



Par **Stephen G. Revay**

L'article de fond du présent numéro répond à une demande particulière. Même si les membres de l'industrie de la construction connaissent bien le principe du cautionnement et ses applications courantes, il appert que les limitations

qui s'y rattachent leur sont nettement moins familières. L'article que nous présentons ne peut donner une vue exhaustive de cette question hautement complexe et ne peut prétendre apporter des réponses à toutes les questions connexes. Sa portée est néanmoins assez large pour mettre en lumière les situations où les membres de l'industrie auraient intérêt à solliciter l'aide de spécialistes.

De nombreux entrepreneurs et consultants ont déjà conclu des contrats de design-construction ou envisagent de le faire. Ce type de contrat a pour effet de chambouler la responsabilité des sociétés de cautionnement — de même que celle des maîtres d'oeuvre en raison de la convention d'indemnisation que l'on exige souvent dans ce contexte.

La construction d'un supermarché aux États-Unis constitue un exemple, non pas typique mais certes douloureux, des conséquences possibles d'un tel arrangement contractuel. Une fois sa construction achevée, l'immeuble a subi un grave tassement différentiel qui l'a rendu inutilisable. Le maître de l'ouvrage a alors poursuivi le maître d'oeuvre et la société de cautionnement. Estimant que le problème était imputable à des défauts de conception, le tribunal a conclu à la responsabilité du maître d'oeuvre et de sa caution. Le tribunal a ainsi rejeté l'argument selon lequel la garantie d'exécution vise uniquement la construction et que la responsabilité des défauts de conception incombe à l'ingénieur-conseil et que ce dernier ou son assureur responsables professionnels doit assumer les frais connexes. Le tribunal a donc estimé que le cautionnement garantissait l'exécution de l'intégralité du contrat, y compris la conception, et qu'il ne se limitait pas uniquement à la construction. En soutenant que la garantie d'exécution excluait la conception, le maître d'oeuvre espérait limiter sa responsabilité envers la caution aux termes de la convention d'indemnisation. De plus, le fait que le maître d'oeuvre avait communiqué les données sur l'état du sol à l'ingénieur-conseil, et que ce dernier en avait tenu compte aux fins de la conception, n'était certes pas de nature à simplifier ce dossier.

Les cautionnements dans l'industrie de la construction

par **Richard A. Row**

INTRODUCTION

Les cautionnements sont un élément important du processus de construction. Lors de grands projets, le maître d'oeuvre doit normalement produire des garanties de soumission, d'exécution, de main-d'oeuvre et de paiement des matières premières avant d'entreprendre la construction, de même que des garanties de privilège du constructeur lorsque des droits de gage sont enregistrés pendant les travaux.

Les cautionnements sont généralement consentis par une personne physique ou morale dite «caution», aux frais du demandeur. Le plus souvent, diverses garanties d'indemnisation sont exigées avant l'octroi d'un cautionnement. Lorsque le maître d'oeuvre est le demandeur du cautionnement, son entreprise ainsi qu'un ou plusieurs de ses dirigeants et/ou administrateurs doivent donner des garanties d'indemnisation personnelles à la caution. Lorsque la caution assume les frais du cautionnement, les personnes qui donnent des garanties d'indemnisation sont légalement tenues de rembourser l'intégralité des dépenses de la caution — estimations d'assurance et frais juridiques compris, le cas échéant.

GARANTIES DE SOUMISSION

Dans plusieurs projets de construction, les soumissionnaires sont appelés à produire des garanties de soumission lors du dépôt de leur offre. Ce cautionnement vise à garantir que l'entrepreneur qui remportera le marché sera lié par contrat au maître d'ouvrage. En cas de refus de l'entrepreneur choisi, le maître d'ouvrage a alors droit à tout ou partie de la garantie de soumission.

GARANTIES D'EXÉCUTION

La caution consent une garantie d'exécution à la demande de la partie principale (en général le maître d'oeuvre) en faveur de l'obligataire (normalement le maître d'ouvrage). Si le maître d'oeuvre est incapable d'achever les travaux et s'il est déclaré défaillant aux termes du contrat, la caution doit intervenir et achever les travaux ou en corriger les défauts, sous réserve des modalités du cautionnement. Diverses options s'offrent alors à la caution :

1. Elle peut prendre des mesures correctives si le défaut d'exécution touche

une partie seulement des obligations afférentes au contrat.

2. Lorsque le maître d'oeuvre se trouve en défaut et n'est plus accessible, la caution peut achever les travaux en faisant appel aux sous-traitants et aux fournisseurs précédemment utilisés par le maître d'oeuvre. Il assume alors en fait les responsabilités du maître d'oeuvre.
3. Il peut aussi faire appel à d'autres entrepreneurs pour l'achèvement des travaux et leur demander de présenter des soumissions à cette fin puis, avec la sanction de l'obligataire, attribuer le contrat au soumissionnaire le moins disant.

La garantie d'exécution stipule normalement que toute action en justice doit être engagée au cours d'une certaine période suivant la date d'exigibilité du dernier versement à la partie principale. Cette période est généralement, mais pas nécessairement, de deux ans.

Lorsque la caution entend l'achèvement des travaux, elle a droit à la rémunération restant à payer au maître d'oeuvre aux termes du contrat. Par exemple, si le contrat initial portait sur 1 million \$ et si la moitié de cette somme avait été versée au maître d'oeuvre avant son défaut, la caution aurait droit aux 500 000 \$ restants pour mener les travaux à terme. Tous les coûts liés à l'achèvement des travaux qui excéderaient 500 000 \$ devraient être supportés par la caution dans les limites de la garantie d'exécution.

De même, il n'est pas rare qu'un maître d'oeuvre exige une garantie d'exécution d'un sous-traitant lorsque ce dernier est la partie principale et le maître d'oeuvre l'obligataire.

GARANTIES DE MAIN-D'OEUVRE ET DE PAIEMENT DES MATIÈRES PREMIÈRES

Ces cautionnements visent à garantir la rémunération des sous-traitants et des fournisseurs de matériaux dans l'éventualité où la partie principale ne s'acquitterait pas de ses obligations de paiement. Le libellé de la garantie est important à cet égard car, dans plusieurs cas, seules les parties qui ont un lien contractuel direct avec la partie principale ou qui détiennent un privilège à son endroit sont protégées. En pareille situation, un fournisseur qui approvisionne un sous-traitant en maté-

riaux ne pourrait invoquer la garantie de main-d'oeuvre et de paiement des matières premières du maître d'oeuvre à l'appui de sa réclamation que s'il détient un privilège vis-à-vis de ce dernier.

Les réclamations ayant trait à ces garanties doivent être signifiées dans un délai limité suivant l'exigibilité du paiement ou un autre événement donné du cycle de construction. De même, un requérant ne peut engager une poursuite que pendant une période déterminée après la dernière livraison de matériaux ou l'achèvement des travaux.

Comme dans le cas des garanties d'exécution, la responsabilité de la caution ne peut excéder les limites du cautionnement.

GARANTIES DE PRIVILÈGE DU CONSTRUCTEUR

Il est fréquent qu'aux termes d'un contrat de construction de grande envergure, le maître d'oeuvre doit lever tout privilège susceptible de grever le titre de propriété du maître d'ouvrage. La démarche courante consiste à s'adresser à un tribunal pour établir et produire une garantie ou un cautionnement équivalent au privilège assorti d'une provision pour les coûts. Le titre de propriété est alors libéré de tout privilège. Le cautionnement du maître d'oeuvre garantit le privilège. Concrètement, en l'absence d'une telle démarche, un projet de construction tourne souvent au ralenti car le maître d'ouvrage déduit de la rémunération du maître d'oeuvre l'équivalent du privilège et de la provision pour les coûts. Dans l'intervalle, les créanciers hypothécaires suspendent également leurs paiements.

MOYENS DE DÉFENSES DE LA CAUTION

Une caution peut invoquer plusieurs moyens de défense en cas de poursuite relative à un cautionnement dans le cadre d'un projet de construction. Jusqu'à présent, les tribunaux canadiens ont essentiellement fondé leurs décisions en la matière sur la question suivante : les agissements de la partie principale ou de l'obligataire ont-ils causé un préjudice à la caution pendant la période de validité du cautionnement?

SOUSSION ERRONÉE

Si un maître d'oeuvre présente une soumission qui comporte une erreur manifeste, le maître d'ouvrage ne peut simplement saisir ladite soumission puis engager une action fondée sur la garantie de soumission. En pareil cas, aucun lien contractuel n'est réputé avoir été établi en raison d'une erreur connue des deux parties. On peut se reporter en l'occurrence à l'affaire *McMaster University c. Wilchar Construction*¹.

Par ailleurs, lorsqu'une soumission comporte une erreur non apparente que seules des données complémentaires peuvent permettre de constater, la soumission est réputée valide et ne peut être révoquée après la conclusion de l'appel d'offres. Si le soumissionnaire décide de ne pas entreprendre les travaux et de ne pas exécuter le contrat, le maître d'ouvrage a alors le droit de conserver la

garantie de soumission comme ce fut le cas dans le dossier *R. c. Ron Engineering*². Dans cette affaire, l'entrepreneur avait déposé une soumission et une garantie de soumission de 150 000 \$. Le dossier d'appel d'offres stipulait que toute soumission déposée ne pouvait être retirée avant l'attribution du marché par le maître d'ouvrage. Lors du dépouillement des offres, l'entrepreneur s'est rendu compte qu'il avait malencontreusement oublié d'inclure les frais de main-d'oeuvre dans sa proposition de prix. Avisé de l'erreur, le maître d'ouvrage a néanmoins refusé à l'entrepreneur le droit de retirer sa soumission. L'entrepreneur a refusé le contrat. Le maître d'ouvrage a alors saisi la garantie et attribué le contrat au deuxième soumissionnaire le plus offrant. Comme l'erreur commise en l'occurrence était une erreur de calcul non évidente à première vue, le tribunal a statué que la soumission ne pouvait être retirée. Rappelons cependant que beaucoup de dossiers d'appel d'offres permettent aux soumissionnaires de retirer leur offre à tout moment jusqu'à la clôture de l'appel d'offres. En pareil cas, un soumissionnaire qui constate avoir commis une erreur, manifeste ou non, peut retirer sa soumission sans pénalité jusqu'à la clôture de l'appel d'offres.

DÉFAUT DE SE CONFORMER AU DOSSIER D'APPEL D'OFFRES

Le dossier d'appels d'offres exige souvent du soumissionnaire gagnant qu'il exécute le contrat de construction et fournisse des attestations de garanties et d'assurance dans une certaine période à compter du moment où il est avisé par le maître d'ouvrage qu'il a remporté le marché.

Dans l'affaire *Vaughan c. Alta Surety*³, le maître d'oeuvre a constaté, après avoir remporté le marché, qu'il avait omis d'intégrer le prix d'un système d'extinction automatique à son devis. Il a entrepris des négociations avec le maître d'ouvrage après la période de deux semaines stipulée pour l'exécution du contrat après l'adjudication du marché. Le maître d'ouvrage a alors choisi le deuxième soumissionnaire le plus offrant. Le plus bas soumissionnaire a finalement convenu d'exécuter les travaux au prix proposé dans sa soumission initiale. Le maître d'ouvrage a refusé et a saisi la garantie de soumission. Le tribunal a conclu que la position du maître d'ouvrage était justifiée en l'occurrence étant donné que le maître d'oeuvre avait failli à son obligation d'exécution au cours de la période fixée pour les travaux dans le dossier d'appel d'offres.

ÉTABLISSEMENT ET DÉLIVRANCE DES GARANTIES

Dans l'affaire *Paul D'Aoust Construction c. Markel Insurance*⁴, l'entrepreneur principal D'Aoust, qui agissait en l'occurrence pour le maître d'ouvrage, a conclu avec un sous-traitant un contrat exigeant que ce dernier produise une garantie. Cette dernière a bel et bien été établie par la caution mais n'a pas été remise à D'Aoust avant que le sous-traitant ne faillisse à ses obligations. Le recours que D'Aoust a par la suite engagé contre la caution a été rejeté pour non-délivrance de la garantie.

La situation inverse s'est produite dans l'affaire *Helm c. Simcoe & Erie*⁵. Dans ce cas, on a jugé que le défaut du maître d'oeuvre de signer la garantie et de la remettre au maître d'ouvrage engageait la responsabilité de la caution.

Je suis d'avis que la décision rendue en l'affaire D'Aoust est juste et qu'elle doit être privilégiée car le tribunal a tenu compte de l'affaire Helm et de plusieurs autres causes pour établir que la responsabilité de la caution n'est engagée que si la garantie a dûment été signée et délivrée à l'obligataire. Il importe de faire observer que, dans l'affaire D'Aoust, la preuve suggérait fortement que l'entrepreneur n'avait pas délivré la garantie par crainte d'assumer certaines obligations légales inhérentes à la signature et à la délivrance de la garantie.

CALCUL DES DOMMAGES-INTÉRÊTS EN CAS DE REFUS D'EXÉCUTION DE L'ADJUDICATAIRE

En l'absence de stipulations contrares dans le dossier d'appel d'offres, le maître d'ouvrage a droit à des dommages-intérêts correspondant à la différence entre la soumission de l'entrepreneur le moins disant et la deuxième soumission la moins élevée en cas de refus de l'adjudicataire d'exécuter le contrat après se l'être vu octroyer. Cette différence peut être supérieure ou inférieure au montant de la garantie de soumission de l'entrepreneur.

Plusieurs dossiers d'appel d'offres stipulent que le maître d'ouvrage et le maître d'oeuvre conviennent que la valeur de la garantie de soumission correspond au montant des dommages que le maître d'ouvrage subirait en cas de défaut de l'entrepreneur d'exécuter les travaux. Une telle clause s'est révélée défavorable au maître d'ouvrage en l'affaire *Town of Mulgrave c. D.J. Love*⁶, dans laquelle une garantie de soumission équivalant à 10 % du prix proposé avait été donnée. La différence entre la soumission la moins élevée et la deuxième moins élevée était sensiblement supérieure à 10 %. Le maître d'ouvrage a saisi la garantie et infructueusement tenté d'obtenir la différence par le biais d'une poursuite contre l'entrepreneur. Le tribunal a statué que, sur la base du libellé du dossier d'appel d'offres, les parties avaient convenu que les dommages-intérêts éventuels correspondaient à 10 % du prix proposé par le maître d'oeuvre. Le maître d'ouvrage n'a donc pu poursuivre l'entrepreneur pour le montant réel des dommages subis.

CLAUSES DE RÈGLEMENT APRÈS RÉMUNÉRATION

Certains contrats de sous-traitance comportent une clause de «règlement après rémunération» stipulant que le maître d'oeuvre n'est tenu de payer un sous-traitant que lorsqu'il a lui-même été rémunéré par le maître d'ouvrage. Le contrat de sous-traitance visé par l'affaire *Arnoldin Construction c. Alta Surety*⁷ comportait une telle clause, dont l'effet a été de priver un sous-traitant d'un recours afférent à une garantie de main-d'oeuvre et de paiement des matières premières.

Cette décision a été annulée en appel, et la caution a été tenue responsable aux termes de la garantie. Les clauses de «règlement après rémunération» sont néanmoins courantes, et la caution bénéficierait d'une défense valable si un tribunal confirmait le bien-fondé d'une telle clause comme dans la décision avec avis minoritaire rendue par la Cour d'appel de l'Ontario en l'affaire *Timbro Developments Limited c. Grimsby Diesel Motors Inc.*⁸, dont la Cour Suprême du Canada n'a pas autorisé l'appel.

QUI PEUT ÊTRE INDEMNISÉ AUX TERMES D'UNE GARANTIE DE MAIN-D'OEUVRE ET DE PAIEMENT DES MATIÈRES PREMIÈRES

Le libellé de la plupart des garanties de main-d'oeuvre et de paiement des matières premières limite ces réclamations aux personnes liées par contrat avec la partie principale. Ce qui comprend les ingénieurs-conseils comme on l'a vu dans l'affaire *Campbell Comecu Engineering Services c. Alta Surety*⁹, où l'expert-conseil assurait des services techniques au maître d'oeuvre qui avait produit la garantie. Il est cependant probable qu'une telle action aurait été infructueuse dans le contexte plus classique où le maître d'ouvrage — et non l'entrepreneur — retient les services de la société d'ingénierie.

Dans l'affaire *Western Incorporated Electric c. Laurentian*¹⁰, un sous-traitant qui avait eu gain de cause contre le maître d'oeuvre, mais sans réussir à recouvrer les sommes réclamées, a été autorisé à engager une poursuite contre la caution. Ainsi, la caution ne peut soutenir que le requérant est tenu d'exercer un choix irrévocable quant à la partie qu'il poursuit, à savoir le maître d'oeuvre ou la caution.

DROITS ET OBLIGATIONS RATTACHÉS AUX GARANTIES DE MAIN-D'OEUVRE ET DE PAIEMENT DES MATIÈRES PREMIÈRES

La caution ne peut exiger que les requérants qui engagent une action relative à une garantie de main-d'oeuvre et de paiement des matières premières prennent d'abord d'autres mesures, comme l'exercice de droits de rétention, avant de se retourner contre elle (cf. *Citadel Assurance c. Johns-Manville*¹¹).

Toutefois, la caution qui indemnise des requérants peut ensuite exercer les droits de rétention de ces derniers, comme dans *EC&M Electric c. Medicine Hat General*¹².

CHANGEMENTS TOUCHANT LES TRAVAUX

Lorsque les travaux sont modifiés sans être portés à sa connaissance ni soumis à son approbation, la caution n'est pas pour autant prémunie contre de futures poursuites si les changements sont apportés en conformité avec le contrat conclu entre le maître d'ouvrage et le maître d'oeuvre, comme en fait foi l'affaire *Fifty-Fifty Beatty c. Markwood Construction*¹³. Il s'agit en l'occurrence d'une question de degré car la plupart des contrats de construction prévoient la possibilité de changements et les mécanismes afférents. Lorsque les changements sont d'une telle ampleur

que les travaux diffèrent sensiblement de ceux dont la caution s'est portée garante, cette dernière est réputée lésée et dégagée de sa responsabilité. Ainsi, l'affaire *Roman Catholic Episcopal Corp. c. Canadian Surety*¹⁴ a établi le principe que la caution est libérée de ses obligations lorsque des changements importants sont apportés au contrat sans son approbation et qu'à l'inverse, sa responsabilité demeure entière lorsque les changements sont mineurs ou à son avantage.

PROLONGEMENT DU DÉLAI D'EXÉCUTION

Comme pour les changements touchant les travaux, la caution est déchargée de ses obligations si le maître d'ouvrage prolonge la durée d'exécution des travaux sans solliciter son approbation et si ledit prolongement a pour effet de la léser. Il incombe alors à la caution de prouver le préjudice.

Dans la cause *Credit Heights c. U.S.F.G.*¹⁵, le maître d'oeuvre a conclu trois contrats de construction distincts, tous garantis par la même caution. Le dernier contrat a été prolongé de deux ans sans que la caution n'en soit informée, avant que le maître d'oeuvre ne devienne défaillant. La caution a dû supporter les coûts afférents à la rectification des défauts liés aux deux premiers contrats de même que les coûts supplémentaires associés à l'achèvement des travaux différés du troisième contrat. Le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas preuve de préjudice subi par la caution.

Comme il était à prévoir, il en a été tout autrement dans l'affaire *St. John's Metropolitan Board c. Vohey & Sons*¹⁶, dans laquelle un prolongement de quatre ans du contrat de construction a causé un préjudice réel à la caution.

Il importe de faire observer que, dans des contrats multiples garantis par une même caution, les fonds excédentaires provenant d'un contrat ne peuvent être réclamés par des sous-traitants relativement aux autres contrats, même si tous portent sur le même projet (cf. *Alberta Government Telephone c. Great Lakes Casualty*¹⁷).

MONTANTS PAYÉS EN TROP AU MAÎTRE D'OEUVRE

Lorsque le maître d'oeuvre se trouve en défaut d'exécution, la caution doit intervenir et assurer l'achèvement des travaux. En pareil cas, elle a droit à la rémunération restant à payer au maître d'oeuvre aux termes du contrat, de même qu'à toute somme à percevoir par ce dernier pour des travaux approuvés mais non encore payés. Quand l'entrepreneur a été payé en trop, il y a évidemment moins d'argent disponible pour la caution, qui est en l'occurrence lésée et dégagée de toute responsabilité à l'égard des actions pouvant être engagées relativement au défaut d'exécution. L'affaire *Nickle Investments c. Great American Insurance*¹⁸ illustre bien ce genre de situation. La caution n'était pas responsable quand le maître d'ouvrage, sachant que le maître d'oeuvre éprouvait des difficultés financières, a effectué son dernier paiement puis s'est tourné vers la caution pour corriger les malversations. En l'occurrence, le maître

d'ouvrage aurait dû retenir sur son dernier versement une somme suffisante pour corriger les défauts.

L'affaire *Town of Mulgrave c. Simcoe & Erie*¹⁹ a donné lieu à un scénario semblable. En l'occurrence, le tribunal a statué que la caution n'a pas été lésée par deux prolongements des délais d'exécution, mais plutôt par les paiements versés en trop à l'entrepreneur défaillant.

REMPACEMENT DE L'ARCHITECTE

Dans le dossier *Fifty-Fifty Beatty c. Markwood Construction*²⁰, le tribunal a estimé que la caution n'avait pas subi de préjudice du fait que le maître d'ouvrage avait remplacé l'architecte pendant la construction.

VERSEMENT TARDIF DES PAIEMENTS AU PRORATA DES TRAVAUX À L'ENTREPRENEUR

Il a également été statué en l'affaire *Fifty-Fifty Beatty c. Markwoods Construction*²¹ que le versement tardif de paiements au prorata des travaux en cours de construction ne constituait pas un préjudice.

DÉLAIS DE PRESCRIPTION

Les garanties de main-d'oeuvre et de paiement des matières stipulent normalement que les avis de réclamation doivent être signifiés dans un certain délai. En cas de retard, la caution fondera sa défense sur la limitation contractuelle. Pour sa part, le requérant invoquera les dispositions de la loi des assurances appropriées, qui prévoient une levée de la déchéance en cas de notification tardive. Sauf si le retard a causé un préjudice réel à la caution, la levée de déchéance est généralement accordée comme dans l'affaire *312630 B.C. Ltd. c. Alta Surety*²².

Le début de la période de notification est une autre facteur important. Dans l'affaire *Controls and Equipment Ltd. c. RAMCO*²³, l'entrepreneur en mécanique a donné une garantie de main-d'oeuvre et de paiement des matières assortie d'un délai de notification d'un an après l'achèvement des travaux par la partie principale. Le maître d'oeuvre est devenu défaillant mais un sous-traitant a poursuivi les travaux et déposé une réclamation plus d'un an après le défaut d'exécution de l'entrepreneur mais moins d'un an après avoir mené les travaux à terme. Le tribunal a statué que le délai de prescription ne débutait pas avant la fin des travaux par le sous-traitant même si le défaut du maître d'oeuvre remontait à une date antérieure. Le tribunal a logiquement estimé que le mandat du maître d'oeuvre (partie principale) englobait les travaux de l'ensemble de ses sous-traitants.

Les garanties d'exécution stipulent également qu'une action doit être engagée dans une période établie en fonction d'un événement précis tel que l'achèvement ou le quasi-achèvement des travaux ou la date d'exigibilité du dernier paiement à verser au maître d'oeuvre (partie principale). Le critère clé en l'occurrence est de savoir si un délai quelconque a porté préjudice à la caution. Au cas contraire, la défense est vouée à l'échec.

Dans l'affaire *Lunenbergh Home c. Duckworth*²⁴, les tribunaux ont tenu compte du

délai de prescription d'un an à compter de la date d'achèvement des travaux et ont statué que ledit délai n'avait jamais pris effet du fait que le maître d'oeuvre défaillant n'avait pas mené les travaux à terme. On est parvenu à une conclusion semblable dans la cause *Maidstore c. Loosemore Excavating*²⁵ en tenant compte cette fois d'un délai de prescription débutant à la date d'exigibilité ou de versement du dernier paiement au maître d'oeuvre. Comme ce dernier s'était placé en situation de défaut, le dernier versement n'est jamais devenu exigible ni n'a été versé, de sorte que le délai de prescription n'a jamais pris effet.

En fait, la défense de limitation contractuelle ne s'est jamais révélée efficace pour les cautions. S'il y a levée de la déchéance en l'absence de préjudice subi par la caution, il en est autrement lorsque le requérant ne se présente pas blanc comme neige devant le tribunal. En l'affaire *300201 Alberta Ltd. c. Western Surety*²⁶, un sous-traitant a tardivement engagé une action relative à une garantie de main-d'oeuvre et de paiement des matières et a demandé au tribunal de trancher en faveur d'une levée de la déchéance. Lors de l'instance, il a été établi que le sous-traitant et le maître d'oeuvre avaient en l'occurrence élaboré un stratagème frauduleux, et la requête a été rejetée.

Il importe de noter l'écart considérable qui sépare les voies de droit qu'on peut exercer à l'encontre d'une défense de limitation contractuelle. La levée de déchéance n'est accordée qu'en l'absence de préjudice. Par ailleurs, si le délai de prescription est réputé n'avoir jamais pris effet, l'existence d'un préjudice ne tient plus et la responsabilité de la caution peut toujours être mise en cause.

Il est à tout le moins ironique que les cautions se voient régulièrement nier la protection du délai de prescription alors qu'on considère par ailleurs souvent que leur responsabilité est engagée par ce même délai.

Dans l'affaire *Canadian Indemnity c. Numa*²⁷, le maître d'oeuvre a failli à ses obligations relativement à un contrat visé par une garantie de main-d'oeuvre et de paiement des matières. Un sous-traitant a déposé une réclamation après le délai de 120 jours stipulé dans la garantie et poursuivi la caution et le maître d'oeuvre. Par la suite, la caution a conclu une entente avec le sous-traitant à l'insu du maître d'oeuvre, puis a poursuivi ce dernier dans le dessein de recouvrer la somme versée au sous-traitant. Le tribunal a débouté la caution en invoquant le fait que, malgré la défense de limitation contractuelle soutenue à l'encontre de la réclamation du sous-traitant, elle avait de toute façon payé ledit sous-traitant.

AVIS DE DÉFAUT

Tant les garanties de main-d'oeuvre et de paiement des matières que les garanties d'exécution exigent que des avis de réclamation soient donnés. Dans le cas des garanties d'exécution, le maître d'oeuvre doit, le cas échéant, délivrer un avis de défaut à la caution. Cet avis est nécessaire pour que la caution puisse examiner la situation dans les meilleurs délais et prendre les mesures voulues pour assurer sa protection. La caution doit alors établir si le maître d'oeuvre est défaillant aux termes de la loi et, si tel est le cas, décider des moyens de corriger les défauts. En l'absence d'un tel avis explicite ou implicite, la caution dispose d'une défense solide en cas de réclamation.

La caution n'est pas protégée en cas d'inexécution « technique » de l'obligation de notification. Ainsi, dans l'affaire *Kraft Construction c. Guardian Insurance*²⁸, la garantie d'exécution stipulait que l'avis de défaut devait être délivré par courrier recommandé. Le requérant avait envoyé deux avis, l'un et l'autre par télex, indiquant qu'un nouveau sous-traitant serait engagé aux termes d'un contrat à prix coûtant majoré afin d'achever les travaux. Le tribunal a accueilli favorablement la réclamation et fait valoir que la notification par télex plutôt que par courrier recommandé constituait en l'occurrence un défaut « technique ». Le requérant a eu droit aux limites de la garantie et aux intérêts.

Si, plutôt que de transmettre un avis de défaut à la caution, l'obligataire engage un autre entrepreneur pour achever les travaux sans l'approbation de la caution, cette dernière est déchargée de toute responsabilité (cf. *Fraser Gate Apartments c. Western Surety*²⁹).

La communication d'un avis écrit n'est pas toujours nécessaire. Dans certains cas en effet, les tribunaux considèrent que les faits de la cause équivalent à une notification. Dans l'affaire *Petwa Canada c. Logan Stevens*³⁰, un sous-traitant qui avait produit une garantie de main-d'oeuvre et de paiement des matières a failli à ses obligations, étant incapable de payer une somme importante à un fournisseur de matériels. Ce dernier n'avait communiqué à la caution aucun avis de défaut écrit ou verbal, mais la caution savait, avant le défaut, que le fournisseur en question était le principal fournisseur de matériels dans le cadre du projet. En conséquence, la requête a été accueillie favorablement, la caution n'étant pas réputée avoir subi de préjudice.

RESPONSABILITÉ ENVERS LA CAUTION

Outre les droits qu'elle détient à l'égard des donneurs de garanties d'indemnisa-

tion qui sont tenus de la dédommager de toute somme payée à des requérants, la caution peut exercer des recours contre des tiers pour recouvrer ses pertes.

Dans l'affaire *City of Prince Albert c. Underwood McLellan*³¹, la paroi d'un réservoir s'est effondrée en cours de construction. Le tribunal a conclu que l'accident était imputable à une supervision négligente de l'ingénieur-conseil embauché par le maître d'ouvrage ainsi qu'à une construction également négligente du maître d'oeuvre. La caution a supporté les frais de la réclamation, puis a poursuivi l'ingénieur-conseil à la place du maître d'ouvrage.

CONCLUSION

Les cautionnements constituent un aspect important et souvent mal connu du processus de construction. Les cautions ou garanties sont en général le seul recours possible en cas de faillite ou de défaillance d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant. Toutefois, ce recours est souvent stérile car on ne se soucie guère de renseigner les cautions sur l'évolution des problèmes ni de leur communiquer des avis de défaut dans les délais prescrits.

Richard Row est un avocat de Toronto spécialisé en droit de la construction.

RÉFÉRENCES

- [1971], 3 O.R. 801 (H.C.)
- [1981], 1 S.C.R. 111
- (1990), 42 C.L.R. 305 (H.C. Ont.)
- (1996), 31 C.L.R. (2d) 180 (Div. gén. Cour de l'Ontario)
- (1979), 108 D.L.R. (3d) 8 (C.A. Alb.)
- [1995], N.S.J. No 199 (C.S. N.-É.)
- (1994), 13 C.L.R. (2d) 307 (C.S. N.-É.)
- (1988), 32 C.L.R. 32
- (1997), 34 C.L.R. (2d) 305 (C.A. N.-É.)
- (1993), 8 C.L.R. (2d) 13 (C.S. C.-B.)
- [1983], 1 S.C.R. 513
- (1987), 35 D.L.R. (4e) 80 (Alb. Q.B.)
- (1987), 26 C.L.R. 193 (C.S. C.-B.) conf.en appel
- [1937], S.C.R. 1
- [1987], O.J. No 95 (H.C. Ont.)
- (1991), 92 Nfld. & P.E.I. R. 147 (C.A.T.-N.)
- [1983], 1 S.C.R. 513
- [1974], I.L.R. P.1-607 (H.C. Ont.)
- (1977), 73 D.L.R. (3d) 272 (C.A. N.-É.)
- Cf. référence 13.
- Ibid.
- [1995], 10 W.W.R. 100 (C.A. C.-B.)
- (1998), 200 N.B.R. (2d) 280 (Q.B.)
- (1973), 33 D.L.R. (3d) 711 (S.C.I. N.-É.)
- Décision non publiée Div. gén. Cour de l'Ontario 1997, doss. 97-GO-39578 (Wind-sor)
- (1989), 65 Alta L.R. (2d) 286 (C. A.)
- (1991), 36 C.L.R. 315 (C. S. C.-B.)
- (1984), 57 A.R. 118 (Q.B.)
- (1995), 21 C.L.R. (2d) 286 (C.S. C.-B.)
- [1993], S.J. No 100 (C.A.)
- [1969], S.C.R. 305

Le **Bulletin Revay** est publié par Revay et Associés limitée, société mère de Wagner, Daigle, Revay Itée, deux firmes de conseillers du secteur de la construction et de spécialistes des réclamations du même domaine. Au service des entrepreneurs et des donneurs d'ouvrages, ces firmes ont comme objectif d'aider ces partenaires à réaliser des projets profitables et exempts de conflits. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source. Vos observations et suggestions pour les prochains articles sont bienvenues.

Les bureaux de Wagner, Daigle, Revay Itée :
4333, rue Ste-Catherine Ouest, bureau 500
MONTRÉAL (Québec) H3Z 1P9
Téléphone : (514) 932-9596
Télécopieur : (514) 939-0776

Affiliée à
Revay et Associés limitée
Siège social:
MONTRÉAL : (514) 932-2188
revay@dsuper.net
<http://www.revay.com>

S.V.P. nous aviser de tout changement d'adresse ou de destinataire.