

# LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

Daniel GARDNER

Volume 104, numéro 3, décembre 2002

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045941ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045941ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

GARDNER, D. (2002). LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR. *Revue du notariat*, 104(3), 511–527.  
<https://doi.org/10.7202/1045941ar>

## CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

### *Obligations*

#### **LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR**

**Daniel GARDNER**\*

Il existe en droit civil des mécanismes dont l'utilité semble aujourd'hui restreinte en ce qui concerne les moyens de défense offerts au débiteur poursuivi en paiement d'une dette. La novation fait partie de ces institutions, étant rarement utilisée en pratique dans son sens premier (création d'une obligation nouvelle avec extinction simultanée d'une obligation préexistante), mais fréquemment utilisée à titre d'échappatoire par le débiteur en manque d'explications. À côté de cette institution qui tire son origine du *Code civil du Québec*, il en existe d'autres, de source jurisprudentielle, qui sont utilisées dans le même but. La fin de non-recevoir est de celles-là. Il ne faut donc pas être surpris de la voir soulevée en même temps que la novation dans la majorité des dossiers dans lesquels le vendeur d'un immeuble, dont l'hypothèque a été assumée par l'acquéreur, est ultérieurement poursuivi en paiement du solde hypothécaire par le créancier. Cette situation, qui découle de ce que l'on appelle, en pratique, la vente avec prise en charge de prêt hypothécaire, a donné lieu à plusieurs décisions au cours des dernières années.

Un jugement rendu en février 2002 par la Cour d'appel<sup>1</sup> nous fournit l'occasion de commenter ces deux institutions. Sans constituer un arrêt qui révolutionne le droit positif en la matière, il mérite d'être souligné puisqu'il ramène à leur juste mesure la portée de ces moyens de défense, souvent plaidés à

---

\* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).

tort et à travers. Avant que cette décision soit rendue, on pouvait noter l'existence de deux courants dont l'un était favorable au vendeur<sup>2</sup> et l'autre aux institutions financières<sup>3</sup>.

### MISE EN CONTEXTE

Les faits de l'affaire *Mackay*<sup>4</sup> sont simples et correspondent à une situation fréquemment vécue par les institutions financières. Lors de l'achat d'une maison en mars 1992, M. Mackay contracte un prêt hypothécaire de 112 000 \$ auprès de la Banque Laurentienne du Canada (la banque). À la suite de la signature d'une entente de prolongation, un taux d'intérêt de 9,75 % est fixé jusqu'en septembre 1995. Deux mois avant l'échéance (juillet 1995), M. Mackay vend son immeuble pour 140 000 \$ à M. Leone, et il est convenu que ce dernier assumera l'hypothèque contractée trois ans plus tôt par M. Mackay. La banque n'apprendra ces faits que plusieurs semaines après la transaction. Elle consent, toutefois, à faire affaire avec M. Leone et renouvelle l'hypothèque à deux reprises avec lui (en 1995 et en 1996), certaine de conserver ses droits à l'égard de M. Mackay étant donné le texte explicite de l'article 3 du contrat de prêt original : « Nonobstant tout changement de propriétaire de la propriété immobilière décrite ci-après, l'emprunteur continuera d'être lié envers le prêteur. »

- 
- 2 En plus de l'affaire *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay* en première instance [1999] R.J.Q. 238 (C.S.), renversée par la Cour d'appel, on peut mentionner les décisions *Banque Nationale du Canada c. Portelance*, J.E. 97-1713 (C.S.); *Caisse populaire Desjardins Domaine St-Sulpice c. 2425-0771 Québec inc.*, J.E. 98-392 (C.S.); *Caisse populaire St-René-Goupil c. Satyawar*, J.E. 98-454 (C.S.); *Caisse populaire Desjardins de St-Rédempteur c. Auclair*, J.E. 99-101 (C.S.). D'autres décisions ont adopté la même conception laxiste de la novation par changement de débiteur au profit de la personne ayant cautionné la dette originale : voir par exemple *Banque Laurentienne du Canada c. Adeclat*, J.E. 99-1643 (C.S.).
- 3 *Caisse populaire Jean-Talon c. Pierre-Paul*, [1999] R.D.I. 435 (C.S.); *Toratella c. 176083 Canada inc.*, J.E. 99-1553 (C.S.); *Crédit industriel Desjardins inc. c. Moulins Grover ltée*, J.E. 2001-69 (C.S.). Pour une solution semblable en matière de cautionnement, voir *Caisse populaire Desjardins de New Richmond c. Cyr*, J.E. 2001-1137 (C.Q.).
- 4 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).

LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS  
MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE  
DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

Les choses se déroulent normalement dans l'année qui suit la transaction, M. Leone effectuant les versements hypothécaires aux échéances prévues. À partir de la fin juin 1996, la situation se dégrade toutefois, et la banque est incapable de percevoir une seule autre mensualité. Elle met en demeure, le 15 octobre suivant, M. Mackay de remplir ses obligations en vertu de l'article 3 du contrat de prêt. Devant son refus, elle intente son recours hypothécaire, et l'immeuble fait l'objet d'une vente en justice le 19 août 1997 pour un prix de 98 500 \$. Elle réclame ensuite à M. Mackay la différence entre le prix obtenu lors de la vente en justice et la valeur de sa créance (solde du prêt, intérêts, frais d'administration, taxes et honoraires de ses procureurs), ce qui représente un montant de 46 461 \$.

La Cour supérieure rejette l'action de la banque, estimant que celle-ci a consenti à une novation tacite de la dette originale, tout en soulignant qu'elle aurait dû aviser M. Mackay de son consentement à renouveler le prêt de M. Leone. La Cour d'appel, sous la plume du juge Jean-Louis Baudouin, renverse cette décision, à bon droit, selon nous. Les deux moyens invoqués en appel par la banque (absence de novation et inapplicabilité de la théorie des fins de non-recevoir) seront ici analysés l'un après l'autre.

## II ANALYSE

### La novation

Au même titre que la vente à réméré, institution inventée au temps où l'Église prohibait le prêt à intérêt et, malgré tout, conservée dans le *Code civil du Québec* (art. 1750-1756 C.c.Q.), la novation apparaît aujourd'hui comme un vestige des temps révolus. Elle a été inventée pour échapper aux règles classiques du droit romain, dans lesquelles la personnalisation du lien d'obligation empêchait de modifier celui-ci avant son exécution complète et finale, que ce soit en remplaçant l'un de ses acteurs (créancier et débiteur) ou encore en apportant une modification fondamentale à l'obligation elle-même. Les nécessités du commerce et la mobilité accrue des

citoyens de l'Empire romain ont incité rapidement les légistes à trouver des moyens d'adapter le droit existant. Comme le souligne Maurice Tancelin, « [l]a novation a été un des moyens de tourner l'incessibilité des obligations<sup>5</sup> ».

La novation est une opération drastique par laquelle une nouvelle obligation ne peut naître qu'en contrepartie de l'extinction (sans exécution) d'une obligation préexistante. Si l'on examine les trois hypothèses de novation mentionnées à l'article 1660 C.c.Q., on réalise que le droit a beaucoup évolué depuis l'époque de l'Empire romain, et que des moyens moins lourds de conséquence sont dorénavant mis à la disposition des personnes qui désirent apporter une modification à leur lien d'obligation :

- La novation par changement de créancier a été remplacée en pratique par la *cession de créance* (art. 1637 et suiv. C.c.Q.), qui offre l'avantage pour le nouveau créancier de lui transférer tous les accessoires de la dette originale (hypothèque, cautionnement, etc.);
- La novation par changement de l'obligation même a perdu beaucoup de son utilité depuis que le droit civil reconnaît que « l'accord des parties » permet que le contrat soit « modifié ou révoqué » à la guise de celles-ci (art. 1439 C.c.Q.);
- La novation par changement de débiteur a, peu à peu, évolué vers une institution aujourd'hui appelée *délégation*, plus intéressante pour le créancier puisqu'il conserve ses droits envers son débiteur original, en cas de défaut du nouveau débiteur.

Dans le cadre du présent texte, c'est cette dernière hypothèse de novation qui retiendra notre attention. En effet, la situation factuelle résultant de la vente d'un immeuble avec prise en charge de prêt hypothécaire est aujourd'hui susceptible de recevoir deux qualifications bien différentes :

---

5 Maurice TANCELIN, *Des obligations. Actes et responsabilités*, 6<sup>e</sup> édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 667, n<sup>o</sup> 1302.

LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS  
MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE  
DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

- Une *novation par changement de débiteur*, en vertu de laquelle le vendeur de l'immeuble sera totalement déchargé de ses obligations envers le prêteur, ou
- Une *délégation* dont l'effet principal est de faire conserver au prêteur tous ses droits contre l'emprunteur initial. On dit alors que « [l]e créancier délégataire, s'il accepte la délégation, conserve ses droits contre le débiteur délégant » (art. 1668 C.c.Q.), c'est-à-dire le vendeur de l'immeuble.

Il est extrêmement important de bien connaître l'histoire de la délégation afin d'en comprendre la portée actuelle. La délégation, telle qu'elle a été définie par le *Code civil du Québec*, n'existait évidemment pas en droit romain, puisqu'on en était encore à l'étape de la reconnaissance de la novation par changement de débiteur. Cela explique que, bien des siècles plus tard, le professeur Bugnet, dans sa réédition des *Œuvres de Pothier*, définisse ainsi la délégation :

« La délégation est une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne, qui, à sa place, s'oblige envers ce créancier [...]. Pour qu'il y ait délégation, il faut que la volonté du créancier, de décharger le premier débiteur, et de se contenter de l'obligation de ce nouveau débiteur qui s'oblige envers lui à la place du premier, soit bien marquée<sup>6</sup>. »

À l'époque de Pothier, la délégation ne se distinguait donc pas encore de la novation. L'évolution subséquente a été de reconnaître qu'une des formes de délégation, appelée par la doctrine *délégation imparfaite*, puisse permettre de conserver le lien entre le créancier et son débiteur original. C'est ainsi que l'article 1275 du *Code Napoléon* de 1804, suivi en cela par l'article 1173 du *Code civil du Bas Canada*, ont cristallisé cette évolution. On notera, toutefois, que les deux textes ne traitent de la délégation qu'à l'intérieur de la section consacrée à la

6 M. BUGNET, *Œuvres de Pothier*, t. 2, Paris, E. Plon, Nourrit et C<sup>o</sup>, 1890, p. 319, n<sup>o</sup> 600.

novation. En proposant la création d'un chapitre distinct intitulé « De la délégation de paiement », l'Office de révision du *Code civil* franchit un pas important, en indiquant que cela :

« correspond à un souci de faire de la délégation de paiement une institution autonome et d'abandonner ainsi la conception des Codificateurs de 1866 qui n'en traitaient que dans le cadre de la novation. [...] La délégation de paiement est donc envisagée comme une institution autonome, jouant avant tout le rôle d'un paiement abrégé [...]»<sup>7</sup>.

Le *Code civil du Québec* a suivi cette recommandation et est même allé plus loin en effaçant toute mention de la novation dans la section consacrée à la délégation<sup>8</sup>. Tout cela explique que l'on trouve aujourd'hui la novation (art. 1660-1666) et la délégation (art. 1667-1670) dans deux sections séparées du chapitre « De la transmission et des mutations de l'obligation ».

Du point de vue de cette évolution, il est devenu inapproprié de continuer à rapprocher la novation de la délégation, comme le fait encore aujourd'hui une partie de la doctrine et de la jurisprudence. Il est aussi inapproprié d'utiliser les expressions *délégation parfaite* et *délégation imparfaite* auxquelles nous avons été habitués sous l'ancien Code. La délégation imparfaite n'existe plus (on parle dorénavant de délégation tout court), et il en va de même pour la délégation parfaite, dont l'unique appellation retenue par le *Code civil du Québec* est la novation par changement de débiteur.

L'utilité de ces distinctions n'est pas seulement d'avoir un intérêt de nature terminologique. En refusant de distinguer clairement la novation de la délégation, telles qu'elles ont

7 OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec. Commentaires*, volume II, tome 2, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 665-666.

8 Alors que l'article 229 du projet de l'Office de révision du Code civil mentionnait que « [l]e créancier qui accepte la délégation conserve ses droits contre le débiteur délégant, à moins qu'il n'y ait novation », l'article 1668 C.c.Q. se termine par les mots « à moins qu'il ne soit évident que le créancier entend *décharger* ce débiteur ». Selon nous, ce changement dépasse le stade de la simple terminologie et l'on peut aujourd'hui concevoir que le débiteur original soit libéré vis-à-vis le créancier, *sans que l'obligation elle-même ne soit éteinte*.

LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS  
MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE  
DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

été définies par les textes législatifs en vigueur, on entretient la confusion entre ces deux mécanismes. Il ne faut, dès lors, pas être surpris que la novation soit plaidée dans des cas qui tombent nettement dans le champ de la délégation.

L'arrêt *Mackay*<sup>9</sup> représente un bon exemple de cette situation. Dans un contexte où « [l]a novation ne se présume pas; l'intention de l'opérer doit être évidente » (art. 1661 C.c.Q.), on se demande comment elle a pu être décelée par le juge de première instance à partir des faits suivants :

- L'article 3 du contrat de prêt original mentionnait explicitement que « l'emprunteur continuera d'être lié envers le prêteur » en cas de revente de l'immeuble;
- Le prêteur n'a même pas été averti de la vente de l'immeuble et n'a donc pas pu vouloir opérer novation;
- Le prêteur a d'abord tenté d'obtenir satisfaction du nouveau débiteur avant de se tourner rapidement vers son emprunteur original, ce qui est tout à fait conforme au mécanisme de la délégation.

Ces motifs sont à eux seuls suffisants pour justifier la décision de la Cour d'appel qui a refusé de voir, en l'espèce, un cas de novation. On ajoutera à cela que le fait pour le prêteur de ne pas avoir averti M. Mackay du renouvellement du prêt hypothécaire avec M. Leone ne saurait établir en soi une intention évidente de novover. N'était-il pas logique et prévisible qu'un prêt dont le solde dépassait 100 000 \$ lors de la vente de l'immeuble soit renégoциé lors de l'arrivée de son terme, un an plus tard ? N'est-il pas de jurisprudence constante qu'un changement portant sur des modalités ou des garanties n'emporte pas à lui seul novation<sup>10</sup> ?

9 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).  
10 *Stoneview c. Agnès S.B. Peters*, [1976] C.S. 1117 (résumé); *Rossi c. Ciale*, [1979] C.S. 1109, 1111; *Banque Nationale du Canada c. Gendreau*, J.E. 86-695 (C.A.), juge Jacques, 4-5; *Hénault & Gosselin c. Turcotte*, [1989] R.D.I. 774 (C.S.), 779; *Euromoda de Bertolini inc. (Syndic de)*, J.E. 94-1176 (C.S.), 24-25; *Caisse populaire de St-Vincent Marie c. Société d'investissement Lemar inc.*, [1996] R.L. 577-580 (C.S.).



Lorsqu'on examine la situation de façon globale, on ne manque pas d'être frappé par l'existence d'un curieux paradoxe : La novation par changement de débiteur, inventée dans le but de favoriser la circulation des personnes et des capitaux, est aujourd'hui utilisée dans un but inverse. En reconnaissant de façon trop laxiste des hypothèses de novation, n'incite-t-on pas les institutions financières à refuser de traiter avec un nouveau débiteur, en exigeant le remboursement intégral du prêt lors de la vente de l'immeuble hypothéqué ? Pourtant, la qualification de délégation accolée à la vente d'un immeuble avec prise en charge de prêt hypothécaire ne profite pas seulement au créancier. Chacune des parties impliquées est, en effet, susceptible d'y trouver des avantages : le créancier délégataire, évidemment, qui y voit une forme de sûreté (il a dorénavant deux débiteurs au lieu d'un seul); le vendeur délégant, qui évite le paiement d'une pénalité en étant forcé de rembourser son prêt par anticipation; et l'acquéreur délégué, qui pourra, par exemple, profiter des conditions plus avantageuses du prêt existant en période de hausse des taux d'intérêt.

Une question demeure non résolue : Qu'en est-il de la responsabilité du vendeur (le délégant) en présence d'une majoration du taux d'intérêt lors du renouvellement du prêt entre le prêteur et l'acheteur de l'immeuble ? Dans l'affaire *Mackay*<sup>11</sup>, la question ne se posait pas puisque les renouvellements du prêt avaient été consentis à des conditions plus avantageuses pour l'emprunteur. Dans l'hypothèse inverse (renouvellement à un taux d'intérêt supérieur), nous appuyons les décisions ayant jugé que le délégant demeure obligé selon les modalités de son contrat d'origine et « ne peut être tenu responsable des nouvelles obligations concernant le taux d'intérêt prévu dans le renouvellement d'hypothèque<sup>12</sup> ». Si le prêteur désire que son débiteur original soit lié par cette modification du contrat, il doit l'en informer et obtenir sa signature. On touche ici à la question de l'obligation de renseignement que nous allons maintenant voir à travers le prisme de la théorie des fins de non-recevoir.

11 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).

12 *Société Canada Trust c. 169528 Canada inc.*, C.S. Mtl n° 500-05-014784-902, 23 avril 1991, appliquée dans *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Immeubles Mille-îles inc.*, [1992] R.D.I. 110-112 (C.S.), décision elle-même suivie dans *2151-9186 Québec inc. c. Delwasse*, J.E. 97-1330 (C.S.).

LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS  
MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE  
DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

### La théorie des fins de non-recevoir

La théorie des fins de non-recevoir trouve essentiellement son fondement dans la jurisprudence. Le *Code civil du Québec* en fait une unique mention à l'article 2921, en indiquant que « [l]a prescription extinctive est un moyen [...] d'opposer une fin de non-recevoir à une action ». Pour le reste, il faut analyser la jurisprudence afin d'en découvrir les contours. On peut retracer des exemples anciens ayant appliqué cette théorie qui a parfois été confondue avec l'*estoppel* des juridictions de common law<sup>13</sup>. Son application la plus célèbre réside, toutefois, dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*<sup>14</sup>, dans laquelle la banque avait « omis » d'avertir les héritières de la caution décédée de l'existence d'un cautionnement continu ainsi que de son consentement à de nouvelles avances au débiteur après le décès de la caution. Le juge Beetz indiquait alors que « [l]'un des fondements juridiques possibles d'une fin de non-recevoir est le comportement fautif de la partie contre qui la fin de non-recevoir est invoquée<sup>15</sup> ».

Le *Code civil du Québec*, dont l'œuvre de consolidation de la jurisprudence est unanimement reconnue et dans lequel on trouve des influences très nettes de cette affaire *Soucisse*<sup>16</sup>, ne dit pas un mot de cette théorie des fins de non-recevoir telle qu'elle a été comprise par le juge Beetz. On peut, bien sûr, mentionner des dispositions dont la portée se rapproche de cette théorie, notamment l'article 7 C.c.Q. qui édicte qu'« [a]ucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou

13 *Gabias c. Mainville*, (1922) 33 B.R. 32, 36 (inscription en faux refusée à l'encontre d'un acte de prêt hypothécaire, en raison de la conduite répréhensible de l'emprunteur mentionné à l'acte).

14 *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

15 *Id.*, p. 362.

16 Notamment à l'article 2361 C.c.Q., qui édicte que « [l]e décès de la caution met fin au cautionnement ». Cet article, absent du *Code civil du Bas-Canada*, aurait permis de régler le litige dans l'affaire *Soucisse* sans avoir à recourir à la théorie des fins de non-recevoir (les héritières de la caution n'auraient été tenues que des dettes *existantes* au moment du décès de la caution, art. 2364 C.c.Q.).

d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi » et, surtout, l'article 1375 C.c.Q. qui prévoit que « [l]a bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son *exécution* ou de son extinction » (nos italiques). Le point commun entre ces deux dispositions est l'exigence d'une conduite empreinte de bonne foi, sans aucune mention de la théorie des fins de non-recevoir. Or, la bonne foi se présume toujours (art. 2805 C.c.Q.), et le fardeau de la preuve repose alors clairement sur le débiteur, qui ne peut se contenter d'alléguer la mauvaise foi de son créancier sans apporter des éléments de preuve tangibles. En pratique, le débiteur poursuivi invoquera un manquement à l'obligation d'information ou de renseignement qui pèse sur le créancier, dans un contexte où la Cour suprême a reconnu qu'il était « possible d'esquisser une théorie *globale* de l'obligation de renseignement, qui reposerait sur l'obligation de *bonne foi* dans le domaine contractuel<sup>17</sup> ».

Revenons donc à l'affaire *Soucisse*<sup>18</sup>, qui est systématiquement invoquée dans les décisions ayant recours à la théorie des fins de non-recevoir. Le juge Beetz avait rejeté l'action de la banque en ces termes :

« Parce que la *Banque* a été fautive en ne révélant pas l'existence des lettres de cautionnement aux héritières de la caution et en les empêchant par là de les révoquer, la *Banque* est à mon avis irrecevable à soutenir que c'est sur la foi de ces lettres qu'elle a consenti de nouvelles avances aux débiteurs. Son action contre les héritières de la caution est aussi irrecevable car nul ne doit tirer avantage de sa propre faute ni surtout demander le secours des tribunaux pour y arriver<sup>19</sup>. »

C'est ici qu'apparaît l'utilité de l'arrêt *Mackay*<sup>20</sup> en Cour d'appel, lorsqu'on compare les faits de cette affaire avec l'arrêt *Soucisse*<sup>21</sup>. Dans *Mackay*<sup>22</sup>, il ne s'agissait pas d'un défendeur

17 *Banque de Montréal c. Bail ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 586 (nos italiques).

18 *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

19 *Id.*, [1981] 2 R.C.S. 330-358.

20 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).

21 *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

22 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).

LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS  
MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE  
DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

qui ignorait l'existence de son obligation comme cela était le cas pour les héritières dans l'affaire *Soucisse*<sup>23</sup>. Signataire du contrat de prêt original, M. Mackay se savait lié à la banque. De plus, le texte explicite de l'article 3 du contrat, cité en partie I du présent texte, ne laissait aucun doute sur la survivance de ce lien d'obligation en cas de revente de l'immeuble. Un texte moins explicite, utilisant, par exemple, des termes techniques difficilement compréhensibles par le profane, aurait pu entraîner l'application de l'article 1436 C.c.Q. qui prévoit qu'une clause « incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle », si la partie qui a signé un contrat d'adhésion « en souffre préjudice ». Manifestement, les termes « l'emprunteur continuera d'être lié envers le prêteur » employés dans le contrat en l'espèce ne peuvent donner ouverture à un tel moyen de défense.

À partir de là, peut-on reprocher à la banque de ne pas avoir informé M. Mackay qu'il demeurerait obligé envers elle, malgré la revente de l'immeuble hypothéqué ? Comme le souligne, à juste titre, le juge Baudouin, « l'obligation de renseignement du créancier a pour contrepartie celle, à la charge du débiteur de se renseigner<sup>24</sup> ». Au surplus, comment la banque pouvait-elle remplir son obligation de renseignement dans un contexte où M. Mackay ne l'avait même pas prévenue de la vente conclue avec M. Leone ? La décision de la Cour d'appel renversant le jugement de première instance nous semble donc tout à fait juste.

Pour dire le fond de notre pensée, la théorie des fins de non-recevoir est, à l'heure actuelle, appliquée dans des hypothèses où il existe déjà des mécanismes de défense moins aléatoires. On remarquera que, dans plusieurs affaires qui ont donné lieu à l'application de cette théorie, le délai écoulé entre le défaut du nouveau propriétaire et la réclamation du solde à

23 *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1081] 2 R.C.S. 339.

24 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365, paragr. 33, 370 (C.A.).

l'ancien était de plusieurs années<sup>25</sup>. Il est tout à fait normal que le temps écoulé ait alors eu une influence sur les juges qui y ont vu quelque chose de choquant pour l'ancien propriétaire, celui-ci n'ayant plus aucun contact avec l'institution financière. N'y aurait-il pas une façon plus sûre de régler ce genre de dossier ? Nous le croyons.

Comme nous l'avons établi dans la section précédente, la vente d'un immeuble avec prise en charge, par l'acquéreur, du prêt hypothécaire existant constitue un cas d'application du mécanisme de la délégation (art. 1668 C.c.Q.). Or, la nature de l'obligation qui unit l'ancien et le nouveau propriétaire au prêteur hypothécaire est claire : il s'agit d'une obligation *in solidum*<sup>26</sup>. L'obligation *in solidum*, rappelons-le, possède le même effet principal que la solidarité (chacun des codébiteurs est tenu à toute la dette envers le créancier), mais sans « les autres effets spéciaux de la solidarité », pour reprendre les termes du juge Pigeon dans l'affaire *Proulx*<sup>27</sup>. Cette qualification est fort utile lorsque le créancier tarde trop à exiger le paiement de son débiteur original, en raison de l'application des règles de la prescription. En effet, le délai de trois ans dont il dispose pour exercer ce droit personnel contre le délégant (art. 2925 C.c.Q.) commence à courir du « jour où le droit d'action a pris naissance », en vertu du second alinéa de l'article 2880 C.c.Q. En l'espèce, ce jour est évidemment celui où le débiteur délégué (l'acheteur) fait défaut de remplir ses obligations. À partir de ce moment, l'action en justice intentée contre le délégué (art. 2892 C.c.Q.) ou encore la reconnaissance du droit du créancier signée par ce dernier (art. 2898 C.c.Q., par exemple, en renouvelant le prêt hypothécaire

25 Ces affaires, pour la plupart citées en note 2, sont répertoriées par le juge Baudouin dans la cause *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365-371 (C.A.) au paragraphe 42 de son jugement. Le délai variait alors entre trois et six ans.

26 *Proulx c. Leblanc*, [1969] R.C.S. 765-770. Il ne peut s'agir d'un cas de solidarité car la solidarité légale nécessite l'existence d'un texte exprès.

27 *Id.* Ces « effets spéciaux » comprennent l'effet de la mise en demeure (art. 1599 C.c.Q.) et de l'interruption de prescription (art. 2900) vis-à-vis les autres codébiteurs, qui ne valent qu'en matière d'obligation solidaire.

LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS  
MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE  
DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

à des conditions différentes) interrompent bel et bien la prescription, *mais seulement à l'encontre de ce débiteur et non à l'égard du délégant*, qui n'est pas visé par ces actes interruptifs<sup>28</sup>.

Procédons avec un exemple concret. En juillet 2000, M. X achète l'immeuble de M. Y, et les parties conviennent qu'il assumera l'hypothèque existante. M. X fait défaut d'effectuer ses versements hypothécaires à partir de juillet 2001. Le créancier hypothécaire (délégataire) dispose alors de trois ans pour intenter ses recours contre M. X, le débiteur délégué<sup>29</sup>. Le même délai, avec le même point de départ, s'applique à son recours contre son débiteur original (délégant) et il sera donc prescrit en juillet 2004. Dans l'intervalle, l'exercice de son recours hypothécaire ou la signature d'une reconnaissance de dette de la part du délégué ne peuvent entraîner une interruption du cours de la prescription à l'égard du délégant, pas plus que l'envoi d'une mise en demeure, fut-elle notariée. L'application de ces règles claires et précises nous paraît préférable au recours à la théorie des fins de non-recevoir, dont les contours beaucoup plus flous risquent de constituer des nids de procès dont le sort est imprévisible. Elles ont l'avantage de ne pas maintenir de lien entre le délégataire (le prêteur) et le délégant (le vendeur) pendant une période de temps indéfinie : *Dès le premier défaut du délégué (l'acheteur), la prescription court contre le délégataire à l'égard du délégant et aucun des actes posés par ou à l'encontre du délégué ne peut*

28 L'article 2900 C.c.Q. édicte que «[l']interruption à l'égard de l'un des créanciers ou des débiteurs d'une obligation *solidaire* ou *indivisible* produit ses effets à l'égard des autres» (nos italiques). À défaut d'un texte explicite visant les codébiteurs d'une obligation *in solidum*, la règle d'interruption de la prescription ne peut donc jouer. C'est cette absence d'effet interruptif vis-à-vis le délégant qui n'a pas été aperçue par la jurisprudence, notamment dans l'affaire *Caisse populaire Jean-Talon c. Pierre-Paul*, [1999] R.D.I. 435, paragr. 38-41, (C.S.). (le juge parle de «l'effet de la solidarité» pour justifier l'interruption de la prescription résultant des «avis de renouvellement» du prêt envoyés au délégué).

29 C.c.Q., art. 2925. Cela comprend autant son recours personnel que son recours hypothécaire, puisque l'hypothèque est ici un droit réel *accessoire* auquel on ne peut appliquer le délai de 10 ans de l'article 2923 C.c.Q., qui ne vise que les droits réels immobiliers *principaux* tels l'usufruit et l'emphytéose (cf. art. 1119 C.c.Q.).

*alors venir interrompre cette prescription.* Ainsi, dans notre exemple mentionné ci-dessus, la prescription courait en faveur de M. Y (le délégant) dès juillet 2001, et le fait que M. X (le délégué) reprenne ses versements quelques mois plus tard était sans aucune incidence pour M. Y<sup>30</sup>.

On nous rétorquera, avec raison, que la solution proposée ne règle pas tous les problèmes. Ainsi, dans l'hypothèse où le défaut du débiteur délégué survient plusieurs années après la vente de l'immeuble, le vendeur délégant est susceptible d'être poursuivi une décennie après la transaction, alors qu'il a complètement oublié les conséquences de ce transfert d'hypothèque. Toutefois, l'existence d'une longue période sans défaut de paiement du délégué implique une baisse correspondante du solde hypothécaire; le poids (financier) de l'épée de Damoclès qui demeure au-dessus du délégant ira donc, logiquement, en s'amenuisant avec les années. De plus, le délégant bénéficie de la protection accordée au débiteur hypothécaire lorsque le produit de la vente résultant du recours hypothécaire du prêteur est inférieur à la valeur marchande de l'immeuble (art. 1695 C.c.Q.). Il importe alors peu que le délégué ait oublié de soulever ce moyen, l'article 1698 C.c.Q. prévoyant que « [l]a libération du débiteur principal entraîne la libération de ses cautions *et de ses autres garants, qui peuvent exercer les mêmes droits* que le débiteur principal, même indépendamment de lui » (nos italiques).

Le domaine d'application de la théorie des fins de non-recevoir pourrait ainsi être circonscrit à la période de trois ans dont dispose le créancier hypothécaire, après le défaut du délégué, pour exercer son recours contre le délégant. A-t-il fait preuve de négligence en laissant traîner les choses, alors que le marché immobilier était favorable et qu'une vente en justice exercée avec diligence lui aurait permis de recouvrer substantiellement sa créance ? A-t-il agi sciemment en retardant l'exercice de son recours contre un débiteur dont la solvabilité n'était pas mise en doute, afin de laisser courir les intérêts ?

30 Il ne faut pas confondre cette date (juillet 2001) avec celle où le prêt original vient à échéance et devient ainsi exigible puisque dans ce dernier cas, le délégué n'est pas encore en défaut mais doit simplement renégocier le prêt en question avec le prêteur, à moins qu'il ne préfère trouver un nouveau prêteur en utilisant le mécanisme de la subrogation consentie par le débiteur (art. 1655 C.c.Q.).

LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS  
MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE  
DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

Voilà des exemples d'une conduite que l'on pourrait juger fautive et qui constitue « [l]'un des fondements juridiques possibles d'une fin de non-recevoir », pour reprendre les termes du juge Beetz rapportés ci-dessus. En dehors de ces hypothèses, il faudrait éviter de reconnaître que le seul écoulement de une ou de deux années entraîne le rejet de l'action; après tout, les règles relatives à la prescription sont là pour marquer ce que le législateur considère comme raisonnable dans une optique de conservation de ces droits.

**CONCLUSION**

Les emprunteurs hypothécaires bénéficient d'un capital de sympathie beaucoup plus élevé que ceux qui leur fournissent des fonds, surtout lorsqu'il s'agit de l'acquisition d'une résidence. Que le droit cherche à les protéger face à des prêteurs trop gourmands, notamment par l'édiction de mesures propres aux clauses abusives ou incompréhensibles insérées dans ces contrats d'adhésion (art. 1436-1437 C.c.Q.), cela est, certes, une bonne chose. Il faut, cependant, éviter que d'autres mécanismes du droit civil ne servent d'échappatoires à des débiteurs qui n'ont pas la curiosité minimale de s'intéresser aux conséquences de leurs opérations financières les plus importantes. La novation et la théorie des fins de non-recevoir font trop souvent partie de ces mécanismes que l'on cherche à détourner de leur sens.

La novation est l'une de ces opérations dangereuses pour le créancier, pour laquelle le législateur exige, en conséquence, plus que de simples présomptions pour en fonder l'existence. La vente avec prise en charge de prêt hypothécaire est une situation où, dans la grande majorité des cas, le créancier hypothécaire n'entend nullement libérer son débiteur original pour lui en substituer un autre qu'il connaît peu. C'est pourquoi cette situation correspond généralement à une opération appelée *délégation*, dans laquelle le créancier conserve tous ses droits envers le vendeur de l'immeuble. La Cour d'appel dans l'affaire *Mackay*<sup>31</sup> a le mérite de rappeler

31 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365, (C.A.).



que « [l]a novation ne se présume pas; l'intention de l'opérer doit être évidente » (art. 1661 C.c.Q.). En condamnant des décisions qui « ont été sensiblement moins exigeantes dans la preuve requise et ont peut-être eu tendance à trouver des intentions de nover là où il n'y en avait pas vraiment<sup>32</sup> », le juge Baudouin remet les pendules à l'heure. Cela devrait contribuer à réduire le nombre de dossiers dans lesquels la novation est plaidée à tort et à travers. Cela devrait également contribuer à généraliser l'insertion au contrat de prêt d'une clause claire et facilement compréhensible par l'emprunteur original, en ce qui concerne ses obligations futures en cas de revente de l'immeuble. L'existence d'une telle clause dans l'affaire *Mackay*<sup>33</sup> a joué un rôle non négligeable dans la victoire de l'institution financière.

Les commentaires du juge Baudouin sur la portée de la théorie des fins de non-recevoir vont également dans le sens d'une utilisation plus mesurée. Personnellement, nous aurions même souhaité qu'il aille plus loin en dénonçant son emploi à titre d'image de substitution par rapport à des institutions de droit civil aux contours plus précis. Une application correcte des règles relatives à la prescription permettrait, à notre avis, de régler plusieurs cas dans lesquels la conduite du créancier semble moins acceptable, sans être obligé de recourir à une notion qui, à défaut d'un support législatif qui lui soit explicitement consacré, laisse beaucoup trop de latitude aux tribunaux.

Le présent texte avait été complété lorsque la Cour d'appel avait rendu un autre jugement sur la question. Dans l'arrêt *Salvatore L. Briquetteur inc.*<sup>34</sup>, la Cour a jugé que le vendeur d'un immeuble avait été libéré de toute obligation relative au solde hypothécaire existant au moment de la vente. Est-ce à dire que l'autorité de l'arrêt *Mackay*<sup>35</sup>, par ailleurs discutée par les trois juges ayant remis des motifs écrits, en ressort affaiblie ?

32 *Id.*, [2002] R.J.Q. 365, paragr. 25, 369 (C.A.).

33 *Id.*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).

34 *Salvatore L. Briquetteur inc. c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 2002-1486 (C.A.), juges Robert, Rousseau-Houle et Morin.

35 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).

LE POINT SUR DEUX MÉCANISMES AUX CONTOURS  
MAL DÉFINIS : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE  
DÉBITEUR ET LA THÉORIE DES FINS DE NON-RECEVOIR

Nous ne le croyons pas. D'une part, l'un des motifs déterminants du jugement *Salvatore*<sup>36</sup> résulte d'une conversation téléphonique entre le vendeur et un représentant de la banque, au cours de laquelle ce dernier aurait confirmé au vendeur que le versement du 1<sup>er</sup> juillet 1992 constituait son « dernier paiement », un « nouveau prêt recommanç[ant] » le mois suivant avec l'acheteur de son immeuble<sup>37</sup>. D'autre part, le jugement comporte une forte dissidence du juge Morin, et l'analyse de la transcription des témoignages permet de jeter un doute sérieux sur l'évidence de l'intention de nover en l'espèce<sup>38</sup>. Bref, nous croyons que les mises en garde du juge Baudouin dans l'arrêt *Mackay*<sup>39</sup> n'ont rien perdu de leur portée.

36 *Salvatore L. Briqueteur inc. c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 2002-1486 (C.A.).

37 *Id.*, paragr. 49-50 (juge Robert). Voir également le paragraphe 72 (juge Rousseau-Houle).

38 *Id.* Voir notamment les paragraphes 79 à 90 des motifs du juge Rousseau-Houle.

39 *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).