

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

Pierre CIOTOLA

Volume 104, Number 1, March 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1046014ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1046014ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

CIOTOLA, P. (2002). JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ? *Revue du notariat*, 104(1), 85–125. <https://doi.org/10.7202/1046014ar>

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE
JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS :
ÉPIZOOTIQUE OU ÉPISODIQUE ?
RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

Pierre CIOTOLA*

PLAN DE LA CHRONIQUE

1. Prescription et péremption, créance et hypothèque
2. Obligation susceptible d'être garantie par hypothèque
3. Prise en charge d'hypothèque et droit à l'information
4. Droits hypothécaires et compétence des tribunaux
5. Hypothèque légale de la construction et de la rénovation et refus de l'enrichissement injustifié
6. Hypothèque légale de la construction et délai d'exercice des droits hypothécaires
7. Hypothèque mobilière et biens susceptibles d'être hypothéqués
8. Hypothèque des loyers et distinction avec d'autres droits hypothécaires
9. Prise en paiement du bien hypothéqué

* Notaire, docteur en droit et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Ce texte tient compte des modifications législatives et de l'évolution jurisprudentielle au 1^{er} septembre 2001.

L'accès aux décisions judiciaires se trouve grandement facilité par le développement de l'informatique. Les décisions dans le domaine des sûretés ne manquent pas, c'est le moins qu'on puisse affirmer : une simple recherche à même le terme « hypothèque » dans les banques informatisées nous fournit déjà un indice de la prolifération des décisions jurisprudentielles depuis le 1^{er} janvier 1994. Est-il possible de croire en ce domaine à une jurisprudence épidémique, et la prolifération des causes n'est-elle pas épidémique et pourquoi pas épizootique (terme bien connu ces derniers mois en Europe) ? Ou pourrait-on peut-être y déceler une jurisprudence épisodique ? C'est à vraiment dire l'objectif recherché dans ce bref commentaire de jurisprudence. Est-il possible de déceler quelques décisions majeures dans le grand nombre de décisions rapportées ou mises en ligne dans le domaine des sûretés ? Cette interrogation nous mène à choisir et à retenir quelques thèmes majeurs centrés sur environ une quinzaine de décisions, et nous les considérerons comme décisions majeures : nous hésitons, toutefois, à les qualifier d'arrêts bien que ce qualificatif puisse sans doute convenir, car, pour la plupart, elles ont marqué le domaine des sûretés depuis l'avènement du *Code civil du Québec*.

Depuis la mise en vigueur du *Code civil du Québec*, nous avons eu le loisir de fureter dans les diverses banques informatisées, plus précisément les deux banques dont la consultation nous paraît essentielle dans toute recherche en droit privé québécois, *Azimut* et *Quicklaw*¹. Nous avons également pris connaissance de compilations jurisprudentielles qui peuvent être publiées de temps à autre. Et la question au cœur de ce bref commentaire est la même que se pose le professeur du droit des sûretés dans le cadre de son enseignement : est-ce possible de sélectionner une quinzaine de décisions majeures dans ce domaine en pleine évolution ?

1 Nous passerons sous silence les banques informatisées qu'offrent à leurs membres respectifs le Barreau et la Chambre des notaires du Québec. Les objectifs poursuivis respectivement par ces banques informatisées ne correspondent pas nécessairement à ceux des banques classiques, *Quicklaw* et *Soquij*.

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

Et alors, comment retenir un nombre limité de décisions ? Et là est l'intérêt de l'exercice. Nous retiendrons près d'une quinzaine de décisions² qui peuvent être des repères utiles dans la compréhension du nouveau droit des sûretés, soit que ces décisions présentent une analyse d'une question controversée, soit que ces décisions illustrent l'effet des principes généraux sur l'interprétation même du droit des sûretés, interprétation préférentiellement valable, mais peut-être tout aussi controversée.

1. PRESCRIPTION ET PÉREMPTION, CRÉANCE ET HYPOTHÈQUE

Prescription et péremption, créance et hypothèque, voilà des réalités toutes différentes. Aussi, il importe de distinguer entre la prescription triennale de l'obligation principale (art. 2925 C.c.Q.), la prescription du droit de propriété et de ses démembrements (art. 2923 C.c.Q.), la péremption trentenaire de l'inscription au registre foncier de l'hypothèque conventionnelle immobilière (art. 2799 C.c.Q.) et la péremption décennale de l'inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers (art. 2798 C.c.Q.)³.

Cette distinction est majeure. Souvenons-nous que, sous l'ancien droit, les délais tant pour la péremption de l'enregistrement que pour la prescription de la créance étaient de trente ans. La similitude du délai posait ainsi moins de difficultés. Sous le nouveau droit, les délais de prescription étant simplifiés, il est donc de prime importance de bien distinguer entre prescription et péremption.

2 Évidemment, les références infrapaginales ajoutent au spectre qui pourrait paraître autrement limité. Ces mêmes références permettent également de combler l'analyse souvent limitée à un aspect restreint du droit des sûretés dans la décision que nous avons retenue pour commentaires. Il est possible de consulter pour une étude plus complète : Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999; Pierre CIOTOLA, « L'hypothèque immobilière », dans *Droit immobilier québécois*, Service de mise à jour, Farnham, Les Publications CCH/FM Ltée, p. 4501-4745 (remanié mai 2001).

3 *Charlebois c. Société d'habitation et de développement de Montréal*, [1998] R.D.I. 152 (C.Q.); *Banque Laurentienne du Canada c. Bélanger*, [1999] R.D.I. 333 (C.Q.); *Placements Rivière Gatineau inc. c. Baron*, B.E. 99-BE-836 (C.Q.).

L'obligation principale se prescrit en principe par trois ans aux termes de l'article 2925 C.c.Q. L'hypothèque, comme droit réel accessoire, n'a d'existence justifiée que du fait de l'obligation principale. L'extinction de l'obligation principale par prescription entraîne, par conséquent, la disparition de l'hypothèque, en tant que droit réel accessoire. Et cela vaut pour l'hypothèque tout autant immobilière que mobilière. Ainsi, la prescription de la créance engendre celle de l'hypothèque. Et il sera alors possible de demander la radiation de l'hypothèque sur la foi de la prescription en faisant appel à l'article 3063 C.c.Q.

La prescription ne commence à courir qu'à l'échéance de la dette ou à la déchéance de la dette. Les termes de la convention hypothécaire peuvent être déterminants. La prescription court sous réserve qu'elle n'ait été interrompue. L'interruption de prescription se produit par la reconnaissance expresse ou tacite du débiteur de l'existence de la dette. Expresse, la reconnaissance suppose évidemment un geste significatif à cet égard de la part du débiteur, dans un écrit quelconque. Tacite, la reconnaissance peut provenir d'un simple mandat confié par le débiteur à son créancier hypothécaire d'acquitter par subrogation les taxes foncières en retard. Ainsi, ce mandat suffit pour interrompre la prescription extinctive de la créance hypothécaire⁴. La prescription peut commencer à courir dès la survenance d'un défaut quelconque s'il y a déchéance conventionnelle de terme dans l'acte de prêt hypothécaire. La prescription peut aussi, d'après les termes de la convention, commencer à courir seulement à compter de la demande de remboursement d'un versement en capital ou intérêts ou de la demande de remboursement complet de l'emprunt⁵ ou même être reportée à celle de l'exercice d'un droit hypothécaire. C'est ainsi que s'exprime le tribunal dans l'affaire *Dessureault (mandataire de) c. Goulet*⁶ :

En somme, dans l'état actuel de la jurisprudence, la question se résume à savoir si, par le premier défaut, toute la dette devient automatiquement exigible. Dans l'affirmative, le délai de prescription

4 *Deguire c. Legris*, [2000] R.D.I. 498 (C.S.) (en appel).

5 *Dessureault (mandataire de) c. Goulet*, B.E. 2001BE-260 (C.S.) (en appel).

6 *Dessureault c. Goulet*, B.E. 2001BE-260 (C.S.), [2001] J.Q. n° 188 (C.S.) (en appel).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

court à compter de ce premier défaut et ce, pour toute la dette. Au cas contraire, lorsque toute la dette ne devient pas exigible automatiquement lors du premier défaut, la prescription ne commencera à courir qu'à compter du jour où le créancier optera formellement pour la déchéance du terme.

Ceci dit, revenons à notre clause qui prévoit qu'à l'advenant défaut, le créancier aura le droit d'exiger le remboursement immédiat de sa créance. Si le créancier a droit d'exiger, c'est que sa créance est exigible (art. 1508 C.c.Q.) et le droit d'action du créancier prend naissance. Le jour où le droit d'action prend naissance marque par ailleurs le point de départ de la prescription extinctive, dit l'article 2880 C.c.Q.

Carnet du praticien

Le praticien doit porter attention à la fois aux modalités de rédaction de la convention hypothécaire de même qu'aux termes des diverses prises en charge de l'hypothèque par les acquéreurs subséquents. Le délai de prescription court seulement à compter de l'échéance du prêt ou à compter de la déchéance du terme de ce prêt⁷.

Le praticien doit également conseiller adéquatement le prêteur sur l'exercice diligent de ses droits personnels et hypothécaires contre le débiteur tout particulièrement en fonction de ce délai relativement bref de trois ans de prescription extinctive.

2. OBLIGATION SUSCEPTIBLE D'ÊTRE GARANTIE PAR HYPOTHÈQUE

Le *Code civil du Québec* précise que toute obligation peut être garantie par hypothèque⁸ et ajoute que le montant de l'hypothèque doit être précisé⁹. Dans l'affaire *St-Jacques c. Mantha*, la convention hypothécaire ne circonscrit pas la créance garantie, ni quant à son montant ni quant à sa nature. L'obligation principale est plutôt décrite en ces termes :

7 Dans *Dessureault c. Goulet*, précité, le tribunal fait une brève revue des diverses clauses de déchéance de terme déjà analysées par les tribunaux.

8 Art. 2687 C.c.Q.

9 Art. 2689 C.c.Q.

L'emprunteur reconnaît par les présentes qu'il est ou qu'il pourra à l'avenir être endetté envers le créancier aux termes de certaines facilités de crédit qui lui sont présentement ou qui pourront à l'avenir lui être accordées par le créancier lorsque celui-ci le juge à propos.

Ces endettements du débiteur envers le créancier peuvent ou pourront résulter d'avances directes de fonds ou de prêts faits par le créancier au débiteur dans le cadre d'une ouverture de crédit ou de garanties, lettres de change ou autres facilités de crédit, remboursables à demande ou autrement et que le créancier peut de temps à autre, lorsqu'il le juge à propos, accorder au débiteur, étant entendu toutefois que rien au présent acte ne doit être interprété comme constituant une obligation de la part du créancier d'accorder au débiteur de tels prêts ou autres facilités de crédit.

La Cour d'appel réaffirme qu'aucune disposition du *Code civil du Québec*, pas plus d'ailleurs du *Code civil du Bas Canada*, n'exige la détermination quant à sa nature ou quant à son montant de l'obligation principale. Certaines dispositions du *Code civil du Québec* peuvent être invoquées à l'appui de la validité de l'hypothèque pour les dettes futures indéterminées, notamment, celles visant la possibilité d'assortir d'une hypothèque les dettes futures, dans l'acte constitutif de l'hypothèque aux termes de l'article 2797¹⁰ et le remboursement d'éventuels emprunts aux termes de l'article 2691. Et la Cour d'ajouter ce qui suit :

Pour être valide, l'acte d'hypothèque doit respecter les conditions suivantes : être notarié, comporter une description de l'immeuble qui est grevé, indiquer la somme déterminée pour laquelle l'hypothèque est consentie et être enregistré (maintenant publié). Je ne connais pas de disposition permettant d'ajouter à ces conditions de validité.

10 Voir pour discussion de cette question : J. AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante I », (1994-95) 97 R. du N. 450. Voir au soutien de la validité de l'hypothèque en ce cas : *St-Jacques c. Mantha*, [1999] J.Q. n° 1335 (C.A.) (jj. Mailhot, Forget et Thibault).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

Les autres créanciers pourront faire valoir leur droit si l'obligation garantie par l'hypothèque est éteinte, réduite ou inexistante.

Les tiers ne sont pas lésés puisqu'ils peuvent constater au bureau d'enregistrement (maintenant bureau de la publicité des droits réels) l'existence et l'étendue de l'hypothèque grevant l'immeuble, même s'ils ne connaissent pas la nature de l'obligation. Si l'hypothèque peut garantir le paiement d'avances futures – forcément inconnues – je ne vois pas quel préjudice les tiers pourraient subir si l'obligation actuelle n'est pas précisée dans l'acte d'hypothèque.

Cet arrêt est d'importance majeure. Il restreint les conditions de la validité de l'hypothèque immobilière essentiellement à la forme notariée, à la description suffisante de l'immeuble grevé, à la mention de la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie et enfin à l'inscription de l'acte hypothécaire. Cet arrêt vaut également dans le domaine de l'hypothèque mobilière : les conditions étant ramenées essentiellement à la description suffisante du bien grevé et de la mention du montant de l'hypothèque. Rappelons-nous que certaines décisions¹¹ avaient importé le principe français de la spécialité de la créance. Ces décisions soutenaient que l'hypothèque constituée pour garantir le remboursement de toute dette envers le créancier, directe ou indirecte, à titre d'emprunteur, d'endosseur, de caution ou autrement, porterait atteinte à la règle de la spécialité de la créance garantie; l'hypothèque ainsi constituée est invalide si elle ne se rattache pas à une créance précise. L'hypothèque en garantie de dettes futures indéterminées serait également invalide : les créanciers méritent d'être protégés en vue d'éviter une préférence frauduleuse au profit du créancier hypothécaire qui chercherait à tirer profit de la clause générale de l'affectation hypothécaire, et le débiteur a besoin de cette protection en vue d'éviter une affectation hypothécaire surprise¹².

11 Certains arrêts ont importé le principe de la spécialité de la créance. *Banque Nationale du Canada c. Gestion Gt-Mau Inc.*, [1996] R.D.I. 423 (C.S.); *St-Jacques c. Mantha*, [1994] R.D.I. 487 (C.S.); *Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*, [1984] C.S. 856.

12 *St-Jacques c. Mantha*, [1994] R.D.I. 487 (C.S.); *Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*, [1984] C.S. 856. Voir pour discussions de cette question : J. AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », (1994-95) 97 *R. du N.* 450.

Ainsi, l'hypothèque demeure valide même si le montant ou la cause de la créance n'est pas mentionné¹³; il suffit que soit mentionné le montant de l'hypothèque et non pas nécessairement la nature de l'obligation garantie¹⁴.

Carnet du praticien

L'hypothèque est encore soumise à la règle de la spécialité dans son acte constitutif : l'hypothèque doit comporter mention de la somme pour laquelle elle est constituée. Le montant est sans rapport avec la créance garantie : il peut être plus élevé ou moins élevé que la créance existante ou éventuelle. Le caractère accessoire de l'hypothèque n'est pas modifié : l'hypothèque ne vaut que sous réserve de l'existence d'une obligation principale valable.

3. PRISE EN CHARGE D'HYPOTHÈQUE ET DROIT À L'INFORMATION

Cette prise en charge d'hypothèque peut être abordée en deux volets. Le premier volet concerne la prise en charge par un acquéreur subséquent du bien hypothéqué. Cette situation peut survenir lors de l'aliénation de biens tant mobiliers¹⁵ qu'immobiliers. L'interprétation de l'ancien droit sur la nature juridique de la prise en charge de l'hypothèque est toujours d'actualité. Cette prise en charge s'inscrit dans le cadre d'une opération juridique plus globale, considérée tantôt comme une stipulation pour autrui¹⁶, tantôt comme une délégation imparfaite de paiement¹⁷, tantôt comme une subrogation implicite résultant d'une délégation de paiement¹⁸, tantôt comme une

13 Art. 2687 C.c.Q. La Cour d'appel du Québec s'est prononcée également en ce sens : *St-Jacques c. Mantha*, [1999] J.Q. n° 1335, par. 44-46 (C.A.) (J. Mailhot, Forget et Thibault).

14 *St-Jacques c. Mantha*, [1999] J.Q. n° 1335 (C.A.).

15 Nous n'aborderons pas dans ce commentaire la possibilité de prendre en charge une hypothèque qui affecte un bien mobilier. Dans la même veine, nous n'étudierons pas, dans ce commentaire, le sens de l'expression « aliéné dans le cours des activités de l'entreprise ».

16 *Proulx c. Leblanc*, [1969] R.C.S. 765; *Gervais c. Monty*, [1989] R.J.Q. 1452, 1455 (C.A.).

17 *Société immobilière Maxima c. Leclerc*, [1994] R.D.I. 6, 9 (C.A.); *Crédit Industriel Desjardins Inc. c. Les Moulins Grover Limitée*, J.E. 2001-69 (C.S.); [2000] J.Q. n° 5283 (C.S.) (en appel).

18 A. LAVALLÉE, « Questions de radiation », (1929-30) 32 R. du N. 161, 180.

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

indication de paiement. Cette situation a comme principale caractéristique que le créancier peut réclamer le paiement de l'emprunteur originaire ou de l'un quelconque des acquéreurs successifs¹⁹ ou même le réclamer de tous à la fois²⁰.

Le second volet concerne la possibilité de poursuivre le débiteur original qui a aliéné l'immeuble hypothéqué au profit d'un tiers et ce tiers qui a pris en charge l'hypothèque comme condition de la vente.

Dans l'affaire *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*²¹, Mackay emprunte de la Banque Laurentienne la somme de 111 981,25 \$ en 1992 pour un terme de 3 ans, et ce prêt a été renouvelé pour une brève période en 1995. Le 25 juillet 1995, Leone acquiert de Mackay l'immeuble pour un prix de 140 000 \$, dont 32 575,05 \$ payés comptant, et le solde de 107 424,95 \$ est pris en charge par l'acheteur Leone. Leone a bénéficié de renouvellements pour de brèves périodes de ce prêt hypothécaire. Il appert toutefois que Leone n'a pas satisfait à ses obligations monétaires et que l'immeuble fut vendu en justice pour un prix inférieur au montant de l'hypothèque. La Banque Laurentienne réclame de Mackay la différence, plus de 46 000\$ en capital, intérêts et frais.

Nous nous attarderons à trois énoncés fort intéressants rapportés dans ce jugement et qui se situent tout à fait dans la ligne de pensée de cette chronique sur l'épizootie, maladie qui n'affecte pas seulement les animaux, mais qui se propage même dans le domaine des sûretés !

Le premier énoncé, tout à fait de circonstance, concerne l'attitude du notaire instrumentant. Le tribunal reprend sans conviction, et est-ce là la seule consolation, un moyen de défense soulevé par Mackay : il semblerait que le notaire instrumentant n'ait fait mention que le vendeur, emprunteur original, demeurerait responsable de l'emprunt. Pauvre notaire

19 R. COMTOIS, « Ventes successives où l'acquéreur s'engage à payer l'hypothèque à l'acquit du vendeur », (1989-90) 92 R. du N. 354, 355.

20 *Société immobilière Maxima c. Leclerc*, [1994] R.D.I. 6, 9 (C.A.); *Caisse populaire Jean-Talon c. Pierre-Paul*, [1999] R.D.I. 435 (C.S.).

21 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [1998] A.Q. n° 3689 (C.S.).

instrumentant dans le domaine de l'hypothèque immobilière, vecteur de tous les maux et responsable de tous les manquements qui surviennent pendant l'existence de l'hypothèque. Le notaire, faut-il le rappeler, est un témoin privilégié de la convention hypothécaire; il n'est ni assureur ni caution, actuel ou éventuel, des engagements financiers des parties aux conventions qu'il reçoit dans son cabinet. Qu'il soit tenu d'informer les parties contractantes sur leurs engagements financiers réciproques, soit ! Qu'il soit couvert par une assurance responsabilité professionnelle généreuse, soit ! Que les parties contractantes se souviennent qu'elles aient été informées adéquatement, quelques années plus tard ou même quelques heures plus tard, c'est évidemment autre chose, et le notaire ne doit pas devenir le souffre-douleur des malheurs économiques des parties à un contrat notarié. Le notaire, faut-il le rappeler, est un témoin privilégié de l'engagement contractuel des parties et ne devient pas, de ce fait, partie prenante à leurs engagements contractuels à quelque titre que ce soit. Est-ce là un principe qu'on devrait rappeler systématiquement aux juges et aux plaideurs à la recherche d'une indemnisation quelconque aux déboires pathétiques d'un justiciable ?

Ce débiteur original peut-il opposer au créancier hypothécaire qu'il n'a pas été informé des difficultés financières de l'acquéreur Leone au moment des renouvellements de l'emprunt hypothécaire consentis à l'acquéreur subséquent ? Est-il possible de voir, dans le comportement de la banque, une libération du débiteur originaire ? Est-ce que le silence de la banque peut donner lieu de croire à la libération du débiteur ? C'est cette démarche qu'a retenue le tribunal.

Il ne faut pas croire que l'absence d'avis au débiteur originaire soit nécessairement un fait générateur de novation. Il y faudrait d'autres éléments répréhensibles, et nous les retrouvons dans les remarques du tribunal :

Quand le prêteur est une institution financière à laquelle le droit impose une obligation d'informer, il serait loin d'être abusif d'exiger qu'elle avise le vendeur si elle désire le conserver comme débiteur.

[...].

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

Cela ne saurait toutefois vouloir dire que l'institution financière devrait obtenir l'adhésion de son client au moment du renouvellement. Outre le fait que cela serait contraire aux conventions en la matière, une telle obligation pourrait sérieusement entraver l'activité immobilière et commerciale. Songeons en effet aux problèmes qui pourraient se produire si le vendeur et l'acquéreur devaient différer d'opinion quant aux conditions de renouvellement, sans compter le chantage auquel chacun pourrait se livrer.

Cela étant, il y a eu en l'espèce beaucoup plus qu'une absence d'information du débiteur au moment des renouvellements. D'une part, la banque a systématiquement manqué à son devoir d'informer M. Mackay de faits très importants quant aux difficultés financières de M. Leone et cela, pendant près de quinze mois.

En effet, elle a été informée dès le départ de la quasi-insolvabilité de ce dernier et elle s'est tue. Par la suite, M. Leone a eu de la difficulté à effectuer ses paiements et la banque s'est encore tue. Elle a continué à se taire lorsque ce dernier a cessé d'acquitter ses versements hypothécaires et que la dette s'est mise à croître. Elle s'est également tue lorsque la ligne téléphonique de M. Leone a été discontinuée. La banque s'est encore tue pendant plus de deux mois, alors qu'on avait décidé d'instaurer des procédures contre ce dernier. En résumé, on était au départ en présence d'une plaie financière et on a attendu, pour aviser M. Mackay, que la gangrène fût sérieusement installée.

Et tout cela s'est fait alors que M. Mackay passait à la succursale régulièrement). Il y a là une inconscience, sinon une insouciance et une désinvolture à l'égard du client, qui frôle le mépris et l'arrogance. Pour résumer, on constate que dans les faits, M. Mackay n'existait plus comme débiteur aux yeux de la banque.

D'autre part, et cela est encore plus grave, la banque a trompé M. Mackay sur ses obligations lorsqu'elle a accepté qu'il interrompît ses paiements de primes d'assurance, sans l'aviser que sa responsabilité demeurerait engagée. Toute personne raisonnable aurait évidemment conclu qu'elle n'était plus responsable de l'emprunt.

Ce sont ces comportements fautifs de l'institution financière que sanctionne le tribunal : il y a un manquement à la bonne foi inhérente à toute convention. Et le débiteur pouvait s'attendre à obtenir en temps opportun les renseignements sur l'état de la dette hypothécaire avant même la réalisation de l'immeuble hypothéqué. C'est le mutisme observé par l'institution financière qui engendre sa responsabilité et la libération du débiteur originaire sous prétexte d'une novation par changement de débiteur. Faut-il y voir une présomption de fait voulant que le débiteur originaire soit libéré du fait du silence et de l'indifférence du créancier ?

Et le troisième commentaire a traité de la nature du mécanisme juridique de la prise en paiement que le tribunal analyse comme une délégation imparfaite de paiement.

Carnet du praticien

Le praticien doit prendre garde de bien informer les parties au contrat de vente de leurs obligations respectives et de l'étendue plausible de leurs engagements respectifs.

4. DROITS HYPOTHÉCAIRES ET COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX

Cette question peut être abordée sous deux volets. Le premier volet se veut la possibilité pour les tribunaux d'entendre concurremment les recours personnel et hypothécaires contre le même débiteur. Le second volet concerne la possibilité pour la Cour du Québec d'accorder la prise en paiement d'un bien hypothéqué.

Est-il possible pour un créancier de poursuivre son débiteur sur la base d'un recours personnel alors que ce créancier a déjà entrepris ou s'apprête à entreprendre un recours hypothécaire ? Y a-t-il litispendance ? L'hypothèque, tel que définie à l'article 2660 C.c.Q., souligne le lien entre l'hypothèque, en tant que droit accessoire, et l'obligation garantie, en tant que droit principal. L'article 2748 C.c.Q. énumère les droits hypothécaires, mais prend bien garde au préalable de rappeler la possibilité, pour le créancier hypothécaire, d'exercer une action personnelle. Le caractère réel de

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

l'hypothèque donne ouverture à quatre droits hypothécaires sur le bien affecté, précisés dans la définition de l'article 2660 C.c.Q. et repris plus amplement dans l'article 2748 C.c.Q. Les tribunaux sans aucune discordance ont rappelé la nature distincte des recours personnel et hypothécaires exercés contre un même débiteur. Le créancier peut poursuivre son débiteur dans le cadre d'un recours personnel et également entreprendre concurremment ou subséquent²² l'exercice de ses droits hypothécaires : il n'y a pas alors litispendance²³. Rappelons ce que le tribunal souligne dans l'affaire *Boyer c. Société en commandite Acquiville* :

Ainsi, un créancier hypothécaire ayant déjà donné un préavis peut changer d'idée et exercer un autre recours hypothécaire. Il peut aussi changer pour un recours personnel, et dans ce cas un préavis n'est pas exigé.

D'ailleurs il a toujours la possibilité d'exercer un recours personnel, car il est avant tout un créancier ordinaire indépendamment de sa situation de créancier hypothécaire. C'est sa créance, et non son hypothèque, qui lui attribue le droit à un recours personnel.

Le délaissement ne peut faire échec à un recours personnel postérieur, car il n'est nécessaire que pour l'exercice d'un recours hypothécaire.

Nulle part dans la jurisprudence il n'est fait mention qu'un créancier ne puisse tenter un recours personnel suite au délaissement du débiteur. D'autant plus que l'objet du recours personnel n'est pas le même que celui des recours hypothécaires, bien sûr.

[...]

22 *Banque Toronto Dominion c. Dhillon*, [1997] A.Q. n° 3722, REJB 97-03571, [1998] R.R.A. 226 (C.S.); *Services immobiliers Simmco D.P. inc. c. Sansoucy*, [2000] J.Q. n° 1691 (C.A.) .

23 *Banque fédérale de Développement c. Pois Chic Inc.*, [1995] R.D.I. 90 (C.S.); *Boyer c. Société en commandite Acquiville*, [1996] R.J.Q. 748 (C.S.); *Entreprises Pierre Poirier inc. c. Mitchell*, [2000] J.Q. n° 1196 (C.Q.).

*En tant que garantie supplémentaire, l'hypothèque ne doit d'aucune façon empêcher le recouvrement de la créance par le biais d'un recours de droit commun.*²⁴

Les droits hypothécaires ne produisent pas nécessairement les mêmes effets juridiques. Il importe de bien distinguer la prise en paiement du bien hypothéqué des autres droits comme la vente par le créancier, la vente sous autorité de justice et la prise en possession pour fins d'administration. La prise en paiement éteint l'obligation principale et ne permet plus, dès sa survenance, l'exercice quelconque d'un droit personnel. La réalisation du bien à la demande du créancier, soit sous sa propre initiative, soit sous contrôle de justice, laisse subsister le recours personnel contre le débiteur pour ce qui n'a pas été acquitté de la dette principale à même le prix de réalisation. La prise en possession pour fins d'administration n'est pas en soi un recours en exécution, mais plutôt un remède rapide face à une situation financière alarmante du débiteur.

Quant au second volet sur la compétence de la Cour du Québec d'entendre une requête en délaissement pour prise en paiement, c'est là une question qui n'est pas nouvelle. Elle existait sous diverses facettes dans l'ancien droit. Voilà donc qu'elle réapparaît sous le nouveau *Code civil du Québec*. Nous aurions pensé le débat clos par la décision de première instance alors que le tribunal analyse comme compétent le tribunal de première instance d'après le montant réclamé à titre d'obligation principale et non d'après la valeur du bien en cause, tout particulièrement s'il s'agit d'une prise en paiement²⁵. Cette interprétation présente une application cohérente des divers droits hypothécaires que peuvent exercer les divers créanciers hypothécaires. Le tribunal avait mis l'accent sur la source différente de la dation en paiement sous l'ancien Code et de la prise en paiement sous le nouveau Code. Sous l'ancien Code, la dation en paiement prenait appui dans une stipulation contractuelle de dation en paiement conditionnelle et rétroactive du bien hypothéqué. Sous le nouveau Code, c'est la loi qui confère la possibilité au créancier hypothécaire de prendre le bien en paiement, et cela, comme tout autre recours qu'il peut exercer. Et le tribunal d'ajouter en appui à sa décision ce qui suit :

24 *Boyer c. Société en commandite Acquiville*, [1996] R.J.Q. 748 (C.S.).

25 *Stepner c. Popovick*, [1996] R.J.Q. 1724, [1996] R.D.I. 459 (C.S.).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

Le jugement de délaissement, même lorsque le recours hypothécaire choisi par le requérant est la prise en paiement, n'est donc pas équivalent à un jugement rendu, sous l'ancien droit, relativement à une action en dation en paiement où celui-ci avait pour première finalité de déclarer le demandeur propriétaire irrévocable de l'immeuble, depuis la date de la clause de dation en paiement (art. 1040 b) C.c.B.c.). Par conséquent, sous l'ancien droit, l'objet de l'action était l'immeuble et sa valeur déterminait laquelle de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec, était le tribunal compétent. Tel qu'indique au paragraphe précédent, ce n'est pas le cas sous le nouveau droit, puisque le jugement de délaissement ne déclare pas le requérant propriétaire de l'immeuble hypothéqué, mais ne fait qu'ordonner au détenteur d'abandonner le bien, afin que le créancier puisse le prendre en paiement, conformément à la loi.

L'article 2781 C.c.Q., 2^e alinéa, mentionne certes que « le jugement en délaissement ou l'acte volontairement consenti, constitue le titre de propriété du créancier », mais cela ne signifie pas que ce jugement est déclaratoire de propriété, mais plutôt que le jugement en délaissement est le document qui remplace l'acte volontairement consenti lorsque le créancier ne résiste pas. Or, cet acte volontairement consenti est exigé à l'article 2764 C.c.Q. pour constater que « celui contre qui le droit hypothécaire est exercé, abandonne le bien au créancier afin qu'il en prenne possession ». Autrement dit, dans un acte volontaire, le détenteur de l'immeuble ne transfère pas la propriété du bien au créancier par dation en paiement, mais confirme uniquement son abandon de l'immeuble. C'est par la combinaison du préavis et de l'abandon (volontairement consenti dans un acte ou forcé par effet du jugement) que la prise en paiement a lieu, laquelle, de par la loi, opère alors transfert de propriété (art. 2783 C.c.Q.).

Ce n'est que lorsque le processus est complété, i.e. lorsque le débiteur hypothécaire a abandonné l'immeuble en faveur du requérant dans le délai imparti et de la manière fixée par le jugement, ou encore a été expulsé de force, que la prise en paiement s'effectue. À ce moment uniquement, la dette est éteinte au sens de l'article 2782 C.c.Q.

Il n'en est rien. La Cour d'appel du Québec dans un jugement rédigé par M. le juge Chamberland ressuscite un vieux débat et prenant appui tantôt sur l'article 3069 C.c.Q. tantôt sur l'article 2761 C.c.Q., M. le juge Chamberland ajoute ce qui suit :

Il y a donc, à mon avis, et contrairement à ce qu'affirme la Cour supérieure dans l'affaire Stepner, coïncidence juridique entre le jugement en délaissement et la prise en paiement. Or, la prise en paiement éteint l'obligation (article 2782 C.c.Q.) et consacre le droit de propriété du créancier à compter de l'inscription du préavis (article 2783 C.C.Q.). Il y a donc coïncidence ou simultanéité juridique entre le jugement en délaissement, la prise en paiement et le transfert de la propriété au créancier. Il est également erroné de dire que la prise en paiement ne s'effectue que lorsque le débiteur hypothécaire a abandonné le bien dans le délai et de la manière fixés par le jugement en délaissement; autrement dit, l'abandon physique du bien, qu'il soit volontaire ou forcé, n'a rien à voir avec son délaissement juridique.

Finalement, le second alinéa de l'article 2781 C.c.Q. édicte que "le jugement en délaissement [...] constitue le titre de propriété du créancier". Dans ce contexte, il me semble erroné d'affirmer que la finalité première du jugement en délaissement est d'ordonner le délaissement de l'immeuble hypothéqué sans dire que la finalité du jugement en délaissement est également d'entraîner, par son seul effet, la prise en paiement du bien sujet à la sûreté, l'extinction de l'obligation et un changement dans la propriété de ce bien, rétroactivement à la date d'inscription du préavis.

Je conclus donc que les règles concernant la détermination de la juridiction compétente pour décider d'une requête en délaissement forcé à des fins de prise en paiement ne sont pas différentes de celles qui s'appliquaient en matière de recours en dation en paiement. Le choix de la juridiction compétente dépend donc, encore aujourd'hui, de la valeur du bien hypothéqué, meuble ou immeuble, et non du solde dû au créancier²⁶.

Voilà donc le débat relancé et là où la décision Stepner avait rétabli une cohérence dans la compétence des tribunaux

26 Summerside c. Turnberry, syndicat de copropriétaires, [2000] R.J.Q. 693 (C.A.).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

de première instance, la décision *Turnberry* sème un degré de confusion juridictionnel qu'aiment d'ailleurs entretenir les tribunaux et les plaideurs, dans la spirale inflationniste des coûts judiciaires. Ce qui est d'autant plus intéressant en ce cas, c'est l'effet qu'accorde au jugement en délaissement l'arrêt *Turnberry* de la Cour d'appel du Québec. Le jugement en délaissement constitue le titre de propriété du créancier en conformité de l'article 2781 C.c.Q. au dire de la Cour d'appel du Québec contrairement à la décision du tribunal de première instance qui voit le titre final du créancier découler d'une double procédure, le préavis et l'abandon (volontairement consenti dans un acte ou forcé par effet du jugement) que survient la prise en paiement comme transfert de propriété (art. 2783 C.c.Q.).

Cette analyse de la Cour d'appel du Québec sur l'existence du titre de propriété de la prise en paiement est d'importance capitale : c'est le jugement en délaissement qui constitue le titre de propriété du créancier²⁷.

Carnet du praticien

Le praticien est incité à se rappeler les règles de compétence des tribunaux de première instance, notamment dans le domaine des droits hypothécaires.

Le praticien doit se rappeler que le titre de propriété prend appui dans l'acte de délaissement volontairement consenti²⁸ ou dans le jugement à cet effet.

27 Voir au même effet : *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Banque nationale du Canada*, [1997] R.J.Q. 2873 (C.Q.) confirmé par [1999] J.Q. n° 1213 (C.A.); [1999] R.J.Q. 950 (J.-J. Chamberland, Robert et Letarte); Denise PRATTE, « La prise en paiement : comment et quand s'effectue-t-elle ? », (1999) 33 *R.J.T.* 501 et suiv. et l'auteure est citée avec approbation dans *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Standard Life Assurance Co.*, (2001) R.J.Q. 587, (2001) R.D.I. 235 (C.A.).

28 Pour discussion de questions soulevées par une doctrine et une jurisprudence parfois divergentes sur le délaissement, avant ou après le délai de soixante ou de vingt jours, selon le cas : voir Denise PRATTE, « La prise en paiement : comment et quand s'effectue-t-elle ? », (1999) 33 *R.J.T.* 501 et suiv.

5. HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA CONSTRUCTION ET DE LA RÉNOVATION ET REFUS DE L'ENRICHISSEMENT INJUSTIFIÉ

Le bénéficiaire de l'hypothèque légale de la construction et de la rénovation peut-il invoquer comme recours subsidiaire l'enrichissement injustifié du propriétaire de l'immeuble, notamment s'il est privé de ses droits hypothécaires pour quelque raison que ce soit ? Dans l'affaire *Construction P. Demers inc. c. Bertrand*²⁹, un entrepreneur de construction fait des travaux importants de rénovation à la demande d'un locataire et réclame du propriétaire de l'immeuble le paiement des travaux. Deux points sont à souligner en ce cas. D'abord, le bénéficiaire de l'hypothèque légale de la construction ne peut vraiment invoquer ses droits à son hypothèque légale que s'il agit à la demande du propriétaire ou d'un mandataire dûment autorisé. La Cour d'appel du Québec rappelle, à bon droit, que les travaux exécutés à la demande d'un locataire ne donnent pas lieu à l'hypothèque légale de la construction et de la rénovation³⁰. Puis, la deuxième question, plus pertinente, concerne la possibilité pour l'entrepreneur en construction, faute d'avoir pu bénéficier de l'hypothèque légale de la construction, d'invoquer alors l'enrichissement injustifié du propriétaire de l'immeuble. Dans le cas sous étude, l'entrepreneur en construction n'a fait aucune vérification préalablement à l'exécution des travaux; il aurait sans doute découvert que son cocontractant était locataire et non pas propriétaire de l'immeuble amélioré. Il a donc été négligent dans la protection de ses droits faute de s'être informé convenablement sur la qualité de son cocontractant. Il ne peut prétendre invoquer l'enrichissement injustifié.

Le *Code civil du Québec* a codifié les conditions d'existence de l'enrichissement injustifié. Il reprend, pour l'essentiel, les conditions habituellement énoncées en doctrine et en jurisprudence sous l'ancien droit. C'est dans l'arrêt *Cie immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*³¹, que la Cour suprême du Canada a énoncé les cinq conditions que requiert l'enrichissement injustifié :

29 *Construction P. Demers inc. c. Bertrand*, [2001] J.Q. n° 1443 (C.A.).

30 *Industries Providair inc. c. Kolomeir*, [1988] 1 R.C.S.1132.

31 *Cie immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67.

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

La plupart des autorités, mais non pas toutes, reconnaissent que le recours pour enrichissement injustifié est soumis à l'existence des conditions suivantes : 1. un enrichissement; 2. un appauvrissement; 3. une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement; 4. l'absence de justification; 5. l'absence de fraude à la loi et 6. l'absence d'autre recours.

Lorsque ces conditions se trouvent réunies, le recours est maintenu pour la moindre des deux sommes, l'enrichissement ou l'appauvrissement.

La Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cie Immobilière Viger* ne s'est pas attardée, pas plus que la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Construction P. Demers inc.*, au caractère subsidiaire de l'enrichissement injustifié. Ce recours, d'après la doctrine usuelle dans le droit des obligations, n'est admis qu'en l'absence d'autres recours³². Et il serait possible de voir dans l'article 1494 C.c.Q. une reconnaissance de cette subsidiarité de l'enrichissement injustifié : l'existence d'un recours étant une justification à l'enrichissement³³. La Cour d'appel du Québec analyse le comportement négligent de l'entrepreneur comme la raison d'être de la perte de ses droits; elle le prive donc de tout recours contre le propriétaire de l'immeuble amélioré sans avoir besoin de se prononcer sur les autres caractéristiques de l'enrichissement injustifié.

Carnet du praticien

C'est le rappel que l'entrepreneur, qui fait affaires avec un locataire pour l'exécution de travaux, ne bénéficie pas d'une hypothèque légale de la construction et de la rénovation; à ce principe bien établi, il faut ajouter qu'il n'est pas permis à l'entrepreneur d'invoquer l'enrichissement injustifié s'il a négligé de se protéger adéquatement sur le plan juridique.

32 Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 484, n° 274.

33 Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit québécois des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 819 et suiv.

6. HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA CONSTRUCTION ET DÉLAI D'EXERCICE DES DROITS HYPOTHÉCAIRES

L'hypothèque légale peut être radiée à la demande de tout intéressé³⁴. L'hypothèque légale de la construction peut être radiée par application des articles 804 C.p.c. et 3063 C.c.Q. Elle peut être radiée si elle est inscrite par une personne qui ne peut en être bénéficiaire, en l'absence de qualité requise³⁵. Elle peut l'être également si l'examen des faits et des documents révèle l'absence évidente de plus-value donnée à l'immeuble³⁶.

Quant à la péremption de l'hypothèque légale, est-il nécessaire de donner préséance à l'article 3061 C.c.Q. sur l'article 2727 C.c.Q. ? Voilà encore une querelle ancienne qui refait surface. Dans l'affaire *Barclays Corp. c. Desnoyers*³⁷, la Cour d'appel du Québec le croit, à tout le moins dans un jugement majoritaire : elle donne préséance à l'article 2727 al. 3 C.c.Q. et enlève toute raison d'être à l'article 3061 en l'absence de fin des travaux. Dans le jugement dissident rendu par M. le juge Beauregard, jugement qui nous paraît plus conforme à l'esprit du droit et plus près du sens des articles concernés, M. le juge Beauregard insiste sur l'absence de contradiction entre l'article 2727 C.c.Q. et 3061 C.c.Q. Les objectifs poursuivis par ces dispositions ne sont pas les mêmes. Les dispositions au titre des hypothèques légales visent l'existence, la conservation et l'extinction de ce type d'hypothèque. La disposition au titre de la radiation des droits réels traite d'un motif additionnel de la disparition de l'hypothèque légale : la péremption de l'hypothèque légale.

34 Art. 3061 C.c.Q.

35 *119431 Canada Ltée c. Corp. immobilière Aurée entrepreneurs généraux Inc.*, [1989] R.D.J. 111 (C.A.).

36 *Construction Éclair Inc. c. Décor Alliance Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-017302-900, 11 janvier 1991, pp. 2-3, citée par *Constructions Sicor Inc. c. 2944-9519 Québec Inc.*, [1994] R.D.I. 379, 383 (C.S.).

37 *Barclays Corp. c. Desnoyers*, [1997] R.J.Q. 2384 (C.A.) (jj. Fish, Rousseau-Houle et Beauregard, dissident); *Banque Barclays du Canada c. Nicolet (Ville)*, [1998] A.Q. n° 2517 (C.S.), par. 16 et suiv; *Caisse populaire de Labelle c. A. Alarie Électrique Inc.*, [1996] R.J.Q. 478 (C.S.).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

L'art. 2727 concerne à toutes fins utiles la prescription du recours hypothécaire tandis que l'art. 3061 traite de la péremption de l'inscription. Une fois l'inscription périmée, le droit à l'hypothèque subsiste, si, par ailleurs, ce droit n'est pas éteint.

Je n'arrive pas à réfuter l'argumentation des appelantes.

Je ne vois aucune incongruité apparente entre le fait qu'une hypothèque ne s'éteint que par l'expiration de six mois après la fin des travaux, sauf s'il y a publication d'une action ou d'un préavis, et le fait qu'une inscription non suivie de la publication d'une action ou d'un préavis dans les six mois soit périmée.

En l'absence d'une incongruité apparente entre les articles 2727 et 3061, je ne vois évidemment pas la nécessité de donner préséance à l'art. 2727, ou de reformuler l'art. 3061.

D'autre part, je partage l'avis des appelantes qu'en reformulant l'art. 3061 de la façon suggérée par mes collègues, on dénature la tâche de l'officier : on le charge, présument à l'intérieur d'un débat contradictoire, de déterminer la date de la fin des travaux, alors que l'art. 3061 ne lui confie que la tâche de constater, sans un débat contradictoire, l'absence de la publication d'une action ou d'un préavis dans les six mois qui ont suivi l'inscription.

L'article 3061 a été modifié; l'alinéa premier se lit désormais ainsi :

L'inscription de l'hypothèque légale des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble est radiée, à la réquisition de tout intéressé, lorsque dans les six mois qui suivent soit la date de l'inscription, soit la date de la fin des travaux, selon la dernière éventualité, aucune action n'a été intentée et publiée ou aucun préavis d'exercice d'un droit hypothécaire n'a été publié; la réquisition doit faire état de ces causes de radiation et être accompagnée d'une preuve qu'elle a été signifiée aux créanciers au moins dix jours précédant sa présentation à l'officier de la publicité des droits³⁸.

Depuis le 5 décembre 2000, le législateur a préféré favoriser le créancier bénéficiaire de l'hypothèque légale de la construction³⁹. L'inscription peut être périmée, et la radiation peut être demandée si le bénéficiaire n'a pas intenté et publié une action ou inscrit un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire dans les six mois, soit de la date de la fin des travaux, soit de la date de l'inscription de l'avis initial, selon la dernière éventualité⁴⁰. Ajoutons également que la modification demande la preuve de la signification aux créanciers de la demande de radiation qui sera présentée à l'officier de la publicité des droits.

Carnet du praticien

Les créanciers visés par la demande en radiation fondée sur la péremption ont droit à la signification préalable de la demande en radiation.

7. HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE ET BIENS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE HYPOTHÉQUÉS

La reconnaissance de l'hypothèque mobilière a modifié considérablement le domaine des sûretés mobilières. Les biens affectés peuvent être mobiliers, soit corporels, soit incorporels. Les biens d'entreprise ne souffrent pas d'exclusion; les modalités d'inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers peuvent toutefois varier. Les personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise ne peuvent toutefois consentir une hypothèque mobilière sans dépossession. C'était là tout au moins l'état du nouveau droit à sa mise en

38 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42, art. 79.

39 *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42 art. 80 (entré en vigueur le 5 décembre 2000).

40 Art. 3061 C.c.Q. et art. 2727, al. 3 C.c.Q. L'article 3061 a été modifié par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42 art. 80 (entré en vigueur le 5 décembre 2000).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

vigueur. La réforme entrée en vigueur en septembre 1999 accorde toutefois la possibilité pour le consommateur de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession sur des biens d'importance, pour la plupart identifiés dans le règlement général sur le registre mobilier. Il n'en demeure pas moins que l'inscription au nom est la règle, et l'inscription contre le bien, l'exception.

On se demande parfois si les droits de propriété littéraire, scientifique ou commerciale peuvent être hypothéqués ? Dans l'affaire *C.E.G.E.P. de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance inc.*⁴¹, le tribunal répond dans l'affirmative, et pourquoi pas ! Les dispositions du *Code civil du Québec* n'excluent pas certaines espèces de biens de l'hypothèque mobilière. Ces dispositions traitent plutôt de biens meubles, de biens corporels ou incorporels, de biens compris dans une universalité. Il est même possible d'y retracer une énumération de biens compris dans une universalité susceptibles d'être hypothéqués tels les animaux, les matériels d'outillage, les brevets et les marques de commerce, énumération qualifiée simplement d'illustrative et non pas de limitative des biens susceptibles d'être hypothéqués.

On se demande également si l'hypothèque mobilière peut, lorsqu'elle est avec dépossession, porter sur des titres incorporels, négociables ou non ? C'est une question qui a son importance. Un particulier qui vient de vendre sa résidence peut-il consentir une hypothèque mobilière sur le solde de prix de vente qui lui est encore dû en vue de financer un autre achat majeur ? Ce qui était possible sous l'ancien droit par le jeu de la cession de créance en garantie ne serait donc pas permis sous le nouveau droit si l'hypothèque mobilière avec dépossession est limitée, en ce qui concerne les biens incorporels, aux seuls biens négociables.

Le débat est relativement simple. Il peut être discuté sous deux volets (1) l'intention du législateur et (2) l'analyse exégétique des textes. Il nous semble que le législateur n'avait

41 *C.E.G.E.P. de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance inc.*, [2001] J.Q. n° 4381(C.S.).

pas l'intention de restreindre le domaine de l'hypothèque mobilière avec dépossession dans le cas des biens incorporels aux seuls titres négociables. Rappelons-nous que, sous l'ancien droit, le gage pouvait grever toutes espèces de créances, négociables ou non par endossement et délivrance ou par délivrance seulement. Le gage puisait alors sa force dans la possession, et celle-ci se manifestait alors pour les créances d'après les modalités des cessions de créances. C'était le jeu de l'article 1578 C.c.B.C.⁴². Les règles du nouveau droit rendent possible l'hypothèque mobilière sans dépossession; elles ne visent pas nécessairement à restreindre le domaine d'application de l'hypothèque mobilière avec dépossession. Il est vrai que le nouveau droit ne reprend pas de règle identique à l'article 1578 C.c.B.C., et pour cause, la signification n'est pas mesure de publicité face aux tiers dans le domaine des sûretés mobilières, mais l'inscription au registre mobilier. Quant à l'analyse exégétique des textes, certains textes, comme l'article 2708 qui prévoit que l'hypothèque mobilière peut grever « des biens représentés par un connaissance ou un autre titre négociable » ou « des créances » et l'article 2710 qui veut que l'hypothèque mobilière avec dépossession puisse affecter autant une créance qu'une universalité de créances. Est-ce possible dès lors d'affirmer catégoriquement que l'hypothèque mobilière avec dépossession exclut les titres non négociables par endossement et délivrance ou par délivrance seulement ? Dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*⁴³, la Cour d'appel n'admet pas la possibilité pour un certificat de dépôt non négociable d'être hypothéqué par la voie d'une hypothèque avec dépossession.

42 Voir pour étude de cette question : P. CIOTOLA, « Les cessions de créances : modalités de réalisation et conflits de collocations », (1982-83) 17 *R.J.T.* 365 et suiv.; M. DESCHAMPS, « Le Syndic : Un Successeur du Débiteur ? Un Cessionnaire ? Un Représentant des Créanciers ? », [1985] *Meredith Mem. Lect.* 245.

43 *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2001] J.Q. n° 61 (C.A.). Cet arrêt infirme le jugement de première instance (*Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [1999] J.Q. n° 907 (C.S.), J.E. 99-803) qui favorise une interprétation libérale du terme « titre ». Le tribunal de première instance souligne même que « [C]e certificat de dépôt doit être assimilé à une note de crédit qu'une personne peut détenir contre un commerçant. Même si ce crédit ne peut être encaissé que chez le commerçant émetteur, son titre peut être hypothéqué par dépossession par son détenteur. Dans le présent cas, en plus, Fiducie du Québec a acquiescé à cette cession en garantie d'une hypothèque mobilière avec dépossession. »

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

Carnet du praticien

Le praticien doit évidemment suivre cette interprétation restrictive de la Cour d'appel du Québec en ce qui concerne les titres susceptibles d'être hypothéqués dans le cadre d'une hypothèque mobilière avec dépossession.

8. HYPOTHÈQUE DES LOYERS ET DISTINCTION AVEC D'AUTRES DROITS HYPOTHÉCAIRES

La convention hypothécaire relativement à un immeuble comporte habituellement une clause d'affectation hypothécaire des loyers.

Rappelons, ce qui nous semble, quatre principes fondamentaux sur cette question.

(1) Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque sur des loyers est essentiellement un créancier bénéficiaire d'une hypothèque et il ne jouit pas d'un droit de propriété. L'hypothèque ne dépouille pas le constituant de son droit de propriété (art. 2733 C.c.Q.). Dans l'affaire *Industrielle-Alliance, cie d'assurance sur la vie c. Québec (sous-ministre du Revenu)*, le juge Forget souligne à juste titre ce qui suit :

Les articles 2743 et s. C.c.Q. permettent simplement au créancier, titulaire d'une hypothèque de créance, de percevoir les revenus, mais ne lui en octroient pas la propriété. D'ailleurs, si le créancier hypothécaire était propriétaire des revenus, il ne serait pas nécessaire de l'autoriser par l'article 2743 C.c.Q. à les percevoir et, dans un tel cas, pourquoi le dégager de l'obligation « d'agir en justice » et l'obliger à « informer le constituant de toute irrégularité dans le paiement des sommes exigibles sur ses droits » ?

(...)

Aucun article du Code civil du Québec ne dit ni ne laisse entendre que le créancier qui détient une hypothèque sur loyers serait propriétaire de ces loyers. Au contraire, le Code civil du Québec, à son article 1801, interdit même la clause selon laquelle le créancier se réserverait le droit de devenir propriétaire d'un bien...⁴⁴.

Les droits du créancier hypothécaire sur les loyers ne diffèrent pas des droits qu'un créancier hypothécaire peut détenir sur l'immeuble.

(2) Il est également un créancier bénéficiaire d'une hypothèque sur une créance. La nature mobilière de la créance n'est pas altérée sur le plan juridique; la créance en tant que principal demeure mobilière. L'hypothèque, en tant qu'accèssoire, mais en raison d'une fiction spécifique de la loi, est immobilière. Cette hypothèque est, par présomption de la loi, immobilière en tant que garantie hypothécaire. Toujours dans cette même décision *Industrielle-Alliance*, M. le juge Brossard analyse la nature juridique de l'hypothèque des loyers ainsi :

Ces deux articles ont-ils comme effet de conférer à la créance même sur les loyers d'immeuble un caractère immobilier du seul fait qu'ils sont grevés d'une hypothèque résultant de la clause de transport des loyers contenue dans l'acte de prêt hypothécaire? Le juge LeBel conclut dans l'affirmative alors que le juge Forget conclut dans la négative. C'est la seule des questions en litige qui les sépare mais elle est d'importance puisqu'elle entraîne des conclusions contradictoires quant à l'issue des pourvois.

(...)

Les deux opinions contradictoires de mes collègues à ce sujet sont aussi séduisantes l'une que l'autre et la logique de leur raisonnement respectif tout aussi susceptible d'entraîner l'adhésion et pourtant, l'une des deux est nécessairement erronée. Avec beaucoup d'égards pour mon collègue le juge LeBel, il me semble que c'est la sienne qui mérite malheureusement ce qualificatif.

(...)

(L)e raisonnement du juge LeBel, tout rigoureux et juridique soit-il, est fondé sur la seule prémisse du désir de concilier le texte et

44 *Industrielle-Alliance, cie d'assurance sur la vie c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1997] A.Q. n° 3551 (C.A.).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

*l'intention du législateur, par une interprétation dont l'un des effets serait de remédier aux incongruités apparentes dans les conséquences concrètes et pratiques de l'autre interprétation. Il me paraît cependant violer un principe encore plus fondamental de notre droit, soit que c'est l'accessoire qui suit le principal, et non l'inverse, à moins d'une disposition légale expresse, claire et non ambiguë.*⁴⁵

Cette analyse avait comme conséquence que l'hypothèque sur les loyers inscrite au registre foncier ne constituait pas un obstacle à l'exercice par l'État provincial de sa priorité pour dettes fiscales sur les biens meubles de son débiteur et, de ce fait, sur les loyers, demeurant en leur essence un bien meuble.

(3) Le créancier hypothécaire ne se trouve pas à exercer un droit hypothécaire du seul fait de la perception des loyers et cette perception des loyers n'équivaut pas à une prise en possession pour fins d'administration.

*Enfin, je signale que ce droit de perception, selon trois juges de la Cour supérieure ne constitue pas un exercice du droit hypothécaire - d'ailleurs les articles 2743 à 2747 C.c.Q. ne se retrouvent pas au chapitre cinquième traitant de l'exercice des droits hypothécaires - et, en conséquence, le retrait d'autorisation de percevoir n'exigerait pas le préavis d'exercice prévu aux articles 2757 et s. C.c.Q.*⁴⁶

45 *Industrielle-Alliance, cie d'assurance sur la vie c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1997] A.Q. n° 3551 (C.A.).

46 *Industrielle-Alliance, cie d'assurance sur la vie c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1997] A.Q. n° 3551, REJB 97-0304 (C.A.) (J. Forget et Brossard, J. LeBel, dissident); *Assurance-vie Desjardins Inc. c. 172349 Canada Inc.*, [1994] R.J.Q. 2317 (C.S.); *Barakaris c. Caisse populaire St-Norbert de Chomedey*, [1997] R.J.Q. 1031 (C.S.); *Decelles Investments c. 176083 Canada Inc.*, [1996] R.J.Q. 385 (C.S.); *Investissements Lambert-Closse Ltée c. Gentra Canada Investments Inc.*, [1995] R.J.Q. 2607 (C.S.).

Le créancier hypothécaire peut accomplir ces actes de simple administration en raison de l'article 2743 et de l'article 2734; il ne peut exercer la prise en paiement de l'immeuble s'il obtient, du fait de la perception des loyers, le paiement de sa créance⁴⁷.

(4) Les créanciers hypothécaires voient leur rang déterminé essentiellement par la date initiale d'inscription de leur hypothèque respective sur les loyers. Ainsi, il peut y avoir deux créanciers bénéficiaires d'une hypothèque de loyer; leur rang est déterminé par la date de l'inscription respective de leur hypothèque des loyers. Ils peuvent avoir tous deux consentis au débiteur hypothécaire le droit de percevoir les loyers de l'immeuble. Si le créancier hypothécaire de second rang exerce son droit de perception des loyers et inscrit à cet effet un avis de retrait sans que le créancier hypothécaire de premier rang ne se manifeste d'une quelconque façon, le droit de percevoir les loyers revient donc au créancier hypothécaire de second rang sous réserve toutefois de la prérogative conférée au créancier hypothécaire de premier rang de se prévaloir également de cette possibilité. Et qu'en est-il des droits du créancier hypothécaire de se prévaloir de son hypothèque des loyers et peut-il invoquer l'antériorité de son rang pour demander le remboursement des loyers perçus par le créancier hypothécaire de second rang ? Il est évident que le créancier hypothécaire de premier rang peut se prévaloir de son droit de perception des loyers en conformité du rang que lui confère la date d'inscription de son hypothèque et non de l'avis de retrait. Le créancier hypothécaire de premier rang a consenti en ne percevant pas les loyers lui-même à ce que le débiteur hypothécaire ou un ayant droit tel un créancier hypothécaire de second rang qui a émis un avis de retrait puisse percevoir les loyers jusqu'à ce qu'il exerce lui-même son droit de retrait. Ainsi, le créancier hypothécaire de premier rang ne peut exiger le remboursement des loyers ainsi perçus par un créancier de rang inférieur. C'est d'ailleurs la solution retenue par la Cour d'appel dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de St-Albert-Le-Grand*⁴⁸.

47 *Beaudin c. Freitas*, J.E. 95-815 (C.S.).

48 Voir pour discussion de cette situation : *Caisse populaire de St-Albert-Le-Grand c. Banque Royale du Canada*, [1997] R.J.Q. 195 (C.Q.) (infirmé [2000] R.J.Q. 679 (C.A.); *Société générale (Canada) c. Gestion Segi Ltée*, B.E. 98 BE-679, REJB 98-06099 (C.Q.).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

Carnet du praticien

Les parties peuvent définir certaines modalités de l'hypothèque des loyers. Il importe de se rappeler la fiction juridique sur la nature de l'hypothèque des loyers de même que de bien distinguer entre la date d'opposabilité et la date de retrait de perception. Le créancier hypothécaire doit prêter une attention particulière à la date d'inscription de l'hypothèque des loyers qui est déterminante dans l'établissement du rang des hypothèques des loyers.

9. PRISE EN PAIEMENT DU BIEN HYPOTHÉQUÉ

La prise en paiement du bien hypothéqué soulève deux questions majeures qui ont trait à ses caractères extinctif et rétroactif.

A. le caractère extinctif de la prise en paiement

La prise en paiement éteint l'obligation principale. Elle est exercée contre le bien qu'a hypothéqué le débiteur principal de la dette. Elle éteint alors toutes les obligations encourues par le débiteur. Elle fait disparaître toutes les garanties accessoires que comporte le prêt hypothécaire. Il est donc possible de signaler deux garanties accessoires souvent stipulées dans le cadre d'un financement hypothécaire, soit l'affectation hypothécaire des loyers de l'immeuble concerné soit le cautionnement personnel en provenance de tiers. En ces cas, hypothèque des loyers et cautionnement personnel constituent des garanties additionnelles, indépendantes et soumises à leur propre régime juridique. Or, la prise en paiement du fait qu'elle éteint la dette supprime toute raison d'être aux garanties accessoires. Ces garanties additionnelles sont, de ce fait, éteintes du fait de la disparition de l'obligation principale ou du fait de son paiement. Ces principes sont souvent rappelés comme évidence dans les décisions jurisprudentielles, mais les faits parfois complexes dissimulent l'évidence. Jeu probable de plaidoirie ! Jeu pas nécessairement inextricable ! Jeu épizootique ! Pourquoi pas ?

Dans l'affaire *Compagnie Montreal Trust c. 2947-9516 Inc.*, l'emprunteur consent, par acte distinct, un transport de

loyers comme garantie additionnelle à un emprunt hypothécaire de premier rang. Deux événements majeurs surviennent par la suite⁴⁹ : le prêteur hypothécaire de second rang prend en paiement l'immeuble aux termes d'une clause de dation en paiement, et l'un des locataires obtient la résiliation du bail. Le prêteur hypothécaire de premier rang se prévaut quelques mois plus tard de la prise en paiement en conformité du nouveau *Code civil du Québec*. Le tribunal analyse ainsi la situation :

Les droits du Montréal Trust aux loyers de Place Hérélle lui résultent essentiellement de son statut de prêteur hypothécaire, (...). Ces droits se sont éteints vis-à-vis de 2947 par la prise en paiement de l'immeuble.

Rien n'obligeait le Trust à procéder par prise en paiement de l'immeuble pour exercer ses droits hypothécaires. Il pouvait également en prendre possession pour l'administrer, le faire vendre sous contrôle de justice ou obtenir l'autorisation de le vendre lui-même. Cela lui aurait permis de réclamer le solde de la créance de la part de sa débitrice, advenant que la vente eût rapporté moins que le montant total de cette créance. En choisissant en revanche d'exercer un recours de prise en paiement, en pleine connaissance de la résiliation du bail de Lévesque en 1993, le Trust fait en sorte que toutes les obligations prises par 2947 à son égard se sont éteintes avec les prêts hypothécaires dans le cadre desquels la prise en paiement s'est effectuée. On l'a vu plus haut, l'acte de cession n'était qu'un accessoire, une garantie additionnelle donnée pour assurer l'exécution des obligations souscrites par l'emprunteur aux termes de ses actes de prêts hypothécaires. Les prêts hypothécaires et les obligations en découlant sont éteints par la prise en paiement, il en ira de même de leur accessoire, l'acte de cession de loyers : article 2797 C.c.Q.⁵⁰

49 Nous précisons toutefois que ces événements sont survenus avant le 1^{er} janvier 1994, mais cela est dénué d'intérêt pour les fins de ce commentaire.

50 *Compagnie Montreal Trust c. 2947-9516 Inc.*, J.E. 99-250 (C.S.). (Nous avons omis les références citées en appui par le tribunal.)

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

La prise en paiement a également comme conséquence inévitable de libérer la caution⁵¹.

La prise en paiement a-t-elle également un autre effet libératoire, celui de faire disparaître tout droit d'action que le créancier hypothécaire aurait pu avoir contre des tiers en rapport avec la dette principale. Ainsi, en serait-il pour un recours en responsabilité contre un notaire intenté par le créancier qui a pris le bien en paiement et qui subit une perte en raison de la négligence du notaire d'inscrire le prêt en temps utile ou en raison de l'insouciance du notaire d'affecter les fonds prêtés au paiement d'abord des créanciers prioritaires avant de remettre le solde du produit du prêt à l'emprunteur. Dans l'affaire *Entreprises immobilières Dumais Ltée c. Thibeault*⁵², le créancier exerce un choix lors de l'exercice d'un droit hypothécaire et, ainsi, il pourrait conserver ses droits contre un tiers s'il se prévaut d'une vente sous le contrôle de justice ou d'une vente par le créancier. Il en va autrement pour la prise en paiement car, en ce cas, il y a extinction de la dette principale et impossibilité alors de subroger le tiers poursuivi dans les droits du créancier hypothécaire désintéressé. Voici ce qu'affirme le tribunal en cette matière :

*Enfin, au même titre que le caractère optionnel et non irrévocable de la décision prise par le créancier en ce qui a trait à son recours, l'impossibilité de subroger le tiers responsable, après exercice de la prise en paiement, contribue largement à expliquer la rigueur de l'orientation unanime prise par nos tribunaux en regard de la présente question. Il serait contraire aux principes généraux de notre droit, en effet, d'admettre à l'action en responsabilité celui qui, par un choix personnel, s'est placé dans l'impossibilité de subroger dans ses droits le tiers responsable*⁵³.

51 *Malenfant c. Caisse populaire Notre-Dame de Bellerive*, [2001] R.D.I. 254 (C.S.) (en appel); *Caisse populaire de Boucherville c. Avgoustakis*, [1996] R.J.Q. 3048 (C.S.); *Caisse populaire Desjardins de Rigaud c. Trudel, Talissé et L'Archevêque*, [1999] R.D.I. 299 (C.S.).

52 *Entreprises immobilières Dumais Ltée c. Thibeault*, [1997] R.D.I. 585, 588 (C.S.).

53 *Entreprises immobilières Dumais Ltée c. Thibeault*, [1997] R.D.I. 585, 588 (C.S.) (références citées par le tribunal omises).

Cet effet libératoire ne semble plus admis dans la jurisprudence récente. Ne serait-il pas possible d'y voir une faute qui ne prend pas sa source dans l'acte même d'emprunt. Et, si tel est le raisonnement suivi, le tiers ne peut invoquer sa libération du fait de la prise en paiement⁵⁴. S'il est vrai que la prise en paiement éteint la dette entre le débiteur et le créancier, cette extinction de dette n'existe pas pour le créancier qui peut encore poursuivre en responsabilité le tiers qui a commis une faute préjudiciable tel le notaire instrumentant qui ne voit pas au paiement des créances prioritaires ou tel l'évaluateur qui surévalue la valeur marchande du bien offert en garantie⁵⁵.

Évidemment, il serait possible de soulever la validité d'une convention voulant préserver un recours personnel contre le débiteur ou contre la caution à la suite de la prise en paiement d'un bien hypothéqué ? Est-il possible de considérer l'article 2782 C.c.Q. comme étant d'ordre public à des fins de protection limitée au seul bénéfice des débiteurs de la dette, ce qui permettrait alors une telle convention, ou comme étant d'ordre public de protection plus étendue au bénéfice des autres créanciers de l'emprunteur, ce qui interdirait une telle convention ? ⁵⁶

Aux termes de l'article 2753 C.c.Q., le créancier peut exercer ses droits hypothécaires concurremment ou simultanément sur les divers biens hypothéqués à la garantie de la dette. Or, s'il exerce la prise en paiement seulement sur l'un des biens hypothéqués, il y a alors extinction de la dette et perte des droits hypothécaires sur les autres biens qui étaient affectés également au profit de la même dette⁵⁷.

54 *Mutuelle des fonctionnaires du Québec, corp. d'assurances c. Riberdy*, [2000] R.D.I. 29 (C.S.).

55 *Mutuelle des fonctionnaires du Québec, corp. d'assurances c. Riberdy*, [2000] R.D.I. 29 (C.S.); *Caisse populaire Desjardins Terrebonne c. Parent*, [2000] R.J.Q. 1048 (C.A.); *Banque nationale du Canada c. Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec*, B.E. 2000 BE-987 (C.S.) (en appel).

56 Voir pour discussion de cette question : *Caisse populaire Desjardins de St-Césaire c. Bombardier*, J.E. 97-2071 (C.S.).

57 *Immeubles Fédéron Ltée c. Crook*, [1998] R.D.I. 219 (C.S.); *Claude Néon Limited c. 3019926 Canada inc.*, [2000] J.Q. n° 1158 (C.Q.).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

Le créancier hypothécaire qui limite donc ses droits hypothécaires de prise en paiement à certains des biens hypothéqués ne peut par la suite exercer ses droits hypothécaires à l'encontre des autres biens hypothéqués pour la même dette : la dette principale est éteinte. Le créancier hypothécaire peut effectivement détenir une hypothèque sur plusieurs biens immobiliers ou à la fois mobiliers ou immobiliers. La prise en paiement doit viser tous les biens affectés et non partie des biens affectés. Autrement, la prise en paiement, limitée à certains biens, éteint l'obligation principale, ce qui exclut tout recours, personnel ou hypothécaire sur les autres biens qui étaient affectés.

B. le caractère rétroactif de la prise en paiement

2783 C.c.Q. *Le créancier qui a pris le bien en paiement en devient propriétaire à compter de l'inscription du préavis. Il le prend dans l'état où il se trouvait alors, mais libre des hypothèques publiées après la sienne.*

Les droits réels créés après l'inscription du préavis ne sont pas opposables au créancier s'il n'y a pas consenti.

Le créancier hypothécaire devient propriétaire du bien pris en paiement rétroactivement à la date de l'inscription du préavis d'exercice. C'est la date d'inscription du préavis d'exercice qui constitue le point de départ de la rétroactivité du titre de propriété du créancier hypothécaire. Ainsi, les droits réels opposables aux tiers antérieurement à la date d'inscription du préavis d'exercice subsistent; ceux opposables aux tiers subséquemment à l'inscription du préavis d'exercice disparaissent. Deux exceptions sont cependant expressément énoncées au *Code civil du Québec*. La première veut que disparaissent les hypothèques de rang subséquent à celle du créancier hypothécaire qui exerce la prise en paiement. La seconde veut que les droits réels opposables aux tiers subséquemment à la date de l'inscription du préavis d'exercice subsistent si le créancier hypothécaire qui se prévaut de la prise en paiement y consent.

En fait, la prise en paiement sous le *Code civil du Québec* diffère substantiellement de la dation en paiement sous le *Code civil du Bas Canada*. La première prend effet à la date de l'inscription du préavis d'exercice. La seconde rétro-agira à la date de l'inscription de la convention hypothécaire à l'encontre des droits réels consentis depuis à des tiers.

Diverses questions sont soulevées en jurisprudence. Elles dépendent essentiellement de la qualification du droit en cause comme droit réel ou droit personnel et de la date d'opposabilité, le cas échéant, de tel droit. Deux questions retiendront notre brève attention⁵⁸. Premièrement, la prise en paiement fait-elle disparaître la créance prioritaire ? Deuxièmement, la rétroactivité fait-elle disparaître les servitudes, telles les stipulations de non-concurrence ?

Quelle est donc la nature juridique de la priorité édictée au *Code civil du Québec* ? La priorité confère essentiellement un droit de préférence dans un ordre de collocation. Elle est dépourvue d'un droit de suite sur les biens du débiteur. La jurisprudence s'est alignée sur la doctrine pour mieux définir les droits du créancier prioritaire comme droits personnels et non droits réels. Deux arrêts sont de prime importance sur cette question. Dans l'affaire *Québec (sous-ministre du Revenu) c. Banque nationale du Canada*, le tribunal se demande si le créancier hypothécaire qui prend le bien en paiement est tenu d'acquitter les dettes que doit son débiteur au fisc provincial, dettes pourtant protégées par une priorité. M. le juge Godbout souligne avec raison ce qui suit :

Une priorité, c'est essentiellement un rang prioritaire qui est accordé à une créance et qui doit être tenue en compte dans la détermination du rang des créanciers d'un débiteur dont on réalise le ou les biens.

Puisque la priorité ne bénéficie pas d'un droit de suite, le créancier hypothécaire qui exerce le recours de prise en paiement devient

58 Voir à propos des effets de la rétroactivité de la prise en paiement : Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, n° 4.139 ; n° 3.154 ; Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1995, n° 572 et suiv.

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

donc propriétaire du bien hypothéqué sans que ce dernier ne soit affecté ou grevé de la priorité qui pouvait exister avant le transfert de propriété, car ce transfert ne survient pas à la suite de la réalisation d'un bien ou ne découle pas d'une collocation ou d'une distribution.

(...)

Toute interprétation de l'article 2782 du Code civil du Québec qui conférerait à un créancier prioritaire, du seul fait de son existence, l'unique assise pour l'autoriser à réclamer paiement de sa créance par le créancier hypothécaire qui a pris en paiement des biens de son débiteur, est contraire au principe même de la plus importante distinction entre une créance prioritaire et une créance hypothécaire, soit le droit de suite sur le bien. Il faut autre chose qu'une considération implicite pour conclure à l'existence d'une exception au principe qu'une priorité n'emporte pas le droit de suite⁵⁹.

Il en découle que le créancier prioritaire ne peut faire valoir ses droits à l'encontre du créancier hypothécaire qui a déjà pris le bien en paiement. C'est dans le même sens que la Cour d'appel du Québec s'est prononcée sur l'appel de cette décision en affirmant :

À mon avis, l'expression « créancier prioritaire » de l'article 2782 C.c.Q. a la même portée que les termes « créances prioritaires » de l'article 2771 C.c.Q. Ni l'un ni l'autre de ces articles ne peut être interprété comme manifestation implicite de la volonté du législateur d'obliger le créancier hypothécaire exerçant le recours de la prise en paiement à payer toutes les créances prioritaires. Lorsque le législateur a voulu créer une telle obligation pour le créancier hypothécaire, il l'a indiqué de façon claire et explicite (art. 2770 C.c.Q.). Bien au contraire, lors de l'amendement de l'article 2766 du Projet de loi 125 (l'actuel

59 Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Banque nationale du Canada, [1997] A.Q. n° 3368 (C.Q.).

article 2783 C.c.Q.), le législateur a choisi de retirer le passage qui assurait explicitement le paiement de la créance prioritaire de l'État pour les sommes dues en vertu des lois fiscales lors de la prise en paiement.

(...)

Il est vrai que dans le cas des taxes municipales ou scolaires, même en l'absence de droit de suite, un droit personnel assure le paiement des taxes par des tiers, mais cette situation particulière résulte de l'application de législation spécifique d'exception.

(...)

je suis donc d'avis que la priorité accordée à l'appelant par l'article 2651 C.c.Q. est une priorité dans la distribution et la collocation du produit de la vente et non pas dans la propriété de l'objet pris en paiement. Elle ne confère par conséquent aucun droit personnel contre le créancier devenu subséquemment propriétaire par une prise en paiement faite de bonne foi⁶⁰.

On pourrait aussi soutenir que l'analyse de la Cour d'appel dans l'affaire *Château d'Amos Ltée (syndic de)* abonde dans le même sens lorsqu'elle refuse tout caractère de droit réel, à défaut de droit de suite, à la priorité pour taxes municipales⁶¹. Il n'en demeure pas moins que, dans ce même arrêt, M. le juge Beauregard remet en question la disparition de la priorité suite à une prise en paiement en affirmant en obiter ce qui suit :

On constate que le législateur a utilisé les mots « le droit d'être préféré aux autres créanciers ». La plupart des spécialistes de la question interprètent ces mots comme s'ils signifiaient « est préféré aux autres créanciers sur le prix obtenu de la vente en justice du bien qui fait l'objet de la priorité ». Si l'on constate

60 *Québec (Sous-ministre du Revenu du Québec) c. Banque Nationale du Canada*, [1999] J.Q. n° 1213 (C.A.); [1999] R.J.Q. 950 (C.A.) (Chamberland, Robert et Letarte).

61 *Château d'Amos Ltée (syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

que l'article 2782 C.c.Q. suggère que le créancier hypothécaire qui prend le bien en paiement doit payer les créanciers prioritaires et si l'on se rappelle ce qu'était la nature d'une priorité dans le Projet de loi 125 tel qu'il fut présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990 et le fait qu'en adoptant le texte final de ce projet de loi, le législateur a voulu protéger les tiers seulement, et non les autres créanciers, on a pu plaider avec sérieux que le créancier hypothécaire qui prend le bien en paiement le prend sous réserve des créances prioritaires. Pour ma part, je suis humblement d'avis que, si l'on interprète littéralement l'article 2650 C.c.Q. sous l'éclairage de l'article 2782 C.c.Q., il faut conclure que le créancier prioritaire est préféré aux autres créanciers, même hypothécaires, quelle que soit la façon dont ceux-ci peuvent réaliser leur sûreté, que ce soit par une vente en justice ou par une prise en paiement⁶².

Ces analyses judiciaires cautionnent la thèse supprimant tout droit de suite à la priorité et ainsi tout caractère de droit réel. Le monde municipal était en émoi tout comme le monde de la faillite. Il n'en fallait pas plus pour que le législateur provincial intervienne pour conférer à la priorité pour les taxes foncières les caractéristiques d'un droit réel. Il n'en fallait pas plus pour que le législateur fédéral confère à la priorité les caractéristiques d'une créance garantie au sens de la loi sur la faillite et de l'insolvabilité.

La priorité pour les taxes foncières comporte depuis décembre 1999 un droit de suite; la créance prioritaire est en ce cas constitutive de droit réel par disposition expresse au *Code civil du Québec*, ainsi, le veut une modification législative de l'article 2654.1 C.c.Q.⁶³. Les taxes foncières en ce cas sont privées de toute hypothèque légale par disposition expresse de droit statutaire⁶⁴. Nuance importante : la priorité pour les taxes municipales autres que foncières n'est pas

62 *Château d'Amos Ltée (syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.), p. 2620.

63 Art. 2654.1 C.c.Q., tel qu'ajouté par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 1999, c. 90 art. 42, entrée en vigueur le 20 décembre 1999 ; voir également l'art. 2651 (5°) C.c.Q.

64 *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 1999, c. 90 art. 45, entrée en vigueur le 20 décembre 1999.

constitutive de droit réel mais il y a alors possibilité également de se prévaloir d'une hypothèque légale.

Autre aspect : c'est le sort réservé en cas de faillite du débiteur aux priorités et aux hypothèques légales accordées par le *Code civil du Québec* et par les lois municipales pour la protection des impôts fonciers. Rappelons que cette question a été savamment étudiée dans l'affaire *Château d'Amos*; elle avait également été analysée sous divers angles dans certains textes de doctrine⁶⁵. Rappelons que le législateur fédéral, dans une perspective d'harmoniser les dispositions fédérales avec les textes provinciaux, considère comme créancier garanti, le créancier bénéficiaire d'une priorité constitutive de droit réel sur ou contre les biens du débiteur ou une partie de ses biens⁶⁶.

On ne peut négliger l'effet de ces divers arrêts dans l'évolution du droit des sûretés.

Quant à la disparition ou au maintien des droits réels, la question réside essentiellement dans une qualification du droit en litige. S'agit-il d'un droit personnel ? S'agit-il d'un

65 Nous ne croyons pas opportun d'analyser de nouveau les questions juridiques soulevées dans *Château d'Amos Ltée (syndic de)*. Nous avons commenté le jugement de première instance dans une note intitulée : « Commentaires sur les décisions rendues en matière de priorité ou d'hypothèque légale pour les taxes municipales », (1997) BDM vol. 4 n° 8, p. 150; (1998) BDM vol. 5 n° 1, p. 1. L'arrêt rendu en Cour d'appel maintient pour l'essentiel le jugement de première instance, mais l'infirmes sur les conséquences de l'inscription de l'hypothèque légale (voir SIMARD, R. et A. LEDUC, « Affaire Château d'Amos : intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral », Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif, 2000, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 87-142.

66 Cette modification est édictée aux termes de l'article 25 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral et du droit civil*, L.C. 2001, c. 4, sanctionnée le 10 mai 2001 et en vigueur, dans sa quasi-totalité, depuis le 1^{er} juin 2001 (C.P. 2001-956, Décret fixant au 1^{er} juin 2001 la date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi, sauf la partie 8, TR/2001-71, Gaz. C. 2001.II.1214). Voir également pour l'exposé de synthèse des principales modifications apportées par cette loi : Yves PEPIN, « Harmonisation des lois fédérales et bijuridisme », *Entracte*, vol. 10, n° 11, 15 novembre 2001, p. 18-19.

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?

droit réel ? S'agit-il d'une hypothèque conventionnelle ou légale ? S'agit-il d'une hypothèque légale de la construction ou de la rénovation⁶⁷ ? Évidemment, la reconnaissance d'une obligation personnelle n'affecte pas le titre immobilier du débiteur : le bien n'est pas grevé, et le créancier le prend en paiement sans être tenu au respect de l'obligation personnelle. Quant aux droits réels, certains disparaissent tels les droits effectivement opposables inscrits subséquentement après le préavis d'exercice au registre de la publicité des droits et les hypothèques de rang subséquent à celle du créancier qui prend le bien en paiement. D'autres droits réels sont maintenus : ceux opposables depuis la date d'inscription du préavis d'exercice et approuvés par le créancier qui exerce la prise en paiement. Quant aux droits réels antérieurs à l'inscription du préavis, ils sont évidemment maintenus.

Dans l'arrêt *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Standard Life Assurance Co*⁶⁸, les faits, bien que plus complexes dans l'arrêt même, peuvent être brièvement résumés. En 1991, Standard Life prête à Centre Commercial Victoriaville Ltée plus de onze millions de dollars, et ce prêt est garanti par hypothèque sur un immeuble utilisé comme centre d'achats à Victoriaville. Un terrain adjacent à ce centre commercial est acquis subséquentement par une entreprise du nom de 310555 Canada Inc. et liée à Centre Commercial Victoriaville Ltée. Metro construit un Super C sur le terrain acquis par 310555 Canada Inc. Et, dans le cadre d'une entente plus globale, Centre Commercial Victoriaville Ltée et 310555 Canada Inc conviennent de protéger Metro par une servitude de non-concurrence. Conformément à cette entente, Centre Commercial Victoriaville Ltée s'oblige, dans un acte notarié de servitude en 1996, à ne pas exploiter ni à ne

67 Nous n'avons pas l'intention de reprendre l'exposé pertinent sur cette question. Voir Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, n° 4.139; ° 2.111; Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1995, n° 584.

68 *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Standard Life Assurance Co.*, [2001] R.J.Q. 587, [2001] R.D.I. 235 (C.A.).

permettre l'établissement d'un magasin d'alimentation sur son immeuble au profit de l'immeuble de 310555 Canada Inc. Centre Commercial Victoriaville Ltée est en défaut, et Standard Life obtient, en 1997, le délaissement volontaire suite à un préavis de prise en paiement. Évidemment, Standard Life ne se considère pas liée par cet acte de servitude suite à la prise en paiement.

Cette servitude de non-concurrence est analysée tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel comme n'étant pas une servitude, mais essentiellement une clause d'exclusivité personnelle entre Centre Commercial Victoriaville Ltée et 310555 Canada Inc. Cette obligation purement personnelle ne lie pas Standard Life, et le contrat lui est inopposable.

Ce qui est intéressant dans cet arrêt, c'est évidemment le rappel de la distinction entre l'obligation personnelle et le droit réel, à titre de servitude personnelle ou à titre de servitude réelle. La Cour d'appel rappelle les modalités de qualification d'une obligation personnelle ou d'une servitude, réelle ou personnelle. Elle énonce divers principes qui peuvent aider à l'interprétation d'un contrat ambigu. La présomption de liberté du fonds servant oblige à interpréter restrictivement les servitudes qui peuvent le grever et à favoriser le fonds servant en cas d'ambiguïté du titre constitutif. Celui qui invoque l'existence d'une servitude réelle a le fardeau de la preuve. Évidemment, il ne faut pas s'arrêter à la qualification que les parties peuvent faire de leurs droits respectifs, mais davantage procéder à leur analyse quant à leurs caractéristiques et quant à leurs éléments essentiels. La Cour d'appel ajoute également que la doctrine et la jurisprudence récentes qualifient comme obligation personnelle la stipulation destinée à protéger l'activité commerciale du locataire d'un fonds. C'est, dans les faits, une obligation de non-concurrence, et Standard Life, comme propriétaire du centre commercial suite à cette prise en paiement, n'est pas liée par cette obligation de l'ancien propriétaire. À l'inverse, si la Cour avait analysé le contrat comme constitutif d'un droit réel, le créancier hypothécaire aurait été astreint à respecter ce droit, la prise en paiement sous le nouveau droit n'étant pas rétroactive sous cet aspect à la date de la convention hypothécaire, mais plutôt à la date du préavis d'exercice⁶⁹.

69 Le droit nouveau est applicable en l'espèce en raison du droit transitoire. Le droit hypothécaire est exercé en 1997, bien que la convention hypothécaire date de 1991 (*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 133 et art. 134).

JURISPRUDENCE EN DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTIQUE
OU ÉPISODIQUE ? RÉACTIONS CONTAMINÉES OU RÉFLÉCHIES ?**Carnet du praticien**

Le praticien doit porter une attention particulière à la nature des droits consentis par un débiteur hypothécaire et aux effets probables de la prise en paiement sur ces mêmes droits.

CONCLUSION

Revenons à notre question initiale : la jurisprudence en droit des sûretés est-elle épisodique ou épizootique ? Question surprenante s'il en est pour une étude jurisprudentielle ? Réponse d'autant plus surprenante qu'on pourrait croire que les deux épithètes sont tout autant valables pour qualifier la jurisprudence rapportée en ce domaine. Décisions nombreuses, décisions souvent factuelles, décisions restreintes souvent à un aspect du droit des sûretés, décisions souvent divergentes, décisions qui, sept années depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, renouent avec la tendance judiciaire du droit antérieur, une tendance à s'en remettre à une cause identique plutôt qu'à prendre appui sur un texte de loi. Oui, la jurisprudence est épisodique. Peut-être, la jurisprudence est épizootique ! Oui, la pratique est contaminée par ces courants judiciaires ! Et le législateur vient atténuer les méfaits de la jurisprudence (ou peut-être sont-ils les siens ?) par des interventions législatives remédiatrices⁷⁰.

70 Et alors que ce texte est transmis pour publication, nous constatons que le législateur croit opportun d'intervenir pour exclure des frais engagés les honoraires extrajudiciaires. Voir les modifications proposées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. dans le cadre de la *présentation* du Projet de loi n° 50, *Loi modifiant le Code civil*, 2001, art. 10 et 11.