

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DES SÛRETÉS

Élise Charpentier

Volume 120, numéro 1, 2018

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2017

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058342ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058342ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Charpentier, É. (2018). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DES SÛRETÉS. *Revue du notariat*, 120(1), 207–222. <https://doi.org/10.7202/1058342ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DES SÛRETÉS

Élise CHARPENTIER*

INTRODUCTION	209
1. L'existence de l'hypothèque.	209
1.1 L'exigence d'un écrit – hypothèque mobilière sans dépossession	209
1.2 La capacité de grever un bien d'une hypothèque. . .	210
1.3 L'obligation garantie	211
1.3.1 Le paiement des charges communes et des contributions au fonds de prévoyance	212
1.3.2 Le paiement d'une dette de jeu.	215
2. L'exercice des droits hypothécaires à la suite du défaut du débiteur.	217
2.1 Le contenu du préavis	218
2.2 La prise en paiement et l'article 2365 C.c.Q..	220
2.3 L'application de l'article 2779 C.c.Q..	221
2.4 La collocation des créanciers titulaires d'une hypothèque légale de la construction	221

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal.

INTRODUCTION

Au regard du droit des sûretés, les décisions rendues par les tribunaux en 2017 ne marquent pas un tournant. Quelques-unes ont néanmoins retenu notre attention en ce qu'elles appliquent des règles rarement discutées, alors que d'autres précisent la portée de solutions récemment établies. On s'intéressera d'abord aux jugements où se pose la question de l'existence même d'une hypothèque (1), puis à ceux où sont précisées les règles applicables à l'exercice des droits hypothécaires à la suite du défaut du débiteur (2).

1. L'existence de l'hypothèque

Cette première section illustre bien la variété des motifs qui peuvent être soulevés afin de remettre en question l'existence même d'une hypothèque valide. Ces motifs peuvent s'appuyer sur les conditions substantielles d'existence de l'hypothèque ou sur des conditions de forme.

1.1 L'exigence d'un écrit (l'hypothèque mobilière sans dépossession)

De prime abord, le texte de l'article 2696 du *Code civil du Québec* semble clair. On peut donc s'étonner de ce que la portée de cette disposition ait fait l'objet d'un litige. Le texte de l'article se lit comme suit : « L'hypothèque mobilière sans dépossession doit, à peine de nullité absolue, être constituée par écrit. » La question de savoir ce qu'est un « écrit » peut toutefois se poser, comme l'illustre bien l'affaire *Delaney Technologies inc. c. Cyr*¹.

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si une hypothèque pouvait résulter d'une transaction non signée ni homologuée. Bien qu'il en soit arrivé à la conclusion que la transaction n'avait jamais pris naissance, le juge est amené à se demander si un projet de transaction – qui n'est pas un acte authentique, ni un acte sous seing privé parce que non signé – peut néanmoins être considéré comme

1. 2017 QCCS 4701.

un écrit suffisant à la constitution d'une hypothèque. Le juge pose alors la question de savoir si la solution peut se trouver dans le texte de l'article 2831 C.c.Q. ou dans celui de l'article 2832. Il exclut l'application du premier puisque l'« hypothèque mobilière sans dépossession n'est pas un écrit habituellement utilisé par les parties dans le cours des activités des débitrices », et conclut que le second n'est pas pertinent lorsque l'écrit constitue une exigence de forme, comme c'est le cas lorsqu'il s'agit d'une hypothèque mobilière sans dépossession. Les observations du juge dépassent le cadre de ces articles en s'appuyant sur la fonction de l'exigence d'un écrit. Elles méritent d'être citées au long :

L'hypothèque mobilière doit être constituée par écrit. Cette exigence donne une certaine garantie sur la qualité de l'acte et vise à rassurer les créanciers et les débiteurs. La publication d'hypothèque mobilière sur la base d'un écrit non signé par le débiteur entraînerait une incertitude chez les créanciers, ce qui va à l'encontre des principes de stabilité propice aux échanges commerciaux et aux priorités entre les garanties prévues au *Code civil du Québec*. De plus, rappelons que les « autres écrits » [auxquels renvoie l'article 2832 C.c.Q.] sont considérés en matière de preuve afin d'établir les faits constatés par l'écrit. L'écrit fait preuve de son contenu. Cette preuve pourrait entraîner une homologation de l'écrit, ce qui n'est pas le cas sous étude. L'écrit requis à l'article 2696 C.c.Q. est une exigence de forme. En l'absence d'un écrit signé, l'hypothèque mobilière sans dépossession ne peut être constituée.²

À la suite de la lecture de cette décision, on peut déplorer que le législateur n'ait pas précisé le sens qu'il entendait donner au terme « écrit », ou employé un vocabulaire plus précis indiquant explicitement que l'hypothèque mobilière sans dépossession doit être constituée par acte sous seing privé ou par acte notarié en minute.

1.2 La capacité de grever un bien d'une hypothèque

Dans le jugement *Caisse d'économie Desjardins des Cantons c. A. Potvin Transport inc.*³, le litige, qui a donné lieu à une inscription en faux, résulte notamment de ce qu'au moment de la signature de l'acte d'hypothèque, la notaire n'avait pas en main la résolution de la compagnie autorisant le signataire, contrairement à ce qu'indique l'acte qui précise, par ailleurs, que la copie de la résolution était

2. *Ibid.*, par. 42.

3. 2017 QCCS 4726.

annexée à l'original, ce qui était évidemment inexact. Après la signature de l'acte, la notaire a reçu par la poste la résolution et l'a jointe à l'acte en y apposant la mention « reconnu véritable et signé par le(s) représentant(s) en présence du notaire pour être annexé à la minute 769 du notaire soussigné ». Cette mention ne reflétait pas la réalité.

La notaire avait toutefois une procuration qui accordait au mandataire le pouvoir d'accorder des hypothèques. De plus, lors d'une conversation téléphonique, elle avait obtenu la confirmation de la validité de la procuration et un consentement verbal. S'appuyant sur les exigences prescrites par le *Code civil du Québec*⁴ et par la *Loi sur le notariat*⁵ de même que sur la jurisprudence pertinente⁶ et la doctrine⁷, la juge en arrive à la conclusion que, dans ce contexte, l'acte ne doit pas être déclaré faux. Elle souligne toutefois « [qu']il aurait été certes préférable que la notaire [...] attende la réception des résolutions signées avant de finaliser l'acte, car cela aurait évité le présent débat », mais précise « que le témoignage de la notaire révèle que sa célérité à instrumenter l'acte et d'effectuer les démarches ultérieures dont les déboursés, n'était motivée que par un souci d'efficacité et aucunement en fonction d'un stratagème organisé et réfléchi »⁸.

1.3 L'obligation garantie

L'hypothèque est définie comme un droit affecté à l'exécution d'une l'obligation⁹. Celle résultant de la loi garantit le paiement des créances énumérées à l'article 2724 C.c.Q., alors que l'hypothèque conventionnelle « peut être consentie pour quelque obligation que ce soit »¹⁰.

4. Art. 2681, 2693, 2819 et 2988 C.c.Q.

5. RLRQ, c. N-3, art. 43, 52 et 56.

6. *Dupont c. Axa Assurances inc.*, 2012 QCCS 6381 (appel rejeté) ; *Finexcorp inc. c. 9157-8658 Québec inc. (Fusion concept)*, 2007 QCCS 1383.

7. Roger COMTOIS, *L'authenticité de l'acte notarié*, Répertoire de droit, « Pratique notariale », Doctrine – Document 3, Montréal, Chambre des notaires du Québec, juillet 1992 ; Alain ROY, *Déontologie et procédures notariales*, Montréal, Éditions Thémis, 2002 ; Jean-Claude ROYER et Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^e éd., par C. Piché, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016.

8. *Caisse d'économie Desjardins des Cantons c. A. Potvin Transport inc.*, préc., note 3, par. 87.

9. Art. 2660 C.c.Q.

10. Art. 2687 C.c.Q.

1.3.1 *Le paiement des charges communes et des contributions au fonds de prévoyance*

Les jugements retenus aux fins de cette section illustrent le principe selon lequel les règles relatives à l'hypothèque légale doivent être interprétées restrictivement.

Ainsi, l'article 2724 C.c.Q. prévoit que la « créance du syndicat des copropriétaires pour le paiement des charges communes et des contributions au fonds de prévoyance » peut donner lieu à une hypothèque légale, alors que l'article 2729 C.c.Q. précise que l'hypothèque peut être inscrite lorsque le copropriétaire est « en défaut, pendant plus de trente jours, de payer sa quote-part des charges communes ou sa contribution au fonds de prévoyance ». Ces textes sont clairs. On peut dès lors s'étonner que leur application ait donné lieu à des litiges.

Dans la première affaire, la question en litige était pourtant la suivante : est-ce que le syndicat peut inscrire valablement l'hypothèque en raison du non-paiement de pénalités par un copropriétaire ? Dans la seconde, la question était la même à ceci près qu'il s'agissait du non-paiement d'honoraires extrajudiciaires. Ces deux décisions illustrent bien l'importance qui doit être accordée à la rédaction de la déclaration de copropriété.

Dans la décision *Desjardins c. Jardins du Parc Jarry – phase I-B*¹¹, des pénalités avaient été imposées à une copropriétaire à la suite de l'agrandissement d'une terrasse et de la construction d'un module de rangement en contravention à la déclaration de copropriété. D'où l'inscription de l'avis d'hypothèque légale par le syndicat. La déclaration de copropriété comporte une clause assimilant la pénalité à une charge commune. Elle se lit comme suit :

Tout copropriétaire qui contrevient à l'une quelconque des dispositions du présent chapitre et qui fait l'objet de plaintes répétées auprès du conseil d'administration, devra, dans les trois (3) jours suivant la réception d'un avis à cet effet des administrateurs, cesser de contrevenir et corriger la situation, le cas échéant. À défaut de ce faire, le contrevenant se verra imposer une pénalité de CINQUANTE DOLLARS (50,00 \$) par jour et par contravention, laquelle sera payable sans délai au syndicat, sous réserves de tous autres recours.

11. 2017 QCCS 3417.

Les montants pouvant être dus à titre de pénalité seront considérés comme une charge commune due par le copropriétaire contrevenant, de telle sorte que le défaut d'acquitter les sommes dues donnera lieu à une hypothèque légale au bénéfice du syndicat.¹²

Bien que la déclaration de copropriété assimile la pénalité à une charge commune, en vertu de l'article 2724 C.c.Q., les seules créances qui peuvent donner lieu à une hypothèque légale sont celles du syndicat des copropriétaires pour le paiement des charges communes et des contributions au fonds de prévoyance. Se fondant sur les articles 1071 et 1072 C.c.Q., la juge conclut que la pénalité ne constitue pas une charge commune. Elle écrit : « [i]l importe de convenir qu'il y a une nette distinction entre une contribution impayée préalablement déterminée par un vote de l'assemblée des copropriétaires conformément aux exigences de la loi et un conflit portant sur l'interprétation d'un article ou d'une clause d'une déclaration de copropriété »¹³.

La juge explique clairement le fondement de sa conclusion : « [a]utoriser un syndicat à insérer un article qui assimile une pénalité à une charge commune équivaldrait à lui permettre de s'arroger un pouvoir de justicier et de museler, en quelque sorte, tout copropriétaire qui voudrait débattre de l'interprétation d'un article »¹⁴. Ce raisonnement doit être approuvé.

Cette décision met en lumière l'importance que revêt une bonne rédaction de la déclaration de propriété et qu'à défaut, les termes de l'acte contredisent parfois certaines dispositions du Code civil. Bien que le tribunal n'ait pas reconnu la validité de l'avis d'hypothèque du syndicat, celui-ci s'appuyait tout de même sur une clause de la déclaration de copropriété indiquant que les « montants pouvant être dus à titre de pénalité seront considérés comme une charge commune due ». En revanche, dans la décision *Syndicat des copropriétaires du Manoir de Foy c. Ayotte*¹⁵, l'avis d'hypothèque était manifestement contraire à la clause de la déclaration de copropriété définissant les charges communes.

12. *Ibid.*, par. 110 [nous soulignons].

13. *Ibid.*, par. 155.

14. *Ibid.*, par. 156.

15. 2017 QCCS 3489.

En l'espèce, le syndicat avait inscrit un avis d'hypothèque légale en raison du non-remboursement d'honoraires extrajudiciaires par un copropriétaire. La déclaration prévoit :

[l]es frais encourus par le syndicat pour faire respecter les dispositions des présentes [...] lui sont remboursables à demande par le copropriétaire en défaut. À titre indicatif, ces frais comprennent les frais de l'avocat représentant le syndicat dans toute cause l'opposant à ce copropriétaire en défaut en vue de faire respecter la déclaration de copropriété, dans la mesure où le syndicat obtient gain de cause soit par jugement ou par règlement hors cours [...].¹⁶

Le juge indique que cette clause est valide et qu'en conséquence, le syndicat a le droit d'obtenir le remboursement des honoraires extrajudiciaires. La question de savoir si l'hypothèque légale du syndicat peut garantir le paiement de ces honoraires se pose alors, comme le prévoit la clause, *in fine* : « Toute demande de paiement faite par le syndicat en recouvrement de ces frais est considérée comme une cotisation spéciale au copropriétaire concerné et son paiement est garanti par l'hypothèque légale existant en faveur du syndicat. »

Ce n'est évidemment pas le cas puisque 2724 C.c.Q. ne mentionne pas la cotisation spéciale ; il accorde plutôt au syndicat une hypothèque garantissant le paiement de « [l]a créance du syndicat des copropriétaires pour le paiement des charges communes et des contributions au fonds de prévoyance ». Le juge souligne par ailleurs que la définition des charges communes prévue à la déclaration de copropriété ne mentionne pas les honoraires extrajudiciaires¹⁷. En conséquence, l'avis d'hypothèque légale a été radié.

Par ailleurs, le syndicat ayant obtenu un jugement condamnant un copropriétaire à payer des honoraires extrajudiciaires peut néanmoins, conformément à l'article 2730 C.c.Q., grever la fraction du copropriétaire d'une hypothèque légale (résultant d'un jugement) valide.

16. *Ibid.*, par. 21

17. *Ibid.*, par. 38 : « Les charges dites communes comprennent toutes les dépenses résultant de la copropriété et de l'exploitation de l'immeuble ainsi que le fonds de prévoyance et tout autre fonds et plus particulièrement les dépenses de conservation, d'entretien et d'administration des parties communes, y compris le chauffage et le déneigement de ces parties le cas échéant, le coût des fournitures et de l'équipement des parties communes et d'une manière générale, le coût de réparation, de remplacement et de reconstruction. »

1.3.2 Le paiement d'une dette de jeu

L'hypothèque garantissant le paiement d'une dette de jeu ayant fait l'objet d'une reconnaissance de dette est-elle valide ? La question peut sembler théorique, mais c'est bien celle qui s'est posée dans l'affaire *Hooper c. Primeau*¹⁸, une décision intéressante à plusieurs égards.

En l'espèce, la dette était constituée d'une somme très importante (un peu plus de 500 000 \$) résultant d'une série de trois parties de « roche, papier, ciseau ». L'article 2629 C.c.Q. prévoit :

[l]es contrats de jeu et de pari sont valables [...] lorsqu'ils portent sur des exercices et des jeux licites qui tiennent à la seule adresse des parties ou à l'exercice de leur corps, à moins que la somme en jeu ne soit excessive, compte tenu des circonstances, ainsi que de l'état et des facultés des parties. [Nous soulignons]

Le jeu de hasard étant défini comme étant un « jeu où le sort seul décide sans qu'intervienne l'habileté »¹⁹, on peut s'étonner du passage où la juge explique que le jeu de « roche, papier, ciseau » peut être considéré comme un jeu licite en ce qu'il fait appel « à la seule adresse des parties ».

Quoi qu'il en soit, l'article 2629 C.c.Q. précisant que le contrat est valide « à moins que la somme en jeu ne soit excessive, compte tenu des circonstances, ainsi que de l'état et des facultés des parties », la juge conclut qu'en l'espèce, le contrat n'est pas valide. Donne-t-il néanmoins naissance à une obligation naturelle qui pourrait faire l'objet d'une reconnaissance de dette valide ?

La juge ne répond pas directement à cette question. Elle s'interroge plutôt sur l'effet qu'aurait eu le contrat de jeu s'il avait été valable et observe que :

[l]es articles 2629 et 2630 C.c.Q. font l'objet de peu de documentation ou de précédents. Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence répertoriées s'entendent pour dire que même si le législateur n'interdit pas les contrats de jeu non expressément autorisés, la nature particulière de

18. 2017 QCCS 4998.

19. *Dictionnaire de français Larousse*, « Jeu de hasard », en ligne : <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/hasard/39162/locution?q=jeu+de+hasard#172851>>.

ces contrats et leurs possibles ravages nécessitent de protéger les personnes vulnérables à l'encontre de l'exécution forcée d'une dette de jeu.²⁰

Elle se demande si l'obligation qui découle du contrat de jeu peut faire l'objet d'une novation : « [...] pour que la novation soit valide, encore faut-il que le contrat initial ou l'ancienne obligation le soit également »²¹. Ultimement, elle rejette l'idée que la reconnaissance de dette puisse transformer l'obligation non exécutoire en la rendant exécutoire. Elle écrit : « [l]e législateur ayant expressément prévu que la dette de jeu n'est pas exécutoire, la reconnaissance de dette contenue dans l'Hypothèque ne peut donner de droits additionnels à M. Primeau. Cela reviendrait à faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement »²². On notera que la doctrine considère généralement qu'une reconnaissance de dette ne constitue pas une novation, mais reconnaît que la reconnaissance d'une dette naturelle a pour effet de rendre celle-ci exécutoire²³.

La portée de l'article 2630 C.c.Q. n'est pas explicitement abordée. Cet article prévoit que « [l]orsque le jeu et le pari ne sont pas expressément autorisés, le gagnant ne peut exiger le paiement de la dette et le perdant ne peut répéter la somme payée ». Cet article doit être compris dans le contexte du précédent, c'est-à-dire que le contrat est valable lorsqu'il porte « sur des exercices et des jeux licites qui tiennent à la seule adresse des parties ou à l'exercice de leur corps, à moins que la somme en jeu ne soit excessive, compte tenu des circonstances, ainsi que de l'état et des facultés des parties », mais « le gagnant ne peut exiger le paiement de la dette et le perdant ne peut répéter la somme payée ». Cette règle est bien différente de celle apparemment en vigueur au moment où une décision citée par la juge a été rendue (en 1893). Dans *Clerk c. Brais*, on a considéré que la dette de jeu ne constitue pas une dette naturelle. Le passage cité par la juge montre que l'état du droit était différent à l'époque : « L'ordonnance de janvier 1629, art. 138, déclare que toute dette contractée pour jeu, et toute obligation et promesse faite pour jeu

20. *Hooper c. Primeau*, préc., note 18, par. 149.

21. *Ibid.*, par. 156.

22. *Ibid.*, par. 159.

23. Voir entre autres Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, n^o 3077, p. 1928-1929 et n^o 3080, p. 1932 ; Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 29, p. 38-41.

quoique déguisée est nulle et de nul effet et déchargée de toute obligation civile et naturelle. Ainsi aux yeux de la loi, le jeu n'engendrait pas d'obligation même naturelle. »²⁴

La conclusion de la juge est tout à fait acceptable dans le contexte où le contrat de jeu ou de pari n'est pas valable. On peut néanmoins se demander si la solution doit, comme elle le suggère, être la même lorsque le contrat est valable. Il me semble que dans la mesure où le législateur indique qu'un contrat est valable, on doit lui reconnaître certains effets. S'agissant d'un contrat bien particulier, le législateur a précisé que l'obligation qui résulte du contrat valide de jeu ou de pari n'emporte justement pas les effets d'une obligation civile ; elle s'apparente plutôt à ce qu'on qualifie généralement d'obligation naturelle. Celle-ci peut être définie comme une « [o]bligation juridique qui n'est susceptible que d'exécution volontaire »²⁵. Or ce type d'obligation peut faire « l'objet d'un engagement contractuel [liant] civilement le débiteur de l'obligation »²⁶. Dans cette perspective, la reconnaissance d'une dette de jeu ou de pari pourrait théoriquement être une obligation garantie par une hypothèque. La sûreté garantirait toutefois le paiement d'une somme qui ne peut pas être excessive « compte tenu des circonstances, ainsi que de l'état et des facultés des parties », comme le précise l'article 2629 C.c.Q. On pourrait donc prétendre que, dans la mesure où le perdant n'a pas été en mesure de payer la somme et a dû accorder une hypothèque sur l'un de ses biens pour en garantir le paiement, c'est que la somme en jeu est excessive, ce qui rend le contrat non valable et l'empêche de donner naissance à une obligation naturelle.

Cette décision constitue une bonne illustration de la règle selon laquelle l'hypothèque « n'est qu'un accessoire et ne vaut qu'autant que l'obligation dont elle garantit l'exécution subsiste »²⁷.

2. L'exercice des droits hypothécaires à la suite du défaut du débiteur

Au lendemain de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le régime juridique relatif à l'exercice des droits hypothécaires à la

24. *Hooper c. Primeau*, préc., note 18, par. 157 (citant *Clerk c. Brais* (C. Circuit, 1893-01), AZ-50304307, 4 C.S. 181).

25. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, « Obligation naturelle », p. 235.

26. *C.R. c. J.B.*, 2005 QCCA 547, par. 21. Voir aussi les auteurs cités *supra*, note 23.

27. Art. 2661 C.c.Q.

suite du défaut du débiteur laissait de nombreuses questions sans réponse. Depuis, ces questions ont inévitablement fait l'objet de litiges. Il faut donc reconnaître l'apport considérable des tribunaux en la matière. Les jugements retenus cette année démontrent que certaines questions demeurent ouvertes, ou précisent la portée de certains principes qui se dégagent de la jurisprudence.

2.1 Le contenu du préavis

L'article 2761 C.c.Q. permet au débiteur²⁸ de faire échec à l'exercice du droit du créancier en lui payant ce qui lui est dû ou en remédiant à l'omission ou à la contravention mentionnée dans le préavis et à toute omission ou contravention subséquente et, dans l'un ou l'autre cas, en payant les frais engagés. Le montant réclamé par le créancier est donc une information très importante puisque le paiement de celui-ci empêche le créancier d'exercer ses droits. En pratique, on constate que ce paiement est fréquent. Par exemple, pour la période de février 2017 à janvier 2018, environ 8 000 préavis ont été inscrits au Registre foncier contre 2 500 délaissements²⁹. Le droit de remédier au défaut est donc un droit qui est exercé par un grand nombre de débiteurs. Encore aujourd'hui, le sort d'un préavis indiquant un montant supérieur à celui que le créancier pouvait réclamer est une question controversée, comme l'illustrent deux décisions de la Cour supérieure.

Dans le jugement *Bureau c. Desjardins*³⁰, le juge, tout en reconnaissant qu'« [i]l est arrivé que les tribunaux en l'absence d'un préjudice, concluent à la validité d'un préavis affecté d'une lacune ou qui comportait une quelconque information erronée »³¹, conclut que la différence de plus de 30 000 \$ entre la somme réclamée dans le préavis (92 000 \$) et la somme due est « trop importante aux fins de considérer la validité du préavis »³². Selon le juge, « l'erreur majeure [...] dénature l'objectif prévu par le législateur, soit celui de pouvoir corriger le défaut à l'intérieur d'un délai de 60 jours ». Il con-

28. L'article précise que ce droit est également reconnu à celui contre qui le droit hypothécaire est exercé, comme à tout autre intéressé.

29. Voir JLR, *Tendances des mauvaises créances au Québec*, janvier 2018, en ligne.

30. 2017 QCCS 2582.

31. *Ibid.*, par. 43.

32. *Ibid.*, par. 48.

clut que le préavis d'exercice d'un droit hypothécaire de prise en paiement est en conséquence invalide.

La solution retenue dans la décision 9265-8756 *Québec inc. c. 9204-4114 Québec inc.*³³ est bien différente. Le tribunal, après avoir constaté que la créance était largement inférieure à celle réclamée, reconnaît néanmoins la validité du préavis. Il adopte toutefois une solution qui reflète, dans une certaine mesure du moins, l'importance de l'information du débiteur. Dans les situations où le juge constate que les conditions permettant l'exercice d'un droit hypothécaire sont satisfaites, le juge prononce la prise en paiement. Dans cette affaire, après avoir constaté l'existence d'une créance moindre, le juge accorde un délai afin de permettre son paiement, le prononcé du jugement sur la prise en paiement étant ajourné. Comme l'indique le juge, cette solution n'est pas originale ; elle a déjà été adoptée à au moins deux reprises³⁴.

Si la différence entre le montant réclamé et celui auquel le créancier a droit est suffisamment modeste pour être acceptable, cette approche pragmatique, en ce qu'elle évite les frais liés à l'inscription d'un nouveau préavis, devrait être approuvée. Toutefois, dans la mesure où, comme en l'espèce, le tribunal constate que la créance est de beaucoup inférieure à celle indiquée dans le préavis, la solution est-elle acceptable ? Dans une telle situation, on peut considérer que le préavis est invalide, comme l'illustre bien l'affaire *Bureau c. Desjardins*. Cette solution a l'avantage de refléter l'importance de la justesse de l'information contenue dans le préavis. Si on se place d'un point de vue fonctionnel, il n'est peut-être pas nécessaire d'exiger un nouveau préavis. Il nous paraît néanmoins essentiel que le juge reconnaisse et sanctionne le défaut du préavis, ce qu'il pourrait faire, non pas en exigeant un nouveau préavis, mais en accordant au débiteur un délai pour remédier au défaut équivalent à celui prévu par le législateur (ce qu'il n'a pas fait en l'espèce : le juge a accordé 30 jours au débiteur, plutôt que 60 jours comme le prévoit l'article 2758 C.c.Q. en matière immobilière).

33. 2017 QCCS 4657.

34. *Caisse populaire Desjardins de Rivière-du-Loup c. Denis*, 2002 CanLII 296 (QC C.S.) ; *Société d'hypothèques CIBC c. Ducharme*, [1998] R.D.I. 663 (C.S.), 1998 CanLII 9579 (QC C.S.).

2.2 La prise en paiement et l'article 2365 C.c.Q.

L'importance de l'information est également au cœur d'une décision de la Cour supérieure³⁵ mettant en scène une personne qui est l'âme dirigeante de deux compagnies, chacune étant créancière et titulaire d'une hypothèque. Dans l'acte constituant l'hypothèque de second rang, une caution garantit l'exécution de l'obligation. À la suite de la prise en paiement du bien par la créancière de premier rang, la créancière de second rang réclame le paiement à la caution. La question se pose de savoir si la caution peut efficacement soulever l'exception de subrogation³⁶ puisque la vente de l'immeuble aurait suffi à payer l'ensemble des créances garanties³⁷.

Assez curieusement, c'est sous l'angle d'un défaut d'information que le juge fonde sa décision. En l'espèce, il s'appuie sur l'absence de discussion entre la créancière et la caution au sujet de l'opportunité de procéder par vente sous contrôle de justice et sur le fait que celle-ci ignorait les intentions de la créancière de second rang. Il conclut ainsi : « [p]ourtant, la créancière avait une obligation d'information envers la caution au risque de lui causer préjudice au sens de l'article 2365 C.c.Q. »³⁸.

Contrairement à ce qu'écrit le juge dans la suite du jugement, la caution a été informée puisqu'elle a reçu le préavis. Le préjudice qui lui a été causé résulte du fait que la créancière de second rang n'a pas requis la vente du bien comme le lui permet l'article 2779 C.c.Q., et non « du fait que [la créancière de second rang] ne l'ait pas avisé[e] au préalable de son intention de procéder par prise en paiement plutôt que par vente sous contrôle de justice ou vente de gré à gré »³⁹. Or, la créancière de second rang n'a pas exercé la prise en

35. *Gestion Biltmore inc. c. Fiducie familiale 2D*, 2017 QCCS 4151 (déclaration d'appel, C.A., 2017-10-12, n° 500-09-027098-177).

36. Art. 2365 C.c.Q. : « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce dernier, s'opérer utilement en faveur de la caution, celle-ci est déchargée dans la mesure du préjudice qu'elle en subit. »

37. *Gestion Biltmore inc. c. Fiducie familiale 2D*, préc., note 35, par. 17 : « En l'instance, il est su que la vente subséquente de l'immeuble a rapporté 428 000 \$. En additionnant la créance de Mont-Val, soit 303 000 \$ à celle de Gestion Biltmore inc. au 30 avril 2012, soit 85 681,97 \$, nous pouvons constater que la créance totale s'élevait alors à 388 681,97 \$. Par voie de conséquence, la vente supporte largement le montant total des créances cumulées, le recours de Gestion Biltmore inc. doit donc être rejeté. »

38. *Ibid.*, par. 13.

39. *Ibid.*, par. 15.

paiement. Elle réclame le paiement de sa créance à la caution à la suite de la prise en paiement par la créancière de premier rang qui a entraîné la radiation de son hypothèque. Il s'agit d'une situation clairement visée par l'article 2365 C.c.Q.

2.3 L'application de l'article 2779 C.c.Q.

L'an dernier, on a noté que la Cour d'appel, dans l'arrêt *Fabrication Al-Will inc. c. KWP inc.*⁴⁰, a établi que lorsqu'un créancier hypothécaire a l'intention de prendre un bien en paiement, l'article 2779 C.c.Q. permet aux créanciers hypothécaires subséquents et au débiteur d'« exiger que le créancier abandonne la prise en paiement et procède lui-même à la vente du bien ou le fasse vendre sous contrôle de justice », jusqu'au moment où le jugement en délaissement est prononcé. La juge Bélanger précisait bien que cette demande peut être faite à la dernière minute⁴¹. En 2017, une décision de la Cour supérieure, *3184277 Canada inc. c. Bouwidard ltée*⁴², s'inscrit dans cette foulée. Le juge, s'appuyant sur la décision de la Cour d'appel, décide que la signification la veille du jour de l'audience de l'avis d'abandon de la prise en paiement ne constitue pas un motif de rejet.

Par ailleurs, cette affaire montre bien que l'application de l'article 2779 C.c.Q. doit parfois se faire en deux temps puisqu'il est bien difficile, au moment où on requiert la vente, de déterminer quelle est la somme qui doit être avancée pour la vente du bien. En l'espèce, le tribunal a accueilli l'avis exigeant l'abandon de la prise en paiement et a ordonné au créancier de fournir au débiteur l'estimation des frais engagés selon le mode de vente retenu dans les 30 jours et il a reporté le dossier.

2.4 La collocation des créanciers titulaires d'une hypothèque légale de la construction

Dans l'affaire *Financière Castleton ltée c. Robert Hardy inc.*⁴³, la Cour d'appel explique la portée de la théorie de la plus-value relative qu'elle a adoptée en 2012⁴⁴. On peut y lire :

40. 2016 QCCA 22.

41. *Ibid.*, par. 52.

42. 2017 QCCS 1276.

43. 2017 QCCA 1725.

44. *Construction Delaumar inc. c. Verrières Val des arbres inc. (Séquestre de)*, 2012 QCCA 985.

C'est donc un montant correspondant à la « plus-value relative » qui, au moment de distribuer les sommes provenant de la réalisation d'une garantie, revient exclusivement aux détenteurs d'une hypothèque légale de la construction, et non un montant correspondant à la « plus-value absolue », telle que fixée à la date de la fin des travaux. La plus-value relative correspond à un pourcentage du prix de vente net obtenu lors de la vente de l'immeuble sous contrôle de justice. Ce pourcentage est égal au rapport de la valeur marchande ajoutée par les travaux sur la juste valeur marchande totale de l'immeuble, ces deux valeurs étant fixées à la date de la fin des travaux. Le prix de vente net est le prix obtenu lors de la vente sous contrôle de justice moins les créances prioritaires.⁴⁵

La Cour a donc saisi cette occasion pour bien clarifier la méthode de calcul qui doit être appliquée lors de la préparation de l'état de collocation. Si elle pouvait sembler aller de soi, la précision qu'on trouve à la fin de la citation selon laquelle « [l]e prix de vente net est le prix obtenu lors de la vente sous contrôle de justice moins les créances prioritaires » est importante en ce qu'elle dissipe les doutes qui pouvaient subsister.

* * *

Parmi les décisions rendues en matière de sûreté cette année, soit environ 1 500, plusieurs sont très sommaires, le plus souvent rendues par défaut et ordonnent généralement l'exercice d'un droit hypothécaire après avoir constaté l'existence de la créance, le défaut du débiteur, le délaissement volontairement ou l'absence d'une cause valable d'opposition. En revanche, les décisions qui résultent d'un litige sur les faits ou le droit applicable, quoique peu nombreuses, s'appuient parfois sur des règles qui dépassent largement celles prévues au chapitre relatif au cautionnement ou au livre consacré aux priorités et aux hypothèques. Elles sont alors une invitation à l'analyse de règles qui trouvent rarement application (comme celles relatives au contrat de jeu ou de pari) et invariablement une source de réflexions très riches.

45. *Financière Castleton ltée c. Robert Hardy inc.*, préc., note 43, par. 28.