

Rapport du Groupe d'experts sur l'hypothèque légale de la construction

Présenté au ministère de la Justice du Québec

Avril 2021



© Chambre des notaires du Québec, 2021

101-2405, rue Stanley

Montréal QC H3A 2V4

Tél. : 514-879-1793 / 1-800-263-1793

Télec. : 514-879-1923

www.cnq.org

Toute reproduction d'une partie quelconque de ce document par quelque procédé que ce soit est strictement interdite sans l'autorisation écrite de l'auteur.

L'utilisation du genre masculin a été adoptée afin de faciliter la lecture et n'a aucune intention discriminatoire.

Rédaction : M^e Catherine Boily, notaire, Relations institutionnelles en collaboration avec M^e Antoine Fafard, notaire, Relations institutionnelles.

Dépôt légal : 2^e trimestre 2021

Bibliothèque et Archives nationales du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

ISBN 978-2-924887-53-0 (PDF)

Avant-propos

Des problématiques quant à l'application des hypothèques légales de la construction sont depuis longtemps soulevées tant par les tribunaux, les auteurs que les parties prenantes. Ces problématiques semblent découler du fait qu'une analyse en profondeur n'a jamais été réalisée dans le cadre d'une réforme du droit commun, autant lors de la création du *Code civil du Bas-Canada*¹ que lors de la création du *Code civil du Québec*². Elles touchent l'ensemble des parties prenantes, notamment les notaires dans le cadre d'une transaction immobilière.

La Chambre des notaires a mandaté un groupe d'experts notaires afin d'obtenir des recommandations lui permettant d'adopter des orientations claires en regard de l'hypothèque légale de la construction qui se situe au cœur de la pratique notariale et dont les problématiques en découlant constituent une menace pour la protection du public et la sécurité économique des consommateurs. L'adoption de ces orientations permettra à la Chambre des notaires de jouer un rôle de leader dans ce dossier et de collaborer de près avec le législateur afin d'assurer une meilleure protection des consommateurs dans le domaine de la construction au Québec.

Dans le cadre de la réalisation du présent rapport, le groupe d'experts a voulu prendre le pouls du marché en consultant plusieurs organismes qui représentent les différents acteurs du marché de l'immobilier, le tout afin d'établir concrètement comment est utilisée l'hypothèque légale de la construction et d'identifier les problématiques qui découlent de cette utilisation. Les organismes suivants ont été consultés :

- Association provinciale des professionnels de la construction et de l'habitation du Québec (APCHQ);
- Association de la construction du Québec (ACQ);
- Association des consommateurs pour la qualité dans la construction (ACQC);
- Barreau du Québec;

¹ *Archibald c. Maher*, [1921] 61 R.C.S. 465.

² Denise PRATTE, « La réalisation des hypothèques légales de la construction » (1994) 97 R. du N. 52.

- Banque Nationale;
- Mouvement Desjardins;
- Option consommateurs;
- Régie du bâtiment du Québec (RBQ);
- Regroupement des gestionnaires et copropriétaires du Québec (RGCCQ).

À la lumière des commentaires formulés par ces différents organismes invités et de ceux des membres du groupe d'experts mis sur pied par la Chambre des notaires, le présent rapport identifie plusieurs problématiques importantes concernant l'hypothèque légale de la construction. Pour chacune de ces problématiques, une ou des recommandations sont proposées, le tout dans l'objectif de modifier le cadre législatif actuel afin d'assurer une meilleure protection du public.

Le groupe d'experts est composé des notaires suivants :

- M^e Stéphanie Argouin, notaire;
- M^e Isabelle Couturier, notaire;
- M^e Kevin Houle, notaire;
- M^e Benoit Prud'Homme, notaire;
- M^e François Sylvestre, notaire;
- M^e Catherine Boily, notaire aux relations institutionnelles à la Chambre des notaires du Québec;
- Avec la collaboration de M^e Marc Boudreault, notaire émérite.

Table des matières

Introduction	6
L'évolution de l'hypothèque légale de la construction au Québec.....	9
Privilège de construction	9
<i>La réforme du Code civil du Québec : un privilège maintenu malgré tout</i>	9
Des ajustements nécessaires pour protéger les parties les plus vulnérables	10
<i>Le cas de l'acheteur qui n'est pas encore propriétaire</i>	11
<i>Les mesures prévues à la loi afin de protéger le propriétaire et l'acheteur</i>	15
<i>Les mesures de protection conventionnelles</i>	16
<i>Recherche de l'équilibre entre les parties</i>	18
Sommaire des recommandations	20
Le fournisseur d'un fournisseur de matériaux ou d'un sous-traitant	23
L'avantage de l'ouvrier : une nécessité ?	24
Protéger la résidence principale	27
Une date de « naissance » qui doit être certaine et connue des tiers	29
La fin des travaux : une véritable problématique pour le tiers acquéreur	33
Obligation de renseignement auprès de l'acheteur : le contrat préliminaire	36
Une retenue obligatoire pour la protection de l'acheteur	38
Un cautionnement obligatoire par l'entrepreneur général.....	40
Des délais de paiement plus rapides.....	42
Un tribunal spécialisé en matière d'habitation résidentielle	44
Une plus-value relative codifiée	46
Quelques mots sur l'assurance-titres	47
Conclusion.....	48

Introduction

L'hypothèque légale de la construction est, en droit, un outil servant à garantir le paiement des créances des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble³. Juridiquement, elle est ainsi une mesure de protection exceptionnelle qui est accordée à un groupe restreint de bénéficiaires énumérés au *Code civil du Québec*, lequel groupe est ainsi privilégié par rapport aux autres acteurs de l'économie québécoise qui fournissent des services ou vendent des biens.

Toutefois, tirant avantage de cet outil juridique, le milieu de la construction décrit autrement cette hypothèque légale. Elle devient ainsi un des « recours » les plus puissants de cette industrie⁴, un outil redoutable et efficace qui vise à garantir le paiement des sommes dues⁵, ou même un moyen pour faciliter la négociation d'une entente au profit de celui qui en bénéficie, lorsqu'un litige survient concernant des travaux effectués⁶. L'hypothèque légale de la construction est donc très populaire parmi les personnes œuvrant dans le milieu de la construction ou de la rénovation. Les chiffres sont évocateurs : il se publie environ 3 000 avis de conservation de cette hypothèque par année au registre foncier⁷.

Cet avantage pour certains peut toutefois se traduire en un risque important pour d'autres. En effet, cette hypothèque peut causer un préjudice grave aux propriétaires fonciers qui pourraient notamment devoir payer, deux fois plutôt qu'une, la facture des travaux de construction ou de rénovation effectués sur leurs propriétés ou même voir celles-ci se vendre sous contrôle de justice ou prises en paiement.

Sans nier l'importance de sécuriser la plus-value que les travaux des acteurs de la construction et de la rénovation au Québec apportent à l'immeuble, l'hypothèque légale

³ *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 2724(2), 2726 et 2727.

⁴ Voir : FORMATION CONSTRUCTION, *L'entrepreneur et l'hypothèque légale*, 22 septembre 2017, en ligne : <https://formationconstruction.com/article/lentrepreneur-lhypothèque-legale/> (consulté le 16 avril 2021).

⁵ Voir : ASSOCIATION PATRONALE DES ENTREPRISES EN CONSTRUCTION DU QUÉBEC (APEQC), *L'hypothèque légale de la construction*, en ligne : <https://apeqc.org/lhypothèque-legale/> (consulté le 16 avril 2021).

⁶ Selon l'information récoltée par le groupe de travail lors des rencontres avec les intervenants de l'industrie.

⁷ ASSOCIATION DES CONSOMMATEURS POUR LA QUALITÉ DANS LA CONSTRUCTION, « Analyse de données sur l'hypothèque légale de la construction pour la période du 1^{er} janvier 2015 au 30 novembre 2020 », mars 2021, en ligne : https://acqc.ca/sites/default/files/pdf/analyse_de_lacqc_des_donnees_sur_lhypothèque_legale_de_la_construction_v2021-03.pdf (Document transmis au Groupe de travail par l'ACQC / consulté le 16 avril 2021).

de la construction peut facilement devenir la source d'abus. Bien qu'un bénéficiaire d'une hypothèque légale doive exercer ses droits conformément aux exigences de la bonne foi⁸, l'abus de droit fut malheureusement maintes fois constaté. À titre d'exemple récent, notons le cas d'un entrepreneur qui a publié un avis d'hypothèque légale de plus de 76 000 \$ pour une créance de 6 500 \$⁹ ou bien celui qui a publié, sans droit, un avis d'hypothèque légale pour un dépassement de coûts non justifié et lié à sa mauvaise gestion.

Pour le propriétaire, l'inscription d'un avis d'hypothèque légale de la construction se traduit malheureusement par une limitation de sa capacité d'emprunt et vient créer un obstacle à sa capacité d'aliéner sa propriété. Ces situations fâcheuses seront maintenues jusqu'au paiement de la somme réclamée ou jusqu'à ce qu'une décision sur la validité et sur le montant de l'hypothèque légale de la construction soit rendue par un tribunal, ce qui risque malheureusement de prendre plusieurs mois sinon des années¹⁰.

De plus, le droit actuel en matière d'hypothèque légale de la construction est ainsi fait que les conditions d'ouverture à cette hypothèque sont les mêmes pour les constructions commerciales et résidentielles, pour les occupants-propriétaires et les investisseurs, pour les chantiers de plusieurs millions de dollars et les contrats de rénovation de quelques milliers de dollars seulement. Toutefois, la réalité pour ces différents acteurs est totalement différente : un déséquilibre des forces existe lorsque, par exemple, on est en présence d'un propriétaire novice dans le monde complexe de la construction, d'une part, et d'un professionnel du domaine de la construction expert de son domaine, d'autre part.

Le caractère occulte de l'hypothèque légale de la construction cause aussi de sérieux problèmes en pratique, surtout pour le tiers acquéreur. En effet, cette hypothèque

⁸ 2436-7427 *Québec inc. c. Constructions Osmat inc.*, 2016 QCCS 2327 (CanLII) ; *Bochi c. 9115-7289 Québec inc.*, 2016 QCCS 2459 (CanLII) ; 9248-7511 *Québec inc. c. Boucher*, 2016 QCCS 5099 (CanLII).

⁹ *Groupe 2B Innov. inc. c. Entreprises Go Habitations inc.*, 2020 QCCQ 103 (CanLII).

¹⁰ HRTSCHAN, Ricardo. « Hypothèques de la construction: protection légale ou abus de droit? ». *HuffingtonPost Québec*, 3 décembre 2014, en ligne : https://quebec.huffingtonpost.ca/ricardo-hrtschan/construction-hypotheques-protection-legale-ou-abus-de-droit_b_4934527.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2x1LmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAALIEG-q1FbalNn-gYyh5yc4NLeYhIkSnBIhgX-BIGi1X9R53fdlhubmoKLzHG3e0xfNJJghmHO1GjiQ1oFDWVHDAI6-ub9JbNYrH4mQ7JY5RhzyItz8bLtVrrQoGP5Qrsli70uEv3vDnzOq23AkSNF2qI2c-jF-3BvjilpOjn7E (consulté le 16 avril 2021).

immobilière est la seule qui prend naissance sans aucune formalité de publicité, empêchant ainsi d'identifier avec certitude les bénéficiaires actuels ou éventuels d'une telle hypothèque de même que le montant de leurs créances garanties. Si l'on ne peut remédier à cette problématique, un tiers acquéreur ne pourra jamais obtenir la certitude qu'il acquiert un immeuble libre de toutes charges, une situation qui constitue une menace à la protection du public et à la sécurité des titres fonciers au Québec.

Considérant que l'état de droit au Québec est fondé sur des valeurs d'équité, les recommandations qui sont présentées dans le présent rapport visent l'atteinte d'un équilibre entre les droits et privilèges des uns et les conséquences que l'hypothèque légale peut avoir sur les autres. Le groupe d'experts est persuadé qu'en prenant les actions nécessaires, le législateur pourra protéger le propriétaire de manière équitable tout en maintenant la protection des créances des participants à la construction ou à la rénovation d'un immeuble.

L'évolution de l'hypothèque légale de la construction au Québec

Avant d'aborder les différents thèmes de notre analyse, un bref retour en arrière est nécessaire afin de bien comprendre d'où provient l'hypothèque légale de la construction et quelles furent les raisons à l'origine de son introduction au *Code civil du Québec*.

Privilège de construction

En 1866, le législateur instituait au *Code civil du Bas-Canada* les « privilèges de construction » sur les immeubles afin de protéger la créance du journalier, de l'ouvrier, du fournisseur de matériaux et du constructeur. On y prévoyait également un privilège pour les frais de labours et de semences, les droits seigneuriaux ainsi que les gages domestiques. On peut supposer qu'à cette époque, les gens qui fournissaient ces services étaient peu organisés et probablement démunis face à des employeurs ou « gens de commerce » aguerris, d'où la nécessité de rétablir l'équilibre des forces par une protection légale.

Le privilège sur les immeubles fut modifié à maintes reprises pour s'adapter aux réalités sociales et économiques de l'époque. Ces dispositions se stabilisèrent en 1916 « et malgré leurs imperfections et leurs subtiles ambiguïtés, elles survécurent jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* »¹¹. Il va sans dire que depuis 1916 le législateur est intervenu régulièrement pour renforcer et équilibrer les forces en place. L'adoption de lois en matière de travail, la création des organisations syndicales et patronales, les comités paritaires et la mise sur pied d'organismes gouvernementaux responsables des contrôles et de l'application des lois ont efficacement contribué à rétablir et maintenir l'équilibre des forces.

La réforme du Code civil du Québec : un privilège maintenu malgré tout

Dans le cadre de la réforme du *Code civil du Québec*, il a été proposé d'abolir ce privilège. Cette proposition était fondée sur ce constat : dans la société contemporaine, l'équité

¹¹ Jacques DESLAURIERS et Aurore BENADIBA, *Les sûretés au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 139, par. 413.

commande l'égalité entre les créanciers et le principe que les biens d'un débiteur forment le gage commun de ses créanciers devrait s'appliquer à l'industrie de la construction en laissant aux parties le soin de prévoir des sûretés conventionnelles.

Cette proposition a toutefois fait l'objet de vives protestations¹². Ainsi, alors même que l'on croyait à son abolition, le législateur a choisi de reconduire le privilège de la construction de l'ancien régime et de le cristalliser dans le véhicule de l'hypothèque légale¹³. En effet, cette hypothèque est créée par le seul effet de la loi, sans le consentement du propriétaire de l'immeuble et au bénéfice des personnes ayant participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble.

Le législateur a, par le fait même, introduit une garantie unique qui possède des attributs qu'aucune autre hypothèque légale ne détient. **Elle est la seule à prendre naissance de façon occulte; elle est la seule à ne pas prendre rang suivant la date de son inscription**¹⁴. Elle bénéficie d'un rang supérieur à toute autre hypothèque légale ou conventionnelle sur la partie du produit de vente de l'immeuble représentant la plus-value apportée à l'immeuble par les travaux de construction. Et finalement, elle a préséance, pour l'exercice d'un recours hypothécaire, sur tout autre créancier hypothécaire en raison de son rang prioritaire.

L'industrie de la construction s'est appropriée ce nouveau « privilège » depuis maintenant plus de 25 ans sans que le législateur ne vienne jamais modifier ou préciser sa portée en fonction de l'expérience « terrain » vécue par les différentes parties en présence, laissant le soin aux tribunaux d'intervenir lorsque des litiges surviennent.

Des ajustements nécessaires pour protéger les parties les plus vulnérables

L'hypothèque légale de la construction est une garantie applicable en immobilier peu importe le type de construction, son usage et le propriétaire en cause. Elle se trouve donc à garantir les créances des experts de la construction industrielle et commerciale, ainsi

¹² Jacques DESLAURIERS, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, par. 367.

¹³ D. PRATTE, préc., note 2, p. 56.

¹⁴ C.c.Q., art. 2952.

que celles de ceux participant aux projets de construction et rénovation d'un immeuble servant de résidence personnelle au donneur d'ouvrage¹⁵.

Dans ce contexte, les propriétaires occupants et les tiers acquéreurs sont particulièrement à risque de subir les conséquences néfastes et parfois désastreuses de l'inscription d'une hypothèque légale sur leur propriété. En d'autres mots, ces consommateurs se retrouvent trop souvent dans des situations où l'équilibre des forces en présence n'existe tout simplement pas.

Le cas de l'acheteur qui n'est pas encore propriétaire

Les créances des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble ne sont garanties par une hypothèque légale que dans la mesure où elles couvrent des travaux demandés par le propriétaire de l'immeuble ou des matériaux ou services fournis ou préparés pour ces travaux¹⁶. La notion d'autorisation des travaux par le propriétaire de l'immeuble est capitale et prend sa source dans la règle générale en matière hypothécaire voulant que le bien grevé doive appartenir au débiteur.

Or, dans plusieurs projets de construction « clé en main » ou dans des projets de copropriété, le propriétaire au moment de la construction n'est pas le « propriétaire ultime » de l'unité privative ou de la maison achetée du promoteur. Les principes applicables à toute autre hypothèque légale pourraient nous laisser croire qu'un avis d'hypothèque publié après l'inscription des droits d'un nouvel acquéreur ne pourrait pas être opposable à ce dernier. Tel n'est cependant pas le cas en matière d'hypothèque légale de la construction.

En effet, cette hypothèque prend naissance dès la date de la signature du contrat pour les créanciers qui ont directement contracté avec le propriétaire de l'immeuble, et dès la date de dénonciation écrite de leur contrat au propriétaire pour les sous-traitants. L'hypothèque existe alors par elle-même pendant la durée des travaux et durant les

¹⁵ Selon l'ACQC, 38,8 % des avis d'hypothèque légale de la construction publiés au registre foncier concernent un immeuble appartenant à un consommateur en habitation, dont 22 % sur une propriété unifamiliale.

¹⁶ Guy DELISLE, « L'existence "occulte" de l'hypothèque légale de la construction » (2007) 1 *C.P. du N.* 129-156, p. 134.

30 jours qui suivent la fin de ceux-ci¹⁷, et ce, malgré un changement de propriétaire avant la fin des travaux¹⁸.

À titre d'illustration, soulignons qu'en matière de copropriété divise, l'information obtenue lors des consultations par le groupe d'experts est à l'effet que certains entrepreneurs retardent les travaux à effectuer sur les parties communes pour allonger la « fin des travaux », le tout dans le but de préserver leur droit d'inscription d'une hypothèque légale de la construction plusieurs mois après l'achat d'une unité privative, la remise du prix d'achat au promoteur et la prise de possession de l'unité¹⁹. Ajoutons également que la publication de la déclaration de copropriété ne concorde jamais avec la fin des travaux. Un autre exemple serait la vente d'une résidence unifamiliale durant l'hiver, mais dont certains travaux ne peuvent être finalisés avant l'arrivée du printemps. Encore une fois, le nouveau propriétaire pourrait voir un intervenant au projet de construction inscrire un avis d'hypothèque durant cette période précédant la fin de tous les travaux entrepris.

Les conséquences pour l'acheteur peuvent être graves : il peut voir son immeuble grevé d'une hypothèque légale d'un participant à la construction pour une créance qu'il n'a pas contractée lui-même, et ainsi risquer de devoir acquitter les dettes de l'entrepreneur ou du vendeur qui se trouve en défaut de paiement à l'égard de ses créanciers de la construction.

Nous pourrions croire que l'intervention du notaire lors de l'achat d'une propriété ayant fait l'objet de travaux de construction ou de rénovation permettrait à l'acheteur d'être dûment protégé contre le risque d'hypothèque légale de la construction. Toutefois, le cadre législatif actuel fait en sorte que, malgré les vérifications du notaire au registre foncier et les dénonciations de contrat effectuées au vendeur, l'acquéreur et son notaire seront rarement en mesure de connaître l'étendue des contrats non payés avec le risque qu'une hypothèque légale soit inscrite contre la propriété après son acquisition (il ne faut

¹⁷ C.c.Q., art. 2727.

¹⁸ Dans la majorité des transactions d'acquisition d'un immeuble d'un constructeur, les travaux ne seront terminés qu'après l'achat.

¹⁹ Il existe qu'une seule fin de travaux pour l'ensemble d'un projet de construction. Voir la section : « La fin des travaux : une véritable problématique pour le tiers acquéreur », supra, p. 33.

pas oublier que l'hypothèque légale de la construction n'a pas besoin d'être publiée pour être opposable aux tiers).

En effet, ce n'est qu'à l'expiration du trentième jour suivant la fin des travaux qu'il sera possible d'identifier de façon certaine toutes les personnes qui détiennent une hypothèque légale de la construction sur l'immeuble et le montant de leurs créances. Jusqu'à cette date, le seul moyen d'être informé de l'existence possible de telles hypothèques consiste donc, actuellement, à : 1) vérifier si les propriétaires, actuels ou antérieurs d'un immeuble ou leurs mandataires, ont pu avoir signé des contrats pour des travaux de construction ou de rénovation qui n'auraient pas été intégralement complétés depuis plus de trente jours et, le cas échéant, si ces derniers ont payés ou non les personnes avec qui ils ont directement contractés; 2) vérifier si les propriétaires actuels ou antérieurs ou leurs mandataires ont reçu des dénonciations pour l'exécution de travaux ou la fourniture de matériaux par des sous-traitants et si ces derniers ont été payés ou non ; 3) vérifier si un ou des entrepreneurs généraux chargés par le propriétaire d'exécuter des travaux ont eux-mêmes contracté avec des personnes, y compris des ouvriers, pour l'exécution de travaux ou la fourniture de matériaux et, le cas échéant, s'assurer que les propriétaires ou leurs mandataires n'auraient pas omis de mentionner un sous-traitant de l'entrepreneur qui aurait bien dénoncé son contrat et, si oui, qu'un tel sous-traitant de même que les ouvriers engagés par l'entrepreneur, qui ne sont pas soumis à une dénonciation, ont été payés; 4) vérifier si des sous-entrepreneurs chargés d'exécuter des travaux ont eux-mêmes contracté avec des personnes, y compris des ouvriers, pour l'exécution de travaux ou la fourniture de matériaux et, le cas échéant, s'assurer que les propriétaires ou leurs mandataires n'auraient pas omis de mentionner un sous-traitant d'un sous-entrepreneur qui aurait bien dénoncé son contrat et, si oui, qu'un tel sous-traitant de même que les ouvriers engagés par un sous-entrepreneur ont été payés; et 5) se faire certifier, soit par l'architecte ou l'ingénieur impliqué ou sinon par le propriétaire ou/et l'entrepreneur, le détail des travaux prévus et obtenir une confirmation que tous ces travaux ont été intégralement exécutés ou, à défaut, une liste des travaux qui n'ont pas encore été complétés et qui demeurent susceptibles de donner ouverture à une hypothèque légale de la construction.

Quant au montant des hypothèques pouvant affecter l'immeuble, il pourra souvent s'avérer fort difficile de s'en assurer puisqu'en vertu de l'article 2667 C.c.Q., on accepte que l'hypothèque légale de la construction puisse couvrir les coûts liés à des extras ou à des changements sans nécessité de nouvelle dénonciation si un contrat a été rédigé en ce sens, ainsi que les intérêts et les frais qui seront également couverts suivant les règles générales applicables à toutes les hypothèques.

En définitive, on constate donc l'absence de mesures d'information qui permettraient aux tiers d'une part, d'être avisés de l'existence d'un projet de construction sur un immeuble avant même qu'une hypothèque légale de la construction ne puisse naître et, d'autre part, d'identifier les personnes qui pourraient avoir droit à une telle hypothèque sans avoir à rechercher ces informations auprès des propriétaires, entrepreneurs et sous entrepreneurs impliqués.

L'absence de toute mesure d'information préalable adéquate fait en sorte qu'actuellement la protection des tiers repose essentiellement sur une mesure de conservation de l'hypothèque dont l'élément clé est la fin des travaux, laquelle intervient beaucoup trop tardivement et demeure elle-même difficile à déterminer puisqu'elle repose sur des questions de faits, telles l'exécution, la suspension ou l'abandon des travaux, qui ne sont pas toujours faciles à établir de façon certaine.

Quelles sont alors les mesures qui s'offrent à l'acheteur pour bien se protéger ? Celles-ci sont-elles adéquates et suffisantes ?

Nous souhaitons d'ores et déjà exclure l'idée d'interdire l'achat d'une propriété avant la fin des travaux de construction. La raison est simple : dans le domaine de la construction, le financement des entrepreneurs provient très souvent du prix d'achat des acheteurs. Il s'agit d'une particularité qu'on ne voit pas dans les autres sphères commerciales mais qui, somme toute, est nécessaire à l'avancement des travaux et qui est très bien implantée dans le domaine. Ainsi, selon l'Association de la construction du Québec, dans les années 1990, les entrepreneurs se finançaient sur les intérêts des sommes conservées (le taux d'intérêt se situait en moyenne entre 8 % et 9 %). Aujourd'hui, les

bas taux d'intérêt ne permettent pas ce surplus, obligeant les entrepreneurs à exiger des acomptes et à utiliser le prix de vente pour payer les sous-traitants.

Les mesures prévues à la loi afin de protéger le propriétaire et l'acheteur

Le propriétaire peut trouver certaines protections dans la Loi. Tout d'abord, pour bénéficier de l'hypothèque légale, toutes les conditions cumulatives des différentes lois doivent être remplies. Ainsi, si les conditions d'existence et de conservation ne sont pas respectées, le propriétaire peut demander au tribunal la radiation de l'hypothèque. Par exemple, la *Loi sur le bâtiment* demande que les entrepreneurs détiennent les licences prescrites par cette loi, sous peine de radiation de leur hypothèque si le propriétaire ignorait un tel défaut de leur part²⁰.

Le *Code civil du Québec* prévoit aussi une dénonciation écrite obligatoire au propriétaire pour les personnes n'ayant pas contracté eux-mêmes avec le propriétaire, sauf pour l'ouvrier. Un droit de rétention est alors prévu par le législateur afin de permettre au propriétaire de retenir une somme suffisante pour acquitter les créances des personnes ayant dénoncées leurs contrats, jusqu'à la réception d'une quittance à moins que l'entrepreneur ait fourni une sûreté suffisante garantissant le paiement de ces créances²¹. Finalement, le propriétaire peut aussi demander au tribunal la radiation de l'hypothèque en lui substituant une autre sûreté suffisante pour en garantir le paiement²².

Toutefois, la réalité nous démontre que ces mesures de protection ne sont malheureusement pas suffisantes pour éviter au propriétaire d'être pris en otage et, éventuellement, d'avoir à acquitter des créances qu'il n'a pas contractées. Quant à l'acheteur, le risque est encore plus grand. En effet, malgré l'intervention du notaire, il se peut que les moyens de protection ne lui soient pas accessibles puisque c'est le vendeur-constructeur, à titre de propriétaire au moment de la mise en chantier de l'immeuble, qui en bénéficiera. Il se peut aussi que l'accessibilité de ces protections soit diminuée en

²⁰ *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. Q-1, art. 50.

²¹ C.c.Q., art. 2123.

²² C.c.Q., art. 2731.

raison du coût élevé qu'elles comportent, notamment lorsqu'un recours devant le tribunal s'avère nécessaire.

Les mesures de protection conventionnelles

Les moyens légaux dont bénéficie actuellement le propriétaire pour se protéger contre les hypothèques légales de la construction n'offrent, somme toute, qu'une protection très sommaire²³. Le propriétaire avisé et son bailleur de fonds essayeront donc de se protéger autrement contre l'inscription d'hypothèques légales de la construction lorsqu'ils contractent avec un intervenant de la construction ou de la rénovation.

Un risque quasi nul pour les institutions financières

Des mesures de protection conventionnelles sont devenues incontournables pour les institutions financières, qui gèrent le risque d'hypothèque légale de la construction et de perte de leur rang hypothécaire. Pour ce faire, ces dernières imposent notamment des conditions de financement à tout projet de construction ou de rénovation. Les institutions financières rencontrées ont mentionné que ces conditions peuvent être différentes selon la réputation de l'entrepreneur, le montant prêté, le type de construction, etc. Les conditions les plus courantes sont :

- le déboursement progressif au fur et à mesure de l'avancement des travaux;
- la retenue de 15 % du montant du financement jusqu'à 35 jours après la fin des travaux;
- la prise en charge de la gestion des paiements aux sous-traitants; et
- l'exigence d'un cautionnement ou d'une assurance-titres.

En gérant ainsi leurs risques, les institutions financières rencontrées nous ont confirmé ne subir que très rarement des pertes financières.

²³ En deuxième partie du présent rapport, nous ferons la démonstration des limites de ces moyens de protection, tout en apportant des recommandations pour mieux protéger le public.

Les propriétaires professionnels du domaine de la construction protégés conventionnellement

Quant au propriétaire qui est un professionnel dans le domaine de construction ou de la rénovation immobilières, il connaît les tenants et aboutissants de l'industrie, les risques auxquels il s'expose et peut négocier d'égal à égal avec ses cocontractants, souvent en étant accompagné de son conseiller juridique. Un tel propriétaire est alors en mesure de négocier des clauses contractuelles comme une renonciation à l'hypothèque légale par ceux qui pourraient y avoir droit (art. 1691 C.c.Q.)²⁴, l'exigence d'un cautionnement pour garantir le paiement des sous-traitants et des fournisseurs de matériaux ou le droit de retenir des sommes aux conditions qu'il juge adéquates.

La vulnérabilité du propriétaire-occupant

Pour le propriétaire-occupant qui fait affaire avec des intervenants de la construction en matière résidentielle, par exemple pour des travaux de rénovation sur sa résidence principale ou bien pour la construction d'un chalet sur un terrain lui appartenant, le risque de se retrouver dans une situation fâcheuse est, à l'opposé, beaucoup plus grand. En effet, aucun moyen de protection ne pourra être inclus au contrat entre lui et l'entrepreneur à moins que ce dernier n'y consente. Au minimum, il serait souhaitable que le propriétaire se fasse confirmer le droit de retenir un pourcentage des sommes prévues jusqu'à un délai de 35 jours après la fin des travaux afin de lui permettre, à tout le moins dans une certaine mesure, de se protéger en conservant les fonds nécessaires pour acquitter les créances des intervenants qui auront inscrit un avis d'hypothèque légale.

Mais en pratique, le propriétaire contractera généralement qu'avec un entrepreneur général qui deviendra le maître d'œuvre et le gestionnaire financier du projet. Ce dernier n'acceptera pas qu'une retenue soit prévue au contrat, car il disposera rarement des liquidités suffisantes pour payer ses sous-traitants et fournisseurs de matériaux au fur et

²⁴ Il s'agit d'une renonciation expresse et précise au droit à l'hypothèque et non à la renonciation à la publication de ce droit, qui elle est interdite selon l'article 2936 C.c.Q.

à mesure de l'avancement des travaux. Il exigera donc du propriétaire des acomptes et n'acceptera pas de retenue²⁵.

De plus, n'oublions pas que le propriétaire-occupant n'est pas toujours au fait des moyens de protection qu'il pourrait demander. L'expérience de la pratique notariale nous enseigne que, dans la majorité des cas, les acheteurs de propriétés neuves ou rénovées ne sont pas au courant qu'une hypothèque légale de la construction peut possiblement grever leur immeuble. Le concept de « fin des travaux » leur est étranger, tout comme la possibilité de faire une retenue lorsqu'un contrat leur est dénoncé par un sous-traitant.

Recherche de l'équilibre entre les parties

Cette situation illustre bien l'inégalité des forces entre les parties en présence qui rend les acheteurs et les propriétaires-occupants vulnérables aux conséquences importantes qui peuvent découler de l'inscription d'une hypothèque légale sur un immeuble. Le législateur doit être sensible à cette réalité et avoir comme objectif de rétablir l'équilibre entre les droits et privilèges des uns et les impacts que l'hypothèque légale peut avoir sur les autres.

Une bonification des mesures de protection relativement aux hypothèques légales de la construction pour l'**acheteur** et le **propriétaire-occupant** est donc de première importance. Les recommandations présentées ci-après sont émises dans le but d'aider le législateur à atteindre cet objectif, le tout en minimisant l'impact que des changements législatifs pourraient avoir pour l'industrie de la construction et de la rénovation et, de façon plus générale, pour l'économie québécoise.

En outre, certaines recommandations visent à répondre à des difficultés vécues pour l'ensemble de l'industrie et d'autres s'appliquent peu importe les parties en présence. Le groupe d'experts espère notamment une meilleure identification des personnes qui détiennent une hypothèque légale de la construction et du montant des créances hypothécaires que ces dernières prétendent détenir sur l'immeuble en question.

²⁵ Ces informations sont tirées de l'entrevue du groupe d'experts avec l'APCHQ.

Il est à noter que les recommandations suivantes sont pour la plupart cumulatives et doivent être considérées comme un tout, sinon elles n'auront pas l'efficacité souhaitée afin de protéger le public.

Sommaire des recommandations

Aux termes du présent rapport, le groupe d'experts recommande ce qui suit :

1 *Reprendre l'exigence du Code civil du Bas-Canada en prévoyant l'obligation d'une relation contractuelle avec le propriétaire ou l'entrepreneur pour le fournisseur de matériaux.*

2 *Retirer l'ouvrier de l'article 2726 C.c.Q.*

3 *Pour la protection de la résidence principale en matière de construction et de rénovation, ajouter à l'article 700 C.p.c. une interdiction de saisie pour exécuter une créance garantie par une hypothèque légale de la construction de moins de 20 000 \$.*

4 *Modifier l'article 2728 C.c.Q. afin que l'hypothèque ne puisse prendre naissance et devenir opposable aux tiers qu'à compter de la publication d'un avis au registre foncier.*

Cette condition s'appliquera à toutes les personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble et qui désirent garantir leur créance.

5 *L'avis prévu à l'article 2728 C.c.Q. devra être attesté par un avocat ou un notaire et notifié au propriétaire et au débiteur de la créance garantie. Il devra inclure le nom et l'adresse des parties contractantes, la nature, le prix du contrat et, si cela apparaît encore approprié, l'intention du créancier de vouloir bénéficier d'une hypothèque légale ainsi que toute autre mention déterminée par le législateur.*

6 *Que la date limite d'inscription du nouvel avis d'hypothèque légale soit calculée à partir de l'arrivée de la première des dates suivantes :*

- *30 jours suivant la date de la publication d'un avis de préinscription d'un acte d'aliénation de l'immeuble à un tiers; ou*
- *30 jours suivant la date de la fin des travaux.*

7 *Prévoir à l'article 1786 C.c.Q. une habilitation réglementaire permettant au gouvernement de prévoir d'autres mentions obligatoires au contrat préliminaire afin de permettre au consommateur de mieux gérer le risque associé aux hypothèques légales de la construction.*

8 *Prévoir, en complément à l'article 1786 C.c.Q., que le vendeur doit obligatoirement déclarer les noms et coordonnées des personnes qui détiennent une hypothèque légale de la construction sur l'immeuble et la preuve que ces créanciers ont été payés pour les travaux effectués au moment de la déclaration OU, le cas échéant, indiquer les montants qui ne leur ont pas encore été payés ET pour les travaux à compléter et pour lesquels une hypothèque légale de la construction existe ou est susceptible d'exister, indiquer le coût de ces travaux.*

9 *Prévoir, en complément à l'article 1786 C.c.Q. une clause informative concernant le risque d'hypothèques légales de la construction.*

10 *Prévoir au Code civil du Québec, une retenue obligatoire, sans possibilité de renonciation par l'acheteur, qui devrait correspondre à un pourcentage minimal du prix d'achat fixé par la loi OU au montant total des factures impayées et du coût des travaux à compléter, à moins que le vendeur ne fournisse un cautionnement garantissant l'exécution et le paiement des travaux.*

- 11** *Que le gouvernement évalue la possibilité que l'émission d'un permis de construction par une ville soit conditionnelle au dépôt d'un cautionnement par l'entrepreneur général.*
- 12** *Que le gouvernement évalue la possibilité que la caution exigée par la Régie du bâtiment du Québec lors de l'émission de la licence à l'entrepreneur général couvre le non-paiement des créances des sous-traitants et des fournisseurs de matériaux en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur général.*
- 13** *À l'instar des autres provinces canadiennes, que le gouvernement adopte des mesures obligatoires concernant les paiements rapides dans le secteur privé de la construction.*
- 14** *Que le gouvernement étudie la possibilité de créer le Tribunal administratif de l'habitation pour entendre les demandes relatives aux droits des propriétaires immobiliers résidentiels lorsque notamment la somme demandée est inférieure à 85 000 \$.*
- 15** *Ajouter au Code civil du Québec une définition de la plus-value en y mentionnant qu'il s'agit de la plus-value relative.*

Le fournisseur d'un fournisseur de matériaux ou d'un sous-traitant

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, la Cour d'appel du Québec avait conclu que le fournisseur d'un fournisseur de matériaux ne pouvait pas bénéficier d'une hypothèque légale, invoquant le principe d'interprétation stricte des dispositions relatives aux privilèges qui exigeaient clairement une relation contractuelle avec le propriétaire ou le constructeur²⁶.

Or, l'article 2726 C.c.Q. ne reprend pas cette obligation de relation contractuelle. Toutefois, les commentaires du ministre de la Justice voulaient que l'article 2726 C.c.Q. touche les mêmes personnes que celles visées par les dispositions de l'ancien Code. Ainsi, l'exigence d'une participation directe à la construction ou à la rénovation d'un immeuble semblait nécessaire²⁷. Cependant, une décision de la Cour du Québec en 2007 est venue modifier la jurisprudence en octroyant à un sous-fournisseur de matériaux incorporés à l'immeuble, le droit de publier un avis d'hypothèque légale sur l'immeuble du propriétaire²⁸. Cette décision vient élargir le nombre de personnes pouvant bénéficier de l'hypothèque légale, accroît le risque pour un propriétaire d'assumer un double paiement d'une même créance et à l'entrepreneur d'être privé du remboursement d'une somme qu'il a déjà payée à son fournisseur.

En effet, en s'appuyant sur le jugement précité, le propriétaire qui aurait reçu la dénonciation du contrat de fourniture de matériaux du sous-fournisseur serait en droit de retenir une somme suffisante pour acquitter ce sous-fournisseur²⁹. Pour se protéger, il serait également en droit d'exiger une quittance de ce sous-fournisseur avant d'effectuer un paiement correspondant à l'entrepreneur général ou au sous-entrepreneur concerné. La difficulté vient donc du fait qu'on ajoute un intermédiaire, en l'occurrence un sous-fournisseur de matériaux, dans la « chaîne des paiements » avec le risque additionnel que le fournisseur n'ait pas payé son sous-fournisseur.

²⁶ *Russel Drummond c. Les Aciers Lévisiens inc.*, [1994] R.J.Q. 19 (C.A.).

²⁷ Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 4^e édition, Montréal, Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 2015, p. 234

²⁸ *Laurent Verreault c. Bousquet Technologies inc.*, 2007 QCCQ 7874 (CanLII).

²⁹ C.c.Q., art. 2123.

L'ajout au nombre des bénéficiaires de l'hypothèque légale d'un sous-fournisseur de matériaux est ainsi assorti d'un risque plus grand pour le propriétaire, l'entrepreneur général et les sous-entrepreneurs. Le législateur pourrait régler la situation en venant reprendre l'exigence de l'ancien Code civil en y prévoyant l'obligation d'une relation contractuelle avec le propriétaire ou l'entrepreneur. De cette façon, le propriétaire et les entrepreneurs seraient à même de connaître les personnes qui pourraient bénéficier d'une hypothèque légale.

Recommandation

- 1** *Reprendre l'exigence du Code civil du Bas-Canada en prévoyant l'obligation d'une relation contractuelle avec le propriétaire ou l'entrepreneur pour le fournisseur de matériaux.*

L'avantage de l'ouvrier : une nécessité ?

Considérant que l'ouvrier n'a pas à dénoncer son contrat de travail au propriétaire avant d'entamer les travaux, il détient un avantage important. Il peut ainsi publier un avis d'hypothèque légale sans dénonciation afin de garantir le paiement de son salaire par son employeur.

En voulant donner un avantage à l'ouvrier, le législateur a toutefois ouvert la porte à l'impossibilité pour le propriétaire de gérer son risque. En effet, l'hypothèque légale est occulte jusqu'à 30 jours de la fin des travaux. En obligeant la dénonciation, le législateur vient permettre au propriétaire de prendre les mesures nécessaires pour éviter l'inscription d'un avis d'hypothèque, notamment par des retenues et l'exigence de quittances sur paiement. Or, étant donné l'absence de dénonciation par l'ouvrier, le propriétaire ne peut faire les retenues sur le montant dû à l'entrepreneur général.

L'absence d'une définition de l'« ouvrier »

Un autre problème existe : contrairement au *Code civil du Bas Canada*, le *Code civil du Québec* ne définit pas qui est l'ouvrier³⁰. La doctrine et la jurisprudence s'entendent toutefois sur la définition à y donner : la qualité d'ouvrier sera établie en démontrant la contribution par son labeur à l'exécution d'un ouvrage. Il doit être une personne physique et un employé du propriétaire ou de celui qui construit pour ce dernier³¹. Il doit exister un lien de subordination. Il sera qualifié d'entrepreneur ou de sous-entrepreneur si, au contraire, il est évident que la personne s'est engagée à exécuter et à parfaire une œuvre donnée³².

Compte tenu de l'avantage important accordé à l'ouvrier qui n'a pas besoin de dénoncer son contrat, les tribunaux ont ainsi tendance à définir l'ouvrier de manière restrictive et à considérer la catégorie d'entrepreneur comme s'appliquant à plusieurs intervenants. En effet, l'entrepreneur peut être une personne physique ou morale. Il peut agir en équipe ou seul. Il est tenu, pour la construction d'un immeuble ou de ses composantes, à une obligation de résultat, mais il a le choix des méthodes et techniques³³.

Toutefois, l'absence de définition de l'ouvrier dans la loi peut amener une personne qui n'a pas dénoncé son contrat à publier un avis d'hypothèque légale en mentionnant, à tort, être un ouvrier. Le propriétaire doit alors s'adresser aux tribunaux pour demander la radiation de l'avis d'hypothèque légale en devant faire la preuve de la qualification professionnelle de la personne ayant inscrit sa sûreté sans droit. Le propriétaire doit alors assumer les coûts de la mauvaise foi de cette personne³⁴.

³⁰ Le premier alinéa de l'article 2013a C.c.B.C. prévoyait que : « Le mot "ouvrier" comprend le journalier, le manœuvre et généralement tous ceux qui se livrent à un travail manuel ».

³¹ Olivier F. KOTT et Claudine ROY (dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 597.

³² *J.R. Côté construction Itée c. Desautels*, 1987 CanLII 591 (QC C.A.).

³³ J. DESLAURIERS et Aurore BENADIBA, préc., note 11, par. 441.

³⁴ Voir à titre d'exemples : *Laroche c. Verreault*, 2002 CanLII 46594 (QC C.Q.) ; *Beaulieu c. Marchand*, 2005 CanLII 22880 (QC C.Q.) ; *Ventilation Maisonneuve inc. c. Lachapelle*, 2001 CanLII 24414 (QC C.Q.).

Un contexte qui a bien évolué depuis 125 ans

La situation particulière de l'ouvrier nous porte à remettre en question les raisons ayant mené le législateur à lui accorder une telle hypothèque. Outre le fait que le privilège de l'ouvrier existait dans le *Code civil du Bas-Canada* depuis 1894, il semble qu'aucune autre raison ne fut soulevée pour son maintien lors des travaux entourant la réforme du Code civil.

Cependant, l'industrie de la construction n'est plus ce qu'elle était il y a plus de 125 ans. La syndicalisation des travailleurs leur apporte une protection importante et pour ceux qui ne sont pas syndiqués, des protections existent pour sécuriser leurs salaires (par exemple, le programme de protection des salariés du gouvernement du Canada). Des mesures de protection leur sont aussi accordées par la *Loi sur les normes du travail*³⁵.

On peut également se demander pourquoi le salarié de la construction immobilière serait mieux protégé que celui du domaine de la construction mobilière (ex. : construction d'équipements roulants). De plus, les entretiens effectués avec les différentes parties prenantes dans le cadre des travaux du groupe d'experts démontrent qu'il est assez rare que l'ouvrier se prévale de son droit étant donné qu'il est l'employé d'un entrepreneur ou sous-entrepreneur qui peut, lui aussi, publier un avis d'hypothèque légale. Si l'ouvrier est payé, il n'aura donc aucune raison d'agir ainsi.

Aussi, il est important de souligner que l'hypothèque de l'ouvrier est un droit personnel bénéficiant à une personne physique qui ne peut être transféré. L'ouvrier peut céder sa créance, lors du paiement, mais ne peut céder un droit qui lui est personnel. Le sous-traitant ne peut réclamer une hypothèque légale à titre d'ouvrier en payant les salaires à ses employés. Il ne peut, d'aucune façon, y compris par voie de cession de créance de la part des ouvriers, acquérir un droit qui appartient à un tiers qui n'avait aucune obligation de dénonciation³⁶. Il ne peut se prévaloir que de l'hypothèque qui lui appartient à titre d'entrepreneur, avec les conditions qui y sont associées, et qui couvre les sommes payées à ses ouvriers.

³⁵ RLRQ, c. N-1.1

³⁶ *Gerpro Construction Inc. c. 9079-4777 Québec Inc.*, 2001 CanLII 19895 (QC C.Q.).

En privilégiant la recherche d'équité pour tous les travailleurs salariés qui bénéficient déjà de moyens de protection légaux pour le recouvrement de leur salaire et en constatant l'insécurité financière et légale qu'amène l'hypothèque légale de l'ouvrier pour le propriétaire, il est recommandé de retirer l'ouvrier de l'article 2726 C.c.Q.

Recommandation

2 Retirer l'ouvrier de l'article 2726 C.c.Q.

Protéger la résidence principale

Il existe une disposition au *Code de procédure civile* qui protège la saisie de la résidence principale:

700. L'immeuble servant de résidence principale au débiteur peut être saisi pour exécuter une créance alimentaire ou pour exécuter une autre créance d'au moins 20 000 \$ excluant, le cas échéant, les frais de justice.

Il peut également l'être pour l'exécution d'une créance garantie par une priorité ou une hypothèque, et ce, quel que soit le montant, mais s'agissant d'une hypothèque légale résultant d'un jugement, ce montant doit être d'au moins 20 000 \$, autrement l'inscription de cette hypothèque ne vaut qu'à titre conservatoire.

Cette disposition reprend l'article 553.2 de l'ancien *Code de procédure civile* qui, introduit pour la première fois en 1986, empêchait qu'une résidence principale soit grevée d'une hypothèque judiciaire pour une créance inférieure à 5 000 \$. À l'origine, le montant minimum prévu était de 5 000 \$. Il a ensuite été augmenté à 10 000 \$ en 1989. Pour tenir compte de l'indexation et de l'augmentation de valeur des immeubles, le législateur a ensuite revu à la hausse le montant minimum de la créance en 2016 pour le fixer à

20 000 \$. Le législateur a ainsi voulu protéger la résidence principale du débiteur contre des saisies résultant de créances de moindre importance³⁷.

Le *Code civil du Québec* établit que l'hypothèque ne peut grever des biens insaisissables³⁸ et l'article 700 C.p.c. vient clairement indiquer que la résidence principale est insaisissable en certaines circonstances.

En matière d'hypothèque légale de la construction, force est de constater que plusieurs d'entre elles garantissent une créance de moins de 20 000 \$. L'Association des consommateurs pour la qualité dans la construction (ACQC) rapporte que pour le secteur du consommateur³⁹ 42 % des hypothèques légales de la construction sont inscrites pour garantir une créance de 15 000 \$ et moins et 58 % pour des créances de 25 000 \$ et moins⁴⁰. Il n'est pas difficile de croire que, dans la majorité des cas touchant la résidence principale, cette sûreté est exagérée en comparaison de la créance qui est due. Ainsi, ce que le législateur interdit de faire pour l'hypothèque légale résultant d'un jugement est permis pour l'hypothèque légale de la construction. Cette dichotomie privilégie un secteur de l'économie au détriment des autres et empêche le législateur d'atteindre son objectif de protection de la résidence principale, introduit à l'article 700 C.p.c.

Il est donc recommandé d'ajouter l'hypothèque légale de la construction à l'article 700 C.p.c., à l'instar de l'hypothèque légale résultant d'un jugement. Cet ajout aura pour effet de protéger la résidence principale contre la saisie résultant des créances de la construction et de la rénovation de moins de 20 000 \$. Cette recommandation vient ainsi suppléer en partie le fait que le *Code civil du Québec* ne contient aucune exigence quant à l'importance des travaux de construction et de rénovation donnant droit à l'hypothèque légale de la construction. En effet, même les travaux mineurs de rénovation, souvent entrepris par des particuliers, peuvent donner ouverture à cette garantie.⁴¹ En faisant un

³⁷ *Banque de Montréal c. Dufour*, 1995 CanLII 5536 (QC C.A.).

³⁸ C.c.Q., art. 2668.

³⁹ Le secteur du consommateur est défini pour l'ACQC comme étant les résidences unifamiliales, les copropriétés divisées, les duplex, triplex, chalets et maisons mobiles.

⁴⁰ *Supra*, note 7.

⁴¹ Andréanne SANSOUCY, *La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de la construction*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 48.

tel ajout à l'article 700 C.p.c., le législateur viendrait protéger le principal avoir financier de la grande majorité des particuliers.

Recommandation

3 *Pour la protection de la résidence principale en matière de construction et de rénovation, ajouter à l'article 700 C.p.c. une interdiction de saisie pour exécuter une créance garantie par une hypothèque légale de la construction de moins de 20 000 \$.*

Une date de « naissance » qui doit être certaine et connue des tiers

La publicité des droits rend ces derniers opposables aux tiers, établit leur rang et, lorsque la loi le prévoit, leur donne effet⁴². Il s'agit d'un concept de base en droit civil québécois mentionné au *Code civil du Québec*. Or, l'hypothèque légale de la construction fait exception à cette règle. Comme nous l'avons mentionné auparavant, cette hypothèque prend naissance dès la conclusion du contrat ou sa dénonciation et existe jusqu'à 30 jours suivant la fin des travaux. Durant toute cette période, elle est opposable aux tiers, dont le tiers acquéreur, sans avoir besoin d'être publiée. L'hypothèque est donc occulte pendant ce temps. L'avis de conservation d'hypothèque légale de la construction pourra ainsi être publié que plusieurs mois après l'acquisition d'un immeuble par un nouveau propriétaire.

Les dénonciations de contrats : un mécanisme imparfait

Le régime des dénonciations des contrats par les sous-traitants mis en place par le législateur pour protéger le propriétaire de l'immeuble ne peut pas remplacer la publicité des contrats. La dénonciation permet au propriétaire de gérer son risque en effectuant les retenues nécessaires afin d'assurer le paiement des contrats qui lui ont été dénoncés⁴³, mais là s'arrête son utilité. En effet, l'aliénation de l'immeuble par celui qui a reçu les dénonciations n'oblige pas le participant à la construction ou à la rénovation à

⁴² C.c.Q., art. 2941.

⁴³ C.c.Q., art. 2123.

dénoncer son contrat au nouveau propriétaire⁴⁴. De même, il n'y a pas lieu de refaire une dénonciation pour des travaux supplémentaires qui sont une suite du projet initial déjà dénoncé⁴⁵.

De plus, les futurs propriétaires ne sont pas les seules personnes qui ont intérêt à savoir si une telle sûreté existe. En effet, l'hypothèque pourrait aussi avoir un impact sur l'entrepreneur général et les sous-entrepreneurs qui peuvent se voir imposer une retenue par le propriétaire⁴⁶ ainsi que sur les créanciers (actuels et futurs). Ces autres parties prenantes auraient donc aussi intérêt à être informées de l'existence de l'hypothèque légale de la construction.

La dénonciation est écrite et envoyée au propriétaire ou à son mandataire. Ce dernier n'est pas nécessairement en mesure de comprendre la portée de cette dénonciation et peut omettre d'en informer son entrepreneur général. Or, l'entrepreneur général doit être en mesure de connaître, comme le propriétaire, les contrats ainsi signés afin de pouvoir gérer les paiements en conséquence et exiger les quittances de ses sous-traitants et fournisseurs de matériaux. Les sous-entrepreneurs peuvent également être intéressés à savoir si leurs fournisseurs de matériaux ont dénoncé leur contrat afin de déterminer s'ils détiennent ou non une hypothèque légale garantissant le paiement de leurs créances.

Il devient donc essentiel que les intervenants au projet de construction et les tiers (acheteur subséquent, bailleur de fonds, professionnels, etc.) puissent avoir connaissance des droits pouvant affecter l'immeuble. Toutefois, actuellement, ce n'est qu'à l'expiration du délai de 30 jours suivant la fin des travaux que les tiers pourront enfin être en mesure d'identifier de façon certaine les personnes qui détiennent une hypothèque légale de la construction et le montant de leurs créances. Il n'existe donc actuellement aucune mesure de publicité qui permettrait aux tiers d'être avisés de l'existence d'une hypothèque légale de la construction dès la date où une telle hypothèque prend naissance. Cette situation est problématique. Il devient donc impératif de trouver un moyen pour que la date de « naissance » de l'hypothèque légale de la

⁴⁴ *Caisse populaire Desjardins d'Aylmer c. Sauvé*, J.E. 2007-1433 (C.Q.).

⁴⁵ D. PRATTE, préc., note 27, p. 280.

⁴⁶ D. PRATTE, préc., note 27, p. 281.

construction soit publique, étant donné les conséquences que peuvent avoir ces hypothèques sur les droits des tiers dans l'immeuble concerné.

Inscription d'un avis d'hypothèque légale au registre foncier

Afin de résoudre cette problématique, un « avis d'hypothèque légale » devrait être inscrit par le créancier au registre foncier sur l'index aux immeubles concernant la propriété, et ce, que le créancier ait contracté directement ou non avec le propriétaire. Le registre foncier étant public, une telle inscription permettrait d'informer les tiers de la naissance et l'opposabilité d'une hypothèque légale de construction à compter de la date de cette inscription.

Le contenu de l'avis d'hypothèque légale publié au registre foncier devrait respecter l'article 41 du *Règlement sur la publicité foncière*⁴⁷ et indiquer, notamment, la personne visée par l'avis ainsi que celle qui le donne. Cet avis serait exigé de tous les bénéficiaires d'une hypothèque légale de la construction et remplacerait, dans le cas des sous-traitants, l'exigence d'une dénonciation au propriétaire. Il contiendrait, au minimum, le nom et l'adresse des parties contractantes, la nature et le prix du contrat et, si cela apparaît encore appropriée, la mise en garde au propriétaire de l'intention du créancier de vouloir bénéficier d'une hypothèque légale de la construction en vue de garantir le montant de sa créance⁴⁸. Le législateur pourrait également s'accorder un pouvoir réglementaire afin de prévoir d'autres informations devant se retrouver à cet avis, par exemple le détail des travaux, matériaux et services en cause.

De plus, cet avis devrait être attesté par un notaire ou un avocat, à l'instar, par exemple, de l'avis de bail immobilier⁴⁹. Le créancier, par l'entremise de l'avocat ou du notaire, devrait avoir l'obligation de notifier la publication de cet avis d'hypothèque au propriétaire et au débiteur de la créance garantie si ce dernier n'est pas le propriétaire. De cette

⁴⁷ RLRQ, c. CCQ, r. 6.

⁴⁸ Selon la Cour d'appel, les deux éléments essentiels de la dénonciation écrite sont la mise en garde au propriétaire concernant l'intention d'invoquer le droit à l'hypothèque légale si l'entrepreneur ne paie pas le prix du sous-contrat et le prix du contrat. Voir : *Société de cogénération de St-Félicien, société en commandite / St-Félicien Cogeneration Limited Partnership c. Industries Falmeac Inc.*, 2005 QCCA 441 (CanLII).

⁴⁹ C.c.Q., art. 2991.1.

manière, ces personnes pourront vérifier l'exactitude des informations contenues à l'avis et prendre les mesures nécessaires pour se protéger adéquatement.

L'hypothèque prendrait ainsi naissance au moment de la publication de l'avis d'hypothèque légale et non plus au moment de la signature du contrat ou de la dénonciation au propriétaire comme c'est le cas actuellement. On ferait ainsi disparaître le caractère occulte relatif à la naissance de l'hypothèque légale de la construction en plus de respecter le principe de l'opposabilité aux tiers des droits immobiliers à compter de leur inscription au registre foncier. On éviterait également les litiges concernant la date de naissance et d'opposabilité de l'hypothèque. La façon de connaître l'existence de l'hypothèque et les créanciers qui en sont bénéficiaires reposerait sur un moyen de publicité sûr et efficace plutôt que de dépendre, comme c'est le cas actuellement, des informations devant être obtenues auprès de personnes dont les renseignements peuvent être plus ou moins complets et exacts. L'article 2728 C.c.Q devrait par ailleurs être modifié afin d'y prévoir que l'hypothèque est limitée à la plus-value donnée à l'immeuble par les travaux, matériaux ou services fournis ou préparés pour ces travaux après la publication de l'avis d'hypothèque légale et ce, autant pour celui qui a contracté avec le propriétaire que pour le sous-traitant.

Le législateur devra aussi se questionner quant à l'obligation ou non de publier un nouvel avis d'hypothèque légale par le créancier afin de dénoncer les coûts d'extras qui n'étaient pas prévus au départ dans l'avis publié. Le groupe d'experts est d'avis qu'un nouvel avis devrait être publié afin que les tiers soient informés et que l'hypothèque puisse garantir ces extras.

Recommandation

- 4** *Modifier l'article 2728 C.c.Q. afin que l'hypothèque ne puisse prendre naissance et devenir opposable aux tiers qu'à compter de la publication d'un avis au registre foncier.*

Cette condition s'appliquera à toutes les personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble et qui désirent garantir leur créance.

Recommandation

5 *L'avis prévu à l'article 2728 C.c.Q. devra être attesté par un avocat ou un notaire et notifié au propriétaire et au débiteur de la créance garantie. Il devra inclure le nom et l'adresse des parties contractantes, la nature, le prix du contrat et, si cela apparaît encore approprié, l'intention du créancier de vouloir bénéficier d'une hypothèque légale ainsi que toute autre mention déterminée par le législateur.*

La fin des travaux : une véritable problématique pour le tiers acquéreur

S'il y a bien une notion qui fait couler beaucoup d'encre et qui occupe les tribunaux, c'est bien celle de la « fin des travaux ». Cela est compréhensible étant donné que tous les délais pour remplir les formalités de conservation de l'hypothèque sont calculés à partir de la date de la fin des travaux, laquelle relève de l'appréciation des faits selon une jurisprudence constante et abondante⁵⁰.

Une notion floue sujette à interprétation

Ainsi, il est reconnu qu'il n'existe qu'une seule fin des travaux pour l'ensemble d'un projet de construction ou de rénovation. La fin des travaux correspond à la date à laquelle les travaux prévus au contrat ont été réalisés et, en l'absence de plan et devis, que l'immeuble est prêt à l'usage auquel il est destiné⁵¹. Dans les faits, la définition de « fin des travaux » reste imprécise et la loi ne prévoit aucun document pour confirmer la fin des travaux. À noter que la jurisprudence a statué que le certificat d'achèvement des travaux émis par un architecte n'est pas une preuve irréfragable de la fin des travaux⁵².

⁵⁰ *Construction Paval inc. c. Entreprise de la Construction A.C.F. inc.*, [1987] R.J.Q. 2496.

⁵¹ *9139-0674 Québec inc. c. Entreprises Fernando Estevao inc.*, 2009 QCCS 460 (CanLII).

⁵² *Banque de Nouvelle-Écosse c. Dubo Électrique Ltée*, 2004 CanLII 24497 (QC C.Q.) ; *3356264 Canada inc. c. Les aciers Solider (1985) Inc.*, EYB 2005-85770 (C.Q.) ; *Grudis c. 9050-2014 Québec Inc.*, 2006 QCCS 5270 (CanLII).

Quant à l'occupation de l'immeuble, elle ne peut se substituer à l'exécution de travaux stipulés dans un contrat comme facteur déterminant la date de fin des travaux⁵³. Par conséquent, l'acceptation des travaux par le propriétaire n'est pas gage de la fin des travaux.

La publication d'un avis de préinscription d'un acte d'aliénation

On ne compte plus le nombre de jugements où la « fin des travaux », dans les faits, a été débattue. Le législateur doit donc intervenir afin d'introduire une limite claire pour la computation des délais. Toutefois, est-ce que la « fin des travaux » est la seule limite acceptable? À partir du moment où la date de la fin des travaux est une question de fait, pourrait-il y avoir un autre moment qui pourrait servir comme date limite pour l'inscription de l'avis de conservation de l'hypothèque légale pour protéger l'acheteur qui n'a pas participé au processus de construction? Le groupe d'experts émet la recommandation que la date limite d'inscription de l'avis de conservation de l'hypothèque légale soit calculée à partir de l'arrivée de la première des deux dates suivantes :

- la date de la publication d'un avis de préinscription d'un acte d'aliénation de l'immeuble à un tiers⁵⁴; ou
- la date de la fin des travaux.

Ainsi, la publication au registre foncier d'un avis d'hypothèque légale, tel que nous le recommandons ci-dessus⁵⁵, pourrait également servir comme avis d'adresse pour le créancier. Par la suite, ce dernier pourrait être informé par le registre foncier de la publication de l'avis de préinscription de l'acte d'aliénation et ainsi avoir un délai de 30 jours à partir de ce moment pour publier un avis de conservation d'hypothèque légale de la construction. La publication de cet avis de conservation est déjà prévue à l'alinéa 2 de l'article 2727 C.c.Q. Il doit indiquer l'immeuble grevé ainsi que le montant de la créance et être signifié au propriétaire de l'immeuble.

⁵³ 9164-5689 *Québec inc. c. 2699222 Canada inc.*, 2010 QCCS 374 (CanLII) ; *Banque nationale du Canada c. Réfrigération fixair inc.*, 1990 CanLII 2963 (QC C.A.).

⁵⁴ Le tiers ne devrait pas avoir lui-même demandé les travaux. De plus, il ne devrait pas être une société liée ou avoir un lien de parenté avec le vendeur. Les détails quant à la définition du tiers devront être prévus par le législateur.

⁵⁵ Voir : Recommandation 4.

Le contrat de vente serait alors signé chez le notaire qu'après l'expiration de ce délai de 30 jours, permettant ainsi de vérifier l'existence d'une hypothèque légale avant le transfert du titre de propriété et ainsi garantir à l'acheteur un titre clair et non vicié. L'avis de conservation de l'hypothèque légale devrait être radié du consentement du créancier.

Ainsi, si l'acte de vente est signé avant la fin des travaux, l'intervenant qui n'aurait pas publié un avis d'hypothèque légale avant la publication d'un avis de préinscription de la vente de l'immeuble pourrait encore procéder à la publication de cet avis jusqu'à 30 jours suivant la publication de l'avis de préinscription. S'il ne le fait pas, il ne pourrait pas, par la suite, publier cet avis après le changement de propriétaire et se prévaloir de la garantie de l'hypothèque légale de la construction.

Cette recommandation peut sembler être faite au détriment du créancier qui perdrait alors un recours contre le nouveau propriétaire pour se faire payer. Toutefois, n'oublions pas que, dans ce cas, l'acheteur a déjà remis le prix de vente au vendeur et qu'il serait inconcevable de privilégier le statu quo qui peut faire en sorte que l'acheteur doive payer deux fois une même créance. Quant au créancier, il conserverait ses autres recours personnels contre la personne avec laquelle il a contracté (souvent le promoteur/constructeur). Il pourrait aussi exiger une caution de cette dernière ou une assurance lui permettant de garantir le paiement de sa créance, à l'instar de ce qui existe en matière de construction et rénovation d'immeubles compris dans le domaine public. En effet, les immeubles appartenant à la Couronne et ses mandataires ne sont pas sujets à l'hypothèque, car ils sont insaisissables.⁵⁶ Les parties recourent alors à des mesures de protection conventionnelles qui pourraient être adoptées dans la situation qui nous intéresse. De plus, comme nous le verrons plus loin, la recommandation portant sur l'introduction dans la loi, d'un mécanisme de paiements rapides et de caution, comme cela existe dans d'autres législations canadiennes, pourrait être adoptée, ce qui protégerait également les intervenants du milieu de la construction⁵⁷.

⁵⁶ Certains immeubles appartenant à des mandataires de la Couronne, par exemple aux municipalités, peuvent faire l'objet d'hypothèques si ces immeubles ne servent pas à l'utilité publique (C.c.Q., art. 916).

⁵⁷ Voir : Recommandation 13.

Il importe, par ailleurs, de préciser que la présente recommandation ne vise qu'à protéger le tiers acquéreur qui n'est pas le donneur d'ouvrage. Dans la situation où un tiers acquéreur aurait lui-même contracté pour des travaux de construction ou de rénovation, ces travaux pourront évidemment donner naissance à des hypothèques légales de la construction, puisque ces travaux relèveraient non plus du vendeur, mais de l'acquéreur. Le délai de 30 jours suivant la fin des travaux pour que le créancier puisse procéder à la publication d'un avis de conservation suivant l'article 2727 C.c.Q. demeurerait alors applicable.

Recommandation

6 *Que la date limite d'inscription du nouvel avis d'hypothèque légale soit calculée à partir de l'arrivée de la première des dates suivantes :*

- *30 jours suivant la date de la publication d'un avis de préinscription d'un acte d'aliénation de l'immeuble à un tiers; ou*
- *30 jours suivant la date de la fin des travaux.*

Obligation de renseignement auprès de l'acheteur : le contrat préliminaire

En matière de protection du consommateur, le *Code civil du Québec* prévoit des règles particulières pour la protection de l'acheteur lorsque ce dernier acquiert un immeuble résidentiel. Le promoteur immobilier ou l'entrepreneur qui vend un immeuble à usage d'habitation, bâti ou à bâtir, à une personne physique qui l'acquiert pour l'occuper elle-même, doit faire précéder cette vente d'un contrat préliminaire dont le contenu est prévu à l'article 1786 C.c.Q. Le *Code civil du Québec* ajoute que lorsque la vente porte sur une fraction de copropriété divisée, une note d'information doit compléter le contrat préliminaire.

Or, un modèle de contrat préliminaire disponible sur le marché et que nous avons consulté⁵⁸ ne prévoit malheureusement aucune déclaration du vendeur quant aux sous-traitants et fournisseurs de matériaux ainsi que sur l'état de leurs créances. Rien n'est prévu pour informer l'acheteur des éventuelles créances hypothécaires qui pourraient être inscrites contre l'immeuble.

Étant donné le risque associé aux hypothèques légales de la construction pour le consommateur, il est recommandé que de nouvelles déclarations obligatoires du vendeur soient ajoutées aux contrats préliminaires :

- Les noms et coordonnées des personnes qui détiennent une hypothèque légale de la construction sur l'immeuble et la preuve que ces créanciers ont été payés pour les travaux effectués au moment de la déclaration OU, le cas échéant, indiquer les montants qui ne leur ont pas encore été payés;
- Pour les travaux à compléter et pour lesquels une hypothèque légale de la construction existe ou est susceptible d'exister, indiquer le coût de ces travaux.

Ces déclarations sont souvent exigées par les institutions financières qui financent l'acheteur. Toutefois, n'étant pas prévue à la loi, la pratique n'est pas uniforme et ne permet pas au consommateur d'obtenir la certitude que le vendeur acceptera de les divulguer. Aussi, il est recommandé l'ajout d'une habilitation réglementaire à l'article 1786 C.c.Q. qui permettrait au gouvernement de prévoir par règlement toute autre mention obligatoire devant se retrouver au contrat préliminaire, notamment celles proposées ci-dessus.

Une clause informative concernant le risque lié à l'hypothèque légale de la construction devrait également être incluse dans tous les contrats préliminaires.

⁵⁸ Voir le document intitulé : *Contrat préliminaire maison ou bâtiment (immeuble) non détenu en copropriété divisée*, en ligne : https://www.garantiegr.com/app/uploads/2019/10/exemple_gcr-c070_contrat-prliminaire-non-condo_10-2019.pdf (consulté le 16 avril 2021).

Recommandation

7 *Prévoir à l'article 1786 C.c.Q. une habilitation réglementaire permettant au gouvernement de prévoir d'autres mentions obligatoires au contrat préliminaire afin de permettre au consommateur de mieux gérer le risque associé aux hypothèques légales de la construction.*

Recommandation

8 *Prévoir, en complément à l'article 1786 C.c.Q., que le vendeur doit obligatoirement déclarer les noms et coordonnées des personnes qui détiennent une hypothèque légale de la construction sur l'immeuble et la preuve que ces créanciers ont été payés pour les travaux effectués au moment de la déclaration OU, le cas échéant, indiquer les montants qui ne leur ont pas encore été payés ET pour les travaux à compléter et pour lesquels une hypothèque légale de la construction existe ou est susceptible d'exister, indiquer le coût de ces travaux.*

Recommandation

9 *Prévoir, en complément à l'article 1786 C.c.Q., une clause informative concernant le risque d'hypothèques légales de la construction.*

À noter que pour offrir une protection optimale à l'acheteur, les présentes recommandations concernant la bonification du contrat préliminaire doivent compléter les recommandations 4 et 5 mentionnées ci-dessus pour former un tout et offrir une protection au tiers acquéreur.

Une retenue obligatoire pour la protection de l'acheteur

En complément des recommandations visant la divulgation par le vendeur présentées ci-dessus⁵⁹ et dans le but d'assurer une meilleure protection à l'acheteur, il est recommandé d'introduire au *Code civil du Québec* une disposition permettant à celui qui acquiert un

⁵⁹ Voir : Recommandations 7, 8 et 9.

immeuble résidentiel de procéder à une retenue jusqu'à ce que tous les travaux qui devaient être complétés en vertu du contrat de vente l'aient été sans laisser subsister d'hypothèque légale de la construction sur l'immeuble, à moins que le vendeur puisse fournir un cautionnement garantissant l'exécution et le paiement des travaux de construction ou de rénovation que le vendeur a entrepris ou s'est engagé à compléter sur l'immeuble. Quant au montant à retenir, il pourrait correspondre, de façon moins appropriée, à un pourcentage du montant de prix de vente ou, préférablement, au total composé à la fois du coût des factures qui n'ont pas encore été payées et du coût des travaux à compléter⁶⁰. De plus, cette protection ne pourrait pas faire l'objet d'une renonciation par l'acheteur, étant donné qu'elle permettrait justement d'éviter le déséquilibre entre les parties contractantes.

Actuellement, puisque la loi ne prévoit pas de retenue obligatoire, il est extrêmement rare que le propriétaire qui est un professionnel du milieu de la construction accepte que l'acheteur fasse cette retenue. Il devient donc urgent que le législateur intervienne afin de rétablir cet équilibre.

Cette retenue obligatoire serait indiquée dans le contrat préliminaire et serait applicable si des hypothèques légales de la construction subsistent ou si des travaux sont encore à compléter au moment de la signature de l'acte de vente chez le notaire. Le marché de la construction n'en serait pas trop bouleversé, étant donné qu'il s'agit déjà d'une condition à plusieurs financements hypothécaires, bien que la retenue exigée par le créancier hypothécaire serve davantage à protéger sa créance et son rang hypothécaire et non à protéger l'acheteur. En effet, le montant de la retenue est en fonction du montant financé et non du prix d'achat, avec pour conséquence qu'elle peut ne pas être suffisante pour protéger l'acheteur si le montant financé est de beaucoup inférieur au prix d'achat⁶¹.

⁶⁰ Le groupe d'experts laisse le soin au législateur de déterminer les modalités quant à la retenue applicable selon des études plus poussées. Notons simplement que la retenue exigée par les créanciers hypothécaires est habituellement de 15 % du montant versé. La solution d'une retenue correspondant à un pourcentage du prix de vente peut être problématique puisque ce pourcentage pourrait se révéler soit trop élevé, soit insuffisant, par rapport au coût des travaux complétés mais non entièrement payés et au coût des travaux non encore complétés.

⁶¹ G. DELISLE, préc., note 16, p. 151.

Recommandation

10 *Prévoir au Code civil du Québec, une retenue obligatoire, sans possibilité de renonciation par l'acheteur, qui devrait correspondre à un pourcentage minimal du prix d'achat fixé par la loi OU au montant total des factures impayées et du coût des travaux à compléter, à moins que le vendeur ne fournisse un cautionnement garantissant l'exécution et le paiement des travaux.*

Il importe par ailleurs de souligner ici la complémentarité de la présente recommandation avec celle visant la publication d'un avis de préinscription. La publication d'un avis de préinscription empêchera que des hypothèques légales de la construction puissent naître après la vente, alors que la présente proposition assurera à l'acheteur que les travaux à compléter et qui ont été pris en considération lors de la fixation du prix de vente seront effectivement complétés et payés si des hypothèques légales subsistent, grâce au cautionnement fourni par le vendeur ou à la retenue des fonds effectuée.

Un cautionnement obligatoire par l'entrepreneur général

L'inscription d'un avis d'hypothèque légale de la construction peut cacher une problématique sous-jacente : la crainte de la part des sous-traitants et des fournisseurs de matériaux de ne pas être payés.

Pour protéger les paiements, le cautionnement est très souvent exigé dans le secteur institutionnel. En effet, le cautionnement remplace l'hypothèque légale puisque celle-ci est dans la grande majorité des projets impossible étant donné l'insaisissabilité des biens de l'État. Dans le secteur commercial, le cautionnement est également utilisé pour protéger les sous-traitants et les fournisseurs de matériaux contre le non-paiement par l'entrepreneur général, surtout sur les chantiers de plus grande envergure. Dans cette situation, le cautionnement est utilisé conjointement avec l'hypothèque légale pour la protection des paiements.

Pour un sous-traitant, travailler sur un chantier où l'entrepreneur général est cautionné est une protection additionnelle lui permettant d'éviter de s'adresser au propriétaire en cas de non-paiement par l'entrepreneur général. Toutefois, en matière résidentielle, la

caution est rarement incluse dans les contrats, le paiement aux sous-traitants étant plutôt basé sur une relation de confiance. Le propriétaire qui exigerait de son entrepreneur général qu'il prenne une caution ne risque-t-il pas de ne pas trouver d'entrepreneur? Avec l'actuelle vigueur du marché immobilier résidentiel, l'ouverture à une juste négociation est souvent problématique.

Il faudrait donc qu'une caution pour garantir le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux devienne obligatoire dès qu'un contrat de construction ou de rénovation est conclu avec un entrepreneur général. Quelle serait alors la meilleure solution pour que le consommateur puisse avoir la certitude que l'entrepreneur détient une telle caution? Lors des consultations menées par le groupe d'experts, deux idées furent avancées et qui méritent une analyse approfondie de la part du gouvernement.

D'une part, y aurait-il possibilité de rattacher le cautionnement au permis de construction délivré par la ville? Ce faisant, l'entrepreneur général devrait déposer la preuve d'un cautionnement à la ville qui deviendrait alors une condition essentielle préalable à la délivrance du permis de construction. D'autre part, le montant du cautionnement exigé de l'entrepreneur général lors de l'émission de sa licence par la Régie du bâtiment du Québec est de 40 000 \$. Il vise à indemniser tout client qui a subi un préjudice à la suite de l'inexécution ou de l'exécution de travaux de construction et découlant directement des acomptes versés, du non-parachèvement des travaux, des malfaçons et des vices découverts dans l'année suivant la fin des travaux. L'idée serait que cette caution puisse également couvrir le non-paiement des créances des sous-traitants et fournisseurs de matériaux en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur général. Un montant plus élevé que 40 000 \$ serait également à privilégier.

Il importe toutefois de souligner que, même avec un cautionnement obligatoire, la protection des paiements n'est toujours pas parfaite. Selon l'information recueillie auprès de l'ACQ, il est beaucoup plus complexe pour la personne n'ayant pas été payée de s'adresser à la caution que de publier une hypothèque légale. En principe, la caution ne paiera pas automatiquement mais vérifiera si l'entreprise qu'elle cautionne est solvable. Si c'est le cas, la caution exigera de l'entreprise qu'elle se défende devant les tribunaux.

Elle exigera également de celui qui demande paiement de respecter des formalités obligatoires, sinon la demande de paiement sera refusée. Finalement, les contrats de cautionnement sont généralement limités aux seuls sous-traitants qui ont contracté directement avec l'entrepreneur-général.

Malgré ses imperfections, le cautionnement demeure toutefois important pour la sécurité financière des différents intervenants participants à un projet de construction ou de rénovation par l'entremise d'un entrepreneur général. Il permet également de protéger le propriétaire en évitant, en partie du moins, l'inscription d'un avis de conservation d'hypothèque légale sur sa propriété immobilière et de s'assurer que les travaux seront exécutés.

Recommandation

11 *Que le gouvernement évalue la possibilité que l'émission d'un permis de construction par une ville soit conditionnelle au dépôt d'un cautionnement par l'entrepreneur général.*

Recommandation

12 *Que le gouvernement évalue la possibilité que la caution exigée par la Régie du bâtiment du Québec lors de l'émission de la licence à l'entrepreneur général couvre le non-paiement des créances des sous-traitants et des fournisseurs de matériaux en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur général.*

Des délais de paiement plus rapides

Pour l'ACQ et l'APCHQ, il existe une problématique importante reliée aux délais de paiement, laquelle peut mener à la publication d'un avis de conservation d'hypothèque légale de la construction dans certains cas.

Heureusement, à cet égard, le gouvernement a ouvert la porte à des solutions en déposant le projet de loi n° 108 intitulé *Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l'Autorité des marchés publics*⁶² qui a été adopté le 1^{er} décembre 2017. Cette loi permet l'expérimentation de diverses mesures destinées à faciliter le paiement aux entreprises parties aux contrats publics. Ainsi, un projet pilote est en cours afin de « tester » une solution permanente pour éviter les retards de paiement dans l'industrie de la construction sur plusieurs chantiers de l'État. Le projet pilote fixe notamment un calendrier de paiement qui doit être respecté par les intervenants aux contrats publics.

Il s'inspire de ce qui se fait ailleurs au Canada, notamment en Ontario, où la *Loi sur la construction*⁶³ prévoit une série d'obligations pour les intervenants de la construction peu importe le secteur d'activités. Ainsi, dans cette province, le contenu et la remise des factures sont régis par la Loi. De plus, l'entrepreneur qui reçoit paiement de l'intégralité de sa facture doit, au plus tard sept jours après réception du paiement, payer le montant qu'il doit à chaque sous-traitant ayant fourni, aux termes d'un contrat de sous-traitance, des services ou des matériaux inclus dans la facture de l'entrepreneur⁶⁴.

Le projet pilote présentement en cours au Québec pourrait servir de base pour l'adoption de mesures obligatoires dans le domaine de la construction du secteur privé. Obliger l'entrepreneur à payer dans un délai fixe ses sous-traitants lorsqu'il a reçu paiement de sa facture serait un minimum à implanter. Toutefois, le projet pilote présentement en cours ne devrait pas être déployé tel quel au secteur privé, car il a été pensé pour les chantiers de l'État où l'hypothèque légale de la construction n'est pas permise. Des adaptations seraient donc nécessaires.

Recommandation

13 *À l'instar des autres provinces canadiennes, que le gouvernement adopte des mesures obligatoires concernant les paiements rapides dans le secteur privé de la construction.*

⁶² L.Q. 2017, c. 27.

⁶³ L.R.O. 1990, chap. C.30.

⁶⁴ *Ibid*, art. 6.5.

Un tribunal spécialisé en matière d'habitation résidentielle

En 2020, la valeur des permis de bâtir délivrés au Québec était chiffrée à plus de 13 milliards de dollars⁶⁵. De plus, la proportion des ménages propriétaires au Québec s'est accrue depuis 40 ans, passant de 49,2 % en 1972⁶⁶ à 61,3 % en 2016⁶⁷. Une industrie aussi florissante amène avec elle un nombre important de litiges où les tribunaux de droit commun ne sont que trop souvent sollicités⁶⁸. Les jugements en matière d'hypothèque légale de la construction ne font pas exception. Déjà, le propriétaire doit s'adresser au tribunal pour obtenir la radiation de l'hypothèque en substituant celle-ci par une autre sûreté suffisante pour garantir le paiement de la créance. Les tribunaux sont également fort occupés à entendre les contestations voulant que l'hypothèque soit détenue par une personne qui ne peut bénéficier de cette protection ou sur la base que l'hypothèque n'a pas été conservée adéquatement en raison de la fin des travaux ou pour un autre motif. Les décisions sont aussi nombreuses à propos de l'évaluation des travaux effectués qui n'apportent pas à l'immeuble une plus-value ou bien lorsque que le bénéficiaire n'avait pas le permis adéquat pour effectuer les travaux et ainsi bénéficier de cette garantie.

Constatant cette situation d'engorgement des tribunaux et considérant que le gouvernement a comme priorité de permettre un meilleur accès à la justice pour les citoyens, il est proposé que les autorités gouvernementales étudient la possibilité de créer le Tribunal administratif de l'habitation qui, à l'instar du Tribunal du logement, serait le tribunal de première instance pour entendre les litiges en matière d'habitation résidentielle.

⁶⁵ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC. Banque de données des statistiques officielles sur le Québec, en ligne : https://bdso.gouv.qc.ca/pls/ken/Ken213_Afich_Tabl.page_tabl?p_id_raprt=841#annee=1991 (consulté le 16 avril 2021). La valeur des permis de bâtir concerne ceux émis par les municipalités de plus de 10 000 habitants pour des travaux de construction résidentielle (y compris garages, piscines, modifications et améliorations). Elle ne reflète donc pas toute l'activité de la construction résidentielle.

⁶⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC / BUREAU DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC. Novembre 1996. Les conditions de vie au Québec : un portrait statistique, en ligne : <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs53743> (consulté le 21 avril 2021) ; STATISTIQUE CANADA. 2016. Profil de recensement de 2016, en ligne : <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/dp-pd/prof/details/page.cfm?Lang=F&Geo1=PR&Code1=24&Geo2=PR&Code2=01&Data=Count&SearchText=24&SearchType=Begins&SearchPR=01&B1=Housing&TABID=3> (consulté le 16 avril 2021).

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Selon une recherche jurisprudentielle effectuée sur [CanLII](#), à l'aide des mots-clés : « construction » et « immeuble », on recense 2 541 décisions pour l'année 2019, uniquement pour la province de Québec.

Le Tribunal administratif du logement (autrefois appelé : « Régie du logement ») a été créé en 1980 pour entendre les litiges en matière de bail résidentiel dans le cadre d'une procédure simple et respectueuse des règles de justice naturelle. Il entend notamment toute demande relative au bail d'un logement lorsque la somme demandée est inférieure à 85 000 \$⁶⁹. La création de la Régie du logement fut en réponse au livre blanc sur les relations entre les locateurs et les locataires qui a été produit sous le gouvernement de René Lévesque en 1977. Ce livre blanc dénonçait le rapport de force qui était alors trop inégal entre les propriétaires et les locataires. La Régie du logement a donc été créée afin de rétablir un équilibre dans entre ces deux parties⁷⁰.

C'est justement l'objectif visé ici : rétablir l'équilibre dans les relations entre les propriétaires-occupants et les intervenants du domaine de la construction et de la rénovation. Un tribunal administratif de l'habitation permettrait un accès plus rapide et simplifié à un coût moindre pour le justiciable. Les avantages seraient nombreux. Ce tribunal, qui pourrait rendre jugement sur le fond dans un court délai, permettrait à l'entrepreneur d'obtenir le paiement plus rapide de sa créance ou pour le propriétaire, obtenir la radiation rapide de l'hypothèque légale de la construction et le retour de sa capacité d'emprunt garanti par sa propriété.

À l'instar du Tribunal administratif du logement, nous recommandons que le Tribunal administratif de l'habitation entende toute demande relative aux droits des propriétaires immobiliers résidentiels lorsque, notamment, la somme demandée est inférieure à 85 000 \$. Ses champs de compétence pourraient s'étendre également aux litiges en matière de copropriété divisée qui sont également nombreux⁷¹.

⁶⁹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC / TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU LOGEMENT - À propos : Mission et compétences, en ligne : <https://www.tal.gouv.qc.ca/fr/a-propos/mission-et-competences> (consulté le 16 avril 2021).

⁷⁰ SERVICE DES COMMUNICATIONS / ASSOCIATION DES PROPRIÉTAIRES DU QUÉBEC (APQ), « Capsule historique : La création de la Régie du logement », *Journal Le Propriétaire*, 7 février 2019, en ligne : <https://leproprietaire.apq.org/fr/Janvier2019/divers/9912/Capsule-historique--La-cr%C3%A9ation-de-la-R%C3%A9gie-du-logement-Divers.htm> (consulté le 16 avril 2021).

⁷¹ La Chambre des notaires avait déjà recommandé la création d'une Régie de la copropriété, dans son Rapport du Comité consultatif sur la copropriété, présenté au ministre de la Justice.

Recommandation

- 14** *Que le gouvernement étudie la possibilité de créer le Tribunal administratif de l'habitation pour entendre les demandes relatives aux droits des propriétaires immobiliers résidentiels lorsque notamment la somme demandée est inférieure à 85 000 \$.*

Une plus-value relative codifiée

L'article 2728 C.c.Q. limite la créance garantie par l'hypothèque légale à la plus-value donnée à l'immeuble. Toutefois, pour l'inscription de l'avis d'hypothèque, le créancier n'a pas à prouver et à déterminer spécifiquement le montant de la plus-value qu'il y a donné. En effet, la simple preuve des travaux effectués crée une présomption réfragable que ceux-ci ont haussé la valeur de l'immeuble. Le montant de la plus-value sera déterminé pour l'ensemble des travaux seulement lors de la distribution des sommes provenant de la réalisation de la garantie.

Cependant, étant donné l'absence de définition claire de la « plus-value » dans le *Code civil du Québec*, deux théories se sont développées :

- celle de la plus-value **absolue** qui accorde aux détenteurs d'une hypothèque légale de la construction le droit d'être colloqués en priorité jusqu'à concurrence de la plus-value sans répartition ni ventilation préalable; et
- celle de la plus-value **relative** qui évalue le montant de la plus-value en fonction du prix de vente obtenue lors de la réalisation de la garantie.

Dans ce dernier cas, il s'agit ainsi d'être équitable envers tous les autres créanciers lorsque l'immeuble est vendu au rabais. La formule retenue par la Cour d'appel⁷² est donc :

$$\frac{[\text{Prix de vente} - \text{créances prioritaires}]}{\text{Juste valeur marchande de l'ensemble}}$$

⁷² *Construction Delaumar inc. c. Verrières Val des arbres inc. (Séquestre de)*, 2012 QCCA 985 (CanLII) ; *Financière Castleton ltée c. Robert Hardy inc.*, 2017 QCCA 1725 (CanLII) ; *Knot c. Pasquin, St-Jean et Associés inc.*, 2020 QCCA 612 (CanLII).

Il est recommandé au législateur de codifier la notion de plus-value relative, telle que retenue par la Cour d'appel du Québec. En procédant ainsi, le législateur viendrait mettre un point final au débat quant à la plus-value applicable en matière d'hypothèque légale de la construction et privilégierait la thèse de l'équité envers tous les créanciers.

Recommandation

15 *Ajouter au Code civil du Québec une définition de la plus-value en y mentionnant qu'il s'agit de la plus-value relative.*

Quelques mots sur l'assurance-titres

Le présent rapport n'a pas recommandé le recours à l'assurance-titres afin de se protéger contre le risque lié à l'hypothèque légale de la construction. En effet, cette assurance ne peut constituer un moyen de protection fiable permettant au législateur d'éviter d'apporter les correctifs nécessaires pour la protection de l'acheteur et du propriétaire-occupant, ce produit d'assurance étant une offre commerciale basée sur l'évaluation du risque. Les compagnies d'assurance qui l'offrent procèdent à une évaluation selon les informations obtenues pour chaque situation. Aussi, selon les informations obtenues, la protection d'assurance n'est pas offerte pour les auto-constructions, elle est souvent offerte uniquement au créancier hypothécaire qui finance l'acheteur et non à l'acheteur, et certaines compagnies d'assurance n'offrent désormais tout simplement plus cette couverture d'assurance après l'avoir offerte durant quelques années en raison du trop grand risque qu'elle représente. Le recours à l'assurance-titres ne doit donc pas être une solution envisagée par le législateur pour remédier aux problématiques liées à l'hypothèque légale de la construction.

Conclusion

À la lumière des éléments soulevés dans le présent rapport, un constat doit inévitablement être fait : l'hypothèque légale de la construction doit être réexaminée et être adaptée aux nouvelles réalités qui caractérisent actuellement le monde de la construction au Québec et, de façon plus générale, la société en son ensemble.

Les problématiques qui découlent des attributs particuliers de cette sûreté, notamment son caractère occulte et son rang prioritaire, représentent un grand avantage pour certains mais une menace envers la protection des consommateurs québécois. Cette menace risque également de s'accroître en raison de la frénésie immobilière présente actuellement. À la lumière de cette situation, les recommandations du présent rapport ciblent particulièrement les parties les plus à risque de subir des conséquences importantes à la suite de l'inscription d'une hypothèque légale sur un immeuble : les acheteurs et les propriétaires occupants.

Bien que le rapport dresse une liste de quinze recommandations, il est important de noter que certaines recommandations doivent être cumulatives pour produire leur plein effet. Aussi, il faut se rappeler que la mise en œuvre de certaines recommandations aurait un plus grand impact pour la protection des justiciables (on pense notamment à la recommandation relative à l'inscription d'un avis d'hypothèque légale au registre foncier).

Le présent rapport doit être lu comme étant un constat de la situation globale relativement à l'industrie de la construction au Québec. C'est pourquoi il recommande aussi des mesures touchant l'ensemble des intervenants de la construction et non seulement les consommateurs à proprement dit. À titre d'exemple, les entrepreneurs et les promoteurs bénéficieraient grandement des recommandations visant une plus grande rapidité des paiements et la création d'un tribunal administratif de l'habitation.

Toujours dans cette optique d'analyser de façon globale l'industrie de la construction au Québec, il est important de souligner que, pour mieux protéger le citoyen et parvenir à véritablement rééquilibrer les forces en présence, d'autres éléments que l'hypothèque légale de la construction devront être pris en compte par le législateur. Lors des travaux ayant mené au présent rapport, il fut soulevé à plusieurs occasions la problématique de la responsabilisation des administrateurs des sociétés du domaine de la construction. En effet, la création et la liquidation d'une société par projet de construction limitent la responsabilité de ses dirigeants et, de ce fait, les recours des propriétaires lorsque survient un problème concernant la qualité des travaux exécutés qui ne sont inclus par une couverture d'assurance. Cette problématique ne touche pas directement le sujet du présent rapport et n'a donc pas fait l'objet de réflexions et de recommandations de la part du groupe d'experts. Toutefois, dans un esprit de transversalité, il est important de sensibiliser le législateur à cette problématique et de l'inviter à s'y pencher afin de trouver les solutions pour une meilleure protection des propriétaires d'immeubles.

Finalement, n'allant pas dans le sens d'une abolition pure et simple de l'hypothèque légale de la construction au Québec, le présent rapport tente plutôt de mieux encadrer cette sûreté en cherchant à rétablir un équilibre entre les différentes parties prenantes. Il revient toutefois au législateur de prendre la décision soit de mieux encadrer l'hypothèque légale de la construction en mettant en œuvre les recommandations proposées, soit de simplement l'abolir, car l'économie du Québec de 2021 n'a aucun comparable avec celle du siècle dernier. Le moteur économique du Québec d'aujourd'hui s'alimente dans plusieurs secteurs économiques qui s'auto-régulent et où les co-contractants conviennent à l'avance de protections juridiques lorsque le contexte et les enjeux le requièrent. Par conséquent, il reste toujours matière à réflexion quant à la pertinence de maintenir ou non cette protection unique dont bénéficie que les intervenants d'un seul secteur de l'économie. Et même encore là, malgré l'abolition de cette garantie, les questions de l'exécution des travaux, du paiement aux sous-traitants et aux fournisseurs de matériaux ainsi que l'accessibilité à la justice demeureront problématiques et devraient être considérées par le législateur.

La Chambre des notaires du Québec offre sa pleine et entière collaboration au gouvernement et aux acteurs de l'industrie afin de travailler à une mise en œuvre responsable et efficiente des recommandations formulées au présent rapport.