

SÛRETÉS

Marc BOUDREAULT

Volume 113, Number 1, March 2011

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044787ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044787ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BOUDREAULT, M. (2011). SÛRETÉS. *Revue du notariat*, 113(1), 147–194.
<https://doi.org/10.7202/1044787ar>

SÛRETÉS

Marc BOUDREAU*

INTRODUCTION	149
1. SÛRETÉ JUDICIAIRE.	150
1.1 Définition et champ d'application	150
1.2 Sûreté judiciaire résultant de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> et de la <i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i>	161
2. MÉCANISMES DE GARANTIE DES TAXES FONCIÈRES ET DES DROITS DE MUTATION IMMOBILIÈRE ET SURVIE DE CES MÉCANISMES SUITE À UNE ALIÉNATION DE L'IMMEUBLE OU À UNE FAILLITE DU PROPRIÉTAIRE.	170
2.1 Priorité	172
2.2 Hypothèque légale	175
2.3 Recours personnel contre un acquéreur subséquent	179
3. HYPOTHÈQUE	186
3.1 Impact d'une absence de remise des fonds à l'emprunteur	186
3.2 Cession de rang résultant d'un engagement ou de conventions préalables	188

* LL.M., notaire, professeur titulaire, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

3.3	Exigibilité de la créance subordonnée à la décision du créancier de recourir à la déchéance du terme.	190
3.4	Survie de l'hypothèque légale résultant d'un jugement lorsque l'aliénation de l'immeuble survient avant la faillite du débiteur.	191
	CONCLUSION	193

INTRODUCTION

Parmi tous les jugements rendus en 2010 dans le domaine des sûretés, certains présentent un intérêt particulier soit en raison de leur impact dans le domaine, soit en raison des questions intéressantes que ces jugements suscitent. Cette année, deux sujets, abordés par la jurisprudence, nous ont semblé devoir faire l'objet d'un développement particulier.

Le premier concerne les sûretés judiciaires. Avec plusieurs modifications récentes apportées en matière d'insolvabilité, de faillite et de redressement des entreprises, on constate que les sûretés constituées par voie judiciaire s'implantent avec force en droit fédéral alors qu'au Québec ce type de sûreté demeure encore peu étudié et peu utilisé. Il nous est donc apparu utile de faire une analyse des sûretés judiciaires en droit québécois, avant de commenter les nouvelles dispositions de droit fédéral ainsi que les jugements rendus en 2010 en ce domaine.

Le deuxième sujet porte sur les mécanismes retenus par le législateur en vue de garantir le paiement des taxes foncières et des droits de mutation immobilière. Comme ces divers mécanismes varient selon le type de créances en cause, il nous a semblé opportun de revoir le domaine d'application de chacun de ces mécanismes avant d'examiner ce qu'il advient de ces sûretés et recours suite à une aliénation de l'immeuble affecté ou suite à une faillite du propriétaire de cet immeuble, question sur laquelle certains jugements se sont penchés en 2010.

Outre ces deux sujets, nous commenterons également certaines décisions rendues dans le domaine des hypothèques, lesquelles traitent de l'impact de l'absence d'une remise des fonds à l'emprunteur, la reconnaissance judiciaire d'une cession de rang résultant d'un engagement ou de conventions préalables à l'acte de vente, l'application d'une clause de déchéance du terme suite à un défaut du débiteur de faire un versement et la survie d'une hypothèque légale résultant d'un jugement lorsque l'immeuble a été aliéné avant que le débiteur ne fasse faillite. Pour chacun de ces jugements, nous examinerons les questions abordées, les principes applicables en la

matière, la décision rendue par le tribunal et l'impact de cette décision sur le plan du droit et de la pratique.

1. SÛRETÉ JUDICIAIRE

1.1 Définition et champ d'application

Selon leur mode de constitution, on peut classer les sûretés en trois catégories : les sûretés conventionnelles, les sûretés légales et les sûretés judiciaires.

Les deux premières catégories sont bien identifiées. Les sûretés conventionnelles sont celles qui prennent naissance de façon conventionnelle, c'est-à-dire par un accord de volonté intervenant entre le créancier et le constituant, telles que le cautionnement, l'hypothèque conventionnelle et la garantie en vertu de la *Loi sur les banques*¹. Les sûretés légales sont celles qui sont constituées par le seul effet de la loi, sans que le débiteur ait à y consentir, telles que le droit de rétention, les priorités et l'hypothèque légale. Par contre, la troisième catégorie, soit les sûretés judiciaires, est moins utilisée et les critères d'identification des sûretés tombant dans cette catégorie peuvent faire l'objet de plus de discussion². Afin d'éviter toute confusion entre les sûretés légales et judiciaires, il faut, à notre avis, ne considérer comme des sûretés judiciaires que celles qui découlent de l'exercice d'un pouvoir conféré aux tribunaux de donner naissance à une sûreté. La constitution de cette sûreté doit alors résulter

1. L.C. 1991, c. 46.

2. On ne retrouve pas au *Code civil du Québec* de définition de ce qu'est une sûreté judiciaire. Pour l'hypothèque, l'ancien article 2020 C.c.B.C. prévoyait que l'hypothèque judiciaire était celle qui *résultait des jugements ou actes judiciaires*. Cette qualification n'a cependant pas été reprise sous le *Code civil du Québec*. L'article 2664 C.c.Q. ne mentionne en effet que l'hypothèque conventionnelle ou légale, omettant ainsi de reconnaître la possibilité qu'une hypothèque soit créée par voie judiciaire. Selon les *Commentaires du ministre de la Justice*, MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 2664 C.c.Q., p. 1669, il a été jugé inutile de reprendre la qualification de l'article 2020 C.c.B.C. en raison de la reclassification de l'hypothèque judiciaire, anciennement prévue à l'article 2034 C.c.B.C., en une hypothèque légale. Pour les cautionnements, l'article 2334 C.c.Q. reconnaît qu'un cautionnement peut résulter d'une convention, être imposé par la loi ou ordonné par jugement, mais cette classification, comme nous le verrons ci-après, vise non pas le mode de constitution d'un cautionnement, lequel demeure conventionnel dans les trois cas, mais uniquement à distinguer selon que l'obligation de fournir un tel cautionnement provient d'une convention entre les parties ou d'une exigence découlant de la loi ou d'un jugement.

des conclusions du jugement, sans autre exigence de forme ou de fond à respecter. Les formalités de publicité ou d'opposabilité du jugement et de la sûreté demeurent toutefois applicables, à moins d'exceptions prévues par la loi ou par le jugement.

Sous le *Code civil du Bas Canada*, on retrouvait une sûreté que le législateur qualifiait de judiciaire, soit l'hypothèque résultant d'un jugement portant condamnation à verser une somme d'argent³. Cette hypothèque résultait toutefois non pas d'un pouvoir accordé au tribunal de créer une sûreté, mais bien de tout jugement portant condamnation à verser une somme d'argent. Cette hypothèque a été, avec raison, requalifiée d'hypothèque légale lors de la réforme du Code civil en 1994⁴. Il faut, en effet, noter que l'hypothèque légale découlant d'un jugement ne relève pas d'un pouvoir discrétionnaire accordé au tribunal ni d'une conclusion du jugement, car le jugement n'a pas à faire état ni de la création d'une telle hypothèque ni des biens affectés par celle-ci. L'hypothèque résulte plutôt, comme pour toute autre hypothèque légale, du respect des conditions prévues par la loi soit, en l'occurrence, l'obtention d'un jugement rendu par un tribunal ayant compétence au Québec et portant condamnation à verser une somme d'argent plus l'inscription d'un avis d'hypothèque laissant au créancier la faculté d'indiquer les biens meubles ou immeubles qu'il désire voir affectés. En outre, une telle hypothèque ne prend pas naissance dès le prononcé du jugement. Comme l'indique l'article 2730 C.c.Q., celle-ci ne s'acquiert qu'à compter de « l'inscription d'un avis désignant le bien grevé par l'hypothèque et indiquant le montant de l'obligation ».

Avec la requalification de l'ancienne hypothèque judiciaire du *Code civil du Bas Canada* en hypothèque légale et l'absence, à l'article 2664 C.c.Q., de toute référence au fait qu'une hypothèque puisse être, non seulement légale ou conventionnelle, mais aussi judiciaire, la doctrine québécoise « post 1994 » a eu tendance à peu s'intéresser aux sûretés de nature judiciaire. Pourtant, une telle catégorie de sûreté mériterait de reprendre sa place aux côtés des sûretés conventionnelles et légales, en faisant les distinctions nécessaires pour que cette catégorie de sûreté ne soit pas confondue avec les deux premières. Tel que mentionné précédemment, la quali-

3. Art. 2034 C.c.B.C.

4. Art. 2724 4^o et 2730 C.c.Q.

fication de sûreté judiciaire ne devrait, à notre avis, être réservée qu'aux seules sûretés dont la constitution résulte directement de l'exercice par le tribunal du pouvoir de créer une sûreté aux termes du jugement qu'il rend.

En rapport avec cette qualification, deux remarques doivent cependant être faites. La première concerne le pouvoir du tribunal. Ce pouvoir doit-il être prévu légalement ou le tribunal pourrait-il s'arroger unilatéralement un tel pouvoir ? À notre avis, le tribunal ne devrait avoir le pouvoir, en vertu du droit civil québécois, de constituer une sûreté résultant directement d'un jugement que lorsqu'une disposition légale le permet. Les sûretés sont des droits de nature exceptionnelle. Leurs conditions de naissance devraient donc relever exclusivement du législateur. On peut d'ailleurs noter qu'en matière de cautionnement, le législateur limite les modes de constitution d'une telle sûreté en édictant à l'article 2333 C.c.Q. que le cautionnement « est le *contrat* par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier ». Pour ce qui est des sûretés réelles, on reconnaît qu'on ne peut, par convention, créer de nouvelles sûretés qui auraient pour effet d'accorder à un créancier un droit de préférence ou un droit de suite sur un bien⁵. Les conditions régissant la constitution d'une hypothèque, peu importe le type d'hypothèque en cause, sont, en outre, déclarées d'ordre public⁶. À titre d'exemple, l'ancien *Code civil du Bas Canada* acceptait qu'une hypothèque puisse être créée unilatéralement par un testateur dans un testament⁷. Comme le *Code civil du Québec* ne reconnaît plus cette possibilité, on conclut qu'une hypothèque ne peut plus être directement constituée par testament⁸. Pour les sûretés légales, le législateur précise non seulement que la sûreté doit résulter d'une disposition de la loi⁹, mais il prend aussi soin d'indiquer de façon limitative quelles sont les créances qui pourront donner naissance à une

5. Pour un jugement récent en ce sens, voir *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*, [2009] R.J.Q. 2232, [2009] R.D.I. 761 (C.A.), par. 25.

6. L'article 2664 C.c.Q. précise que l'hypothèque n'a lieu que dans les conditions et suivant les formes autorisées par la loi.

7. Art. 880 C.c.B.C.

8. Pour les hypothèques créées dans des testaments antérieurs au 1^{er} janvier 1994, sans que la succession se soit ouverte avant cette date, l'article 43 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* édicte que de telles stipulations sont réputées imposer au liquidateur de la succession la constitution d'une hypothèque immobilière conventionnelle au profit des personnes en faveur desquelles elle a été stipulée, confirmant ainsi implicitement l'interdiction de recourir à un tel type d'hypothèque en l'absence de disposition de la loi le permettant.

9. Voir les articles 2650, 2664 et 2724.

hypothèque légale en vertu de lois particulières¹⁰. Contrairement aux lois fédérales où les tribunaux invoquent parfois leur juridiction inhérente ou leur discrétion statutaire pour se reconnaître la compétence de créer des sûretés judiciaires¹¹, il ne semble donc pas que les tribunaux québécois pourraient, en vertu des lois québécoises, se reconnaître le pouvoir de créer judiciairement une sûreté sans qu'une disposition légale leur accorde un tel pouvoir. Le pouvoir des tribunaux de créer une sûreté serait donc plus limité en vertu des lois québécoises qu'en vertu des lois fédérales.

Comme deuxième remarque, il convient par ailleurs de ne pas confondre la constitution d'une sûreté par voie judiciaire avec un jugement comportant l'obligation de créer une sûreté par voie conventionnelle ou encore d'un jugement donnant ouverture à l'inscription d'une hypothèque légale. Cette dernière possibilité ayant déjà été examinée avec l'hypothèque légale résultant d'un jugement portant condamnation à verser une somme d'argent, nous n'y reviendrons pas. Par contre, la première possibilité mérite quelques explications supplémentaires. On peut en effet retrouver des situations où le législateur accorde le droit au tribunal d'ordonner qu'une sûreté soit créée en vue de garantir l'exécution de certaines obligations, sans que le pouvoir de créer directement cette sûreté lui soit accordé.

Ainsi, il est fréquent en matière de cautionnement que le tribunal puisse ordonner qu'un cautionnement soit fourni¹². Le pouvoir du tribunal consiste alors non pas à créer lui-même le cautionnement, mais simplement à ordonner qu'un tel cautionnement soit fourni par une personne qui acceptera conventionnellement de se porter caution. Dans une telle situation, on dira alors qu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, par opposition à un cautionnement conventionnel ou légal. Cette qualification, reconnue par l'article

10. Le début de l'article 2724 C.c.Q. indique que « Les seules créances qui peuvent donner lieu à une hypothèque légale sont les suivantes » et précise ensuite que seules les créances de l'État (à l'exception de celles dues en vertu des lois fiscales où la priorité résulte directement du Code) et les créances des personnes morales de droit public peuvent donner lieu à une hypothèque légale, à la condition toutefois d'être « spécialement prévues dans les lois particulières ».

11. Tel a notamment été le cas en rapport avec la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), c. C-36. Voir, à ce sujet, Philippe H. BÉLANGER et Sylvain RIGAUD, *La réforme en matière d'insolvabilité : nouveautés et codification de pratiques existantes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 14, 36, 58 et 188.

12. Voir, à titre d'exemples, les articles 497, 547 et 755 C.p.c.

2334 C.c.Q., mérite cependant d'être bien comprise. Ce que l'on qualifie alors, ce n'est pas le mode de constitution du cautionnement, puisque dans les trois cas une personne devra accepter conventionnellement de se porter caution, mais bien plutôt la façon dont est née *l'obligation pour le débiteur de fournir* un tel cautionnement. L'obligation de fournir un cautionnement peut en effet résulter soit d'une convention, soit d'une disposition exigeant qu'un cautionnement soit fourni, soit d'une décision judiciaire ordonnant qu'un cautionnement soit fourni. Ainsi, un jugement ou une disposition légale ordonnant qu'un cautionnement soit fourni ne doit pas être confondu avec un jugement ou une disposition qui aurait pour effet de rendre une personne caution, par le seul effet de cette loi ou de ce jugement, sans que la caution ait à y consentir. En raison des effets qu'un cautionnement peut avoir sur le patrimoine de la caution, le législateur respecte généralement la nature conventionnelle de cette sûreté en ne permettant pas qu'une personne se retrouve, par le seul effet de la loi ou d'un jugement, caution de certaines obligations sans y avoir consenti expressément. Cette façon d'agir du législateur se concilie ainsi avec l'article 2333 C.c.Q. qui définit le cautionnement comme un contrat et avec l'article 2335 C.c.Q. qui reconnaît, en raison des conséquences de cette sûreté, que le cautionnement ne se présume pas et que le consentement de la caution doit être exprès.

Comme autre exemple, on peut également mentionner l'article 591 C.c.Q. Cet article prévoit que « le tribunal peut, s'il l'estime nécessaire, *ordonner au débiteur de fournir* [...] une sûreté suffisante pour le paiement des aliments ou *ordonner la constitution d'une fiducie* destinée à garantir ce paiement ». Dans la première partie de cet article, le pouvoir du tribunal se limite à ordonner au débiteur qu'une sûreté soit fournie, sans pour autant permettre que la sûreté soit directement constituée par l'effet du jugement. On ne peut donc pas parler de la constitution d'une sûreté judiciaire. Comme la sûreté doit être créée par le débiteur, le mode de constitution de cette sûreté demeure conventionnel, bien que l'obligation de fournir cette sûreté soit de nature judiciaire.

La dernière partie de l'article 591 C.c.Q., relative à la constitution d'une fiducie destinée à garantir le paiement des aliments, mérite également d'être commentée. Ce pouvoir doit lui aussi être interprété comme permettant au tribunal non pas de constituer la fiducie, mais seulement d'en ordonner la constitution, laquelle constitution résultera d'un acte subséquent. L'établissement de la

fiducie doit en effet être distingué de la constitution de la fiducie. Ainsi, la possibilité qu'une fiducie soit « établie » par contrat, par testament, par la loi ou par jugement est reconnue par l'article 1262 C.c.Q. Mais peu importe le mode d'établissement de la fiducie, l'article 1260 C.c.Q. exige que la fiducie « résulte d'un acte », acte par lequel le constituant viendra transférer des biens au patrimoine d'affectation faisant l'objet de la fiducie. Comme le souligne le professeur Jacques Beaulne :

Pour se convaincre de cette différence que consacre le Code entre l'établissement de la fiducie et sa constitution, il suffit de lire attentivement les articles 1262 et 1260 C.c.Q. Le premier concerne l'établissement – ou la source – de la fiducie ; celle-ci peut être « établie », selon les termes mêmes du Code, par contrat, par testament, par la loi ou par jugement. À l'opposé, la fiducie elle-même, c'est-à-dire l'institution du patrimoine d'affectation, résulte toujours d'un acte par lequel le constituant transfère des biens au patrimoine qu'il crée. C'est précisément cet acte qui constitue le « support » de la fiducie : c'est véritablement cet acte qui crée la fiducie et non le jugement, qui l'aura simplement « établie ». ¹³

À l'exemple du cautionnement, l'établissement de la fiducie correspond donc à la façon dont le constituant est appelé à créer la fiducie. La constitution d'une fiducie demeure toutefois, peu importe la raison en justifiant la mise en place, conventionnelle, puisque la création du patrimoine d'affectation ne peut résulter, aux termes de l'article 1260 C.c.Q., que d'un acte constitutif¹⁴.

Commentant l'établissement d'une fiducie par voie judiciaire, le professeur Beaulne ajoute toutefois que « le jugement qui établit la fiducie devrait idéalement contenir tous les éléments nécessaires à la constitution et au fonctionnement de la fiducie à venir : ordonnance de constitution, désignation des fiduciaires et des bénéficiaires, détermination du contenu du patrimoine fiduciaire, obligations et pouvoirs particuliers des fiduciaires et durée de la fiducie ». À plus forte raison, le tribunal à qui est accordé le pouvoir de constituer ou de créer une sûreté par voie judiciaire devra donc, pour exercer ce pouvoir, indiquer dans les conclusions du jugement tous les éléments essentiels à la constitution de la sûreté en question.

13. Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., « coll. bleue », série « Précis », Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 142, p. 123.

14. Le législateur qualifie lui-même cet acte d' « acte constitutif » aux articles 1280, 1282, 1284, et 1293 C.c.Q.

Ce dernier point soulève cependant une question intéressante. S'il s'agit, à titre d'exemple, de la constitution d'une hypothèque, comment déterminera-t-on, en l'absence de toute section au *Code civil du Québec* portant sur la constitution d'une hypothèque par voie judiciaire, quelles sont les conditions régissant la constitution et l'opposabilité d'une telle hypothèque ? Ces conditions seront-elles de la nature de celles exigées pour une hypothèque conventionnelle ou de celles prévues pour une hypothèque légale ?

Il faut d'abord noter que les conditions prévues pour le type de créancier, le type d'obligations garanties, les biens affectés, le contenu de l'acte et les formalités de naissance et d'opposabilité des hypothèques légales ne sont pas identiques d'une hypothèque légale à l'autre. Comme une hypothèque créée judiciairement peut en principe affecter autant des biens meubles qu'immeubles et que la sûreté résulte d'un jugement, le réflexe normal pourrait être de vouloir recourir par analogie aux conditions régissant l'hypothèque légale résultant d'un jugement. Force est de constater cependant que ces deux types de sûretés pourront différer à maints égards. Contrairement à l'hypothèque légale, dont les caractéristiques et la portée sont strictement définies par le législateur, le tribunal pourra, selon les pouvoirs que la loi lui accorde, créer des types d'hypothèques plus variés¹⁵. À la différence d'une hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire pourrait en effet porter sur des biens futurs, sur une universalité de biens, consister en une hypothèque ouverte ou même être créée, avec les ordonnances appropriées, avec dépossession sur des biens corporels ou incorporels, notamment, en raison des avantages que procure le gage, lorsque les biens visés sont des valeurs mobilières ou des titres intermédiés.

Le moment de naissance de l'hypothèque ne sera également pas le même. Alors que l'hypothèque légale résultant d'un jugement ne prend naissance qu'à compter de l'inscription d'un avis d'hypothèque, l'hypothèque judiciaire prendra effet dès le prononcé du jugement. Les mentions essentielles à la constitution de l'hypothèque devront donc se retrouver dans le jugement. En conséquence, si la loi permet au tribunal de créer divers types d'hypothèques, les mentions requises aux fins d'identification et de constitution du type d'hypothèque en cause devront être précisées au jugement. Comment déterminera-t-on quelles sont ces mentions essentielles ?

15. À moins que la loi accordant le pouvoir au tribunal de constituer une sûreté ne prévoit des restrictions particulières quant au type de sûreté pouvant être créée.

Comme plusieurs types d'hypothèque, telle l'hypothèque avec dépossession, l'hypothèque ouverte et selon certains, l'hypothèque sur une universalité de biens¹⁶, sont propres aux hypothèques conventionnelles, il serait logique que les dispositions prévues pour ces types d'hypothèques conventionnelles s'appliquent également aux hypothèques judiciaires, si le même type d'hypothèque est créé par voie judiciaire. De même, considérant, d'une part, l'absence de toute reconnaissance par le législateur québécois de l'hypothèque judiciaire et, en conséquence, de toute disposition propre à cette catégorie d'hypothèque et, d'autre part, le champ d'application plus étendu que peut avoir l'hypothèque judiciaire par rapport aux situations spécifiquement envisagées pour les hypothèques légales, il paraîtrait justifié que les conditions particulières prévues pour les hypothèques conventionnelles s'appliquent également aux hypothèques judiciaires. Ainsi, les conditions particulières prévues pour la constitution, par voie conventionnelle plutôt que légale, d'une hypothèque immobilière¹⁷, d'une hypothèque mobilière sans dépossession¹⁸ ou d'une hypothèque sur des créances¹⁹ devraient s'appliquer aux hypothèques, de même type, créées par voie judiciaire. Il devrait en être de même des conditions relatives aux obligations pouvant être garanties par une hypothèque conventionnelle²⁰. Ainsi, à titre d'exemple, il serait plus logique que le montant de l'hypothèque soit assujéti à l'article 2689 C.c.Q., qui permet que ce montant soit plus élevé, moins élevé ou équivalent au montant de la créance, plutôt qu'à l'article 2725 C.c.Q. qui est plus spécifique et exige seulement l'indication du montant de la créance.

Suivant ces principes, les conditions de constitution d'une hypothèque conventionnelle relatives notamment à l'identification du type d'hypothèque en cause²¹, aux restrictions prévues selon le type de débiteur en cause²², aux biens pouvant être affectés

16. Voir, à titre d'exemple, Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, nos 1413 et 1414, p. 705 et 706.

17. Plus particulièrement celles prévues aux articles 2694 et 2695 C.c.Q.

18. Plus particulièrement celles prévues aux articles 2683, 2697, 2698 et 2699 C.c.Q.

19. Plus particulièrement celles prévues aux articles 2710 à 2713 C.c.Q.

20. Plus particulièrement celles prévues aux articles 2687 à 2691 C.c.Q.

21. Indication qu'il s'agit, à titre d'exemple, d'une hypothèque avec dépossession, d'une hypothèque sur une universalité de biens, d'une hypothèque ouverte, etc.

22. On peut ainsi penser aux restrictions prévues aux articles 2683 à 2686 C.c.Q. pour les personnes physiques n'exploitant pas une entreprise.

tés²³, au montant de l'obligation garantie²⁴, à la description des biens et à la nature de l'universalité visée²⁵ devraient donc, en principe, s'appliquer par analogie lorsque le même type d'hypothèque est créé par voie judiciaire, sous réserve, toutefois, de deux exceptions. Les conditions de forme seront nécessairement inapplicables, puisque l'hypothèque judiciaire résulte d'un jugement. Deuxièmement, la disposition accordant au tribunal le pouvoir de créer une hypothèque pourra avoir pour effet d'exclure certaines des conditions ci-dessus mentionnées. À titre d'exemple, si le législateur accorde au tribunal le pouvoir de créer une hypothèque de premier rang sur *tous les actifs* du débiteur, les restrictions prévues pour la création d'une hypothèque conventionnelle par une personne physique n'exploitant pas une entreprise deviendront inapplicables. De même l'obligation d'avoir à désigner chacun des immeubles présents tombera. Seule devrait subsister l'obligation d'avoir à inscrire le jugement sur chacun des immeubles. Les conditions de publicité et d'opposabilité²⁶ d'une hypothèque judiciaire devraient, en effet, être les mêmes que pour une hypothèque conventionnelle, à moins que le législateur les ait exclues ou ait accordé au tribunal le pouvoir d'y déroger et que celui-ci s'en soit prévalu²⁷.

En définitive, les conditions régissant la constitution, la publicité et l'opposabilité d'une hypothèque judiciaire devraient donc être identiques à celles régissant une hypothèque conventionnelle, à moins que le mode de constitution de l'hypothèque ne s'y oppose, comme c'est le cas pour les conditions de forme, ou que la loi ou le pouvoir du tribunal aient pour effet d'exclure l'application de ces règles. L'hypothèque judiciaire se distinguerait donc d'une hypothèque légale, sans être une hypothèque conventionnelle, justifiant du même coup que la catégorie des sûretés judiciaires soit reconnue comme une catégorie distincte des sûretés conventionnelles ou légales.

23. Outre l'article 2668 C.c.Q. applicable à tous les types d'hypothèques, on peut penser aux restrictions plus particulières prévues aux articles 2683, 2686 C.c.Q. et 15.02(3^o) *in fine* du Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers.

24. Art. 2689 C.c.Q.

25. Art. 2694 et 2697 C.c.Q.

26. Outre les exigences de publicité du jugement, on pourrait notamment penser, à titre d'exemples, aux exigences prévues aux articles 2710, 2712, 2716 et 2718 C.c.Q.

27. Pour un exemple d'une telle dispense de publicité en rapport avec la création d'une sûreté judiciaire en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, loi dont nous parlerons ci-après, voir *Industries Show Canada inc. (Arrangement relatif à)*, [2010] R.J.Q. 276 (C.S.), par. 37.

Une telle classification ne peut cependant être utile que si on retrouve des dispositions ayant pour effet d'accorder au tribunal le pouvoir de constituer une sûreté judiciaire. Comme nous l'avons vu précédemment, ni l'article 2334 C.c.Q., ni l'article 591 C.c.Q. ne peuvent être considérés comme des dispositions ayant pour effet de créer une sûreté judiciaire. L'article 2731 C.c.Q. pourrait-il avoir un tel effet ? On y indique que :

2731. À moins que l'hypothèque légale ne soit celle de l'État ou d'une personne morale de droit public, le tribunal peut, à la demande du propriétaire du bien grevé d'une hypothèque légale, déterminer le bien que l'hypothèque pourra grever, réduire le nombre de ces biens ou permettre au requérant de substituer à cette hypothèque une autre sûreté suffisante pour garantir le paiement ; il peut alors ordonner la radiation de l'inscription de l'hypothèque légale.

Le pouvoir de déterminer ou de réduire le nombre de biens hypothéqués, lorsque le créancier a inscrit une hypothèque sur plusieurs biens, n'équivaut évidemment pas à un pouvoir de créer une hypothèque sur de nouveaux biens. Par contre, si on interprète le pouvoir du tribunal de déterminer le bien que l'hypothèque pourra grever comme permettant au tribunal de déclarer que l'hypothèque affectera un nouveau bien²⁸, on pourrait alors se retrouver dans un cas de création par le tribunal d'une sûreté judiciaire. Quant au pouvoir du tribunal de substituer à l'hypothèque une autre sûreté suffisante, on remarque que le pouvoir accordé au tribunal par l'article 2731 C.c.Q. est « de *permettre au requérant* de substituer à cette hypothèque une autre sûreté suffisante ». En principe, le tribunal ne devrait donc pas avoir le pouvoir de créer cette autre sûreté, mais seulement le droit de permettre au requérant de la créer.

28. Pour équivaloir à une telle sûreté, il faudrait cependant que le tribunal ne se contente pas simplement d'ordonner qu'un avis d'hypothèque légale soit inscrit par le créancier sur un nouveau bien ou d'ordonner qu'une nouvelle sûreté soit créée subséquemment de façon conventionnelle. Il faudrait plutôt que le jugement déclare qu'un nouveau bien devient affecté par l'hypothèque ou qu'une nouvelle sûreté est créée, en précisant, le cas échéant, les éléments essentiels à la constitution de la sûreté en question. Dans de tels cas, la sûreté résulterait alors du seul effet du jugement, sujet seulement au respect des règles de publicité et d'opposabilité nécessaires. L'inscription du jugement pourrait se faire par la présentation de l'original du jugement ou par voie de sommaire, comme l'indique Édith LAMBERT, *Les sûretés, vol. 4, Hypothèque légale et certains effets de l'hypothèque* (Extraits du Droit civil en ligne), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 351.

En pratique, la lecture des dispositifs des jugements rendus en vertu de l'article 2731 C.c.Q. laisse voir les formulations suivantes : le tribunal 1) permet ou ordonne au requérant de substituer²⁹, 2) prend acte de l'offre du requérant de fournir à l'intimée une lettre de crédit et ordonne au requérant de remettre ladite lettre de crédit³⁰, 3) ordonne à l'officier de la publicité des droits de radier l'hypothèque légale en lui substituant un dépôt en fidéicommiss et lui ordonne que la radiation ne soit effectuée que sur preuve que ces dépôts ont été constitués³¹, 4) prend acte de l'entente intervenue, ordonne le remplacement de l'hypothèque légale par une lettre de garantie bancaire et ordonne sur confirmation de la réception des dites lettres de garantie bancaire par les intimées la radiation.

La première formulation reprend les termes de l'article 2731 C.c.Q., lesquels ne correspondent pas à la création d'une sûreté judiciaire. La deuxième formulation équivaut essentiellement à reconnaître que la sûreté proposée par le requérant est valable et que le tribunal ordonne qu'il y soit donné suite. La troisième laisse voir que la sûreté est à constituer. La quatrième ordonne la substitution et, à ce titre, est celle qui se rapproche le plus de la constitution de la sûreté par le tribunal, quoiqu'une telle formulation puisse également être interprétée, à l'instar de la deuxième, comme une reconnaissance de l'entente conclue et une ordonnance du tribunal d'y donner suite. De la lecture des jugements rendus sous l'article 2731 C.c.Q., il ne semble donc pas que cet article ait été interprété comme donnant le pouvoir au tribunal de constituer la sûreté, même si la formulation de l'une des hypothèses prévues peut laisser place à discussion.

Il ne faudrait pas croire, par ailleurs, que cette question du moment de la constitution de la sûreté de remplacement est de nature purement théorique. Les tribunaux ont reconnu que le remplacement de l'hypothèque légale par une nouvelle sûreté met fin à l'hypothèque légale³². Les conditions de conservation régissant

29. À titre d'exemples, voir *Stastny c. Structures Ultratec inc.*, [2001] R.D.I. 775 (C.Q.) ; *Bertrand c. Jobin*, [2002] R.D.I. 114 (C.S.) ; 24-34, *Ste-Ursule, s.e.c. c. Construction Raoul Pelletier (1997) inc.*, [2003] R.L. 494 (C.S.) ; 9114-4865 *Québec inc. c. Gerlap Construction inc.*, [2004] R.L. 139 (C.Q.).

30. À titre d'exemple, voir *DDH Aviation c. IMP Group Ltd.*, [2004] R.L. 6 (C.S.).

31. À titre d'exemple, voir *Quinn c. 9020-7564 Québec inc. (Blouin Aluminium)*, [2006] R.D.I. 175 (C.Q.).

32. Voir, parmi les jugements les plus récents, *6213341 Canada inc. (Peintures de l'Outaouais) c. Construction Jedom Développement inc.*, J.E. 2007-761 (C.Q.) ; *Ivanhoé Cambridge inc. c. Revêtements Nor-Lag ltée*, [2007] R.D.I. 489 (C.A.).

l'hypothèque légale, telles celles prévues à l'article 2727 C.c.Q., cessent alors de s'appliquer. Mais un tel effet ne peut se réaliser avant que la nouvelle sûreté ait été constituée. Donc, si un jugement en vertu de l'article 2731 C.c.Q. est rendu le 29^e jour suivant la fin des travaux, il importera alors, si aucun avis d'hypothèque légale de la construction n'a été inscrit avant la fin du 30^e jour, de savoir si le jugement a eu pour effet de constituer la nouvelle sûreté ou simplement d'ordonner qu'une telle sûreté soit constituée. Il en sera de même dans tout autre cas où le moment exact de la constitution de la sûreté peut avoir une incidence quelconque.

Ajoutons enfin que, sous réserve d'y apporter certaines modifications concernant, à titre d'exemples, le montant de la lettre de garantie ou de la somme à être déposée en fidéicommiss, le tribunal ne peut pas, de sa propre initiative, décider de créer une nouvelle sûreté qui ne correspondrait pas à la demande qui lui a été faite³³. Comme le signale une auteure³⁴, le tribunal est lié par la demande qui lui est présentée.

Sauf la possibilité qu'une sûreté judiciaire résulte de l'article 2731 C.c.Q. dans une hypothèse assez limitée et sujette elle-même à interprétation, on constate donc que le législateur québécois s'est montré peu enclin à vouloir reconnaître et utiliser le mécanisme de la sûreté judiciaire. Mais le droit québécois devra tout de même s'habituer à de telles sûretés puisque, à la différence du législateur québécois, le législateur fédéral a récemment choisi de reconnaître aux tribunaux le pouvoir de constituer de telles sûretés en vertu de deux lois, soit la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*³⁵ et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*³⁶.

1.2 Sûreté judiciaire résultant de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

Plusieurs modifications ont récemment été apportées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et à la *Loi sur les arrangements avec les*

33. *CHSLD Ermitage de la MRC d'Arthabasca c. Groupe Nor-Métal inc.* (C.S., 2004-12-02), SOQUIJ AZ-50283650, B.E. 2005BE-181 confirmé en appel, J.E. 2005-2246 (C.A.).

34. Édith LAMBERT, *Les sûretés, vol. 4, Hypothèque légale et certains effets de l'hypothèque* (Extraits du Droit civil en ligne), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 318.

35. L.R.C. (1985), c. B-3, ci-après citée « L.F.I. ».

36. L.R.C. (1985), c. C-36, ci-après citée « L.A.C.C. ».

créanciers des compagnies en vue d'encadrer la création de certaines sûretés par voie judiciaire. Ces modifications sont entrées en vigueur le 18 septembre 2009³⁷.

Aux termes de celles-ci, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* comporte désormais plusieurs dispositions permettant la création par le tribunal d'une charge ou d'une sûreté de premier rang pouvant avoir priorité sur les réclamations de tout créancier garanti. Les conditions régissant l'obtention de telles ordonnances ainsi que le type de créancier visé, le type d'obligations garanties, le type de biens affectés et le rang de ces charges ou sûretés peuvent toutefois varier selon les différentes dispositions en cause.

On peut ainsi mentionner, au nombre de ces dispositions, l'article 47.2 L.F.I. pour la garantie des honoraires et débours du séquestre intérimaire (frais du séquestre intérimaire), l'article 50.6 L.F.I. pour garantir les sommes avancées, postérieurement au prononcé de l'ordonnance, par un prêteur intérimaire (financement temporaire), l'article 64.1 L.F.I. pour garantir l'exécution des obligations que les administrateurs ou les dirigeants peuvent contracter en cette qualité après le dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition (responsabilité statutaire des administrateurs et dirigeants), l'article 64.2 L.F.I. pour couvrir les dépenses et honoraires du syndic et des experts (frais des professionnels) et l'article 243(6) L.F.I. garantissant le paiement des honoraires et débours d'un séquestre (frais du séquestre).

Se fondant sur ces nouvelles dispositions, les tribunaux ont commencé à rendre des ordonnances ayant pour effet de créer de telles sûretés. Tel est le cas d'un jugement qui a été rendu par la Cour supérieure dans l'affaire *CFG Construction inc. (Proposition de)*³⁸. En l'espèce, les sûretés créées relevaient des articles 47.2 et 50.6 L.F.I. qu'il convient de citer au long afin de mieux comprendre, à titre d'illustration, les conditions qui peuvent régir la constitution de telles sûretés judiciaires.

37. Voir la *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des lois du Canada (2005)* (projet loi C-12), L.C. 2007, c. 36, dont les dispositions sur les sûretés judiciaires sont entrées en vigueur le 18 septembre 2009 en vertu du *Décret fixant au 18 septembre 2009 la date d'entrée en vigueur de certains articles de lois*, (2009) *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 43, n° 17.

38. [2010] R.J.Q. 181 (C.S.).

L'article 47.2 L.F.I. prévoit ce qui suit :

47.2 (1) Le tribunal peut, relativement au paiement des honoraires et débours du séquestre intérimaire nommé aux termes des articles 47 ou 47.1, rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée, y compris une ordonnance portant que la réclamation de celui-ci à l'égard de ses honoraires et débours constitue une sûreté de premier rang sur les avoirs du débiteur, avec préséance sur les réclamations de tout créancier garanti ; le tribunal ne peut, toutefois, déclarer que la réclamation du séquestre intérimaire constitue une sûreté de premier rang que s'il est convaincu que tous les créanciers garantis auxquels l'ordonnance pourrait sérieusement porter atteinte ont été avisés à cet égard suffisamment à l'avance et se sont vu accorder l'occasion de se faire entendre.

Le tribunal peut donc, pour le paiement des honoraires et débours du séquestre intérimaire, rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée, y compris déclarer que la réclamation de ce dernier est garantie par une sûreté de premier rang sur les avoirs du débiteur si les créanciers concernés en ont été avisés à l'avance et se sont vu accorder l'occasion de se faire entendre.

L'article 50.6 L.F.I. se lit par ailleurs comme suit :

50.6 (1) Sur demande du débiteur à l'égard duquel a été déposé un avis d'intention aux termes de l'article 50.4 ou une proposition aux termes du paragraphe 62(1), le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens du débiteur sont grevés d'une charge ou sûreté – d'un montant qu'il estime indiqué – en faveur de la personne nommée dans l'ordonnance qui accepte de prêter au débiteur la somme qu'il approuve compte tenu de l'état – visé à l'alinéa 50(6)a ou 50.4(2)a), selon le cas – portant sur l'évolution de l'encaisse et des besoins de celui-ci. La charge ou sûreté ne peut garantir qu'une obligation postérieure au prononcé de l'ordonnance.

(2) Toutefois, lorsque le débiteur est une personne physique, il ne peut présenter la demande que s'il exploite une entreprise et, le cas échéant, seuls les biens acquis ou utilisés dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise peuvent être grevés.

(3) Le tribunal peut préciser, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis du débiteur.

(4) Il peut également y préciser que la charge ou sûreté n'a priorité sur toute autre charge ou sûreté grevant les biens du débiteur au titre d'une ordonnance déjà rendue en vertu du paragraphe (1) que sur consentement de la personne en faveur de qui cette ordonnance a été rendue.

(5) Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- a) la durée prévue des procédures intentées à l'égard du débiteur sous le régime de la présente loi ;
- b) la façon dont les affaires financières et autres du débiteur seront gérées au cours de ces procédures ;
- c) la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants ;
- d) la question de savoir si le prêt favorisera la présentation d'une proposition viable à l'égard du débiteur ;
- e) la nature et la valeur des biens du débiteur ;
- f) la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers du débiteur ;
- g) le rapport du syndic visé aux alinéas 50(6)b) ou 50.4(2)b), selon le cas.

Le tribunal peut donc, sur demande du débiteur lorsqu'un avis d'intention ou une proposition a été déposée, déclarer que tout ou partie des biens du débiteur, ou dans le cas d'une personne physique, les biens acquis ou utilisés dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, seront grevés d'une charge ou sûreté, pouvant primer toute réclamation des créanciers garantis, d'un montant que le tribunal estime indiqué, afin de garantir un prêt postérieur qui sera consenti par une personne ayant accepté de prêter au débiteur la somme déterminée par le tribunal. Avant de rendre une telle ordonnance, le tribunal doit cependant s'assurer qu'un préavis a été donné aux créanciers garantis qui pourraient être touchés par la charge ou la sûreté, tenir compte, avant d'approuver le montant du prêt, de l'état portant sur l'évolution de l'encaisse et des besoins du débiteur ainsi que prendre en considération les facteurs mentionnés au cinquième alinéa de l'article 50.6 L.F.I.

En se fondant sur les articles précités et après avoir analysé les sept facteurs non limitatifs énumérés au cinquième alinéa de l'article 50.6 L.F.I., la Cour supérieure a ainsi rendu, dans *CFG Construction inc. (Proposition de)*³⁹, un jugement aux termes duquel le tribunal :

AUTORISE la Débitrice-requérante à emprunter, rembourser et réemprunter, de temps à autre du prêteur temporaire toute somme nécessaire à maintenir les opérations courantes de son entreprise, laquelle ne pourra en aucun temps excéder 5 000 000 \$ en capital, le tout selon les termes et conditions prévus au contrat de prêt, pièce R-8, telle que modifiée à l'audience. [...]

DÉCLARE que tous les actifs appartenant à la Débitrice-requérante sont, par la présente ordonnance, grevés d'une hypothèque au montant de 575 000 \$, dont le rang est indiqué ci-après, en faveur du prêteur temporaire à titre de garantie, et ce, en priorité sur les garanties de tout créancier garanti pour toutes les obligations de la Débitrice-requérante envers ce prêteur temporaire relativement aux sommes prêtées, aux intérêts et aux frais d'engagement relatifs au financement temporaire :

- 1^{er} rang : Séquestre intérimaire et als 100 000 \$;
- 2^e rang : Prêt temporaire (DIP) 575 000 \$;

Par la suite les créanciers garantis ou prioritaires selon l'ordre établi par la loi.

DÉCLARE que tous les actifs appartenant à la Débitrice-requérante sont, par la présente ordonnance, grevés d'une hypothèque selon les rangs déterminés au paragraphe précédent en faveur du séquestre intérimaire, des procureurs du séquestre intérimaire, des procureurs et conseillers financiers de la Débitrice-requérante afin de garantir le paiement de leurs honoraires et déboursés, et ce, jusqu'à concurrence de 100 000 \$. [...]

DÉCLARE que les priorités, l'une par rapport à l'autre, entre la charge du séquestre intérimaire et ses procureurs et la charge du prêteur temporaire en ce qui concerne les biens auxquels elles s'appliquent sont les suivantes :

- a) premièrement, la charge du séquestre intérimaire et als soit 100 000 \$

39. *Ibid.*

- b) deuxièmement, la charge du prêteur temporaire soit 575 000 \$

Comme on peut le constater, les sûretés résultant de ce jugement constituent de véritables sûretés judiciaires. Le dispositif du jugement déclare⁴⁰ que les biens sont grevés d'hypothèques et on y retrouve tous les éléments essentiels à la création de ce type de garantie, soit le nom des parties, les obligations garanties, les biens hypothéqués⁴¹ et le montant de l'hypothèque. Le jugement détermine aussi le rang de ces deux hypothèques ainsi que leur primauté sur tous les autres créanciers garantis, lesquels avaient consenti unanimement à cette demande. Les hypothèques sont donc créées de plein droit par l'effet du jugement.

Ayant choisi l'hypothèque comme type de sûreté, il est logique de croire, par ailleurs, que ces hypothèques devront être inscrites au registre concerné pour fins d'opposabilité aux tiers⁴² et que, le cas échéant, les autres conditions d'opposabilité nécessaires, telles les formalités pour rendre l'hypothèque d'une créance opposable au débiteur de cette créance, devront également être respectées. Si l'article permettant la création de la sûreté judiciaire lui accorde un pouvoir suffisamment large pour lui permettre de le faire, le tribunal pourrait déroger aux exigences de publicité et d'opposabilité normalement applicables, rendant ainsi la sûreté occulte⁴³. En l'absence

40. On peut aussi retrouver comme autre formulation : « *ordonne* que tous les biens de la Requérante soient *par les présentes* grevés d'une hypothèque ».

41. Comme les dispositions en cause prévoient que la sûreté peut porter sur « les avoirs » ou sur « tout ou partie des biens » du débiteur et que le jugement crée l'hypothèque sur tous les actifs de ce dernier, il n'est pas nécessaire que la désignation de chacun des immeubles du débiteur se retrouve dans le dispositif du jugement. En principe, le jugement devra cependant être inscrit sur chacun des immeubles concernés, à moins que le tribunal ait exclu la nécessité d'une telle inscription. Dans ce dernier cas, il faudrait alors conclure que l'hypothèque existe et affecte les immeubles du débiteur de façon occulte. Dans le jugement sous étude, on ne retrouve pas de dispense de publicité.

42. On pourrait cependant prétendre que la publication n'est pas requise pour fins d'opposabilité aux créanciers garantis qui ont été avisés de la demande et qui y ont acquiescé.

43. Pour un exemple d'une telle dispense de publicité en rapport avec une sûreté garantissant le paiement des frais et débours professionnels des conseillers financiers et juridiques aux termes de l'article 11.51 L.A.C.C., voir *Industries Show Canada inc. (Arrangement relatif à)*, [2010] R.J.Q. 276 (C.S.), par. 37. Le dispositif du jugement à cet égard se lit comme suit :

DÉCLARE que les charges en vertu de la L.A.C.C. sont valides et exécutoires à l'encontre de tous les Biens des Débitrices et de toutes les Personnes, y compris le syndic de faillite, séquestre, séquestre-gérant ou séquestre intérimaire des
(à suivre...)

de telle dérogation, il convient toutefois de conclure que les exigences propres au type de sûreté déclarée par le tribunal continuent à s'appliquer. On peut enfin souligner que même si dans ce jugement, le tribunal a choisi de constituer une hypothèque, les articles 47.2 et 50.6 L.F.I. permettent au tribunal de constituer toute charge ou toute sûreté qu'il estime appropriée. En choisissant une sûreté déjà créée par le législateur, le tribunal s'évite d'avoir à préciser dans le jugement ou d'avoir à déterminer, par la suite⁴⁴, les règles de constitution, d'opposabilité ainsi que les effets de la sûreté créée, étant sous-entendu que ces règles seront celles applicables à ce type de sûreté.

En plus de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, on retrouve également plusieurs dispositions dans la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ayant pour effet de permettre la création de sûretés judiciaires.

Parmi les nouvelles dispositions, entrées en vigueur le 18 septembre 2009⁴⁵ et ayant pour effet d'accorder au tribunal le pouvoir de constituer une charge ou une sûreté suivant les conditions qui y sont énoncées, on peut ainsi mentionner l'article 11.2 L.A.C.C. pour la garantie des sommes avancées, postérieurement au prononcé de l'ordonnance, par un prêteur intérimaire (financement temporaire), l'article 11.4 L.A.C.C. pour garantir le paiement de certains fournisseurs essentiels, garantie dont on ne retrouve pas d'équivalent en vertu de la L.F.I., l'article 11.51 L.A.C.C. pour garantir l'exécution des obligations que les administrateurs ou les dirigeants peuvent contracter en cette qualité après l'introduction d'une procédure

(...suite)

Débitrices et ce, à toute fin sans que les charges soient publiées, enregistrées ou soumises à quelque formalité que ce soit » (les soulignés sont du tribunal). On retrouve également dans le dispositif de ce jugement certains tempéraments ou exceptions concernant les exigences de signification de l'ordonnance, d'avis, preuves de réclamation et autre documents.

44. Le dispositif du jugement accorde généralement le droit de s'adresser à nouveau au tribunal afin d'obtenir des directives concernant l'exercice des pouvoirs, obligations et droits résultant de l'ordonnance de même que le droit de demander que l'ordonnance soit modifiée, annulée ou redressée.
45. Voir la *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, la *Loi sur le Programme de protection des salariés* et le chapitre 47 des lois du Canada (2005) (projet loi C-12), L.C. 2007, c. 36, dont les dispositions sur les sûretés judiciaires sont entrées en vigueur le 18 septembre 2009 en vertu du *Décret fixant au 18 septembre 2009 la date d'entrée en vigueur de certains articles de lois*, (2009) *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 43, n° 17.

sous le régime de cette loi (responsabilité statutaire des administrateurs et dirigeants)⁴⁶ et l'article 11.52 L.A.C.C. pour couvrir les débours et honoraires du contrôleur et des experts (frais des professionnels).

On retrouve aussi, sous cette loi, un pouvoir plus général conféré au tribunal de rendre, sur demande de tout intéressé, toute ordonnance qu'il estime indiquée. Ce pouvoir d'ordonnance découle de l'article 11 L.A.C.C. qui se lit comme suit :

11. Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

Il est à noter que les tribunaux avaient déjà commencé, avant 2009, à se reconnaître le pouvoir de créer des sûretés judiciaires, en se fondant sur les pouvoirs inhérents et discrétionnaires dont ils se considéraient investis afin de favoriser le redressement des entreprises, conformément aux objectifs que le Parlement avait exprimés lors de l'adoption de la L.A.C.C. en 1933⁴⁷. L'intervention récente du législateur est venue en quelque sorte encadrer et baliser les pouvoirs d'intervention judiciaire et conférer aux tribunaux sous la L.F.I. des pouvoirs semblables à ceux qui s'étaient développés sous la L.A.C.C.

Avec les modifications apportées à la L.A.C.C., il deviendra, comme le soulignent les auteurs Bélanger et Rigaud, « plus difficile pour les tribunaux de justifier, en invoquant la juridiction inhérente, des décisions qui dépassent ce nouveau cadre statutaire élargi »⁴⁸. Ces mêmes auteurs reconnaissent cependant que le fait d'avoir préservé à l'article 11 L.A.C.C. le pouvoir du tribunal de

46. Pour un jugement récent où il a été décidé que cette disposition ne peut pas s'appliquer dans le cas d'un actionnaire unique ou fortement majoritaire qui a choisi de gérer cette même entreprise sans véritable conseil d'administration, voir *Industries Show Canada inc. (Arrangement relatif à)*, [2010] R.J.Q. 276 (C.S.).

47. Voir, à ce sujet, Philippe H. BÉLANGER et Sylvain RIGAUD, *La réforme en matière d'insolvabilité : nouveautés et codification de pratiques existantes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 12 et 13.

48. Philippe H. BÉLANGER et Sylvain RIGAUD, *La réforme en matière d'insolvabilité : nouveautés et codification de pratiques existantes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 190.

rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée, jumelé à la nécessité de conserver une interprétation large et libérale de cette loi afin de favoriser l'objectif de restructuration recherché par le législateur, devrait laisser subsister une large discrétion judiciaire permettant aux tribunaux d'intervenir pour autant qu'ils ne contreviennent pas aux restrictions découlant des nouvelles dispositions de la L.A.C.C. Il demeure donc possible qu'au-delà des hypothèses déjà couvertes par la L.A.C.C., les tribunaux puissent encore se fonder sur l'article 11 L.A.C.C. pour justifier la création de nouvelles sûretés, si le besoin s'en fait sentir et qu'une telle intervention ne paraisse pas aller à l'encontre des objectifs d'encadrement et de balisage des sûretés judiciaires que le législateur a voulu réaliser avec les modifications apportées à la L.A.C.C. En l'absence de toute disposition équivalant à l'article 11 L.A.C.C., une telle intervention paraît, par contre, beaucoup moins probable en vertu de la L.F.I.⁴⁹.

Soulignons enfin que dans un jugement récent, soit *Maisons Marcoux inc. (Syndic de)*⁵⁰, la Cour supérieure est intervenue pour reconnaître d'abord la validité d'une hypothèque de premier rang ayant été créée par voie judiciaire en 2008, soit avant les amendements législatifs de 2009, sur tous les biens meubles et immeubles de la compagnie en cause et ensuite le pouvoir du tribunal d'intervenir pour accorder le droit aux créanciers détenant des hypothèques légales de la construction d'être colloqués avant l'hypothèque de premier rang accordée en vertu de l'ordonnance initiale sur les immeubles concernés et ce, même si la compagnie débitrice avait, depuis l'ordonnance initiale, fait faillite.

La Cour a, en effet, jugé que malgré la faillite subséquente de la compagnie, les droits du créancier détenant l'hypothèque de premier rang ainsi que les droits des créanciers garantis continuaient à être régis par l'ordonnance initiale qui a eu pour effet de modifier l'ordre établi par le *Code civil du Québec*. Se fondant sur une conclusion de cette même ordonnance initiale suivant laquelle le tribunal « DÉCLARE que toute personne intéressée peut présenter une demande au tribunal afin de faire modifier ou annuler l'Ordonnance ou d'obtenir un autre redressement »⁵¹, le tribunal a également estimé avoir le pouvoir d'examiner la demande et d'accorder aux requérants le redressement demandé, considérant entre autres que la valeur de liquidation des autres actifs s'avérait suffisante pour

49. *Ibid.*, p. 190 à 193.

50. [2010] R.J.Q. 1510 (C.S.).

51. Par. 48 du jugement précité.

couvrir le montant du financement temporaire pour lequel la garantie de premier rang avait été judiciairement constituée.

En guise de conclusion sur la présente section, il faudra donc à l'avenir tenir compte de la possibilité que de telles garanties judiciaires, généralement de premier rang, soient constituées par les tribunaux, d'abord parce que ces garanties viendront modifier l'ordre de collocation établi par le *Code civil du Québec*, ensuite parce qu'elles affecteront, négativement, les droits des créanciers garantis et enfin parce que ces sûretés pourront souvent prendre effet, si l'ordonnance le prévoit, de façon occulte, c'est-à-dire dès le prononcé du jugement sans qu'aucune exigence de publicité n'ait à être respectée. En contexte d'insolvabilité, de faillite, ou de redressement d'entreprises, le notaire devra donc se méfier de l'existence possible de telles garanties.

2. MÉCANISMES DE GARANTIE DES TAXES FONCIÈRES ET DES DROITS DE MUTATION IMMOBILIÈRE ET SURVIE DE CES MÉCANISMES SUITE À UNE ALIÉNATION DE L'IMMEUBLE OU À UNE FAILLITE DU PROPRIÉTAIRE

Pour garantir le paiement des taxes foncières et des droits de mutation immobilière, le législateur a recours à trois types de mécanismes : la priorité, l'hypothèque légale et la création d'un recours personnel contre un acquéreur subséquent de l'immeuble. La compréhension de ces mesures et de leurs effets est toutefois grandement complexifiée d'abord en raison de la disparité des mesures retenues selon les obligations garanties, ensuite de la nature différente de la priorité accordée aux taxes foncières par rapport à la priorité garantissant le droit de mutation et enfin des effets variant selon que l'immeuble ferait l'objet d'une aliénation volontaire, d'une vente en justice, d'une vente pour taxes, d'une aliénation résultant de l'exercice d'un recours hypothécaire de vente par le créancier, de vente sous contrôle de justice ou de prise en paiement, soit hors de tout contexte de faillite, soit à la suite d'une faillite du propriétaire de l'immeuble.

Dans *9109-6495 Québec inc. c. Cour municipale d'Alma*⁵², la Cour supérieure, suite à une requête en révision judiciaire d'une décision ayant été rendue par la Cour municipale d'Alma, a été confrontée à certaines de ces questions. Les faits sont simples. La com-

52. [2010] R.D.I. 124 (C.S.).

pagnie débitrice avait acquis un immeuble en 2005. En 2006, cette compagnie est mise en faillite alors que les droits de mutation sont toujours impayés. Une créancière détenant une hypothèque sur l'immeuble exerce un recours hypothécaire de vente sous contrôle de justice aux termes de laquelle celle-ci devient propriétaire de l'immeuble pour un montant que l'on doit présumer inférieur à sa créance. La vente de l'immeuble ne présentant aucun intérêt pour la masse des créanciers, le syndic ne participe pas à cette vente ni ne reçoit quelque somme que ce soit du produit de cette vente. L'immeuble est ensuite revendu à un acquéreur qui est poursuivi par la municipalité pour le paiement des droits de mutation de 2005 demeurés impayés.

Les questions que soulève cette affaire sont un peu plus limitées que celles ci-dessus exposées. Elles consistent essentiellement à déterminer ce qu'il advient des différentes mesures de protection garantissant le paiement d'un droit de mutation immobilière lorsque l'immeuble concerné fait subséquemment l'objet d'une aliénation suite à la faillite de la personne qui en était propriétaire.

Après réflexion, il nous est toutefois apparu préférable, plutôt que de traiter uniquement des questions que soulève ce jugement, de tenter de faire la synthèse des mécanismes de garantie et de leurs effets, tant pour les taxes foncières que pour les droits de mutation, lorsque l'immeuble concerné fait l'objet d'une aliénation, de façon à faire ressortir la diversité des solutions applicables selon les circonstances, ainsi que les points de convergence ou de divergence selon le type de garantie ou le type d'aliénation en cause. Là où la situation s'y prête, il sera évidemment fait référence au jugement précité de même qu'à tout autre jugement ayant déjà été rendu en rapport avec les différentes hypothèses qui seront examinées.

Le plan que nous suivrons pour l'étude de ces questions sera le suivant. Nous analyserons successivement les différentes mesures de garantie en commençant par la priorité, suivie de l'hypothèque légale et enfin du recours personnel. Pour chacune de ces mesures, nous identifierons d'abord quelles sont les créances qui bénéficient de ces mesures, puis nous examinerons ensuite les conséquences résultant de l'aliénation de l'immeuble en reprenant à tour de rôle les divers types d'aliénation pouvant survenir.

2.1 Priorité

Cette garantie existe pour les trois types de créances, soit les taxes foncières municipales, les taxes foncières scolaires et les droits de mutation immobilière. Les caractéristiques et les effets de ces priorités diffèrent cependant selon qu'il s'agit de la priorité prévue pour les taxes foncières municipales et scolaires ou de la priorité garantissant les droits de mutation immobilière.

Pour les taxes foncières⁵³, générales ou spéciales, dues à une corporation municipale ou à une commission scolaire, la priorité résulte de l'article 2651(5^o) C.c.Q. Cette priorité affecte exclusivement l'immeuble assujéti au paiement de ces taxes. Contrairement aux effets normaux de ce type de garantie⁵⁴, l'article 2654.1 C.c.Q. précise toutefois que la priorité garantissant le paiement de ces taxes foncières est constitutive d'un droit réel et d'un droit de suite sur l'immeuble pour lequel ces taxes sont dues.

En raison de ces droits, les effets résultant de l'aliénation de l'immeuble deviennent comparables à ceux d'une hypothèque immobilière. Ainsi, bénéficiant d'un droit de suite, la priorité pour taxes foncières subsiste et continue à affecter l'immeuble lorsque celui-ci fait l'objet d'une aliénation volontaire. Pour la même raison, la priorité pour taxes foncières survit également à l'exercice d'un recours hypothécaire de prise en paiement.

53. Si la créance de la municipalité ne peut pas être considérée comme une taxe, cette créance ne peut pas être garantie par une priorité : *Caisse populaire d'Amos c. Café du quai (1994) inc.*, [2002] R.J.Q. 933 (C.A.), inf. [2000] R.J.Q. 2281 (C.S.).

54. Les priorités ne confèrent à leurs titulaires, sauf exceptions, ni droit réel, ni droit de suite. Voir, en ce sens, *St-Jacques (Syndic de)*, J.E. 97-258 (C.S.) ; *Complexe Furama inc. (Syndic de)*, J.E. 95-1200 (C.S.) ; *Gore (Municipalité du canton de) c. Brunton-Tiplady*, J.E. 95-1927 (C.Q.) ; *Mousseau c. Gagnon*, [1997] R.D.I. 481 (C.Q.) ; *147557 Canada Ltée (Syndic de)*, [1998] R.D.I. 243 (C.S.) ; *Hull (Ville de) c. Tsang*, [1998] R.D.I. 343 (C.M.) ; *9046-7309 Québec inc. (Syndic de)*, [1998] R.D.I. 587 (C.S.) ; *Westmount (Ville de) c. Lacoursière*, [1998] R.J.Q. 1784 (C.A.), conf. [1996] R.J.Q. 3030 (C.S.) ; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Banque Nationale du Canada*, [1999] R.J.Q. 950 (C.A.), conf. [1997] R.J.Q. 2873 (C.Q.) ; *Château d'Amos ltée (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.) ; *Groupe Skiing Louise Ltd. c. Beaupré (Ville de)*, [2002] R.J.Q. 1410 (C.S.) ; *Commission scolaire de la Seigneurie des Mille-Îles c. 9076-1214 Québec inc.*, [2006] R.D.I. 209 (C.Q.).

Par contre, si l'immeuble fait l'objet d'une vente en justice⁵⁵, d'une vente pour taxes⁵⁶ ou d'une vente sous contrôle de justice⁵⁷, la créance prioritaire est colloquée sur le produit de vente de l'immeuble selon son rang. Comme le créancier exerce alors son droit de préférence sur l'immeuble affecté, une telle vente entraîne l'extinction de la priorité, et ce, même si le produit de vente du bien ne rapporte pas suffisamment pour payer le créancier au complet.

Le recours hypothécaire de vente par le créancier entraîne aussi l'extinction des créances prioritaires, le créancier étant tenu d'imputer le produit de vente au paiement des créances primant ses droits⁵⁸.

Si l'aliénation de l'immeuble survient suite à une faillite, la municipalité et la commission scolaire sont reconnues, en raison du droit réel et du droit de suite que cette priorité leur confère, comme des créanciers garantis au sens de l'article 2 L.F.I. Elles conservent ainsi le droit d'être payées selon leur rang, avant les créanciers non reconnus comme des créanciers garantis, si l'immeuble fait l'objet d'une aliénation entraînant le paiement des créanciers détenant une sûreté sur l'immeuble. Si l'immeuble fait l'objet d'une prise en paiement, la priorité survit en raison du droit de suite. En raison du statut de créancier garanti, les solutions demeurent, en fait, les mêmes que celles résultant d'une aliénation forcée survenant en l'absence de toute faillite.

Contrairement aux taxes foncières, la création de la priorité garantissant le paiement d'un droit de mutation ne résulte pas du *Code civil du Québec*. Cette priorité est plutôt créée par une disposition particulière, soit l'article 12 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*⁵⁹. Aux termes de cet article, la priorité

55. Voir l'article 696 C.p.c. Les priorités et les hypothèques affectant l'immeuble sont alors purgées par l'effet du décret. L'effet extinctif ne devient cependant définitif qu'avec l'expiration du délai de six mois prévu aux articles 698 à 700 C.p.c. pour présenter une demande en annulation du décret. La règle pratique à retenir consiste donc à refuser d'effectuer une transaction sur l'immeuble qui a fait l'objet d'une vente en justice, à moins qu'il ne se soit écoulé six mois depuis la date d'adjudication.

56. *Loi sur les cités et villes* (ci-après citée « L.C.V. »), L.R.Q., c. C-19, art. 529 ; *Code municipal du Québec* (ci-après cité « C.M. »), L.R.Q., c. C-27.1, art. 1048 ; *Loi sur l'instruction publique* (ci-après citée « L.I.P. »), L.R.Q., c. I-13.3, art. 340.

57. Art. 2794 C.c.Q.

58. Art. 2789 et 2790 C.c.Q.

59. L.R.Q., c. D-15.1, ci-après citée « L.D.M.I. ».

accordée aux municipalités en vue de garantir le paiement d'un droit de mutation porte autant sur les meubles du débiteur que sur l'immeuble faisant l'objet d'un transfert autre qu'un contrat de louage⁶⁰, au même titre et selon le même rang que les créances visées à l'article 2651(5^o) C.c.Q. Cette priorité est-elle, comme pour les taxes foncières, constitutive d'un droit réel et d'un droit de suite ? Pour les taxes foncières, ces droits exceptionnels découlent de l'article 2654.1 C.c.Q. qui se lit comme suit :

2654.1 Les créances prioritaires des municipalités et des commissions scolaires *pour les impôts fonciers* sont constitutives d'un droit réel.

Elles confèrent à leur titulaire le droit de suivre les biens qui y sont assujettis en quelques mains qu'ils soient.

Peut-on assimiler un droit de mutation immobilière à une créance due pour des impôts fonciers ? La Cour supérieure dans l'affaire *Groupe Skiing Louise Ltd. c. Beaupré (Ville de)*⁶¹ a répondu négativement à cette question. Et c'est cette même solution qui a été reprise dans le jugement sous étude, les parties reconnaissant le bien-fondé de cette décision⁶². Par ailleurs, comme aucun article de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* ne vient reconnaître à la créance résultant d'un droit de mutation des prérogatives semblables à ce que l'article 2654.1 C.c.Q. accorde aux créances résultant d'un impôt foncier, il faut donc conclure que la priorité garantissant le paiement d'un droit de mutation n'est constitutive d'aucun droit réel et ne bénéficie d'aucun droit de suite. Cette solution rejoint celle qui avait été adoptée par les tribunaux à l'égard de la priorité pour les taxes foncières municipales et scolaires avant que l'article 2654.1 C.c.Q. ne soit ajouté en 1999⁶³. Confor-

60. L'article 1 L.D.M.I. définit le terme « transfert » comme suit : « le transfert du droit de propriété d'un bien, l'établissement d'une emphytéose et la cession des droits de l'emphytéote, ainsi que le contrat de louage d'un bien, pourvu que la période qui court à compter de la date du transfert jusqu'à celle de l'arrivée du terme du contrat de louage, y compris toute prolongation ou tout renouvellement y mentionné, excède 40 ans ; le mot transfert ne comprend pas le transfert fait dans le seul but de garantir le paiement d'une dette ni la rétrocession faite par le créancier ».

61. [2002] R.J.Q. 1410 (C.S.).

62. 9109-6495 *Québec inc. c. Cour municipale d'Alma*, [2010] R.D.I. 124 (C.S.), par. 5, p. 126-127 et par. 9, p. 130 (où le tribunal cite le par. 18 du jugement de première instance).

63. *Complexe Furama inc. (Syndic de)*, J.E. 95-1200 (C.S.) ; *Gore (Municipalité du canton de) c. Brunton-Tiplady*, J.E. 95-1927 (C.Q.) ; *St-Jacques (Syndic de)*, J.E. (à suivre..)

mément à cette jurisprudence, les parties ont, en conséquence, admis, dans *9109-6495 Québec inc. c. Cour municipale d'Alma*⁶⁴, que la créance de la municipalité ne constituait pas, puisqu'elle ne conférait ni droit réel, ni droit de suite, une créance garantie au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Il faut donc retenir que la priorité établie par l'article 12 L.D.M.I. demeure une garantie fragile puisque cette priorité ne bénéficie d'aucun droit de suite. Elle s'éteint dès que les biens affectés sont aliénés, peu importe que l'aliénation de l'immeuble soit volontaire ou forcée. Évidemment, s'il s'agit d'une vente forcée, telle qu'une vente en justice, une vente pour taxes, un recours hypothécaire de vente par le créancier ou un recours hypothécaire de vente sous contrôle de justice, la municipalité a le droit d'être colloquée sur le produit de vente du bien, selon le rang prévu à l'article 2651(5^o) C.c.Q. comme l'indique l'article 12 L.D.M.I. Par contre, s'il s'agit de l'exercice d'un recours hypothécaire de prise en paiement, la créance prioritaire de la municipalité ne peut être ni colloquée, puisqu'il n'y a pas d'ordre de collocation, ni survivre à la prise en paiement, puisque la priorité garantissant un droit de mutation immobilière ne confère aucun droit de suite. Au cas de faillite du propriétaire du bien, cette priorité ne permet pas, non plus, à la municipalité d'être reconnue comme une créancière garantie. Au cas d'aliénation de l'immeuble entraînant une collocation des créanciers, la municipalité sera donc payée après les créanciers garantis, selon le rang que lui accorde l'article 136 L.F.I., à moins que celle-ci n'ait inscrit un avis d'hypothèque légale en vue de garantir le paiement du droit de mutation impayé.

2.2 Hypothèque légale

Cette sûreté est accordée aux commissions scolaires pour garantir le paiement des taxes foncières scolaires ainsi qu'aux municipalités pour garantir le paiement des droits de mutation. Par

(...suite)

97-258 (C.S.) ; *Mousseau c. Gagnon*, [1997] R.D.I. 481 (C.Q.) ; *147557 Canada Ltée (Syndic de)*, [1998] R.D.I. 243 (C.S.) ; *Hull (Ville de) c. Tsang*, [1998] R.D.I. 343 (C.M.) ; *9046-7309 Québec inc. (Syndic de)*, [1998] R.D.I. 587 (C.S.) ; *Westmount (Ville de) c. Lacoursière*, [1998] R.J.Q. 1784 (C.A.), conf. [1996] R.J.Q. 3030 (C.S.) ; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Banque Nationale du Canada*, [1999] R.J.Q. 950 (C.A.), conf. [1997] R.J.Q. 2873 (C.Q.) ; *Château d'Amos Ltée (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.) ; *Groupe Skiing Louise Ltd. c. Beaupré (Ville de)*, [2002] R.J.Q. 1410 (C.S.).

64. [2010] R.D.I. 124, 126 (C.S.), par. 5.

contre, les municipalités ne bénéficient pas d'une telle sûreté pour les taxes foncières municipales.

En vertu de l'article 2724 C.c.Q., les seules créances qui peuvent donner lieu à une hypothèque légale sont celles que le législateur crée, ou dont il permet la création, aux termes de cet article. L'article 2724(1^o) C.c.Q. reconnaît que des hypothèques légales puissent être spécialement prévues par des lois particulières en vue de garantir les créances dues à des personnes morales de droit public. Pour les commissions scolaires, la création d'une hypothèque légale en vue de garantir le paiement des taxes foncières scolaires résulte de l'article 317.1 L.I.P. La naissance d'une telle sûreté n'est cependant pas automatique. Conformément à ce que prévoit l'article 2725 C.c.Q., une telle hypothèque n'est « acquise » et ne prend rang⁶⁵ que par l'inscription au registre foncier d'un avis d'hypothèque désignant la loi créant l'hypothèque, l'immeuble concerné, la cause et le montant de la créance.

Jusqu'à l'entrée en vigueur en 1999 de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*⁶⁶ aux termes de laquelle l'article 2654.1 a été ajouté au *Code civil du Québec*, les municipalités bénéficiaient également, en vertu de dispositions législatives qui se retrouvent toujours dans les lois municipales, d'une hypothèque légale pouvant garantir les taxes foncières municipales. En raison de l'ajout de l'article 2654.1 C.c.Q. conférant un droit réel et un droit de suite aux créances prioritaires garantissant le paiement des taxes foncières municipales, l'article 45 de la loi précitée a cependant eu pour effet de rendre sans effet toute disposition accordant aux municipalités une hypothèque légale relativement aux taxes foncières municipales pouvant leur être dues⁶⁷.

Autrement dit, contrairement aux commissions scolaires, la seule sûreté légale dont peut bénéficier une municipalité pour le paiement des taxes foncières consiste désormais en la priorité prévue par l'article 2651(5^o) C.c.Q. Cette absence d'hypothèque légale est cependant compensée par la priorité constitutive d'un

65. Art. 2945 C.c.Q.

66. L.Q. 1999, c. 90.

67. Cet article se lit comme suit : « Toute disposition d'une loi ou de ses textes d'application indiquant que des coûts, frais, taxes ou autres sommes dues à une municipalité sont garantis par une hypothèque légale est, lorsque ces sommes constituent aussi une créance prioritaire au sens du paragraphe 5^o de l'article 2651 du Code civil, réputée ne conférer une telle garantie qu'à l'égard des créances non constitutives d'un droit réel. »

droit réel et d'un droit de suite que leur reconnaît l'article 2654.1 C.c.Q. ainsi que par le recours personnel contre tout acquéreur subséquent, dont nous reparlerons ci-après, que leur accordent les lois municipales, recours personnel dont les commissions scolaires ne bénéficient pas, ce qui explique peut-être que l'hypothèque légale garantissant le paiement des taxes foncières n'ait été retirée qu'aux seules municipalités.

Par contre, les municipalités peuvent bénéficier de l'hypothèque légale que leur reconnaît l'article 12 L.D.M.I., puisque la priorité pour le paiement des droits de mutation immobilière ne leur confère ni droit réel, ni droit de suite. Aux termes de cet article, une telle hypothèque peut être constituée autant sur les biens meubles du débiteur que sur l'immeuble faisant l'objet d'un transfert autre qu'un contrat de louage. Tout comme pour les taxes foncières scolaires, la naissance d'une telle sûreté n'est pas automatique. Conformément à l'article 2725 C.c.Q., une telle hypothèque n'est « acquise » et ne prend rang⁶⁸ que par l'inscription au registre approprié d'un avis d'hypothèque désignant la loi créant l'hypothèque, les biens du débiteur sur lesquels la municipalité entend la faire valoir, la cause et le montant de la créance.

Quant à l'impact d'une telle hypothèque légale sur les droits d'un acquéreur subséquent, ce qu'il faut surtout retenir, c'est qu'une telle sûreté, conférant un droit de suite⁶⁹, permet au créancier de conserver son hypothèque lorsque l'immeuble est volontairement aliéné. Cet avantage est particulièrement précieux lorsqu'il s'agit de garantir le paiement d'un droit de mutation, puisque comme nous l'avons vu précédemment, la priorité de l'article 12 L.D.M.I., ne conférant aucun droit de suite, ne peut survivre lors d'une telle aliénation.

Comme toute autre hypothèque, l'hypothèque légale s'éteint, par contre, si l'immeuble fait l'objet d'une vente en justice⁷⁰, d'une vente pour taxes⁷¹ ou d'une vente sous contrôle de justice⁷², puisque ces types de vente ont pour effet de purger l'immeuble des sûretés l'affectant et ce, en raison de la collocation du créancier sur le produit de vente de l'immeuble suivant le rang déterminé par la date d'inscription de son avis d'hypothèque légale. On peut toutefois

68. Art. 2945 C.c.Q.

69. Art. 2660 et 2751 C.c.Q.

70. Art. 696 C.p.c.

71. Art. 529 L.C.V., art. 1048 C.M. et art. 340 L.I.P.

72. Art. 2794 C.c.Q.

noter une exception à ces principes. Si la vente résulte de l'exercice d'un recours hypothécaire de vente par le créancier et que l'hypothèque légale garantissant le paiement des droits de mutation s'avère de rang postérieur à l'hypothèque du créancier exerçant un tel recours, l'hypothèque légale continue à subsister malgré la vente de l'immeuble. Ce type de recours hypothécaire a en effet pour conséquence d'éteindre les sûretés de rang supérieur, telles les priorités conférées à la commission scolaire ou à la municipalité, mais de laisser subsister les sûretés de rang subséquent comme le laissent voir les articles 2789 et 2790 C.c.Q.⁷³. Dans une telle hypothèse, l'hypothèque légale pourrait donc continuer à garantir le paiement des taxes foncières scolaires et des droits de mutation demeurés impayés, si jamais le produit de la vente de l'immeuble par le créancier ne devait pas rapporter suffisamment pour que celles-ci soient acquittées comme créances prioritaires. Il s'agirait, encore là, d'un avantage que peut procurer l'inscription d'une hypothèque légale.

Comme autres avantages, on peut aussi souligner que l'inscription d'une hypothèque légale permettra au créancier d'avoir accès aux recours hypothécaires et d'être reconnu, en raison du droit réel et du droit de suite que confère l'hypothèque, comme un créancier garanti au sens de la L.F.I., lui permettant ainsi d'être payé, avant tout autre créancier non garanti, sur le prix d'adjudication si l'immeuble fait l'objet d'une vente forcée ayant pour effet d'entraîner le paiement de la créance hypothécaire. En raison du statut de créancier garanti, les solutions demeurent, en fait, les mêmes que celles résultant d'une aliénation forcée survenant en l'absence de toute faillite.

Enfin, si l'immeuble fait l'objet d'une prise en paiement exercée par un tiers⁷⁴, suite à une faillite ou non, la survie de l'hypothèque dépend du rang de cette hypothèque légale. Si elle est de rang supérieur à l'hypothèque du créancier ayant exercé la prise en paiement, elle subsiste. Si elle est de rang inférieur, elle tombe, le tout conformément aux effets de la prise en paiement prévus par l'article 2783 C.c.Q.

73. Voir Marc BOUDREAU, *Les sûretés*, 3^e éd., « coll. bleue », série « Répertoire de droit », Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, par. 675-677, p. 246.

74. Si en se fondant sur les droits que leur accorde leur hypothèque légale, soit la commission scolaire, soit la municipalité, décide de prendre l'immeuble en paiement, ce recours aura pour effet d'éteindre la créance de celui qui choisit ainsi d'exercer un tel recours, comme l'énonce l'article 2782 C.c.Q. Quant au sort de l'autre hypothèque légale, il sera déterminé selon le rang fixé par la date de l'inscription de l'avis d'hypothèque en question, tel qu'indiqué ci-dessus.

2.3 Recours personnel contre un acquéreur subséquent

Seuls les taxes foncières municipales et les droits de mutation accordent le droit aux municipalités d'exercer un recours personnel contre un acquéreur subséquent de l'immeuble.

Pour les taxes foncières municipales, l'article 498 L.C.V. prévoit ainsi que la municipalité peut réclamer le paiement des taxes foncières « aussi bien du locataire, de l'occupant ou autre possesseur de cet immeuble que du propriétaire, de même que de tout acquéreur subséquent de cet immeuble, lors même que tel locataire, occupant, possesseur ou acquéreur n'est pas inscrit sur le rôle d'évaluation ». Au même effet, l'article 982 C.M. énonce que :

Toutes taxes municipales imposées sur un terrain peuvent être réclamées, aussi bien de l'occupant ou autre possesseur de ce terrain que du propriétaire, de même que de tout acquéreur subséquent de ce terrain, lors même que tel occupant, possesseur ou acquéreur n'est pas inscrit sur le rôle d'évaluation.

Pour les droits de mutation, ce recours particulier résulte de l'article 12.1 L.D.M.I. On y précise que « Le droit de mutation dû en raison en raison d'un transfert peut être exigé de toute personne qui devient cessionnaire de l'immeuble après celui qui a été partie à ce transfert »⁷⁵.

À l'inverse, l'article 313 L.I.P. se montre beaucoup plus restrictif en se contentant d'indiquer que « la taxe scolaire est payable par le propriétaire de l'immeuble ». Cette différence de formulation a été interprétée par la Cour d'appel, dans *Château d'Amos ltée (Syndic de)*⁷⁶, comme signifiant que les commissions scolaires ne peuvent pas bénéficier d'un tel recours personnel contre les propriétaires subséquents.

75. L'article 1 L.D.M.I. définit le terme « transfert » comme suit : le transfert du droit de propriété d'un bien, l'établissement d'une emphytéose et la cession des droits de l'emphytéote, ainsi que le contrat de louage d'un bien, pourvu que la période qui court à compter de la date du transfert jusqu'à celle de l'arrivée du terme du contrat de louage, y compris toute prolongation ou tout renouvellement y mentionné, excède 40 ans ; le mot transfert ne comprend pas le transfert fait dans le seul but de garantir le paiement d'une dette ni la rétrocession faite par le créancier.

76. [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.). Voir également, en ce sens, *Commission scolaire des Chutes Montmorency c. 3102-8566 Québec inc.*, J.E. 98-2044 (C.Q.).

Les municipalités, mais non les commissions scolaires, se voient donc ainsi accorder, en plus de leur priorité, un recours personnel contre toute personne devenant subséquemment propriétaire de l'immeuble pour lequel des taxes foncières municipales ou des droits de mutation demeurent impayés. Il est à souligner que ce recours contre un acquéreur subséquent de l'immeuble consiste bien en un recours personnel. Ce recours ne confère donc ni droit réel, ni droit de suite⁷⁷, bien que le juge de première instance dans l'affaire *9109-6495 Québec inc. c. Cour municipale d'Alma*⁷⁸ ait utilisé, pour tenter d'imager les effets de ce recours personnel, les termes « droit de suite personnel ». Le jugement de la Cour supérieure reprend d'ailleurs les constats du juge de première instance en citant les extraits suivants du jugement de la Cour municipale :

[...] La Cour [...] reconnaît que la Demanderesse n'a certes aucun droit créé par droit de suite sur [l'] immeuble acquis successivement par les Défenderesses, mais elle considère que celles-ci demeurent redevables des sommes dues à la Demanderesse en raison du droit de suite personnel que l'article 12.1 de la Loi crée expressément pour rendre responsables les cessionnaires subséquents de l'immeuble.

Comme la jurisprudence citée le consacre, les articles 12 et 12.1 de la Loi ne confèrent effectivement aucun droit réel sur l'immeuble ni aucune garantie et droit de suite sur l'immeuble, mais l'article 12.1 donne tout de même un droit de suite personnel qui ne peut être ignoré. [...]

Ce droit crée une obligation apparemment exorbitante, mais, à défaut de voir celle-ci jugée à ce jour inconstitutionnelle et ultra vires des pouvoirs dévolus aux provinces, il représente une manifestation de la volonté du législateur provincial d'assurer « ... au-delà du droit de suite réel... » la survie d'une créance, même après l'exercice d'un recours qui purge les droits réels. L'exercice de ce droit doit connaître ses pleins effets dans un tel contexte.⁷⁹

Que ce soit pour les taxes foncières municipales ou pour les droits de mutation immobilière, un tel recours personnel peut,

77. En ce sens, voir *Québec (Ville de) c. Ortila Securities Inc.*, [1993] R.J.Q. 718 (C.A.) ; *Westmount (Ville de) c. Lacoursière*, [1998] R.J.Q. 1784 (C.A.), conf. [1996] R.J.Q. 3030 (C.S.) ; *Château d'Amos ltée (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.) ; *Groupe Skiing Louise Ltd. c. Beaupré (Ville de)*, [2002] R.J.Q. 1410 (C.S.) ainsi que Marc BOUDREAULT, « Développements jurisprudentiels en droit des sûretés, avril – septembre 2002 », 11:12 *Entracte* 8.

78. [2010] R.D.I. 124 (C.S.).

79. Les mots en italiques sont le fait du juge de la Cour supérieure qui a ainsi voulu souligner son accord avec les commentaires du juge de première instance.

en principe, être exercé contre tout cessionnaire subséquent de l'immeuble peu importe que l'immeuble ait été acquis par suite d'une aliénation volontaire ou forcée, à moins que des dispositions plus particulières ne viennent restreindre l'effet de ce recours personnel.

Ayant été appelée à se prononcer sur les effets du recours personnel garantissant le paiement des taxes foncières municipales suite à une vente en justice de l'immeuble, la Cour suprême a ainsi confirmé, dans *Montréal (Ville de) c. Steckler*⁸⁰, que bien qu'entraînant l'extinction des droits réels affectant l'immeuble dans la mesure prévue par l'article 696 C.p.c., la vente en justice de l'immeuble laisse subsister le recours personnel de la municipalité à l'égard d'un acquéreur subséquent du bien, si la vente n'a pas rapporté suffisamment pour payer les arrérages de taxes échues.

En toute logique, la même solution devrait être retenue pour le recours personnel garantissant le paiement des droits de mutation en vertu de l'article 12.1 L.D.M.I. Et c'est ce que confirme le dernier extrait précité du jugement sous analyse lorsqu'on y précise que la volonté du législateur est d'assurer « la survie d'une créance, même après l'exercice d'un recours qui purge les droits réels » et que « L'exercice de ce droit doit connaître ses pleins effets dans un tel contexte ». On peut donc conclure, à moins que des dispositions plus particulières ne viennent en restreindre l'effet, que le recours personnel peut être invoqué contre tout acquéreur subséquent de l'immeuble, même lorsque l'aliénation de l'immeuble résulte d'une vente forcée de l'immeuble, telle qu'une vente en justice, une vente par le créancier hypothécaire ou une vente sous contrôle de justice.

Puisque le recours personnel demeure applicable suite à de telles ventes forcées, pourrait-on prétendre que ce recours personnel peut redonner naissance à une nouvelle priorité ou dans le cas d'un droit de mutation permettre, en sus, l'inscription d'un nouvel avis d'hypothèque légale contre l'immeuble ? Bien que la question n'ait pas été encore tranchée par les tribunaux, la réponse devrait être négative⁸¹. Puisque ces types de vente ont pour effet de purger l'immeuble des sûretés l'affectant, les créances subsistant pour le reliquat de taxes foncières ou de droits de mutation impayés ont nécessairement cessé de bénéficier d'une garantie sur l'immeuble en question, devenant ainsi, en rapport avec cet immeuble, des

80. [1986] 2 R.C.S. 571.

81. Voir Marc BOUDREAU, *Les sûretés*, 3^e éd., « coll. bleue », série « Répertoire de droit », Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, par. 39.3, p. 18 et 19.

créances ordinaires. Si les dispositions conférant un recours personnel permettent d'ajouter un nouveau débiteur, lequel vient se joindre au débiteur original, elles n'ont cependant pas pour effet de créer une nouvelle créance. La municipalité demeure toujours créancière des mêmes sommes, soit le montant des taxes foncières ou des droits de mutation demeurés impayés. En l'absence de création d'une nouvelle créance et d'indication claire que le législateur ait voulu faire renaître une priorité éteinte, le seul ajout d'un recours personnel contre le nouvel acquéreur ne peut donc pas constituer une assise suffisante pour conclure à la renaissance de la sûreté qui s'est éteinte avec la vente forcée de l'immeuble. Il ne faut pas confondre recours personnel et création d'une priorité.

Si le recours exercé sur l'immeuble consiste en un recours hypothécaire de prise en paiement, le recours personnel devrait encore là subsister, puisqu'il n'existe aucune restriction légale ayant pour effet d'en restreindre l'effet.

Par contre, si l'immeuble fait l'objet non plus d'une vente en justice ou d'un recours hypothécaire, mais d'une vente pour taxes, le recours personnel devient subordonné à certaines restrictions. Bien que l'article ne soit pas un modèle de rédaction législative, la fin du premier alinéa de l'article 529 L.C.V. indique que les arrérages de taxes municipales et de cotisations scolaires⁸², « échus avant la vente, sont purgés par la vente, à moins qu'il ne soit produit au bureau du conseil, au moins huit jours avant la vente, un état certifié de ces arrérages, taxes ou cotisations ». Il semble donc que les arrérages de taxes pourraient être réclamés de l'adjudicataire, seulement si un état certifié de ces arrérages a été produit au bureau du conseil au moins huit jours avant la vente, exigence qui viendrait donc potentiellement restreindre les effets du recours personnel. Il semble que cette restriction s'étendrait également à un droit de mutation demeuré impayé à une municipalité régie par la *Loi sur les cités et villes*, si l'immeuble fait l'objet d'une vente pour taxes, puisque l'article 12.2 L.D.M.I. assimile le droit de mutation, pour l'application des dispositions relatives à la vente sous l'autorité d'une municipalité d'un immeuble pour défaut de paiement des taxes, à une taxe municipale imposée sur l'immeuble faisant l'objet du transfert.

82. Même si on fait ici référence aux cotisations scolaires, il faut se rappeler, tel que vu précédemment, qu'il n'existe pas, pour les taxes scolaires, de recours personnel pouvant être exercé contre un acquéreur subséquent.

Pour les municipalités régies par le *Code municipal*, la rédaction différente de l'article 1048 C.M., en comparaison avec l'article 529 L.C.V., laisse par ailleurs planer un doute quant à la survie du recours personnel pour les arrérages de taxes municipales, suite à une vente pour taxes. Cet article prévoit, en effet, que la vente pour taxes purge l'immeuble de toutes hypothèques, excepté certains droits, rentes et montants, parmi lesquels les arrérages de taxes municipales ne sont pas indiqués. On peut alors se demander si ce silence, en comparaison avec l'article 529 L.C.V., a pour effet de laisser subsister le recours personnel, sans condition semblable à celle prévue à l'article 529 L.C.V., ou, au contraire, d'entraîner l'extinction de ce recours lorsqu'un tel type de vente est utilisé, puisque parmi les créances qui sont exemptées de l'effet extinctif de cette vente, on ne retrouve pas mention des arrérages de taxes impayées. Il semble que la même interrogation s'étendrait également à un droit de mutation demeuré impayé à une municipalité régie par le *Code municipal*, si l'immeuble fait l'objet d'une vente pour taxes, en raison de l'article 12.2 L.D.M.I. qui assimile le droit de mutation, pour l'application des dispositions relatives à la vente sous l'autorité d'une municipalité d'un immeuble pour défaut de paiement des taxes, à une taxe municipale imposée sur l'immeuble faisant l'objet du transfert.

Enfin, qu'advient-il du recours personnel contre un acquéreur subséquent si la vente de l'immeuble, qu'il s'agisse d'une vente par le syndic ou de l'exercice d'un recours hypothécaire de vente, survient suite à la faillite du propriétaire de cet immeuble ?

Pour le recours personnel accordé aux municipalités en rapport avec les taxes foncières, on reconnaît généralement que ce recours personnel ne peut pas survivre ni être opposé à celui qui se porte acquéreur d'un immeuble par suite d'une vente forcée survenant en raison de la faillite du propriétaire de l'immeuble. On estime en effet que la survie d'un tel recours personnel aurait pour effet, dans un contexte de faillite, d'entrer en conflit avec le plan de distribution énoncé à l'article 136 L.F.I., puisque la personne intéressée à acquérir l'immeuble serait portée à réduire son prix d'achat d'un montant équivalant à la créance dont elle demeurerait personnellement responsable suite à l'acquisition de l'immeuble en question. La survie du recours personnel accordé à la municipalité en vertu d'une loi provinciale pourrait donc avoir pour effet de réduire la valeur de réalisation de l'immeuble et venir ainsi interférer avec l'ordre de paiement des créanciers qui, en matière de faillite, relève

d'une loi fédérale devant avoir primauté sur toute loi provinciale. Cette solution, qui découle de l'opinion ayant été exprimée par le juge Brossard de la Cour d'appel dans *Château d'Amos ltée (Syndic de)*⁸³ et qui a ensuite été retenue dans l'affaire *Matagami (Ville de) c. Labelle*⁸⁴, doit-elle également être appliquée au recours personnel découlant de l'article 12.1 L.D.M.I. ?

Dans le jugement sous étude⁸⁵, la Cour supérieure conclut qu'en l'espèce, le recours personnel de l'article 12.1 L.D.M.I. ne porte aucunement atteinte à l'ordre de priorité établi par l'article 136 L.F.I. Considérant que le syndic n'a réalisé aucun actif, qu'il n'y pas eu d'état de collocation et donc aucune violation de l'ordre de priorité fédéral, le tribunal conclut, en se fondant sur les principes établis par la jurisprudence lorsqu'il y a absence de conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale, qu'il « ne saurait déclarer une loi provinciale valide inopérante dans de telles circonstances »⁸⁶. La Cour supérieure confirme ainsi la décision de la Cour municipale selon laquelle, malgré la faillite du propriétaire de l'immeuble faisant l'objet du droit de mutation, l'acquéreur subséquent de cet immeuble demeure tenu de payer les droits de mutation aux termes de l'article 12.1 L.D.M.I.

En toute déférence pour l'opinion émise par le tribunal, qu'il nous soit tout de même permis de souligner notre perplexité face à une telle décision. À notre avis, il aurait fallu, avant d'en arriver à une telle conclusion, tenir compte du recours ayant été exercé par le créancier hypothécaire. Dans les faits, l'immeuble a été vendu sous contrôle de justice. En l'absence de toute faillite, la municipalité aurait eu le droit d'être payée avant le créancier hypothécaire en raison de la primauté du droit de préférence résultant de sa priorité⁸⁷. Si en l'espèce, la municipalité réclame le paiement du droit de mutation à l'acquéreur subséquent, c'est donc parce qu'elle n'a pas été payée par la personne chargée de dresser l'ordre de collocation. Cette absence de paiement ne peut s'expliquer que par l'application de l'ordre de collocation prévu par l'article 136 L.F.I., lequel ne reconnaît pas la municipalité comme créancière garantie, puisque

83. [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.), commenté par Sylvie BERTHOLD, « Qualification des taxes municipales et scolaires dans un contexte de faillite : la Cour d'appel se prononce », (1999) 8:12 *Entracte* 10.

84. [2001] R.D.I. 45 (C.S.).

85. 9109-6495 *Québec inc. c. Cour municipale d'Alma*, [2010] R.D.I. 124 (C.S.).

86. *Ibid.*, p. 134, par. 28.

87. Art. 2650 et 2657 C.c.Q.

la priorité de l'article 12 L.D.M.I. ne confère ni droit réel, ni droit de suite. Contrairement à ce qu'affirme le tribunal, on ne peut donc pas prétendre qu'il y avait absence de conflit entre les règles de droit provincial et de droit fédéral dans cette cause. Le recours exercé impliquait bien un ordre de collocation et l'ordre de collocation retenu, soit celui de l'article 136 L.F.I., a eu pour effet d'empêcher que la créance de la municipalité soit acquittée par priorité. Si on convient que l'ordre de collocation adopté doit bien être celui de l'article 136 L.F.I., il aurait alors fallu écarter le recours personnel. En le laissant survivre, le tribunal incite l'acquéreur, lors d'une vente sous contrôle de justice, à réduire son prix d'achat d'un montant équivalant à celui de la créance dont il demeurera responsable, ce qui interfère alors avec l'ordre de collocation prévu par l'article 136 L.F.I. Comme il s'agissait d'une vente sous contrôle de justice, la solution aurait dû être similaire à celle ayant déjà été adoptée par la jurisprudence, dans les mêmes circonstances, pour les taxes foncières municipales.

Par contre, si le recours du créancier hypothécaire en avait été un de prise en paiement, la solution adoptée par la Cour supérieure aurait été justifiée. Ce recours n'impliquant aucune collocation, le tribunal aurait eu raison de dire que la survie du recours personnel n'entraîne ni conflit avec un ordre de collocation fédéral, ni avec une loi fédérale.

En conclusion, une aliénation volontaire, une vente en justice ou encore l'exercice d'un recours hypothécaire de vente par le créancier, de vente sous contrôle de justice ou de prise en paiement laisse donc subsister un recours personnel contre le cessionnaire d'un immeuble pour lequel des droits de mutation antérieurs n'ont pas été payés à la municipalité. Il est même possible, selon l'interprétation des dispositions législatives applicables, des circonstances en cause ou de la position adoptée par les tribunaux, qu'un tel recours survive à une vente pour taxes municipales ou encore à un recours de vente forcée à la suite d'une faillite du débiteur. En pratique, la meilleure solution consistera donc, en cas d'acquisition d'un immeuble, à vérifier qu'il n'existe pas de droits de mutation ou de taxes foncières municipales impayées, si on veut protéger l'acquéreur contre tout recours personnel pouvant être exercé contre lui.

En rapport avec l'ensemble des hypothèses analysées, on retiendra par ailleurs la complexité des solutions applicables. Rien

ne justifie pourtant que les effets de la priorité varient selon qu'il s'agirait de taxes foncières ou de droits de mutation et que l'hypothèque légale et le recours personnel seraient accordés pour certaines de ces créances et ne le seraient pas pour d'autres. Le recours personnel devrait par ailleurs être limité aux seules aliénations volontaires. Une telle limitation éviterait que la survie d'un tel recours vienne contourner les effets normaux des sûretés réelles, protégerait l'acquéreur de l'immeuble, clarifierait les effets d'une vente pour taxes et mettrait fin à tout conflit avec l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

3. HYPOTHÈQUE

3.1 Impact d'une absence de remise des fonds à l'emprunteur

Dans un jugement rendu par la Cour supérieure dans l'affaire *Canadian Asset Based Lending Enterprise (Cable) inc. c. Bélanger*⁸⁸ et dont l'appel a été rejeté sur requête⁸⁹, le tribunal est saisi d'une requête en délaissement forcé pour fins de prise en paiement. Cette demande se fonde sur un acte de prêt hypothécaire ayant été signé et publié, mais dont le montant du prêt, bien que décaissé entre les mains du notaire, a été retourné au prêteur sans avoir été transmis à l'emprunteur à la suite de la découverte d'une fraude. Réclamant d'abord le paiement d'une somme de 9 000 \$ pour frais de dossier, laquelle devait être retenue et remise au prêteur à même le déboursement du prêt, ensuite le remboursement de ses frais légaux et enfin les intérêts sur ces sommes selon le taux indiqué à l'acte de prêt hypothécaire, le créancier prétend avoir droit à l'exercice de son recours hypothécaire.

S'appuyant sur un jugement antérieur ayant décidé que c'est l'acte de décaisser le montant prêté à l'emprunteur qui crée la dette et que sans décaissement du prêt, il n'y a pas de dette justifiant l'existence de l'hypothèque⁹⁰, le tribunal conclut que :

88. J.E. 2010-1341 (C.S.), [2010] R.D.I. 620 (rés.).

89. (C.A., 2010-11-01), 500-09-020810-107, 2010 QCCA 221, SOQUIJ AZ-50686757. La Cour déclare être unanimement d'avis que l'appel est voué à un échec certain et que le libellé même de l'acte de prêt hypothécaire ne permet pas d'avancer avec succès l'argument que fait valoir l'appelante.

90. *Lefebvre c. Vallée* (C.S., 2003-10-31), 500-05-074085-026, SOQUIJ AZ-50204711, 2003 CanLII 21795, par. 29.

Le prêt de 300 000 \$ n'ayant pas été décaissé et la somme de 9 000 \$ qui devait être acquittée à même cette somme n'ayant pu être retenue et versée, il ne peut y avoir de créance impayée garantie par hypothèque. Cela est également vrai à l'égard des intérêts et des frais légaux réclamés par Cable et cela suffit donc pour rejeter la requête introductive d'instance de Cable.⁹¹

Ce jugement s'avère intéressant puisqu'il équivaut à dire qu'une hypothèque, même valablement constatée par un acte notarié et publiée, demeure conditionnelle à ce que le créancier exécute sa prestation, soit la remise de la somme prêtée à l'emprunteur. Il est à remarquer que cette condition n'empêche pas l'hypothèque de prendre naissance dès sa constitution ni de devenir opposable et de prendre rang à compter de son inscription. Elle fait cependant en sorte que si la somme prêtée n'est pas remise à l'emprunteur, il ne peut y avoir, en l'absence de dette, confirmation de l'hypothèque. Les autres obligations pouvant être garanties par l'hypothèque, tel le paiement des frais de dossier, le paiement des frais judiciaires et même, peut-on penser, le paiement des obligations futures souvent garanties de façon incidente aux termes de l'acte de prêt hypothécaire, deviennent en quelque sorte accessoires à l'existence de l'obligation principale, soit la création d'un prêt entre le prêteur et l'emprunteur. Si l'obligation principale ne se concrétise pas, les obligations accessoires ne peuvent à elles seules justifier l'existence de l'hypothèque. Cette solution peut être vue comme une application de l'exception d'inexécution. Si le créancier n'exécute pas ses obligations, l'emprunteur doit être libéré de la contrepartie qu'il a fournie, soit la garantie hypothécaire.

C'est d'ailleurs sur ces mêmes notions que se fonde l'article 2691 C.c.Q., lequel édicte que :

Si le créancier refuse de remettre les sommes d'argent qu'il s'est engagé à prêter et en garantie desquelles il détient une hypothèque, le débiteur ou le constituant peut obtenir, aux frais du créancier, la réduction ou la radiation de l'hypothèque, sur paiement, en ce dernier cas, des seules sommes alors dues.

Il faut également souligner que malgré la fraude et le préjudice qu'a pu subir le créancier, la Cour supérieure ne pouvait se prononcer que sur la validité de l'exercice du recours hypothécaire. Un tel

91. Par. 10 du jugement précité.

recours ne pouvant comporter aucune conclusion personnelle⁹², le juge ne pouvait pas, en effet, condamner l'emprunteur ou les personnes responsables de la fraude en question à indemniser le créancier pour le préjudice subi. Le créancier demeurait donc libre, même après cette décision, d'intenter un autre recours visant cette fois à faire condamner personnellement les responsables de la fraude en question pour les dommages subis.

3.2 Cession de rang résultant d'un engagement ou de conventions préalables

Dans deux décisions récentes, le tribunal se retrouve devant une situation où le notaire a omis d'inclure une cession de rang dans un acte de vente comportant une hypothèque en faveur du vendeur pour garantir un solde de prix de vente, alors que le financement de l'achat provenait majoritairement d'un emprunt hypothécaire contracté par l'acheteur auprès d'un créancier ayant exigé que son hypothèque soit de premier rang.

En l'absence d'acte constatant la cession de rang, le vendeur réclame, dans les deux cas, d'être payé au premier rang par application de l'article 2948 C.c.Q. qui énonce que les hypothèques consenties par l'acheteur et inscrites avant l'acte d'achat ne prennent rang qu'à compter de l'inscription de cet acte d'achat, « mais après l'hypothèque du vendeur créée dans l'acte d'acquisition du constituant ».

L'omission d'un notaire d'insérer à l'acte de vente une clause de cession de rang qui aurait dû s'y retrouver est évidemment susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier envers l'acheteur et envers son bailleur de fonds. Dans ces deux décisions, toutefois, le litige, portant sur le rang des hypothèques concernées, impliquait seulement les personnes qui auraient dû être parties à la cession de rang, soit le vendeur et le bailleur de fonds de l'acheteur. Dans les deux cas, il ressort également que le vendeur avait préalablement à la signature de l'acte de vente consenti à ce que son hypothèque en soit une de deuxième rang, comme le prouvent les témoignages recueillis et des mentions insérées dans les offres et les contre-offres intervenues entre l'acheteur et le vendeur.

92. Voir Marc BOUDREAU, *Les sûretés*, 3^e éd., « coll. bleue », série « Répertoire de droit », Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, par. 548, p. 191.

Dans le premier de ces jugements, la Cour supérieure décide de reconnaître judiciairement une priorité de rang à l'hypothèque du bailleur de fonds en concluant qu'il résulte de l'ensemble de la preuve « qu'il y a eu entente entre les parties pour que le solde du prix de vente soit garanti par hypothèque de 2^e rang et que le comportement subséquent des venderesses [qui ont refusé de signer un acte de cession de rang] est abusif et viole leur obligation de bonne foi »⁹³. Jugeant « que l'omission de la notaire n'est qu'en partie la source du possible préjudice causé à M. Trudeau [le bailleur de fonds] et que celui-ci aurait pu éviter tout préjudice en prenant des moyens appropriés »⁹⁴ le tribunal rejette également l'action en garantie contre la notaire concernée.

Dans le second jugement, la Cour d'appel, à deux juges contre un, choisit également de reconnaître, tout comme le juge de première instance, que le vendeur avait accepté de céder son rang et qu'il avait consenti à ce que le solde du prix de vente soit garanti par une hypothèque de second rang jusqu'à concurrence d'un montant de 220 000 \$, tel qu'il ressort du témoignage de ce dernier et des offres et contre-offres. Le prêt hypothécaire consenti à l'acheteur par le bailleur de fonds s'élevant toutefois à 269 500 \$, plutôt que 220 000 \$ comme cela aurait dû être le cas n'eût été de manœuvres malhonnêtes de la part de l'acheteur, le tribunal était toutefois confronté à la difficulté d'avoir à fixer judiciairement le montant de la cession de rang. Infirmant le jugement de première instance, qui avait écarté la cession de rang au motif que le vendeur n'aurait pas accepté de la consentir si ce dernier avait connu le véritable montant du prêt hypothécaire, la majorité des juges de la Cour d'appel conclut à ce qu'une priorité de rang soit judiciairement accordée au bailleur de fonds jusqu'à concurrence de la somme de 220 000 \$, moins une partie proportionnelle des versements en capital déjà effectués. Le troisième juge exprime sa dissidence en notant que l'accord pour une hypothèque de second rang est intervenu non pas entre le vendeur et le bailleur de fonds, mais entre l'acheteur et le vendeur. Il déclare en outre ne pas voir comment le tribunal pourrait en arriver à reconnaître une cession de rang partielle, alors que cette solution n'a jamais été envisagée par les parties en cause. Quant au notaire, il a eu la chance dans cette affaire de ne pas être poursuivi ni d'avoir témoigné. Le tribunal constate cependant que « Le notaire a

93. *Lévesque c. 9161-0832 Québec inc.*, J.E. 2010-145 (C.S.), [2010] R.D.I. 114 (rés.), par. 169.

94. Par. 188 du jugement précité.

dormi. Du moins, c'est bien ce qu'il semble, encore qu'il n'a pas témoigné pour s'expliquer »⁹⁵.

Ces deux jugements nous rappellent qu'une cession de rang peut, comme pour tout autre contrat, résulter d'ententes préalables, verbales ou écrites, sous réserve que l'intention véritable des parties puisse être prouvée. Il faut cependant ajouter qu'à défaut d'avoir été constatée par un acte adéquat et d'avoir été publiée, une telle cession de rang ne peut produire d'effets qu'entre les parties et non à l'égard des tiers⁹⁶. Dans les deux décisions en cause, les notaires ont eu la chance de ne pas voir un cessionnaire ou un subrogé se porter acquéreur des droits du vendeur. Ils ont également eu la chance de voir le tribunal reconnaître judiciairement la cession de rang en se fondant sur les engagements préalables du vendeur ainsi que sur les offres et les contre-offres. Une telle solution demeure toutefois coûteuse et hasardeuse. Il est donc important d'avoir le réflexe de vérifier les avant-contrats ainsi que l'intention des parties chaque fois qu'un acte de vente laisse subsister un solde de prix de vente garanti par hypothèque.

3.3 Exigibilité de la créance subordonnée à la décision du créancier de recourir à la déchéance du terme

Un défaut de paiement entraîne-t-il automatiquement la déchéance du terme ? Telle est la question qu'a eu à répondre la Cour d'appel dans l'affaire *Corporation financière Suisse Canada Capital c. Turcotte*⁹⁷. Devant décider si la dette du débiteur était devenue exigible dès le défaut de paiement du débiteur, ce qui aurait alors eu pour effet de fixer le point de départ du délai de prescription de la totalité de la dette à ce moment, la Cour d'appel a décidé, en accord avec la jurisprudence antérieure⁹⁸, que :

lorsque l'exigibilité de la créance est subordonnée à la décision du créancier de recourir à la clause de déchéance du terme, la déchéance du terme ne saurait être qualifiée d'automatique et l'exigibilité de la dette est fonction de l'exercice par le créancier de sa faculté de provoquer la déchéance.⁹⁹

95. Par. 21 du jugement précité.

96. Art. 2941 et 2956 C.c.Q.

97. J.E. 2010-1078 (C.A.), [2010] R.D.I. 474 (rés.).

98. *Goulet c. Dessureault* (C.A., 2002-11-25), SOQULJ AZ-03019009, B.E. 2003BE-40 ; *Laporte c. Prud'homme*, J.E. 2003-2148 (C.S.). La même solution prévaut pour la déchéance de terme légale résultant de l'article 1514 C.c.Q. : *Fierro c. Spedalieri*, J.E. 2001-1229 (C.S.) ; *Nemes c. Zehil*, J.E. 2008-1164 (C.Q.).

99. Par. 12 du jugement précité.

Tout en reconnaissant que le manquement du débiteur peut, selon la volonté exprimée par les parties, parfois entraîner nécessairement la déchéance du terme¹⁰⁰, la Cour d'appel juge que le libellé de la clause de défauts prévue dans l'acte de prêt hypothécaire confirme le caractère optionnel de ce recours en indiquant qu'« Advenant tout cas de défaut, le prêteur aura le droit, *sous réserve de ses autres droits et recours* » d'exiger le paiement immédiat de la totalité de sa créance, d'exercer les recours hypothécaires que lui reconnaît la loi ou d'exercer les autres recours que cette clause lui confère.

En principe, le choix de recours appartient donc au créancier et ce dernier demeure libre de se prévaloir ou non de la déchéance du terme.

3.4 Survie de l'hypothèque légale résultant d'un jugement lorsque l'aliénation de l'immeuble survient avant la faillite du débiteur

Le juge Dalphond de la Cour d'appel énonce clairement la question en litige dans l'affaire *3095-7252 Québec inc. c. Mickey Jacyno*¹⁰¹ :

L'article 70 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* [...] rend sans effet l'hypothèque légale découlant d'un jugement (art. 2730 C.c.Q.) qui grève un bien faisant partie du patrimoine du failli. Ce principe s'applique-t-il aussi lorsque le bien a fait l'objet d'une prise en paiement par un créancier garanti peu avant la faillite ? Le premier juge a décidé que non malgré une certaine jurisprudence de la Cour. Je suis d'avis qu'il a eu raison.¹⁰²

Les autres juges souscrivant aux motifs exprimés par le juge Dalphond, la Cour d'appel renverse ainsi le courant jurisprudentiel qui avait été établi par des décisions antérieures de cette même Cour¹⁰³ selon lesquelles l'article 70 L.F.I. pouvait également s'étendre à des biens qui ne faisaient plus partie du patrimoine du failli à la date de la faillite. S'inspirant de la dissidence du juge Robert dans l'affaire *Union du Canada c. Salvador*¹⁰⁴, le juge Dalphond conclut

100. *Jelinek-Harl c. Goulet*, J.E. 2003-1175 (C.Q.).

101. [2010] R.D.I. 271 (C.A.).

102. Par. 5 du jugement précité.

103. *Banque canadienne impériale de commerce c. Marcano*, [1990] R.J.Q. 28 (C.A.); *Union du Canada c. Salvador*, [1997] R.D.I. 173 (C.A.).

104. [1997] R.D.I. 173 (C.A.).

que lorsque l'aliénation du bien hypothéqué survient avant la faillite, les rapports entre les parties « continuent d'être régis uniquement par le code civil puisque ni l'une ni les autres ne sont insolvables et que le litige ne porte pas sur un bien déjà dévolu au syndic. Ces personnes ne peuvent être assujetties à la L.F.I. quant à leurs rapports réciproques ». Il souligne également qu'au moment où il acquiert le bien, l'acquéreur est présumé avoir connaissance de l'existence de l'hypothèque en question.

Nous pourrions ajouter comme autre argument que l'acheteur qui acquiert un immeuble hypothéqué tiendra normalement compte, pour la fixation de sa contrepartie, du montant dû aux termes de cette hypothèque. En principe, l'acheteur devrait donc assumer le paiement de cette hypothèque ou, s'il prend l'immeuble en paiement, savoir que la valeur de réalisation de l'immeuble doit être réduite du montant de l'hypothèque l'affectant. La faillite subséquente du vendeur ne devrait donc avoir aucune incidence sur l'engagement hypothécaire que l'acheteur a contracté. Décider le contraire viendrait, en quelque sorte, par un événement aléatoire, soit la faillite subséquente du vendeur, réduire le montant de la contrepartie de l'acheteur, ce qui profiterait évidemment à l'acheteur, mais nullement à la masse des créanciers. C'est donc avec raison que la Cour d'appel accepte de corriger le tir et de reconnaître que l'article 70 L.F.I. ne peut s'appliquer que lorsque le bien hypothéqué fait partie du patrimoine du failli au moment de la faillite.

Comme dernier motif, la Cour d'appel souligne enfin qu'on ne peut également pas prétendre que la libération subséquente du failli aura pour effet d'entraîner l'extinction de la créance garantie et, de façon accessoire, l'extinction de l'hypothèque légale. Comme le souligne la Cour : « la libération d'un débiteur failli en vertu de l'article 178(2) L.F.I. n'éteint pas à proprement parler ses créances ; elle ne fait que priver ses créanciers de tout recours personnel en vue d'obtenir le paiement d'une réclamation prouvable »¹⁰⁵. La créance devient pour le failli une obligation naturelle, mais continue à subsister pour les autres personnes tenues au paiement de cette dette jusqu'à ce que celle-ci soit payée ou éteinte par un autre mode d'extinction des obligations. L'acquéreur du bien hypothéqué, un codébiteur ou encore une caution¹⁰⁶ demeurent donc tenus au

105. Par. 36 du jugement précité.

106. Voir en ce sens *Dorval c. La Prévoyance*, (1937) 75 C.S. 40 ; *Browne c. Southern County Power Co. Ltd.*, (1941) 71 B.R. 136, conf. (1940) 78 C.S. 540 ; *Dawson* (à suivre...)

paiement des sommes garanties par l'hypothèque, même si le failli est libéré de ses engagements.

En pratique, une personne qui acquiert un immeuble affecté d'une hypothèque légale résultant d'un jugement ne doit donc plus escompter que cette hypothèque pourra s'éteindre par la suite, si le vendeur fait subséquemment faillite.

CONCLUSION

Plusieurs questions intéressantes ont été soulevées par la jurisprudence au cours de l'année 2010. Suite à l'adoption de modifications apportées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, les tribunaux ont commencé à exercer les pouvoirs que le législateur fédéral leur a accordés de constituer des sûretés judiciaires. L'application de ces dispositions en droit civil québécois a eu pour effet de faire ressortir l'absence de disposition au *Code civil du Québec* ayant pour effet de reconnaître et d'encadrer ce type de sûreté. Nous avons exprimé l'opinion que la qualification de sûreté judiciaire devrait être réservée aux seules sûretés dont la constitution résulte directement de l'exercice par le tribunal du pouvoir de créer une sûreté aux termes du jugement qu'il rend, que ces sûretés devraient être considérées comme constituant une catégorie distincte des sûretés légales ou conventionnelles et, qu'en l'absence de toute législation les encadrant, les conditions régissant la constitution, la publicité et l'opposabilité d'une hypothèque judiciaire devraient être identiques à celles régissant une hypothèque conventionnelle, à moins que le mode de constitution de l'hypothèque ne s'y oppose ou que la loi ou le jugement aient pour effet d'exclure l'application de ces règles.

La Cour supérieure a également eu à se pencher sur la survie du recours personnel contre un acquéreur subséquent que l'article 12.1 L.D.M.I. accorde à une municipalité en vue de garantir le recouvrement de droits de mutation impayés lorsqu'une vente sous contrôle de justice de l'immeuble intervient suite à une faillite du débiteur original. Cette décision nous a amené à faire la synthèse

(...suite)

Limited c. Desforges, (1942) 48 R.J. 1 (C.S.) ; *Normandeau c. Prima-Sport Ltée*, [1963] C.S. 380 ; *Holbrook c. Gordon*, [1968] C.S. 37 ; *Northern Assurance Co. c. Tessier*, [1977] C.S. 164 ; *La Prévoyance, Cie d'assurances c. Michaud*, J.E. 86-861 (C.P.) ; *A. Lassonde & Fils inc. c. Mignon*, J.E. 92-1544 (C.S.) ; *Foti c. Houle*, J.E. 92-1780 (C.Q.) ; *St-Michael c. Kutlu*, J.E. 94-1118 (C.A.).

des mécanismes de garantie retenus par le législateur, tant pour les taxes foncières municipales ou scolaires que pour les droits de mutation, et à examiner ce qu'il advient de ces sûretés et recours suite à une aliénation de l'immeuble affecté ou suite à une faillite du propriétaire de cet immeuble. Nous avons alors été en mesure de constater la complexité des solutions applicables et le besoin d'une intervention législative afin d'uniformiser le domaine d'application de ces mécanismes de garantie et de limiter le recours personnel contre l'acquéreur subséquent de l'immeuble aux seules aliénations volontaires.

En rapport avec les hypothèques, il a été jugé par la Cour supérieure qu'une hypothèque, même valablement constatée par un acte notarié et publiée, demeure conditionnelle à ce que le créancier exécute sa prestation, c'est-à-dire remette les fonds à l'emprunteur, sous peine que ce dernier soit libéré de la contrepartie qu'il a fournie, soit la garantie hypothécaire. Deux jugements, dont un de la Cour d'appel, nous ont également rappelé qu'une cession de rang peut, comme pour tout autre contrat, résulter d'ententes préalables, verbales ou écrites, sous réserve que l'intention véritable des parties puisse être prouvée. En accord avec la jurisprudence antérieure, la Cour d'appel a également confirmé que la déchéance de terme ne peut, à moins de convention contraire, être automatique. Le choix de recours appartient au créancier et ce dernier demeure libre de se prévaloir ou non de la déchéance du terme. La Cour d'appel a également corrigé le tir en décidant avec raison que l'article 70 L.F.I. ne peut pas s'appliquer à un bien affecté d'une hypothèque légale découlant d'un jugement, si ce bien a été aliéné avant que le vendeur ne fasse faillite.

En raison de leur impact en droit des sûretés ou en raison des questions intéressantes qu'ils ont suscités, ces jugements sont ceux qui, en 2010, méritaient, à notre avis, d'être soulignés de façon plus particulière.