pour autrui, et considérant que l'obligation de la caution est le miroir de celle de l'entrepreneur général, le cautionnement d'exécution du contrat comporterait une stipulation pour autrui implicite<sup>384</sup>. Ainsi, bien qu'un tel cautionnement d'exécution ne désigne pas expressément les sous-traitants comme étant des bénéficiaires ou des réclamants, ils auraient un droit d'action contre la caution pour le recouvrement de leurs créances.

---

Saskatchewan a précisé que les dommages pour retards ne peuvent être réclamés à la caution (il s'agissait de « liquidated damages » qui étaient un « preestimate of delay damages »). Selon la Cour, ces dommages ne sont pas attribuables à la caution, qui n'intervient qu'au moment où le propriétaire lui transmet l'avis de défaut : « The quantity of delay damages will often be beyond the surety's control. The owner controls the timing of when the contract will be declared to be in default. ». *Contra* : Décisions canadiennes : *Credit Heights Ltd. v. United States Fidelity & Guaranty Co.* (1987), 26 C.L.R. 228, p. 308 et (1987), 59 O.R. (2d) 209 (H.C.) p. 124 ; *Regina City v. Graham Construction & Engineering Ltd.* (1999) S.J. No. 483 ; *Halton Region Conservation Authority v. Toronto Underground Contractors Ltd.* (1982) O.J. NO. 599 ; *Via Rail Canada Inc. v. Saskatchewan Government Insurance et al.* (1990) 85 Sask.R. 81 (Q.B.). La jurisprudence américaine n'est pas une unanime sur la question de la responsabilité de la caution des dommages pour retards. Pour une analyse de cette jurisprudence, nous vous référons à l'analyse approfondie qui est faite par le juge Jackson dans l'arrêt *Lac La Ronge Indian Band c. Dallas Contracting Ltd and Western Surety co.*

<sup>381</sup> *Mathieu c. Coderre* [1971] C.S. 404 ; *Cie de cautionnement Alta c. Montréal (Ville de)*, J.E. 90-1293 (C.S.) (Appel réglé hors-cour) ; *Société des alcools du Québec c. Société nationale de cautionnement*, J.E. 98-185 (C.Q.), où la caution, en vertu d'un cautionnement d'exécution, dut rembourser le propriétaire pour les sommes payées à deux sous-traitants ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 86 ; T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 242-243 ; F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 316.

Par ailleurs, si le contrat d'entreprise autorise le propriétaire à exiger de l'entrepreneur qu'il fournisse des quittances des sous-traitants et des fournisseurs avant qu'il ne soit payé, le propriétaire serait en droit d'en exiger autant de la caution (G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316).

<sup>382</sup> « Contrairement au cas de cautionnement d'exécution des travaux, il n'y a pas lieu ici de limiter son obligation au remboursement des paiements faits aux seuls créanciers privilégiés au sens du Code civil. » (L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 85).

<sup>383</sup> *Id.*, p. 85.

<sup>384</sup> Cette analyse est celle de la professeure Poudrier-lebel (*Id.*, p. 86). Sylvestre, Borden et Edwards (préc., note 316, p. 649.) et François Beauchamp (préc., note 316) ont fait mention du recours direct des sous-traitants, en vertu du cautionnement d'exécution, en soulignant l'analyse de Poudrier-LeBel.

Le recours direct des sous-traitants contre la caution en vertu d'un cautionnement d'exécution est toutefois remis en question. Pamela McGovern et Claude Baillargeon<sup>385</sup> avancent plusieurs arguments pour réfuter la thèse de la stipulation pour autrui implicite. Selon ceux-ci, au regard de la définition de la stipulation pour autrui, les sous-entrepreneurs et fournisseurs ne pourraient prétendre être les tiers bénéficiaires d'un contrat intervenu entre l'entrepreneur et le propriétaire sur la base de leur lien contractuel avec l'entrepreneur. Au regard des règles régissant le contrat de cautionnement, les sous-traitants ne pourraient se prévaloir eux-mêmes du cautionnement sans que cela aille à l'encontre du principe selon lequel le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. De plus, un cautionnement d'exécution ne pourrait donner lieu à un recours pour une tierce partie, étant émis en faveur du propriétaire. Enfin, le *Guide d'utilisation des cautionnements de construction* du CCDC<sup>386</sup> précise que le propriétaire et les entrepreneurs ne devraient pas s'en remettre au cautionnement d'exécution pour le paiement de la main d'œuvre et des matériaux et recommande qu'un cautionnement pour la main d'œuvre et les matériaux soit contracté.

Les tribunaux n'ont pas unanimement adopté la thèse de la stipulation pour autrui implicite. Leur position est partagée. Dans la décision *Turcotte (1989) inc. c. Axa Boréal Assurances inc.*<sup>387</sup>, la Cour du Québec jugea que les sous-traitants n'ont pas de recours contre la caution en se basant sur le cautionnement d'exécution du contrat. À l'inverse, dans la décision *Marcel Lessard & Fils inc. c. Cautionnements mutuels des Amériques*

---

<sup>385</sup> Bruce REYNOLDS and Kenneth W. SCOTT, *Scott and Reynolds on surety bonds*, Scarborough, Ont. : Carswell, 1994, Vol. 1, p. 10-43 (Suretyship under Quebec civil law by Pamela McGovern and Claude Baillargeon).

<sup>386</sup> C.C.D.C., « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », préc., note 314.

<sup>387</sup> *Turcotte (1989) inc. c. Axa Boréal Assurances inc.* J.E. 2000-1815 (C.Q.). La juge Lina Bond rappela d'abord les opinions divergentes quant à la réclamation directe du sous-traitant envers la caution. Puis elle souligna que la Cour d'appel, dans les arrêts *L'Union canadienne, Compagnie d'assurances c. L'Assurance-vie Desjardins*, (C.A.) Québec, No. 8955, 29 janvier 1975 et *Banque Nationale du Canada c. Ville de Notre-Dame du Lac* (1990) R.L. 339 (C.A.) ne s'est pas prononcé sur la question du recours direct. La juge émit son opinion, à l'effet que le recours direct n'est pas possible en vertu du cautionnement d'exécution. Elle prit en considération le fait qu'en l'espèce, un cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux avait également été contracté. De ce fait, elle en conclut que les parties entendaient viser deux situations distinctes de sorte que le paiement des sous-traitants était exclusivement régi par le cautionnement de main d'œuvre et matériaux. Elle prit également en considération la clause du cautionnement prévoyant « qu'aucun droit d'action ne pourra être exercé en vertu dudit cautionnement par toute personne physique ou morale autre que le bénéficiaire ».

*inc.*<sup>388</sup>, la Cour supérieure affirma que le cautionnement d'exécution du contrat confère au sous-traitant un recours direct contre la caution. Cette dernière interprétation du cautionnement d'exécution du contrat est favorable aux sous-traitants. En effet, si cette interprétation n'était pas retenue, les sous-traitants ne pourraient réclamer leur paiement à la caution en vertu du cautionnement d'exécution.

La mise en œuvre du cautionnement d'exécution nécessite un avis de défaut émis par le maître de l'ouvrage à la caution. En effet, pour que le maître de l'ouvrage puisse faire appel à la caution, l'entrepreneur doit d'abord être en défaut. De manière générale, le contrat de cautionnement exige cet avis. Le maître de l'ouvrage doit donc faire preuve de diligence et aviser à temps la caution du manquement de l'entrepreneur<sup>389</sup>. L'avis à la caution est une « condition *sine qua non* » pour que le contrat de cautionnement soit exécuté ; il ne s'agit pas d'une question de procédure, mais d'une question de fond<sup>390</sup>. La trame factuelle vient déterminer si l'entrepreneur est ou non en défaut au sens du cautionnement<sup>391</sup>. Le défaut de l'entrepreneur est aussi une condition pour que la caution puisse intervenir par elle-même, celle-ci ne pouvant abuser de ses droits<sup>392</sup>. Tout délai

---

<sup>388</sup> *Marcel Lessard & Fils inc. c. Cautionnements mutuels des Amériques inc.*, B.E. 99BE-461 (C.S.) (C.A. Inscription en appel, 1999-04-01.)

<sup>389</sup> F. BEAUCHAMP, « Le cautionnement d'exécution », préc., note 371, p. 15. L'avis de défaut doit être transmis dans le délai contractuel, habituellement de 120 jours (B. ROUSSY, préc., note 322).

<sup>390</sup> *Entreprises Ménard Ltée c. La Compagnie d'Assurances Générales Kansa Ltée*, C.S. Montréal, no 11429-857, 15 juillet 1988, j. Ginette Piché ; *Les Environnements Multitec Inc. c. Cie d'ass. Laurentienne Générale Inc.*, C.S. Montréal, no 012095-921, j. P. Viau, 25 novembre 1992.

<sup>391</sup> Le défaut de l'entrepreneur est la principale condition du cautionnement d'exécution. C'est cette condition qui distingue clairement le cautionnement d'exécution des autres formes de sûreté, qui seront abordées dans la deuxième partie du présent chapitre. Il est parfois manifeste que l'entrepreneur est en défaut, par exemple s'il a quitté le chantier ou fait cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (F. BEAUCHAMP, « Le cautionnement d'exécution », préc., note 371, p. 16) ; C.C.D.C., « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », préc., note 314, p. 3.

Les exemples suivants, soulevés par Roussy, permettent aussi de conclure que l'entrepreneur est en défaut : « Le non-paiement des fournisseurs, des sous-traitants et/ou des organismes tels que la C.S.S.T. ou la C.C.Q., la publication d'hypothèques légales sur l'immeuble faisant l'objet des travaux, le non-respect de l'échéancier ou des retards injustifiés dans l'exécution des travaux, la mauvaise exécution des travaux, l'absence de sécurité au chantier. » (B. ROUSSY, préc., note 322).

<sup>392</sup> *Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. G. Beaudet et Cie Ltée*, J.E. 93-1033 (C.S.), EYB 1996-65303 (C.A.), où la Cour d'appel confirma la décision du juge Guy Lebrun qui avait jugé que la caution avait abusé de ses droits en avisant tous les donneurs d'ouvrage qui faisaient affaire avec l'entrepreneur de retenir leurs paiements. Cela avait entraîné le gel des opérations industrielles et financières de l'entreprise. La caution s'était basée sur des projets d'états financiers; cependant le passé de l'entrepreneur était sans tâche et il aurait pu négocier des règlements et obtenir les avances nécessaires pour remédier à sa situation financière. En raison de cette action intempestive et prématurée, la caution fut

prévu au cautionnement pour intenter un recours contre la caution doit également être respecté par le maître de l'ouvrage<sup>393</sup>.

Pour que la caution puisse se libérer de ses obligations, elle doit invoquer une contravention sérieuse au cautionnement qui lui cause un préjudice<sup>394</sup>. Les principales causes d'exonération invoquées par la caution sont l'absence d'avis de défaut, des paiements anticipés faits par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur contrairement aux clauses du contrat d'entreprise et des modifications au contrat sans consultation préalable de la caution<sup>395</sup>. La caution peut également se libérer de ses obligations en soulevant l'exception de subrogation, lorsque sa subrogation s'avère impossible<sup>396</sup>. Par ailleurs, la caution peut faire valoir au maître de l'ouvrage des moyens de défense qui appartiennent à l'entrepreneur ; elle peut ainsi soulever que l'entrepreneur n'a pas commis un bris de contrat ou fait défaut de compléter les travaux dans le délai convenu.

Lorsque la caution intervient, elle peut choisir entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent pécuniaire<sup>397</sup>. Les formulaires de cautionnement édictent généralement que le mode d'exécution est au choix de la caution<sup>398</sup>. Même en l'absence d'une telle mention, en vertu du droit commun, le débiteur peut choisir le mode d'exécution de son

---

condamnée au paiement d'une somme à l'entrepreneur (F. BEAUCHAMP, « Le cautionnement d'exécution », préc., note 371).

<sup>393</sup> F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 371. Le délai prévu au contrat de cautionnement est généralement d'un an dans le secteur public et de deux ans dans le secteur privé, suivant la date d'exigibilité du paiement final ou la fin des travaux (G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 669). Un tel délai, inférieur à trois ans, se heurte à la même question de légalité que celle vue lorsque fut traité le cautionnement de main d'œuvre et matériaux.

<sup>394</sup> F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 316.

<sup>395</sup> *Id.*

<sup>396</sup> *C.c.Q.*, art. 2365. François Beauchamp soulève des exemples où l'exception de subrogation peut être invoquée par la caution : lorsque le créancier ne peut plus subroger la caution dans le solde dû sur le contrat en raison d'avances injustifiées ou de paiements excédentaires ou lorsqu'il y a impossibilité de subroger dans la retenue en raison du défaut de l'effectuer ou du paiement des sous-traitants à même la retenue (F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 316).

<sup>397</sup> L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 88. Concrètement, la caution peut choisir entre remédier au défaut directement ou par l'intermédiaire de l'entrepreneur de son choix, avancer au débiteur des sommes suffisantes pour que celui-ci puisse remédier à son défaut (cela coûte généralement moins cher que de confier le parachèvement des travaux à un autre entrepreneur), payer le moindre entre le montant du cautionnement et le coût d'achèvement soumis par le bénéficiaire moins le solde du prix du contrat, ou refuser d'agir et attendre d'être poursuivie en dommages (F. BEAUCHAMP, « Le cautionnement d'exécution », préc., note 371, p. 8 ; B. ROUSSY, préc., note 322).

<sup>398</sup> F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 371.

obligation<sup>399</sup>. Les obligations de la caution sont limitées au montant maximal stipulé au contrat de cautionnement<sup>400</sup>. François Beauchamp note que les tribunaux n'ont pas eu à se pencher sur la question de savoir si cette limite monétaire s'applique lorsque la caution choisit d'exécuter les travaux<sup>401</sup>.

### *L'indépendance relative des deux types de cautionnements*

Le cautionnement d'exécution et le cautionnement de main d'œuvre et matériaux sont indépendants. En effet, si la caution n'intervient pas en vertu du cautionnement d'exécution pour parachever les travaux ou assurer le parachèvement, le cautionnement de main d'œuvre et matériaux demeure en vigueur<sup>402</sup>. Les bénéficiaires des cautionnements permettent de distinguer le cautionnement d'exécution et celui de main d'œuvre et matériaux. De manière générale, le cautionnement d'exécution est émis au bénéfice du propriétaire alors que le deuxième est émis au bénéfice des sous-traitants.

Malgré que ces deux cautionnements soient distincts, la présence d'un cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux est un élément qui peut être pris en compte afin de déterminer l'étendue de l'obligation de la caution en vertu du cautionnement d'exécution. Selon Thérèse Rousseau-Houle, lorsque l'entrepreneur doit également fournir un cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux, il est permis de présumer que le cautionnement d'exécution est limité à la garantie de l'exécution des travaux<sup>403</sup>. La discussion de la juge Bond dans la décision *Turcotte (1989) inc. c. Axa Boréal Assurances inc.*<sup>404</sup> confirme qu'une telle inférence peut être tirée de la présence d'un cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux<sup>405</sup>. Appelée à se prononcer sur la possibilité d'un recours direct du sous-traitant contre la caution en vertu du

---

<sup>399</sup> C.c.Q., art. 1546.

<sup>400</sup> G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 648.

<sup>401</sup> F. BEAUCHAMP, « Les cautionnements de contrats de construction », préc., note 316.

<sup>402</sup> *Id.* Considérant cela, l'on note que l'entrepreneur général n'est pas obligé de faire affaires avec la même compagnie d'assurance pour les deux types de cautionnement.

<sup>403</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 242.

<sup>404</sup> *Turcotte (1989) inc. c. Axa Boréal Assurances inc.* J.E. 2000-1815 (C.Q.).

<sup>405</sup> De même, la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans la décision *Lac La Ronge Indian Band c. Dallas Contracting Ltd and Western Surety co.*, 2004 SKCA 109, a jugé que l'expression « complete the contract » signifiait « complete the work », dans le contexte où le paiement des sous-traitants était déjà couvert par le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux (décision citée par B. ROUSSY, préc., note 322.)

cautionnement d'exécution, la juge Bond souligna que l'ensemble des cautionnements doit être considéré pour interpréter l'étendue des obligations auxquelles les parties ont voulu se soumettre. Selon la juge, la présence des deux types de cautionnement permet de conclure que le paiement des sous-traitants est exclusivement régi par le cautionnement de main d'œuvre et matériaux.

*L'efficacité des cautionnements lorsque l'immeuble construit ne peut faire l'objet de saisie*

Lorsque la construction porte sur un immeuble qui ne peut faire l'objet d'une saisie<sup>406</sup>, les sous-traitants ne peuvent publier d'hypothèque légale afin de garantir leur créance. Dans ces cas, le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux vient remplacer l'hypothèque légale<sup>407</sup>. Le législateur s'assure que les sous-traitants bénéficieront d'une garantie en exigeant par règlement le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux dans le secteur public<sup>408</sup>. La fourniture obligatoire du cautionnement permet d'assurer la stabilité économique des fournisseurs de matériaux et des entreprises effectuant de la sous-traitance<sup>409</sup>.

Lorsque l'immeuble sur lequel porte les travaux ne peut faire l'objet d'une hypothèque légale, le propriétaire ne pourrait probablement pas, en vertu du cautionnement d'exécution des travaux, obtenir de la caution le remboursement des sommes payées aux sous-traitants. En effet, lorsque l'étendue de l'engagement de la caution se limite aux travaux, le remboursement des paiements faits aux sous-traitants se limite à ceux bénéficiant d'hypothèques légales selon le *Code civil du Québec*. Or, si l'immeuble sur lequel les travaux sont effectués ne peut être grevé, tout paiement fait à un sous-traitant ne peut se qualifier pour se voir remboursé par la caution.

Ainsi, lorsque l'immeuble sur lequel les travaux sont effectués ne peut faire l'objet de saisie, seuls les cautionnements de la main d'œuvre et des matériaux et d'exécution du contrat permettent d'obtenir des sommes pour le paiement des sous-traitants. Dans ce

---

<sup>406</sup> *Id.*, note 318, 319.

<sup>407</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 619, p. 242.

<sup>408</sup> *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, R.Q. c. C-65.1, r.3.

<sup>409</sup> L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 246.

cas, le cautionnement d'exécution des travaux n'est d'aucune utilité pour le paiement des sous-traitants.

*Le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux et l'hypothèque légale*

Le but ultime du propriétaire, en imposant à l'entrepreneur la fourniture d'un cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux, est d'empêcher que des hypothèques légales ne grèvent son immeuble<sup>410</sup>. Le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux n'empêche pas l'existence de l'hypothèque légale, mais rend son exercice non nécessaire pour les sous-traitants<sup>411</sup>. Pour recouvrer leur créance, les sous-traitants s'adresseront à la caution plutôt de d'exercer leur recours contre le propriétaire en vertu du régime de l'hypothèque légale<sup>412</sup>. Ce cautionnement permet ainsi d'éviter la publication d'hypothèques légales<sup>413</sup>.

Par contre, les formalités d'exercice de l'hypothèque légale devront parfois être accomplies par les sous-traitants afin de pouvoir bénéficier d'un recours contre la caution. Dans l'hypothèse où le cautionnement garantit le paiement des sous-traitants détenant une hypothèque légale valable, les formalités de l'hypothèque légale, telle que la dénonciation du sous-contrat au propriétaire, devront être faites pour que le sous-traitant puisse bénéficier du cautionnement. Le professeur Deslauriers met ainsi en garde le sous-traitant contre l'engagement à ne pas dénoncer qu'il pourrait prendre auprès de l'entrepreneur<sup>414</sup>.

Par ailleurs, en faisant valoir l'existence du cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux, l'entrepreneur général peut convaincre les entrepreneurs et fournisseurs de matériaux avec lesquels il contracte de renoncer à leur hypothèque légale<sup>415</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Constructions Lavacon inc. c. Investissements Mario Desnoyers*

---

<sup>410</sup> L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 247.

<sup>411</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 619, p. 242.

<sup>412</sup> *Id.*

<sup>413</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 624, p. 244 ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 314, p. 247 ; G. BORDAN, J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, préc., note 316, p. 653.

<sup>414</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, p. 244. Un sous-traitant ne devrait toutefois pas renoncer à son droit à l'hypothèque légale si le cautionnement que lui propose l'entrepreneur en échange de cette renonciation stipule que les bénéficiaires sont ceux détenant une hypothèque légale valable.

<sup>415</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 617, p. 241.

*inc.*<sup>416</sup>, la clause du sous-contrat par laquelle le sous-traitant renonçait à son droit à l'hypothèque légale énonçait expressément qu'un cautionnement pour « gages, matériaux et services » était fourni en échange de la renonciation<sup>417</sup>.

Il est en effet possible de renoncer valablement au droit à l'hypothèque légale<sup>418</sup>. Une telle renonciation ne contrevient pas à l'article 2936 du *C.c.Q.* qui vise la renonciation au droit d'inscrire une hypothèque légale<sup>419</sup>. La renonciation doit cependant être expresse et précise afin que l'intention de l'intervenant soit sans équivoque<sup>420</sup>.

La renonciation du sous-traitant est à l'avantage du propriétaire et de l'entrepreneur. Pour l'entrepreneur, la renonciation du sous-traitant stipulée dans le sous-contrat lui permet d'éviter le droit de rétention dont dispose le propriétaire de l'immeuble en vertu de l'article 2123 du *C.c.Q.*<sup>421</sup> Pour le propriétaire, elle lui permet de voir son immeuble libre d'hypothèques légales de sous-traitants. De plus, bien que la renonciation du sous-traitant à son droit à l'hypothèque légale se trouve dans le contrat qui l'unit à l'entrepreneur général, le propriétaire pourra se prévaloir de cette renonciation. La jurisprudence considère qu'une telle clause constitue une stipulation pour autrui dont le propriétaire en est le bénéficiaire. Dans l'arrêt *Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*<sup>422</sup>, la clause selon laquelle le sous-traitant s'engageait à ne pas donner d'avis au propriétaire de son intention de faire valoir des privilèges à l'égard de l'immeuble permit au propriétaire d'obtenir un jugement ordonnant la radiation d'inscription de

<sup>416</sup> *Constructions Lavacon inc. c. Investissements Mario Desnoyers inc.* J.E. 98-884 (CS) Désistement d'appel (C.A., 1999-07-07), 500-09-006411-987.

<sup>417</sup> La clause de renonciation était ainsi libellée : « Par les présentes, le sous-entrepreneur renonce pour lui, ses héritiers et ayants droit, à l'enregistrement ou publication d'une hypothèque légale et de toutes avis, préavis et toute charge ou hypothèque de quelque nature que ce soit, sur l'immeuble du propriétaire et il renonce ainsi à toute action sur hypothèque ou toute action de quelque nature que ce soit, dirigée contre le propriétaire en échange l'entrepreneur général fournira au sous-entrepreneur un cautionnement pour gages, matériaux et main d'œuvre comme garantie. » (*Id.*)

<sup>418</sup> *Leblanc c. Salvatore L. Briqueteur (1989) inc.* J.E. 95-1694 (C.S.); *Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*, J.E. 96-2160 (C.A.); *Compagnie de construction Pisapia Ltée c. Isolations Algon Inc.*, REJB 1997-01674 (C.S.)

<sup>419</sup> Il est impossible pour un intervenant à la construction de renoncer à son droit d'inscrire une hypothèque légale (*Clusiault c. Jenscadit inc.* J.E. 2001-1978 (C.Q.)).

<sup>420</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 164, n° 618, p. 241 ; V. KARIM, préc., note 164, p. 503 ; *Honco inc. c. Construction Moco ltée*, J.E.97-885 (C.A.).

<sup>421</sup> *Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*, préc., note 418 ; V. KARIM, préc., note 164, p. 504.

<sup>422</sup> *Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*, préc., note 418.

l'hypothèque légale du sous-traitant. Ainsi, lorsqu'un sous-traitant a renoncé à son droit à l'hypothèque légale, l'entrepreneur<sup>423</sup> ou le propriétaire<sup>424</sup> peut demander au tribunal la radiation de la sûreté au registre foncier.

Lorsque le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux est utilisé pour obtenir la renonciation du sous-traitant à son droit à l'hypothèque légale, il agit comme un outil pour protéger le propriétaire de l'immeuble. Pour les sous-traitants, le cautionnement leur offre une protection, dans la mesure où il porte sur un montant suffisant et dans la mesure où il n'est pas stipulé de façon à ce que seuls les sous-traitants qui détiennent une hypothèque légale valide puissent réclamer à la caution. La protection qu'il offre aux sous-traitants est également subordonnée à ce que ceux-ci en respectent les conditions. Toutefois, pour bénéficier de l'hypothèque légale, les sous-traitants doivent également respecter des conditions de forme strictes. Ainsi, le remplacement du droit à l'hypothèque légale par un cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux peut, selon les circonstances, s'avérer équitable pour tous les acteurs de la sous-traitance.

#### *Le cautionnement comme garantie suffisante pour radier l'hypothèque légale*

Aux termes de l'article 2731 du *C.c.Q.*, le tribunal peut, à la demande du propriétaire de l'immeuble affecté par une hypothèque légale, permettre au requérant de substituer à cette hypothèque une autre sûreté suffisante pour garantir le paiement. Les tribunaux n'ont pas eu à déterminer si le cautionnement de main d'œuvre et matériaux constitue une garantie suffisante pour obtenir la radiation de l'hypothèque légale d'un sous-traitant<sup>425</sup>. En ce qui a trait au cautionnement d'exécution, dans l'affaire *Université du Québec à Montréal c. Norlab inc.*<sup>426</sup>, le cautionnement d'exécution ne permit pas de radier l'hypothèque légale du sous-traitant<sup>427</sup>. Par contre, les tribunaux ont jugé qu'un

---

<sup>423</sup> *Constructions Lavacon inc. c. Investissements Mario Desnoyers inc.*, préc., note 416.

<sup>424</sup> *Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*, préc., note 418.

<sup>425</sup> Nous verrons qu'ils se sont par contre penchés sur la question de savoir si les cautionnements d'exécution et de main d'œuvre et matériaux constituent une sûreté suffisante pour empêcher le droit de rétention du propriétaire au sens de l'article 2123 du *C.c.Q.* (*Développement Tanaka inc. c. Commission scolaire de Montréal* J.E. 2007-1672 (C.A.))

<sup>426</sup> *Université du Québec à Montréal c. Norlab inc.* [1996] R.D.I. 57, (C.S.)

<sup>427</sup> Dans cette affaire, l'Université du Québec à Montréal présentait une requête en substitution de l'hypothèque légale du sous-traitant Norlab. Le Tribunal fut d'avis que la garantie proposée en

cautionnement contracté par le propriétaire pour assurer le paiement d'un sous-traitant ayant publié une hypothèque légale était une garantie suffisante<sup>428</sup>. Un tel cautionnement est distinct du cautionnement de main d'œuvre et de matériaux; il s'agit d'un cautionnement contracté par le propriétaire et non par l'entrepreneur général. Il n'implique pas la théorie de la stipulation pour autrui.

*Le cautionnement comme garantie suffisante pour éviter les retenues du propriétaire*

En vertu du droit de rétention que lui confère l'article 2123 du *C.c.Q.*, le propriétaire peut retenir des sommes suffisantes pour acquitter les créances des sous-traitants qui peuvent faire valoir une hypothèque légale sur l'ouvrage et qui lui ont dénoncé leur sous-contrat. Le propriétaire ne peut toutefois exercer ce droit si l'entrepreneur lui fournit une sûreté suffisante garantissant ces créances<sup>429</sup>. L'on peut s'interroger à savoir si le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux et le cautionnement d'exécution constituent une sûreté suffisante permettant de retirer au propriétaire son droit de rétention. D'emblée, l'on doit souligner que ce sont les sous-traitants, et non le propriétaire, qui sont créanciers de la caution aux termes d'un cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux<sup>430</sup>. Par conséquent, la présence dudit cautionnement ne vient pas prémunir le propriétaire contre l'inscription d'hypothèques légales sur son immeuble, les sous-traitants pouvant additionner leur recours contre la caution à leur droit hypothécaire. Les sous-traitants pouvant toujours exercer leur droit hypothécaire nonobstant la présence d'un cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux, il serait

---

remplacement, soit le cautionnement d'exécution, n'était pas une garantie suffisante pour la substituer à l'hypothèque légale. En effet, pour que le cautionnement proposé vienne protéger le sous-traitant, il y avait nécessité d'un jugement final confirmant la validité de son hypothèque légale. Or, si le juge radiait l'hypothèque en accueillait la requête en substitution, un tel jugement ne pouvait être rendu. La demande de substitution fut donc rejetée.

<sup>428</sup> *Constructions Maurice Boivin inc. c. Construction Ellis Don ltée* B.E. 2000BE-1162 (C.S.) De même, dans *Stastny c. Structures Ultratec inc.* J.E. 2001-2075 (C.Q.), une affaire impliquant un propriétaire et un entrepreneur, un cautionnement émis au même montant que celui de l'avis d'hypothèque légale de la construction fut jugé comme constituant une garantie suffisante permettant la radiation de l'hypothèque légale. Dans les décisions suivantes, un cautionnement fut substitué à une hypothèque; il ne s'agissait toutefois pas d'hypothèques légales de la construction (*Laliberté c. Coolidge* J.E. 81-545 (C.A.); *Panzer c. Petrecca* [1995] R.D.I. 178 (C.S.))

<sup>429</sup> *C.c.Q.*, art. 2123 al. 3.

<sup>430</sup> François BEAUCHAMP, « Les droits et obligations des parties » dans Collection de droit 2007-08, École du Barreau du Québec, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

impensable selon nous que cette garantie permette de retirer au propriétaire son droit de rétention.

Dans l'arrêt récent *Développement Tanaka inc. c. Commission scolaire de Montréal*<sup>431</sup>, la Cour d'appel dut se prononcer sur la question de savoir si les cautionnements d'exécution et de main d'œuvre et matériaux obtenus par l'entrepreneur constituaient des sûretés suffisantes, permettant d'empêcher le propriétaire d'user de son droit de rétention. La Cour, sous la plume du juge Forget, jugea que le client était en droit d'effectuer des retenues contractuelles car lesdits cautionnements ne constituaient pas des sûretés suffisantes<sup>432</sup>. Il importe de souligner qu'à l'égard du caractère insuffisant des cautionnements à titre de « sûreté suffisante », la Cour d'appel confirmait l'opinion de la Cour supérieure<sup>433</sup>. En première instance, le juge Auclair avait considéré que le client n'était pas en droit de procéder à des retenues étant donné qu'il avait contractuellement renoncé à son droit de rétention. Le juge avait par contre affirmé que les cautionnements n'étaient pas des garanties suffisantes au sens de la jurisprudence et de la doctrine. Ainsi, en considérant les cautionnements d'exécution et de main d'œuvre et matériaux comme ne constituant pas des sûretés suffisantes pour éviter les retenues contractuelles, la Cour d'appel préserve la protection du propriétaire à l'égard des hypothèques légales des sous-traitants.

---

<sup>431</sup> *Développement Tanaka inc. c. Commission scolaire de Montréal*, préc., note 425.

<sup>432</sup> Sur la suffisance des cautionnements à titre de sûreté, la Cour discuta du fait que les cautionnements comporte des conditions, qui font en sorte que les sous-traitants pourraient être mieux protégés par l'hypothèque légale (le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux nécessite l'accomplissement de formalités par les sous-traitants. En raison de ces formalités, ils pourraient perdre leur droit de recours contre la caution, mais toujours bénéficier de l'hypothèque légale. Quant au cautionnement d'exécution, il comporte également des limites, qui varient selon l'étendue de l'obligation de la caution). La discussion porta également sur l'expression « sûreté suffisante », utilisée par le législateur à l'article 2123 du *C.c.Q.*, mais aussi à l'article 2731 du *C.c.Q.* Comme les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer sur la suffisance de la garantie au sens de l'article 2123 du *C.c.Q.*, la Cour analysa la jurisprudence sous l'article 2731 du *C.c.Q.* Au regard des critères dégagés par la jurisprudence, elle considéra qu'en l'espèce les cautionnements n'étaient pas des sûretés suffisantes : « Sur le plan pécuniaire, chacun des cautionnements n'est pris que pour 2 423 000 \$ alors que le contrat a été conclu pour un prix de 4 845 999,80 \$; les cautionnements ne sont pas irrévocables puisqu'ils prennent fin un an après la fin des travaux, alors que le litige pourrait toujours être en cours entre le donneur d'ouvrage et l'entrepreneur. Les cautionnements comportent les limites dont j'ai déjà fait état plus haut. Il n'est pas évident que le cautionnement d'exécution comporte des obligations plus étendues que celles concernant la stricte exécution de l'ouvrage. » (par. 110).

<sup>433</sup> *Développement Tanaka inc. c. Commission scolaire de Montréal*, Juge Claude Auclair, C.S., Montréal, 500-17-013770-030.

En pratique, le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux donne aux sous-traitants un recours contre la caution. Bien que le cautionnement d'exécution soit de prime abord au bénéfice du propriétaire, il vise également le paiement des sous-traitants. Le mécanisme du cautionnement profite au maître de l'ouvrage, qui a intérêt à ce que les sous-traitants soient payés pour que le projet de construction suive son cours. Le cautionnement est aussi un mécanisme qui protège le propriétaire contre l'inscription d'hypothèques légales. Bien que le cautionnement n'empêche pas l'inscription d'hypothèques légales, elle rend ces inscriptions non nécessaires. Il peut aussi arriver que l'entrepreneur général parvienne à convaincre les entrepreneurs et fournisseurs de matériaux avec lesquels il contracte de renoncer à leur droit à l'hypothèque légale. Dans ce cas, l'inscription d'une hypothèque légale pourra être radiée à la demande de l'entrepreneur ou du propriétaire. Pour les sous-traitants, le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux est le cautionnement expressément destiné à leur protection. Il s'agit d'un mécanisme efficace, s'il porte sur un montant suffisant et si les sous-traitants en respectent les conditions.

## *2. Les autres formes de garanties pour le paiement des sous-traitants*

En garantie du paiement des sous-entrepreneurs et fournisseurs de matériaux, les documents contractuels peuvent permettre à l'entrepreneur général de fournir des garanties monétaires qui ne sont pas sous forme de cautionnement. L'entrepreneur général peut aussi offrir de telles garanties à ses sous-traitants. De plus, les parties sont libres de moduler leurs relations juridiques par des clauses contractuelles assurant le paiement des créances des sous-traitants.

### *Les aménagements contractuels*

Les rapports entre l'entrepreneur et le sous-traitant sont gouvernés par les clauses du contrat qui les lie<sup>434</sup>. La liberté contractuelle permet aux parties de relier le deuxième contrat au premier. D'ailleurs, le sous-contrat intègre généralement certaines clauses du contrat principal<sup>435</sup>. Les parties peuvent aussi encadrer contractuellement le paiement du sous-traitant, de façon à ce que le sous-contrat tienne compte du contrat principal. Bien

<sup>434</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 206.

<sup>435</sup> O. F. KOTT et C. ROY, préc., note 68, p. 553.

que le paiement du sous-traitant relève de l'entrepreneur général, la liberté contractuelle permet aux parties de stipuler que ce paiement est subordonné au paiement fait par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur<sup>436</sup>. Il s'agit d'une clause de « paiement sur paiement », que les tribunaux considèrent valide<sup>437</sup>. Dans l'arrêt *Magil Construction ltée c. Vince-lafa Construction inc.*<sup>438</sup>, la clause qui prévoyait que « le paiement sera fait au sous-traitant après réception de cedit paiement du propriétaire », fut jugée valide par la Cour d'appel. Sur cette validité de principe, les juges Dussault, Rousseau-Houle et Delisle furent unanimes : le juge de première instance avait erré en droit en concluant à l'invalidité de principe de ladite clause<sup>439</sup>. L'entrepreneur ne peut toutefois abuser de cet aménagement contractuel. Cette règle de non-abus s'infère de la décision *Construction Edec Inc. c. Société de Construction des Îles de la Madeleine Ltd.*<sup>440</sup>, dans laquelle une clause de « paiement sur paiement » fut examinée par le tribunal. Le sous-traitant intentait une action contre l'entrepreneur général, n'ayant reçu paiement que pour quatre-vingt dix pourcent de la valeur des travaux effectués. L'entrepreneur plaidait le caractère prématuré de l'action en s'appuyant sur les termes de son contrat avec le sous-traitant, plus particulièrement sur le fait que l'obligation de compléter les versements devait être exécutée que lorsque l'entreprise générale aurait été elle-même terminée, acceptée par le propriétaire et payée par ce dernier. Plus précisément, la clause prévoyait

---

<sup>436</sup> T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 13, p. 207, faisant référence aux décisions *Mc Brien c. Shanly*, (1874) 24 U.C.C.P. 28 et *Construction Edec Inc. c. Société de Construction des Îles de la Madeleine Ltd.*, J.E. 79-812 (C.S.)

<sup>437</sup> *Plombaction inc. c. Hydro-Québec*, J.E. 2001-705 (C.S.) ; *Magil Construction ltée c. Vince-lafa Construction inc.* J.E. 2000-1317 (C.A.) ; *Timbro Developments Ltd. c. Grimsby Diesel Motors inc.*, (1988) 32 C.L.R. 32 (C.A. Ont., permission d'appeler refusée par la Cour suprême) ; *Lutrاند inc. c. F. Vinet inc.*, (1987) R.D.J. 226 (C.A.), où la clause «... les versements au sous-traitant par l'entrepreneur (...) sont payables après paiement du propriétaire à l'entrepreneur... », dans une convention de sous-traitance d'électricité fut jugée valide ; *Les investissements Île des sœurs inc. c. Garmaise*, J.E. 2000-306 (C.A.), où une clause de paiement sur paiement avait été signée dans le cadre d'un contrat de service.

<sup>438</sup> *Magil Construction ltée c. Vince-lafa Construction inc.* J.E. 2000-1317 (C.A.)

<sup>439</sup> Le juge de première instance était d'avis, en premier lieu, que la clause de paiement sur paiement a pour effet de faire participer le sous-traitant aux risques assumés par un entrepreneur, ce qui est contraire à l'esprit de la sous-traitance : « Quels sont alors l'utilité et le rôle d'un entrepreneur général qui fait supporter tous les risques à chacun des sous-traitants ? Pourquoi un sous-traitant aurait-il à supporter les actes qui ne dépendent pas de son comportement, mais qui sont commis par l'entrepreneur général ou un autre sous-traitant ? ». En deuxième lieu, selon le juge, la clause équivalait à créer avec le sous-traitant une convention de société dans laquelle le sous-traitant participe aux risques mais non aux profits, ce qui est contraire à l'article 2203 du *C.c.Q.* Enfin, au regard des règles d'interprétation du contrat, la clause devait en l'espèce être limitée aux paiements reçus par l'entrepreneur en rapport seulement avec les travaux faits par le sous-traitant en question.

<sup>440</sup> *Construction Edec Inc. c. Société de Construction des Îles de la Madeleine Ltd.*, J.E. 79-812 (C.S.)

que des paiements représentant quatre-vingt dix pourcent de la valeur des travaux exécutés devaient être versés au sous-traitant dans les quinze jours après que l'entrepreneur ait été payé par le propriétaire et que le dix pourcent restant devait être payé quinze jours après que les travaux couverts par le contrat général aient été terminés, agréés par l'architecte et payés par le propriétaire. Dans les faits, le propriétaire refusait de donner son acceptation finale et retenait un pourcentage du prix du contrat. Cependant, les motifs sous-jacents à ce refus ne concernaient pas le sous-traitant demandeur en l'espèce. De l'avis de l'entrepreneur, la signature de la clause par *Construction Edec inc.* constituait une acceptation du risque de délai de paiement. Le risque était en effet considérable, étant donné les nombreux sous-traitants, qui pouvaient tous causer des délais de paiement. La Cour ne retint pas cet argument de l'entrepreneur. Sans aller jusqu'à affirmer que l'entrepreneur empêchait l'accomplissement de la condition du contrat de sous-traitance, la Cour jugea que l'inaction de l'entrepreneur pour recouvrer les sommes dues par le propriétaire était une attitude constituant contre le demandeur un abus de droit. La Cour condamna donc l'entrepreneur à payer le solde dû au sous-traitant, nonobstant la clause du sous-contrat.

En somme, au regard de cette décision, les parties sont libres de prévoir que le paiement du sous-traitant est subordonné au paiement du propriétaire, mais l'entrepreneur ne peut abuser de cet aménagement contractuel. Par conséquent, lorsqu'un litige entourant une clause de « paiement sur paiement » intervient, d'un côté, un sous-traitant peut faire déclarer que la clause lui est inopposable en prouvant que le retard de paiement du propriétaire est attribuable à la faute de l'entrepreneur<sup>441</sup>. En effet, dans l'affaire *Plombaction inc. c. Hydro-Québec*<sup>442</sup>, le tribunal affirma que malgré la validité de la clause de paiement sur paiement, elle aurait pu être déclarée inopposable quant à *Plombaction inc.*, s'il y avait eu preuve à l'effet que les retards de paiement d'*Hydro-Québec* étaient dus à la faute de l'entrepreneur. De l'autre côté, l'entrepreneur est en droit de faire la preuve selon laquelle le non-paiement par le propriétaire n'est pas dû à sa faute<sup>443</sup>. Dans l'arrêt *Magil Construction ltée c. Vince-lafa Construction inc.*, la Cour

---

<sup>441</sup> *Plombaction inc. c. Hydro-Québec*, préc., note 437, par. 18-19.

<sup>442</sup> *Id.*

<sup>443</sup> *Magil Construction ltée c. Vince-lafa Construction inc.*, préc. note 438.

d'appel jugea que le premier juge avait erré en décidant que l'entrepreneur n'avait pas besoin de prouver que le non-paiement par le propriétaire n'était dû à aucune faute de sa part. Cette preuve s'avérait indispensable à la solution du litige, de l'avis de la Cour.

La liberté contractuelle permet donc aux acteurs de l'opération de sous-traitance de relier les deux contrats d'entreprise, en principe indépendants. L'aménagement contractuel qu'est la clause de paiement sur paiement diminue toutefois la protection des créances des sous-traitants. En effet, par cette clause, l'entrepreneur peut refuser de payer ses sous-traitants en raison des agissements du maître de l'ouvrage, tiers par rapport au sous-traitant.

Par ailleurs, le sous-traitant peut entreprendre un recours contractuel contre le maître de l'ouvrage lorsque le contrat unissant l'entrepreneur général au maître de l'ouvrage contient une stipulation pour autrui ou lorsqu'une délégation de paiement ou novation intervient. Pour que la délégation imparfaite de paiement ait lieu, le débiteur initial de l'obligation, ici l'entrepreneur général, doit avoir ordonné au maître de l'ouvrage d'exécuter son obligation au profit du sous-traitant. Cette entente se distingue de la simple indication de paiement en ce que le maître de l'ouvrage s'oblige personnellement au paiement envers le sous-traitant<sup>444</sup>. Advenant une telle entente, l'entrepreneur général demeure néanmoins tenu, avec le maître de l'ouvrage, au paiement du sous-traitant. En effet, à moins qu'il y ait novation, opération qui nécessite une entente manifeste à laquelle doivent être parties le maître de l'ouvrage et le sous-traitant<sup>445</sup>, la délégation est dite imparfaite et ne fait qu'ajouter un débiteur. À l'inverse, la novation a pour effet de décharger l'entrepreneur général, ancien débiteur de son obligation<sup>446</sup>. L'arrêt *Hervé*

---

<sup>444</sup> *C.c.Q.*, art. 1667 ; Louise LANGEVIN et Nathalie VEZINA, « La protection du droit à l'exécution de l'obligation » dans Collection de droit 2008-09, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 ; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers » dans *Les obligations*, 6e édition par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 2005, 2005EYB2005OBL17.

<sup>445</sup> Il peut en effet y avoir novation par une entente seulement entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. L'article 1660 al .1 du *C.c.Q.* édicte que la novation peut s'opérer sans le consentement de l'ancien débiteur.

<sup>446</sup> Art. 1660 du *C.c.Q.* ; La libération de l'entrepreneur général peut aussi avoir lieu, non pas en raison d'une novation, mais en raison des faits. L'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Commission scolaire Jérôme Le Royer c. Pisapia Construction inc.* J.E. 89-1121 (C.A.) le démontre.

*Pomerleau inc. c. Gilbert*<sup>447</sup> illustre un cas où une délégation imparfaite de paiement était intervenue. Dans cette affaire, il avait été convenu qu'un sous-sous-contractant serait payé par l'entrepreneur général. Par cette délégation imparfaite de paiement, l'entrepreneur général était tenu au paiement du sous-sous-contractant, jusqu'à concurrence du montant forfaitaire stipulé au contrat entre l'entrepreneur général et le sous-traitant.

La stipulation pour autrui est l'opération par laquelle le promettant s'engage vis-à-vis le stipulant à exécuter une obligation au profit d'un tiers bénéficiaire<sup>448</sup>. Par cette opération, un tiers qui n'est pas partie au contrat lors de sa formation devient créancier contractuel du promettant<sup>449</sup>. Pour qu'il y ait stipulation pour autrui, il doit y avoir une intention claire de créer un droit en faveur d'un tiers, dans un contrat valide<sup>450</sup>. De plus, le stipulant doit avoir un intérêt à l'exécution d'une obligation en faveur d'un tiers, lequel peut n'être que moral<sup>451</sup>. Enfin, le bénéficiaire doit être déterminable et exister au moment où le promettant doit exécuter ses obligations en sa faveur<sup>452</sup>. Par ailleurs, le tiers bénéficiaire doit accepter la stipulation, de façon expresse ou tacite. Ainsi, l'institution d'un recours par le bénéficiaire pour faire valoir ses droits suffit pour qu'il y ait acceptation de la stipulation<sup>453</sup>.

Selon la jurisprudence, la clause du contrat principal permettant au maître de l'ouvrage peut retenir des sommes dues à l'entrepreneur, pour couvrir les réclamations des sous-traitants, ne constitue pas une stipulation pour autrui<sup>454</sup>. Les tribunaux ont jugé que cette clause ne répond pas à la définition et aux conditions de la stipulation pour autrui. Cette clause constitue plutôt un droit que se réserve le maître de l'ouvrage. De même, la clause par laquelle le maître de l'ouvrage exige de l'entrepreneur qu'il fournisse un

---

<sup>447</sup> *Hervé Pomerleau inc. c. Gilbert*, EYB 1985-143685 (C.A.)

<sup>448</sup> J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », préc., note 444.

<sup>449</sup> C.c.Q., art. 1444 al. 2.

<sup>450</sup> J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », préc., note 444.

<sup>451</sup> *Id.*

<sup>452</sup> C.c.Q., art. 1445.

<sup>453</sup> J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », préc., note 444.

<sup>454</sup> *Dufresne Construction Co. c. P.G. du Québec*, préc., note 148 ; *Matériaux Miron inc. c. Québec (Procureur général)* J.E. 2000-1285 (C.Q.) ; *Charles-auguste fortier inc. (arrangement relatif à )* J.E. 2009-20 (C.S)

cautionnement pour le paiement des sous-traitants n'est pas une stipulation pour autrui accordant un recours aux sous-traitants, si cedit cautionnement n'est pas fourni<sup>455</sup>.

Par contre, la Cour d'appel considère la clause conférant au maître de l'ouvrage le droit d'utiliser la garantie des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services pour remédier aux omissions de l'entrepreneur, s'il omet ou néglige de respecter ses obligations, comme étant une stipulation pour autrui<sup>456</sup>. Cette stipulation pour autrui permet aux sous-traitants de s'adresser directement au maître de l'ouvrage pour le paiement de leur créance<sup>457</sup>. De plus, la clause relative à l'obtention de quittances peut, selon sa rédaction, comporter une stipulation pour autrui au bénéfice des sous-traitants. Dans l'affaire *Acier d'armature Ferneuf inc. c. Giguère et Geoffroy inc.*<sup>458</sup>, la Cour du Québec a jugé que la clause stipulant que le paiement par le maître de l'ouvrage ne peut être fait à l'entrepreneur général que s'il remet une quittance finale de la part des sous-traitants constituait stipulation pour autrui<sup>459</sup>. Cette stipulation permettait un recours des sous-traitants contre le maître de l'ouvrage. Par contre, pour qu'une clause d'obtention de quittances soit interprétée comme constituant une stipulation pour autrui, il doit y avoir une intention claire de créer un véritable droit en faveur des sous-traitants. Dans l'arrêt *Commission scolaire des Patriotes c. Distributeur Tapico ltée*<sup>460</sup>, la Cour d'appel fut d'avis que la clause ne répondait pas aux conditions de la stipulation pour autrui, en l'absence de cette intention. Selon la Cour, la clause accordait au maître de l'ouvrage la faculté d'exiger de la part de l'entrepreneur des quittances des sous-traitants et non l'obligation. Le maître de l'ouvrage pouvait donc abandonner cette faculté<sup>461</sup>.

---

<sup>455</sup> *B.G. Checo international Ltée c. Hélicoptères Trans-Québec Ltée*, J.E. 90-825 (C.A.) (C.S. Can., 1990-12-13, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée)

<sup>456</sup> *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de)*, J.E. 2003-2037 (C.A.); *Caisse populaire de l'Auvergne c. Société des traversiers du Québec*, J.E. 2001-1501 (C.A.)

<sup>457</sup> *Id.*

<sup>458</sup> *Acier d'armature Ferneuf inc. c. Giguère et Geoffroy inc.*, J.E. 2002-1243 (C.Q.)

<sup>459</sup> La clause était ainsi formulée : « Par ailleurs, le paiement final n'est effectué que si l'entrepreneur remet à la Ville une quittance finale de la part des sous-entrepreneurs du fournisseur de matériaux et des autres personnes ayant participé aux travaux. » : *Id.*, par. 94.

<sup>460</sup> *Commission scolaire des Patriotes c. Distributeur Tapico Ltée*, B.E. 2003BE-486 (C.A.)

<sup>461</sup> À cet égard, la Cour d'appel confirmait l'interprétation de la clause donnée par la Cour supérieure (*Distributeur Tapico ltée c. Commission scolaire des Patriotes* B.E. 2001BE-498 (C.S.))

Tel que l'a révélé l'étude précédente, dans bien des cas, le contrat principal contient un cautionnement garantissant le paiement de la main d'œuvre et des matériaux. Les clauses du contrat principal peuvent ainsi permettre au sous-traitant d'invoquer ce premier contrat auquel il n'est pas partie. Bénéficiaire de cette stipulation pour autrui, le sous-traitant pourra l'utiliser pour recouvrer ce qui lui est dû, advenant le défaut de son cocontractant.

L'étude jurisprudentielle démontre que le sous-traitant peut se prévaloir des mécanismes de stipulation pour autrui et de délégation de paiement lorsque les contrats contiennent de telles stipulations. Les tribunaux reconnaissent ces recours si les faits et les aménagements contractuels y donnent ouverture. Ces recours constituent des moyens pour les sous-traitants de recouvrer leurs créances.

#### *La responsabilité contractuelle*

Les sous-traitants peuvent, dans certains cas, recouvrer leurs créances en recherchant la responsabilité contractuelle du maître de l'ouvrage. Par ses agissements envers les sous-traitants, le maître de l'ouvrage peut également créer un lien contractuel avec ceux-ci et par le fait même, engager sa responsabilité contractuelle. Un lien contractuel peut être créé lorsqu'un maître d'ouvrage promet aux sous-traitants l'émission de chèques conjoints à leur ordre et à celui de l'entrepreneur général. Le défaut de tenir cette promesse équivaut alors à un manquement contractuel<sup>462</sup>. Un lien contractuel peut également être créé par une lettre entre deux intervenants à la construction qui n'ont pas contracté ensemble au départ<sup>463</sup>.

---

<sup>462</sup> 2957-1270 *Québec inc. c. Groupe de gestion Profac ltée* J.E. 2000-1539 C.Q). *Groupe de gestion Profac limitée c. Rémi Bouchard inc.* (C.A.) REJB 2002-31945. La Cour du Québec a également condamné le maître de l'ouvrage en vertu des règles de la responsabilité civile. La fausse promesse du maître de l'ouvrage constituait un manquement à l'obligation de bonne foi et le dommage pour les sous-traitants consistait en leur impossibilité de recouvrer leur créance de l'entrepreneur général failli. La Cour d'appel a affirmé que le premier juge n'avait pas erré en concluant que le maître de l'ouvrage n'avait pas eu une conduite raisonnable et diligente à l'égard des sous-traitants. La Cour d'appel n'a cependant pas commenté la condamnation en vertu de la responsabilité contractuelle.

<sup>463</sup> Une lettre d'un entrepreneur général à un sous-sous-contractant fut interprétée comme constituant une prise en charge du sous-sous-contrat. La lettre demandait au sous-sous-contractant de livrer la marchandise directement à l'entrepreneur général. La Cour d'appel, sous la plume des juges Lebel et Fish, jugea qu'il y avait eu prise en charge, ou à tout le moins, une promesse ou une garantie de paiement en contrepartie de la livraison des matériaux et de l'exécution des travaux. Le juge Chamberland rédigea une opinion dissidente; selon lui, la lettre ne suffisait pas pour conclure à la création d'un lien de droit

### *Les garanties monétaires*

En garantie du paiement des sous-entrepreneurs et fournisseurs de matériaux, les documents contractuels peuvent permettre à l'entrepreneur général de fournir des garanties monétaires. De plus, l'entrepreneur général peut offrir de telles garanties à ses sous-traitants. L'étude qui suit vise à déterminer si l'utilisation de ces autres formes de garanties accroît la protection des créances des sous-traitants.

Le contrat-type du *C.C.D.C.*<sup>464</sup> envisage la possibilité que les parties aient prévu une garantie contractuelle sous forme de cautionnement, mais aussi en espèces ou sous forme d'une lettre de crédit ou d'un chèque certifié<sup>465</sup>.

En matière de travaux publics également, le cautionnement peut être suppléé par d'autres formes de garanties. Par exemple, les contrats d'Hydro-Québec prévoient que les garanties d'exécution du contrat et de paiement de la main d'œuvre et des matériaux peuvent être sous forme de cautionnements ou sous forme d'une traite bancaire, ou d'un chèque visé ou d'une lettre de crédit irrévocable<sup>466</sup>. Lorsque la garantie fournie l'est sous forme de chèque visé, de traite bancaire ou de lettre de crédit irrévocable, elle doit être d'un montant égal à au moins dix pourcent du montant du contrat attribué. La lettre

---

créancier-débiteur. En l'absence d'un texte clair, l'existence ou non d'une relation contractuelle devait être déterminée en observant ce que les parties avaient compris de leurs conversations et de la lettre. Comme le juge de première instance avait jugé qu'il n'y avait pas de lien de droit entre l'entrepreneur et le sous-sous-contractant, la Cour d'appel devait faire preuve de déférence face à ces conclusions qui reposent sur la crédibilité.

<sup>464</sup> COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, *Contrat à forfait*, C.C.D.C., 2008.

<sup>465</sup> La clause 11.2.1 du contrat à forfait prévoit que l'entrepreneur doit, avant le début des travaux ou à l'intérieur du délai prévu, fournir au maître de l'ouvrage la garantie contractuelle précisée aux *documents contractuels*. Selon le Guide d'utilisation du contrat à forfait, la garantie contractuelle peut être en espèces ou sous la forme d'une lettre de crédit, d'un chèque certifié ou d'un cautionnement (COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Guide d'utilisation du contrat à forfait CCDC 2-2008 », CCDC, 2008.)

<sup>466</sup> HYDRO-QUÉBEC, « Renseignements et instructions aux intéressés à soumissionner pour contrat de travaux », Version du 5 mai 2009. Ces garanties d'exécution de contrat et de paiement sont exigées lorsque le montant total du contrat atteint 100 000\$. Nous notons qu'il ne pourrait y avoir un choix de l'entrepreneur entre le cautionnement et la garantie monétaire lorsque les cautionnements d'exécution et de main d'œuvre et matériaux sont imposés par le *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, R.Q. c. C-65.1, r.3. Ce règlement s'applique à Hydro-Québec (*Loi sur les contrats des organismes publics*, L.R.Q., chapitre C-65.1, art.4; *Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q. chapitre H-5, art.3.1.1), et la fourniture des cautionnements sera imposé selon les travaux en cause (*Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, art. 1). Ainsi, lorsque le *Règlement* impose la fourniture des cautionnements, la seule fourniture d'une garantie bancaire contreviendrait au *Règlement*.

de crédit doit être maintenue en vigueur jusqu'à un an après la date de fin de contrat. Le ministère des Transports prévoit aussi des clauses semblables, autorisant la fourniture de garanties autres que le cautionnement<sup>467</sup>.

Chacune de ces formes de garanties est assujettie à des règles particulières. Par exemple, la lettre de crédit est un instrument en vertu duquel l'émetteur, habituellement une banque, doit verser sur demande l'argent comptant au détenteur de la lettre. Elle est soumise aux *Règles et Usances uniformes de l'ICC relatives aux crédits documentaires* (RUU)<sup>468</sup>.

Ces garanties se distinguent des cautionnements. Par rapport au cautionnement d'exécution, elles s'en distinguent en ce qu'elles n'offrent qu'une garantie monétaire suite au défaut de l'entrepreneur<sup>469</sup>. Dans le cas d'un cautionnement d'exécution, la caution peut choisir l'exécution en nature<sup>470</sup>. Par rapport au cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux, la différence est majeure : ces garanties ne permettent que le paiement d'une somme d'argent au propriétaire, alors que le cautionnement permet aux sous-traitants d'exercer un recours directement contre la caution pour recouvrer leur

---

<sup>467</sup> Pamela MC GOVERN, « Le cautionnement et les autres garanties dans le domaine de la construction », dans *L'édification du nouveau droit de la construction*, Les journées Maximilien-Caron 1999, Montréal : Les Éditions Thémis, 2000, textes réunis par Guy Lefebvre. Pamela Mc Govern fait référence aux instructions au soumissionnaire du ministère des Transports.

<sup>468</sup> Les *Règles et usances uniformes de l'ICC relatives aux crédits documentaires* (RUU), codification privée, s'appliquent au contrat de crédit documentaire. La dernière version des règles est entrée en vigueur le 1 juillet 2007 (RUU 600). Elles s'appliquent par convention des parties, expresse ou implicite et s'imposent en tant qu'usage à la banque ayant son siège dans un État ayant adhéré aux RUU. Elles édictent des principes fondamentaux s'appliquant au crédit documentaire, tel que le principe de la stricte conformité des documents (CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles et usances uniformes de l'ICC relatives aux crédits documentaires*, Paris, 2006, publication n 600 ; Hugues KENFACK, *Droit du commerce international*, Memontos Dalloz, Editions Dalloz 2006, 2ième édition, p. 129 ; Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Cours Dalloz, Serie Droit Prive, Editions Dalloz 2007). La formule de lettre de crédit d'Hydro-Québec précise qu'elle est soumise aux RUU 600.

<sup>469</sup> P. MC GOVERN, « Le cautionnement et les autres garanties dans le domaine de la construction », préc., note 467.

<sup>470</sup> Cautionnement d'exécution : « Habituellement, la caution participe activement aux démarches requises pour terminer les travaux et résoudre tout problème qui en résulte. » (C.C.D.C., « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », préc., note 314, p. 14). Il peut arriver que le propriétaire préfère la lettre de crédit ou une autre garantie monétaire pour cette raison, car cela lui évite d'avoir à négocier avec une compagnie de cautionnement et il peut administrer en totalité le processus de correction de la défaillance. À l'inverse, un propriétaire peut préférer le cautionnement pour éviter d'avoir à supporter le poids administratif et les coûts que représente le processus de correction de la défaillance.

créance impayée. Par rapport aux deux types de cautionnement, une lettre de crédit et toute garantie en argent s'en distinguent en ce qu'elles permettent, en théorie, au propriétaire d'obtenir les sommes sans avoir à prouver la défaillance de l'entrepreneur. En pratique cependant, un certificat attestant le défaut de l'entrepreneur est habituellement exigé<sup>471</sup>. De plus, une différence est notée au niveau du coût pour l'entrepreneur. S'il contracte un contrat de cautionnement, il devra verser à la compagnie d'assurances un montant qui variera selon le risque encouru<sup>472</sup>. À l'opposé, la fourniture d'une garantie monétaire au propriétaire n'implique aucun coût pour l'entrepreneur<sup>473</sup>. La garantie lui sera retournée s'il exécute le contrat d'entreprise conformément aux conditions stipulées et s'il paie ses sous-traitants<sup>474</sup>. Lorsque l'entrepreneur fait appel à une compagnie d'assurances pour contracter un cautionnement, il doit déboursier des sommes, qui ne lui seront pas remises même s'il remplit ses obligations contractuelles.

Les garanties, sous forme de chèque visé, traite bancaire ou lettre de crédit, peuvent également intervenir entre l'entrepreneur général et ses sous-traitants<sup>475</sup>. L'entrepreneur général peut ainsi garantir à ses sous-traitants leur paiement.

On peut s'interroger sur l'efficacité de ces garanties. Lorsque les garanties interviennent entre le propriétaire et l'entrepreneur général, leur existence ne facilite pas le recouvrement des créances des sous-traitants. Tel que susmentionné, elles ne permettent

---

<sup>471</sup> C.C.D.C., « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », préc., note 314.

<sup>472</sup> *Id.*, p. 10 : « Les frais sont facturés par tranches de 1000\$ du prix du contrat. Les tarifs standards sont facturés annuellement. Des tarifs à long terme sont disponibles pour des projets de construction dont le calendrier excède 24 mois. Les tarifs varient selon les compagnies de cautionnement et dépendent de la situation financière de l'entrepreneur. »

<sup>473</sup> Par contre, la garantie en argent requiert que l'entrepreneur ait les liquidités ou la capacité d'emprunt. La garantie est ainsi limitée par les liquidités auxquelles l'entrepreneur a accès. Par ailleurs, à cause de cette restriction, la lettre de crédit s'applique habituellement à un plus petit pourcentage de la valeur du contrat que les cautionnements d'exécution. De plus, la nécessité pour l'entrepreneur d'inscrire des liquidités ou une lettre de crédit dans ses livres peut avoir un effet négatif sur sa capacité d'emprunt (*Id.*).

<sup>474</sup> Par exemple, les contrats d'Hydro-Québec prévoient le retour des garanties fournies : « Hydro-Québec retourne à l'attributaire les garanties fournies (sauf si celles-ci sont sous forme de cautionnements)... ». Ce n'est que si l'entrepreneur n'exécute pas le contrat conformément aux conditions stipulées, ou s'il ne paye pas ses employés, sous-traitants, fournisseurs, etc., qu'Hydro-Québec pourra réaliser les garanties, soit en confisquant le chèque visé ou la traite bancaire qu'elle détient, en exécutant la garantie s'il s'agit d'une lettre de crédit, ou en ayant recours à la caution. (HYDRO-QUÉBEC, préc., note 466, clauses 16.2-16.3).

<sup>475</sup> *Consultants du Forum du Canadien CFC Inc. c. Entrepreneurs Becker Inc.*, (1998) R.D.I. 258 (C.S.)

que le paiement d'une somme d'argent au propriétaire. Au regard du principe de l'effet relatif des contrats, les sous-traitants n'ont aucun droit sur ces sommes<sup>476</sup>. Advenant le défaut de paiement de leur cocontractant, les sous-traitants peuvent mettre la main sur ces sommes que par l'intermédiaire du propriétaire et sous la « menace » de l'hypothèque légale<sup>477</sup>. Quant au propriétaire, il ne pourra obtenir ces sommes que si l'une des obligations du contrat principal n'a pas été exécutée. Le contrat principal peut prévoir que l'entrepreneur est en défaut si l'une des personnes avec laquelle il a sous-traité inscrit une hypothèque légale. Par ailleurs, le recouvrement des sommes par le sous-traitant est plus difficile lorsque l'immeuble sur lequel les travaux sont effectués est insaisissable; la « menace » de l'inscription d'une hypothèque légale étant alors inexistante. Dans ces cas par contre, l'application du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*<sup>478</sup> viendra imposer la fourniture obligatoire des cautionnements<sup>479</sup>. Autrement, le sous-traitant se retrouverait dépourvu de toute protection.

Dans les relations entre les acteurs de la sous-traitance, le fait de fournir une « sûreté suffisante » a des conséquences prévues par la loi. D'une part, la fourniture par l'entrepreneur général au propriétaire d'une sûreté suffisante pour acquitter le paiement des contrats de sous-traitance permet de retirer au propriétaire son droit de rétention de sommes dues en vertu du contrat d'entreprise général<sup>480</sup>. D'autre part, lorsque les garanties interviennent dans les relations entre l'entrepreneur général et les sous-

<sup>476</sup> *Matériaux Miron inc. c. Québec (Procureur général)* J.E. 2000-1285 (C.Q.)

<sup>477</sup> Par contre, lorsque la garantie donnée est une hypothèque mobilière avec dépossession (le dépôt d'une somme d'argent), la loi viendra favoriser le recouvrement de la créance du sous-traitant. En effet, si l'entrepreneur a donné au propriétaire une somme d'argent à titre de garantie pour le paiement de la main d'œuvre et des matériaux, et qu'il fait défaut de payer ses sous-traitants, l'article 2741 du *C.c.Q.* trouvera application. Cet article stipule que le constituant de l'hypothèque ne peut réclamer son bien qu'après l'exécution de son obligation. Le sous-traitant peut donc pendant ce temps prendre une action personnelle contre l'entrepreneur (le constituant) et obtenir jugement en sa faveur pour sa créance. Il pourra alors se faire désintéresser de sa créance selon son rang de créancier (cette observation est celle du juge Raymond P. Boyer dans la décision *Matériaux Miron inc. c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2000-1285 (C.Q.)).

<sup>478</sup> *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics* R.Q. c. C-65.1, r.3.

<sup>479</sup> Les cautionnements peuvent s'imposer obligatoirement même dans un cas où les biens faisant l'objet des travaux peuvent être grevés d'hypothèques légales. C'est le cas d'Hydro-Québec. Sa loi constitutive édicte que l'exécution de ses obligations peut être poursuivie sur ses biens. Les immeubles d'Hydro-Québec peuvent donc être affectés d'une hypothèque (*Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q. chapitre H-5, art. 3.1.2).

<sup>480</sup> *C.c.Q.*, art. 2123 al. 3. Le droit de rétention du propriétaire ne peut être exercé si l'entrepreneur lui fournit une sûreté suffisante garantissant les créances des sous-traitants.

traitants, elles ne constituent pas en pratique des garanties supplémentaires mais servent de contrepartie pour obtenir la renonciation au droit à l'hypothèque légale<sup>481</sup>. Les créances des sous-traitants se retrouvent dès lors moins bien protégées; ils ont une garantie monétaire plutôt qu'un droit réel.

En somme, bien que le propre des garanties monétaires soit d'accroître les chances de recouvrement des créances, l'analyse qui précède démontre que leur utilisation dans le domaine de la construction vient plutôt diminuer la protection des créances des sous-traitants. En effet, lorsque le propriétaire requiert de l'entrepreneur général des garanties monétaires à la place du cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux et lorsque les garanties monétaires sont utilisées par l'entrepreneur général afin d'obtenir la renonciation des sous-traitants à l'hypothèque légale, il en résulte une protection moins avantageuse pour les sous-traitants.

De l'étude des mécanismes utilisés par la pratique pour la protection des créances des sous-traitants et du régime légal, on note que les mécanismes et le régime ne causent que peu d'inconvénients pour le propriétaire. En effet, la dénonciation du sous-contrat est une formalité conçue pour sa protection et les mécanismes tels que le cautionnement et les garanties monétaires le prémunissent contre le risque de publication d'hypothèques légales. Le propriétaire peut être par contre être désavantagé par l'application du régime légal dans le contexte où il est un nouvel acquéreur dans le contexte de la vente de l'immeuble construit ou rénové. L'étude qui suit dégage donc les mécanismes qui peuvent être mis en place pour le protéger dans ce contexte.

---

<sup>481</sup> Dans l'affaire *Consultants du forum du Canadien C.F.C. inc. c. Entrepreneurs Becker inc.* (préc., note 475), le contrat unissant l'entrepreneur général aux sous-traitants prévoyait la fourniture par l'entrepreneur d'une lettre de crédit irrévocable aux sous-traitants. Les sous-contrats prévoyaient à l'avance qu'une lettre de crédit irrévocable constituait une sûreté suffisante. Contractuellement, il était prévu que l'entrepreneur pouvait obtenir la renonciation des sous-traitants à leur hypothèque légale, en leur fournissant la garantie. Il était également prévu qu'advenant la publication d'une hypothèque légale par un sous-traitant, le sous-traitant devrait consentir à la substitution de garantie. En l'espèce, les sous-traitants avaient publié des hypothèques légales, nonobstant les clauses des sous-contrats. Le juge fut d'avis que ces stipulations contractuelles, contenues dans les sous-contrats, constituaient des stipulations pour autrui en faveur du propriétaire. Le recours en substitution de garantie entrepris par le propriétaire constituait l'acceptation de la stipulation pour autrui. La requête en substitution de garantie, entreprise par le propriétaire, fut donc accordée.

### **B. Les mécanismes destinés à protéger le propriétaire**

Deux mécanismes sont utilisés en pratique pour assurer la protection du propriétaire face aux hypothèques légales de la construction. D'une part, une assurance de titres peut être contractée auprès d'une compagnie d'assurances offrant une police qui comprend la protection contre la publication d'hypothèques légales. D'autre part, la protection du propriétaire peut être assurée par une pratique bancaire, qui consiste en une retenue des fonds par l'institution financière. Une retenue peut également être effectuée par le notaire dans son compte en fidéicommiss.

#### *1. L'assurance de titres*

Lors de la vente d'un immeuble ayant fait l'objet de construction ou de rénovation, l'acheteur peut se prémunir contre le risque de publication d'hypothèques légales par le mécanisme de l'assurance de titres. Par une police d'assurance de titres couvrant le risque d'hypothèques légales, l'acheteur s'assure d'être indemnisé s'il subit un dommage résultant de la publication d'hypothèques légales. De manière générale, l'objet de l'opération d'assurance de titres est la réparation du préjudice encouru par un acheteur ou un créancier en raison d'une défaillance dans la garantie du droit de propriété<sup>482</sup>. L'assurance de titres appartient à la sous-catégorie de l'assurance de dommages qu'est l'assurance de biens. Elle obéit aux règles générales du droit des contrats et aux règles impératives du Code civil applicables au contrat d'assurance<sup>483</sup>. En matière d'assurance de titres, la cause du risque est la limitation du droit de propriété ou le vice de titre existant avant la prise d'effet de la police d'assurance. L'évènement futur et incertain est la réclamation du tiers prétendant être titulaire d'un droit contre la propriété<sup>484</sup>. Le cocontractant de l'assureur, soit le preneur, peut être le vendeur qui contracte pour le bénéfice de l'acheteur, qui est alors un assuré désigné. L'acheteur peut également être preneur pour lui-même au bénéfice du créancier hypothécaire.

Pour que l'assurance de titres protège le nouvel acquéreur contre la publication d'hypothèques légales, la police d'assurance titres doit couvrir ce risque. Au Québec,

---

<sup>482</sup> C.c.Q., art. 1723 ; André BOIS, « Assurance de titres » dans *Cours de perfectionnement du notariat*, 78<sup>e</sup> session, 27 mars 2009, Chambre des notaires du Québec.

<sup>483</sup> *Id.*

<sup>484</sup> *Id.*

certaines compagnies d'assurances offrent cette protection au propriétaire en matière résidentielle<sup>485</sup>. Par contre, il y a lieu de mentionner que les assureurs de titres n'acceptent pas de couvrir ce risque dans les cas d'« auto-construction »<sup>486</sup>. Ainsi, le propriétaire qui signe un contrat d'entreprise pour la construction d'une maison neuve sur un terrain dont il est déjà propriétaire ne peut bénéficier d'une assurance de titres pour pallier le risque de publication d'avis d'hypothèque légale.

En pratique, le nouvel acquéreur peut être informé de ce mécanisme de protection par son conseiller juridique. Selon un avis récent de l'Autorité des marchés financiers<sup>487</sup>, le notaire ou l'avocat est en droit, dans l'exercice de sa profession et des services professionnels exécutés pour son client, de conseiller le recours à l'assurance de titres et d'interagir avec un représentant en assurance pour la souscription du produit lorsque certaines conditions sont satisfaites : ces actes doivent être posés par l'avocat ou le notaire dans l'exercice des services professionnels exécutés dans le cadre d'une transaction, ils ne doivent pas être rémunérés par l'assureur de titres et les notaires doivent agir dans le respect des règles déontologiques et des règlements adoptés par la Chambre des notaires<sup>488</sup>.

Le Conseil d'administration de la *Chambre des notaires du Québec* a toutefois jugé bon de réglementer davantage les activités notariales en rapport avec l'utilisation de l'assurance de titres. En vertu de la *Loi sur le notariat*<sup>489</sup>, le Conseil d'administration a

---

<sup>485</sup> La « police propriétaire » de la *Compagnie d'assurance titres Chicago Canada* offre une protection au propriétaire en matière résidentielle pour les hypothèques légales de la construction, dans la mesure où elles émanent de travaux effectués avant la date de la police. De même, la compagnie d'assurance *Services de titres FCT* offre une assurance titres résidentielle dont la « police propriétaire » comprend une couverture contre les hypothèques légales de la construction. Par cette police, le propriétaire est assuré contre la perte ou le dommage qu'il peut encourir relativement aux hypothèques légales de la construction, pour des travaux effectués tant avant qu'après la date de la police, pourvu que les travaux aient été convenus avant la date de la police. Ainsi, la compagnie *Services de titres FCT* offre une protection plus étendue, en offrant une protection contre les hypothèques légales pour des travaux effectués après la date de la police.

<sup>486</sup> Martine ARIAL, « La responsabilité du notaire et l'assurance de titres », dans *Cours de perfectionnement du notariat*, Chambre des notaires du Québec, Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec, Mars 2009, p. 14.

<sup>487</sup> Avis de l'AMF, 3 octobre 2008-Vol. 5, no 39, auquel fait référence M. ARIAL, préc., note 486, p. 4.

<sup>488</sup> De plus, l'assureur doit, au plus tard le 3 octobre 2009, soit être inscrit à titre de cabinet auprès de l'AMF, soit avoir signé un contrat avec un cabinet habilité à agir pour son compte au Québec.

<sup>489</sup> *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3.

adopté un projet de règlement<sup>490</sup> qui établit des normes de pratique professionnelle obligatoires en matière d'assurance de titres. Ces normes ont pour objectif « d'éviter le recours systématique à l'assurance de titres et continuer de veiller à la correction des titres afin de maintenir la qualité du parc immobilier au Québec »<sup>491</sup>. Selon ce projet de règlement, le notaire ne peut conseiller l'assurance de titres que dans des circonstances précises<sup>492</sup>. En effet, aux termes de son article premier, le notaire peut conseiller l'assurance que s'il décèle une difficulté ou une irrégularité « susceptible de compromettre la signature du contrat ou d'influer soit sur la qualité du titre, soit sur la conformité de l'immeuble avec les lois applicables », pour laquelle « la correction ne peut être effectuée dans un délai raisonnable ou nécessite des démarches qui lui paraissent inappropriées »<sup>493</sup>. Cependant, si une partie requiert l'assurance de titres, le notaire peut alors interagir avec un assureur pour la souscription d'une assurance de titres, même si aucune difficulté ou irrégularité n'est notée<sup>494</sup>. Selon Me Martine Arial, la transaction ayant trait à un immeuble en rénovation ou en construction est un cas « très clair » de difficulté au sens du projet de règlement<sup>495</sup>. Par conséquent, le notaire qui conseillerait à son client le recours à une assurance de titres lors d'une telle transaction respecterait le texte de ce projet de règlement. Au-delà du respect du projet de règlement, Me Martine Arial suggère aux notaires dont les services sont retenus dans le cadre d'une transaction ayant trait à un immeuble en construction ou faisant l'objet de rénovation de discuter avec son client de l'opportunité de souscrire une assurance de titres<sup>496</sup>. Selon celle-ci, cette transaction engendre une situation risquée pour l'acquéreur

---

<sup>490</sup> *Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres* (projet), (2009)

11 G.O. II, 846, (ci-après *Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres* (projet)).

<sup>491</sup> Yves PÉPIN et Michel VERMETTE, « Examen du *Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres* », dans *Cours de perfectionnement du notariat*, Chambre des notaires du Québec, Mars 2009, p. 3.

<sup>492</sup> Les conditions prévues par le projet de règlement sont commentées par Y. PÉPIN et M. VERMETTE, préc., note 491. Selon la terminologie utilisée par le projet de règlement, le notaire « peut » conseiller l'assurance de titres si les conditions de l'article premier sont satisfaites. Toutefois, selon Martine Arial, (préc., note 486, p. 12), Yves Pépin et Michel Vermette (préc., note 491, p. 8), si les conditions sont remplies, le devoir général de conseil ancré au cœur de la profession notariale commande au notaire de faire mention de l'assurance de titres.

<sup>493</sup> *Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres* (projet), art. 1.

<sup>494</sup> *Id.* ; Y. PÉPIN et M. VERMETTE, préc., note 491, p. 5.

<sup>495</sup> M. ARIAL, préc., note 486, p. 13.

<sup>496</sup> *Id.*

et son créancier, qui peuvent devoir faire face à des avis d'hypothèques légales<sup>497</sup>. Ainsi, au regard de son devoir général de conseil, le notaire peut faire mention de l'assurance de titres dans le contexte d'une transaction portant sur un immeuble en construction ou en rénovation.

Lorsqu'intervient le transfert d'un immeuble en construction ou en rénovation, le notaire peut difficilement mettre en œuvre des mesures de protection efficaces pour le nouvel acquéreur<sup>498</sup>. Tel que le souligne Me Martine Arial, ces immeubles ne révèlent de prime abord aucune irrégularité ni aucun problème de titres<sup>499</sup>. Dans ce contexte, l'assurance de titres couvrant le risque d'inscription d'hypothèques légales s'avère un outil pour offrir une protection au nouvel acquéreur face aux avis d'hypothèques légales qui pourraient être inscrites par des sous-traitants.

## *2. La retenue de fonds*

Lors de la vente d'un immeuble ayant fait l'objet de construction ou de rénovation, une retenue de fonds peut être effectuée par le notaire dans son compte en fidéicommiss. L'institution financière peut également procéder à une retenue de fonds, lorsqu'elle accorde un financement à l'acheteur, pour l'achat d'un immeuble en construction ou au propriétaire, pour la construction de son immeuble.

Les parties peuvent en effet prévoir, dans l'offre d'achat, que le notaire devra déboursier les fonds pour que soit payé le vendeur, le prêteur intérimaire ou l'entrepreneur général, qu'à l'expiration d'un délai de trente-cinq jours après avoir l'obtention d'un certificat de fin des travaux<sup>500</sup>. Par cette retenue, le vendeur, le prêteur intérimaire ou l'entrepreneur général ne reçoit les sommes que lorsque la publication d'hypothèques légales n'est plus possible. De cette façon, l'acheteur s'assure qu'il n'aura pas à déboursier aux sous-traitants ce qu'il aurait déjà payé dans le cadre de la transaction de vente.

---

<sup>497</sup> *Id.*

<sup>498</sup> *Id.* ; Guy DELISLE, « L'existence « occulte » de l'hypothèque légale de la construction », (2007) 1 *C.P. du N.* 129.

<sup>499</sup> M. ARIAL, préc., note 486, p. 13.

<sup>500</sup> P. CIOTOLA, préc., note 206, p. 524.

Manifestement, il s'agit d'une protection efficace pour l'acheteur. En pratique toutefois, cette protection est peu utilisée, car sa mise en oeuvre nécessite l'obtention du consentement du vendeur, du prêteur intérimaire ou de l'entrepreneur général.

Lorsque le propriétaire ou l'acheteur fait appel à une institution financière pour obtenir un financement, l'institution peut également effectuer une retenue. Une pratique bancaire consiste à retenir une somme égale à quinze pourcent du montant versé<sup>501</sup>. L'institution financière utilise ce procédé afin de se protéger contre le risque de publication d'hypothèques légales<sup>502</sup>. Ce procédé protège le propriétaire ou l'acheteur de façon accessoire<sup>503</sup>. De manière générale, ces sommes sont retenues jusqu'à trente-cinq jours après la fin des travaux. Comme les hypothèques légales doivent être publiées dans les trente jours de la fin des travaux pour être conservées, le délai de trente-cinq jours vise à se prémunir contre le risque de divergences quant à la date de la fin des travaux<sup>504</sup>. Ainsi, par ce mécanisme de retenue, le propriétaire ou l'acheteur est protégé contre la possibilité de devoir déboursier des sommes aux sous-traitants pour éviter leur recours hypothécaire. Ce mécanisme peut toutefois avoir un effet mitigé. D'une part, la retenue peut s'avérer insuffisante. Tel que le note Guy Delisle, dans le contexte où le propriétaire débourse la majeure partie du montant pour la construction de son bâtiment à l'entrepreneur général et n'emprunte qu'un montant peu élevé auprès de l'institution financière, la retenue de quinze pourcent du montant emprunté sera insuffisante pour faire face aux hypothèques légales des sous-traitants. D'autre part, même dans un cas où la retenue s'effectue sur une somme considérable, si la fin des travaux n'est pas réellement survenue lorsque la retenue est remise, les sous-traitants pourront publier des avis d'hypothèques légales. La fin des travaux peut en effet ne pas être survenue malgré la signature d'une déclaration finale d'exécution des travaux<sup>505</sup>. Cette déclaration sert généralement de point de départ au calcul du délai de trente-cinq jours. Cependant, la fin

---

<sup>501</sup> G. DELISLE, préc., note 498, p. 150.

<sup>502</sup> *Id.*

<sup>503</sup> *Id.*

<sup>504</sup> *Id.*

<sup>505</sup> *Nova Construction Plus (JPR) Inc. c. Hypothèques C.I.B.C. Inc.*, EYB 2006-108853, (C.A.), où la Cour d'appel affirma que la fin des travaux peut ne pas être survenue malgré qu'un document intitulé « Déclaration finale d'exécution des travaux » ait été signé. En l'espèce, la fin des travaux était toutefois survenue étant donné l'abandon des travaux par l'entrepreneur.

des travaux est une question qui relève des faits : si certains travaux doivent être complétés, la fin des travaux n'est pas réellement survenue<sup>506</sup>. Par conséquent, l'institution financière peut remettre le montant retenu alors que le risque de publication d'hypothèques légales plane toujours.

Par ailleurs, lorsqu'une institution financière est impliquée dans un projet de construction ou de rénovation, elle utilise normalement divers moyens pour se protéger contre les hypothèques légales de la construction, étant donné que celles-ci ont un rang antérieur par rapport aux hypothèques conventionnelles. De façon accessoire, ces mesures protègent le propriétaire de l'immeuble et les sous-traitants. Par exemple, il arrive que l'institution financière demande au propriétaire de l'immeuble de lui fournir des plans et devis détaillés du bâtiment en construction et requiert le notaire instrumentant de surveiller la remise des sommes prêtées<sup>507</sup>. Par ce mécanisme, le notaire reçoit les fonds en fiducie<sup>508</sup>. Selon l'avancement des travaux, il peut payer directement les intervenants à la construction<sup>509</sup>. Ce mécanisme permet d'éviter le risque que l'entrepreneur général ne paie pas ses sous-traitants et par le fait même, que ces derniers publient des hypothèques légales. Une autre pratique bancaire consiste à faire signer à l'emprunteur une déclaration solennelle attestant qu'il a reçu ou n'a pas reçu de dénonciations en rapport avec les hypothèques légales de la construction. Par cette déclaration, l'emprunteur permet à l'institution financière de payer directement les divers intervenants susceptibles de publier ces hypothèques<sup>510</sup>.

En somme, les mécanismes élaborés par la pratique et destinés à protéger le propriétaire contre les hypothèques légales des sous-traitants sont l'assurance de titres et la retenue des fonds par l'institution financière ou par le notaire. En ce qui a trait aux retenues de

---

<sup>506</sup> Pour cette raison, et en faisant état de la jurisprudence portant sur la notion de fin des travaux, nous mentionné que cette notion est difficile à appliquer : voir : Chapitre I, B. 2.

<sup>507</sup> G. DELISLE, préc., note 498, p. 150.

<sup>508</sup> Selon le professeur Beaulne, l'on ne peut conclure que les comptes « in trust » des notaires constituent des fiducies. Il est de cet avis en raison du fait que le *Règlement sur la comptabilité en fidéicomis des notaires* (R.R.Q., c. N-3, r.1.1) laisse entendre que les sommes déposées en fidéicomis sont la propriété des clients (Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal : Wilson & Lafleur Itée, 2005, p. 92-93).

<sup>509</sup> G. DELISLE, préc., note 498, p. 150.

<sup>510</sup> *Id.*, p. 147.

fonds, l'analyse précédente a démontré que la retenue effectuée par l'institution financière n'est pas efficace dans tous les cas, car elle ne concerne qu'un faible pourcentage du montant emprunté. La retenue de tous les fonds est donc le mécanisme qui permet d'atteindre un niveau de protection élevé pour l'acheteur. Toutefois, la mise en œuvre de ce mécanisme peut se heurter à l'absence d'approbation des parties. En ce qui concerne l'assurance de titres, elle s'avère un mécanisme de protection efficace pour l'acheteur, lorsque la police d'assurance couvre le risque de publication d'hypothèques légales. Cependant, tel que susmentionné, ce mécanisme ne peut protéger le propriétaire lorsqu'il ne revêt pas le rôle d'acheteur dans un contexte de vente. En effet, les assureurs de titres n'acceptent pas de couvrir ce risque dans un contexte d' « auto-construction ».

## CONCLUSION

La sous-traitance est une pratique constante dans le domaine de la construction et de la rénovation. Elle permet au client de communiquer avec un seul entrepreneur, qui s'assure de mener le projet à terme. La sous-traitance s'avère aussi un procédé efficace en raison de ses atouts économiques et techniques.

Les règles du *Code civil du Québec* relatives au contrat d'entreprise permettent à l'entrepreneur général de confier à un ou plusieurs sous-traitants l'exécution des travaux. Lié par le seul contrat de sous-traitance, le sous-traitant n'est pas débiteur du maître de l'ouvrage. Pour assurer le paiement de la créance du sous-traitant, eu égard au risque de défaillance de l'entrepreneur, le législateur a mis en place un régime légal de protection et la pratique a élaboré des mécanismes de protection.

Le régime légal offre une grande protection aux sous-traitants en permettant à ceux-ci de bénéficier d'une hypothèque légale garantissant le paiement de leur créance. L'hypothèque légale de la construction permet en effet aux sous-traitants d'exercer un droit hypothécaire contre l'immeuble ayant fait l'objet des travaux et d'avoir un rang privilégié par rapport à toutes les autres hypothèques. Son existence est fondée sur la plus-value qu'ils apportent à l'immeuble.

C'est depuis l'adoption de la *Loi Augé*, en 1894, que les sous-entrepreneurs et fournisseurs de matériaux bénéficient du régime légal au Canada. En 1978, l'Office de révision du *Code civil* (O.R.C.C.) avait recommandé l'abrogation des privilèges de la construction. La proposition de l'Office d'abolir les privilèges de la construction s'appuyait à la fois sur l'absence de fondement en justifiant l'existence et sur les difficultés pratiques qu'ils posaient. Parmi les difficultés pratiques, on comptait l'effet négatif des privilèges sur le financement des projets de construction. Ce projet avait soulevé des protestations et le législateur a choisi de reconduire le privilège de la construction de l'ancien régime dans le véhicule de l'hypothèque légale.

Pour se prévaloir du régime légal, les sous-traitants sont assujettis à la formalité de la dénonciation du sous-contrat. Cette formalité permet au propriétaire d'être informé du risque que des hypothèques légales soient publiées sur son immeuble et d'effectuer des retenues afin d'assurer le paiement des sous-traitants. Par ce droit de rétention, le propriétaire contrôle le paiement des intervenants, en conservant les sommes qui leur sont dues. Il minimise ainsi les risques de voir son immeuble grevé d'une hypothèque légale de la construction et par le fait même, il se prémunit contre le risque de devoir payer les sous-traitants pour éviter leur recours hypothécaire, alors qu'il aurait déjà déboursé ce qui leur revenait à l'entrepreneur général.

L'analyse du régime de l'hypothèque légale a démontré qu'il comporte des faiblesses dans son application qui peuvent causer des inconvénients au propriétaire et aux sous-traitants. À l'égard du propriétaire, l'application du régime peut créer une situation inéquitable pour le nouvel acquéreur d'un immeuble construit ou rénové. En effet, le nouvel acquéreur ne peut se prévaloir des mécanismes de protection que la loi prévoit au bénéfice du propriétaire de l'immeuble. En conséquence, il se retrouve sans protection face aux hypothèques légales.

Dans ce contexte, deux mécanismes sont utilisés en pratique pour assurer la protection du propriétaire. D'une part, une assurance de titres peut être contractée auprès d'une compagnie d'assurances offrant une police qui comprend la protection contre la publication d'hypothèques légales. L'assurance de titres couvrant le risque d'inscription d'hypothèques légales s'avère un outil pour offrir une protection au nouvel acquéreur face aux avis d'hypothèques légales qui pourraient être inscrites par des sous-traitants. D'autre part, lors de la vente d'un immeuble ayant fait l'objet de construction ou de rénovation, une retenue de fonds peut être effectuée par le notaire dans son compte en fidéicommiss. En pratique toutefois, cette protection est peu utilisée, car sa mise en oeuvre nécessite l'obtention du consentement du vendeur, du prêteur intérimaire ou de l'entrepreneur général. L'institution financière peut également procéder à une retenue de fonds, lorsqu'elle accorde un financement à l'acheteur, pour l'achat d'un immeuble en construction ou au propriétaire, pour la construction de son immeuble. Ce procédé

protège le propriétaire ou l'acheteur de façon accessoire et sera efficace si la retenue concerne un pourcentage élevé du montant emprunté.

L'analyse a également démontré que le régime ne bénéficie pas aux sous-traitants dans toutes les circonstances. Certains mécanismes utilisés par la pratique peuvent toutefois également entrer en jeu pour protéger les sous-traitants. Le cautionnement, les garanties monétaires et divers aménagements contractuels sont fréquemment utilisés dans l'industrie de la construction. Lorsque ces mécanismes sont utilisés parallèlement au régime légal, il en résulte une protection accrue des sous-traitants. Les mécanismes sont toutefois souvent utilisés afin d'obtenir une renonciation des sous-traitants à l'hypothèque légale et dans ces cas, il en résulte une protection moins avantageuse pour les sous-traitants. Ces mécanismes profitent également au maître de l'ouvrage : d'une part, ils le protègent contre l'inscription d'hypothèques légales et d'autre part, en garantissant le paiement des sous-traitants, ils contribuent au bon déroulement des travaux. Plus particulièrement, nous avons pu constater que le cautionnement de la main d'œuvre et des matériaux offre une grande protection aux sous-traitants et peut, à lui seul, protéger adéquatement leurs créances. Le propriétaire de l'immeuble est également protégé par l'utilisation de ce cautionnement et l'entrepreneur général en tire avantage. Il s'agit donc d'une solution convenable pour tous les acteurs de la sous-traitance.

En somme, l'étude du régime légal a démontré qu'il s'agit d'un régime qui fonctionne en pratique, malgré les critiques que lui avait adressé l'O.R.C.C. De manière générale, il ne cause que peu d'inconvénients au propriétaire de l'immeuble et protège les créances des sous-traitants. En ce qui concerne les mécanismes de protection utilisés par la pratique, tels que le cautionnement et les garanties monétaires, ils accroissent le recouvrement des créances des sous-traitants et prémunissent le propriétaire contre le risque de publication d'hypothèques légales.

## TABLE DE LA LÉGISLATION

### *Textes fédéraux*

*Loi sur les banques* (L.C. 1991, c. 46).

### *Textes québécois*

*Code civil du Bas Canada*

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers c. C.C.Q., r.5.

*Code civil du Québec*, Projet de loi 125, 1<sup>re</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis. (Qc)

*Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Avant-projet de loi, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> légis. (Qc)

*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Avant-projet de loi, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> légis. (Qc)

*Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q. c. H-5, art.3.1.1

*Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6. (1970, c. 17).

Règlement concernant les contrats de construction du gouvernement, (1979) II G.O.Q. 111 137.

*Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., c. B-1.1.

Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs, c. B-1.1, r.0.2.

*Loi sur le ministère des approvisionnements et des services*, L.R.Q., c. m-23.01.

Règlement sur les contrats de construction des ministères et des organismes publics, (1993) G.O. II, 6208.

*Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3.

Règlement sur la comptabilité en fidéicommiss des notaires, R.R.Q., c. N-3, r.1.1.

Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres (projet), (2009) 11 G.O. II, 846.

*Loi sur les assurances*, L.R.Q., c. A-32

*Loi sur les contrats des organismes publics*, 2006 c. 29 (L.R.Q. c. C-65.1.)

Règlement abrogeant diverses dispositions réglementaires en matière de contrats des organismes publics, (2008) 24 G.O. II, 3012.

Règlement sur la qualification professionnelle des entrepreneurs et des constructeurs-proprétaires, R.Q. c. B-1.1, r.1.01.

Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics, R.Q. c. C-65.1, r.3.

*Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., c. C-67.3

*Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01

#### *Textes canadiens*

*Builders' Lien Act*, S.S. 1984-85-86, c. B-7.1 (Saskatchewan)

*Builders' Lien Act*, R.S.N.S. 1989, c. 277. (Nouvelle-Écosse)

*Construction Lien Act*, R.S.O. 1990, c. C.30 (Ontario)

#### *Textes français*

*Loi relative à la sous-traitance*, n° 75-1334, du 31 décembre 1975.

Proposition de loi n° 1374 du 10 mai 1990 rejetée le 23 novembre 1993 (J.O. du 24 novembre 1993).

## TABLE DES JUGEMENTS

### *Jurisprudence canadienne*

- 129985 *Canada inc. c. Caron*, J.E. 2001-721 (C.Q.)
- 3107671 *Canada inc. c. Construction J. & R. Dumouchel & Fils inc.*, J.E. 99-1397 (C.Q.)
- 3181588 *Canada inc. c. 3677311 Canada inc. & al.*, REJB 2004-53771 (C.A.)
- 9001-8359 *Québec inc. c. Cormier*, SOQUIJ AZ-50117473 (C.S.), B.E. 2003 BE-453 (C.A.)
- 9022-8818 *Québec inc. (Syndic de)*, J.E. 2000-1575 (C.S.)
- 2309-9708 *Québec Inc. c. Arel*, (1996) R.D.I 436 (C.S.)
- A. Blondin Ltée c. Morin*, [1943] B.R. 701.
- Ace-Ina Insurance c. 2895102 Canada inc.* J.E. 2008-852. (C.S.)
- Acier d'armature Ferneuf inc. c. Giguère et Geoffroy Inc. et Ville de l'Assomption*, J.E. 2002-1243 (C.Q.).
- A & D. Prévost c. Hôpital général du Lakeshore*, EYB 2007-120766 (C.Q.)
- A.R.B Constrcution Ltée c. Re-Rod Inc.*, J.E. 81-820 (C.S.)
- Arco Construction Inc. c. Jobert Construction Inc.*, J.E. 88-526 (C.A.).
- Audet c. Guénard*, (1912) 42 C.S. 14
- Auroral Portes et fenêtres inc. c. Potvin*, B.E. 2005BE-273 (C.Q.)
- Banque de Montréal c. Bail Ltée* [1992] 2 R.C.S. 554
- Banque Nationale du Canada c. Ébénisterie M.G. inc.*, (1999) R.D.I. 670 (C.S.)
- Banque Nationale du Canada c. Ville de Notre-Dame du Lac* (1990) R.L. 339 (C.A.)
- Beaver Foundations Ltd. c. Jonquière (Ville de)*, [1981] C.S. 834; [1984] C.A. 519 (autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée)
- Bétons L. Barolet Lac Mégantic inc. c. Monsieur Fissure inc.*, [2001] R.L. 227 (C.Q.)
- Beylerian c. Construction et Rénovations Willico inc.*, (1997) R.J.Q. 1246 (C.A.)
- B.G. Checo international Ltée c. Hélicoptères Trans-Québec Ltée*, J.E. 90-825 (C.A.), (C.S. Can., 1990-12-13, Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée.)
- Bois Expansion inc. c. Yaraghi*, J.E. 2008-988 (C.A.)

- Boucher c. Drouin*, (1959) B.R. 814, 882.
- Boulangier c. Commission scolaire régionale de l'Estrie*, [1993] R.L. 459 (C.A.), EYB 1992-56740 (autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée)
- Bourgeois c. Vachon*, B.E. 2006 BE-816 (C.Q.)
- Brassard c. The United Fruit and Produce Terminal (Montreal) Ltd*, (1981) C.A. 567.
- Caisse populaire de l'Auvergne c. Société des traversiers du Québec*, J.E. 2001-1501 (C.A.).
- Caisse populaire Notre-Dame du Rosaire c. Duchesneau*, (1982) R.P. 147 (C.S.)
- Caloritech division de chauffage Casah Inc. c. Groupe Alpha Ltée*, (1987) R.D.I. 110 (C.P.)
- Cana Construction Co. Ltd. c. LaReine*, (1974) R.C.S. 1159.
- Canron Inc. c. Compagnie d'assurance Fidélité du Canada*, [1984] C.S. 1150.
- Carrière c. Siguin*, 18 B.R.176.
- Cerberus Pyrotronics Inc. c. Cie de cautionnement Alta*, J.E. 96-938 (C.A.)
- Château, compagnie d'assurances c. Commission de la construction du Québec*, J.E. 2000-193 (C.A.)
- Cie de Carrelages de Québec Ltée c. Darabaner*, [1959] B.R. 861.
- Cie de cautionnement Alta c. Montréal (Ville de)*, J.E. 90-1293 (C.S.) (Appel réglé hors-cour).
- Ciment Québec inc. c. Stellaire Construction inc.*, J.E. 2002-1106 (C.A.), REJB 2002-32054.
- Citadel Général Assurance Co. c. JohnsManville Canada Inc.* (1983) 1 R.C.S. 513
- Clément Moisan Ltée c. Portneuvienne (La), Société mutuelle d'assurance générale*, [1990] R.R.A. 293 (C.A.), EYB 1990-58188.
- Clusiault c. Jenscadit inc.* J.E. 2001-1978 (C.Q.)
- Co. d'assurances U.S.F. et G. du Canada c. St-Denis Ornemental inc.*, [1993] R.R.A. 523 (C.S.), EYB 1993-74189.
- Cohen and Co. Inc. c. Industries Brandon Ltée*, [1959] C.S. 63
- Comco Pipe & Supply Co. c. Ravenco Inc.*, J.E. 91-664 (C.S.)
- Commission scolaire des Patriotes c. Distributeur Tapico Ltée*, B.E. 2003BE-486 (C.A.)

*Compagnie d'assurances fidélité du Canada c. J.H. Dupuis Ltée*, (1978) C.A. (Qué.) no 200-09-000450-756, 5 octobre 1978.

*Compagnie d'assurances London Garantie c. Girard & Girard inc.* [2004] R.D.I. 29 (C.A.), *Girard & Girard inc. c. Compagnie de pavage d'asphalte Beaver*, C.S. Montréal 500-17-007-533-006, (2002-01-21).

*Compagnie de cautionnement Alta c. Frigo Temp Inc.* J.E. 97-368 (C.A.)

*Compagnie de construction Pisapia Ltée c. Isolations Algon Inc.*, REJB 1997-01674 (C.S.)

*Construction Edec Inc. c. Société de Construction des Îles de la Madeleine Ltd.*, J.E. 79-812 (C.S.)

*Construction Groupe Gazaille inc. c. Provencher, Roy & Associés-Saucier, Perotte, architectes*, J.E. 95-620 (C.S.)

*Construction Maskimo Ltée c. Walsh & Brais Inc.* J.E. 89-722 (C.A.)

*Constructions Maurice Boivin inc. c. Construction Ellis Don ltée* B.E. 2000BE-1162 (C.S.)

*Construction Proco inc. c. St-Germain Métal inc.*, B.E. 99BE-782 (C.S.)

*Consultants du Forum du Canadien CFC Inc. c. Entrepreneurs Becker Inc.* REJB 1998-05272 (C.S.)

*Constructions Lavacon inc. c. Investissements Mario Desnoyers inc.* J.E. 98-884 (CS), Désistement d'appel (C.A., 1999-07-07), n° 500-09-006411-987.

*Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec c. AR Plomberie et chauffage inc.* J.E. 2007-2086 (C.Q.)

*Courtage Brisandie Ltée (Saisonair enr.) c. Directoire Fashions (Gallery) inc.*, (1991) R.D.I. 111 (C.Q.)

*Credit Heights Ltd. c. United States Fidelity & Guaranty Co.* (1987), 26 C.L.R. 228.

*Deschênes c. Construction Rouillard enr.*, J.E. 2002-1769 (C.Q.)

*Développements Sainte-Hélène inc. c. Nicolangelo Partipilo*, C.S. Montréal, n° 500-05075209-021, 19 mars 2003, j. Verrier.

*Développement Tanaka inc. c. Commission scolaire de Montréal*, J.E. 2007-1672 (C.A.), C.S., Montréal, n° 500-17-013770-030, (j. Claude Auclair).

*D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de)*, J.E. 2003-2037 (C.A.)

*Distributeur Tapico Ltée c. Commission scolaire des Patriotes*, 2001BE-498 (C.S.)

*DMC Soudure inc. c. Équipements industriels Robert ltée*, J.E. 2004-569 (C.S.)

*Domaine de la Rivière-aux-Pins inc. c. 2758-6635 Québec inc.*, B.E. 99BE-490 (C.S.), EYB 1999-103479.

*Doré c. Construction Gaétan Savard Inc.*, J.E. 2006-137 (C.A.)

*Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, EYB 2007-112458 (C.S.C.)

*Drouin c. Deshautels* (1955) C.S. 123.

*Dufresne c. Construction Clermont Savage inc.* B.E. 2003 BE-818 (C.Q.)

*Dufresne Construction Co. c. P.G. du Québec*, (1976) C.S. 946

*Durand c. Graham*, [1955] R.L. 510. (C.S.)

*Duval & Gilbert inc. c. Réjean Lapierre inc.*, (1974) C.A. 483

*Éditions Le Canada français ltée c. Brault et Bisailon (1986) inc.*, [1993] R.R.A. 272 (C.S.); [1999] R.R.A. 270 (C.A.), REJB 1999-12162

*Émile Lefrançois et fils Ltée c. Construction Dufco Inc.* (1989) R.L. 547 (C.A.)

*Entreprises Bogira inc. c. Parkland Valdec inc.* [1996] R.D.I. 35 (C.A.).

*Entreprises Claude Boissoneault Ltée c. Société québécoise d'assainissement des eaux*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 907 (C.S.).

*Entreprises d'électricité Ohmega Inc. c. Laurentienne générale, Compagnie d'assurance Inc.*, (1991) R.J.Q. 1514 (C.Q.)

*Entreprises Ménard Ltée c. La Compagnie d'Assurances Générales Kansa Ltée*, C.S. Montréal, n° 11429-857, 15 juillet 1988, (j. Ginette Piché).

*Essor Hélicoptères inc. c. Honco inc.*, J.E. 95-1281 (C.A.)

*Excavation Bonsecours inc. c. Québec (Procureur général)* J.E. 2001-1286 (C.S.)

*Excavation Gilles Lacaille Inc. c. Les Prévoyants du Canada* (1984) C.P. 160.

*Falk Bros. Industries Ltd. c. Elance Steel Fabricating Co. Ltd.* (1989) 2 R.C.S. 778.

*Fenêtres D. Leblanc & Fils inc. c. Construction L.P.H. (1987) ltée* J.E. 96-1789 (C.Q.)

*Ferme Richard Brault Enr. c. Constructions Primeau Inc.*, EYB 1996-30425, (C.Q.)

*Franklin Empire inc. c. Construction Fitzpatrick Canada ltée*, B.E. 2000BE-376 (C.A.)

*Furlotte c. Daigle*, [1996] A.Q. (Quicklaw) n° 2250 (C.S.)

*Gagnon c. Roger Bisson Inc.*, REJB 2004-54512 (C.S.)

- Garantie, compagnie d'assurances, Amérique du Nord c. Goodfellow inc.* B.E. 2001BE-73 (C.A.)
- Garantie (La), compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord c. G. Beaudet et Cie Ltée*, J.E. 93-1033 (C.S.), EYB 1996-65303 (C.A.).
- Gélinas c. Rouville Construction Inc.*, (1974), C.S. 88 (appel rejeté, C.A. Montréal 500-09-000304-74).
- General Signal Ltd. c. Allied Canada Inc.*, EYB 1994-64526 (C.A.)
- Gingras c. Constructions Bernard Blouin Inc.*, (1974) C.S. 645
- Goulet c. Hayes*; [1997] A.Q. (Quicklaw) n° 3186 (C.Q., Ch. civ.).
- Graveline c. Construction Raynover Inc.*, (1995) R.J.Q. 3020 (C.S.)
- Groupe de gestion Profac limitée c. Rémi Bouchard inc.*, REJB 2002-31945, (C.A.), 2957-1270 Québec inc. c. Groupe de gestion Profac ltée, J.E. 2000-1539 (C.Q.)
- Groupe Simoneau inc. c. Demilec inc.* J.E. 2007-1979 (C.S.)
- Gupta c. Rénovation Georges R. Picard inc.* J.E. 99-2102 (C.S.)
- Halton Region Conservation Authority c. Toronto Underground Contractors Ltd.* (1982) O.J. NO. 599.
- Havre Citadelle inc. c. Beaulieu, Marcoux*, (1993) R.D.I. 253 (C.S.) (Appel rejeté sur requête).
- Henri Labbé & Fils inc. c. 9057-0045 Québec inc.* J.E. 2004-1579 (C.S.)
- Hervé Pomerleau inc. c. Gilbert*, EYB 1985-143685 (C.A.)
- Hervé Rancourt Construction Inc. c. Sévigny* (1989) R.R.A. 751 (C.A.)
- Hill-Clarke-Francis, Ltd c. Northland Groceries (Quebec) Ltd.* [1941] R.C.S. 437.
- Honco inc. c. Construction Moco ltée*, J.E.97-885 (C.A.)
- Hydro-Québec c. Construction Marselem Inc.*, J.E. 81-192 (C.S.)
- Hydro P-1 Inc. c. Armatures Bois-Francs Inc.*, (1994) R.D.I. 466.
- Hydro-Semense inc. c. Sera*, 1980 (C.A.)
- I.A.V. Multimedia Corp. C. Excelnet Communications inc.*, J.E. 2001-6 (C.S.)
- Industrielle-Alliance (L'), compagnie d'assurance sur la vie c. C.J. Rush. Division de Derlan Manufacturing Inc.*, J.E. 94-1991 (C.S.)
- Industries Canatal c. Immeubles Paul Daigle inc.* J.E. 96-2160 (C.A.)

- Industries Falmec inc. c. Société de cogénération St-Félicien, Société en commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership*, J.E. 2003-1359 (C.S.)
- Industries Remac inc. c. Constructions CLD (1985) inc.* J.E. 2007-1506 (C.S.)
- Industries Super-Métal Inc. c. Sécurité (La). Compagnie d'assurances générales*, (1988) 14 Q.A.C. 74.
- Isotanche Construction inc. c. Cégep du Vieux-Montréal*, J.E. 94-678 (C.S.)
- Janin Construction Ltée c. P.G. du Québec*, (1979) J.E. 79-568 (C.S.)
- J. & A. Levasseur Construction Inc. c. Canron Inc*, EYB 1989-58417 (C.A.)
- Jarjour c. Dupont*, (1973) C.S. 329.
- J.C. Drolet Inc. c. Essor Hélicoptères Inc.*, J.E 92-201 (C.A.)
- J.H. Dupuis Limitee c. La compagnie d'assurances generales du Canada*, C.S.M. 500-05011498-753, 13 décembre 1979, (j. Austin Johnson)., J.E. 85-492 (C.A.)
- Joe's and Co Ltd. c. R.*, (1951) R.C.E. 246
- Joyal c. Malenfant*, B.E. 2001BE-731 (C.S.).
- Labelle Asphalte inc. c. Compagnie d'assurance canadienne générale*, C.Q. Labelle, n° 560-02-000303-957, 16 décembre 1997.
- Lac La Ronge Indian Band c. Dallas Contracting ltd and Western Surety co.*, 2004 SKCA 109.
- Lainesse c. Centre de services en déficience intellectuelle (CSDI) de la Mauricie/Centre du Québec*, J.E. 2004-331.
- Laliberté c. Coolidge* J.E. 81-545 (C.A.).
- Lalonde c. Rousseau*, (1994) R.D.I. 587, 590 (C.S.) (Appel rejeté sur requête).
- Laporte c. Gagnon*, (1971) C.A. 1
- Laurent Verreault inc. c. Bousquet Technologies inc.* J.E. 2007-1593 (C.Q.)
- Leblanc c. Salvatore L. Briqueteur (1989) inc.* J.E. 95-1694 (C.S.)
- Lemay Construction Ltée c. Poirier*, (1965) B.R.565.
- Les câbles Texcan ltée c. Shock Électrique inc.*, [1996] R.J.Q. 2576 (C.S.)
- Les Entreprises Gamelec inc. c. La Laurentienne générale, compagnie d'assurance inc.*, [1990] R.R.A., 971.
- Les Environnements Multitec Inc. c. Cie d'ass. Laurentienne Générale Inc.*, C.S. Montréal, n° 012095-921, j. P. Viau, 25 novembre 1992.

- Les investissements Île des sœurs inc. c. Garmaise*, J.E. 2000-306 (C.A.)
- Les Placements Triar inc. c. Salama*, J.E. 2002-1597 (C.A.)
- Longval c. Dubé Cormier Construction*, C.S. Montréal, n° 500-05-001704-954, 26 juillet 1996.
- Lumberland Inc. c. Nineteen Hundred Tower Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 581.
- L'Union canadienne, Compagnie d'assurances c. L'Assurance-vie Desjardins*, (C.A.) Québec, le 29 janvier 1975.
- Luongo c. Compagnie Trust National* [1995] R.D.I. 73 (C.S.).
- Lutrand inc. c. F. Vinet inc.*, (1987) R.D.J. 226 (C.A.).
- Marfoglia Construction Inc. c. 3088-1155 Québec Inc.*, J.E. 96-2306 (C.S.)
- Magil Construction Ltée c. Vince-lafa Construction inc.* J.E. 2000-1317 (C.A.)
- Marcel Lessard & Fils inc. c. Cautionnements mutuels des Amériques inc.*, B.E. 99BE-461 (C.S.) (C.A. Inscription en appel, 1999-04-01.)
- Marchand c. Cournoyer*, J.E. 2008-2003 (C.S.) Appel déserté (C.A., n° 2009-04-03), 200-09-006485-087. (Requête en rejet d'appel rejetée (C.A., 2008-12-01), 200-09-006485-087, 2008 QCCA 2309)
- M.A.S Chibougamau inc. c. Constructions René Hudon (90) Ltée*, J.E. 98-1483 (C.Q.)
- Matériaux de construction Robert Oligny Ltée c. Sévigny*, 2001BE-405 (C.S.)
- Matériaux Inovaco Ltée c. Prévoyants du Canada*, J.E. 90-427 (C.A.)
- Matériaux Miron inc. c. Québec (Procureur général)* J.E. 2000-1285 (C.Q.)
- Mathieu c. Coderre* [1971] C.S. 404.
- Mc Lean c. R.*, (1907) 38 R.C.S. 542.
- Menuiserie Duguay (1986) Inc. c. Roy*, 2002BE-916 (C.Q.)
- Métaux Richard Angers Ltée c. Compagnie d'assurance canadienne générale* J.E. 97-2239 (C.S.).
- Mitchell c. Entreprises Pierre Poirier Inc.* REJB 2002-27568 (C.A.)
- Montréal Brique et Pierre Inc. c. Entreprises Techno Inc.*, J.E. 97-425 (C.Q.) (requête pour déclarer l'appel sans objet accueillie, C.A. Montréal n° 500-09-003543-964).
- Morin c. Morin* [1981] C.P. 331
- National Dock and Dredging Corp. c. R.*, (1929) R.C.E. 40

- Notre-Dame-de-l'Île-Perrot c. Construction Normand Lalonde Inc.*, REJB 1996-30355 (C.Q.)
- Nova Construction Plus (JPR) Inc. c. Hypothèques C.I.B.C. Inc.*, EYB 2006-108853, (C.A.)
- Optique André Besner c. Donat Lecompte & Fils inc.*, J.E. 96-1556 (C.S.)
- Otis Elevator Co c. A. Viglione & Bros. Inc.*, J.E. 81-92 (C.A.)
- Panzer c. Petrecca* [1995] R.D.I. 178 (C.S.)
- Parker c. R.J. Lévesque & Fils ltée*, J.E. 2000-2092 (C.Q.)
- Pavage Rolland Fortier inc. c. Caisse populaire Desjardins de La Plaine*, REJB 2001-23873 (C.A.), conf. 1998-0641 (C.S.), REJB 1998-06481.
- Pétroles Irving Inc. c. Prévoyants du Canada (Les) compagnie d'assurances générales*, (1992) R.L. 236 (C.A.)
- Picard équipement de boulangerie c. 2883643 Canada inc.* J.E. 2006-1402 (C.S.)
- Pipe-tec spécialité (2001) inc. c. Construction Viacon inc.*, C.Q. Montréal, n° 500-02-023912-954, 29 mai 2002, (j. Longtin)
- Pisapia Construction Inc. c. Dragon Construction Ltée*, (1982) C.A. 12.
- Piscines MC inc. c. Clarkin*, J.E. 90-1708 (C.S.), EYB 1990-76747.
- Plafonneurs du Nord Inc. c. Desbiens & Bouchard Inc.*, J.E. 84-878 (C.S.)
- Plombaction inc. c. Hydro-Québec*, J.E. 2001-705 (C.S.)
- Poirier c. Goyette, Duchesne, Lemieux inc.*, J.E. 2004-107 (C.Q.)
- Poulin c. Zurich, compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A. 280 (C.A.), EYB 1995-56241.
- Quebec Asbestos Corporation c. Couture*, [1929] R.C.S. 166.
- Quinn c. 9020-7564 Québec inc. (Blouin Aluminium)* J.E. 2006-187 (C.Q.)
- Racicot c. W. Rutherford & Sons Co. Ltd.* (1910) 19 B.R. 428; conf. (1909) 36 C.S. 97.
- R. c. Paradis*, (1942) R.C.S. 10. ;
- Renaud c. Roussel*, (1961) R.P. 384 (C.S.)
- Ron Engineering R. du Chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111.
- Regina City c. Graham Construction & Engineering Ltd.*(1999) S.J. No. 483.

- Rénovation Aqua Inc. c. Cie de cautionnement Aqua Ltée*, J.E. 90-1764 (C.S.)
- Revovation Aqua inc. c. Les Constructions Joutel inc. et la Compagnie d'assurances Halifax*, C.S. d'Amos : 605-05-047-82, 2 mars 1983 (j. Vital Cliche).
- Russel Drummond c. Aciers Lévisiens Ltée*, (1994) R.J.Q. 19, (1994) R.D.I. 17 (C.A.)
- Saint-Martin & Michaud Construction Inc. c. Campeau Corp.*, J.E. 82-489 (C.S.)
- Saskatchewan Housing Corp. v. Canadian Surety Co.* (1988), 64 Sask.R. 158
- Services médicaux Laidlaw Ltée. c. Partagec inc.*, J.E. 95-1739 (C.S.)
- Sherbrooke (Ville de) c. Pelouse de la Capitale Inc.*, J.E. 83-337 (C.S.)
- Société de co-génération de St-Félicien c. Industries Falmec inc.*, J-E. 2005-929 (C.A.)
- Sorel-Tracy Ciment Inc. c. Zardez inc.*, B.E. 2000BE-624 (C.S.)
- Société des alcools du Québec c. Société nationale de cautionnement*, J.E. 98-185 (C.Q.)
- Société en commandite Chalin (Syndic de)*, J.E. 94-633 (C.S.)
- Souscripteurs de Montréal inc. et al. C. Vaillancourt*, J.E. 2000-383 (C.A.)
- Sous-poste camionnage en vrac, Abitibi-Ouest (zone 3) c. Compagnie d'assurance London Garantie*, B.E. 2005-BE-1119 (C.S.), (j. Y. Mayrand).
- Sperandio c. 3095-9571 Québec Inc.*, EYB 2005-91915 (C.S.)
- Stastny c. Structures Ultratec inc.*, J.E. 2001-2075 (C.Q.)
- St-Louis c. Lamontagne*, EYB 2006-106665 (C.S.) (Requête pour permission d'appeler rejetée, C.A. Montréal, no 500-09-016805-061, 28 juin 2006)
- St-Paul Fire & Marine Insurance Co. c. Parsons & Misiurak Construction Ltd.* [1996] R.J.Q. 2925 (C.S.) (appel réglé hors cour).
- Suzanne Dumont c. Constructions Léo Quirion inc.*, EYB 98-6197 (C.Q., Ch. civ.).
- Technologies Elcotech inc. c. Envirofab inc.*, EYB 2008-145733 (C.S.)
- Théberge Ltd. c. R.*, (1970) R.C.E. 468.
- The Queen c. Henderson*, (1898) 28 R.C.S. 425.
- Timbro Developments Ltd. c. Grimsby Diesel Motors inc.*, (1988) 32 C.L.R. 32 (C.A. Ont., permission d'appeler refusée par la Cour suprême).
- Toyota Baie-des-Chaleurs inc. c. Poirier*, SOQUIJ AZ-50274845 (C.S.), J.E. 2006-203 (C.A.)
- Turcotte (1989) inc. c. Axa Boréal Assurances inc.* J.E. 2000-1815 (C.Q.).

*Union canadienne (L'), compagnie d'assurances c. Plomberie Denis Turcotte inc.*, J.E. 2002-1695 (C.Q.)

*Université du Québec à Montréal c. Norlab Inc.*, [1996] R.D.I. 57, (C.S.)

*Verrieres d'Anjou inc. c. Métaux Fravic inc.* C.S. Montréal, n° 500-05-067902-013500, 21 mars 2002, (j. Morneau).

*Via Rail Canada Inc. c. Saskatchewan Government Insurance et al*, (1990) 85 Sask.R. 81 (Q.B.).

*Walsh & Brais Inc. c. Tro-Châînes Inc.* (1989) R.D.I 734 (C.A.)

### *Jurisprudence française*

Civ. 3<sup>e</sup>, 11 juin 1985, *D.* 1986 p. 456, note Dubois.

Civ. 3<sup>e</sup>, 9 déc. 1992, pourvoi n° 91-11.210

Civ. 1<sup>re</sup>, 1 octobre 1996, n° 93-19.621.

Com, 2 mars 1999, n° 95-18.643., *D.* 2000 p. 72.

**BIBLIOGRAPHIE***Monographies et ouvrages collectifs*

- BABANDO, J.-P., *La sous-traitance dans la construction*, Paris : LexisNexis SA, 2005.
- BAUDOIN ET RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 11<sup>e</sup> éd., Montréal : Wilson & Lafleur, 2008.
- BAUDOIN, J.-L., et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7<sup>e</sup> éd. Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 2007.
- BAUDOIN, J.-L., et P. DESLAURIERS, « La faute contractuelle », dans *La responsabilité civile, Volume I - Principes généraux*, 7<sup>e</sup> édition, 2007, EYB2007RES21.
- BAUDOIN, J.-L., et P. DESLAURIERS, « La responsabilité du constructeur » dans *La responsabilité civile*, 7<sup>e</sup> éd., Vol. II - La responsabilité professionnelle, Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 2007.
- BAUDOIN J.-L., et P.-G. JOBIN, « L'enrichissement injustifié », dans *Les obligations*, 6<sup>e</sup> édition par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 2005, 2005EYB2005OBL22.
- BAUDOIN J.-L., et P.-G. JOBIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers » dans *Les obligations*, 6<sup>e</sup> édition par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 2005, 2005EYB2005OBL17.
- BEAUCHAMP, F., « La nature et l'étendue du contrat d'entreprise ou de service », dans *Collection de droit 2007-08, École du Barreau du Québec*, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.
- BEAUCHAMP, F., « Le cautionnement d'exécution », dans *Les sûretés en matière de construction*, Insight Press, Toronto, 1995.
- BEAUCHAMP, F., « Les cautionnements de contrats de construction », dans *Collection de droit 2008-09, École du Barreau du Québec*, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.
- BEAUCHAMP, F., « Les droits et obligations des parties » dans *Collection de droit 2007-08, École du Barreau du Québec*, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

- BEAULNE, J., *Droit des fiducies*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal : Wilson & Lafleur ltée, 2005.
- BELLAVANCE, P.-M., « Les cautionnements de construction : regard sur la jurisprudence récente », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.*
- BORDAN, G., J. EDWARDS et M. SYLVESTRE, « Le cautionnement », dans *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal : Wilson & Lafleur ltée, 1998.
- BOUSQUET, F., « La plus-value et le nouveau code civil », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, 1996.*
- BRISTOW, D.L., *Construction builders' and mechanics' liens in Canada*, 7th ed. Toronto : Carswell, 2005.
- CIOTOLA, P., *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal : Les Éditions Thémis, 1999.
- DESLAURIERS, J., « La vente dans le Code civil et la Loi sur la protection du consommateur », dans *Collection de droit 2007-2008, École du Barreau du Québec, vol. 5, Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.
- DESLAURIERS, J., *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2008.
- DOYON, G., « Le Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs », dans *Développements récents en droit immobilier (1999)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1999, EYB1999DEV129.
- GIROUX, G.-M., *Le privilège ouvrier: étude sur l'article 2013 du code civil*, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit, Université Laval, Montréal : Éditions Albert Lévesque, 1933.
- HOULE, Y., « Le recours délictuel : une nouvelle avenue pour les intervenants de la construction » dans *Développements récents en droit de la construction (2003)*, dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais.*
- KARIM, V., *Les contrats d'entreprise, de prestation de services et l'hypothèque légale*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2003.
- KAUFFMAN D. et G. GILAIN, *The Construction Hypothec*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2007.

- KENFACK, H., *Droit du commerce international*, Memontos Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., Éditions Dalloz 2006.
- KUEHNE, G. H., « L'ABC du cautionnement », SCK, 2004.
- LAFOND, P.-C., *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal : Éditions Thémis, 2007.
- LANGELIER, F., t. 6 *Cours de droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909.
- LANGEVIN, L. et N. VEZINA, « La protection du droit à l'exécution de l'obligation » dans Collection de droit 2008-09, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.
- LAMONTAGE, D.-C., « Le droit de propriété », dans *Biens et propriété*, 5<sup>ième</sup> édition, 2005, EYB2005BEP8.
- LLUELLES D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal : Éditions Thémis, 2006.
- MACDONALD, R.A., « The security trust », dans *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec*, Montréal : Wilson & Lafleur, mai 1995.
- MARTINVILLE, E., *La sous-traitance de construction : adaptation du droit aux évolutions économiques en matière de construction*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- MC GOVERN, P., « Le cautionnement et les autres garanties dans le domaine de la construction », dans *L'édification du nouveau droit de la construction*, Les journées Maximilien-Caron 1999, Montréal : Les Éditions Thémis, 2000, textes réunis par Guy Lefebvre.
- MCGOVERN, P., « Les sûretés accordées à la caution, le rôle de celle-ci et la jurisprudence récente », dans *Superconférence sur la construction*, Publications L'Institut Canadien, 2000.
- MIGNAULT, P.B., *Le droit civil canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, t.8.
- MYERS, D., *Construction economics : a new approach*, London New-York : Taylor & Francis, 2008.
- NADEAU, R., « Le contrat », dans *Le droit de la construction*, Séminaire d'Insight Educational Services, 21 et 22 avril 1993.

OGILVY RENAULT, S.E.N.C., O.F. KOTT et C. ROY (dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal : Wilson & Lafleur, 1998.

PAYETTE, L., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2006.

POUDRIER-LEBEL, L., *Le cautionnement par compagnie de garantie*, Cowansville : Les Éditions Yvon Blais, 1986.

PRATTE, D., « Les hypothèques », dans Collection de droit 2007-08, École du Barreau du Québec, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

PRATTE, D., *Priorités et hypothèques*, 2e éd. Sherbrooke, Québec : Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2005.

QUINN, B.P., « L'autonomie de l'entrepreneur dans le choix des méthodes et des moyens de réalisation de l'ouvrage », dans *Développements récents en droit de la construction (2005)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

RACINE, J.-B., et F.SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Cours Dalloz, Série Droit Privé, Éditions Dalloz 2007.

ROUSSEAU-HOULE, T., *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal : Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

ROUSSY, B., « Le rôle que joue la caution face au propriétaire et aux sous-traitants », *Développements récents en droit de la construction (2005)*, dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

ROY, P., « La rénovation et l'acquisition d'un immeuble d'habitation : le difficile arrimage des mesures de protection », dans *Droit spécialisé des contrats*, Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 1999, Volume 3 : Les contrats relatifs à l'entreprise, 2001, EYB2001DSC63M.

SABLIER, B, J-E. CARO et S. ABBATUCCI, *La sous-traitance dans la construction*, 4<sup>ième</sup> éd. Le Moniteur 1993.

SAINT-ALARY, R., *Droit de la construction*, Paris, Presses Universitaires de France, 1977.

SALLEZ ET SCHLEGEL, *La sous-traitance dans l'industrie*, Dunod 1963.

SAVARD, J. A. et B.P. QUINN, « L'hypothèque légale », dans *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal : Wilson & Lafleur ltée, 1998.

SCOTT, K.W. et R.B. REYNOLDS, dir., *Scott and Reynolds on Surety Bonds*, Scarborough, Ont. : Carswell, 1994.

VALENTIN, G., *Les contrats de sous-traitance*, Paris : Librairies techniques, 1979.

#### *Articles de revue*

ARIAL, M., « La responsabilité du notaire et l'assurance de titres », dans *Cours de perfectionnement du notariat*, Chambre des notaires du Québec, Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec, Mars 2009.

AUGER, J., « Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente », (1982) C.P. du N. 123.

ARDITI, D., M. ASCE, R. CHOTIBHONGS, « Issues in subcontracting practice », *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 131, No. 8 August 1, 2005.

BEAUBRUN, J.-E. et M.-A. MORIN, « Commentaire sur la décision *Laurent Verreault inc. c. Bousquet Technologies inc.* – L'hypothèque légale de l'arrière-fournisseur enfin reconnue », *Repères*, novembre 2007, EYB2007REP645.

BOIS, A., « Assurance de titres » dans *Cours de perfectionnement du notariat*, 78<sup>e</sup> session, 27 mars 2009, Chambre des notaires du Québec.

DE BILLY, J., « Les aspects légaux de l'assurance de garantie », (1963) 31 *Assurances* 200-234.

DE GRANDPRÉ, A.J., « Claims under Performance, Fidelity and Other Bonds », [1963] *Conf. Memorial Meredith* 64.

DELISLE, G., « L'existence « occulte » de l'hypothèque légale de la construction », (2007) 1 C.P. du N. 129.

DURNFORD, J. W. « The articles of the Civil Code on the privileges of the builder : some of the problems they pose and suggested amendments thereto », (1961-62) 8 *McGill L.J.* 176, 189.

EDWARDS, J., “La convention d’indemnisation du cautionnement de construction au Québec”, (1992) 47 *C.L.R.* 50.

FWH Yik, BSc MSc PhD CEng FCIBSE, JHK Lai, BEng MSc CEng MCIBSE, KT Chan, BSc MBA PhD Ceng MCIBSE and ECY Yiu, BSc MBEng PhD MHKIS MRICS PFM, “Problems with specialist subcontracting in the construction industry » *Building Serv. Eng. Res. Technol.* 27, 3 (2006), 183-193.

HARVEY, S., « Commentaire sur la décision A. & D. Prévost c. Hôpital général du Lakeshore – L’hypothèque légale de la construction : quand le fournisseur contracte avec un sous-entrepreneur », *Repères*, septembre 2007, EYB2007REP624.

LESLIE HAM, A., « Classes of insurance », (1944) *R. du B. Can.* 220.

MACDONALD, R.A., « The security trust : Origins Principles and Perspectives », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain /Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce*, Conférences Meredith Lectures, 1997.

MARTIN-SERF, A., *RTD Com.* 2000 p. 455.

PARIZEAU, G., « Introduction à l’étude de l’assurance-cautionnement » (1982) 49 *Assurances* 352-362.

PÉPIN, Y. et M. VERMETTE, « Examen du Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d’assurance de titres », dans *Cours de perfectionnement du notariat*, Chambre des notaires du Québec, Mars 2009.

PICARD, J.C., « Chronique - Les erreurs inexcusables lors de la création d’actes juridiques dans le cadre du contrat d’entreprise ou de service », *Repères*, Avril 2004, EYB2004REP215.

PICARD, J.-C., « Commentaire sur la décision Compagnie d’assurance London Garantie c. Girard & Girard inc. - Le délai de 120 jours accordé au créancier pour adresser sa demande à la caution est de rigueur », *Repères*, Mai 2004, EYB2004REP232.

PRATTE, D., « La création de l’hypothèque légale immobilière », (1992) 23 *R.G.D.* 385

PRATTE, D., « La réalisation des hypothèques légales de la construction », (1994) 97 *R. du N.* 52

PRATTE, D., « Les privilèges de la construction : problèmes actuels touchant la plus-value, la fin des travaux et les bénéficiaires », (1991) 51 *R. du B.* 3

SALOMON, N.H., « The proposed abolition of the builder's privilege – good or bad law? » (1976) 36 *R. du B.* 399

*Documents et rapports d'organismes*

BARREAU DU QUÉBEC, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (du contrat de travail et du contrat d'œuvre) », Montréal : Le Barreau, Service de recherche et de législation, 1988.

BUREAU DES SOUMISSIONS DÉPOSÉES DU QUÉBEC, « Code de soumission », 2008.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, « Règles et usances uniformes de l'ICC relatives aux crédits documentaires », Paris, 2006, publication n° 600.

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Mémoire portant sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations », Montréal : La Chambre, 1988.

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, « Considérations générales sur la sous-traitance » dans *Mémoire soumis à la Commission parlementaire de l'économie et du travail en marge de ses travaux sur la sous-traitance et Hydro-Québec*, octobre 1987.

COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Contrat à forfait », C.C.D.C., 2008.

COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Guide d'utilisation du contrat à forfait CCDC 2-2008 », C.C.D.C., 2008.

COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Guide d'utilisation des cautionnements de construction », C.C.D.C., 2002.

GOVERNEMENT DU QUÉBEC, *Projet de Loi 125 – Code civil du Québec – Commentaires détaillés sur les dispositions du projet – Livre VI : Des priorités et des hypothèques*, Québec, Ministère de la Justice, 1991.

HYDRO-QUÉBEC, « Renseignements et instructions aux intéressés à soumissionner pour contrat de travaux », Version du 5 mai 2009.

MALAUURIE, Ph. et L. AYNES, *Cours de droit civil*, t. VI, « *Les obligations* », 10<sup>ième</sup> éd. 1999/2000.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, 3 tomes, Québec, Publications du Québec, 1993.

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Projet de Code civil*, Chapitre VII, Du contrat d'entreprise, 1977.

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978.

SERVICE DE LA QUALITÉ ET DES NORMES DE LA DIRECTION DU SOUTIEN À L'EXPLOITATION DES INFRASTRUCTURES DU MINISTÈRE DES TRANSPORTS, *Cahier des charges et devis généraux : infrastructures routières : construction et réparation*, Sainte-Foy : Publications du Québec, 2003.

YATES, DJ., C. HARDCASTLE, "The causes of conflict and disputes in the Hong Kong construction industry : a transaction cost economics perspective", Research Paper Vol. 4, No. 22, RICS Foundation, 2003.

## **ANNEXE 1 : Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance**

Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, version consolidée au 1 janvier 2006<sup>511</sup>.

### **Titre I : Dispositions générales.**

#### **Article 1**

· Modifié par Loi 2001-1168 2001-12-11 art. 6 1° JORF 12 décembre 2001

Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

Les dispositions de la présente loi sont applicables aux opérations de transport, le donneur d'ordre initial étant assimilé au maître d'ouvrage, et le cocontractant du transporteur sous-traitant qui exécute les opérations de transport étant assimilé à l'entrepreneur principal.

#### **Article 2**

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

#### **Article 3**

L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant.

### **Titre II : Du paiement direct.**

#### **Article 4**

Le présent titre s'applique aux marchés passés par l'Etat, les collectivités locales, les

---

<sup>511</sup>[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=84FA98887DB6FB534B17118133FF9BB8.tp&jo03v\\_1?cidTexte=LEGITEXT000006068498&dateTexte=20100413](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=84FA98887DB6FB534B17118133FF9BB8.tp&jo03v_1?cidTexte=LEGITEXT000006068498&dateTexte=20100413)

établissements et entreprises publics.

### **Article 5**

- Modifié par Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 - art. 7 JORF 12 décembre 2001

Sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter, ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel.

En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage.

### **Article 6**

- Modifié par Ordonnance 2000-916 2000-09-19 art. 5 V JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002
- Modifié par Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 - art. 6 JORF 12 décembre 2001

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'Etat en fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables.

En ce qui concerne les marchés industriels passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par décret en Conseil d'Etat.

Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14.

### **Article 7**

Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.

### **Article 8**

L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation.

Passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces

justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées.

Les notifications prévues à l'alinéa 1er sont adressées par lettre recommandée avec accusé de réception.

#### **Article 9**

La part du marché pouvant être nantie par l'entrepreneur principal est limitée à celle qu'il effectue personnellement.

Lorsque l'entrepreneur envisage de sous-traiter une part du marché ayant fait l'objet d'un nantissement, l'acceptation des sous-traitants prévue à l'article 3 de la présente loi est subordonnée à une réduction du nantissement à concurrence de la part que l'entrepreneur se propose de sous-traiter.

#### **Article 10**

Le présent titre s'applique :

Aux marchés sur adjudication ou sur appel d'offres dont les avis ou appels sont lancés plus de trois mois après la publication de la présente loi ;

Aux marchés de gré à gré dont la signature est notifiée plus de six mois après cette même publication.

### **Titre III : De l'action directe.**

#### **Article 11**

Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II.

#### **Article 12**

· Modifié par Loi n°94-475 du 10 juin 1994 - art. 5 JORF 11 juin 1994 en vigueur au plus tard le 1er octobre 1994

Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article.

**Article 13**

L'action directe ne peut viser que le paiement correspondant aux prestations prévues par le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire.

Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent.

**Article 13-1**

- Créé par Loi n°81-1 du 2 janvier 1981 - art. 7
- Modifié par Loi n°84-46 du 24 janvier 1984 - art. 63 JORF 25 janvier 1984

L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement.

Il peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de ces créances sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire visé à l'article 14 de la présente loi, vis-à-vis des sous-traitants.

**Article 14**

A peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant.

A titre transitoire, la caution pourra être obtenue d'un établissement figurant sur la liste fixée par le décret pris en application de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 concernant les retenues de garantie.

**Article 14-1**

- Modifié par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 186 JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006

Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics :

- le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ;

- si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le

maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution.

Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint.

Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle.

#### **Titre IV : Dispositions diverses.**

##### **Article 15**

Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi.

##### **Article 15-1**

· Modifié par Loi n°94-638 du 25 juillet 1994 - art. 33 JORF 27 juillet 1994

La présente loi est applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte. Elle s'applique aux contrats de sous-traitance conclus à partir du premier jour du douzième mois qui suit la publication de la loi n° 94-638 du 25 juillet 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte.

Pour son application à la collectivité territoriale de Mayotte, il y a lieu de lire au premier alinéa de l'article 14 : "agréé dans les conditions fixées par arrêté du représentant du Gouvernement à Mayotte", au lieu de "agréé dans des conditions fixées par décret".

NOTA: Loi 2001-616 2001-07-11 art. 75 : Dans tous les textes législatifs et réglementaires en vigueur à Mayotte, la référence à la " collectivité territoriale de Mayotte " est remplacée par la référence à " Mayotte ", et la référence à la " collectivité territoriale " est remplacée par la référence à la " collectivité départementale ".

##### **Article 15-2**

· Créé par Loi n°96-609 du 5 juillet 1996 - art. 7 JORF 9 juillet 1996

La présente loi est applicable à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon. Elle s'applique aux contrats de sous-traitance conclus à partir du 1er janvier 1997.

Pour son application à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, il y a lieu de lire, au premier alinéa de l'article 14 : "agréé dans les conditions fixées par arrêté du préfet" au lieu de : "agréé dans des conditions fixées par décret".

**Article 15-3**

· Créé par Loi n°96-609 du 5 juillet 1996 - art. 7 JORF 9 juillet 1996

La présente loi, à l'exception du dernier alinéa de l'article 12, est applicable dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française sous réserve des dispositions suivantes :

I. - Il y a lieu de lire, au premier alinéa de l'article 14 :

”agrée dans les conditions fixées par arrêté du haut-commissaire de la République” au lieu de : “agrée dans des conditions fixées par décret”.

II. - Elle s'applique aux contrats de sous-traitance conclus à partir du 1er janvier 1997.

NOTA: L'article 222 IV de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose :

”Dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur :

1° La référence au territoire de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence à la Nouvelle-Calédonie;

2° La référence à l'assemblée territoriale de la Nouvelle- Calédonie est remplacée par la référence au congrès de la Nouvelle-Calédonie;

3° La référence à l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence au gouvernement de la Nouvelle- Calédonie.”

**Article 16**

Des décrets en Conseil d'Etat précisent les conditions d'application de la présente loi.

Par le Président de la République :

VALÉRY GISCARD D'ESTAING

Le Premier ministre : JACQUES CHIRAC

Le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, JEAN LECANUET

Le ministre de l'économie et des finances, JEAN-PIERRE FOURCADE

Le ministre de la défense, YVON BOURGES

Le ministre de l'équipement, ROBERT GALLEY

Le ministre de l'industrie et de la recherche, MICHEL D'ORNANO

Le ministre du commerce et de l'artisanat, VINCENT ANSQUER

Travaux préparatoires : loi n° 75-1334.

Assemblée nationale :

Proposition de loi n° 1449 ;

Rapport de M. Lauriol, au nom de la commission des lois (n° 1817), et rapport supplémentaire (n° 2038) ;

Discussion les 28 juin et 5 décembre 1975 ;

Adoption le 5 décembre 1975.

Sénat :

Proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, n° 100 (1975- 1976) ;

Avis de la commission des affaires économiques, n° 144 (1975-1976) ;

Discussion et adoption le 18 décembre 1975.

Assemblée nationale :

Proposition de loi, modifiée par le Sénat (n° 2094).

Rapport de M. Lauriol, au nom de la commission des lois (n° 2104).

Discussion et adoption le 19 décembre 1975).

Sénat :

Proposition de loi, adoptée avec modifications, n° 186 (1975-1976).

Rapport oral de M. Jean Sauvage, au nom de la commission des lois.

Discussion et adoption le 19 décembre 1975.

Assemblée nationale :

Proposition de loi, modifiée par le Sénat (n° 2127).

Rapport de M. Marc Lauriol, au nom de la commission mixte paritaire (n° 2129).

Discussion et adoption le 20 décembre 1975).

Sénat :

Rapport de M. J. Sauvage, au nom de la commission mixte paritaire, n° 190 (1975-1976).

Discussion et adoption le 20 décembre 1975.

## **ANNEXE 2 : Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres**

*Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres*  
(projet), (2009) 11 G.O. II, 846.

846 GAZETTE OFFICIELLE DU QUÉBEC, 18 mars 2009, 141<sup>e</sup> année, n<sup>o</sup> 11 Partie 2

### **SECTION X** DÉPOUILLEMENT ET RECENSEMENT DES VOTES

29. À compter de 20 heures le jour du scrutin, le scrutateur du bureau de vote par correspondance procède au dépouillement des votes avec l'assistance du secrétaire du bureau de vote par correspondance. Dans le cas où un bureau de vote par correspondance est situé dans le même local qu'un bureau de vote, le dépouillement ne peut commencer que lorsque le scrutin est clos dans ce bureau de vote.

30. En plus des motifs de rejet mentionnés à l'article 233 de la Loi, doit être rejeté tout bulletin qui n'a pas été fourni par le président d'élection, qui ne comporte pas ses initiales ou qui est détérioré.

### **SECTION XI** CONSERVATION DES DOCUMENTS

31. La photocopie du document d'identification accompagnant les bulletins de vote doit être détruite à la fin du délai prévu dans la Loi pour la présentation d'une requête en contestation d'élection ou lorsque le jugement sur une telle requête est passé en force de chose jugée.

### **SECTION XII** RAPPORT D'ÉVALUATION

32. Le directeur général des élections ou le ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire peut demander au président d'élection qu'il lui transmette, selon les modalités qu'il détermine, un rapport d'évaluation du vote par correspondance contenant les renseignements qu'il requiert.

### **SECTION XIII** DISPOSITION FINALE

33. Le présent règlement entre en vigueur le quinzième jour qui suit la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec*.  
51271

### **Projet de règlement**

Loi sur le notariat(L.R.Q., c. N-3)

#### **Notaires**

#### **— Normes de pratique en matière d'assurance de titres**

Avis est donné par les présentes, conformément aux articles 10 et 11 de la Loi sur les règlements (L.R.Q., c. R-18.1), que le « Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres », adopté par le Conseil d'administration de la Chambre des notaires du Québec, pourra être soumis au gouvernement qui pourra l'approuver, avec ou sans modification, à l'expiration d'un délai de 45 jours à compter de la présente publication. Ce règlement a pour but d'établir, en application du paragraphe 3<sup>o</sup> du premier alinéa de l'article 6 de la Loi sur le notariat, des normes de pratique professionnelle obligatoires en matière d'assurance de titres. Selon l'Ordre, ce règlement n'a pas d'impact sur les entreprises, en particulier les PME. Des renseignements additionnels peuvent être obtenus en s'adressant à M. Michel Vermette, notaire, Directeur général adjoint, Direction des services juridiques de la Chambre des notaires du Québec.

Toute personne ayant des commentaires à formuler est priée de les transmettre, avant l'expiration du délai de 45 jours, au président de l'Office des professions du Québec, 800, place D'Youville, 10<sup>e</sup> étage, Québec (Québec) G1R 5Z3. Ces commentaires seront communiqués par l'Office à la ministre de la Justice; ils pourront également l'être à l'ordre professionnel qui a adopté le règlement ainsi qu'aux personnes, ministères et organismes intéressés.

*Le président de l'Office des professions du Québec*, JEAN PAUL DUTRISAC

Partie 2 GAZETTE OFFICIELLE DU QUÉBEC, 18  
mars 2009, 141<sup>e</sup> année, n<sup>o</sup> 11 847

## Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres

Loi sur le notariat  
(L.R.Q., c. N-3, a. 6, 1<sup>er</sup> al., par. 3<sup>o</sup>)

1. Le notaire peut conseiller le recours à une assurance de titres et interagir avec un assureur pour la souscription d'une telle assurance lorsque les conditions suivantes

sont satisfaites :

1<sup>o</sup> il agit dans l'exercice de ses fonctions;

2<sup>o</sup> il intervient à l'occasion d'une transaction immobilière;

3<sup>o</sup> il décèle une difficulté ou une irrégularité susceptible de compromettre la signature du contrat ou d'influer soit sur la qualité du titre, soit sur la conformité de l'immeuble avec les lois applicables;

4<sup>o</sup> il est d'avis que la correction ne peut être effectuée dans un délai raisonnable ou qu'elle nécessite des démarches qui, dans les circonstances, lui apparaissent inappropriées.

Lorsqu'une partie le requiert, le notaire peut également interagir avec un assureur pour la souscription d'une assurance de titres si le notaire agit dans l'exercice de ses fonctions et qu'il intervient à l'occasion d'une transaction immobilière.

2. Lorsqu'une partie requiert une assurance de titres, le notaire en consigne la demande écrite au dossier.

3. Le notaire qui conseille le recours à une assurance de titres ou qui interagit avec un assureur pour la souscription d'une telle assurance n'est pas dispensé d'informer les parties lorsqu'il a décelé une difficulté ou une irrégularité et de les aviser de la correction requise. La souscription d'un contrat d'assurance de titres ne libère pas le notaire de poursuivre les démarches en vue d'obtenir la correction de cette difficulté ou de cette irrégularité, à moins que les parties ne l'en dispensent par écrit. Le notaire doit consigner au dossier les gestes posés en application du présent article, incluant les motifs de la dispense de correction, le cas échéant, ainsi que l'identité de la partie qui a opté pour l'assurance ou qui l'a refusée.

4. Le notaire informe la partie qui entend obtenir une assurance de titres qu'une demande d'assurance sera transmise à l'assureur qui, s'il l'accepte, en fournira une confirmation écrite. Sur réception de cette confirmation, le notaire est tenu de vérifier uniquement que la note de couverture et l'avenant, le cas échéant, sont conformes à la demande d'assurance. Sur réception du contrat d'assurance, le notaire le transmet à la partie et conserve au dossier une copie de cette transmission et une copie du contrat.

5. Le notaire ne peut recevoir aucune rémunération ou autres avantages provenant d'un assureur de titres ou d'un représentant en assurances.

6. Le présent règlement entre en vigueur le quinzième jour qui suit la date de sa publication à la *Gazette officielle du Québec*.

51272