

SÛRETÉS

Marc BOUDREAULT

Volume 112, Number 1, March 2010

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044861ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044861ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BOUDREAULT, M. (2010). SÛRETÉS. *Revue du notariat*, 112(1), 129–164.
<https://doi.org/10.7202/1044861ar>

SÛRETÉS

Marc BOUDREAU*

Introduction	131
1. Modifications législatives	131
1.1 Hypothèque mobilière sans dépossession	132
1.2 Hypothèque sur une universalité de biens meubles .	136
1.3 Hypothèque avec dépossession	140
2. Développements jurisprudentiels	144
2.1 Sort des fiducies réputées lors d'une faillite	144
2.2 Droit de suite lors de la cession d'une créance hypothéquée.	149
2.3 Effets d'une clause hypothécaire.	157
2.4 Exercice des droits hypothécaires	159
Conclusion	162

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

INTRODUCTION

Parmi tous les jugements rendus en 2009 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. Le présent texte a pour objectif de commenter ces différents jugements en examinant pour chacun d'eux les questions abordées, la décision rendue par le tribunal, l'impact de cette décision sur le plan du droit et de la pratique ainsi qu'à l'occasion, certaines questions connexes que ces jugements nous ont amené à nous poser.

Afin de mieux situer leur domaine d'application, les jugements en question ont été regroupés sous quatre thèmes : le sort des fiducies réputées lors d'une faillite ; le droit de suite lors de la cession d'une créance hypothéquée ; les effets d'une clause hypothécaire et l'exercice des droits hypothécaires. Sous chacun de ces thèmes, les différentes questions soulevées par ces jugements seront analysées après un rappel, le cas échéant, des principes applicables en la matière afin de mieux situer le contexte dans lequel ces questions s'inscrivent.

Or avant de procéder à cette revue sélective de la jurisprudence de 2009, il convient d'abord de souligner l'impact des modifications qui ont été apportées dans le domaine des sûretés à la suite de l'adoption de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*¹ (LTVM).

1. MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés* est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Cette loi a introduit au *Code civil du Québec* de nouvelles dispositions, soit les articles 2714.1 à 2714.7 C.c.Q., consacrées spécifiquement aux hypothèques mobilières avec dépossession portant sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés visés par la loi en question. Ces dispositions ont eu pour effet de créer un nouveau type d'hypo-

1. L.R.Q., c. T-11.002.

thèque mobilière avec dépossession. On constate en effet que les nouvelles règles régissant la constitution, l'opposabilité, le rang et les recours d'un gage créé sur ces actifs financiers diffèrent, à plusieurs égards, des règles généralement applicables aux hypothèques avec dépossession. Ces nouvelles règles, combinées à des modifications apportées au droit de constituer un gage sur des biens incorporels autres que des valeurs mobilières ou des titres intermédiaires, ont eu pour effet de bouleverser l'ordonnement des sûretés portant sur les biens incorporels. Mais cette même loi a aussi eu pour effet d'apporter des modifications à d'autres dispositions consacrées aux hypothèques mobilières sans dépossession et aux hypothèques portant sur des universalités de biens. Il va de soi que même s'il ne s'agit pas de développements jurisprudentiels, ces modifications législatives méritent d'être soulignées.

Toutefois, comme les règles particulières relatives au gage créé sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiaires ont déjà été fort bien examinées par M^e Michel Deschamps² lors des derniers Cours de perfectionnement du notariat, il nous paraît préférable de reporter le lecteur au texte de cet auteur plutôt que de reprendre ici l'étude des règles spécifiquement consacrées à ce type d'hypothèque. Par contre, les modifications apportées par cette même loi aux hypothèques portant sur des biens meubles, autres que des valeurs mobilières ou des titres intermédiaires, ont été moins commentées. Comme ces modifications entraînent plusieurs changements importants eu égard à la constitution de ces hypothèques, il convient donc, avant de faire une revue sélective de la jurisprudence en 2009, d'analyser plus particulièrement l'impact de ces modifications en rapport avec les conditions de formation d'une hypothèque mobilière sans dépossession, d'une hypothèque sur une universalité de biens meubles et d'une hypothèque avec dépossession.

1.1 Hypothèque mobilière sans dépossession

Les hypothèques conventionnelles mobilières sans dépossession peuvent être constituées par une personne morale, par une personne physique exploitant une entreprise ou encore par une personne physique n'exploitant pas une entreprise. Si le constituant est une personne morale, les règles applicables demeurent les mêmes qu'avant l'introduction de la LTVM. Une hypothèque mobi-

2. Michel DESCHAMPS, « Sûretés et ventes portant sur des valeurs mobilières », (2010) 1 *C.P. du N.* 179.

lière sans dépossession peut être créée par une personne morale sur tout type de bien meuble saisissable, corporel ou incorporel, sans aucune restriction.

Si le constituant est une personne physique exploitant une entreprise, la liste des biens qui peuvent faire l'objet d'une hypothèque mobilière sans dépossession est plus limitée. L'article 2683 C.c.Q. n'a pas été modifié et précise toujours qu'une telle hypothèque peut être créée sur les biens meubles de l'entreprise. Cela inclut, si le constituant est une personne exerçant personnellement une activité professionnelle, ses instruments de travail. En constituant une hypothèque conventionnelle, celle-ci renonce en effet, à l'égard de ce créancier hypothécaire, à l'insaisissabilité prescrite aux termes des articles 2648 C.c.Q. et 552 C.p.c. Lorsqu'il s'agit de créer une hypothèque mobilière sans dépossession sur les biens autres que ceux de son entreprise, le constituant est alors soumis aux mêmes restrictions que celles applicables à une personne physique n'exploitant pas une entreprise.

Qu'une personne physique exploite ou non une entreprise, si les biens hypothéqués ne sont pas des biens de l'entreprise, l'article 2683 C.c.Q. prévoit que ces personnes ne peuvent consentir une hypothèque mobilière sans dépossession que sur les seuls véhicules routiers et autres biens meubles déterminés par règlement. À la suite de l'adoption de la LTVM, c'est la liste des biens meubles déterminés par règlement qui a été modifiée afin de permettre à toute personne physique d'hypothéquer sans dépossession de nouvelles catégories de biens meubles. L'article 15.02 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*³ (RRDPRM) prévoit ainsi que trois catégories de biens meubles peuvent désormais faire l'objet d'une hypothèque sans dépossession.

La première catégorie, non modifiée, vise toujours les biens énumérés à l'article 15.01 RRDPRM, soit les véhicules suivants :

- a) les véhicules routiers appartenant à l'une des catégories visées aux paragraphes 1^o, 2^o, 9^o, 10^o et 11^o du premier alinéa de l'article 15 dudit règlement (soit les véhicules de promenade, les motocyclettes, les habitations motorisées, les motoneiges fabri-

3. Cet article a été modifié par le *Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (2009) 141 G.O. II, 23A, publié dans la *Gazette officielle du Québec* le 16 janvier 2009. Ces modifications sont entrées en vigueur à la même date.

quées postérieurement à 1988 et les véhicules tout-terrain motorisés munis d'un guidon) ;

- b) une caravane ou une semi-caravane (roulotte ou tente roulotte) ;
- c) une maison mobile ;
- d) un bateau ;
- e) une motomarine ; et
- f) un aéronef.⁴

La deuxième catégorie ajoute, parmi les biens pouvant faire l'objet d'une hypothèque mobilière sans dépossession : « les biens précieux au sens de la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3) ». Ces biens sont définis à l'article 265 de cette loi comme étant :

des biens d'usage personnel et qui sont en tout ou en partie, des estampes, gravures, dessins, tableaux, sculptures ou autres œuvres d'art de même nature, des bijoux, des in-folio rares, manuscrits rares ou livres rares, des timbres ou des pièces de monnaie.

La troisième catégorie permet enfin qu'une telle hypothèque puisse être créée sur :

les biens incorporels, notamment les biens qui constituent une forme d'investissement au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* (L.R.Q., c. V-1.1), les valeurs mobilières et les titres intermédiaires visés par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiaires* (L.R.Q., c. T-11.002), les instruments dérivés visés par la *Loi sur les instruments dérivés* (L.R.Q., c. I-14.01), les créances, les droits découlant d'un contrat d'assurance et les droits de propriété intellectuelle, à l'exception dans tous les cas, des biens constituant un Régime enregistré d'épargne retraite, un Fonds enregistré de revenu de retraite, un Régime enregistré d'épargne études ou un régime enregistré d'épargne invalidité au sens de la *Loi sur les impôts*.

Le législateur étend donc de façon importante le champ d'application d'une hypothèque mobilière sans dépossession pouvant être consentie par une personne physique. En plus de pouvoir hypothéquer les véhicules prévus par le règlement, toute personne physique, qu'elle exploite ou non une entreprise, peut désormais

4. Pour plus de détails sur cette catégorie de biens, voir Marc BOUDREAU et Stéphane BRUNELLE, « L'impact des modifications entrées en vigueur le 17 septembre 1999 relativement à la création et à la publication de certains droits mobiliers », (1999) 2 *C.P. du N.* 19, 24 et s.

hypothéquer sans dépossession des biens précieux de même que tout bien incorporel puisque l'article 15.02(3^o) commence par le mot « notamment », laissant ainsi voir que la liste des biens incorporels énumérés n'est pas limitative, sous réserve des biens expressément exclus à la fin de l'article, soit les biens incorporels se retrouvant dans des régimes enregistrés ou dans des fonds enregistrés pour des fins fiscales.

On comprend donc qu'il est désormais possible à un particulier d'hypothéquer sans dépossession les créances qu'il peut détenir contre toute personne, les droits résultant d'un contrat d'assurance, tout droit de propriété intellectuel, un dépôt bancaire ou encore des titres négociables, des valeurs mobilières ou des actifs financiers qu'il peut détenir soit directement, soit par l'intermédiaire d'un courtier financier. Il faut toutefois noter que pour des créances constatées par des titres négociables par endossement et délivrance ainsi que pour les valeurs mobilières et les titres intermédiés visés par la LTVM, une hypothèque avec dépossession créée sur ces types de biens incorporels aura toujours priorité de rang sur toute autre hypothèque mobilière sans dépossession peu importe la date d'inscription de ces dernières, en raison de la nature négociable des titres dans le premier cas⁵ et en raison du nouvel article 2714.4 C.c.Q. dans le second cas.

Pour les biens incorporels, le législateur permet donc d'hypothéquer sans dépossession ce qui ne pouvait l'être auparavant qu'avec dépossession. En interdisant par ailleurs, comme nous le verrons un peu plus loin, qu'une hypothèque avec dépossession puisse être créée sur des biens incorporels, à moins que ceux-ci ne soient constatés par un titre négociable par endossement en délivrance ou qu'il ne s'agisse de valeurs mobilières ou de titres intermédiés au sens de la LTVM, le législateur opère un renversement complet du type d'hypothèque utilisé pour hypothéquer des biens incorporels. Alors qu'auparavant le gage était la norme et que l'hypothèque sans dépossession était prohibée, aujourd'hui l'hypothèque sans dépossession devient la norme (possibilité d'hypothéquer sans dépossession tout bien incorporel en vertu de l'article 15.02 3^o RRDPRM) et le gage l'exception (gage interdit en vertu du nouvel article 2702 C.c.Q. exigeant une remise matérielle du bien ou du titre, sauf s'il s'agit d'une créance négociable par endossement et

5. Voir les articles 1647 et 1648 C.c.Q. ainsi que Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, n^o 816, p. 384.

délivrance ou d'un gage créé sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés en vertu du nouvel article 2714.1 C.c.Q.), avec une interdiction d'hypothéquer d'une façon ou d'une autre des biens incorporels se retrouvant dans des régimes enregistrés ou dans des fonds enregistrés pour des fins fiscales⁶.

Ce changement de type d'hypothèque a aussi pour effet d'accorder le droit à une personne physique d'hypothéquer non seulement des biens incorporels présents, mais aussi des biens incorporels futurs. Alors que la dépossession requise pour les fins du gage avait pour effet d'empêcher la création d'une hypothèque avec dépossession sur un bien futur, l'hypothèque mobilière sans dépossession permet désormais de créer une hypothèque sur le bien d'autrui ou sur un bien à venir. Conformément à l'article 2670 C.c.Q., une telle hypothèque ne grèvera toutefois un tel bien qu'à compter du moment où le constituant deviendra titulaire du droit hypothéqué⁷.

Qu'il soit enfin permis d'ajouter que l'hypothèque mobilière sans dépossession demeure assujettie aux conditions de formation et de publicité habituelles, sauf une exception applicable aux seules hypothèques mobilières sans dépossession créées par un intermédiaire en valeurs mobilières sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés. Le nouvel article 2701.1 C.c.Q. prévoit en effet qu'une hypothèque créée par un intermédiaire en valeurs mobilières est réputée publiée par sa seule constitution, sans nécessité d'une inscription au RDPRM. Le législateur crée ainsi une nouvelle hypothèque occulte, mais en rapport avec un type de biens particuliers, soit les valeurs mobilières et les titres intermédiés.

1.2 Hypothèque sur une universalité de biens meubles

Le premier alinéa de l'article 2684 C.c.Q. précise que :

Seule la personne ou le fiduciaire qui exploite une entreprise peut consentir une hypothèque sur une universalité de biens, meubles ou immeubles, présents ou à venir, corporels ou incorporels.

6. RRDPRM, art. 15.02(3^o) et C.c.Q., art. 2714.5.

7. Les articles 2701.1 et 2714.6 C.c.Q. prévoient cependant une exception à ce principe en reconnaissant le droit à un intermédiaire en valeurs mobilières ou à un créancier détenant une hypothèque sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés de consentir des hypothèques sur de tels actifs financiers.

En principe, l'hypothèque sur une universalité de biens exige donc que le constituant exploite une entreprise. Par exception, les articles 27 et 34 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*⁸ accordent cependant à toute personne morale ayant les pouvoirs d'emprunter et d'hypothéquer – peu importe que celle-ci ait ou non un fonds social et qu'elle exploite ou non une entreprise – le droit de consentir une hypothèque sur une universalité de biens, meubles ou immeubles, présents et à venir, corporels ou incorporels.

Dans la mesure où il exploite une entreprise⁹, le constituant peut également être une personne physique ou un fiduciaire. Selon un jugement de la Cour d'appel, l'hypothèque sur l'universalité des biens d'une personne exploitant une entreprise peut aussi grever un bien même si ce dernier ne sert pas à l'exploitation de l'entreprise¹⁰. Avant 2009, une personne physique ne pouvait donc consentir une hypothèque sur une universalité de biens que si elle exploitait une entreprise. Une personne physique n'exploitant pas une entreprise, tel un salarié, ne le pouvait pas en raison des limitations prévues à l'article 2684 C.c.Q. Le nouvel article 2684.1 C.c.Q. crée deux exceptions à cette règle.

Il est désormais possible à toute personne physique¹¹ de consentir une hypothèque sur une universalité de valeurs mobilières ou de titres intermédiés, présents ou à venir, visés par la LTVM, pour autant que ces titres et valeurs mobilières soient de la nature de ceux visés par l'article 15.02 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, lequel exclut les valeurs mobilières ou les titres intermédiés faisant partie des régimes enregistrés ou des fonds enregistrés à des fins fiscales. L'hypothèque sur une universalité des biens ainsi visés peut être créée avec¹² ou sans dépossession¹³, puisqu'il est possible pour ce genre de biens de pro-

8. L.R.Q., c. P-16.

9. C.c.Q., art. 1525.

10. *Caisse Desjardins de Salaberry-de-Valleyfield c. General Motors Acceptance Corporation du Canada ltée*, [2007] R.J.Q. 2541 (C.A.).

11. Même si l'article 2684.1 C.c.Q. s'adresse aux personnes physiques n'exploitant pas une entreprise, on comprend qu'entrent dans cette catégorie les personnes physiques qui exploitent une entreprise, si les biens hypothéqués ne sont pas des biens de l'entreprise, alors que s'il s'agit de biens faisant partie d'une entreprise, l'hypothèque peut être valablement constituée en vertu de l'article 2684 C.c.Q.

12. C.c.Q., art. 2714.1 à 2714.7.

13. C.c.Q., art. 2683 et 15.02(3^o) RRDPRM.

céder selon l'un ou l'autre de ces modes, quoique le premier confèrera toujours un rang supérieur au second¹⁴.

En vertu du deuxième alinéa de l'article 2684.1 C.c.Q., toute personne physique n'exploitant pas une entreprise, ce qui inclut une personne physique exploitant une entreprise lorsque l'hypothèque porte sur d'autres biens que ceux de l'entreprise, pourrait également « consentir une hypothèque sur toute autre universalité de biens, présents ou à venir, déterminée par règlement ». Sans interdire qu'une telle hypothèque puisse être créée avec dépossession, on peut penser qu'en raison de l'exigence d'une dépossession et de l'impossibilité de créer un gage sur des biens futurs, l'hypothèque sur une universalité de biens sera peu utilisée en matière de gage et que ce sera en rapport avec une hypothèque mobilière sans dépossession qu'on la rencontrera le plus fréquemment.

Il est à noter que cette disposition, telle que libellée, soulève toutefois certaines difficultés d'interprétation. Pour qu'une telle hypothèque puisse être consentie, faut-il que le règlement reconnaisse explicitement la possibilité de créer une telle hypothèque, comme peut le laisser croire la formulation de l'article 2684.1 C.c.Q. en indiquant qu'il doit s'agir d'une « universalité de biens [...] *déterminée* par règlement » ? Auquel cas, à défaut de telle précision à l'article 15.02 RRDPRM, aucune telle hypothèque ne serait présentement permise, à l'exception d'une hypothèque portant sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés dont la validité est déjà reconnue par le premier alinéa de l'article 2684.1 C.c.Q. Ou le second alinéa de cet article doit-il être interprété comme permettant qu'une personne physique n'exploitant pas une entreprise puisse créer une hypothèque sans dépossession sur toute universalité de *biens déterminés* par règlement, auquel cas, une telle hypothèque pourrait alors être créée sur toutes les catégories de biens pouvant faire l'objet d'une hypothèque sans dépossession aux termes de l'article 15.02 RRDPRM ?

Si, malgré le libellé de l'article 2684.1 C.c.Q., on retient cette deuxième interprétation, cela signifierait qu'une personne physique n'exploitant pas une entreprise pourrait désormais hypothéquer sans dépossession l'universalité de ses biens incorporels, présents ou à venir, sauf ceux exclus par l'article 15.02 *in fine* RRDPRM, l'universalité de ses biens précieux, présents ou à venir, l'univer-

14. C.c.Q., art. 2714.2 à 2714.4.

salité de ses véhicules, présents et à venir, ou même, semble-t-il, l'universalité de tous les biens, présents et futurs, admis à être hypothéqués aux termes de l'article 15.02 RRDP. RM.

Il s'agirait là évidemment d'un changement de philosophie important. Alors que le législateur craignait auparavant qu'un accès à l'hypothèque sur une universalité de biens puisse avoir pour effet de favoriser un surendettement du débiteur ou la création de sûretés trop étendues par rapport aux sommes effectivement empruntées ; alors que le mécanisme du gage avait pour effet de restreindre l'hypothèque aux seuls biens présents et alors que les formalités de la dépossession pouvaient freiner la création d'hypothèques en exigeant l'accomplissement de gestes particuliers, les nouvelles dispositions ouvrent la porte à la création d'hypothèques pouvant affecter l'universalité des biens, présents et futurs, d'une personne physique n'exploitant pas une entreprise et ce, sans autres formalités qu'une simple mention à l'acte d'hypothèque et une inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers. Comment les créanciers et les emprunteurs réagiront-ils face à ces nouvelles possibilités de financement ?

Si on se fie à ce qui s'est produit en matière immobilière, on peut d'ores et déjà anticiper que certains prêteurs n'hésiteront pas à créer des hypothèques qui garantiront l'ensemble des obligations présentes et futures du débiteur en contrepartie d'une hypothèque « globale » portant à la fois sur l'immeuble et les biens meubles, présents et futurs, admissibles à une hypothèque que le débiteur détient ou pourra détenir à l'avenir. Cette hypothèque, dont le montant sera évidemment supérieur à l'emprunt effectivement contracté par le débiteur, sera fixé en tenant compte de la valeur totale des biens hypothéqués. L'objectif sera de fidéliser le client et de l'empêcher d'aller chercher du financement ailleurs, tout en lui faisant miroiter qu'il pourra ainsi plus facilement avoir accès à du crédit à un taux privilégié.

Alors que le législateur et certains groupes de pression estiment normal et nécessaire de réglementer les effets d'un mariage ou d'une union entre deux personnes majeures, en les considérant, à la limite, comme des personnes incapables de décider des effets d'une union sur leurs biens personnels, alors qu'on sent le besoin de resserrer les règles visant à protéger les consommateurs, on constate qu'en matière de financement personnel, on choisit plutôt d'assou-

plir les mécanismes d'accès au crédit en escomptant probablement que les emprunteurs, les prêteurs et les courtiers en valeurs mobilières sauront agir de façon responsable et éviter les situations où l'accès au crédit pourra mener les plus vulnérables, ou les plus audacieux d'entre eux, directement vers la catastrophe...

Pour le moment, une interprétation stricte du deuxième alinéa de l'article 2684.1 C.c.Q. permettrait d'éviter certains de ces dangers. Au point de vue pratique, la solution la plus prudente consisterait également à adopter cette interprétation. Il faut cependant noter qu'une telle interprétation mènerait elle-même à une incongruité. En effet, si on rejette la possibilité qu'une hypothèque mobilière puisse être créée sur une universalité de biens présents et futurs, cela implique que chacun des biens hypothéqués devra être décrit de façon spécifique. Or, une telle exigence se concilie assez mal avec la création d'une hypothèque sur des bijoux, des timbres, des pièces de monnaie ou même certains biens incorporels. En raison de leur nature, de tels biens exigeraient normalement que l'hypothèque puisse être créée sur une universalité de biens ainsi que sur les biens futurs. Une interprétation stricte de l'article 2684.1 C.c.Q. viendrait donc, en quelque sorte, contrecarrer les effets de l'article 15.02 RRDPRM quant à ces biens. Afin d'éviter un long débat devant les tribunaux, il serait souhaitable que le législateur intervienne soit pour clarifier l'article 2684.1 C.c.Q., soit pour confirmer une interprétation stricte de cet article en permettant la création d'une hypothèque sur certaines universalités de biens.

1.3 Hypothèque mobilière avec dépossession

L'article 2702 C.c.Q. prévoit les conditions de constitution d'un gage. Cet article a été modifié pour exiger que la dépossession ne puisse désormais se réaliser qu'à la condition qu'il puisse y avoir une remise et une détention « matérielle » du bien. Cet article se lit maintenant comme suit :

L'hypothèque mobilière avec dépossession est constituée par la remise *matérielle* du bien ou du titre au créancier ou, si le bien est déjà entre ses mains, par le maintien de la détention *matérielle*, du consentement du constituant, afin de garantir sa créance.

Pour créer un gage, il est donc nécessaire dorénavant que le bien puisse faire l'objet d'une remise et d'une détention « matérielle ». Il peut évidemment s'agir d'un bien corporel. La déposses-

sion s'effectue alors par la remise matérielle du bien au créancier ou au tiers convenu¹⁵.

Le gage peut aussi être constitué sur un bien incorporel, telle une créance, si cette créance est constatée dans un titre négociable par endossement et délivrance. Dans un tel cas, le droit de réclamer le paiement de la créance est alors lié à la présentation du titre (c.-à-d. du document dans lequel la créance est constatée). Lorsqu'une créance est ainsi constatée dans un titre négociable par endossement et délivrance¹⁶, la personne qui se présente avec le titre en question (pourvu que le titre soit payable au porteur ou si le titre négociable a été émis au nom d'une personne, que cette personne l'ait endossé) peut exiger le paiement de la créance à celui qui l'a émis. Comme le droit est alors incorporé dans le titre et que la transmission de la créance résulte de la transmission du titre en vertu des articles 1647 et 1648 C.c.Q., une telle créance peut donc faire l'objet d'un gage, puisque la déposssession de ce bien incorporel peut se réaliser par la remise « matérielle » du titre. C'est ce que confirme l'article 2702 C.c.Q. en indiquant que « [l]hypothèque mobilière avec déposssession est constituée par la remise matérielle du bien ou du *titre* [...] » ainsi que l'article 2709 C.c.Q. qui précise que « [s]i le titre est négociable par endossement et délivrance, ou par délivrance seulement, la remise au créancier a lieu par l'endossement et la délivrance, ou par la délivrance seulement ».

S'il s'agit d'une créance non représentée par un titre négociable¹⁷, le titre, s'il en existe un, peut alors servir à des fins de preuve de l'existence de la créance, mais non comme mode de transmission de la créance¹⁸. Puisque le droit à la créance n'est pas incorporé dans le titre et que la remise matérielle de ce titre ne peut pas permettre au créancier de percevoir la créance ni d'en détenir la

15. Dans cette dernière hypothèse, une preuve écrite de l'hypothèque doit également être remise à ce tiers pour que l'hypothèque devienne opposable aux tiers en vertu de l'article 2705 C.c.Q.

16. Tels un effet régi par la *Loi sur les lettres de change* (chèque, billet ou lettre de change), un titre obligataire, cessible par endossement et délivrance du certificat, émis par une entreprise, un certificat ou une carte cadeau payable au porteur, etc.

17. Telle une créance constatée par un écrit sans que cet écrit soit négociable par endossement et délivrance comme un compte à recevoir constaté par une facture, une reconnaissance de dette, un écrit constatant un prêt, etc.

18. La transmission de ces créances doit alors s'effectuer suivant les formalités prévues aux articles 1641 et 1642 C.c.Q., à moins qu'il ne s'agisse d'une créance visée par la LTVM. Dans ce dernier cas, le transfert se réalisera alors de la façon prévue par cette loi.

maîtrise effective, une telle créance ne peut plus, depuis les modifications apportées à l'article 2702 C.c.Q., faire l'objet d'un gage. Le législateur a ainsi écarté le jugement de la Cour suprême qui avait reconnu, en 2003, la possibilité qu'un gage puisse être créé sur une créance non représentée par un titre négociable par endossement et délivrance¹⁹.

Comme l'a souligné l'honorable juge Deschamps de la Cour suprême dans la récente affaire *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada* :

Il est clair désormais que le titre remis doit conférer la maîtrise effective sur la créance sans avoir recours au mécanisme de la cession de créance, comme le suggérait le juge Gonthier. En précisant qu'il doit y avoir remise *matérielle*, le législateur a indiqué que la thèse de la matérialisation du gage était retenue : le titre doit donc être négociable. Cette exigence de négociabilité du titre ne souffre qu'une seule exception visant certaines valeurs mobilières (art. 2714.7 C.c.Q.). Par la même occasion, et pour répondre à une préoccupation exprimée par la majorité dans *Val-Brillant*, le *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers* a été modifié de façon à permettre aux particuliers n'exploitant pas une entreprise d'hypothéquer sans dépossession des biens incorporels et des créances, notamment des créances représentées par des titres non négociables : décret 30-2009, (2009) 141 G.O. 2A, p. 23A ; art. 2683 C.c.Q. Il s'agit d'un assouplissement des conditions permettant aux particuliers de consentir une hypothèque sans dépossession. En ce qui a trait aux dépôts, comme en l'espèce, ils ne peuvent pas faire l'objet d'un gage.²⁰

Seuls les biens corporels ainsi que les créances représentées par un titre négociable par endossement et délivrance peuvent donc désormais faire l'objet d'un gage, sous réserve de l'exception prévue aux articles 2714.1 à 2714.7 C.c.Q. où le gage demeure autorisé pour des valeurs mobilières ou des titres intermédiés visés par la LTVM, à moins que ces valeurs mobilières ou ces titres intermédiés fassent partie de régimes enregistrés ou de fonds enregistrés exclus par l'article 15.02 *in fine* RRDPRM.

Pour ces valeurs mobilières ou ces titres intermédiés, l'article 2714.1 C.c.Q. indique que la remise et la détention nécessaires à la constitution et à l'opposabilité d'un gage créé sur de tels actifs finan-

19. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666, infirmant [2001] R.J.Q. 321 (C.A.).

20. [2009] 2 R.C.S. 94, par. 129.

ciers s'opère par la « maîtrise » de ces valeurs ou titres qu'obtient le créancier suivant les modalités prévues par la LTVM.

Pour les façons dont peut se réaliser la « maîtrise » de ces valeurs mobilières ou titres intermédiés ainsi que pour la définition de ce que sont les « valeurs mobilières » et les « titres intermédiés » visés par la loi, nous reportons le lecteur au texte de M^e Deschamps²¹.

On peut cependant retenir qu'en raison des changements apportés par la LTVM, la première étape à respecter lors de la constitution d'une hypothèque sur des biens incorporels consistera à qualifier le bien en question. S'il s'agit d'une créance représentée par un titre négociable par endossement et délivrance ou d'une valeur mobilière ou d'un titre intermédié au sens où l'entend la LTVM, il faudra alors, puisque le gage est permis et que ce type de gage passe avant toute hypothèque mobilière sans dépossession, y aller par la constitution d'un gage en respectant les conditions de dépossession applicables. Par contre, s'il s'agit d'un bien incorporel qui n'est ni constaté par un titre négociable ni considéré comme une valeur mobilière ou un titre intermédié visé par la LTVM, il faudra alors opter pour une hypothèque mobilière sans dépossession, puisque le gage n'est désormais plus permis sur ce type de bien incorporel. S'il s'agit d'une personne physique n'exploitant pas une entreprise, il faudra également s'assurer, dans les deux cas²², que ces biens incorporels ne sont pas exclus de toute hypothèque en vertu de l'article 15.02 (3^o) RRDPRM.

On peut enfin souligner que les gages ayant été créés, avant le 1^{er} janvier 2009, sur des biens incorporels qui ne peuvent plus être affectés par un gage, demeurent opposables aux tiers à la condition que ces hypothèques aient été inscrites au RDPRM au plus tard le 31 décembre 2009. En l'absence d'une telle publication, le gage demeure toutefois valablement constitué, puisque l'hypothèque a été, d'une part, valablement créée à une époque où une telle sûreté était admise et, d'autre part, parce que l'article 174 LTVM limite la sanction au seul plan de la publicité en indiquant qu'« [e]n l'absence de cette publication, la publicité initiale de ces hypothèques cesse d'avoir effet [...] ». Si l'hypothèque demeure valablement constituée,

21. M. DESCHAMPS, préc., note 2.

22. C.c.Q., art. 2683 et RRDPRM, art. 15.02(3^o) pour l'hypothèque mobilière sans dépossession et art. 2714.5 C.c.Q. pour un gage constitué sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés.

celle-ci peut donc encore être publiée même après le 31 décembre 2009, sous réserve que son opposabilité face aux tiers ne vaudra qu'à compter de cette inscription, le créancier ayant perdu le bénéfice de la publicité initiale qui découlait, avant le 1^{er} janvier 2009, de la dépossession.

2. DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS

2.1 Sort des fiducies réputées lors d'une faillite

Il existe plusieurs dispositions législatives fédérales ou provinciales ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté lorsque des sommes devant être retenues à la source ou par un fournisseur ne lui ont pas été remises par les personnes chargées de les percevoir²³. On peut ainsi penser à la TPS et à la TVQ. Ces taxes sont des taxes directes dont le dernier acquéreur des produits et services taxables est responsable. Ce dernier est considéré comme débiteur de l'obligation fiscale à l'égard de l'État. Ces taxes doivent cependant être prélevées et créditées à chaque étape de la fabrication et de la mise en marché. Le fournisseur des produits et services taxables qui doit percevoir et remettre ces taxes agit comme mandataire de l'État et il est réputé, en vertu des lois applicables, détenir les montants perçus en fiducie pour Sa Majesté²⁴. Si ce fournisseur ne remet pas les taxes perçues, les biens de ce dernier sont réputés être détenus en fiducie²⁵.

Au cas de faillite d'un fournisseur, qu'advient-il des montants de taxe perçus, mais non remis, par ce fournisseur à la date de la faillite ? Confirmant les jugements de la Cour d'appel, la Cour suprême décide, dans *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*²⁶, que ces fiducies prennent fin au moment de la faillite en vertu du principe énoncé à l'article 67(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²⁷ (LFI).

23. Voir l'article 86 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23 ; l'article 227 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), c. 1 (5^e suppl.) ; l'article 23 de la loi sur le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), c. C-8 ; l'article 222 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), c. E-15 et l'article 20 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31.

24. *Loi sur la taxe d'accise*, préc., note 23, art. 221 et 222 ; *Loi sur le ministère du Revenu*, préc., note 23, art. 20.

25. *Loi sur la taxe d'accise*, préc., note 23, art. 222(3).

26. 2009 CSC 49.

27. L.R.C. (1985), c. B-3.

Pour en arriver à cette conclusion, la Cour suprême se fonde d'abord sur les changements apportés à la LFI en 1992. Depuis ces modifications, l'article 67(1) LFI prévoit que les biens du failli font partie de l'actif de la faillite et constituent le gage commun de ses créanciers, à l'exception toutefois des biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne²⁸. Les biens détenus en fiducie sont donc en principe exclus de la faillite.

L'article 67(2) LFI précise toutefois que :

Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

Ce paragraphe prive donc de tout effet les fiducies créées par des dispositions législatives, à moins qu'une exception ne soit apportée au paragraphe 3. Ce paragraphe se lit comme suit :

Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ;

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même

28. LFI, art. 67(1)a).

nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

L'article 67(3) LFI exclut donc du champ d'application du paragraphe 2 les fiducies législatives qui garantissent les créances de l'État fédéral et des provinces relatives aux retenues à la source pour l'impôt sur le revenu, un régime de pension général et le régime fédéral d'assurance-emploi. Pour ces exceptions, les fiducies réputées continuent à subsister malgré la faillite. La Cour suprême note cependant que l'article 67(3) LFI ne crée aucune exception relativement à la TPS ou à la TVQ. L'article 222(1.1) de la *Loi sur la taxe d'accise*²⁹ (LTA) confirme également cette absence d'exception en confirmant, en cas de faillite, l'extinction des fiducies réputées destinées à garantir les créances relatives à la TPS :

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la Section II.

Bien que la législation québécoise ne contienne pas une disposition analogue à ce dernier article, la Cour déclare que les assemblées législatives provinciales ne peuvent pas créer des priorités incompatibles avec l'ordre de collocation établi par la LFI. La même conséquence, soit la fin de la fiducie réputée en cas de faillite, doit donc également s'appliquer à la TVQ.

La Cour suprême rejette également la prétention du fisc suivant laquelle l'État ne serait pas créancier, mais propriétaire des montants des taxes. Les mécanismes d'application de la TPS et de la TVQ s'opposent à une telle qualification. Les fournisseurs doivent faire « remise non pas des sommes perçues, mais du solde résultant de la compensation des créances de l'État et du fournisseur. Ce système de compensation confirme la fongibilité des créances relatives aux sommes perçues par les fournisseurs [...] »³⁰. Le fisc est donc

29. Préc., note 23.

30. *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, préc., note 26, par. 27.

simplement titulaire d'une créance contre le fournisseur, créance qui une fois la faillite survenue devient une créance ordinaire.

En conséquence, le syndic ne peut être tenu personnellement au paiement de la TPS et de la TVQ que pour ses propres opérations. Les sûretés que les créanciers détiennent sur les biens du failli demeurent également opposables à l'État. Il ne peut donc être question de soutenir que les fiducies réputées établies pour la TPS et la TVQ survivent à la faillite et puissent être opposées aux créanciers hypothécaires.

La solution serait cependant différente pour les fiducies réputées qui sont exclues de l'application de l'article 67(2) LFI par le paragraphe (3) de ce même article. Ainsi, à titre d'exemple, les retenues à la source qui doivent être effectuées par un employeur sur les salaires des employés pour l'impôt sur le revenu ou les cotisations au Régime des rentes du Québec donnent également naissance à une fiducie réputée sur tous les biens de l'employeur pour les sommes perçues et non remises au sous-ministre du Revenu³¹. Si cet employeur fait faillite, la fiducie réputée étant exclue de l'application de l'article 67(2) LFI par le troisième paragraphe de ce même article, la fiducie subsiste sur les biens du failli. C'est cette solution que retient la Cour du Québec dans *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Banque Nationale du Canada*³².

Dans cette affaire, un employeur fait faillite alors que des retenues à la source (impôt et R.R.Q.) ont été prélevées sur les salaires de ses employés, mais non remises au fisc. Un créancier hypothécaire, à qui une hypothèque sur l'universalité des biens meubles de l'entreprise avait été antérieurement consentie, exerce un recours de prise en paiement sur les biens en question avant de les revendre à un créancier hypothécaire de second rang au prix de 47 295 \$. Le sous-ministre du Revenu réclame du premier créancier la somme de 32 705 \$ représentant les retenues à la source qui ne lui ont pas été remises par le failli en se fondant sur l'existence d'une fiducie réputée.

Conformément à l'article 67(1)a) et (3) LFI, le tribunal constate que la fiducie continue de s'appliquer, malgré la faillite, sur tous les biens meubles du failli, sauf ceux vendus dans le cours ordinaire des affaires de ce dernier, la fiducie se reportant alors sur le produit

31. *Loi sur le ministère du Revenu*, préc., note 23, art. 20.

32. 2009 QCCQ 8079 (en appel).

de la vente du bien³³. Le tribunal conclut toutefois que la prise en paiement des biens meubles exercée par le créancier hypothécaire ne constitue pas une aliénation faite dans le cours ordinaire des affaires du failli. Jugeant que la fiducie a continué à valoir sur les biens dont le créancier hypothécaire est devenu propriétaire et que le prix obtenu à la suite de la vente des biens constitue un produit de la vente des biens détenus en fiducie, sur lequel se reporte la fiducie, le tribunal conclut que la requête du sous-ministre du Revenu doit être accueillie et la créancière hypothécaire condamnée à lui payer la somme de 32 705 \$.

Comme ce jugement a été porté en appel, il faudra voir si la Cour d'appel confirmera cette interprétation quant aux effets de la fiducie lorsque des biens meubles font l'objet d'un recours hypothécaire de prise en paiement. On peut cependant noter que cette décision de la Cour du Québec s'inscrit dans la lignée de décisions rendues antérieurement par la Cour d'appel fédérale où il a été jugé que les biens meubles sur lesquels des créancières garanties font valoir leur garantie demeurent assujettis à la fiducie réputée et qu'en conséquence le produit de vente de ces biens, sur lequel se reporte la fiducie, doit être payé au Receveur général en priorité à la garantie que ces dernières détenaient sur les biens en question³⁴. On souligne également que le créancier qui réalise sa garantie sur des biens meubles devient responsable personnellement jusqu'à concurrence du produit de vente des biens, s'il ne respecte pas son obligation de payer les sommes qui sont ainsi dues au Receveur général.

Les effets découlant d'une telle solution démontrent évidemment la vulnérabilité des hypothèques mobilières³⁵ eu égard aux fiducies réputées créées par la loi. Le créancier hypothécaire qui exerce un recours hypothécaire de vente sur des biens meubles devrait donc s'assurer que les créances garanties par une fiducie réputée seront colloquées et payées à même le produit de vente des biens alors que celui qui exerce un recours hypothécaire de prise en paiement devrait vérifier qu'il n'existe pas de créances protégées par

33. *First Vancouver Finance c. Canada (M.R.N.)*, [2002] 2 R.C.S. 720.

34. Voir *Canada (M.R.N.) c. Banque Nationale du Canada*, 2004 CAF 92.

35. Les créanciers détenant une hypothèque conventionnelle sur un immeuble peuvent généralement faire valoir leurs droits sans être assujettis aux droits résultant d'une fiducie réputée à la condition que l'hypothèque ait été publiée avant que la personne ne soit réputée détenir un montant en fiducie pour la Couronne. Voir, à ce sujet, l'article 227(4.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, préc., note 23 et l'article 2201 du règlement d'application de cette loi.

une fiducie réputée avant de prendre la décision d'exercer un recours qui aura pour effet d'éteindre la créance qu'il détient contre le débiteur, sans le libérer des sommes dues aux autorités gouvernementales concernées. En raison de la responsabilité impliquée et de la difficulté d'obtenir des informations exactes quant aux sommes dues, il devrait être clairement établi, par écrit, qu'après avoir été informé, le créancier se chargera lui-même de procéder à ces vérifications. Il est à noter en terminant que ces fiducies réputées ne sont soumises à aucune formalité de publicité.

2.2 Droit de suite sur un bien meuble hypothéqué

Le *Code civil du Québec* apporte certaines exceptions au principe³⁶ suivant lequel l'hypothèque subsiste lorsque le bien hypothéqué passe entre les mains d'un tiers. Ainsi, pour la sécurité des transactions commerciales, l'article 2674 C.c.Q. prévoit que, lorsqu'un bien meuble est aliéné dans le cours des activités d'une entreprise, l'hypothèque cesse d'affecter le bien ainsi aliéné pour plutôt se reporter sur le bien acquis en remplacement ou sur les sommes d'argent provenant de son aliénation. Par contre, si un bien meuble hypothéqué est aliéné hors du cours des activités d'une entreprise, le droit de suite s'applique et l'hypothèque subsiste, sous réserve de l'inscription d'un avis de conservation de l'hypothèque sous le nom du nouvel acquéreur³⁷.

On sait que le sens à donner à l'expression « aliéné dans le cours des activités de l'entreprise » fait toujours l'objet de discussion. Certains, dont nous sommes, sont portés à favoriser une interprétation plus étroite où seuls les biens destinés à être vendus ou cédés dans le cadre des activités habituelles de l'entreprise seraient visés³⁸. D'autres sont d'avis que l'article 2674 C.c.Q. peut être inter-

36. C.c.Q., art. 2660 et 2751.

37. C.c.Q., art. 2700 et 2732.

38. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 2674 C.c.Q., p. 1674 ; Léo DUCHARME, « Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le code civil du Québec », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 443, aux p. 527 et 528 ; John B. CLAXTON, *Security on Property and the Rights of Secured Creditors Under the Civil Code of Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 104-111 ; Mistral GOUDEAU, « De l'acte commercial à l'acte de l'entreprise dans le Code civil du Québec », (1994) 25 *R.G.D.* 235, 246 ; Stéphane BRUNELLE, « L'hypothèque mobilière : certaines particularités selon le constituant et la nature de quelques biens grevés », (1995) 1 *C.P. du N.* 395, par. 44, p. 41 ; Marc BOUDREAU, « Le dixième anniversaire

prété plus largement et viser l'aliénation de biens autres que des biens destinés à être vendus ou cédés³⁹. En raison de la disparition du droit de suite, les tribunaux ont eu tendance à favoriser, sous l'article 2674 C.c.Q., l'interprétation la plus étroite⁴⁰. Seuls les biens destinés à être vendus ou cédés et qui sont aliénés dans le cours des activités habituelles de l'entreprise seraient donc visés par cette expression. C'est également cette position qu'a retenue la Cour d'appel dans l'affaire *Federated Insurance Co. of Canada c. Galp inc.*⁴¹ en rapport avec l'interprétation de l'expression « vendu dans le cours des activités d'une entreprise » utilisée à l'article 1714 C.c.Q. Il avait alors été décidé que la vente d'une rétrocaveuse par une entreprise n'exploitant pas une entreprise de vente d'équipement constituait, malgré qu'il s'agissait là d'un moyen de réduire les coûts de financement de cette entreprise, une vente ponctuelle qui ne correspondait pas à la raison d'être de cette entreprise. La Cour avait donc conclu qu'une telle vente n'avait pas eu lieu dans le cours des activités d'une entreprise.

du *Code civil du Québec* : l'évolution dans le domaine des sûretés réelles », (2003) 105 *R. du N.* 675, 714 ; Denise PRATTE, « Le droit de suite et l'hypothèque mobilière », (1997) 57 *R. du B.* 413 et *Priorités et hypothèques*, 2^e éd., Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2005, nos 134-137, p. 86-95. Dans son ouvrage (n° 134c, p. 90), M^e Pratte indique que les dispositions traitant de « l'aliénation ou de la vente » dans le cours des activités de l'entreprise, comme c'est le cas des articles 1714, 2674, 2700, 2732, 3104, 3106 et 3114 C.c.Q., devraient faire l'objet d'une interprétation étroite. Nous pouvons ajouter qu'il en serait également de même de l'article 2961.1 C.c.Q.

39. Serge BINETTE, *Les conditions d'existence des priorités et des hypothèques*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D./N.S., « Sûretés », Doctrine – Document 1, Montréal, 1993, par. 51 et 52, p. 19 ; Pierre CIOTOLA, « La réforme des sûretés sous le *Code civil du Québec* », dans *La réforme du Code civil*, préc., note 38, p. 321 et *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 312 ; L. PAYETTE, préc., note 5, n° 784, p. 367. Pour une position moins affirmative, voir également Yvon FERLAND, « L'hypothèque mobilière et les avis de conservation », (1995-96) 98 *R. du N.* 340.
40. Voir *Constructions Boyer & Truchon inc. (Syndic de)*, J.E. 97-1053 (C.S.) et, pour un obiter en ce sens, *Federated Insurance Co. of Canada c. Galp inc.*, J.E. 2004-1437 (C.A.). Voir également *Coates c. Groupe commerce (Le), compagnie d'assurances*, [1999] R.L. 475 (C.Q.) ; *Caisse populaire Laurier c. Lunetterie des Galeries inc.*, J.E. 2000-851 (C.A.) ; *Caisse populaire St-Janvier c. Lajoie*, J.E. 2000-900 (C.S.) ; *Liberty Mutual Insurance c. 168133 Canada inc.*, J.E. 2004-2246 (C.S.). Pour un jugement à l'effet contraire : *Allstate du Canada, compagnie d'assurances c. Laquerre Pontiac Buick inc.*, J.E. 98-1525 (C.Q.) et pour des jugements où le juge se prononce, accessoirement, en faveur d'une interprétation plus large, voir *Caisse populaire Desjardins de Joliette c. Radio MF C.I.E.L. (1981) inc.*, [1996] R.J.Q. 3000 (C.S.) ; *Legault & Frères inc. c. 2751-5717 Québec inc.*, [1997] R.J.Q. 2336 (C.Q.).
41. Préc., note 40.

Se fondant sur ce dernier jugement, la même interprétation stricte de l'expression « aliéné dans le cours des activités d'une entreprise » est à nouveau reprise par la Cour supérieure dans l'affaire *Avestor, l.p.* et *RSM Richter inc.*⁴². Dans cette affaire, Quadrafab avait consenti des hypothèques sur l'universalité de ses créances en faveur de différents créanciers. Une de ses clientes, Avestor, a ensuite fait une proposition concordataire. En tant que créancière d'Avestor, Quadrafab a présenté une réclamation contre Avestor. Mais Quadrafab bénéficiait aussi d'un contrat d'assurance, avec Coface, qui couvrait ses comptes à recevoir non payés de débiteurs insolvable. Plutôt que d'attendre le paiement d'un dividende d'Avestor, Quadrafab a préféré réclamer une indemnité d'assurance de Coface. Ayant reçu cette indemnité d'assurance, Quadrafab a, en contrepartie, cédé à Coface, le 7 juin 2007, tous les droits lui résultant de sa créance et de sa réclamation contre Avestor. Comme il s'agissait de l'aliénation d'une créance affectée d'une hypothèque, une des questions en litige consistait à déterminer si cette cession de créance était intervenue dans le cours des activités de l'entreprise ou hors du cours des activités de Quadrafab. S'inspirant du jugement de la Cour d'appel précité, le tribunal déclare ce qui suit :

L'on comprend que l'expression « dans le cours des activités de l'entreprise » s'entend des activités de commerce habituelles de l'entreprise en fonction de l'objet de la création de l'entreprise.

Si, en l'espèce, il s'était agi d'affacturage de la part de Quadrafab, la cession à Coface de la créance contre Avestor pourrait être tenue comme ayant été faite dans le cours normal des activités.

Mais tel n'est pas le cas. Il n'y a aucune preuve que Quadrafab ait fait de l'affacturage avec Coface, ni que cette dernière ait été engagée dans ce type d'activité.

Ainsi, la cession de créance à Coface n'est pas régie par l'article 2674 C.c.Q., mais par l'article 2700 C.c.Q. Les hypothèques grevant cette créance devait [sic] être conservée [sic] dans le délai imparti.

Ce jugement reprend donc à son compte une interprétation stricte de l'article 2674 C.c.Q. Mais il nous rappelle également que les articles 2674 ou 2700 C.c.Q. peuvent s'appliquer aussi bien à des biens meubles corporels qu'incorporels. Si une cession de créance intervient hors du cours des activités habituelles d'une entreprise, le créancier détenant une hypothèque légale ou conven-

42. 2009 QCCS 55 (en appel).

tionnelle sur cette créance doit donc, pour continuer à bénéficier de son hypothèque, inscrire un avis de conservation dans les 15 jours suivant le moment où le créancier a été informé, par écrit, du transfert du bien et du nom de l'acquéreur⁴³, ou du moment où il a consenti par écrit à ce transfert, et ce, sous peine de déchéance de l'hypothèque⁴⁴. L'avis de conservation de l'hypothèque doit indiquer le nom du débiteur ou du constituant de l'hypothèque, celui de l'acquéreur et une description du bien. Dans le même délai, le créancier doit également transmettre une copie de cet avis à l'acquéreur⁴⁵.

Dans le jugement précité, il a été décidé que :

l'écrit requis par l'article 2700 C.c.Q. n'a pas à être donné par l'acquéreur de la créance et qu'il est satisfait à l'exigence d'information par écrit dans la mesure où le créancier hypothécaire a pris connaissance de l'acte de cession de créance.⁴⁶

Considérant que l'actionnaire en contrôle et actionnaire majoritaire du créancier hypothécaire était également administrateur et président de Quadrafab, et qu'à ce dernier titre cet administrateur avait signé, le 17 janvier 2007, l'acte de cession de créance consenti par Quadrafab à Coface, le tribunal conclut que le créancier hypothécaire avait été informé par écrit de cette cession de créance puisque son actionnaire majoritaire avait en main une copie de l'acte de cession lorsque ce dernier a signé cet acte pour Quadrafab le 17 janvier 2007. Ce créancier hypothécaire n'ayant pas procédé à l'inscription d'un avis de conservation de son hypothèque dans les 15 jours suivants, le tribunal a déclaré éteinte l'hypothèque de ce créancier. Bien qu'il ait été décidé, dans ce dernier cas, que la connaissance de l'acte de cession par le créancier était suffisante, il demeure évidemment préférable, en pratique, d'informer le créancier par écrit et de conserver une preuve de l'accomplissement de cette formalité.

43. *Caisse populaire Laurier c. Lunetterie des Galeries inc.*, préc., note 40.

44. *Caisse populaire St-Zacharie c. J.G. Allen Industries inc.*, [2000] R.J.Q. 58 (C.A.), confirmant [1997] R.J.Q. 1366 (C.S.) ; *Collège d'enseignement général et professionnel de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance inc.*, [2001] R.J.Q. 2659 (C.S.).

45. Selon certains, le défaut de respecter cette dernière formalité ne suffirait pas, toutefois, à entraîner la déchéance de l'hypothèque puisque le premier alinéa de l'article 2700 C.c.Q. subordonne la conservation de l'hypothèque uniquement à l'inscription de l'avis de conservation de l'hypothèque. Voir, en ce sens, L. PAYETTE, préc., note 5, n° 794, p. 372.

46. *Avestor, l.p. et RSM Richter inc.*, préc., note 42. Voir aussi, en ce sens, *Caisse populaire St-Zacharie c. J.G. Allen Industries inc.*, préc., note 44.

De façon plus globale, la meilleure façon de procéder lors d'une cession de créance consiste à vérifier d'abord les inscriptions au registre des droits personnels et réels mobiliers. S'il s'avère que la créance concernée est affectée d'une hypothèque, il faut alors se demander si la cession projetée interviendra ou non dans le cours des activités d'une entreprise. Si la cession intervient dans le cours des activités habituelles de l'entreprise du cédant, l'hypothèque cessera d'affecter la créance pour se reporter plutôt sur les biens que le cédant pourra acquérir en remplacement ou, à défaut, sur la somme d'argent provenant de la cession⁴⁷. Le cessionnaire deviendra alors titulaire de la créance, libre de toute hypothèque créée antérieurement.

Par contre, si la cession intervient hors du cours des activités de l'entreprise, les hypothèques antérieures subsisteront. Il sera alors préférable de s'informer de la façon dont le cédant a lui-même acquis la créance qu'il veut céder. Dans l'hypothèse où la créance a été acquise d'un autre cédant hors du cours des activités d'une entreprise, il devra alors vérifier si des hypothèques ont été consenties par cet ancien titulaire. Il faudrait même, si on veut s'assurer qu'aucune hypothèque antérieure n'a pu être créée sur le bien en question, interroger cet ancien titulaire sur la façon dont il a lui-même acquis cette créance jusqu'à ce qu'on en arrive soit au créancier original, soit à une cession intervenue dans le cours des activités d'une entreprise, laquelle met fin au droit de suite de toute hypothèque antérieure⁴⁸.

Si la cession intervient hors du cours des activités d'une entreprise et que les recherches démontrent qu'une hypothèque affecte la créance devant être cédée, il sera dans l'intérêt de l'acquéreur que cette hypothèque soit radiée, à moins que celui-ci ne préfère en assumer le paiement. Le juriste chargé de l'établissement de l'acte de cession devra alors communiquer avec le créancier hypothécaire, soit pour lui faire part de l'assumption de l'hypothèque par le cessionnaire, obligation souvent prévue à l'acte d'hypothèque pour tout acquéreur de la créance hypothéquée, soit pour lui demander le montant qui doit lui être payé en vue d'obtenir la radiation de son hypothèque.

47. C.c.Q., art. 2674.

48. C'est cette raison qui explique la déclaration que l'on retrouve dans *Chambre des notaires du Québec, R.D./N.S., « Sûretés », Formulaire – Document 2.1, Montréal (Hypothèque mobilière sans dépossession sur des biens particuliers), clause 13, par. c).*

Si le cessionnaire décide d'acquérir la créance avec l'hypothèque affectant (assumption ou acquisition à charge de l'hypothèque), le créancier hypothécaire devra être informé par écrit de la cession ou consentir par écrit à cette cession pour que le délai de 15 jours prévu à l'article 2700 C.c.Q. pour l'inscription d'un avis de conservation de l'hypothèque, commence à courir.

Il faudra aussi, selon les règles générales applicables à toute cession d'une créance, respecter les formalités requises pour que la cession et les droits du cessionnaire soient opposables aux tiers. Il s'agit des formalités de l'article 1641 C.c.Q.⁴⁹ et, si la créance faisant l'objet de la cession est elle-même garantie par une hypothèque, des formalités prévues à l'article 3003 C.c.Q.⁵⁰.

Relativement aux formalités découlant de l'article 2700 C.c.Q., il va de soi qu'à partir du moment où le créancier hypothécaire consent par écrit à une cession ou qu'il est informé par écrit d'une telle cession, ce dernier doit alors agir rapidement. Il n'a que 15 jours pour se conformer aux exigences de l'article 2700 C.c.Q. Le défaut de respecter ces formalités dans les délais prévus se traduit, en principe, par l'extinction de l'hypothèque⁵¹. Mais qu'en est-il lorsque le cessionnaire choisit d'assumer le paiement de l'hypothèque ? Cet acquéreur peut-il, en raison de l'inaccomplissement des formalités de l'article 2700 C.c.Q., opposer au créancier hypothécaire l'extinction de l'hypothèque, bien qu'il en ait expressément assumé le paiement ? C'est à cette question qu'a répondu la Cour d'appel dans *Club médico-sportif inc. c. Banque de développement du Canada*⁵².

Dans cette affaire, un prêt avait été consenti par la Banque de développement du Canada à une compagnie en contrepartie d'une hypothèque affectant l'universalité de ses biens. La compagnie

49. Acquiescement du débiteur cédé, remise d'une copie ou d'un extrait pertinent de l'acte de cession ou remise d'une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant.

50. Inscription de la cession au RDPRM, remise d'un état certifié de cette inscription au débiteur cédé et si l'hypothèque garantissant le paiement de la créance est une hypothèque immobilière, remise d'une copie de l'acte de cession, de l'extrait ou du sommaire, selon le mode d'inscription choisi, et si la réquisition d'inscription s'est faite sous la forme d'un sommaire, remise, en plus du sommaire, de l'acte de cession ou de l'extrait qui accompagnait le sommaire, C.c.Q., art. 3003, al. 2

51. *Caisse populaire St-Zacharie c. J.G. Allen Industries inc.*, préc., note 44 ; *Collège d'enseignement général et professionnel de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance inc.*, préc., note 44.

52. 2008 QCCA 2459.

ayant fait faillite, l'appelante a acheté les actifs de cette dernière, avec l'assentiment du syndic et de la créancière hypothécaire, en contrepartie du paiement d'une somme de 1 \$ et de l'assumption de l'hypothèque existante. Comme cette aliénation des biens hypothéqués a eu lieu hors du cours des activités habituelles de l'entreprise, la banque devait inscrire un avis de conservation de son hypothèque, pour que son droit de suite puisse subsister, ce qu'elle a fait. Mais à la suite d'un défaut de paiement, l'appelante s'est opposée à l'exercice du recours hypothécaire de la banque en invoquant que l'inscription de cet avis de conservation de l'hypothèque avait été faite après l'expiration du délai de 15 jours prévu à l'article 2700 C.c.Q.

La Cour d'appel commence par souligner, avec raison, que le but de l'article 2700 C.c.Q. n'est pas de protéger le créancier hypothécaire, mais plutôt d'assurer la protection des tiers. La Cour se penche ensuite sur l'application de l'article 2701 C.c.Q., lequel prévoit que : « L'hypothèque mobilière assumée par un acquéreur peut être publiée. » À ce sujet, la Cour déclare ce qui suit :

La majorité des auteurs croit que l'acte d'aliénation prévoyant la prise en charge de l'hypothèque par l'acquéreur peut remplacer l'avis de conservation au Registre. Ces auteurs sont d'avis que la fin poursuivie par la publication d'un avis en vertu de l'article 2700 C.c.Q., soit la protection des tiers, peut être atteinte par la publication de l'acte d'aliénation prévue à l'article 2701 C.c.Q. *Nous sommes de cet avis.* Toutefois, l'acte doit contenir les mêmes renseignements que l'avis, soit ceux prévus à l'article 2700, al. 3 C.c.Q. : les noms du débiteur, du constituant et de l'acquéreur ainsi que la description du bien.⁵³ [Nos italiques]

La Cour reconnaît donc la possibilité, lorsqu'il y a assumption de l'hypothèque, que l'avis de conservation puisse être remplacé par l'inscription de l'acte d'acquisition pour autant que les informations exigées par l'article 2700 C.c.Q. s'y retrouvent. Alors que les actes d'aliénation de biens meubles ne peuvent normalement être inscrits en raison de l'article 2938, al. 3 C.c.Q., l'article 2701 C.c.Q. serait donc interprété comme engendrant une exception implicite à ce principe lorsqu'un acte d'aliénation de biens meubles comporte l'assumption d'une hypothèque affectant les biens aliénés.

La Cour se penche ensuite sur la question de l'opposabilité d'une hypothèque n'ayant pas fait l'objet d'une inscription suivant

53. *Id.*, par. 26.

les conditions prévues aux articles 2700 et 2701 C.c.Q. face à l'acquéreur ayant assumé le paiement de cette hypothèque :

Afin de conserver son droit de suite, le créancier doit publier l'acte ou l'avis dans les délais prévus à l'article 2700 al. 2 C.c.Q. S'il omet de le faire, il ne pourra exercer ses droits hypothécaires *qu'à l'encontre de l'acquéreur du bien hypothéqué* et non des futurs tiers acquéreurs.⁵⁴ [Nos italiques]

[...] En l'espèce, il n'y a pas lieu d'évaluer si l'intimée a valablement inscrit son avis dans le délai prévu à l'article 2700 al. 2 C.c.Q. puisqu'elle ne tente pas d'exercer son droit de suite à l'encontre d'un tiers.

En effet, l'intimée veut exercer ses droits hypothécaires à l'encontre de l'appelante qui s'est elle-même engagée à assumer l'hypothèque. Même si l'avis de conservation n'a pas été légalement publié, l'hypothèque liant l'intimée et l'appelante est valide et les droits hypothécaires peuvent être exercés sans autre formalité.

En effet, il serait illogique que l'appelante, après avoir clairement assumé l'hypothèque, en demande la nullité en raison d'un défaut de publicité l'informant de son existence.⁵⁵

Bien que la sanction normale du défaut de publier l'avis de conservation de l'hypothèque dans les délais fixés par l'article 2700 C.c.Q. soit l'extinction de l'hypothèque, la Cour d'appel juge que si le litige ne concerne que l'acquéreur ayant assumé l'hypothèque et le créancier hypothécaire, l'hypothèque peut continuer à produire ses effets entre ces deux parties. Cette solution se fonde sur l'article 2941, al. 2 C.c.Q. qui énonce : « Entre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés [...] ». L'acquéreur serait en quelque sorte assimilé, en raison de l'assumption de l'hypothèque, à une partie à l'acte d'hypothèque, même si l'hypothèque n'a pas été constituée par ce dernier. Dans une telle hypothèse, et seulement dans cette hypothèse, l'acquéreur ne serait plus considéré comme un tiers par rapport au créancier hypothécaire, même si on le désigne fréquemment, dans de telles circonstances, comme un « tiers acquéreur ».

Une telle solution se révèle originale. Elle a le mérite de ne pénaliser aucun tiers, tant que le conflit se limite à l'acquéreur et au créancier hypothécaire. Un créancier qui se retrouve dans une telle situation pourra donc, en principe, exercer ses recours hypothécai-

54. *Id.*, par. 27.

55. *Id.*, par. 29-31.

res contre l'acquéreur, même s'il existe d'autres créanciers hypothécaires détenant des droits sur l'immeuble. Il reviendra à ces derniers d'intervenir pour invoquer l'invalidité de l'hypothèque. Par contre, si un d'entre eux intervient et prouve que les formalités de conservation de l'hypothèque n'ont pas été effectuées en temps utile, le recours hypothécaire devra prendre fin en raison de l'extinction de l'hypothèque.

Il faut donc retenir que même si l'assumption de l'hypothèque a pour effet d'empêcher l'acquéreur d'invoquer la nullité de l'hypothèque en raison d'un défaut de publicité, il n'en reste pas moins qu'à l'égard de tout autre tiers, les formalités de 2700 C.c.Q. doivent nécessairement être respectées dans les délais prévus. L'article 2701 C.c.Q. a donc un effet assez restreint. Même si on y prévoit que l'hypothèque mobilière assumée par un acquéreur *peut* être publiée, l'acte d'aliénation ou un avis de conservation de l'hypothèque *doit* être publié dans le délai de 15 jours pour que l'hypothèque soit conservée à l'égard de toute personne autre que l'acquéreur et ce, en raison de l'article 2700 C.c.Q. lorsque l'aliénation d'un bien meuble hypothéqué, corporel ou incorporel, survient hors du cours des activités habituelles d'une entreprise.

2.3 Effets d'une clause hypothécaire

Le contrat d'hypothèque contient habituellement une clause exigeant du constituant que les biens hypothéqués soient assurés, pendant la durée de l'hypothèque, contre l'incendie et tous autres risques et pertes habituellement couverts. Il est normalement requis que la police d'assurance contienne également ce que l'on appelle couramment une « clause hypothécaire », c'est-à-dire une clause aux termes de laquelle l'assureur s'engage à assurer le bien au bénéfice du créancier hypothécaire. Lorsque la police d'assurance contient une telle clause, dont le texte est généralement celui approuvé par le Bureau d'assurance du Canada, il se crée un contrat d'assurance entre l'assureur et le créancier hypothécaire distinct de celui existant entre l'assureur et le débiteur hypothécaire. L'existence d'un tel contrat d'assurance distinct présente de nombreux avantages pour le créancier hypothécaire. Il a ainsi été décidé par la Cour suprême que l'annulation de la police d'assurance à l'égard du débiteur hypothécaire, en raison de fausses déclarations par celui-ci au moment de la souscription de la police d'assurance⁵⁶

56. *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029.

ou en raison de dommages causés par une faute intentionnelle de ce dernier⁵⁷, ne peut être opposée au créancier hypothécaire.

Qu'en est-il si les lieux assurés sont utilisés pour la culture de la marijuana à l'insu du créancier hypothécaire ? Tout en reconnaissant qu'une telle utilisation constitue une clause d'exclusion contenue au contrat d'assurance entre l'assureur et le débiteur, la Cour supérieure réaffirme à nouveau dans l'affaire *Xceed Mortgage Corporation/Corporation hypothécaire Xceed c. Wawanesa, compagnie mutuelle d'assurance*⁵⁸ qu'en raison de la clause hypothécaire et du contrat d'assurance distinct qui en découle, une pareille utilisation, sans que les créanciers hypothécaires le sachent, ne peut leur être opposée. Comme l'indique le tribunal : « En conséquence, l'assureur ne peut se prévaloir de ce motif pour annuler la protection conférée aux créancières par la clause hypothécaire »⁵⁹.

Or dans cette même cause, il a également été prouvé que la débitrice n'occupait plus elle-même la maison assurée depuis plusieurs mois. Après avoir été brièvement habitée par la débitrice, la maison avait en effet été occupée d'abord par son ex-conjoint, puis par la conjointe de celle-ci et enfin louée par cette dernière à un tiers. La créancière hypothécaire fut informée de ce fait par le procès-verbal dressé par un huissier à la suite d'une vaine tentative de signifier à la débitrice une requête en délaissement forcé et en vente sous contrôle de justice de l'immeuble hypothéqué. Puisque la créancière hypothécaire n'a avisé l'assureur de cette inoccupation de l'immeuble par la débitrice que deux mois plus tard, le tribunal a conclu que le créancier hypothécaire ne s'était pas conformé à son obligation d'informer promptement l'assureur d'une circonstance qui aggravait les risques stipulés dans la police tel que l'exigeait la clause hypothécaire ; en conséquence, l'assureur était bien fondé d'opposer la nullité de la police et de refuser d'indemniser la créancière hypothécaire.

57. *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995. L'article 2474 C.c.Q. ne fait pas obstacle à ce que l'assureur qui a dû payer le créancier hypothécaire puisse être subrogé dans les droits de ce dernier (en vue d'obtenir le paiement de la créance hypothécaire du débiteur), puisque la subrogation est obtenue en vertu d'une clause hypothécaire qui constitue un contrat distinct : *9050-3400 Québec inc. c. Riverin, Girard & Associés inc.*, [2004] 1 R.C.S. 301, confirmant [2002] R.J.Q. 3030 (C.A.).

58. 2009 QCCS 625 (en appel).

59. *Id.*, par. 33.

Ce jugement rappelle encore une fois les avantages d'une clause hypothécaire. L'utilisation des lieux pour la culture de la marijuana ou l'inoccupation des lieux par l'assuré, même s'ils entraînent l'annulation de la police d'assurance entre l'assureur et le constituant de l'hypothèque ne constituent pas des motifs suffisants pour permettre l'annulation de la protection conférée à un créancier par la clause hypothécaire, dans la mesure où le créancier n'a pas connaissance de ces faits. Par contre, le créancier doit, dès qu'il est informé de circonstances aggravant les risques stipulés à la police d'assurance, agir promptement et en aviser l'assureur⁶⁰, à moins, comme il a déjà été jugé par la Cour suprême, que cette obligation d'information soit elle-même écartée aux termes de la clause hypothécaire⁶¹.

2.4 Exercice des droits hypothécaires

Peut-on, lors d'une action hypothécaire en délaissement forcé et vente sous contrôle de justice, retrouver des conclusions de nature purement personnelle contre le débiteur des sommes impayées ? Autrement dit, peut-on combiner, dans une même procédure, une action hypothécaire et une action personnelle ?

Conformément à la doctrine et à la jurisprudence majoritaire, la Cour d'appel déclare dans *Ateliers Non-tech inc. c. Construction et démolition Deschênes inc.*⁶² qu'il s'agit là de deux recours distincts qui doivent être exercés séparément. Comme le souligne la Cour :

[...] l'usage qu'a fait ici l'intimée de l'article 2112 C.c.Q. a engendré la condamnation personnelle de l'appelante. Or, il n'était pas possible de prononcer pareille conclusion, alors que l'instance dans le cadre de laquelle s'inscrit cette condamnation est une action purement hypothécaire.⁶³

60. *American Home Insurance Co. c. Axa Assurances inc.*, [2002] R.R.A. 20 (C.A.), confirmant [1999] R.R.A. 387 (C.S.).

61. Un jugement de la Cour suprême du Canada, dans une cause provenant de l'Ontario, a ainsi décidé qu'une telle clause d'exclusion de couverture ne pouvait être opposée au créancier hypothécaire, même si ce dernier savait que les lieux étaient inoccupés et n'en avait pas avisé l'assureur, en raison des termes de la clause hypothécaire qui ont été interprétés comme ayant pour effet d'empêcher qu'un tel motif d'exclusion puisse être opposé au créancier hypothécaire : *Banque Royale du Canada c. State Farm Fire and Casualty Co.*, [2005] 1 R.C.S. 779.

62. 2009 QCCA 963 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée).

63. *Id.*, par. 23.

Aux termes du *Code civil du Bas-Canada*, il était possible, contre une personne à la fois tenue personnellement et hypothécairement, de jumeler l'exercice d'une action personnelle et l'exercice des recours hypothécaires dans une seule procédure, soit l'action personnelle hypothécaire. Cette possibilité, comme le confirme la Cour d'appel, n'existe plus sous le *Code civil du Québec*. Le créancier qui veut à la fois obtenir un jugement personnel contre son débiteur et exercer ses droits hypothécaires, doit se conformer à deux procédures distinctes, soit une action pour l'exercice de ses recours personnels et le respect des formalités énoncées aux articles 2748 et suivants C.c.Q. pour la réalisation de sa garantie hypothécaire.

Dans l'affaire *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*⁶⁴, la Cour d'appel confirme par ailleurs qu'il revient au créancier hypothécaire de décider du recours qu'il veut exercer et que le tribunal n'a pas, à moins de dispositions particulières⁶⁵, à s'immiscer dans ce choix⁶⁶.

Détail intéressant, la Cour d'appel juge également qu'une substitution de garantie, permise par l'article 2731 C.c.Q. pour les hypothèques légales autres que celles de l'État et des personnes morales de droit public, peut résulter de la consignation des sommes, accompagnée d'offres réelles. Le tribunal déclare :

Selon moi, l'offre judiciaire de céder en garantie le titre de la créance portant sur la somme consignée en substitution d'une hypothèque légale comporte en réalité la constitution d'une hypothèque mobilière avec dépossession en faveur du détenteur de l'hypothèque légale.⁶⁷

Pour répondre aux nouvelles exigences de l'article 2702 C.c.Q., la Cour ajoute :

Par ailleurs, en vertu de l'offre irrévocable contenue dans sa requête en substitution, le titre constaté par le certificat de consignation, dont un exemplaire demeure au dossier de la Cour, se trouve à la disposition du créancier bénéficiaire de l'offre. Celui-ci pourra s'en prévaloir une fois satisfaite la condition à laquelle cette cession en garantie est soumise, en l'occurrence un jugement final en sa faveur ou une transaction au même effet. Pareille mise en possession permet de répondre aux conditions fixées par les articles 2702 et 2703 C.c.Q.⁶⁸

64. [2009] R.J.Q. 2232 (C.A.).

65. Voir, à titre d'exemple, les articles 2778 et 2780 C.c.Q.

66. *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*, préc., note 64, par. 12-14.

67. *Id.*, par. 28.

68. *Id.*, par. 31.

Dans cette affaire, le créancier détenant une hypothèque légale de la construction sur un immeuble s'est donc retrouvé avec une hypothèque mobilière avec dépossession sous condition. Le tribunal souligne que cette hypothèque avec dépossession n'empêche pas le créancier d'être considéré comme un créancier garanti en matière de faillite et que le créancier ne se retrouve pas en situation plus désavantageuse puisque l'hypothèque de substitution en est nécessairement une de premier rang⁶⁹.

En dernier lieu, la Cour d'appel conclut qu'une telle substitution peut être autorisée par le tribunal peu importe le recours hypothécaire exercé par le créancier, y compris un recours hypothécaire de prise en paiement. Concernant les conclusions du jugement, la Cour indique :

Dans le cas à l'étude, les conclusions pertinentes à la prise en paiement doivent être remplacées par une demande de la partie demanderesse de faire reconnaître sa qualité de détentrice d'une hypothèque mobilière contre le titre de créance constatée par le certificat de dépôt et consignation et une demande d'autorisation de toucher la créance dont il s'agit jusqu'à concurrence du montant du jugement à intervenir. Il s'agit somme toute d'une technicité qui s'inscrit dans le cadre des droits que confère l'article 2713 C.c.Q. au créancier gagiste.

Il découle donc de ce jugement qu'un créancier, détenteur d'une hypothèque légale et qui veut exercer un recours hypothécaire de prise en paiement sur un bien hypothéqué d'une valeur sensiblement supérieure au montant de sa créance garantie ne peut pas s'opposer à ce que le bien hypothéqué fasse l'objet d'une substitution de garantie pour la seule raison que le bien substitué en garantie est d'un montant simplement équivalent à sa créance garantie. Par la substitution de garantie, on offre donc la possibilité au débiteur d'empêcher un créancier d'exercer ses recours sur des biens d'une valeur supérieure au montant de la créance hypothécaire.

Serait-il possible qu'une telle substitution de garantie puisse également être imposée à des créanciers détenant des hypothèques conventionnelles ? Même si des jugements ont déjà décidé que la substitution de garantie de l'article 2731 C.c.Q. devait être limitée dans son application aux seules hypothèques légales visées par cette disposition⁷⁰, il demeurerait possible d'arriver à un tel résultat

69. *Id.*, par. 32 et 33.

70. *Catracchia c. Loukas*, [1999] R.D.I. 59 (C.S.) ; *Chabot c. Manoir Le Flandre inc.*, [2001] R.D.I. 515 (C.S.).

par l'application de l'article 2678 C.c.Q. si le débiteur propose que la substitution de garantie se réalise par voie de consignation des sommes réclamées par le créancier. L'article 2678 C.c.Q. prévoit en effet :

Lorsque ce qui est dû au créancier fait l'objet d'offres réelles ou d'une consignation selon les termes du présent code, le tribunal peut, à la demande du débiteur qui les fait, autoriser le report de l'hypothèque sur le bien offert ou consigné, et permettre la réduction du montant initialement inscrit.

Dès lors que la réduction du montant initial est inscrite au registre approprié, le débiteur ne peut plus retirer ses offres ou le bien consigné.

Il suffirait donc, comme ce fut le cas dans le jugement précité de la Cour d'appel, d'offrir et de consigner les sommes dues pour empêcher qu'un créancier puisse exercer un recours de prise en paiement sur un bien dont la valeur serait supérieure à la valeur du bien ou de la somme consignée. Cette façon de faire, utile lorsque le montant de la créance garantie est contesté et que le débiteur veut être libéré du paiement des intérêts pour l'avenir⁷¹, compléterait les moyens prévus par les articles 2761⁷², 2778⁷³ et 2779 C.c.Q.⁷⁴ visant à empêcher qu'un créancier hypothécaire puisse se prévaloir d'un recours de prise en paiement en vue de mettre la main sur un bien dont la valeur serait sensiblement supérieure au montant de sa créance garantie.

CONCLUSION

Avec la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, plusieurs modifications dans le domaine des sûretés sont entrées en vigueur en 2009. Un nouveau type d'hypothèque mobilière avec dépossession a été créé, aux termes des articles 2714.1 à 2714.7 C.c.Q., sur les valeurs mobilières ou les titres intermédiés visés par la loi précitée. L'hypothèque mobilière sans dépossession par une personne physique n'exploitant pas une entreprise a été étendue, par une modification apportée à l'article 15.02 RRDPRM, à deux nouvelles catégories de biens, soit les biens

71. C.c.Q., art. 1586.

72. Droit de payer la dette ou de remédier aux défauts.

73. Autorisation du tribunal requise lorsque la moitié ou plus de l'obligation garantie a déjà été acquittée.

74. Changement de recours en vue de forcer la vente du bien hypothéqué.

précieux et les biens incorporels. Les personnes physiques n'exploitant pas une entreprise ont obtenu le droit de consentir une hypothèque sur une universalité de valeurs mobilières, de titres intermédiés et de biens visés par l'article 15.02 RRDPRM. Le gage a par ailleurs été restreint aux seuls biens pouvant faire l'objet d'une remise et d'une détention matérielle. Sur les biens incorporels, autres que des valeurs mobilières, des titres intermédiés, ou des créances non représentées par un titre négociable par endossement et délivrance, le gage, autrefois permis, a donc fait place à l'hypothèque mobilière sans dépossession. Pour une personne physique, ces modifications ouvrent la porte à un accès plus facile au crédit, à la possibilité de surendettement et à la création d'hypothèques « globales » plus étendues que jamais auparavant.

Plusieurs questions intéressantes ont aussi été analysées par les tribunaux en 2009. La Cour suprême a jugé que la fiducie réputée sur les biens d'un fournisseur pour les montants de TPS et de TVQ perçus par ce dernier, mais non remis au fisc, prenait fin au moment de la faillite conformément aux règles établies par l'article 67(2) LFI. La Cour du Québec a cependant rappelé que cet effet ne s'appliquait pas aux fiducies réputées mentionnées par l'article 67(3) LFI.

La Cour d'appel et la Cour supérieure ont confirmé l'application de l'article 2700 C.c.Q. aux biens incorporels aliénés hors du cours des activités d'une entreprise, interprété à nouveau de façon stricte l'expression « aliéné dans le cours des activités de l'entreprise » et précisé les conditions d'application des articles 2700 et 2701 C.c.Q. en rapport avec la connaissance par le créancier d'un écrit faisant état de l'aliénation des biens hypothéqués et les conséquences d'un défaut du créancier de respecter les formalités de l'article 2700 C.c.Q. lorsque l'hypothèque a été assumée par l'acquéreur.

La Cour supérieure a encore une fois démontré l'importance d'une clause hypothécaire dans un contrat d'assurance en jugeant que l'utilisation des lieux assurés pour fins de culture de la marijuana ou l'inoccupation des lieux par l'assuré ne peuvent être opposées au créancier hypothécaire, à moins que celui-ci ait eu connaissance de ces faits et ait omis d'en aviser promptement le créancier.

La Cour d'appel a enfin rappelé qu'une action visant l'exercice d'un recours hypothécaire ne peut pas conclure à une condamnation personnelle du débiteur, que le tribunal ne peut pas, sauf lorsque la loi le prévoit expressément, s'immiscer dans le choix d'un recours hypothécaire et qu'un créancier ne peut pas s'opposer à ce que le bien faisant l'objet de son recours hypothécaire de prise en paiement soit remplacé par une somme consignée, accompagnée d'offres réelles.

En raison de leur impact en droit des sûretés, ces changements législatifs et ces développements jurisprudentiels sont ceux qui, en 2009, méritaient, à notre avis, d'être soulignés de façon plus particulière.