

SÛRETÉS

Marc BOUDREAULT

Volume 111, numéro 1, mars 2009

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1044907ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1044907ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BOUDREAULT, M. (2009). SÛRETÉS. *Revue du notariat*, 111(1), 139–174.
<https://doi.org/10.7202/1044907ar>

SÛRETÉS

Marc BOUDREAU*

INTRODUCTION	141
1. BIENS INSAISSABLES	141
1.1 Stipulation conventionnelle d'insaisissabilité	141
1.2 Biens de l'État et des personnes morales de droit public	151
2. HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES	155
2.1 Conséquences découlant d'une hypothèque garantissant les obligations présentes et futures du débiteur	155
2.2 Exigence d'un acte notarié et d'un fondé de pouvoir pour une hypothèque garantissant des titres d'emprunt	166
3. EXERCICE DES DROITS HYPOTHÉCAIRES	168
3.1 Préavis préalable à un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire requis en vertu de l'article 21 de la <i>Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole</i>	168

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

3.2 Signification d'un préavis ou d'une requête
en délaissement forcé au conjoint du débiteur. . . . 170

CONCLUSION 173

INTRODUCTION

Parmi tous les jugements rendus en 2008 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 donc 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 trois thèmes, soit les biens insaisissables, les hypothèques conventionnelles 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.

1. BIENS INSAISSABLES

1.1 Stipulation conventionnelle d'insaisissabilité

Un bien insaisissable ne peut faire l'objet ni d'une saisie¹, ni d'une hypothèque². La saisissabilité des biens est la règle et l'insaisissabilité, l'exception³. L'insaisissabilité peut être légale ou conventionnelle. De façon conventionnelle, l'insaisissabilité peut d'abord résulter d'une simple clause prévoyant que les biens sont donnés ou légués « à titre d'aliments ». Cette exception, prévue à l'article 553, al. 1(4) C.p.c., ne requiert pas de stipulation expresse d'insaisissabilité, ni le respect des conditions de l'article 2649 C.c.Q., à l'exception d'un acte à titre gratuit puisque les biens doivent être « donnés

1. C.c.Q., art. 2645.

2. C.c.Q., art. 2668.

3. *Caisse populaire de Lévis c. Maranda*, [1950] B.R. 249 ; *Metacad 2000 inc. c. Lamb Canada*, [2004] R.J.Q. 1099 (C.A.).

ou légues » à titre d'aliments, ni l'exigence d'une publication⁴. Les biens qui peuvent ainsi bénéficier de cette insaisissabilité sont par contre assez limités.

Comme le signale un jugement récent de la Cour supérieure, *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Doyon*⁵, cette exception ne s'applique qu'aux biens nécessaires à la subsistance d'une personne :

Par exemple, une somme léguée pour payer un loyer, la nourriture, des vêtements bénéficient de la protection prévue à 553(4) C.p.c.⁶

La jurisprudence hésitant à étendre la portée de cette insaisissabilité aux immeubles⁷, le juge restreint également l'étendue de cette exception en concluant que la maison « ne peut être légué à titre d'aliments selon l'article 553(4) car il s'agit d'un immeuble »⁸. À notre avis, le libellé de l'article 553 al. 1(4) C.p.c. paraît également favoriser une telle interprétation puisqu'on y parle de « sommes » données ou léguées à titre d'aliments. Si on peut admettre, par extension, que le legs ou la donation puisse avoir pour objet des biens meubles autres qu'une somme d'argent, il paraît plus difficile d'étendre la portée de cette exception à des biens immobiliers.

Ces biens demeurent par ailleurs saisissables, jusqu'à concurrence de 50 %, par les créanciers alimentaires mentionnés au dernier alinéa de l'article 553 C.p.c. Peuvent-ils aussi être saisis par des créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs, avec la permission du juge et pour la portion que ce dernier déterminera ? Comme le dernier alinéa de l'article 553 C.p.c. ne réfère pas à cette possibilité énoncée à l'article 553, al. 1(3) C.p.c., la question se

4. La condition de publication prévue aux articles 1215 et 2649 C.c.Q. ne s'applique qu'aux stipulations d'inaliénabilité et d'insaisissabilité. Comme le législateur distingue, à l'article 553 C.p.c., entre les biens donnés ou légués sous condition d'insaisissabilité et les biens donnés ou légués à titre d'aliments et comme l'article 2938 C.c.Q. n'admet la publication en matière mobilière que dans les cas où la loi prescrit ou autorise expressément une publication, il faut donc conclure que l'insaisissabilité découlant d'un legs ou d'une donation à titre d'aliments peut être opposée aux tiers sans qu'aucune publication ne soit requise.

5. J.E. 2008-761, [2008] R.J.Q. 1018 (C.S.).

6. *Ibid.*, par. 79. Voir aussi *Simpson Sears Ltée c. Gervais-Lamy*, [1982] C.P. 354.

7. Voir *Caisse populaire de Lévis c. Maranda*, [1950] B.R. 249, p. 266-267 ; *Simpson Sears Ltée c. Gervais-Lamy*, [1982] C.P. 354 et *In re Gauthier : Huard & Gauthier*, [1976] C.S. 86, p. 88.

8. J.E. 2008-761, [2008] R.J.Q. 1018 (C.S.), par. 81 et 93.

révèle intéressante. Le juge décide d'admettre une telle saisie⁹ tout en notant qu'en l'espèce le legs conférerait aux biens légués à titre d'aliments un caractère relatif, et non pas absolu, puisqu'il y était stipulé que les légataires pouvaient renoncer à une telle insaisissabilité. Cette possibilité de renoncer à l'insaisissabilité devrait d'ailleurs être admise, même en l'absence de toute mention à cet égard, puisqu'on présume généralement que la stipulation est faite dans l'intérêt de ce dernier¹⁰. Le bénéficiaire pourrait donc renoncer expressément ou tacitement¹¹ à l'insaisissabilité.

De façon conventionnelle, l'insaisissabilité peut aussi résulter soit d'une clause d'inaliénabilité, laquelle entraîne l'insaisissabilité¹², soit d'une clause d'insaisissabilité. Contrairement aux legs ou aux donations à titre d'aliments, on ne retrouve ici aucune limitation quant aux biens qui peuvent bénéficier de l'insaisissabilité. Par contre, depuis 1994, les articles 1212, 1214 et 2649 C.c.Q. soumettent de telles clauses à certaines conditions de validité et d'opposabilité. Elles doivent 1) être prévues dans un acte à titre gratuit ; 2) être temporaires ; 3) justifiées par un intérêt sérieux et légitime et 4) publiées au registre approprié pour fins d'opposabilité aux tiers.

La première condition n'est pas nouvelle¹³. La stipulation doit être faite dans un acte à titre gratuit, c'est-à-dire un testament ou une donation. Qu'en est-il d'une donation rémunératoire ou avec

9. *Ibid.*, par. 82 à 85. Voir, au même effet, *Banque Royale du Canada c. Brault*, [1988] R.J.Q. 1834 (C.S.) ; *In re Gauthier : Huard et Gauthier*, [1976] C.S. 86 ; Charles BELLEAU, « Exécution des jugements », dans Denis FERLAND et Benoît EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 105, p. 171. Pour une opinion plus restrictive, voir cependant *In re Boucher et Bellavance*, [1983] C.S. 1104 ; Roger COMTOIS, R.D. – *Libéralités – Doctrine – Document 1*, décembre 1988, par. 94a-94d ; Geneviève GUÉRIN, « L'insaisissabilité des biens légués à titre d'aliments ? », (1988-1989) 91 R. du N. 717.

10. *Caisse populaire de Lévis c. Maranda*, [1950] B.R. 249.

11. Tel est le cas si le bénéficiaire accorde une sûreté conventionnelle sur le bien reçu sous condition d'insaisissabilité. Une telle renonciation tacite ne profite cependant qu'au créancier bénéficiant de cette sûreté conventionnelle et elle ne vaut que jusqu'à concurrence du montant garanti par cette sûreté : *Caisse populaire de Lévis c. Maranda*, [1950] B.R. 249 ; *In re Dupuis : Bourassa c. Dupuis*, [1975] C.A. 409.

12. C.c.Q., art. 1215.

13. C.c.B.C., art. 970. Sur l'interprétation de cette condition, voir *Clermont c. Latour*, (1930) 68 C.S. 430 ; *B.S.R.B. c. Bernard*, [2002] R.D.I. 609 (C.Q.) ; *Ouellet (Syndic de)*, [2003] R.D.I. 55 (C.S.).

charge ? Dans le jugement susmentionné¹⁴, la Cour supérieure rappelle qu'une donation ne perd pas systématiquement son caractère de gratuité parce qu'elle comporte certaines charges ou, comme les tribunaux l'ont déjà souligné¹⁵, une composante rémunératoire. Il faut plutôt évaluer le coût de ces charges ou le montant de la rémunération par rapport à la valeur du bien donné. Si ce coût ou ce montant est inférieur à la valeur du bien, la donation conserve son caractère de gratuité et la condition prévue à l'article 2649 C.c.Q. est respectée¹⁶.

Les deux conditions suivantes, soit le caractère temporaire et l'intérêt sérieux et légitime, sont de droit nouveau et s'inspirent du droit français¹⁷. Ces deux conditions ont encore été peu interprétées par les tribunaux québécois. En droit français, on considère qu'une clause d'insaisissabilité prévue pour la vie du gratifié ne peut être considérée comme temporaire. On exige que le gratifié puisse tôt ou tard recouvrer la liberté de disposer du bien donné ou légué¹⁸. Par contre, une clause établie pour la vie du donateur est jugée valable¹⁹. Adoptant une position plus nuancée, une auteure québécoise soutient que le tribunal devrait conserver le droit de « décider du caractère temporaire de cette clause en considérant l'âge du

14. *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Doyon*, J.E. 2008-761, [2008] R.J.Q. 1018 (C.S.).

15. *Ouellet (Syndic de)*, [2003] R.D.I. 55 (C.S.) ; *Deneault c. Deneault*, [1997] R.D.I. 602 (C.S.) ; *Messier c. Béique*, [1929] R.C.S. 19.

16. *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Doyon*, J.E. 2008-761, [2008] R.J.Q. 1018 (C.S.), par. 28 et 40. Voir également, au même effet, les jugements mentionnés à la note précédente.

17. Code civil français, art. 900-1 dont le premier alinéa se lit comme suit : « Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige ».

18. Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 2^e éd., Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2005, n^o 27, p. 31. Pour une opinion à l'effet contraire, voir Roger COMTOIS, « Jurisprudence. La stipulation d'insaisissabilité doit être temporaire et justifiée », (1995-96) 98 R. du N. 262, 265. Voir également *Arsenault et Marchessault*, [2000] R.D.I. 99 (C.S.) où une prohibition d'acquérir et d'occuper les immeubles faisant partie de la succession a été jugée temporaire même si elle s'étendait non seulement aux membres de la famille, mais aussi aux petits-enfants.

19. Voir Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, n^o 41, p. 20 et, en ce sens, *Ouellet (Syndic de)*, [2003] R.D.I. 55 (C.S.), par. 10.

donateur et celui du donataire, ainsi que la nature des intérêts sérieux et légitimes qui peuvent justifier la clause »²⁰.

En l'absence de toute indication à l'acte ou de preuve additionnelle démontrant que ces nouvelles exigences ont été respectées, les tribunaux québécois font cependant preuve de rigueur. Ils invalident toute clause qui se limite à prévoir l'insaisissabilité ou l'inaliénabilité de certains biens sans plus de précision²¹, d'où l'intérêt en pratique de toujours motiver de telles stipulations en des termes suffisamment exprès pour que le juge puisse en apprécier la conformité²². Il a de plus été jugé que la seule intention d'avantager le bénéficiaire d'une stipulation d'insaisissabilité ne constitue pas un intérêt suffisant au sens de l'article 2649 C.c.Q.²³. Par contre, l'intention de conserver le bien dans la famille ou de protéger un droit d'usage ou d'usufruit a été considéré comme un motif sérieux et légitime²⁴. Aux termes du jugement précité, il a aussi été décidé qu'une stipulation d'insaisissabilité d'une durée de trente ans, stipulée dans le contexte d'une substitution, respecte les conditions de l'article 2649 C.c.Q.²⁵. En raison du caractère exceptionnel d'une telle clause, le même jugement conclut que les biens acquis en remploi demeurent saisissables²⁶.

20. Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 2^e éd., Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2005, n^o 28, p. 32.

21. *Cardone c. Iammatteo*, J.E. 2002-245 (C.S.) ; *Scott (Syndic de)*, J.E. 2005-1803 (C.S.) ; *Ordre des comptables agréés du Québec c. Gagnon*, [2006] R.D.I. 21 (C.S.).

22. John E.C. BRIERLEY, « Substitutions, stipulations d'inaliénabilité, fiducies et fondations », (1988) 3 *C.P. du N.* 243, n^{os} 25-28, 262-263.

23. *Cardone c. Iammatteo*, J.E. 2002-245 (C.S.). Dans l'affaire *Arsenault et Marchessault*, [2000] R.D.I. 99 (C.S.), une clause exigeant la vente des immeubles faisant partie de la succession et interdisant aux personnes de la famille du défunt de s'en porter acquéreurs ou de les occuper a été soumise, même s'il s'agissait en fait d'une prohibition d'acquisition et d'occupation plutôt que d'une prohibition d'aliéner, aux mêmes conditions que celles prévues à l'article 1212 C.c.Q. et considérée comme justifiée par un intérêt sérieux et légitime parce que le testateur avait indiqué vouloir ainsi éviter les chicanes de famille.

24. *Ouellet (Syndic de)*, [2003] R.D.I. 55 (C.S.).

25. *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Doyon*, J.E. 2008-761, [2008] R.J.Q. 1018 (C.S.), par. 25, 26, 48 et 49.

26. J.E. 2008-761, [2008] R.J.Q. 1018 (C.S.), par. 65. Voir, en ce sens, *Poulin c. Serge Morency et Associés inc. c. Poulin*, [1999] 3 R.C.S. 351 conf. [1997] R.J.Q. 2421 (C.A.) ; *Robinovitch c. Banque de Montréal*, [1999] R.D.I. 160 (C.Q.) ; *Beauregard c. Bourgeois*, J.E. 2006-1072 (C.S.) ainsi que Jacques AUGER, « Revue sélective de jurisprudence 2006 – immobilier », (2007) 109 *R. du N.* 85, 92.

La dernière condition exige que la stipulation d'insaisissabilité ou d'inaliénabilité soit publiée au registre approprié. Une telle exigence existait déjà sous le droit antérieur en regard des clauses d'inaliénabilité²⁷. Pour les clauses d'insaisissabilité, elle est devenue formellement applicable aux immeubles à compter du 1^{er} janvier 1994 et aux meubles à compter du 17 septembre 1999²⁸. Le défaut de se conformer à cette formalité rend la clause inopposable aux tiers comme l'a encore souligné récemment la Cour d'appel²⁹.

Malgré le respect de ces conditions, les biens concernés demeurent cependant susceptibles d'être saisis à la poursuite de créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs avec la permission du juge et pour la portion que ce dernier déterminera³⁰ ou s'il s'agit d'un créancier alimentaire mentionné au dernier alinéa de l'article 553 C.p.c., suivant les conditions et les limites indiquées

27. Une telle exigence existait avant le 1^{er} janvier 1994 en vertu de l'article 981 C.c.B.C. et continue d'exister depuis en vertu de l'article 1214 C.c.Q.

28. Pour les immeubles, cette exigence est explicitement prévue, depuis le 1^{er} janvier 1994, à l'article 2649 C.c.Q. Voir *Godin c. Mayer*, [1998] R.D.I. 687 (C.Q.). Par contre, la publication des clauses d'insaisissabilité mobilière est demeurée suspendue, par l'effet combiné des articles 137 et 162 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, jusqu'au 17 septembre 1999, date à laquelle ces dispositions transitoires ont été abrogées par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5. Pour les clauses ayant pris effet antérieurement au 17 septembre 1999, l'article 24 de la Loi de 1998 prévoyait que leur inscription devait se faire avant le 17 septembre 2000 pour que ceux-ci puissent conserver leur opposabilité initiale. Voir à ce sujet Marc BOUDREAULT 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, 80.

29. *Lachance c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, J.E. 2008-1634 (C.A.) ; *Couvette c. Couvette*, J.E. 99-2334 (C.S.) ; *Cardone c. Iammatteo*, J.E. 2002-245 (C.S.).

30. C.c.Q., art. 2649 et C.p.c., art. 553, al. 1(3). Voir, à titre d'exemple, *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Alepin*, [2004] R.D.F.Q. 181 (C.Q.) et pour un cas où le tribunal a refusé que le bien ou certains biens puissent être saisis : *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Doyon*, J.E. 2008-761, [2008] R.J.Q. 1018 (C.S.) et *Ouellet (Syndic de)*, [2003] R.D.I. 55 (C.S.). Compte tenu de la réserve prévue à la fin de l'article 1215 C.c.Q., l'article 553, al. 1(3) C.p.c. nous paraît devoir s'appliquer autant aux stipulations d'inaliénabilité que d'insaisissabilité. Voir Marc BOUDREAULT, *Les sûretés*, 3^e éd., « coll. bleue », série « Répertoire de droit », Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, par. 18, note 38, p. 7. Pour une position à l'effet contraire, voir Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, n^o 40, p. 20.

à cet article³¹. Le bénéficiaire d'une telle clause peut aussi renoncer expressément ou tacitement³² à l'insaisissabilité³³.

Il va de soi que les conditions ainsi prévues à l'article 2649 C.c.Q. s'appliquent aux clauses d'insaisissabilité rédigées depuis le 1^{er} janvier 1994³⁴. Elles s'appliquent également aux clauses d'insaisissabilité prévues dans un testament rédigé avant le 1^{er} janvier 1994, si le décès survient après cette date³⁵. Mais s'appliquent-elles aussi aux clauses d'insaisissabilité ayant été stipulées dans un acte de donation antérieur à 1994 ou encore à une clause stipulée dans un testament antérieur à 1994, si la succession s'est ouverte avant cette date ?

En se fondant sur le caractère impératif de l'article 2649 C.c.Q. et sur l'article 5 L.A.R.C.C., certains jugements de première instance ont décidé que ces conditions devaient s'appliquer, depuis le 1^{er} janvier 1994, aux clauses d'insaisissabilité ayant été stipulées dans des actes de donation antérieurs à cette date³⁶. Bien que notre confrère Jacques Auger ait souligné le caractère peu convaincant de ces jugements³⁷, la Cour d'appel vient de confirmer cette interprétation dans l'affaire *Lachance c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*³⁸.

31. Même si le dernier alinéa de l'article 553 C.p.c. ne le prévoit pas, on s'entend pour reconnaître que le droit de saisie prévu par ce dernier alinéa de l'article 553 C.p.c. s'étend également aux biens mentionnés au troisième paragraphe de l'article 553 C.p.c., c'est-à-dire aux biens donnés ou légués sous condition d'insaisissabilité. Voir Charles BELLEAU, « Exécution des jugements », dans Denis FERLAND et Benoît EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 105, p. 170.

32. Tel est le cas si le bénéficiaire accorde une sûreté conventionnelle sur le bien reçu sous condition d'insaisissabilité. Une telle renonciation tacite ne profite cependant qu'au créancier bénéficiant de cette sûreté conventionnelle et elle ne vaut que jusqu'à concurrence du montant garanti par cette sûreté : *Caisse populaire de Lévis c. Maranda*, [1950] B.R. 249 ; *In re Dupuis : Bourassa c. Dupuis*, [1975] C.A. 409.

33. Tel n'est cependant pas le cas pour une stipulation d'inaliénabilité. Cette stipulation étant présumée faite en vue de protéger les intérêts du disposant, le bénéficiaire ne peut pas, à moins d'autorisation du tribunal, aliéner le bien. C.c.Q., art. 1213.

34. *Godin c. Mayer*, [1998] R.D.I. 687 (C.Q.).

35. *Scott (Syndic de)*, J.E. 2005-1803 (C.S.). Pour un jugement qui avait décidé du contraire, voir *Maziade (Syndic de)*, [1995] R.J.Q. 1894 (C.S.).

36. *Ouellet (Syndic de)*, [2003] R.D.I. 55 (C.S.) ; *Ordre des comptables agréés du Québec c. Gagnon*, [2006] R.D.I. 21 (C.S.).

37. « Revue sélective de jurisprudence 2006 – immobilier », (2007) 109 *R. du N.* 85, 87.

38. J.E. 2008-1634 (C.A.).

Il s'agissait en l'occurrence d'une stipulation d'insaisissabilité prévue dans le testament d'une personne décédée en 1985. Avec l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*³⁹, cette stipulation est devenue sujette à une inscription à compter du 17 septembre 1999. La stipulation d'insaisissabilité ayant été inscrite après une saisie des biens légués sous condition d'insaisissabilité, la Cour d'appel a conclu, avec raison sur ce point, que la clause invoquée ne pouvait être opposée au créancier saisissant.

Mais la Cour ne s'est pas arrêtée là. Elle a aussi décidé d'examiner la validité de la stipulation d'insaisissabilité. Sans le préciser, la Cour a peut-être voulu déterminer si l'inscription de cette stipulation pouvait quand même produire des effets quant aux autres biens légués sous condition d'insaisissabilité et non saisis. Après avoir cité l'article 5 L.A.R.C.C. qui prévoit que « Les stipulations d'un acte juridique antérieures à la loi nouvelle et qui sont contraires à ses dispositions impératives sont privées d'effet pour l'avenir », la Cour ajoute que :

[...] force est de constater que la stipulation d'insaisissabilité invoquée par l'appelant n'est pas compatible avec la règle impérative énoncée au premier alinéa de l'article 2649 C.c.Q., puisqu'elle ne satisfait pas aux conditions énoncées. La stipulation sera donc privée d'effet, si cette règle nouvelle lui est applicable, comme le précise la Loi d'application.⁴⁰

En faisant référence au premier alinéa de l'article 2649 C.c.Q., la Cour d'appel se penche nécessairement sur les nouvelles conditions applicables aux clauses d'insaisissabilité, puisque l'exigence de publication se retrouve au deuxième alinéa de l'article en question. Puis la Cour conclut ainsi :

La clause d'insaisissabilité stipulée dans un testament antérieur à la loi nouvelle est contraire à l'article 2649 C.c.Q., une disposition impérative. Elle est privée d'effet pour l'avenir.⁴¹

Suivant cette opinion, même si l'inscription de la stipulation avait été faite en temps utile, cette inscription n'aurait pas suffi à

39. L.Q. 1998, c. 5.

40. J.E. 2008-1634 (C.A.), par. 20.

41. *Ibid.*, par. 23.

maintenir les effets d'une stipulation d'insaisissabilité ayant valablement pris effet en 1985. Il aurait été nécessaire que la stipulation se conforme, en outre, aux nouvelles conditions imposées le 1^{er} janvier 1994. Autrement dit, si on analyse la portée de ce jugement, il aurait fallu, pour que la clause demeure valable après le 1^{er} janvier 1994, que le testateur, décédé depuis 9 ans à cette date, se conforme à des conditions qui n'existaient ni à l'époque de la rédaction du testament, ni au moment de son décès. En toute déférence pour l'opinion contraire, il y a là une logique qui nous échappe. Par l'effet combiné de l'article 5 L.A.R.C.C. et de l'article 2649 C.c.Q., on se trouve, en effet, à invalider toute clause d'insaisissabilité ayant pris effet avant 1994, à moins qu'une clause puisse, de façon fortuite, respecter de nouvelles exigences pourtant inexistantes à l'époque où celle-ci a pris effet. Et de surcroît, cette solution devrait également s'appliquer aux clauses d'inaliénabilité ayant pris effet avant 1994, puisque les mêmes exigences ont été ajoutées à l'article 1212 C.c.Q.

Une telle solution se justifierait si le législateur avait décidé en 1994 de bannir toute stipulation d'insaisissabilité ou d'inaliénabilité⁴². Mais tel n'est pas le cas. En 1994, le législateur n'a pas choisi de prohiber ce genre de clause puisque les articles 1214, 1215 et 2649 C.c.Q. reconnaissent toujours une telle possibilité. Seules les conditions d'existence et d'opposabilité de ces stipulations ont été modifiées. Avec l'interprétation proposée, les personnes qui ont valablement stipulé une condition d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité ayant pris effet avant 1994 se retrouvent pourtant les seules à voir leurs clauses être privées, à compter du 1^{er} janvier 1994, de tout effet comme si ces clauses avaient été prohibées. Celles dont la clause a pris effet ou a été stipulée après 1994 ont pu, en effet, bénéficier de la possibilité d'adapter leur stipulation aux nouvelles conditions. Mais les premières se voient pénalisées pour ne pas avoir respecté des exigences qui d'une part, n'existaient pas au moment où leur stipulation a pris effet et qui, d'autre part, seraient peut-être

42. Voir en ce sens Jacques AUGER, « Revue sélective de jurisprudence 2006 – immobilier », (2007) 109 *R. du N.* 85, 92. On peut aussi, à titre de comparaison, mentionner la clause de dation en paiement, qui même valablement stipulée dans un acte d'hypothèque avant 1994, a cessé d'avoir effet à compter du premier janvier 1994. On peut cependant noter que dans un tel cas, le législateur a non seulement pris soin d'enlever tout effet à de telles clauses, mais aussi d'indiquer les conséquences découlant de cette interdiction pour les clauses ayant été valablement stipulées par le passé. Voir à ce sujet l'article 1801 C.c.Q. et l'article 102 L.A.R.C.C.

jugées valables en vertu des nouvelles exigences, si seulement le stipulant avait pu penser à indiquer les motifs qui l'ont poussé, à l'époque, à inscrire une telle stipulation dans l'acte constitutif.

Il existe pourtant une opinion suivant laquelle l'article 5 L.A.R.C.C. ne devrait pas s'appliquer dans un cas comme celui sous étude :

Mais parfois, le législateur ne se satisfait pas de régir les effets d'un acte juridique, et va jusqu'à en dicter le contenu explicite, au moyen de règles impératives qui exigent des mentions expresses dans l'acte même. À notre avis, l'article 5 de la Loi d'application ne peut entrer en jeu dans ces cas, parce qu'il prend comme point d'ancrage les « stipulations incompatibles d'un acte juridique ». On ne pourrait donc pas, à partir de ce seul article, remettre en cause un acte juridique antérieur qui ne comporterait pas des mentions expresses que la loi n'exigeait pas au moment de sa formation, ni empêcher l'exercice de droits dont l'existence serait aujourd'hui conditionnelle à la présence de ces mentions dans l'acte.⁴³

Malheureusement, la Cour d'appel cite les mêmes auteurs en rapport avec une situation où l'article 5 L.A.R.C.C. s'appliquerait, mais sans noter leur réserve ci-dessus mentionnée. Elle cite également la décision *Maziade*⁴⁴, la seule à s'être prononcée contre l'application de l'article 5 L.A.R.C.C., mais encore là sans faire mention de l'opinion ci-dessus mentionnée sur laquelle s'était appuyé le jugement en question.

Finalement, on doit s'étonner que les tribunaux acceptent que les créanciers s'attaquent ainsi à la validité de ces clauses, alors que ces derniers bénéficient déjà d'un moyen de faire valoir leurs droits, soit de demander la permission au tribunal que les biens concernés soient saisis pour la portion que le tribunal déterminera⁴⁵. Cette mesure de protection ne devrait-elle pas être considérée comme une indication que le législateur n'entendait pas donner un effet rétroactif aux nouvelles exigences créées en 1994 ? Pourquoi, en effet, ce dernier aurait-il voulu imposer des exigences rétroactives à des clauses valablement stipulées, ce qui équivalait en fait à les prohiber, alors que de telles clauses sont toujours admises et qu'une mesure de protection des créanciers existe déjà ?

43. Pierre-André CÔTÉ et Daniel JUTRAS, « Le droit transitoire relatif à la réforme du Code civil », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, 937, p. 987.

44. *Maziade (Syndic de)*, [1995] R.J.Q. 1894 (C.S.).

45. C.p.c., art. 553, al. 1(3).

En résumé, la condition exigeant que les clauses ayant pris effet par le passé soient soumises à une publication pour des fins d'opposabilité aux tiers ne suscite ni difficulté ni débat. Cette condition n'a d'ailleurs pas été appliquée de façon à priver les clauses antérieures d'effet, car on a exigé, non pas que la publication ait été faite à l'époque de la stipulation, mais seulement qu'elle se fasse à compter du premier janvier 1994 en matière immobilière et à compter du moment où la suspension de publication a été levée en matière mobilière⁴⁶. De surcroît, un délai de grâce d'un an a été accordé en matière mobilière pour permettre aux bénéficiaires de ces stipulations passées de se conformer à cette exigence, avec en outre la possibilité d'une publication postérieure prenant effet à compter de cette publication.

Par contre, l'application des deux nouvelles exigences, concernant un caractère temporaire et un intérêt sérieux et légitime, aux clauses ayant valablement pris effet avant 1994 équivaut à donner à ces exigences une portée rétroactive qui ne peut résulter, à notre avis et sauf notre respect pour l'opinion contraire, que d'une erreur d'interprétation de l'intention du législateur. S'il va de soi que ces nouvelles exigences doivent s'appliquer aux stipulations prenant effet après le 1^{er} janvier 1994, il se révèle, en vertu d'une interprétation pragmatique, inapproprié d'adopter, entre deux interprétations possibles, celle qui conduit à une absurdité et à une injustice flagrante⁴⁷. L'interprétation proposée équivaut, en effet, à reprocher à une personne de ne pas avoir respecté des exigences qui n'existaient pas au moment de son décès ou au moment où son acte de donation a été clos, alors que ni la nature des changements apportés à ces stipulations, qui rappelons-le n'ont pas pour objectif de les prohiber, ni l'intérêt des tiers qui demeurent protégés par l'article 553, al. 1(3) C.p.c., ne justifient un tel effet. Il serait donc souhaitable que la solution qui semble en voie d'être adoptée soit réexaminée.

1.2 Biens de l'État et des personnes morales de droit public

Les biens appartenant à l'État⁴⁸ et ceux faisant partie du domaine public d'une personne morale de droit public sont insaisis-

46. *Supra*, note 28.

47. Voir au sujet d'une telle interprétation *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, par. 109.

48. Ce principe est implicitement reconnu par les articles 94.9, 94.10 C.p.c. et 916 C.c.Q. et, pour l'État fédéral, par l'article 29 de la *Loi sur la responsabilité civile de* (à suivre...)

sables⁴⁹. Deux jugements récents ont porté sur la détermination des biens pouvant ainsi bénéficier de cette insaisissabilité.

Dans *Chassé (Marco & Stéphane Chassé) (Syndic de)*⁵⁰, la question consistait à déterminer si les bâtiments construits par le détenteur d'un permis d'exploitation d'une érablière sur des terres publiques pouvaient faire l'objet d'une hypothèque conventionnelle. Considérant que le *Règlement sur les permis de culture et d'exploitation d'érablière dans les forêts du domaine de l'État*⁵¹ accorde au titulaire du permis le droit de construire ou de placer dans l'érablière les bâtiments nécessaires à la culture et à l'exploitation de cette érablière et que de l'avis du tribunal l'État se trouve ainsi à renoncer au bénéfice de l'accession, la Cour supérieure conclut que les bâtiments construits aux fins d'exploitation de cette érablière peuvent être valablement hypothéqués.

Dans le second jugement, soit *HMI-Promec, s.e.n.c. c. 2954-4095 Québec inc. (Construction Kay-Bek Inn)*⁵², la Cour d'appel se penche sur la question de la saisissabilité des biens d'une personne morale de droit public afin de se prononcer sur la validité d'une hypothèque légale de la construction inscrite par un sous-traitant sur les biens d'Hydro-Québec.

La Cour d'appel réaffirme d'abord que la première démarche à effectuer en vue de déterminer le régime juridique applicable aux biens d'une personne morale de droit public consiste à vérifier si sa loi constitutive contient des dispositions à cet égard⁵³. Dans le cas sous étude, l'article 3.1.1 de la *Loi sur Hydro-Québec*⁵⁴ reconnaît d'abord que : « La Société est, pour les fins de la présente loi, un

(...suite)

l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), c. C-50. Voir également *Industries Saguenay Limitée c. Industries Couture Limitée*, [1973] C.A. 316 ; *Richard Lasalle Construction Limitée c. Concepts Limited.*, [1973] C.A. 944 ; *Canada (Procureur général) c. Tremblay*, [1999] R.J.Q. 1601 (C.A.).

49. C.c.Q., art. 916.

50. J.E. 2008-1088, [2008] R.D.I. 328 (C.S.).

51. Chapitre F-4.1, r. 3.

52. J.E. 2008-191, [2008] R.D.I. 8 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême).

53. Voir, dans le même sens, *Maçonnerie Demers inc. c. Agence métropolitaine de transport*, [2004] R.D.I. 288 (C.A.) où la Cour d'appel avait adopté la même démarche en vue de déterminer si les biens de l'Agence métropolitaine de transport pouvaient être saisis ou non.

54. L.R.Q., c. H-5.

mandataire de l'État et l'a toujours été depuis le 14 avril 1944. » Le deuxième alinéa de l'article 3.1.2 prévoit ensuite que : « Les biens possédés par la Société sont la propriété de l'État, depuis le 15 avril 1944 mais l'exécution des obligations de la Société peut être poursuivie sur ces biens. » Enfin, l'article 27.4 précise que :

La Société peut, aux fins de la présente section, acquérir [...], louer, céder, aliéner ou grever tout bien sauf s'il s'agit d'un immeuble destiné à la production, au transport ou à la distribution d'énergie.

Se fondant sur ces dispositions, la Cour d'appel constate qu'Hydro-Québec est une personne morale de droit public, que les biens en sa possession sont des biens de l'État comme le déclare expressément l'article 3.1.2 de la loi concernée et qu'en conséquence ces biens ne peuvent, sauf exceptions prévues dans la loi, faire l'objet de procédures d'exécution, de saisie et donc d'hypothèques⁵⁵, puisqu'en vertu de la première phrase du deuxième alinéa de l'article 916 C.c.Q., nul ne peut s'approprier les biens de l'État.

Comme l'article 3.1.2 de la *Loi sur Hydro-Québec* précise que les biens possédés par Hydro-Québec sont des biens de l'État, la Cour souligne qu'il devient inutile de se demander si seuls les biens d'Hydro-Québec affectés à l'utilité publique sont insaisissables. Une telle distinction entre les biens faisant partie du domaine privé et ceux faisant partie du domaine public⁵⁶ ne s'impose, en effet, qu'aux seules personnes morales de droit public dont les biens ne sont pas assimilés, par leur loi constitutive, à des biens de l'État. Avec des biens reconnus comme appartenant à l'État, Hydro-Québec bénéficie des privilèges dont jouit l'État sur ses biens. Tous les biens d'Hydro-Québec doivent donc, en principe, être reconnus comme insaisissables, à moins qu'on ne retrouve dans la loi constitutive de cette dernière des exceptions aux règles applicables aux biens de l'État.

Or, on retrouve de telles exceptions dans la *Loi sur Hydro-Québec*⁵⁷. L'article 3.1.2 reconnaît d'abord que l'exécution des obligations de la Société peut être poursuivie sur ses biens. L'article 27.4 précise ensuite qu'Hydro-Québec peut louer, céder, aliéner ou gre-

55. L'article 2668 C.c.Q. prévoit que : « L'hypothèque ne peut grever des biens insaisissables ».

56. La deuxième phrase du second alinéa de l'article 916 C.c.Q. prévoit que : « Nul ne peut non plus s'approprier les biens des personnes morales de droit public qui sont affectés à l'utilité publique. »

57. L.R.Q., c. H-5.

ver tout bien, sauf s'il s'agit d'un immeuble destiné à la production, au transport ou à la distribution d'énergie. Ces exceptions peuvent-elles permettre, comme en l'espèce, à un sous-traitant qui a procédé à des travaux d'installation de systèmes électriques et mécaniques à la centrale d'Eastmain de publier valablement une hypothèque légale sur les bureaux administratifs ainsi que sur les unités de logement et de loisirs situés au camp Eastmain ?

La Cour d'appel conclut par la négative en faisant remarquer que l'hypothèque légale du sous-traitant ne constitue pas et ne découle pas d'une obligation qu'aurait assumée Hydro-Québec. La créance du sous-traitant résulte en effet d'un contrat signé entre ce dernier et l'entrepreneur général. Ne résultant pas d'une obligation d'Hydro-Québec, comme l'exige l'article 3.1.2, le sous-traitant ne peut pas poursuivre l'exécution de son obligation sur les biens d'Hydro-Québec. La Cour d'appel ordonne donc la radiation de l'avis d'hypothèque inscrit par le sous-traitant.

Ce jugement se révèle intéressant en raison de l'indication de la démarche à suivre en vue de déterminer le régime juridique applicable aux biens d'une personne morale de droit public. Il faut, en premier lieu, se reporter à la loi constitutive de la personne morale concernée. Il faut ensuite vérifier si cette loi contient des dispositions assimilant les biens de cette personne à des biens de l'État.

Si oui, la personne morale de droit public bénéficie alors des mêmes privilèges que l'État quant à l'exclusion des procédures d'exécution, l'insaisissabilité et l'impossibilité d'hypothéquer ses biens, à moins que la loi ne contienne des exceptions à l'application de ces règles. S'il se révèle que la loi contient de telles exceptions, il faut alors examiner la portée de ces exceptions. Ainsi, permet-on de poursuivre l'exécution sur les biens de la personne morale concernée ? Dans l'affirmative, pour quels types d'obligations ? Permet-on d'hypothéquer les biens ? Si oui, peut-il s'agir seulement d'une hypothèque conventionnelle ou également d'une hypothèque légale ? Les obligations pouvant être garanties par une telle hypothèque sont-elles limitées ? Les biens pouvant faire l'objet d'une telle hypothèque sont-ils restreints ?

Si au contraire, la loi n'assimile pas les biens de la personne morale de droit public à des biens de l'État, il faut alors distinguer, en raison de l'article 916 C.c.Q., entre les biens faisant partie du domaine privé et les biens faisant partie du domaine public. Les

biens qui sont affectés à l'utilité publique ne peuvent, à moins de disposition contraire, faire l'objet d'une appropriation. Ils ne peuvent donc ni être saisis, ni être hypothéqués, ni faire l'objet d'une priorité ou d'une autre garantie. Si la loi constitutive contient des exceptions à ces principes, ces exceptions doivent encore ici être examinées attentivement pour en déterminer la portée. À l'inverse, si les biens font partie du domaine privé, ils demeurent régis par les règles générales énoncées aux articles 2644 et suivants C.c.Q. Ces biens peuvent en principe être saisis et hypothéqués suivant les principes ordinaires.

2. HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES

2.1 Conséquences découlant d'une hypothèque garantissant les obligations présentes et futures du débiteur

L'article 2687 C.c.Q. prévoit qu'une hypothèque conventionnelle peut être consentie pour quelque obligation que ce soit. Il peut ainsi s'agir d'une obligation monétaire, d'une obligation de faire ou ne pas faire quelque chose⁵⁸, d'une obligation conditionnelle ou indéterminée⁵⁹ ou encore d'une obligation future, telle une ouverture de crédit⁶⁰.

L'hypothèque peut-elle aussi servir à garantir l'ensemble des obligations présentes et futures du débiteur ? La Cour d'appel a déjà reconnu par le passé qu'une hypothèque pouvait garantir le « paiement final et complet par le Débiteur de toutes ses obligations présentes et futures envers le Créancier »⁶¹. La Cour supérieure a également jugé qu'une clause hypothécaire garantissant toutes « autres obligations, présentes et futures, directes et indirectes » du

58. *Banque Nationale du Canada c. Gestion Gi-mau inc.*, [1996] R.D.I. 423 (C.S.). L'hypothèque garantira alors le paiement des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

59. C.c.Q., art. 2680 et 2689 C.c.Q. et *Hydro P-1 inc. c. Armatures Bois-Francis inc.*, [1994] R.D.I. 466 (C.S.). Dans un tel cas, l'hypothèque sera alors colloquée conformément aux articles 716 et 717 C.p.c.

60. C.c.Q., art. 2688 et 2797.

61. *St-Jacques c. Charbonneau*, [1999] R.D.I. 200 (C.A.), inf. [1994] R.D.I. 487 (C.S.). Voir aussi Yvan DESJARDINS, « Le principe de la spécialité de l'hypothèque rejeté par la Cour d'appel », (2000) 102 *R. du N.* 441 ; Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, n° 642, p. 289 et s. et Pierre CIOTOLA, « Jurisprudence en droit des sûretés : épizootique ou épisodique ? Réactions contaminées ou réfléchies ? », (2002) 104 *R. du N.* 85, 89.

débiteur envers le créancier était valable et suffisante pour étendre l'hypothèque à un cautionnement postérieurement consenti par le débiteur en vue de garantir la dette d'un tiers envers le même créancier⁶².

Dans un récent jugement, soit *Investissements Mont Écho inc. c. Banque Nationale du Canada*⁶³, la Cour d'appel confirme à nouveau cette position. La clause hypothécaire prévoyait que :

Pour garantir le paiement de la dette et l'accomplissement de ses obligations en vertu du présent acte, de même que pour garantir l'acquittement de toutes ses autres obligations envers la Société, présentes et futures, directes et indirectes, le Débiteur hypothèque l'immeuble suivant pour la somme de un million quatre cent cinquante mille dollars [...]

La Cour d'appel juge que :

[...] même si l'immeuble n'est hypothéqué que jusqu'à concurrence de 1 450 000 \$, cette garantie n'est pas limitée, sauf quant au montant, à l'acquittement du prêt initial, mais couvre également tout crédit additionnel consenti en excédent de ce montant initial.⁶⁴

L'article 2797 C.c.Q. confirme aussi implicitement cette interprétation en édictant que : « dans le cas d'une ouverture de crédit et dans tout autre cas où le débiteur s'oblige à nouveau en vertu d'une stipulation dans l'acte constitutif d'hypothèque, celle-ci subsiste malgré l'extinction de l'obligation, à moins qu'elle n'ait été radiée ». On reconnaît ainsi qu'une hypothèque peut couvrir des obligations présentes et futures et qu'elle continue, malgré le remboursement complet des obligations présentes, à exister en vue de garantir les obligations à naître tant qu'elle n'a pas été radiée. Il résulte donc des articles 2687, 2797 C.c.Q. et de l'interprétation de ces articles par la jurisprudence, que l'hypothèque conventionnelle peut servir à garantir tout genre d'obligations y compris l'ensemble des obligations présentes et futures d'un débiteur envers son créancier. En rapport avec les obligations pouvant être garanties par une hypothèque, le législateur se montre donc fort permissif.

La seule exigence qui, à notre avis, demeure applicable, c'est que l'acte d'hypothèque doit contenir les éléments qui permettront d'identifier les obligations garanties. Une telle exigence résulte,

62. *Banque HSBC Canada c. 9082-3659 Québec inc.*, [2005] R.D.I. 339 (C.S.).

63. J.E. 2008-519, [2008] R.J.Q. 650 (C.A.).

64. *Ibid.*, par. 69.

selon nous, de la nature même d'une sûreté. Il est en effet essentiel, pour qu'une sûreté puisse naître, que celle-ci s'attache à une obligation garantie. C'est ce que précise l'article 2661 C.c.Q., en rapport avec l'hypothèque, en indiquant que l'hypothèque n'est qu'un accessoire. Ce principe est fondamental. Si on ne peut connaître quelle est l'obligation garantie ou à garantir, l'hypothèque ne peut pas exister. Ainsi, un acte d'hypothèque qui indiquerait que les parties conviennent de créer une hypothèque en vue de garantir certaines obligations, sans plus de précision quant aux obligations ainsi garanties, ne pourrait pas valoir. Pour qu'une hypothèque puisse exister, il est donc nécessaire que les obligations soient déterminées ou, sinon que les éléments d'identification de ces obligations soient déterminés afin de permettre aux parties comme aux tiers de savoir quelles seront, parmi toutes les obligations dont le débiteur peut être tenu à un moment quelconque, celles qui seront garanties hypothécairement et celles qui ne le seront pas.

Ces éléments d'identification des obligations garanties doivent-ils se retrouver dans l'acte d'hypothèque ? Pour une hypothèque conventionnelle, l'article 2693 C.c.Q. exige, sous peine de nullité absolue, que l'hypothèque immobilière soit constituée par un acte notarié en minute alors que l'article 2696 C.c.Q. exige, encore une fois sous peine de nullité absolue, que l'hypothèque mobilière sans dépossession soit constituée par écrit. Comme il est essentiel que les éléments d'identification des obligations garanties soient définis pour que l'hypothèque puisse être constituée et qu'il est essentiel que l'hypothèque soit constituée dans un acte répondant aux conditions de forme prévues par la loi, il devient à notre avis essentiel que les éléments d'identification des obligations garanties se retrouvent dans l'acte d'hypothèque⁶⁵.

Cela dit, prévoir dans un acte que l'hypothèque garantit toutes les obligations présentes et futures du constituant envers le créancier suffit, puisque l'acte identifie les personnes entre lesquelles ces obligations doivent exister, soit le débiteur et le créancier, et précise la nature des obligations couvertes, soit toutes celles qui naîtront entre ces deux personnes. Ces exigences étaient d'ailleurs respectées dans les trois jugements précités puisque les actes d'hypo-

65. Bien que moins déterminant, l'article 2797 C.c.Q. pourrait également être invoqué au soutien de cette solution puisqu'on y indique que l'hypothèque s'éteint avec l'extinction de l'obligation qu'elle garantit, à moins qu'il ne s'agisse d'une ouverture de crédit ou de tout autre cas où le débiteur s'oblige à nouveau *en vertu d'une stipulation dans l'acte constitutif d'hypothèque*.

thèques garantissaient toutes les obligations présentes et futures contractées par le débiteur envers le créancier hypothécaire. On ne peut donc pas prétendre que ces exigences, quant aux éléments d'identification des obligations garanties, ont été rejetées par les tribunaux, puisque le problème ne se posait pas pour les hypothèques en cause. En tout état de cause, on peut cependant conclure que lorsque ces conditions sont respectées, la validité de l'hypothèque ne peut être contestée. Profitant de cette ouverture, les créanciers n'hésitent plus désormais à recourir à des actes d'hypothèques garantissant l'ensemble des obligations présentes et futures du débiteur. En raison de sa portée étendue, une telle hypothèque suscite pourtant de nombreuses difficultés que les parties et les juristes commencent à peine à entrevoir.

On peut ainsi penser au peu, et même en certains cas, à l'absence de toute information fournie au constituant, lors de la négociation de son emprunt hypothécaire, sur la nature des obligations qui seront garanties par son hypothèque. Bien souvent, ce ne sera qu'au moment de la signature de l'acte d'hypothèque que ce dernier sera informé de la véritable portée de la garantie que le créancier veut obtenir. Alors que le constituant pensait hypothéquer son immeuble pour garantir exclusivement le montant de son emprunt, ce dernier se retrouvera souvent contraint à signer un acte d'hypothèque couvrant soit le réemprunt des sommes remboursées, soit la totalité de ses obligations présentes et futures, parfois les obligations d'un futur acquéreur ou de tierces personnes et même en certains cas les obligations contractées non plus seulement envers son prêteur, mais aussi envers d'autres personnes que l'acte assimile au créancier hypothécaire. Or, compte tenu qu'il lui sera souvent difficile, sinon impossible en raison des engagements déjà pris envers son vendeur ou envers un acquéreur de l'immeuble qu'il occupait, de prendre le temps nécessaire pour faire modifier l'acte d'hypothèque ou pour trouver un nouveau prêteur, le constituant sera souvent placé dans une situation où les circonstances le forceront à signer un acte dont la portée excédera ce qui avait été discuté et, dont il lui sera difficile, malgré les explications du notaire, de saisir en quelques minutes toutes les conséquences. On peut donc s'attendre à ce que de telles situations finissent inévitablement par soulever la question d'un défaut à l'obligation de renseignement du créancier advenant que ce dernier décide éventuellement de se servir de sa garantie pour réclamer non seulement le montant de l'emprunt accordé au débiteur, mais aussi l'exécution des autres obligations couvertes par l'acte d'hypothèque.

On peut également souligner la méconnaissance, par le débiteur et bien souvent par les employés du créancier hypothécaire, de la véritable portée de l'acte d'hypothèque advenant que de nouvelles obligations soient contractées par ce débiteur envers le même créancier. Si l'acte d'hypothèque garantit l'ensemble des obligations présentes et futures du débiteur et que chacune de ces obligations se retrouve garantie par une hypothèque immobilière, ne devrait-on pas, si le montant garanti par l'hypothèque est suffisant pour couvrir de nouvelles obligations, accorder au débiteur le taux d'intérêt prévu pour une obligation ainsi garantie ? Pourtant, plus souvent qu'autrement, le débiteur se verra contraint, malgré la couverture étendue de son acte d'hypothèque, de payer, sans raison, un taux d'intérêt sur sa marge de crédit, sur une avance sur sa carte de crédit ou sur son prêt auto beaucoup plus élevé que celui prévu pour une obligation garantie par une hypothèque immobilière.

En rapport avec ce dernier point, se pose également le problème de l'application des articles 6, 8 et 10 de la *Loi sur l'intérêt*⁶⁶. Si ces nouvelles obligations deviennent dorénavant garanties par une hypothèque immobilière, il faudra bien se questionner un jour sur les effets de cette loi en rapport avec le taux d'intérêt, le calcul de l'intérêt, les pénalités exigibles et les possibilités de remboursement par anticipation, lorsqu'une hypothèque immobilière sert non plus seulement à garantir une obligation particulière, mais une multitude d'obligations dont les modalités peuvent varier. Faudra-t-il uniformiser les éléments visés par cette loi pour l'ensemble des obligations garanties par l'hypothèque ? Faudra-t-il plutôt considérer que ces articles deviennent applicables, de façon distincte plutôt que globale, chaque fois qu'une nouvelle obligation garantie par l'hypothèque immobilière naîtra⁶⁷ ? Ou essaiera-t-on de plaider que

66. L.R.C. (1985), c. I-15.

67. Cette interprétation nous semblerait la plus logique si l'intention du législateur consiste, en vertu de cette loi, à protéger une personne qui accepte que ses obligations soient garanties par une hypothèque immobilière. Elle pose cependant un problème en rapport avec l'application des articles 6 et 10 L.I. L'article 6 L.I. prévoit que « Lorsqu'un principal ou un intérêt garanti par hypothèque sur immeubles ou biens réels est stipulé, *par l'acte d'hypothèque*, payable d'après le système [...] ». L'article 10 L.I. indique que « Lorsqu'un principal ou un intérêt garanti par hypothèque sur immeubles ou biens réels n'est pas payable, *d'après les modalités de l'acte d'hypothèque*, avant qu'il ne se soit écoulé plus de cinq ans [...] ». On semble donc exiger, dans ces deux cas, que les modalités de remboursement de l'obligation garantie soient stipulées dans l'acte d'hypothèque. Le simple
(à suivre...)

les exigences de la *Loi sur l'intérêt* doivent être limitées exclusivement à l'obligation principale énoncée dans l'acte d'hypothèque ?

On peut aussi mentionner, comme autre problème lié à ce type d'hypothèque, celui de la radiation d'une telle garantie. À cet égard, les créanciers hypothécaires ont déjà commencé à réaliser les dangers que peut présenter la formulation des actes de radiation. Ainsi, donner quittance des obligations garanties par l'hypothèque pourrait être interprété comme signifiant que le créancier reconnaît avoir reçu paiement de toutes les obligations dont le débiteur peut être tenu envers lui. Par ailleurs donner seulement quittance de l'emprunt principal ne s'avérerait pas suffisant pour permettre la radiation de l'hypothèque si celle-ci couvre également d'autres obligations. C'est ce qui explique, en conséquence, que les créanciers préfèrent désormais donner mainlevée de l'hypothèque ou consentir à la radiation de celle-ci⁶⁸ plutôt que d'utiliser le terme *quittance*. Concernant l'obtention de la radiation de l'hypothèque, on peut aussi se demander si le débiteur saisit bien, au moment de la signature de l'acte d'hypothèque, que malgré le remboursement total de son emprunt, le créancier pourra, en se fondant sur l'article 2797 C.c.Q., refuser de lui accorder la radiation de l'hypothèque tant et aussi longtemps que toutes les autres obligations contractées par lui, ou le cas échéant par des tiers, envers le créancier ou parfois envers d'autres personnes assimilées au créancier, n'auront pas été totalement payées.

Dans la même veine, on peut aussi prédire de façon certaine que viendra un jour où un créancier, après avoir exercé un recours de prise en paiement, se verra opposer, à son grand désarroi, mais au grand bénéfice des débiteurs dont les obligations étaient garanties par l'hypothèque ou des créanciers représentés par un syndic de faillite, que l'exercice d'un tel recours hypothécaire a eu pour effet d'éteindre non seulement l'obligation principale garantie par son hypothèque, mais aussi toutes les autres obligations, ordinaires ou garanties, directes ou indirectes, que son débiteur ou, le cas échéant, des tiers auront contractées envers lui ou, si l'acte est ainsi rédigé, envers d'autres personnes assimilées au créancier

(...suite)

fait que les modalités de remboursement des obligations futures ne se retrouveront pas dans l'acte d'hypothèque suffira-t-il à écarter l'application des articles 6 et 10 L.I. ? Si oui, la portée de ces dispositions serait alors considérablement affaiblie.

68. C.c.Q., art. 3059.

hypothécaire. Ce jour là, ce sera aux créanciers qui auront voulu ratisser le plus large possible, de réaliser qu'un tel type d'hypothèque peut parfois soulever certains inconvénients.

Reste enfin une dernière conséquence qu'il convient de mentionner, soit les effets d'une hypothèque garantissant l'ensemble des obligations présentes et futures du débiteur advenant que le bien hypothéqué soit ensuite aliéné. En vertu des articles 2660 et 2751 C.c.Q., l'hypothèque confère, en principe, un droit de suite. Une personne qui acquiert un bien déjà hypothéqué en faveur d'un créancier prend donc ce bien grevé de l'hypothèque existante, à moins que la loi ne prévoie des exceptions à ce droit de suite. Sauf ces exceptions, l'acquéreur d'un bien hypothéqué se retrouve donc tenu hypothécairement aux obligations garanties par l'hypothèque.

Il devient aussi, si la loi prévoit que l'acquéreur est tenu personnellement au paiement de l'obligation garantie⁶⁹ ou si, dans l'acte d'acquisition, l'acquéreur déclare acquérir le bien à charge de payer la dette hypothécaire ou s'il déclare assumer le paiement de l'hypothèque, tenu tant personnellement qu'hypothécairement au paiement des obligations garanties par l'hypothèque⁷⁰. Le créancier peut, dans un tel cas, exercer non seulement les droits que l'hypothèque lui confère sur le bien affecté, mais aussi exercer un recours personnel sur les autres biens de l'acquéreur⁷¹.

Par contre, si ni le contrat d'acquisition ni la loi ne prévoit l'obligation pour l'acquéreur de payer les obligations garanties par

69. L'article 1833 C.c.Q. prévoit ainsi que le donataire d'un bien hypothéqué devient tenu personnellement au paiement de l'hypothèque grevant un bien donné. Dans l'hypothèse où un recours hypothécaire est ensuite exercé, le donataire ne pourra exercer un recours en recouvrement contre le donateur que dans la mesure où les sommes payées excèdent l'avantage qu'il retire de la donation comme l'indique l'article 1827 C.c.Q.

70. *Pilon c. Desève*, (1922) 60 C.S. 135 ; *Cox c. Slade*, (1936) 74 C.S. 351 ; *Jolicœur c. Beaudoin*, [1950] C.S. 472 ; *Prévoyants du Canada c. Viceri*, [1960] R.P. 52 (C.S.) commenté par Roger COMTOIS, « Action hypothécaire réelle et personnelle dirigée contre un acquéreur - Sens des mots « à l'acquit du vendeur » - Délégation de paiement », (1959-60) 62 R. du N. 508 ; *Proulx c. Leblanc*, [1969] R.C.S. 765 ; *Édifice Georges Inc. c. Caisse de retraite de la Banque canadienne nationale*, [1974] C.A. 456 ; *Caisse populaire de Hull c. Falardeau*, J.E. 80-419 (C.S.) ; *Société immobilière Maxima c. Leclerc*, [1994] R.D.I. 6 (C.A.) ; *Mutuelle des fonctionnaires du Québec, corp. d'assurances c. Assurance-vie Desjardins*, J.E. 2000-2244 (C.A.). Voir aussi *Placements Ultima Inc. c. Poupart*, [1972] C.A. 87 concernant l'acceptation de ce nouveau débiteur par le créancier.

71. C.c.Q., art. 2644 à 2646.

l'hypothèque, ce dernier ne peut être tenu qu'hypothécairement, et non personnellement, aux obligations garanties. Les rapports entre le créancier hypothécaire et l'acquéreur sont alors régis uniquement par les règles de l'hypothèque. Le créancier hypothécaire ne peut exercer que les droits que lui confère son hypothèque sur le bien hypothéqué, sans avoir le droit de poursuivre l'exécution de ses obligations sur les autres biens de l'acquéreur.

Le plus souvent, les contrats d'hypothèques prévoient qu'un acquéreur subséquent devra assumer le paiement des obligations garanties par l'hypothèque. Cela signifie que l'acquéreur ayant ainsi assumé les obligations garanties par l'hypothèque se retrouvera tenu, tant personnellement qu'hypothécairement, au paiement de toutes les obligations garanties existant au moment de l'acquisition du bien (ex. : le solde du prêt hypothécaire ; les sommes réempruntées par le vendeur ; toutes les obligations contractées par ce dernier envers le créancier ; toutes les obligations contractées par les tiers mentionnés à l'acte et, si l'acte le prévoit, toutes les obligations contractées envers des personnes assimilées au créancier)⁷². Pourra-t-il aussi être tenu des obligations contractées par le vendeur ou, le cas échéant, par les tiers après l'acquisition du bien ?

Si la portée de l'hypothèque se limite au droit de réemprunter les sommes remboursées, il faudra vérifier si l'acte d'hypothèque prive ou non le constituant du droit d'exercer une telle option à compter du moment où ce dernier aliène ses droits dans l'immeuble. En cas de doute, l'hypothèque devrait être interprétée de façon stricte⁷³ puisque l'acheteur se trouvera alors à être tenu hypothécairement de tout futur réemprunt par le vendeur.

Si l'hypothèque couvre toutes les obligations futures du constituant ou toutes les obligations futures contractées par des tiers mentionnés à l'acte, l'hypothèque conservera son plein effet, malgré tout remboursement partiel ou total de la dette, tant et aussi longtemps que l'hypothèque n'aura pas été radiée, comme l'indique l'article 2797 C.c.Q. En effet, l'hypothèque servant alors à garantir des obligations futures, le bien restera grevé hypothécairement pour

72. La validité d'une telle clause peut être contestée. Voir Marc BOUDREAULT, « Hypothèque couvrant les obligations futures : conséquences pour le constituant, l'acquéreur et le notaire », conférence présentée lors du 10^e anniversaire de l'Association professionnelle des notaires du Québec, Québec, le 14 septembre 2007, p. 14.

73. C.c.Q., art. 1432.

le plein montant de l'hypothèque. L'acquisition d'un bien ainsi hypothéqué présentera évidemment un risque sérieux pour l'acquéreur puisqu'à défaut de stipulation contraire, celui-ci demeurera tenu hypothécairement pour les dettes futures que le vendeur ou des tiers, le cas échéant, pourront continuer à contracter. Si l'acte ne restreint pas la nature des obligations assumées par l'acquéreur, ce dernier pourra même se retrouver tenu tant personnellement qu'hypothécairement des obligations ainsi contractées après le transfert de propriété du bien.

C'est d'ailleurs dans un contexte semblable que la Cour d'appel est intervenue dans l'arrêt précité *Investissements Mont Écho inc. c. Banque Nationale du Canada*⁷⁴. En l'espèce, un immeuble avait été affecté d'une hypothèque principale au montant de 1 450 000 \$ et d'une hypothèque additionnelle au montant de 145 000 \$ pour garantir non seulement un prêt de 1 450 000 \$, mais aussi toutes les autres obligations présentes et futures du débiteur envers le créancier. Le débiteur ayant fait cession de ses biens, l'immeuble hypothéqué devait ensuite être pris en paiement par un créancier hypothécaire de rang inférieur qui, tentant de sauver le projet avancé, l'a revendu à un acquéreur pour le prix de 1 \$ avec assumption de toutes les sommes pouvant être dues, entre autres, au créancier hypothécaire de premier rang.

N'ayant pas été payé, le créancier hypothécaire de premier rang a intenté un recours personnel contre le créancier ayant pris l'immeuble en paiement et contre l'acquéreur de l'immeuble pour une somme de plus de 2 000 000 \$ composé à la fois du solde du capital impayé sur le prêt qui s'élevait à 1 442 551 \$, des intérêts dus sur cette somme et de certaines autres avances ou prêts additionnels consentis en sus du prêt, avec intérêts.

La Cour d'appel rejette d'abord l'action personnelle intentée contre le créancier ayant pris l'immeuble en paiement en rappelant que :

Tout créancier qui prend en paiement un immeuble grevé de droits réels antérieurs aux siens devient nécessairement responsable hypothécairement du paiement des créances antérieures, mais sans assumption personnelle de la dette à moins d'une clause expresse.⁷⁵

74. J.E. 2008-519, [2008] R.J.Q. 650 (C.A.).

75. *Ibid.*, par. 53. Elle cite, à l'appui, l'arrêt *Legault c. De Sève*, [1920] R.C.S. 65.

Elle décide aussi que le paiement par ce créancier hypothécaire des intérêts dus sur les obligations garanties par l'hypothèque de premier rang ne ne peut être considéré comme une assumption personnelle des obligations garanties par l'hypothèque, puisqu'un tel paiement s'impose à tout propriétaire d'un immeuble hypothéqué s'il ne veut pas perdre son immeuble.

Elle accueille par contre l'action personnelle intentée contre l'acquéreur en indiquant que l'obligation personnelle de l'acquéreur ne se limite pas au seul emprunt, mais s'étend aussi aux crédits additionnels ayant été consentis au débiteur puisque l'hypothèque assumé garantissait non seulement le paiement de l'emprunt, mais aussi l'acquittement des dettes présentes et futures du débiteur envers le créancier. La Cour d'appel précise cependant que l'endettement maximal de l'acquéreur ne peut excéder le montant garanti par l'hypothèque, puisque l'acquéreur avait limité son assumption aux sommes dues aux termes de l'acte d'hypothèque.

Cette précision est évidemment importante. Elle signifie que si le montant des obligations dues au créancier excède le montant de l'hypothèque, l'engagement de l'acquéreur ne peut être recherché au-delà de cette somme, si ce dernier a assumé les obligations garanties par l'hypothèque. Il est cependant curieux à cet égard que le jugement ait condamné l'acquéreur au paiement d'une somme de 1 721 389,54 \$ alors que la somme maximale garantie par l'hypothèque aurait dû être de 1 595 000 \$, soit le montant de l'hypothèque principale de 1 450 000 \$ plus le montant de l'hypothèque additionnelle de 145 000 \$.

Qu'il s'agisse de la constitution d'une hypothèque, de la cession ou de la subrogation dans une créance hypothécaire, de l'établissement d'un ordre de collocation, de l'exercice d'un recours hypothécaire, de l'acquisition totale ou partielle d'un bien ou d'un droit dans un bien hypothéqué, du paiement d'une créance hypothécaire ou de la radiation d'une hypothèque, il importe désormais dans tous ces cas de lire attentivement les actes d'hypothèque afin de déterminer quelle est la nature exacte des obligations garanties. On ne peut plus, comme auparavant, tenir pour acquis que l'hypothèque ne sert qu'à garantir le montant d'un emprunt. Face à des hypothèques dont les obligations garanties peuvent être fort étendues, il faut désormais faire preuve de vigilance et ce, encore plus

particulièrement lors de l'acquisition de tout ou partie⁷⁶ d'un bien hypothéqué. Pour éviter que l'acquéreur puisse se retrouver, le cas échéant, tenu hypothécairement de la totalité des obligations présentes et futures contractées par l'aliénateur du bien ou par les tiers mentionnés à l'acte, soit envers le créancier soit envers d'autres personnes assimilées au créancier, il sera désormais nécessaire de régler d'abord la question des dettes existant au moment de l'aliénation du bien, c'est-à-dire identifier toutes les obligations couvertes par l'hypothèque, en déterminer le montant et décider si le paiement de ces obligations devra être fait par l'aliénateur ou assumé par l'acquéreur, à moins que le créancier et, le cas échéant, la caution et les autres personnes assimilées au créancier⁷⁷ acceptent de limiter la couverture de l'hypothèque à certaines de ces obligations seulement. Il sera ensuite nécessaire de convenir du consentement du créancier, d'une caution le cas échéant (s'étant engagée à garantir

76. Si tel est le cas, les problèmes seront encore plus nombreux. L'aliénateur continuera, sur la partie du bien qu'il conserve, à être tenu hypothécairement de toutes les obligations garanties existantes ainsi que de celles qui continueront à s'ajouter si l'acte d'hypothèque s'étend aux dettes présentes ou futures d'un acquéreur subséquent ou de tout autre tiers mentionné à l'acte. L'acquéreur deviendra pour sa part tenu hypothécairement de toutes les obligations garanties existantes ainsi que de toutes les obligations que l'aliénateur ou des tiers pourront continuer à contracter. Dans une telle hypothèse, il faudra régler d'abord la question des dettes existant au moment de l'aliénation du bien, c'est-à-dire identifier ces obligations, en déterminer le montant et décider si le paiement de ces obligations devra être fait par l'aliénateur ou assumé par l'acquéreur, à moins que le créancier et le cas échéant la caution et les autres personnes assimilées au créancier acceptent de limiter la couverture de l'hypothèque à certaines obligations seulement. Il sera ensuite nécessaire de régler la question des obligations futures. Il faudra convenir du consentement du créancier et, le cas échéant d'une caution (s'étant engagée à garantir une ou des obligations futures) ou de toute autre personne assimilée au créancier que l'hypothèque cessera, premièrement, de s'étendre aux sommes pouvant être réempruntées soit par l'acquéreur, soit par l'aliénateur (sinon les deux parties deviendront tenues hypothécairement, chacune sur la partie des droits qu'elles détiendront dans le bien hypothéqué, des dettes contractées par l'autre) et, deuxièmement, de couvrir toute autre somme pouvant être due par des tiers (sinon les deux parties en deviendront tenues hypothécairement). À défaut de pouvoir ainsi procéder, il pourra être préférable de déconseiller à une personne de se porter acquéreur d'une partie du bien hypothéqué, si l'hypothèque existante ne peut être radiée.

77. Le consentement de toute caution d'une obligation touchée par cette entente serait en effet requis si on veut éviter que celle-ci invoque qu'une telle limitation a eu pour effet de la priver de certains droits dans lesquels elle aurait pu être subrogée. Le consentement d'une personne assimilée au créancier aux termes de l'acte d'hypothèque pourrait également être requis dans la mesure où l'hypothèque pourrait valablement avoir conféré des droits à une telle personne. Sur ce dernier point, voir *supra*, note 72.

une ou des obligations futures) et de toute autre personne assimilée au créancier hypothécaire et détenant des droits aux termes de l'acte⁷⁸, que l'hypothèque cessera, premièrement, de s'étendre aux sommes pouvant être réempruntées par l'aliénateur du bien et, deuxièmement, de couvrir toute autre somme pouvant être due par des tiers, à moins que l'acquéreur accepte d'être tenu hypothécairement de toutes ces obligations futures. À défaut de pouvoir conclure une telle entente, il pourra être préférable de déconseiller à une personne de se porter acquéreur du bien hypothéqué, si l'hypothèque existante ne peut être radiée.

2.2 Exigence d'un acte notarié et d'un fondé de pouvoir pour une hypothèque garantissant des titres d'emprunt

L'article 2692 C.c.Q. se lit comme suit :

L'hypothèque qui garantit le paiement des obligations ou autres titres d'emprunt, émis par le fiduciaire, la société en commandite ou la personne morale autorisée à le faire en vertu de la loi, doit, à peine de nullité absolue, être constituée par acte notarié en minute, en faveur du fondé de pouvoir des créanciers.

Dans ce qui constitue la première décision à être rendue sur l'application de cet article, la Cour supérieure est appelée, dans l'affaire *Positron Technologies inc. (Arrangement relatif à)*⁷⁹, à déterminer si les exigences d'un acte notarié en minute et d'un fondé de pouvoir s'appliquent à une hypothèque garantissant le paiement des obligations ou autres titres d'emprunt émis en faveur d'un unique créancier.

L'acte d'hypothèque mobilière sans dépossession d'un montant de 2,4 millions de dollars, garantissant le paiement des obligations découlant d'une débenture ainsi que toutes les autres obligations du débiteur envers un unique créancier, avait été créée en faveur de ce dernier, et non d'un fondé de pouvoir, ainsi que par un acte sous seing privé.

Le tribunal constate d'abord, ce qui n'est pas contesté par le créancier hypothécaire, que la débenture possède « les caractéristiques distinctives de ce qu'on entend généralement par les termes « bond » ou « obligation » puisqu'il s'agit d'un document écrit qui pré-

78. *Ibid.*

79. J.E. 2008-2056, [2008] R.J.Q. 2503 (C.S.).

voit l'obligation de payer une somme d'argent définie (2 M \$), à un moment déterminé (le 31 mai 2010, à 17h00), avec intérêts (au taux de 7 % par année) »⁸⁰. Il conclut ensuite que l'hypothèque aurait dû être constituée par acte notarié en minute et en faveur d'un fondé de pouvoir en s'appuyant sur trois raisons.

Premièrement, parce que selon une analyse grammaticale de l'article 2692 C.c.Q., les deux conditions, soit l'exigence d'un acte notarié et d'un fondé de pouvoir, doivent être respectées lorsque les éléments d'application de cette disposition sont réunis, ce qui est le cas en l'espèce, soit une hypothèque, garantissant des obligations ou autres titres d'emprunt, émis par une personne morale.

Deuxièmement, parce qu'il résulte d'une analyse historique que le législateur a voulu reconduire à l'article 2692 C.c.Q. les règles énoncées aux anciens articles 27 et 28 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*. Les commentaires du ministre de la Justice et l'emplacement de l'article 2692 C.c.Q., qui se situe dans une section traitant des obligations garanties par l'hypothèque et non dans la section traitant des hypothèques mobilières, peuvent d'ailleurs être invoqués au soutien d'une telle interprétation.

Troisièmement parce que même si l'hypothèque est constituée au départ en faveur d'un seul créancier, il demeure toujours possible que le titre d'emprunt puisse ensuite être cédé à de multiples créanciers, ce qui justifierait l'exigence d'un fondé de pouvoir. Le juge ajoute que les exigences d'un acte notarié et d'un fondé de pouvoir prévues par les articles 27 et suivants de la L.P.S.C. s'appliquaient d'ailleurs à l'époque même lors d'une émission faite au bénéfice d'un seul créancier.

En conséquence, le tribunal déclare l'hypothèque non valide et non opposable pour la garantie du paiement de la débenture.

On peut retenir de ce jugement l'importance de respecter les deux exigences de l'article 2692 C.c.Q. chaque fois qu'une hypothèque est créée en vue de garantir le paiement d'obligations ou autres titres d'emprunt émis par un fiduciaire, une société en commandite ou une personne morale. Qu'il nous soit également permis, pour faire le lien avec le sujet précédent des obligations présentes et futures garanties par hypothèque, de nous poser la question à

80. *Ibid.*, par. 39.

savoir si ces exigences auraient été jugées divisibles, si le créancier avait décidé de se servir de cette hypothèque en vue de réclamer non pas le paiement des titres d'emprunt, mais le paiement d'autres obligations dues par le débiteur au créancier. Aurait-on accepté de considérer l'hypothèque comme nulle pour la garantie des titres d'emprunt, mais valide pour les autres obligations ? Nous serions pour notre part porté à répondre de façon affirmative, puisque les conditions de l'article 2692 C.c.Q. se rattachent uniquement à un certain type d'obligations garanties. Comme l'extinction de l'hypothèque pour une partie des obligations garanties n'invaliderait pas l'hypothèque pour les autres obligations garanties, il faudrait penser à ne pas radier l'hypothèque, ce que le tribunal s'est d'ailleurs abstenu de faire en déclarant l'hypothèque non valide et non opposable pour la garantie du paiement de la débenture seulement.

3. EXERCICE DES DROITS HYPOTHÉCAIRES

3.1 Préavis préalable à un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire requis en vertu de l'article 21 de la Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole

L'article 21 de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*⁸¹ prévoit que :

Tout créancier garanti d'un agriculteur doit, avant de se prévaloir d'un recours contre les biens de celui-ci ou d'intenter toute action ou procédure, judiciaire ou extrajudiciaire, pour le recouvrement d'une dette, la réalisation d'une sûreté ou la prise de possession d'un bien de l'agriculteur, lui donner un préavis en indiquant qu'un agriculteur admissible peut présenter une demande en vertu de l'article 5.⁸²

Le préavis doit être donné à l'agriculteur, conformément aux règlements, au moins quinze jours ouvrables avant la prise par le créancier garanti de toute mesure visée au paragraphe 1.

Dans l'affaire *Financement agricole Canada c. Messier*⁸³, la Cour supérieure décide qu'un tel préavis demeure requis même lorsque l'agriculteur a fait défaut de respecter un arrangement

81. L.C. 1997, c. 21. Cette loi a remplacé la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. (1985), c. 25 (2^e suppl.).

82. Cet article prévoit essentiellement qu'un agriculteur peut présenter une demande de médiation, accompagnée ou non d'une suspension des recours de ses créanciers contre lui, en vue de la conclusion d'un arrangement acceptable entre les parties.

83. J.E. 2008-1601 (C.S.).

résultant d'une première demande de médiation. Une seconde demande de médiation pouvant être autorisée par l'administrateur, la Cour souligne qu'un créancier ne peut pas présumer qu'une telle demande sera refusée et qu'en conséquence ce dernier demeure tenu d'aviser à nouveau son débiteur avant d'exercer ses droits hypothécaires.

Un tel préavis doit-il par ailleurs être donné avant l'envoi d'un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire ? On sait que pour un avis requis en vertu de l'article 244 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁸⁴, on permet que le créancier opte soit pour deux avis distincts, soit pour un seul avis, pour autant que dans les deux cas les conditions propres à chacune des législations aient été respectées⁸⁵. Dans le cas sous étude le tribunal conclut cependant, en se fondant sur un jugement antérieur⁸⁶ et sur les termes utilisés à l'article 21 ci-dessus reproduit, que le préavis d'exercice d'un droit hypothécaire ne constitue pas le préavis exigé par la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*⁸⁷. Appliquant l'article 22 de cette loi, le tribunal déclare nuls et nonavenus les préavis d'exercice de droits hypothécaires publiés par le créancier de même que la requête en délaissement forcé pour vente sous contrôle de justice. Le jugement reconnaît toutefois le droit du créancier de réaliser subséquemment sa garantie en suivant, cette fois, rigoureusement les prescriptions de la loi.

Comme le préavis d'exercice d'un recours hypothécaire peut être défini comme une procédure, non judiciaire, préalable à l'exercice par le créancier de ses droits hypothécaires⁸⁸ et que l'article 21

84. L.R.C. (1985), c. B-3. L'article 244 de cette loi exige un avis lorsqu'un créancier se propose de mettre à exécution une garantie portant sur la totalité ou la quasi-totalité du stock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable acquis ou utilisés dans le cadre des affaires de cette dernière.

85. *Société générale (Canada) c. 2967-7804 Québec inc.*, [1994] R.J.Q. 1684, [1994] R.D.I. 507 (C.S.) ; *Société en fiducie de la Banque de Hongkong c. Développements sociaux du Sud-ouest*, [1996] R.D.I. 331 (C.S.) ; *Banque Royale du Canada c. 5-Mars & Frères inc.*, J.E. 97-562 (C.S.) ; *Caisse populaire Desjardins de la Petite-Nation c. 151995 Canada ltée*, J.E. 2000-2116 (C.S.) ; Sylvie BERTHOLD, « La faillite et le droit immobilier québécois », *R.D./N.S. - Faillite et insolvabilité - Doctrine - Document 1*, mars 1999, par. 145, p. 30.

86. *Dumont c. 9031-4493 Québec inc.*, C.S., n° 250-05-000999-011, 27 avril 2001.

87. L.C. 1997, c. 21.

88. Marc BOUDREAU, *Les sûretés*, 3^e éd., « coll. bleue », série « Répertoire de droit », Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, par. 590, p. 206 ; *Lakeshore Development Corporation c. Pesant*, [1968] C.S. 613 ; *St-Louis c. Thibeault*, [1970] C.A. (à suivre...)

de la loi précitée indique expressément qu'un créancier garanti d'un agriculteur doit donner un préavis d'au moins quinze jours avant d'intenter « toute action ou *procédure*, judiciaire ou *extrajudiciaire*, pour la *réalisation d'une sûreté* », ce jugement nous paraît justifié. Ce qu'il faut retenir, c'est la nécessité de se conformer à une telle exigence avant de procéder à l'envoi d'un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire contre un agriculteur.

3.2 Signification d'un préavis ou d'une requête en délaissement forcé au conjoint du débiteur

L'hypothèque a pour objet les droits réels ayant été hypothéqués. Le créancier doit donc exercer ses recours hypothécaires contre toute personne détenant en tout ou en partie les droits qui ont ainsi été hypothéqués. Le créancier doit également exercer ses recours contre toute personne qui serait en possession du bien hypothéqué au sens de l'article 921 C.c.Q., c'est-à-dire contre toute personne qui exercerait, par elle-même ou par le truchement d'une autre personne détenant le bien pour elle, la maîtrise de fait du bien hypothéqué tout en se considérant titulaire⁸⁹ de tout ou partie des droits ayant fait l'objet de l'hypothèque. Cette dernière se trouverait alors à exercer sur le bien les droits réels ayant fait l'objet de l'hypothèque, tout en se considérant titulaire de ces droits.

Le créancier doit-il également exercer ses recours contre un simple détenteur du bien, tels un locataire ou un emprunteur, c'est-à-dire une personne qui détiendrait le bien sans être ni titulaire, ni possesseur à titre de titulaire des droits réels ayant été hypothéqués ? Nous avons déjà émis l'opinion qu'un simple détenteur du bien ne devrait pas être considéré comme une personne

(...suite)

527 ; *Niagara Mortgage and Loan Company Limited c. Cloutier*, [1971] C.S. 202 ; *Gravel Photographeur c. Zicat*, [1976] C.S. 1143 ; *Caisse populaire St-Simon de Drummond c. Lalumière*, J.E. 82-1105 (C.S.) ; *Caisse d'entraide économique de Manicouagan c. Derosby*, [1983] C.S. 732 ; *Aréna de Repentigny ltée c. Lacasse*, [1995] R.J.Q. 816 (C.S.) ; *Confédération Compagnie d'assurance-vie c. 103012 Canada inc.*, [1996] R.J.Q. 2022 (C.S.) ; *Gestion Daniel Martin inc. c. Sofidev inc.*, [1997] R.J.Q. 3063 (C.S.) (appel rejeté C.A. 2000-02-21 ; 200-09-001779-971) ; *Caisse populaire Desjardins du Village huron c. Trevors*, [1998] R.D.I. 454 (C.S.) ; *Banque Nationale du Canada c. 9010-3391 Québec inc.*, J.E. 2000-271 (C.S.) ; *9092-2535 Québec inc. (Syndic de)*, [2003] R.J.Q. 2585, [2003] R.D.I. 668 (C.S.).

89. L'article 928 C.c.Q. crée une présomption à cet effet en indiquant que « le possesseur est présumé titulaire du droit qu'il exerce ».

visée par l'exercice d'un droit hypothécaire⁹⁰. Seules celles qui détiennent ou qui exercent les droits hypothéqués devraient être visées, puisque ce sont ces droits qui feront l'objet d'une prise de possession à des fins d'administration, d'une prise en paiement ou d'une vente. De surcroît, un délaissement qui serait consenti par une personne ne détenant ou n'exerçant aucun droit sur le bien ne pourrait pas permettre au créancier de procéder valablement à l'exercice de son recours hypothécaire, puisque seul le délaissement consenti par celles qui détiennent ou qui exercent des droits dans le bien pourrait valider l'exercice du recours hypothécaire sur les droits réels ayant été hypothéqués⁹¹.

Qu'en est-il du conjoint de la personne qui détient ou exerce des droits sur le bien ? Deux jugements récents ont porté sur cette question.

Dans l'affaire *R.L. c. Je.R.*⁹², le débiteur était propriétaire de la moitié indivise de deux immeubles. Le détenteur d'une hypothèque légale résultant d'un jugement rendu contre le débiteur, a inscrit un avis d'hypothèque légale sur les deux immeubles dans lequel le débiteur détenait des droits, puis signifié et publié un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire sur les deux immeubles. Ce préavis désignait, à tort, une personne, qu'on peut présumer être la conjointe du débiteur, comme débitrice. De plus, il ne contenait aucune indication que les recours étaient exercés seulement sur la moitié indivise des immeubles appartenant au débiteur. Le tribunal a jugé ses irrégularités fatales et ordonné la radiation des préavis en question.

Plutôt que de limiter les effets du préavis aux seuls droits que détient le débiteur dans les immeubles, le tribunal a opté pour une approche rigoureuse. Il a reconnu le droit à la conjointe du débiteur

90. Marc BOUDREAULT, *Les sûretés*, 3^e éd., « coll. bleue », série « Répertoire de droit », Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, par. 571.2, p. 198.

91. Concernant la question de la signification, non pas du préavis, mais d'une requête en délaissement forcé, l'article 796 C.p.c. vient toutefois créer une certaine ambiguïté en prévoyant que la demande « doit être signifiée à la personne qui possède ou *détient* le bien », ce qui incite certains à signifier cette demande à un simple détenteur du bien. Pourtant une telle personne ne pourrait pas consentir valablement à un délaissement du bien, puisque ce n'est pas elle qui détient ou qui exerce les droits dans le bien hypothéqué. Il serait peut-être plus logique d'interpréter le terme « détient » à l'article 796 C.p.c., comme visant la personne qui détient *les droits* dans le bien.

92. J.E. 2008-433 (C.S.).

de demander la radiation d'un préavis laissant faussement croire que les droits de cette dernière pouvaient être visés par un recours hypothécaire. On constate donc l'importance de signifier le préavis d'exercice ou la requête en délaissement forcé aux bonnes personnes. À défaut, les procédures entreprises pourraient être invalidées.

Dans la décision *Secur Finance (2004) inc. c. Gilbert*⁹³, l'épouse, mariée en société d'acquêts avec le débiteur, reproche au créancier hypothécaire de ne pas lui avoir signifié un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire. Bien que ne détenant aucun droit dans l'immeuble, l'épouse qui a présenté une demande en divorce et cessé d'habiter l'immeuble hypothéqué préalablement à l'inscription du préavis fait valoir que l'absence de signification du préavis à son endroit a eu pour effet d'affecter ses droits. Elle soutient qu'étant détentrice d'une créance sur l'ensemble du patrimoine familial au moment de l'exercice du recours hypothécaire, elle possède l'intérêt suffisant pour demander la rétractation du jugement, rendu par défaut contre le débiteur, et ordonnant le délaissement forcé ainsi que la prise en paiement de l'immeuble. Le tribunal partage son avis et ordonne la rétractation du jugement rendu en faveur du créancier hypothécaire.

Il est vrai que la Cour d'appel a décidé par le passé que si une personne est mariée sous le régime de la communauté de meubles et acquêts et que le bien hypothéqué consiste en un bien commun ou réservé, le préavis doit être signifié aux deux époux⁹⁴. Bien que ce jugement nous apparaisse mal fondé⁹⁵, la pratique la plus prudente commande de s'y conformer. À notre connaissance, il s'agit toutefois de la première fois qu'une telle exigence est appliquée en matière de société d'acquêts. Cette décision apparaît d'autant plus sévère que la dissolution de la société d'acquêts, contrairement à la communauté de biens, n'a jamais eu pour effet de conférer un droit réel dans les acquêts du conjoint. La dissolution du patrimoine familial

93. J.E. 2008-1917 (C.S.) (en appel).

94. *De Baere c. Lemieux*, [1977] C.A. 551. On a cependant déjà accepté que l'omission d'avoir fait signer l'acte d'hypothèque ainsi que d'avoir signifié le préavis et la requête en délaissement forcé à un conjoint qui détenait des droits sur le bien hypothéqué en vertu de son régime matrimonial, puisse être corrigée de façon rétroactive par une demande présentée au tribunal en vertu de l'article 399 C.c.Q. : *Banque Nationale du Canada c. Flores*, [1998] R.D.I. 450 (C.S.).

95. Pour une critique de ce jugement, voir Yvan DESJARDINS, « Dation en paiement d'un immeuble de la communauté », (1980-81) 83 *R. du N.* 367 et Marc BOUDREAULT, « Analyse des articles 1040a et suivants du Code civil », (1982-83) 85 *R. du N.* 3, 20.

ne confère également qu'un droit de créance contre le conjoint et aucun droit réel. Comme le jugement a été porté en appel, il sera intéressant de voir si cette décision sera ou non confirmée par la Cour d'appel.

CONCLUSION

Au cours de l'année 2008, plusieurs questions intéressantes ont été analysées par les tribunaux.

En rapport avec l'insaisissabilité des biens, la Cour d'appel a émis l'opinion, bien que celle-ci nous apparaisse mal fondée, que les conditions de l'article 2649 C.c.Q. étaient de nature impérative et devaient s'appliquer à une stipulation conventionnelle d'insaisissabilité ayant pris effet avant 1994. Elle a aussi jugé que les biens d'Hydro-Québec sont des biens de l'État et qu'à ce titre ces biens sont en principe insaisissables, sous réserve des exceptions prévues dans la loi constitutive de cette personne morale de droit public. Comme cette loi prévoit que l'exécution sur les biens d'Hydro-Québec ne peut être poursuivie que pour l'exécution des obligations de cette dernière, la Cour invalide une hypothèque légale de la construction ayant été inscrite par un sous-traitant en raison de l'absence d'obligation contractée par Hydro-Québec envers ce dernier. La Cour supérieure a par ailleurs reconnu la validité d'une hypothèque consentie sur des bâtiments construits sur des terres publiques par le détenteur d'un permis d'exploitation d'une érablière, parce que ce permis l'autorisait à construire ou à placer des bâtiments nécessaires à l'exploitation de cette érablière, ce qui équivalait à une renonciation de l'État à son bénéfice d'accession. La Cour supérieure a aussi apporté des précisions sur la nature et les effets d'un legs à titre d'aliments ainsi que sur l'application des conditions de l'article 2649 C.c.Q. relativement à une stipulation d'insaisissabilité.

En rapport avec une hypothèque conventionnelle, la Cour d'appel s'est penchée sur les effets découlant de l'assumption d'une hypothèque garantissant les obligations présentes et futures et conclu qu'une telle assumption ne pouvait avoir d'effet au-delà du montant de l'hypothèque. La Cour supérieure a par ailleurs reconnu que les exigences d'un acte notarié et d'un fondé de pouvoir s'appliquent à une hypothèque garantissant le paiement des obligations ou autres titres d'emprunt émis par un constituant mentionné à l'article 2692 C.c.Q. même si ces titres d'emprunt sont émis à un créancier unique.

En matière d'exercice d'un droit hypothécaire, la Cour supérieure a décidé que le préavis exigé par l'article 21 de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*⁹⁶ demeure requis même lorsque l'agriculteur a fait défaut de respecter un arrangement résultant d'une première demande de médiation et qu'un tel préavis doit être donné avant l'envoi d'un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire. La Cour supérieure a par ailleurs invalidé un préavis qui désignait à tort la conjointe du débiteur comme débitrice et qui n'indiquait pas que les recours hypothécaires étaient exercés seulement sur la moitié indivise des droits appartenant au débiteur. Un autre jugement de cette même Cour a par ailleurs décidé d'admettre la rétractation d'un jugement ordonnant le délaissement forcé et la prise en paiement d'un immeuble parce que le préavis et la requête n'avaient pas été signifiés à l'épouse, mariée en société d'acquêts avec le débiteur, mais en instance de divorce au moment de l'exercice des droits hypothécaires, même si cette dernière ne détenait aucun droit réel dans l'immeuble hypothéqué.

En raison de leur impact en droit des sûretés ou en raison des questions intéressantes qu'ils ont suscitées, ces jugements sont ceux qui, en 2008, méritaient, à notre avis, d'être soulignés de façon plus particulière.

96. L.C. 1997, c. 21.