



LAVERY, DE BILLY
AVOCATS

1, Place Ville Marie
Bureau 4000
Montréal (Québec)
H3B 4M4
Tél.: (514) 871-1522
Fax: (514) 871-8977

925, chemin St-Louis
Bureau 5000
Québec (Québec)
G1S 1C1
Tél.: 1-800-463-4002
Tél.: (418) 688-5000
Fax: (418) 688-3458

45, rue O'Connor
20^e étage
World Exchange Plaza
Ottawa (Ontario)
K1P 1A4
Tél.: (613) 594-4936
Fax: (613) 594-8783

Cabinet associé:
Blake, Cassels & Graydon
Toronto, Ottawa, Calgary
Vancouver, Londres

Ce Bulletin traite de plusieurs questions soulevées par l'implantation du nouveau Code civil du Québec et de l'utilisation des documents qui en ont résulté. Nous commentons également un projet de loi récemment déposé à l'Assemblée nationale et qui aura des conséquences importantes relativement à l'enregistrement des conventions d'indemnisation signées avant le 1^{er} janvier 1994.

LES CONDITIONS D'EXERCICE DES DROITS EN VERTU DES NOUVELLES CONVENTIONS D'INDEMNISATION

Maintenant que les nouvelles conventions d'indemnisation et de sûretés ont été ou sont en voie d'être signées et inscrites au registre des droits personnels et réels mobiliers, il est utile de rappeler les conditions d'exercice des droits des cautions en vertu de ces conventions suite à un défaut du débiteur principal. Pour les fins des commentaires qui suivent, nous présumons que les hypothèques créées en vertu des nouvelles conventions d'indemnisation et de sûretés ont été inscrites au registre des droits personnels et réels mobiliers. L'absence d'ins-

SOMMAIRE

Les conditions d'exercice des droits en vertu des nouvelles conventions d'indemnisation	9. Préavis en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité 4
1. Avis de retrait de l'autorisation de percevoir 2	Les conditions d'exercice des droits en vertu des anciennes conventions d'indemnisation, signées avant le 1^{er} janvier 1994
2. Inscription de l'avis de retrait au registre 2	ATTENTION: Un changement important à la Loi d'application est sur le point d'être adopté 4
3. Avis au débiteur des créances du débiteur principal 2	Les conditions d'exercice des droits en vertu des anciennes conventions d'indemnisation, signées après le 1^{er} janvier 1994 5
4. Avis à une banque lorsque la cession de rang le prévoit 2	Les nouveaux types de cautionnements de construction créés par le code civil du Québec 5
5. Avis au débiteur d'une créance résultant d'un contrat d'assurance 3	La prescription du recours contre les garants 6
6. Avis à une caution d'un sous-traitant 3	Le droit d'inscrire une hypothèque sur les créances dans les 10 jours de la prestation du créancier, afin de préserver le rang en fonction de la date de la prestation plutôt que celle de l'inscription 6
7. Inscription de la cession d'une hypothèque légale 3	
8. Préavis d'exercice d'un droit hypothécaire portant sur des biens autres que des créances 3	

cription des nouvelles hypothèques fait qu'elles ne sont pas opposables aux tiers, c'est-à-dire aux donneurs d'ouvrage et aux syndics entre autres.

1. AVIS DE RETRAIT DE L'AUTORISATION DE PERCEVOIR

La convention recommandée par l'Association Canadienne de Caution stipule que malgré l'hypothèque accordée par les débiteurs principaux sur leurs créances (recevables ou dettes de livres), les débiteurs principaux peuvent continuer à percevoir leurs créances jusqu'à ce que la caution retire ce droit.

En pratique, la caution qui désire percevoir les créances d'un débiteur principal doit signifier au débiteur principal et au donneur d'ouvrage, un avis qu'elle percevra dorénavant elle-même les sommes dues au débiteur principal.

2. INSCRIPTION DE L'AVIS DE RETRAIT AU REGISTRE

Le Code civil du Québec stipule également que l'avis de retrait d'autorisation de percevoir doit être inscrit au registre des droits personnels et réels mobiliers.

3. AVIS AU DÉBITEUR DES CRÉANCES DU DÉBITEUR PRINCIPAL

Que la caution ait ou non donné au débiteur principal le droit de continuer à percevoir ses créances après la signature de l'hypothèque sur les créances de celui-ci, l'hypothèque de la caution n'est opposable aux tiers (en pratique les donneurs d'ouvrage), que lorsque le tiers y acquiesce, en a reçu une copie ou un extrait, ou une autre preuve de l'hypothèque opposable au débiteur principal.

En pratique, il faut donc signifier un avis de l'hypothèque au donneur d'ouvrage.

Cet avis peut se faire en même temps que l'avis de retrait d'autorisation de percevoir mentionné au paragraphe 1 ci-dessus. Contrairement à la situation qui prévalait sous l'ancien Code civil :

- a. il n'est plus nécessaire de signifier l'avis lorsque le tiers n'a pas acquiescé à l'hypothèque, en autant que la preuve peut être faite qu'il en a reçu copie ou un extrait et
- b. il n'est plus nécessaire de transmettre au tiers une copie de l'acte d'hypothèque, un extrait pertinent étant suffisant.

Malgré ce qui précède, il est prudent, afin d'en avoir une preuve, de faire signifier l'avis.

4. AVIS À UNE BANQUE LORSQUE LA CESSION DE RANG LE PRÉVOIT

Certains formulaires de cession de rang dans les hypothèques sur les créances que détiennent les banques et les cautions contiennent un engagement des parties d'aviser les autres de l'exercice de leurs droits en vertu de leur hypothèque. Il ne faut alors pas que la caution oublie d'aviser la banque du débiteur principal.

Lorsqu'il n'y a pas de cession de rang ou que le document de cession de rang ne le prévoit pas, la caution détenant une hypothèque n'a qu'à remplir les formalités prévues aux paragraphes 1, 2 et 3 ci-dessus pour exercer ses droits sur les créances, peu importe son rang, sans obligation d'aviser les autres créanciers hypothécaires, même ceux dont le rang est antérieur au sien. La caution pourra alors percevoir les créances du débiteur principal jusqu'à ce qu'un créancier dont le rang est antérieur à celui de la caution, remplisse lui-même les conditions de perception des créances indiquées aux paragraphes 1, 2 et 3 ci-dessus. Il est à noter que l'officier de la publicité des droits (le registrateur) n'avise pas les créan-

ciers de l'inscription par l'un d'eux, d'un avis de retrait de l'autorisation de percevoir.

5. AVIS AU DÉBITEUR D'UNE CRÉANCE RÉSULTANT D'UN CONTRAT D'ASSURANCE

Il existe des règles particulières dans le cas des créances résultant d'un contrat d'assurance et qui forment l'une des catégories de créances sur lesquelles une hypothèque est consentie par les débiteurs principaux dans les conventions d'indemnisation et de sûretés :

- a. l'hypothèque n'est opposable à l'assureur qu'à compter du moment où il en reçoit avis et
- b. en présence de plusieurs hypothèques, la priorité est fonction de la date où l'assureur en est avisé, contrairement aux hypothèques sur les autres créances où la priorité est donnée selon la date d'inscription au registre.

En pratique, le créancier qui signifie le premier, demeure le premier, même si un autre créancier qui a inscrit son hypothèque le premier au registre, signifie par la suite son avis à l'assureur.

Lorsqu'il est important que la caution soit bénéficiaire d'une police d'assurance du débiteur principal, elle pourrait considérer se faire nommer spécifiquement comme assurée additionnelle sur la police, ce qui pourrait alors équivaloir à un acquiescement de l'assureur, donnant alors priorité à la caution sur le produit de l'assurance, selon son intérêt.

6. AVIS À UNE CAUTION D'UN SOUS-TRAITANT

La convention d'indemnisation et de sûretés crée une cession des droits du débiteur principal dans les cautionne-

ments des cautions de ses sous-traitants.

Le Code prévoit spécifiquement que la cession n'est opposable à la caution que si les formalités pour la rendre opposable au débiteur ont été accomplies à l'égard de la caution elle-même.

En pratique, il faut donc que la caution de l'entrepreneur général accomplisse, à l'égard de la caution du sous-traitant, les formalités mentionnées au paragraphe 3 ci-dessus.

7. INSCRIPTION DE LA CESSION D'UNE HYPOTHÈQUE LÉGALE

La convention d'indemnisation et de sûretés contient également une cession des droits du débiteur principal dans les hypothèques légales des personnes ayant participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble (autrefois connues sous le nom de privilèges).

Pour être opposable au donneur d'ouvrage, le Code prévoit que :

- a. cette cession doit être inscrite au registre foncier et
- b. un état certifié de l'inscription doit être remis au débiteur de la créance hypothéquée (en pratique, le propriétaire de l'immeuble).

8. PRÉAVIS D'EXERCICE D'UN DROIT HYPOTHÉCAIRE PORTANT SUR DES BIENS AUTRES QUE DES CRÉANCES

Le débiteur principal consent aussi généralement une hypothèque sur des biens autres que ses créances, tels ses équipements, outils, ordinateurs, logiciels, etc. sur les contrats cautionnés.

La caution devra d'abord choisir parmi quatre recours hypothécaires possibles:

- a) la prise de possession des biens pour fins d'administration;

- b) la prise en paiement;
- c) la vente sous contrôle de justice ou
- d) la vente par la caution elle-même.

L'exercice de l'un de ces recours devra être précédé d'un avis, donné au débiteur principal ayant consenti l'hypothèque, dans les délais suivants :

- a) 20 jours pour les biens meubles;
- b) 60 jours dans le cas d'un immeuble et
- c) 10 jours dans le cas de la prise de possession, d'un bien meuble, pour fins d'administration, par le créancier de l'hypothèque (la caution).

Le point de départ du calcul du délai de préavis est l'inscription de ce préavis au registre où l'hypothèque est inscrite. Le préavis ne pourra être inscrit au registre qu'après la signification de celui-ci au débiteur principal et à toute autre personne qui consent l'hypothèque si elle est différente du débiteur principal.

Le préavis doit décrire le défaut du débiteur principal qui peut le corriger à l'intérieur du délai qui lui est donné. Il doit aussi indiquer le montant de la créance en capital et intérêts, s'il en existe, et la nature du droit hypothécaire que le créancier entend exercer, fournir une description du bien hypothéqué et sommer celui contre qui le droit hypothécaire est exercé de délaisser le bien, avant l'expiration du délai imparti. Il serait également prudent de transmettre copie de cet avis aux garants.

9. PRÉAVIS EN VERTU DE LA LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ

Comme avant le nouveau Code, la caution doit donner le préavis de 10 jours d'exercice de ses droits en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Lorsqu'elle exerce ses droits en vertu d'une garantie portant sur les créances du

débiteur principal, le préavis n'est requis que si la garantie porte sur la totalité ou la quasi-totalité des créances du débiteur principal, ce qui est le cas des conventions d'indemnisation et de sûretés.

Il n'est pas clair si, à la lumière du nouveau Code, le retrait de l'autorisation de percevoir constitue l'exercice des droits du créancier ou la levée de la suspension d'un droit qui existait déjà, évitant alors au créancier de donner le préavis d'exercice prévu par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Compte tenu de ce doute, il est prudent et recommandable de donner le préavis requis par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

LES CONDITIONS D'EXERCICE DES DROITS EN VERTU DES ANCIENNES CONVENTIONS D'INDEMNISATION, SIGNÉES AVANT

LE 1^{ER} JANVIER 1994

ATTENTION:

UN CHANGEMENT IMPORTANT À LA LOI D'APPLICATION EST SUR LE POINT D'ÊTRE ADOPTÉ

Dans les anciennes conventions d'indemnisation, les seules sûretés consenties par les débiteurs principaux étaient des cessions de créances. Le droit antérieur au nouveau Code civil ne requérait pas que les cessions de créances soient enregistrées comme le prévoit maintenant le nouveau Code pour les hypothèques sur les créances. La *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (la *Loi d'application*) stipule d'abord que les cessions de créances consenties sous l'ancien Code à titre de garantie d'une obligation, deviennent des hypothèques sur les créances.

Le lecteur se souviendra peut-être que la *Loi d'application* prévoyait également que lorsque le droit nouveau, contrairement au droit ancien, impose des formalités d'inscription au registre, le droit ancien pour l'opposabilité aux

tiers (donneurs d'ouvrage, syndics, etc.) est maintenu à condition que le droit soit inscrit au registre dans les douze mois de la publication dans la Gazette Officielle, d'un avis à l'effet que le registre est pleinement opérationnel. Cet avis n'a pas encore été publié, mais il semble maintenant qu'il le sera le 31 octobre prochain.

Cette disposition risque cependant d'être changée prochainement suite au dépôt récent par le gouvernement, du projet de loi 67 intitulé *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l'application de la réforme du Code civil et d'autres dispositions législatives* (la *Loi modifiant la Loi d'application*). En vertu de l'article 9 de ce projet de loi, la *Loi d'application* serait modifiée pour requérir que les sûretés mobilières qui n'étaient pas soumises à la formalité de l'enregistrement sous l'ancien code mais qui sont devenues des hypothèques mobilières sous le nouveau code (ce qui est le cas des cessions de créances dans les anciennes conventions d'indemnisation), devront, pour conserver leur opposabilité, être inscrites au registre dans les 180 jours de l'entrée en vigueur de l'article 9. Aux dernières nouvelles, il se pourrait que le projet de loi soit modifié pour étendre ce délai à 12 mois.

Cela signifie que, contrairement à ce que la *Loi d'application* stipulait jusqu'à date, l'inscription au registre des cessions de créances contenues dans les conventions d'indemnisation signées avant le 1^{er} janvier 1994 devra être faite non pas dans l'année de la publication de l'avis dans la Gazette officielle que le registre est pleinement opérationnel, mais bien dans les 6 mois (peut-être 12 mois) de l'entrée en vigueur de l'article 9 de la *Loi modifiant la Loi d'application*.

À la date de préparation du présent Bulletin, le projet de *Loi modifiant la Loi d'application* était en troisième lec-

ture et il ne semble pas que l'article 9 soit mis en vigueur avant au moins le mois de septembre prochain.

En pratique, la caution qui entend exercer ses droits en vertu d'une cession de créances consentie dans une convention d'indemnisation signée avant le premier janvier 1994, doit :

- a) signifier au donneur d'ouvrage, un avis de la cession avec une copie de la convention d'indemnisation et
- b) inscrire au registre des droits personnels et réels mobiliers, la cession de créances (devenue une hypothèque sur les créances), dans les 6 mois (peut-être 12 mois) de l'entrée en vigueur de l'article 9 de la *Loi modifiant la Loi d'application*.

LES CONDITIONS D'EXERCICE DES DROITS EN VERTU DES ANCIENNES CONVENTIONS D'INDEMNISATION, SIGNÉES APRÈS LE 1^{ER} JANVIER 1994

Dans la mesure où une convention d'indemnisation aurait été obtenue depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code sur un ancien formulaire, il est probable que la cession de créances (maintenant une hypothèque sur les créances) que la convention contient, ne soit pas valide puisqu'il s'agirait d'une hypothèque sur les créances, où le nouveau Code impose entre autres la nécessité d'y indiquer le montant de l'hypothèque.

Dans la mesure où une caution souhaite obtenir une hypothèque sur les créances du débiteur principal, il est donc important de ne plus utiliser les anciens formulaires.

LES NOUVEAUX TYPES DE CAUTIONNEMENTS DE CONSTRUCTION CRÉÉS PAR LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

Le nouveau Code prévoit maintenant certaines situations où des sûretés peu-

vent être fournies afin de permettre la libération de retenues que le donneur d'ouvrage peut autrement imposer au débiteur principal. Sans préciser que ces sûretés puissent être des cautionnements, il fait peu de doute que des cautionnements seraient acceptés par les tribunaux pour constituer de telles sûretés.

Les trois situations touchées sont les suivantes :

- a) pour obtenir le paiement des retenues imposées par le donneur d'ouvrage pour couvrir des malfaçons;
- b) pour obtenir le paiement de retenues imposées par le donneur d'ouvrage, suite à la dénonciation de sous-contrats ou de contrats de fourniture par des sous-traitants et fournisseurs, afin de préserver leur droit d'inscrire une hypothèque légale des personnes ayant participé à la construction ou la rénovation d'un immeuble; et
- c) pour obtenir la radiation d'une hypothèque légale des personnes ayant participé à la construction ou la rénovation d'un immeuble.

Bien qu'à prime abord, ces trois situations paraissent offrir une occasion intéressante pour les compagnies de cautionnement d'offrir de nouveaux types de cautionnements, il conviendra d'être prudent du fait que ces cautionnements accroîtront les risques des cautions advenant un défaut du débiteur principal. En effet, les fonds contractuels auront été payés au débiteur principal ou à sa banque alors que la caution aurait autrement bénéficié de ces fonds pour payer le coût de corriger des malfaçons ou pour payer les créances des sous-traitants ou fournisseurs du débiteur principal qui auront publié une hypothèque légale.

LA PRESCRIPTION DU RECOURS CONTRE LES GARANTS

Le nouveau Code a raccourci le délai de prescription du recours de la caution contre les garants, de 5 à 3 ans, à compter de la naissance du droit d'action. Ce dernier moment n'est pas toujours facile à déterminer mais il serait prudent de ne pas attendre plus de 3 ans après tout paiement avant d'intenter une action contre les garants.

Pendant la période de chevauchement entre l'ancien et le nouveau Code, la prescription de 5 ans qui n'était pas acquise au 1^{er} janvier 1994, est raccourcie à 3 ans à compter de cette date à moins que le délai déjà écoulé fasse en sorte qu'il reste moins de temps à courir à compter du 1^{er} janvier 1994. Dans ce dernier cas, ce sera cette période de prescription plus courte qui prévaudra.

LE DROIT D'INSCRIRE UNE HYPOTHÈQUE SUR LES CRÉANCES DANS LES 10 JOURS DE LA PRESTATION DU CRÉANCIER, AFIN DE PRÉSERVER LE RANG EN FONCTION DE LA DATE DE LA PRESTATION PLUTÔT QUE CELLE DE L'INSCRIPTION

La règle générale du nouveau Code est à l'effet qu'entre créanciers, les droits prennent rang selon la date d'inscription de l'hypothèque au registre. Il existe toutefois une exception. Le rang peut être, pour un créancier bénéficiant d'une hypothèque sur les créances, antérieur à celui de l'inscription, si l'inscription est faite dans les 10 jours de la prestation du créancier.

Prenons un exemple. En prévision de l'émission d'un cautionnement, une caution obtient le 1^{er} juillet 1995, la signature par le débiteur principal d'une convention d'indemnisation et de sûretés contenant une hypothèque sur les créances et inscrit cette hypothèque le

10 juillet. Disons également que la caution convient d'émettre et émet un cautionnement le même jour et que le débiteur principal consent une autre hypothèque sur ses créances à sa banque, qui l'inscrit le 5 juillet 1995. Normalement, l'hypothèque de la banque devrait avoir préséance à cause de sa date antérieure d'inscription au registre. Toutefois, dans les faits, à cause de l'exception au Code, c'est l'hypothèque de la caution qui aura préséance parce qu'elle sera réputée avoir été inscrite le 1^{er} juillet, parce qu'inscrite dans les 10 jours de la prestation de la caution (l'engagement d'émettre et l'émission du cautionnement).

Il n'est pas certain quel est le moment de la «prestation» du créancier au sens du Code. Il pourrait s'agir du moment où la caution s'engage à émettre des cautionnements, celui où elle émet un cautionnement ou encore celui de la

signature de la convention d'indemnisation.

En pratique, les cautions pour qui la date d'inscription revêt une importance particulière, auraient intérêt à :

- a) ne s'engager à émettre des cautionnements que conditionnellement à la réception par la caution, d'une convention d'indemnisation et de sûretés dûment complétée et signée (pour retarder à la date de la réception, le moment de la «prestation» de la caution);
- b) inscrire les hypothèques contenues dans la convention dans les 10 jours de leur prestation; et
- c) vérifier si un autre créancier a inscrit une hypothèque similaire dans les 10 jours, car celle-ci pourrait également avoir un effet rétroactif à la date de la prestation de l'autre créancier et ainsi avoir préséance.

*Claude Baillargeon
Avec la collaboration de
M. Kevin Smyth
Le 15 juin 1995*

**Les autres membres du groupe de
cautionnement de Lavery, de Billy**

Jean Bélanger

Marie-Claude Cantin

Antoine Dore

Nicolas Gagnon

Claude Larose (Québec)

Patrice Picard

Jerome C. Smyth, c.r.

Richard Wagner

Lynda Tanguay (adjoine juridique)

**All Bulletins are also available
in English**

LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

Droit de reproduction réservé.
Le Bulletin fournit des commentaires généraux destinés
à notre clientèle sur les développements récents du droit.
Les textes ne constituent pas une opinion juridique.
Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi
des informations qui y sont contenues.