

Les sûretés en questions : Les tendances jurisprudentielles récentes

Marc Boudreault

Volume 29, Number 3, June 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035667ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035667ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Boudreault, M. (1998). Les sûretés en questions : Les tendances jurisprudentielles récentes. *Revue générale de droit*, 29(3), 275–306.
<https://doi.org/10.7202/1035667ar>

Article abstract

This text has a dual purpose. First, to review important judgements rendered in 1998 in the field of securities by relating them to the doctrine and the jurisprudence. Then, to emphasize the tendencies that are taking form with, if applicable, the difficulties and consequences arising from them. The judgements revised have been regrouped conveniently under ten questions.

DOCTRINE

Les sûretés en questions : les tendances jurisprudentielles récentes

MARC BOUDREAULT
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Ce texte a un double objectif. D'abord revoir quels sont les jugements marquants qui ont été rendus dans le domaine des sûretés en 1998 en les situant par rapport à la doctrine et la jurisprudence. Ensuite, faire ressortir les tendances qui se dessinent avec, le cas échéant, les difficultés ou les conséquences qui peuvent en découler. Les jugements ainsi retenus ont été regroupés, pour fins de commodité, sous forme de dix questions.

ABSTRACT

This text has a dual purpose. First, to review important judgements rendered in 1998 in the field of securities by relating them to the doctrine and the jurisprudence. Then, to emphasize the tendencies that are taking form with, if applicable, the difficulties and consequences arising from them. The judgements revised have been regrouped conveniently under ten questions.

SOMMAIRE

Introduction	276
Question 1 : Qu'advient-il de la créance d'une municipalité pour les taxes foncières impayées advenant une faillite du propriétaire de l'immeuble?	277
Question 2 : L'hypothèque garantit-elle, outre les frais judiciaires, le paiement des frais extrajudiciaires que le créancier a déboursés en vue de protéger ou de réaliser sa garantie?	280
Question 3 : Si une hypothèque immobilière a été consentie par une compagnie pour un terme de dix ans et que cette hypothèque est ensuite assumée par une personne physique, cette dernière peut-elle, après cinq ans, se prévaloir de l'article 10 de la <i>Loi sur l'intérêt</i> pour rembourser le créancier par anticipation?	283

Question 4 :	Si dans un acte d'hypothèque, l'immeuble a été décrit sous une ancienne désignation et que l'hypothèque a été inscrite sous cette ancienne désignation, l'inscription d'un avis de cadastre pourrait-il corriger, de façon rétroactive, la situation en question?.....	285
Question 5 :	Si une promesse de consentir une cession de rang a été consentie, mais que le promettant refuse par la suite d'exécuter sa promesse, est-il possible d'obtenir qu'un jugement soit rendu pour équivaloir à cette cession de rang?	287
Question 6 :	Le syndicat des copropriétaires peut-il réclamer le paiement des frais de copropriété impayés advenant que la fraction de copropriété fasse l'objet d'un recours de prise en paiement par un créancier détenant une hypothèque antérieure en rang?	288
Question 7 :	Peut-on faire renoncer à l'avance à une hypothèque légale de la construction?	293
Question 8 :	Si plusieurs personnes détiennent ensemble une créance contre un débiteur et que cette créance est garantie par une hypothèque sur les loyers que produit un immeuble, les droits découlant de cette hypothèque peuvent-ils être exercés par un seul des titulaires de cette créance ou faut-il que tous les titulaires de cette créance agissent ensemble?.....	293
Question 9 :	Si, suite à l'inscription d'un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire de prise en paiement, il y a délaissement volontaire de l'immeuble hypothéqué, est-il nécessaire, pour que le recours soit exercé, que le créancier confirme qu'il accepte de prendre l'immeuble en paiement?...	296
Question 10 :	Est-il essentiel que la caution et les débiteurs antérieurs consentent ou soient avisés lors du renouvellement d'un prêt hypothécaire?	299
Conclusion.....		304

INTRODUCTION

Le présent texte a essentiellement deux objectifs. D'abord revoir, en tenant compte de ce qui peut intéresser plus particulièrement les praticiens¹, quels sont les jugements les plus marquants qui ont été rendus en 1998. Ensuite situer ces jugements par rapport à la doctrine et la jurisprudence, en vue de faire ressortir les tendances qui se dessinent et, le cas échéant, les difficultés ou les conséquences qui peuvent en découler. Dans un

1. Ce texte a d'abord fait l'objet d'une conférence qui a été présentée à Hull le 5 mai 1999 devant l'Association des notaires de l'Outaouais. Les questions retenues ont donc été choisies en fonction de l'intérêt qu'elles pouvaient présenter pour des praticiens et plus particulièrement, pour des notaires.

but de commodité, les jugements retenus ont été regroupés sous forme de dix questions, d'où le titre du présent texte. Ces questions demeurent cependant indépendantes les unes des autres, leur seul point commun étant de se rattacher au domaine des sûretés.

QUESTION 1 :

QU'ADVIENT-IL DE LA CRÉANCE D'UNE MUNICIPALITÉ POUR LES TAXES FONCIÈRES IMPAYÉES ADVENANT UNE FAILLITE DU PROPRIÉTAIRE DE L'IMMEUBLE ?

On sait qu'en vertu de dispositions législatives particulières, les taxes foncières dues en vertu de la *Loi sur les cités et villes*², du *Code municipal*³, de la *Charte de la ville de Québec*⁴ et de la *Charte de la ville de Montréal*⁵ peuvent, outre la priorité prévue à l'article 2651(5°) C.c.Q., être garanties par une hypothèque légale à la condition qu'un avis d'hypothèque soit inscrit conformément au principe général énoncé à l'article 2725 C.c.Q.⁶

Si la municipalité a inscrit un avis d'hypothèque légale sur un immeuble *avant* que le débiteur ne fasse faillite, les taxes ainsi protégées seront reconnues comme une créance garantie au sens de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁷. L'hypothèque permet en effet à la municipalité de bénéficier d'un droit réel sur les immeubles concernés⁸. Les taxes ainsi garanties échappent donc à l'application de l'article 136(1)(e) L.F.I.⁹ puisque suivant cette disposition ces taxes constituent alors « un droit ou charge privilégié sur les biens immeubles du failli », ce qui leur permet d'éviter d'être considérées comme une simple créance prioritaire¹⁰. C'est ce statut de créan-

2. L.R.Q., c. C-19, art. 482.1 et 482.2.

3. L.R.Q., c. C-27.1, art. 982.1 et 982.2.

4. S.Q., 1929, c. 95, art. 265 et 556b.

5. S.Q., 1959-60, c. 102, art. 878 et 1179.1.

6. Ces mêmes dispositions prévoient, en outre, que toutes les taxes autres que foncières, de quelque nature qu'elles soient, sont également assimilées à une créance prioritaire sur les immeubles ou les meubles en raison desquels elles sont dues, au même titre et au même rang que les créances visées à l'article 2651(5°) du *Code civil du Québec*.

7. L.R.C. (1985), c. B-3, modifiée par L.C. 1992, c. 27, ci-après citée « L.F.I. ».

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

9. L'article 136(1)(e) L.F.I. accorde une priorité de paiement à l'égard des « taxes municipales établies ou perçues à l'encontre du failli dans les deux années précédant sa faillite et qui ne constituent pas un droit ou charge privilégié sur les biens immeubles du failli, [...] » (nos italiques).

10. Dans le cas d'une hypothèque légale inscrite contre un bien meuble en rapport avec lequel les taxes sont dues, la question est plus problématique. Selon Martine Lachance, lorsqu'une créance est couverte par l'article 136 L.F.I., le titulaire de cette créance se voit exclu de façon définitive de l'application de l'article 2 L.F.I. En conséquence, comme l'exception prévue à l'article 136(1)(e) L.F.I. ne s'applique qu'à des taxes conférant un droit ou une charge privilégiée sur les biens *immeubles* du failli, les taxes garanties par une hypothèque mobilière devraient donc être considérées comme tombant sous l'application de l'article 136 L.F.I. Les municipalités ne pourraient ainsi prétendre être créancières garanties

cier garanti, lorsque la municipalité a inscrit une hypothèque légale avant que la faillite ne survienne, que confirme l'affaire *147557 Canada Ltée (syndic de)*¹¹ et ce, en accord avec la doctrine et la jurisprudence antérieure¹².

Mais dans cette même affaire, la municipalité plutôt que d'exercer un recours hypothécaire choisit de procéder au moyen d'une vente pour taxes. Le juge doit alors décider si la procédure de vente pour taxes prise par la municipalité est suspendue ou non par l'effet de la faillite. Le juge constate qu'en raison de l'hypothèque légale inscrite contre l'immeuble avant la faillite, la municipalité a deux choix. Elle peut prendre un des recours hypothécaires prévus par le deuxième alinéa de l'article 2748 C.c.Q. Si elle opte pour un tel recours, elle peut alors l'exercer avant comme après la faillite, comme le reconnaît le second alinéa de l'article 69.3 L.F.I., puisqu'elle agit à titre de créancière garantie au sens de l'article 2 L.F.I.

Mais elle peut aussi se prévaloir de son recours de vente pour taxes suivant les articles 512 et suiv. de la *Loi sur les cités et villes*. Dans un tel cas, elle exerce non plus un recours hypothécaire, mais un recours qui résulte de son statut de créancière prioritaire, lequel ne lui confère aucun droit réel sur l'immeuble. Comme elle n'agit plus à titre de créancière garantie au sens de l'article 2 L.F.I., le juge Bilodeau en arrive à la conclusion que ce recours est suspendu par l'effet de la faillite en vertu de l'article 69.3 L.F.I. C'est à cette même conclusion qu'en arrive également deux autres jugements, soit *Hull (Ville de) c. Tsang*¹³ et *9046-7309 Québec inc. (Syndic de)*¹⁴. Autrement dit, on interdit à la municipalité de pouvoir jouer sur les deux tableaux à la fois. La municipalité ne peut pas, en se prétendant créancière garantie en vertu de son hypothèque, exercer d'autre part un recours qui lui résulte d'un autre droit qui ne lui confère pas un tel statut. Les

au sens de l'article 2 L.F.I. et ce, même si une hypothèque mobilière a été inscrite pour garantir le paiement de ces taxes. Voir M. LACHANCE, « L'efficacité des sûretés du Code civil du Québec en regard de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité », *Répertoire de droit/Nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Faillite et insolvabilité, Doctrine, Document 3, par. 14 et 42 (note 44), pp. 13 et 20. Voir aussi, en ce sens, l'arrêt *Restaurant Ocean Drive inc. (Syndic de)*, J.E. 98-118, [1998] R.J.Q. 30 (C.A.) confirmant J.E. 96-1087, [1996] R.J.Q. 1253 (C.S.) où il a été décidé qu'un locateur doit être colloqué comme créancier prioritaire en vertu de l'article 136(1)(f) L.F.I. même si ce locateur s'est fait consentir une hypothèque conventionnelle mobilière pour garantir le paiement du loyer.

11. J.E. 98-720, [1998] R.D.I. 243 (C.S.). Voir aussi, pour un *obiter* en ce sens, *Westmount (Ville de) c. Lacoursière*, J.E. 98-1532, [1998] R.D.I. 387, [1998] R.J.Q. 1784, (C.A.) confirmant *Kostadinova-Gantcheff (Syndic de)*, J.E. 96-2249, [1996] R.D.I. 603, [1996] R.J.Q. 3030 (C.S.).

12. M. LACHANCE, *loc. cit.*, note 10, par. 42 et suiv., p. 20; S. BERTHOLD, « Le paiement des taxes municipales dans un contexte de faillite », *Entracte*, Chambre des notaires du Québec, 15 octobre 1998, vol. 7, numéro 10, p. 7; *Château d'Amos Ltée (Syndic de)*, J.E. 97-1831 (C.S.) (en appel).

13. J.E. 98-1043, [1998] R.D.I. 343 (C.M.).

14. J.E. 98-1875, [1998] R.D.I. 587 (C.S.).

seuls recours qu'elle peut exercer malgré la faillite, sont ceux qui lui résultent du droit qui lui permet de bénéficier du statut de créancier garanti, c'est-à-dire les recours hypothécaires.

Qu'en est-il, par ailleurs, si l'avis d'hypothèque légale est inscrit après la faillite? Comme l'hypothèque légale n'est acquise, en vertu de l'article 2725 C.c.Q., que par l'inscription de l'avis d'hypothèque contre l'immeuble concerné, la municipalité ne peut plus, après la date de la faillite, acquérir le statut de créancière hypothécaire. C'est, en effet, à la date de la faillite qu'il faut, en vertu de l'article 69.3 L.F.I., se placer pour déterminer le statut d'un créancier. Deux jugements récents ont ainsi confirmé que la municipalité se retrouve forclosée d'inscrire un avis d'hypothèque légale contre les biens du failli après la date de la faillite. Il s'agit de *Westmount (Ville de) c. Lacoursière*¹⁵ et *9046-7309 Québec inc. (Syndic de)*¹⁶. Un tel avis, inscrit après la date de la faillite, pourra être radié à la demande du syndic.

Ceci dit, la municipalité détient également en vertu de l'article 2651(5°) C.c.Q. une priorité sur l'immeuble en rapport avec lequel les taxes foncières lui sont dues. Cette priorité ne lui accordant toutefois aucun droit réel dans le bien, mais seulement un droit de préférence, la municipalité ne peut prétendre bénéficier d'une créance garantie au sens de l'article 2 L.F.I. Elle ne bénéficie que de la priorité que lui reconnaît l'article 136(1)(e) L.F.I. C'est ce que confirment les quatre jugements précités, soit *147557 Canada Ltée (syndic de)*; *Hull (Ville de) c. Tsang*; *Westmount (Ville de) c. Lacoursière* et *9046-7309 Québec inc. (Syndic de)*¹⁷.

Un autre jugement, soit *Beaupré (Ville de) c. 3102-8566 Québec inc.*¹⁸, précise par ailleurs que si les sommes disponibles ne permettent pas de payer totalement la municipalité, cette dernière ne conserve aucun recours contre le propriétaire subséquent de l'immeuble¹⁹. On considère que si le recours qu'accorde l'article 498 L.C.V. à l'égard de tout acquéreur de l'immeuble pouvait être opposé à un tiers qui achète l'immeuble du syndic de la faillite, ce recours forcerait alors le syndic à acquitter ces taxes, ce qui entrerait en conflit avec les principes de collocation prévus par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Or, on sait qu'une loi provinciale, comme l'a encore

15. J.E. 98-1532, [1998] R.D.I. 387, [1998] R.J.Q. 1784, (C.A.) confirmant *Kostadinova-Gantcheff (Syndic de)*, J.E. 96-2249, [1996] R.D.I. 603, [1996] R.J.Q. 3030 (C.S.).

16. J.E. 98-1875, [1998] R.D.I. 587 (C.S.).

17. Voir aussi au même effet *Complexe Furama inc. (Syndic de)*, J.E. 95-1200 (C.S.); *Gore (Municipalité du canton de) c. Brunton-Tiplady*, J.E. 95-1927 (C.Q.); *Château d'Amos Ltée (Syndic de)*, J.E. 97-1831 (C.S.) (en appel). Pour un jugement contraire, où on avait décidé qu'à défaut par la municipalité d'avoir inscrit son hypothèque légale, celle-ci devait être considérée comme un créancier ordinaire, voir *Manufacturier de bas Siebruck Ltée (Syndic de)*, [1996] R.D.I. 590 (C.S.) infirmant J.E. 96-1514, [1996] R.D.I. 400 (C.S.).

18. J.E. 98-1698, [1998] R.D.I. 511 (C.Q.) (en appel).

19. Voir aussi en ce sens *Château d'Amos Ltée (Syndic de)*, J.E. 97-1831 (C.S.) (en appel) et S. BERTHOLD, *loc. cit.*, note 12.

rappelé récemment la Cour d'appel dans *Restaurant Ocean Drive inc. (Syndic de)*²⁰, ne peut avoir pour effet de modifier l'ordre de paiement prévu à l'article 136 L.F.I.²¹. Sylvie Berthold²² rappelle qu'au cas de vente de l'immeuble par le syndic, il faut donc que les taxes dues jusqu'au jour de la faillite²³ soient payées par le syndic en fonction des sommes disponibles, et non par le notaire, malgré l'habitude qui prévaut normalement de payer ces taxes pour garantir un titre clair à l'acheteur. Dans un tel cas, comme nous venons de le mentionner, l'acheteur achètera l'immeuble libre de toutes taxes impayées jusqu'au jour de la faillite et ce même si la municipalité n'a pas reçu du syndic le plein paiement de ce qui lui était dû.

QUESTION 2 :

L'HYPOTHÈQUE GARANTIT-ELLE, OUTRE LES FRAIS JUDICIAIRES, LE PAIEMENT DES FRAIS EXTRAJUDICIAIRES QUE LE CRÉANCIER A DÉBOURSÉS EN VUE DE PROTÉGER OU DE RÉALISER SA GARANTIE?

On peut d'abord rappeler que plusieurs jugements ont été appelés à interpréter les termes de l'article 2761 C.c.Q. en rapport avec ce que signifie le paiement des « frais engagés » dont fait état cet article. On sait que cet article s'applique lorsque, suite à l'inscription par un créancier d'un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire, une personne veut se prévaloir soit du droit de payer au créancier ce qui lui est dû, soit du droit de remédier aux omissions et contraventions. On exige alors, dans l'un et l'autre cas, que la personne paie « les frais engagés » par le créancier pour l'exercice de ses droits. Plusieurs jugements ont déjà décidé que l'on devait inclure dans ces frais, les frais extrajudiciaires que le créancier a dû déboursier, lui permettant ainsi de réclamer le remboursement des honoraires qu'il a payés à ses avocats²⁴.

Plusieurs jugements récents portent à nouveau sur cette question. Deux répondent par la négative : *Sico inc. c. Entreprises Solis Viera inc.*²⁵ et

20. J.E. 98-118, [1998] R.J.Q. 30 (C.A.) confirmant J.E. 96-1087, [1996] R.J.Q. 1253 (C.S.).

21. Voir *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national du Canada*, (1995) 3 R.C.S. 453; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, (1989) 2 R.C.S. 24; *Banque fédérale de développement c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, (1985) 1 R.C.S. 785; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35.

22. S. BERTHOLD, *loc. cit.*, note 12.

23. Dans *Beaupré (Ville de) c. 3102-8566 Québec inc.*, J.E. 98-1698, [1998] R.D.I. 511 (C.Q.) (en appel), le juge considère qu'il s'agirait de toutes les taxes dues jusqu'à la date de la réclamation présentée au syndic par la municipalité.

24. *Robitaille c. Mackay*, J.E. 95-1698, [1995] R.D.I. 523 (C.S.); *Syndicat des copropriétaires de L.O. Grothe c. 2641-4672 Québec inc.*, J.E. 96-275, [1996] R.D.I. 145, [1996] R.J.Q. 497 (C.Q.); 2866-0884 *Québec inc. c. Doyon*, [1996] R.D.I. 215 (C.S.); *Banque Hongkong du Canada/Hongkong Bank of Canada c. Conner*, [1996] R.D.I. 245 (C.S.) (en appel); *Banque de Montréal c. Plourde*, [1996] R.D.I. 250 (C.S.).

25. J.E. 98-885, [1998] R.D.I. 332 (C.Q.).

*BT-PR Realty Holdings inc. c. Place Fortier, société en commandite*²⁶. Suivant ces jugements, le remplacement des termes « frais » ou « frais encourus » utilisés au *Code civil du Bas Canada*²⁷ par les termes « frais engagés », ne pourrait suffire en soi à renverser la jurisprudence antérieure qui décidait que seuls les frais judiciaires pouvaient être réclamés par le créancier hypothécaire. Trois autres jugements optent cependant pour la solution favorisant l'inclusion des frais extrajudiciaires venant ainsi s'ajouter à une tendance qui paraît de plus en plus majoritaire : *Banque Commerciale Italienne du Canada c. Sœurs du Bon-Pasteur de Québec*²⁸; *Gicleurs automatiques du Québec Ltée c. Saima Construction inc.*²⁹; *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Ducharme*³⁰.

Comme on pouvait s'y attendre, le débat commence également à s'étendre à l'article 2667 C.c.Q. Cet article prévoit que : « L'hypothèque garantit, outre le capital, les intérêts qu'il produit et les frais légitimement engagés pour les recouvrer ou pour conserver le bien grevé. » Peut-on inclure dans les frais garantis par l'hypothèque, les frais extrajudiciaires que le créancier a payés soit pour conserver le bien grevé soit pour recouvrer sa créance? Si la réponse est affirmative, cela signifie que dans tout ordre de collocation, le créancier hypothécaire pourrait réclamer non seulement le paiement de ses frais judiciaires, mais également le paiement de ses frais extrajudiciaires.

Cinq jugements récents traitent de cette question. Dans les deux premiers, soit *Sico inc. c. Entreprises Solis Viera inc.*³¹ et *BT-PR Realty Holdings inc. c. Place Fortier, société en commandite*³², dont nous avons déjà parlé ci-haut, on conclut que la différence de terminologie entre l'article 2017 C.c.B.C. et l'article 2667 C.c.Q. n'est pas suffisante en soi pour conclure à une modification du droit antérieur. On indique également que rien dans les *Commentaires du ministre de la Justice*³³ ne laisse croire qu'il était de l'intention du législateur de modifier le droit sur ce point. Mais dans les trois autres jugements, dont un de la Cour d'appel, on adopte la position contraire :

26. J.E. 98-1042 (C.S.). Au même effet, voir également *Roberge c. Caisse populaire Desjardins Ste-Rose de Laval*, [1995] R.D.I. 497 (C.S.).

27. C.c.B.C., art. 1040b et 2017.

28. J.E. 98-23, [1998] R.J.Q. 115 (C.S.) (en appel).

29. J.E. 98-1273, [1998] R.D.I. 508 (C.Q.).

30. J.E. 98-2409, [1998] R.D.I. 663 (C.S.).

31. J.E. 98-885, [1998] R.D.I. 332 (C.Q.).

32. J.E. 98-1042 (C.S.).

33. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 2667 C.c.Q., p. 1670. Ce commentaire se lit comme suit : « [...] En second lieu, l'article utilise l'expression *les frais légitimement engagés pour les recouvrer ou pour conserver le bien hypothéqué* plutôt que celle du droit antérieur : *tous les frais encourus*. Outre que cette expression a semblé plus précise et correcte, elle indique la nature des frais admissibles et permet, par l'emploi du qualificatif *légitimement*, une certaine appréciation quant à leur caractère. Les frais visés sont donc ceux qui ont été engagés pour recouvrer le capital et les intérêts ou pour conserver le bien, tels les primes d'assurance et les impôts fonciers » (nos italiques).

*Distribution Toiture mauricienne inc. c. Développement Élégantes Rive-Nord inc.*³⁴; *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Ducharme*³⁵; *164618 Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*³⁶. Dans ce dernier jugement, la Cour d'appel est appelée à décider de la validité, eu égard à l'article 8 de la *Loi sur l'intérêt*³⁷, d'une clause de l'acte d'hypothécaire prévoyant le remboursement par le débiteur de tous les frais engagés par le créancier hypothécaire, clause que ce dernier interprète comme incluant les frais extrajudiciaires.

Le juge Rothman, à l'opinion duquel souscrit la juge Zerbisias, déclare que l'expression « frais engagés » de l'article 2667 C.c.Q. est suffisamment large pour couvrir les frais extrajudiciaires raisonnables³⁸ qu'un créancier hypothécaire a dû payer pour recouvrer sa créance. Il décide ensuite que cette clause ne contrevient pas à l'article 8 L.I. et que, par conséquent, elle est valide.

Le juge Gendreau exprime sa dissidence. Selon lui, l'article 8 L.I. ne permet de réclamer que de l'intérêt sur les intérêts. Une clause permettant de réclamer des frais extrajudiciaires doit être considérée comme une charge qui en cas de défaut s'ajoute à l'intérêt, charge qui serait donc nulle en vertu de l'article 8 L.I. Selon lui, c'est ce genre de clause que semble bien avoir interdit la Cour suprême dans les arrêts *Immeubles Fournier inc. c. Construction St-Hilaire Ltée*³⁹ et *Tommell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*⁴⁰.

Suivant cette opinion du juge Gendreau, il serait donc possible que les frais extrajudiciaires ne puissent pas être réclamés en s'appuyant sur l'article 8 L.I. et sur les interprétations antérieures que la Cour suprême a faites de cet article. Cette solution ne nous satisfait cependant qu'en partie. Puisque l'article 8 L.I. ne vise que les hypothèques immobilières, l'interprétation large de l'expression « frais engagés » demeurerait possible lorsqu'il s'agit d'une hypothèque mobilière. À notre avis, cette nouvelle tendance à

34. J.E. 98-423 (C.Q.).

35. J.E. 98-2409, [1998] R.D.I. 663 (C.S.). Aux termes de l'article 2667 C.c.Q., ces frais doivent être « légitimement engagés ». Le juge décide que le tribunal jouit donc d'une certaine discrétion dans l'appréciation des frais qui répondent à cette exigence.

36. J.E. 98-1976, [1998] R.D.I. 582, [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.) conf. J.E. 96-426, [1996] R.D.I. 107, [1996] R.J.Q. 470 (C.S.).

37. L.R.C. (1985), c. I-15, ci-après citée « L.I. ». Cet article se lit comme suit :

Il ne peut être stipulé, retenu, réservé ou exigé, sur des arrrages de principal ou d'intérêt garantis par hypothèque sur biens-fonds, aucune amende, pénalité ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur ces arrrages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré.

Le présent article n'a pas pour effet de prohiber un contrat pour le paiement d'intérêt, sur des arrrages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas celui payable sur le principal non arriéré.

38. Cette opinion rejoint celle qui a été retenue dans *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Ducharme*, J.E. 98-2409, [1998] R.D.I. 663 (C.S.); *Résidences Beaconsfield c. Gazdar*, J.E. 97-563 (C.Q.); *2866-0884 Québec inc. c. Doyon*, [1996] R.D.I. 215 (C.S.).

39. [1975] 2 R.C.S. 2.

40. [1978] 1 R.C.S. 974.

vouloir inclure les frais extrajudiciaires parmi les frais que peut réclamer un créancier hypothécaire crée une distorsion par rapport aux autres créanciers qui nous apparaît inéquitable.

Comment expliquer, en effet, que dans un même ordre de colloca-tion, le créancier qui réclame le paiement de ses frais de justice, de même que les créanciers prioritaires et les créanciers ordinaires qui auraient encouru des frais extrajudiciaires en vue de recouvrer leur créance ne puissent réclamer le paiement de ces frais, alors que le créancier hypothécaire, en se fondant sur une interprétation discutable de l'article 2667 C.c.Q., pourrait être admis à le faire? Ne serait-il pas préférable de conclure que la nouvelle rédaction des arti-cles 2667 et 2761 C.c.Q. ne révèle aucunement l'intention du législateur de vouloir permettre le recouvrement des frais extrajudiciaires et, qu'au contraire, ces articles devraient plutôt être interprétés comme ne permettant pas que de tels frais puissent être réclamés ou garantis par l'hypothèque? On éviterait ainsi de conférer aux créanciers hypothécaires un avantage dont seuls ces der-niers pourraient jouir par rapport aux autres créanciers.

Il est à noter, de plus, que la tendance qui se dessine actuellement risque fort d'entraîner une augmentation de ces frais extrajudiciaires, augmen-tation acceptée tacitement ou voulue expressément par le créancier, dans le seul but de rendre la tâche encore plus difficile ou encore plus onéreuse pour ceux qui, comme le débiteur ou un créancier hypothécaire subséquent, pour-raient vouloir soit remédier aux défauts reprochés, soit rembourser le créan-cier. En effet, même si ces frais sont déraisonnables, il faudra d'abord à celui qui voudra empêcher le créancier hypothécaire d'exercer ses recours, payer la totalité de ces frais en indiquant que ce paiement est fait sous protêt quant à ceux qui paraissent être déraisonnables. Il faudra ensuite que cette personne exerce un recours en justice pour que les frais en question soient réexaminés. On voit donc que cette nouvelle solution ouvre la porte à des abus ou à des injustices non souhaitables. C'est pourquoi, il nous apparaîtrait, encore une fois, préférable que les articles 2667 et 2761 C.c.Q. soient plutôt interprétés comme ne permettant pas au créancier de réclamer des frais extrajudiciaires.

QUESTION 3 :

**SI UNE HYPOTHÈQUE IMMOBILIÈRE A ÉTÉ CONSENTIE PAR
UNE COMPAGNIE POUR UN TERME DE DIX ANS ET QUE CETTE HYPOTHÈQUE
EST ENSUITE ASSUMÉE PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE, CETTE DERNIÈRE
PEUT-ELLE, APRÈS CINQ ANS, SE PRÉVALOIR DE L'ARTICLE 10 DE LA
LOI SUR L'INTÉRÊT POUR REMBOURSER LE CRÉANCIER PAR ANTICIPATION?**

Dans le cas d'une créance garantie par une hypothèque immobi-lière, l'article 10 L.I.⁴¹ permet à un débiteur hypothécaire de rembourser, en

41. Cet article se lit comme suit :

Lorsqu'un principal ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds n'est pas payable, d'après les modalités de l'acte d'hypothèque, avant qu'il se soit

tout temps après cinq ans de la date de l'hypothèque, la totalité de sa dette moyennant le paiement d'une indemnité de trois mois d'intérêts et ce, nonobstant toute convention à l'effet contraire. En vertu du second alinéa, cette disposition ne s'applique cependant pas lorsque l'hypothèque a été consentie par une personne morale.

Qu'en est-il si l'hypothèque a été au départ consentie par une personne morale, pour garantir un prêt remboursable à l'expiration d'un délai de dix ans, mais que les immeubles ont ensuite été acquis par des personnes physiques qui ont assumé le paiement du prêt hypothécaire. Ces personnes physiques peuvent-elles, cinq ans après la constitution de l'hypothèque, se prévaloir de la faculté prévue à l'article 10 L.I.?

Confirmant le jugement de la Cour supérieure, la Cour d'appel répond par la négative dans *Laberge c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*⁴². Pour savoir si l'exception prévue au second alinéa de l'article 10 L.I. s'applique, il faut regarder non pas si l'immeuble appartient toujours à une personne morale, mais si l'hypothèque a été consentie par une personne morale, ce qui était le cas en l'espèce. Le fait que les acquéreurs aient assumé l'hypothèque n'a également pas changé la nature de cette hypothèque. Ces acquéreurs se sont simplement ajoutés à la personne morale à titre de débiteurs du prêt sans que l'hypothèque ne soit pour autant modifiée. En conséquence, les acheteurs ne peuvent se prévaloir de la faculté de remboursement par anticipation prévue par l'article 10 L.I.

Rappelons par ailleurs que si l'emprunt hypothécaire avait été, à l'origine, contracté solidairement par des personnes physiques et une personne morale, les personnes physiques auraient pu se prévaloir de l'article 10 L.I.⁴³.

écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque, alors, si, à quelque époque après l'expiration de ces cinq ans, la personne tenue de payer ou ayant droit de purger l'hypothèque, offre ou paie à la personne qui a droit de recevoir l'argent, la somme due à titre de principal et l'intérêt jusqu'à la date du paiement calculé conformément aux articles 6 à 9, en y ajoutant trois mois d'intérêt pour tenir lieu d'avis, nul autre intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable à une époque ultérieure sur le principal ni sur l'intérêt dû en vertu de l'acte d'hypothèque.

Le présent article n'a pas pour effet de s'appliquer à une hypothèque sur biens-fonds consentie par une compagnie par actions ou autre personne morale, non plus qu'aux débetures émises par une telle compagnie ou personne morale, dont le remboursement a été garanti au moyen d'hypothèques sur biens-fonds.

42. J.E. 98-1602, [1998] R.J.Q. 1956 (C.A.) confirmant J.E. 94-1343, [1994] R.D.I. 510, [1994] R.J.Q. 2211 (C.S.).

43. *Laberge c. Industrielle-Alliance (L'), compagnie d'assurance sur la vie*, J.E. 94-1342, [1994] R.D.I. 509, [1994] R.J.Q. 2207 (C.S.).

QUESTION 4 :

SI DANS UN ACTE D'HYPOTHÈQUE, L'IMMEUBLE A ÉTÉ DÉCRIT SOUS UNE ANCIENNE DÉSIGNATION ET QUE L'HYPOTHÈQUE A ÉTÉ INSCRITE SOUS CETTE ANCIENNE DÉSIGNATION, L'INSCRIPTION D'UN AVIS DE CADASTRE POURRAIT-IL CORRIGER, DE FAÇON RÉTROACTIVE, LA SITUATION EN QUESTION ?

La question s'est posée dans l'affaire *Masters (Syndic de)*⁴⁴. La débitrice est propriétaire d'un immeuble qui a fait l'objet d'une subdivision en juin 1990. En 1991, elle consent une hypothèque à la CIBC, mais l'immeuble est désigné sous l'ancienne désignation plutôt que sous la nouvelle. Le 23 janvier 1997, la débitrice fait faillite. Le 31 janvier 1997, la CIBC inscrit un avis de cadastre pour corriger son erreur de désignation. Le syndic prend une requête pour directives afin de déterminer si l'hypothèque de la CIBC lui est ou non opposable.

La première question qui se soulève est de savoir si l'avis de cadastre peut être utilisé pour régler le problème. Rappelons que dans le cas d'une hypothèque, l'article 2694 C.c.Q. exige une désignation précise de l'immeuble hypothéqué. Si la désignation de l'immeuble est erronée et ne permet pas d'identifier correctement l'immeuble hypothéqué, l'hypothèque est nulle. L'avis cadastral ne peut valoir. La seule solution consiste alors à recréer l'hypothèque avec la bonne désignation.

C'est d'ailleurs ce principe qui a été récemment appliqué dans l'affaire *Pelletier (Syndic de)*⁴⁵ où l'immeuble hypothéqué avait été identifié comme étant le lot 136-10 alors qu'il s'agissait plutôt du lot 136-11. L'hypothèque a été déclarée nulle même si toutes les personnes impliquées savaient que cette hypothèque avait été consentie par le propriétaire du lot 136-11 et même si un acte subséquent inscrit sur le bon lot faisait état de l'existence de cette hypothèque antérieurement consentie. Comme l'indique le juge, cette connaissance ou cette mention dans un acte subséquent ne peut suppléer à l'absence de publication. Cet argument rejoint le principe établi à l'article 2963 C.c.Q. à l'effet que « la connaissance acquise d'un droit non publié ne supplée jamais le défaut de publicité ».

Mais dans le cas sous étude, il ne s'agit pas d'une hypothèque créée sur le mauvais lot. Toutes les parties reconnaissent qu'il y a concordance entre l'immeuble subdivisé sur lequel a été inscrit l'avis de cadastre et la partie de lot qui a fait l'objet de l'hypothèque inscrite sur le lot originaire. La désignation contenue dans l'acte d'hypothèque permet donc d'identifier l'immeuble sur lequel l'hypothèque a été créée, répondant ainsi aux exigences de l'article 2694 C.c.Q. Par contre, en raison de la désignation non conforme aux exigences des articles 3032 et suiv. C.c.Q., l'acte ne peut être

44. J.E. 98-653, [1998] R.D.I. 223 (C.S.).

45. J.E. 98-261, [1998] R.D.I. 80 (C.S.).

correctement publié. Peut-on, pour corriger cette situation, recourir à un avis de cadastre? Suivant en cela la doctrine et la jurisprudence la plus récente⁴⁶, le juge Fournier reconnaît, dans de telles circonstances, la validité de ce moyen.

Reste à savoir maintenant si l'inscription de cet avis de cadastre peut avoir un effet rétroactif à la date d'inscription de l'hypothèque sur le lot originaire. À cette question, le juge Fournier répond clairement par la négative et ce encore une fois en conformité avec la doctrine et la jurisprudence sur la question⁴⁷. Comme l'indique le juge : « Cet effet et cette opposabilité ne sont pas rétroactifs en ce sens que l'hypothèque concernée par l'avis cadastral ne prend effet vis-à-vis les tiers qu'à compter de la date de l'inscription de l'avis cadastral »⁴⁸.

Le juge Fournier constate donc qu'au moment de la faillite, l'hypothèque de la CIBC n'était pas inscrite contre le lot subdivisé. Qu'en conséquence, cette hypothèque n'était pas opposable aux tiers. Que le syndic, défendant ici les droits des créanciers de la faillite, doit être considéré comme un tiers. Et que puisque c'est à la date de la faillite que l'on doit se placer pour déterminer quels sont les créanciers garantis, la CIBC ne pouvait, par un avis cadastral inscrit après la faillite, bonifier sa situation. Ses droits hypothécaires ont donc été déclarés inopposables au syndic.

Un dernier mot enfin pour rappeler qu'en 1997 dans l'affaire *Caisse populaire de Gatineau c. Korban*⁴⁹, le juge Plouffe en était venu aux mêmes conclusions que le juge Fournier dans l'arrêt précité, mais à une distinction près. Le litige opposait alors un créancier hypothécaire à un autre créancier hypothécaire, subséquent en date, mais qui avait inscrit son hypothèque sur le lot subdivisé avant que l'avis cadastral ne le soit. Le juge Plouffe avait alors décidé que même si l'avis cadastral ne peut avoir d'effet rétroactif, l'hypothèque ayant fait l'objet de l'avis cadastral pouvait être opposée à l'autre créancier hypothécaire dans la mesure où ce dernier avait eu connaissance de l'existence de cette hypothèque au moment où il avait lui-même acquis ses droits. Ce jugement avait été porté en appel, mais faute

46. D.-C. LAMONTAGNE, *La publicité foncière*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, par. 165, p. 93; J.-M. AUDET et al., « La désignation », *Répertoire de droit/Nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Titres immobiliers, Doctrine, Document 3, par. 123 et suiv., p. 29 et suiv.; J.-F. DELAGE et al., « La désignation », *Répertoire de droit* (ancienne série), Chambre des notaires du Québec, Titres immobiliers, Doctrine, Document 3, par. 37 et suiv., p. 20 et suiv.; *Jacques c. Francaeur*, J.E. 94-36 (C.S.); *Caisse populaire de Hull c. St-Louis*, [1994] R.D.I. 112 (C.S.) (en appel); *Caisse populaire de Gatineau c. Korban*, [1997] R.D.I. 230 (C.S.).

47. D.-C. LAMONTAGNE, *id.*, par. 164, p. 93; J. GAGNON, *L'examen des titres immobiliers*, 2^e éd., Sherbrooke, Éditions Quid Juris, 1994, p. 137 et suiv.; *Ferrailleurs du Québec Inc. c. Équipements Hardy Inc.*, J.E. 90-1073 (C.Q.); *2841-4761 Québec inc. c. Fondations André Lemaire inc.*, J.E. 95-1723, [1995] R.D.I. 550 (C.S.); *Léandre Jacques inc. c. Venditti*, J.E. 96-1121 (C.S.); *Caisse populaire de Gatineau c. Korban*, [1997] R.D.I. 230 (C.S.).

48. *Masters (Syndic de)*, [1998] R.D.I. 223, p. 227.

49. [1997] R.D.I. 230 (C.S.).

d'avoir demandé la permission d'en appeler, l'appel a été rejeté sans que la question ne soit entendue au fond⁵⁰. On peut souligner en rapport avec cette question que dans les deux jugements précités, des créanciers hypothécaires subséquents qui avaient inscrit en premier leur hypothèque sur le bon lot, avaient eu connaissance, au moment de la création de leur hypothèque, de l'existence d'une hypothèque précédemment consentie par le débiteur. Dans les deux jugements, même si cette question ne fait pas directement l'objet du litige, les juges notent que la connaissance d'une hypothèque publiée ne peut équivaloir à publication de l'hypothèque, comme le confirme l'article 2963 C.c.Q. À notre avis, cet argument aurait dû être pris en considération dans l'affaire *Caisse populaire de Gatineau c. Korban*.

Ainsi, la seule façon par laquelle un créancier subséquent pourrait, selon nous, être forcé de respecter une hypothèque consentie en premier, mais inscrite après la sienne sur le lot subdivisé, serait lorsqu'on peut déduire des circonstances que le second créancier a expressément ou tacitement consenti à une cession de rang en faveur du créancier antérieur en date. La seule connaissance de l'existence d'une hypothèque antérieurement consentie par le débiteur ne devrait cependant pas suffire, à elle seule, pour équivaloir à une cession de rang. La cession de rang est un contrat qui exige une manifestation claire de volonté de la part du contractant. Et le seul fait que l'acte d'hypothèque du second créancier fasse état de l'existence d'une hypothèque antérieurement consentie par le débiteur⁵¹, comme ce dernier est tenu de le déclarer en rapport avec les droits créés sur son immeuble, ne devrait pas pouvoir être considéré comme étant suffisant en soi pour équivaloir à une cession de rang tacite.

QUESTION 5 :

SI UNE PROMESSE DE CONSENTIR UNE CESSION DE RANG A ÉTÉ CONSENTIE, MAIS QUE LE PROMETTANT REFUSE PAR LA SUITE D'EXÉCUTER SA PROMESSE, EST-IL POSSIBLE D'OBTENIR QU'UN JUGEMENT SOIT RENDU POUR ÉQUIVALOIR À CETTE CESSION DE RANG ?

C'est la question qui se pose dans *Caisse populaire Desjardins de St-Paul c. 2858-3870 Québec inc.*⁵² Yves Malo est l'actionnaire et administrateur unique de deux sociétés, soit Les entreprises Malo inc. et 2858-3870 Québec Inc. Cette dernière société est propriétaire d'un immeuble sur lequel la Caisse populaire Desjardins de St-Paul détient une hypothèque de premier rang et Les entreprises Malo inc., une hypothèque de deuxième rang. 2858-3870 Québec inc. veut refinancer et augmenter son emprunt auprès de la Caisse populaire, ce qui suppose la création d'une nouvelle hypothèque en

50. *Caisse populaire de Gatineau c. Korban*, J.E. 99-48 (C.A.).

51. Cette déclaration est généralement faite par le débiteur. Si tel est le cas, il devient encore plus difficile de prétendre que cette déclaration pourrait lier le créancier hypothécaire.

52. J.E. 98-777, [1998] R.D.I. 253 (C.S.).

faveur de la Caisse et l'extinction de son hypothèque existante. La Caisse accepte de procéder ainsi à la condition que sa nouvelle hypothèque en soit une de premier rang. Pour ce faire, il faut donc que le créancier de second rang, soit Les entreprises Malo inc., accepte de consentir une cession de rang. Yves Malo, en tant qu'administrateur des deux sociétés impliquées (Les entreprises Malo inc. et 2858-3870 Québec inc.), accepte que ces exigences soient respectées. Par suite d'une erreur du notaire instrumentant, il n'est cependant pas fait état, dans le nouvel acte d'hypothèque de la Caisse, de la cession de rang.

Pendant les deux années qui suivent, Yves Malo se comporte et reconnaît dans divers documents l'existence d'une hypothèque de premier rang en faveur de la Caisse. Suite à la faillite de 2858-3870 Québec inc., l'erreur finit cependant par être découverte. La Caisse demande alors à Les entreprises Malo inc. de signer un acte de cession de rang de façon à ce que la Caisse puisse réintégrer son premier rang, ce que Les entreprises Malo inc. refuse de faire. La Caisse prend donc une requête visant à faire déclarer prioritaire sa créance hypothécaire. Considérant que Les entreprises Malo inc. s'était engagée à consentir une cession de rang, le juge Trudel reconnaît que celle-ci peut être accordée par le tribunal.

Ce jugement confirme tout comme l'avait fait un autre jugement précédemment⁵³, la possibilité qu'une promesse de cession de rang puisse être exécutée, au cas de défaut du promettant de respecter son engagement, par voie judiciaire. Il s'agit là en fait d'une simple application de l'article 1590 C.c.Q. qui reconnaît le droit de forcer l'exécution en nature d'une obligation. On rejoint ici la même solution que celle adoptée dans le cas des promesses de vente où le défaut par une partie de respecter sa promesse donne droit à l'autre partie de prendre une action en passation de titres et d'obtenir un jugement qui tiendra lieu d'acte de vente⁵⁴.

QUESTION 6 :

LE SYNDICAT DES COPROPRIÉTAIRES PEUT-IL RÉCLAMER LE PAIEMENT DES FRAIS DE COPROPRIÉTÉ IMPAYÉS ADVENANT QUE LA FRACTION DE COPROPRIÉTÉ FASSE L'OBJET D'UN RECOURS DE PRISE EN PAIEMENT PAR UN CRÉANCIER DÉTENANT UNE HYPOTHÈQUE ANTÉRIEURE EN RANG ?

On sait qu'en vertu de l'article 2729 C.c.Q., l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires n'est acquise et ne prend rang qu'à compter

53. *Kaussen c. Scanti Investments Ltd.*, [1981] C.S. 191. Une telle promesse de consentir à une cession de rang peut aussi se retrouver occasionnellement dans une promesse de vente, lorsque l'acheteur se finance en partie par l'obtention d'un prêt hypothécaire et en partie par un solde de prix de vente garanti par hypothèque. Il est alors fréquent que le promettant vendeur s'engage à céder priorité de rang en faveur du prêteur hypothécaire.

54. C.c.Q., art. 1712.

de l'inscription d'un avis d'hypothèque contre la fraction de copropriété concernée⁵⁵. Si au moment de l'inscription de cet avis, il existe déjà un créancier détenant une hypothèque sur le même bien, l'hypothèque du syndicat des copropriétaires viendra donc au deuxième rang. L'inconvénient que soulève cette solution, c'est qu'il sera souvent difficile pour le syndicat des copropriétaires, lorsque le copropriétaire devient insolvable ou en faillite, de recouvrer les frais de copropriété impayés. Et encore davantage lorsque le premier créancier hypothécaire entreprend un recours de prise en paiement qui aura pour effet, en vertu de l'article 2783 C.c.Q., d'entraîner la radiation des hypothèques de rangs subséquents⁵⁶.

Peut-il quand même y avoir un moyen par lequel le syndicat des copropriétaires pourrait obtenir que les frais dus par l'ancien copropriétaire lui soient payés? Un premier moyen serait à notre avis de plaider que ces frais ou une partie de ces frais donnent droit à une priorité en vertu de l'article 2651(1^o) C.c.Q. au titre de dépenses faites dans l'intérêt commun des créanciers. Il nous paraît en effet possible de soutenir que parmi ces frais impayés peuvent se retrouver des frais qui ont servi à conserver l'immeuble. On pourrait évidemment argumenter que si le législateur a choisi de garantir les frais de copropriété par une hypothèque, ces frais ne devraient pas pouvoir être garantis par une priorité. Mais à notre avis, ce choix du législateur ne devrait pas faire obstacle à ce que ces frais puissent aussi être garantis par une priorité. Dans la mesure où les frais réclamés répondent aux conditions de l'article 2651(1^o) C.c.Q., le syndicat des copropriétaires devrait pouvoir bénéficier de la priorité, de la même façon qu'un créancier hypothécaire peut, même s'il profite d'une hypothèque, bénéficier de la priorité établie à l'article 2651(1^o) C.c.Q. pour ses frais de justice et les dépenses qu'il a faites dans l'intérêt commun des créanciers.

Reste cependant à savoir comment cette créance prioritaire pourrait être opposée à un créancier hypothécaire si ce dernier plutôt que de faire vendre l'immeuble, le prend en paiement. En l'absence d'article indiquant clairement ce qu'il advient des priorités affectant un bien lorsque ce dernier est pris en paiement, les opinions divergent quant à savoir si ces priorités jouissent alors d'un droit de suite⁵⁷ ou si le créancier prioritaire bénéficie seulement du droit de forcer la vente du bien en vertu de l'article 2779

55. C.c.Q., art. 2663, 2941 et 2945.

56. Y compris l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires si cette hypothèque est d'un rang subséquent : *Compagnie Trust National c. Syndicat des copropriétaires de « Le 195, Longtin, La Prairie »*, J.E. 95-367, [1995] R.D.I. 122, [1995] R.J.Q. 541 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. Syndicat des copropriétaires de Le Balmoral*, J.E. 96-1124, [1996] R.D.I. 272 (C.Q.).

57. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, n^{os} 161 et 162, pp. 52 et 53.

C.c.Q. si on accepte d'interpréter cet article comme pouvant s'appliquer aux créanciers prioritaires⁵⁸.

Comme second moyen, il y aurait ensuite possibilité que le créancier puisse réclamer du créancier hypothécaire le paiement des frais devenus dus après que l'immeuble ait été volontairement délaissé. À compter de ce moment, le créancier devient en effet chargé de la simple administration du bien d'autrui⁵⁹. On pourrait donc soutenir qu'il a, à compter de ce moment, l'obligation de payer les frais de copropriété au fur et à mesure que ceux-ci deviendront exigibles⁶⁰. Cet argument a été soulevé dans une décision, mais sans que le juge ne se prononce au fond⁶¹.

Reste enfin un autre argument que pourrait tenter d'invoquer le syndicat des copropriétaires, soit que les frais de copropriété sont une charge qui peut être réclamée de tout propriétaire subséquent de la fraction de copropriété divise. L'article 1062 C.c.Q. prévoit en effet que la déclaration de copropriété lie les copropriétaires, leurs ayants cause et les personnes qui l'ont signée alors que l'article 1069 C.c.Q. indique que celui qui achète une fraction de copropriété divise peut demander un état des charges dues par le copropriétaire vendeur et que ce n'est que s'il n'a pas obtenu l'état dans les dix jours de sa demande, qu'il est libéré du paiement de ces charges. Mais peut-on appliquer ce droit de réclamer le paiement des charges d'un propriétaire subséquent lorsque le transfert de propriété survient suite à l'exercice d'un recours de prise en paiement ou suite à une vente de la fraction de copropriété sous l'autorité de la justice? Trois jugements récents se prononcent sur cette question.

Dans deux de ces jugements, soit *Société hypothécaire Scotia c. Syndicat de la copropriété du 6824, des Roseraies, Anjou*⁶² et *Banque Royale du Canada c. Syndicat Port Royal*⁶³, les juges en viennent à la conclusion que le créancier hypothécaire, qui devient propriétaire d'une fraction de copropriété suite à l'exercice d'un recours de prise en paiement, ne devient responsable du paiement des frais de copropriété qu'à compter du jugement en délaissement forcé. Ils considèrent que l'exercice du recours

58. Voir *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 97-2023, [1997] R.J.Q. 2873 (C.Q.) (en appel); M. BOUDREAULT, « Les sûretés », *Répertoire de droit/Nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Sûretés, Doctrine, Document 1, par. 651 et 661, pp. 152 et 155; D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1995, n° 575, p. 276.

59. C.c.Q., art. 2764, 2768 et 1301 et suiv.

60. C.c.Q., art. 1301.

61. *Syndicat des copropriétaires du Centenaire 1 c. Groupe Canam-Manac inc.*, [1997] R.D.I. 143 (C.Q.). Il s'agissait d'une requête en irrecevabilité d'une action en réclamation des frais de copropriété. Le juge a rejeté cette requête en considérant qu'il ne pouvait pas conclure que les charges de copropriété ne pouvaient pas être considérées comme des actes nécessaires à la conservation du bien ou utiles pour maintenir l'usage auquel le bien est normalement destiné. Il a donc décidé qu'un procès serait utile et nécessaire pour en décider.

62. J.E. 98-1523 (C.Q.).

63. J.E. 98-2368, [1998] R.D.I. 705 (C.Q.).

hypothécaire de prise en paiement éteint non seulement l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires de rang postérieur⁶⁴, mais libère également le créancier hypothécaire de toute responsabilité quant au paiement des frais dus par l'ancien copropriétaire. Ils précisent également que même si le créancier hypothécaire devient propriétaire rétroactivement à la date de l'inscription de son préavis, il ne devient pas pour autant responsable personnellement du paiement des charges échues entre la date d'inscription du préavis et la date du jugement en délaissement forcé. Le seul recours que conserve le syndicat des copropriétaires pour le paiement de ces frais antérieurs se limite à un recours personnel contre l'ancien copropriétaire.

Dans le troisième jugement, soit *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Syndicat de la copropriété Les Majestics M.G.-Phase I*⁶⁵, le juge aurait également été porté à conclure de la même façon n'eût été d'une particularité. La créancière hypothécaire avait, au moment de l'inscription de la déclaration de copropriété, signé cet acte en conformité avec les exigences de l'article 1059 C.c.Q. Cette dernière étant ensuite devenue propriétaire de trois unités par suite de l'exercice d'un recours de prise en paiement, le syndicat des copropriétaires inscrit un avis d'hypothèque légale pour le paiement des frais de copropriété dus par les anciens propriétaires. Se fondant sur l'article 1062 C.c.Q. qui prévoit que la déclaration de copropriété lie les personnes qui l'ont signée, le juge en arrive à la conclusion que la créancière hypothécaire doit être tenue au paiement de ces sommes puisque la déclaration de copropriété stipule que tout nouveau copropriétaire est tenu personnellement responsable des charges non payées par le copropriétaire antérieur. Le juge reconnaît toutefois qu'il en aurait probablement été tout autrement si la créancière n'avait pas signé ladite déclaration. L'exercice de son recours de prise en paiement aurait alors libéré cette dernière de l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires par application de l'article 2783 C.c.Q. N'eût été de la signature de la déclaration de copropriété et de l'interprétation que le juge fait de l'article 1062 C.c.Q. en rapport avec l'article 1059 C.c.Q., interprétation qui nous semble par ailleurs discutable, ce dernier jugement aurait donc été au même effet que les deux premiers.

Ces décisions vont dans le même sens qu'un jugement de la Cour d'appel⁶⁶, rendu en 1996 en rapport avec une situation antérieure à 1994, et où le litige fut tranché en vertu du *Code civil du Bas Canada*. Les administrateurs de la copropriété réclamaient alors le paiement des frais de copropriété dus par le copropriétaire antérieur à un créancier hypothécaire qui était devenu propriétaire de la fraction de copropriété suite à l'exercice d'une clause de dation en paiement. La Cour d'appel a décidé, à l'unanimité, que l'obligation de payer les charges de la copropriété devait être considérée

64. C.c.Q., art. 2783.

65. J.E. 98-670, [1998] R.D.I. 325 (C.Q.).

66. *Peluzo c. Crédit industriel Desjardins inc.*, J.E. 96-1965, [1996] R.D.I. 495 (C.A.).

comme un droit de nature personnelle et non réelle⁶⁷. Quant à savoir si l'exécution de cette obligation pouvait être réclamée à l'égard d'un créancier ayant exercé une clause de dation en paiement, la Cour s'est prononcée, à deux juges contre un⁶⁸, de façon négative. Un des arguments avancés au soutien de cette solution fut que si la dation en paiement avait pour effet de faire disparaître la sûreté réelle garantissant le paiement de ces charges⁶⁹, il serait illogique qu'un droit personnel puisse subsister contre le créancier hypothécaire. En conséquence, il fut décidé, que le paiement de ces sommes ne pouvait être réclamé personnellement du créancier hypothécaire.

Une solution semble donc se dessiner à l'effet qu'advenant l'exercice d'un recours de prise en paiement par un créancier hypothécaire de rang supérieur, le syndicat des copropriétaires ne peut réclamer le paiement des frais dus par l'ancien copropriétaire, ni du créancier hypothécaire, ni des acquéreurs subséquents. La solution devrait, en toute logique, être la même si le transfert de propriété de l'immeuble résulte d'une vente faite sous l'autorité de la justice. On pourrait cependant, pour essayer d'échapper à ce principe, plaider que ces frais peuvent bénéficier d'une priorité en vertu de l'article 2651(1°) C.c.Q. s'ils ont été faits dans l'intérêt commun des créanciers. On pourrait aussi, s'il y a eu délaissement volontaire, soutenir que l'obligation du créancier de payer ces frais commence à cette date en vertu des obligations que ce dernier assume comme personne chargée de l'administration du bien d'autrui. Reste enfin l'argument découlant de l'interprétation des articles 1059 et 1062 C.c.Q. que le syndicat pourrait

67. On doit quand même noter que le nouvel article 1069 C.c.Q. crée maintenant une obligation pour l'acheteur d'une fraction de copropriété divise de payer les charges dues par le copropriétaire vendeur, à moins que cet acquéreur n'ait pas obtenu l'état de ces charges dans les dix jours de sa demande. Pourrait-on considérer que cette obligation s'applique aussi à un créancier hypothécaire qui exerce un recours de prise en paiement ou à l'acquéreur d'une fraction de copropriété suite à une vente sous l'autorité de la justice? La Cour d'appel n'avait pas à répondre à cette question puisque le litige devait être réglé suivant les principes du C.c.B.C. On peut cependant penser que si la question leur avait été posée, la décision aurait été la même. Il serait en effet toujours aussi illogique qu'au cas d'exercice d'un recours de prise en paiement ou de vente sous l'autorité de la justice, le paiement des frais impayés puisse être réclamé du nouveau propriétaire du bien, alors que ces recours ont pour effet d'éteindre les sûretés qui peuvent exister sur le bien en vue de garantir le paiement de ces créances.

68. Le juge dissident était plutôt d'avis que si la déclaration de copropriété lie les copropriétaires et leurs ayants cause (441n C.c.B.C.; 1062 C.c.Q.), le créancier hypothécaire devrait, puisqu'il est un ayant cause, être lié par une clause de la déclaration de copropriété prévoyant que les copropriétaires subséquents sont tenus au paiement des frais de copropriété impayés.

69. Cette conséquence résultait alors de l'effet rétroactif d'une clause de dation en paiement qui entraînait l'extinction du privilège de l'administrateur d'un immeuble détenu en copropriété. La même conséquence demeure encore applicable dans le cas d'un recours hypothécaire de prise en paiement, mais cette fois en vertu des effets de l'article 2783 C.c.Q. à l'égard des hypothèques de rang postérieur.

tenter d'invoquer si jamais le créancier hypothécaire a signé la déclaration de copropriété.

Sous ces réserves, la créance du syndicat des copropriétaires apparaît donc assez vulnérable. Il aurait probablement été préférable de prévoir, un peu comme pour les hypothèques légales de la construction, une hypothèque de premier rang, plutôt qu'une simple hypothèque prenant rang à compter de sa date d'inscription. Dans la situation actuelle, on constate que ce seront souvent les autres copropriétaires qui devront assumer la perte résultant de l'inexécution par un copropriétaire de ses obligations, alors que le créancier hypothécaire de ce dernier bénéficiera souvent d'un immeuble mieux entretenu grâce aux dépenses qui auront été faites à même les charges de copropriété.

QUESTION 7 :

PEUT-ON FAIRE RENONCER À L'AVANCE À UNE HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA CONSTRUCTION ?

Un créancier peut toujours renoncer à une sûreté dont il bénéficie. Il peut aussi renoncer à l'hypothèque avant même que celle-ci ne naisse. C'est ce qui a encore été confirmé récemment dans l'affaire *Constructions Lavacon inc. c. Investissements Mario Desnoyers inc.*⁷⁰.

Le juge rappelle qu'il ne faut pas confondre la renonciation au droit de publier un droit qui est prohibée par l'article 2936 C.c.Q. et la renonciation à un droit, telle la renonciation à une hypothèque légale de la construction, qui est tout à fait possible. Cette décision s'ajoute à plusieurs autres jugements qui avaient déjà décidé dans le même sens⁷¹.

QUESTION 8 :

SI PLUSIEURS PERSONNES DÉTIENNENT ENSEMBLE UNE CRÉANCE CONTRE UN DÉBITEUR ET QUE CETTE CRÉANCE EST GARANTIE PAR UNE HYPOTHÈQUE SUR LES LOYERS QUE PRODUIT UN IMMEUBLE, LES DROITS DÉCOULANT DE CETTE HYPOTHÈQUE PEUVENT-ILS ÊTRE EXERCÉS PAR UN SEUL DES TITULAIRES DE CETTE CRÉANCE OU FAUT-IL QUE TOUS LES TITULAIRES DE CETTE CRÉANCE AGISSENT ENSEMBLE ?

C'est cette question qui s'est soulevée dans *Constantineau (Syndic de)*⁷². Plusieurs personnes avaient contribué à l'avancement des

70. J.E. 98-884, [1998] R.D.I. 274 (C.S.).

71. Voir *Leblanc c. Salvatore L. Briqueteur (1989) inc.*, J.E. 95-1694, [1995] R.D.I. 525 (C.S.); *Peintures Optimum c. Construction Château St-Marc inc.*, J.E. 96-2160, [1996] R.D.I. 391 (C.S.); *Industries Canatal inc. c. Immeubles Paul Daigle inc.*, [1996] R.D.I. 508 (C.A.); *Construction McNicoll inc. c. Royal Trust Co.*, J.E. 97-234 (C.A.) confirmant J.E. 93-1258 (C.S.). Voir aussi au même effet L. PAYETTE, *op. cit.*, note 57, n° 950, p. 310.

72. J.E. 98-1473, [1998] R.D.I. 416 (C.S.) (en appel).

fonds au débiteur, mais toutes ces personnes étaient désignées dans l'acte de prêt hypothécaire comme étant « le prêteur ». Le syndic prétendait que l'avis de retrait de percevoir les loyers était invalide parce qu'il n'avait pas été donné par toutes ces personnes.

Le juge constate qu'il n'y a aucun litige entre les personnes qui ont prêté. Seul le syndic soulève l'invalidité de l'avis. Le juge décide que les avis de retrait sont valables, même s'ils ont été donnés seulement par quelques personnes qui ont avancé les fonds, et qu'ils sont opposables au débiteur et au syndic. Pour arriver à cette solution, il examine surtout la question de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'obligation pour finalement conclure que dans les deux cas, sa décision aurait été la même.

Si on examine la question en rapport avec l'exécution de l'obligation elle-même, il y avait en fait deux questions qui se soulevaient. Il fallait d'abord s'interroger sur le caractère divisible ou indivisible de l'obligation⁷³. L'obligation consistait ici à payer une somme d'argent. Il s'agissait donc d'une obligation qui, par sa nature, était divisible à moins d'une convention contraire, ce qui n'était pas le cas⁷⁴. Il fallait ensuite déterminer si l'obligation était conjointe ou solidaire entre les créanciers⁷⁵. Comme c'est généralement le cas, on ne retrouvait à l'acte aucune stipulation de solidarité active, c'est-à-dire de solidarité entre les créanciers⁷⁶. En principe, chaque personne ayant avancé des fonds au débiteur ne pouvait donc réclamer et recevoir du débiteur que le paiement de sa part. Pour qu'il en ait été autrement il aurait fallu que l'obligation ait été stipulée indivisible⁷⁷, qu'il y ait eu stipulation de solidarité active⁷⁸ ou à tout le moins une convention à cet effet. Ces questions auraient pu présenter de l'intérêt si le litige avait été de savoir si le débiteur devait partager ses paiements entre les divers créanciers ou s'il pouvait faire ses paiements valablement à n'importe laquelle des personnes impliquées. Mais ces questions ne faisaient pas ici l'objet du litige.

73. C.c.Q., art. 1519-1522.

74. On ne prévoit généralement pas, en rapport avec l'obligation de payer une somme d'argent, que l'obligation sera considérée indivisible pour les deux parties. On ne veut pas, et avec raison, que l'obligation soit considérée indivisible à l'égard des héritiers du créancier. Si tel était le cas, cela permettrait à chaque héritier de recevoir le paiement complet de l'obligation de la part du débiteur, avec le risque que cet héritier ne remette pas aux autres héritiers leur part respective. Par contre, on stipule toujours que l'obligation sera considérée indivisible à l'égard des héritiers du débiteur si ce dernier est un particulier. Au cas de décès, on évitera ainsi que la dette se divise entre les héritiers de ce dernier. Le créancier pourra donc réclamer le paiement total de la dette de chacun des héritiers du débiteur en plus de ne pas avoir à supporter l'insolvabilité de l'un d'entre eux.

75. C.c.Q., art. 1518 et 1541-1544.

76. C.c.Q., art. 1541 et suiv. Si une telle stipulation était prévue, cela permettrait à chaque créancier de réclamer et de recevoir le paiement complet de l'obligation de la part du débiteur, avec le risque que celui qui reçoit ces sommes ne remette pas aux autres leur part respective.

77. C.c.Q., art. 1520.

78. C.c.Q., art. 1541.

La question consistait plutôt à savoir si l'exercice d'un droit résultant de l'hypothèque pouvait être exercé individuellement par l'un des créanciers ou s'il fallait que tous y concourent. Pour répondre à cette question, il faut alors non plus s'attacher à l'obligation principale, mais s'interroger sur le caractère divisible ou indivisible de l'hypothèque.

L'article 2662 C.c.Q. répond à cette question en édictant que : « L'hypothèque est indivisible et subsiste en entier sur tous les biens qui sont grevés, sur chacun d'eux et sur chaque partie de ces biens, malgré la divisibilité du bien ou de l'obligation ». Cette indivisibilité de l'hypothèque s'applique peu importe que l'obligation principale soit divisible ou indivisible. Il s'agit d'une caractéristique inhérente à toute sûreté réelle⁷⁹. Elle signifie deux choses. Premièrement que chaque partie du bien hypothéqué garantit la totalité de la dette et deuxièmement que chaque partie de la créance hypothécaire est garantie par la totalité des biens hypothéqués. Il découle de ce deuxième effet que si la créance hypothécaire se retrouve partagée entre plusieurs titulaires, comme dans le cas d'une obligation conjointe, d'un décès du créancier laissant plusieurs héritiers ou d'une cession ou subrogation partielle de la créance, chacun de ces titulaires peut, pour le montant qui lui est dû, faire valoir les recours découlant de l'hypothèque sur l'ensemble des biens affectés. Advenant que plusieurs de ces titulaires exercent simultanément le même recours hypothécaire, les sommes perçues devraient en principe être réparties entre ces personnes, à moins que l'une d'entre elles ne détienne le droit d'exercer ses recours par préférence aux autres⁸⁰. Tous les titulaires de la créance pourront aussi être colloqués, soit en proportion de leurs droits, soit suivant l'ordre de préférence existant entre eux, si le recours hypothécaire exercé en est un qui, comme dans le cas d'une vente sous contrôle de justice, mène à la collocation de la totalité de la créance hypothécaire.

Ce ne serait que lorsque recours exercé est en soi un recours qui ne peut être divisé qu'il serait fait exception au principe suivant lequel chaque titulaire d'une partie de la créance hypothécaire peut exercer ses recours sur l'ensemble des biens affectés par l'hypothèque. Ainsi, s'il s'agissait d'exercer un recours de prise en paiement, le consentement de toutes les personnes détenant des droits dans la créance garantie serait, selon nous, requis⁸¹, puisque les effets de ce recours nous paraissent être

79. La même caractéristique est énoncée pour les priorités au second alinéa de l'article 2650 C.c.Q. C'est ce principe qu'on appliquerait également pour un droit de rétention ou encore pour une garantie en vertu de la *Loi sur les banques*.

80. Un tel droit de préférence peut résulter d'une convention entre les titulaires de la créance ou d'une disposition de la loi. Voir sur ce dernier point, à titre d'exemples, les articles 1646, 1658 et 1659 C.c.Q. Voir aussi l'article 2750 C.c.Q. qui permettrait à un titulaire détenant un droit de préférence sur les autres d'avoir priorité quant au choix du recours hypothécaire à exercer.

81. Voir cependant *Entreprises acéricoles St-Godard inc. (Syndic des)*, J.E. 96-2096 (C.S.).

indivisibles⁸² tant en ce qui a trait à l'extinction de l'obligation⁸³, aux droits que les créanciers acquièrent dans le bien⁸⁴, qu'à l'égard de l'effet rétroactif de ce recours pour les hypothèques publiées subséquentement⁸⁵. Mais lorsqu'il s'agit d'un recours de prise de possession à des fins d'administration, de vente sous contrôle de justice ou de l'exercice d'un droit de percevoir les loyers, rien ne s'oppose à ce que le recours puisse être exercé par un ou par tous les titulaires de la créance hypothécaire⁸⁶. Rien dans la nature de ces recours n'empêche, en effet, que ceux-ci puissent être exercés par un titulaire d'une partie seulement de la créance hypothécaire. Par ailleurs, le caractère indivisible de l'hypothèque permet dans un tel cas que ce titulaire puisse exercer ses droits sur l'ensemble des biens donnés en garantie. La solution à laquelle en arrive le juge en l'espèce nous paraît donc tout à fait justifiée.

QUESTION 9 :

SI, SUITE À L'INSCRIPTION D'UN PRÉAVIS D'EXERCICE D'UN DROIT HYPOTHÉCAIRE DE PRISE EN PAIEMENT, IL Y A DÉLAISSEMENT VOLONTAIRE DE L'IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ, EST-IL NÉCESSAIRE, POUR QUE LE RECOURS SOIT EXERCÉ, QUE LE CRÉANCIER CONFIRME QU'IL ACCEPTE DE PRENDRE L'IMMEUBLE EN PAIEMENT ?

Le premier alinéa de l'article 2781 C.c.Q. prévoit que « Lorsqu'il n'a pas été remédié au défaut ou que le paiement n'a pas été fait dans le délai imparti pour délaisser, le créancier prend le bien en paiement par l'effet du jugement en délaissement, ou par un acte volontairement consenti, si les créanciers subséquents ou le débiteur n'ont pas exigé qu'il procède à la vente ». Le second alinéa ajoute que « Le jugement en délaissement ou l'acte volontairement consenti constitue le titre de propriété du créancier ».

L'exercice d'un recours de prise en paiement peut donc se compléter de façon conventionnelle sans qu'il ne soit nécessaire qu'un jugement

82. Voir en ce sens *Paquette c. 2538-5493 Québec Inc.*, J.E. 90-1052, [1990] R.D.I. 588 (C.S.) (en appel).

83. C.c.Q., art. 2782.

84. Les créanciers acquerront vraisemblablement chacun une quote-part indivise du bien selon la proportion des droits qu'ils détenaient dans la créance hypothécaire, d'où l'importance pour chacun d'entre eux de consentir à l'exercice de ce recours.

85. C.c.Q., art. 2783.

86. En principe, la même solution devrait aussi prévaloir si le recours hypothécaire exercé est celui de la vente du bien par le créancier lui-même (art. 2784 et suiv. C.c.Q.). À l'instar de la vente sous contrôle de justice, tous les créanciers peuvent encore ici être colloqués sur le produit de vente du bien. Mais on peut tout de même se demander si, en raison des effets particuliers de ce recours (art. 2790 C.c.Q.) ainsi que de la latitude laissée au créancier de choisir le mode de vente du bien, il ne faudrait pas tempérer cette liberté de choix et reconnaître à une personne, possédant des droits concurrents dans la même créance, le droit soit de s'opposer à l'exercice de ce recours, soit de demander que ce recours et le mode de vente choisis ne puissent être exercés qu'avec son consentement.

intervienne. Pour que le recours puisse ainsi se compléter, est-il cependant nécessaire que le créancier confirme son intention d'accepter le bien en paiement? Ou est-ce que le simple fait d'avoir indiqué au préavis son intention d'exercer un tel recours doit être perçu comme une offre que le débiteur est susceptible d'accepter en tout temps, liant du même coup le créancier? C'est sur cette question que se sont prononcés deux jugements récents.

Dans *Caisse populaire de Verdun c. Disques Star inc.*⁸⁷, la créancière avait fait signifier, le 18 juin 1997, un préavis d'exercice d'un recours de prise en paiement. Le 28 août 1997, elle signifiait un second préavis indiquant cette fois qu'elle entendait faire vendre l'immeuble sous contrôle de justice. Ce préavis ne fut cependant inscrit que le 17 septembre 1997. Entre-temps, la débitrice faisait inscrire le 8 septembre 1997 un acte de délaissement volontaire par lequel elle remettait la possession et la propriété de l'immeuble à la créancière. Cette dernière prétend que la prise en paiement ne pouvait se réaliser sans son consentement.

Le juge décide qu'à défaut par la créancière d'avoir renoncé à son préavis par une inscription au bureau de la publicité des droits, le seul fait pour le débiteur de délaisser volontairement l'immeuble, après l'expiration des délais prévus, confirmait l'exercice du recours de prise en paiement sans qu'aucune acceptation de la créancière ne soit requise. On peut évidemment discuter de la solution retenue par le juge à l'effet que le second préavis ne pouvait équivaloir à un changement de recours qu'à compter de sa publication. L'article 2941 C.c.Q. prévoit que la publicité sert à rendre les droits opposables aux tiers, mais qu'entre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés.

Ceci dit, ce jugement retient surtout notre attention en rapport avec les effets d'un préavis. Le juge considère, en quelque sorte, que l'inscription du préavis équivaut à une offre faite par le créancier au débiteur d'accepter l'immeuble en paiement. Le créancier donne à l'avance son acceptation à la réalisation de ce recours si les conditions de ce recours se réalisent. En délaissant volontairement l'immeuble, après que les délais soient expirés et sans que personne n'ait remédié aux défauts ou ne se soit opposé à l'exercice de ce recours, le débiteur complète donc toutes les conditions voulues pour que la prise en paiement se réalise. À compter de cet instant, le créancier devient propriétaire du bien et il ne lui est plus possible de revenir sur son choix de recours. Le juge ajoute que la prise en paiement équivaut à un paiement et qu'un paiement peut être fait unilatéralement et même contre le gré du créancier⁸⁸. Ce jugement rejoint deux décisions antérieures qui avaient été rendues au même effet⁸⁹.

87. J.E. 98-249, [1998] R.D.I. 58 (C.S.).

88. C.c.Q., art. 1553 et suiv.

89. *Banque Nationale du Canada c. Société en commandite Place Eurêka*, J.E. 95-1562, [1995] R.D.I. 433, [1995] R.J.Q. 2216 (C.S.); *Lévesque c. Brabant*, [1996] R.D.I. 117 (C.Q.).

Cette façon de voir ne fait cependant pas l'unanimité. Dans une autre affaire, soit *Caisse populaire Desjardins du Village huron c. Trevors*⁹⁰, le juge en arrive à la solution contraire. Il constate que le préavis ne peut être assimilé à une offre. Le préavis ne constitue qu'une mesure préalable à l'exercice d'un recours hypothécaire. En conséquence, le délaissement volontaire ne peut avoir l'effet d'une prise en paiement tant que le créancier n'y a pas officiellement consenti par un geste positif.

Ce dernier jugement s'inscrit dans le sens du courant jurisprudentiel majoritaire⁹¹. Cette position nous semble également plus conforme à la véritable nature juridique du préavis. En effet, le préavis ne peut être considéré ni comme une action, ni comme un acte juridique. Il ne s'agit tout au plus que d'une procédure préalable à l'exercice par le créancier de ses droits hypothécaires⁹². Le considérer comme équivalant à une offre serait donc lui faire produire des effets contraires à sa nature et, bien souvent, aller à l'encontre de la volonté du créancier, puisqu'il est courant de prévoir au préavis que le créancier pourra modifier son choix de recours.

Si l'on accepte cette solution, le délaissement volontaire du bien ne suffirait donc pas à mettre fin au recours hypothécaire puisque la prise en paiement ne pourrait se réaliser que si le créancier accepte de prendre le bien en paiement. À cet égard, il nous semble que le créancier serait alors tenu de se prononcer rapidement. Soit en confirmant, par un acte volontairement consenti par les deux parties⁹³, la réalisation de la prise en paiement, soit en indiquant, par la signification et l'inscription d'un autre préavis, son nouveau choix de recours. Afin de permettre aux différentes personnes concernées de

90. J.E. 98-1683, [1998] R.D.I. 454 (C.S.).

91. Voir en ce sens *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Cohen*, J.E. 95-870, [1995] R.D.I. 270, [1995] R.J.Q. 1141 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. 2172-7771 Québec inc.*, J.E. 96-223, [1996] R.D.I. 50 (C.S.); *Confédération (La), compagnie d'assurance-vie c. 103012 Canada inc.*, J.E. 96-1664, [1996] R.D.I. 463, [1996] R.J.Q. 2022 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. Amyot*, J.E. 96-2158; *Banque Nationale du Canada c. Pépin*, J.E. 97-1580, [1997] R.D.I. 408 (C.S.); A. ROBICHAUD, « La réalisation des sûretés immobilières » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit immobilier*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, p. 194.

92. *Lakeshore Development Corporation c. Pesant*, [1968] C.S. 613; *St-Louis c. Thibeault*, [1970] C.A. 527; *Niagara Mortgage and Loan Company Limited c. Cloutier*, [1971] C.S. 202; *Gravel Photogreveur 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*, J.E. 95-556, [1995] R.J.Q. 816 (C.S.); *Confédération (La), compagnie d'assurance-vie c. 103012 Canada inc.*, J.E. 96-1664, [1996] R.D.I. 463, [1996] R.J.Q. 2022 (C.S.).

93. Cet acte correspondrait à « l'acte volontairement consenti » dont fait état l'article 2781 C.c.Q. Il constituera le titre de propriété du créancier. Il est à remarquer que l'acte de délaissement volontaire, unilatéralement consenti par le propriétaire du bien hypothéqué et valable aux fins de constater le délaissement volontaire, ne devrait pas pouvoir servir de titre de propriété du créancier puisque ce dernier n'est pas partie à cet acte (à moins que cet acte soit inscrit en même temps qu'un autre document constatant la volonté du créancier de confirmer l'exercice du recours de prise en paiement).

savoir exactement quelle est l'option qu'entend choisir le créancier, il nous semblerait approprié que le créancier puisse être mis en demeure de se prononcer dans un délai raisonnable⁹⁴ et qu'à défaut par ce dernier de le faire, il soit considéré avoir confirmé implicitement son recours de prise en paiement⁹⁵.

QUESTION 10 :

EST-IL ESSENTIEL QUE LA CAUTION ET LES DÉBITEURS ANTÉRIEURS CONSENTENT OU SOIENT AVISÉS LORS DU RENOUELEMENT D'UN PRÊT HYPOTHÉCAIRE ?

On peut commencer par souligner que lorsqu'une prorogation de terme est accordée au débiteur principal, comme c'est le cas lorsqu'un renouvellement de l'hypothèque intervient, la caution devrait pouvoir bénéficier de cette prorogation de terme. Bien que cette question fasse l'objet en droit français⁹⁶ de certaines discussions, il nous semble qu'elle doit être réglée par le principe général qu'énonce l'article 2341 C.c.Q. à l'effet que la caution ne peut être assujettie à des conditions plus onéreuses que celles applicables au débiteur. En conséquence, le créancier ne devrait donc pas pouvoir poursuivre la caution, en plaidant l'expiration du terme initial, si un nouveau terme de paiement a été accordé au débiteur principal. Ce nouveau terme devrait profiter autant à la caution qu'au débiteur, indépendamment du fait que la caution y ait ou non consenti.

Ceci dit, la caution peut-elle, si elle n'a ni consenti, ni été avisée de cette prorogation de terme, bénéficier de certains droits ou même pouvoir se libérer de son cautionnement ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer selon que l'on se situe au niveau des relations entre la caution et le débiteur ou entre la caution et le créancier.

94. C.c.Q., art. 1595.

95. Cette solution d'une confirmation implicite pouvant survenir après l'expiration d'un délai raisonnable rejoint la décision rendue dans *Banque Nationale du Canada c. Société en commandite Place Eurêka*, J.E. 95-1562, [1995] R.D.I. 433, [1995] R.J.Q. 2216 (C.S.). Dans un tel cas, il faudra au besoin que le débiteur ou les autres personnes impliquées obtiennent un jugement pour faire confirmer que le créancier est bel et bien devenu propriétaire du bien.

96. Certains auteurs français, en se basant sur l'article 2021 du *Code civil français* (C.c.Q., art. 2352), prétendent que la caution solidaire ne pourrait pas opposer au créancier les délais que ce dernier a consentis au débiteur : C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise » Paris, Librairies techniques, 1979, n° 236, p. 291 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, « Sûretés — publicité foncière », 5^e éd. (par François CHABAS), Paris, Éditions Montchrestien, 1977, n° 49, p. 56. D'autres optent plutôt pour la solution contraire : P. SIMLER, *Le cautionnement*, Paris, Litec, 1982, n°s 289 et suiv., p. 291 et suiv. Comme l'obligation de la caution ne peut être assujettie à des conditions plus onéreuses (C.c.Q., art. 2341), nous souscrivons à la solution proposée par Simler.

Si l'on se situe d'abord au niveau des relations entre la caution et le débiteur, la caution peut bénéficier d'un recours contre le débiteur en vertu de l'article 2359 C.c.Q. Cet article prévoit, en effet, que la caution peut, si elle s'est engagée avec le consentement du débiteur, exercer un recours avant paiement contre le débiteur si « la dette est devenue exigible par l'arrivée de son terme, abstraction faite du délai que le créancier a, sans le consentement de la caution, accordé au débiteur ».

Autrement dit, si le terme a été prolongé sans le consentement de la caution, cette dernière peut, dès l'arrivée du terme initialement prévu, exercer un recours avant paiement contre le débiteur. Un tel recours ne permet évidemment pas à la caution de réclamer du débiteur le remboursement de la dette, puisque la caution ne l'a pas encore payée. Cette dernière peut cependant exiger du débiteur soit des garanties, dont le nombre et l'importance seront au besoin déterminés par le tribunal, soit la consignation des sommes dues au créancier⁹⁷. Le débiteur pourrait aussi, s'il le préfère, se libérer d'un tel recours soit en obtenant la décharge de la caution, soit en payant le créancier.

On constate donc qu'au niveau des relations entre la caution et le débiteur, ce dernier aurait toujours intérêt, s'il s'est engagé du consentement de la caution, à obtenir que celle-ci consente à la prorogation du terme, de façon à éviter que cette dernière puisse exercer contre lui un recours en vertu de l'article 2359 C.c.Q.

Si on analyse maintenant la question en se plaçant au niveau des relations entre la caution et le créancier, la situation diffère. La question qui se soulève alors est de savoir si la caution, qui n'a ni consenti ni été avisée de la prorogation de terme, pourrait se faire décharger de ses obligations, notamment en invoquant l'exception de subrogation prévue à l'article 2365 C.c.Q.⁹⁸. Pour répondre à cette question, il importe d'abord de rappeler l'article 2354 C.c.Q. Cet article indique clairement que la prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal n'a pas pour effet de décharger la caution de son obligation. En conséquence, la prorogation de terme ne devrait pas, en principe, permettre à la caution d'invoquer l'exception de subrogation ni d'obtenir une décharge de ses engagements. C'est cette position qui fut adoptée récemment dans *Dussault c. Fortin*⁹⁹, rejoignant ainsi certains jugements antérieurs au même effet¹⁰⁰.

97. *National Real Instate and Investment Co. of Canada c. Stuart*, (1923) 61 C.S. 506; *Rioux c. Rioux et Frères Inc.*, [1969] B.R. 333.

98. On peut rappeler que le bénéfice de subrogation dont jouit la caution en vertu de cet article est d'ordre public en vertu de l'article 2355 C.c.Q. et que toute renonciation à l'avance à l'exercice de ce droit est nulle.

99. J.E. 98-1913 (C.Q.).

100. *Confédération (La), compagnie d'assurance-vie c. Traklin Holdings Inc.*, J.E. 94-705 (C.S.); *Caisse populaire Immaculée-Conception c. 2855-5431 Québec inc.*, J.E. 96-531 (C.S.); *Patry (In trust) c. Campbell*, J.E. 96-982 (C.S.) (en appel).

Cette position ne fait cependant pas l'unanimité. On note depuis quelques années plusieurs jugements qui ont conclu que le défaut du créancier d'informer la caution d'une prorogation de terme, pouvait être considéré comme un manquement permettant à la caution de se libérer de ses engagements envers le créancier. On se fonde alors sur le fait que la caution a le droit d'être avisée de la prorogation de terme de façon à ce que cette dernière puisse exercer contre le débiteur le recours avant paiement que lui accorde l'article 2359 C.c.Q. La caution prétend en effet que si elle avait été avisée de la prorogation du terme, elle aurait alors été en mesure d'intenter un recours avant paiement contre le débiteur à un moment où ce dernier était encore solvable, ce qui n'est souvent plus le cas lorsque la caution apprend, plusieurs mois (ou années) plus tard, qu'une prorogation de terme a été accordée au débiteur sans son consentement et sans qu'elle en ait été avisée. Pour justifier de façon légale la libération de la caution, les tribunaux se sont soit appuyés sur l'article 2365 C.c.Q.¹⁰¹ (exception de subrogation), soit sur la nouvelle obligation de renseignement de l'article 2345 C.c.Q.¹⁰², soit sur la novation de la dette¹⁰³, soit sur une renonciation par le créancier à faire valoir ses droits à l'encontre de la caution¹⁰⁴.

Deux jugements récents viennent appuyer encore une fois cette tendance jurisprudentielle¹⁰⁵. Dans *Caisse populaire St-René Goupil c. Satyawan*¹⁰⁶, le juge conclut à la novation de la dette par substitution du débiteur du fait qu'une prolongation du terme du prêt soit intervenue sans que le débiteur original n'en ait été avisé. Dans *Caisse populaire Desjardins Domaine St-Sulpice c. 2425-0771 Québec inc.*¹⁰⁷, la créancière hypothécaire poursuit à la fois la caution qui s'était portée garante du remboursement du prêt au moment de la constitution de l'hypothèque et les acquéreurs intermédiaires qui avaient assumé le paiement de l'hypothèque. Comme le prêt hypothécaire avait par la suite été renouvelé, sans que la caution et les acquéreurs intermédiaires en aient été avisés, le juge conclut à leur libération en s'appuyant sur le défaut du créancier hypothécaire de les avoir informés d'abord du renouvellement de l'hypothèque et ensuite de l'inexécution par les propriétaires de l'immeuble de leurs obligations. Le juge ajoute que si les défendeurs avaient été informés des manquements, ils auraient pu, en payant

101. *Caisse populaire Les Chutes c. Matteau*, J.E. 92-988, [1992] R.J.Q. 1693 (C.Q.); *Patry (In trust) c. Campbell*, J.E. 96-982 (C.S.) (en appel).

102. *Fiducie du Groupe Investors Ltée c. 2632-0580 Québec inc.*, J.E. 97-670, [1997] R.J.Q. 1107 (C.S.) (en appel); *Compagnie Trust Royal c. Entreprises B.M. St-Jean inc.*, J.E. 97-1158 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. Portelance*, J.E. 97-1713 (C.S.).

103. *Trust Général du Canada c. Immeubles Restau-bar inc.*, J.E. 94-706 (C.S.) (en appel); *Banque Nationale du Canada c. Portelance*, J.E. 97-1713 (C.S.).

104. *Compagnie Trust Royal c. Entreprises B.M. St-Jean inc.*, J.E. 97-1158 (C.S.).

105. Pour un jugement encore plus récent, au même effet, voir *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. 2970-9951 Québec inc.*, J.E. 99-650 (C.S.) (en appel).

106. J.E. 98-454 (C.S.).

107. J.E. 98-392 (C.S.).

la créancière hypothécaire, être subrogés dans les droits de cette dernière. Il considère enfin que dans les circonstances, une novation par changement de débiteur s'est opérée, ayant ainsi pour effet de libérer les défendeurs.

Les arguments sur lesquels s'appuient ces jugements ainsi que ceux invoqués par les jugements précédents peuvent faire l'objet de discussion. Ainsi, au premier abord, la solution qui se dégage de ces divers jugements semble bien aller à l'encontre même du principe énoncé à l'article 2354 C.c.Q. Certains des arguments avancés nous paraissent également contestables. Ainsi en est-il de l'argument fondé sur l'exception de subrogation. On s'entend généralement pour reconnaître que cette exception ne peut s'appliquer que lorsque le créancier fait disparaître des droits « préférentiels », c'est-à-dire des droits qui vont au-delà de ceux qu'accorde à la caution son droit de gage général¹⁰⁸. C'est ainsi que l'insolvabilité du débiteur survenue depuis le cautionnement, le retard ou le défaut du créancier de poursuivre le débiteur à l'échéance, de même que la prorogation du terme consentie par le créancier au débiteur ne devraient normalement pas être considérés comme donnant ouverture à l'application de l'article 2365 C.c.Q.

De même, l'argument de la novation par changement de débiteur, nous apparaît souvent mal fondé, d'abord parce que la novation ne se présume pas¹⁰⁹ et ensuite parce que cette solution, si elle est retenue, devrait entraîner l'extinction de l'obligation originale ainsi que des sûretés existantes, y compris l'hypothèque, à moins que celles-ci n'aient été expressément réservées¹¹⁰.

L'argument fondé sur l'obligation d'information du créancier peut également être discuté. Ainsi, il paraît curieux que l'on insiste souvent davantage sur l'obligation d'information du créancier que sur la possibilité qu'a la caution de s'informer elle-même de l'exécution de l'obligation. Il arrivera, en effet, fréquemment que la caution sache, au moment où elle s'engage, quel est le terme original du prêt hypothécaire qu'elle accepte de cautionner. Ne lui reviendrait-il pas de s'informer, au moment de l'échéance, du sort de l'obligation principale et advenant une prorogation du terme de voir à prendre le recours que lui accorde l'article 2359 C.c.Q. contre le débiteur? Il est également difficile de concilier l'obligation d'information que l'on impose au créancier avec les termes de l'article 2345 C.c.Q. Cet article prévoit en effet que: «Le créancier est tenu de fournir à la caution, *sur sa demande*, tout renseignement utile sur le contenu et les modalités de l'obligation principale et sur l'état de son exécution.» Cet article prévoit donc que le créancier n'a pas à prendre l'initiative d'informer la caution. Il revient plutôt à cette dernière, si elle veut être informée, d'en faire la demande au créancier¹¹¹.

108. Voir M. BOUDREAULT, «Les sûretés», *Répertoire de droit/Nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Sûretés, Doctrine, Document 1, par. 924 et suiv., p. 213 et suiv.

109. C.c.Q., art. 1661.

110. C.c.Q., art. 1662.

Ceci dit, certains jugements¹¹² ont décidé qu'une telle interprétation de l'article 2345 C.c.Q. pouvait être contournée en s'appuyant sur une théorie globale de l'obligation de renseignement qu'a retenue la Cour suprême dans certains jugements¹¹³. Cette théorie repose sur l'obligation qu'a le créancier d'agir de bonne foi dans le domaine contractuel. Les éléments principaux qui sont à la base de cette obligation de renseignement sont les suivants : — la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la débitrice de l'obligation de renseignement, — la nature déterminante de l'information en question, — l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur¹¹⁴. On invoque aussi, au soutien d'une interprétation plus libérale de l'obligation d'information, les *Commentaires du ministre de la Justice* à propos de l'article 2345 C.c.Q. : « Cet article de droit nouveau s'inspire de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Banque Canadienne Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, qui requiert du créancier qu'il agisse de bonne foi et avec loyauté. Aussi le créancier doit-il fournir à la caution certaines informations qui lui seraient utiles : par exemple, le défaut du débiteur de payer les primes d'assurance ou son retard dans le paiement du capital »¹¹⁵. Bien que ces arguments soient sérieux, il nous semble que ceux-ci ne devraient pas être retenus dans le cas qui nous intéresse. Les articles 2345 et 2354 C.c.Q. nous paraissent suffisamment clairs pour créer une exception à l'application de la théorie de l'obligation de renseignement dans le cas présent ainsi que pour décider de la question en litige.

Reste enfin l'argument d'une renonciation tacite par le créancier à ses recours contre la caution. Il s'agit là encore d'un argument qui mérite d'être pris en considération. Il est en effet possible pour un créancier de renoncer, même tacitement, à une sûreté. Contrairement à la remise de dette, la renonciation n'est pas un contrat exigeant le consentement des deux parties, mais un acte unilatéral de la part du créancier. Par opposition à la novation, cette solution n'a également pas pour effet d'entraîner l'extinction de la dette originale et des sûretés consenties par le débiteur. Il demeure cependant nécessaire, pour qu'elle puisse être retenue, qu'il ressorte clairement des circonstances que le créancier a voulu libérer la caution de ses obligations¹¹⁶. C'est sur ce point que les tribunaux devront se garder d'être trop laxistes.

111. Voir, en ce sens, *Caisse populaire Immaculée-Conception c. 2855-5431 Québec inc.*, J.E. 96-531 (C.S.); *Dussault c. Fortin*, J.E. 98-1913 (C.Q.).

112. Voir notamment *Fiducie du Groupe Investors Ltée c. 2632-0580 Québec inc.*, J.E. 97-670, [1997] R.J.Q. 1107 (C.S.) (en appel); *Banque Nationale du Canada c. Portelance*, J.E. 97-1713 (C.S.) et *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. 2970-9951 Québec inc.*, J.E. 99-650 (C.S.) (en appel).

113. *Banque Canadienne Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 et *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

114. *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, *id.*, p. 585 et suiv.

115. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1472.

116. Voir à ce sujet *Gingras c. Gagnon*, [1972] C.A. 306, (1977) 1 R.C.S. 217.

Bien qu'il soit toujours possible de discuter du bien fondé de cette tendance jurisprudentielle, comme le laisse voir cette brève analyse des arguments avancés au soutien de cette tendance, il n'en reste pas moins qu'une conclusion pratique s'impose désormais. En raison de ces jugements, il devient nettement préférable pour un créancier hypothécaire d'aviser la caution, ainsi que tout débiteur antérieur (débiteur original et acquéreurs intermédiaires), de toute prorogation de terme qui pourrait être consentie au propriétaire d'un immeuble hypothéqué, et ce afin d'éviter que ces personnes puissent prétendre avoir été préjudiciées du fait qu'elles n'ont pas été avisées¹¹⁷. On peut cependant faire remarquer qu'il n'est pas nécessaire pour le créancier d'obtenir le consentement de ces personnes. Un simple avis suffit. On pourrait toutefois apporter une exception à ce principe lorsque le renouvellement du prêt a pour effet d'augmenter le taux d'intérêt. Si le créancier désire que cette augmentation du taux d'intérêt soit opposable à ces personnes, il faudrait non plus les aviser, mais bien obtenir leur consentement¹¹⁸.

En résumé, il n'est pas en principe essentiel, pour la survie d'un cautionnement, que la caution consente à un renouvellement de prêt hypothécaire puisque l'article 2354 C.c.Q. prévoit clairement que la caution n'est pas déchargée par la simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur. Pour le débiteur, il demeure cependant important que la caution consente à ce renouvellement afin d'éviter un recours en vertu de l'article 2359 C.c.Q. Pour le créancier, il s'avère par ailleurs préférable que la caution, et tout débiteur antérieur, soient avisés de ce renouvellement (sauf pour l'opposabilité d'une augmentation du taux d'intérêt où leurs consentements seraient requis) afin d'éviter que ces derniers puissent éventuellement prétendre avoir été préjudiciés s'ils n'ont pas été informés du renouvellement du prêt hypothécaire.

CONCLUSION

Cet exposé nous permet de constater que plusieurs jugements récents viennent confirmer des tendances jurisprudentielles qui avaient commencé à émerger. Dans bien des cas ces tendances permettent de clarifier le droit. Tel est le cas pour plusieurs des questions que nous avons examinées.

Ainsi en est-il du sort de la créance d'une municipalité pour les taxes foncières au cas de faillite. Nous avons vu que cette question des droits de la municipalité, advenant la faillite du propriétaire de l'immeuble, paraît désormais résolue. À la condition d'avoir inscrit un avis d'hypothèque légale contre l'immeuble avant la faillite, la municipalité se qualifie comme créan-

117. Pour un jugement où on a reconnu que la caution avait le droit d'être avisée de la prorogation du terme, mais où on a refusé de libérer la caution en l'absence de préjudice, voir *Toyota Credit Canada inc. c. Corbeil*, J.E. 96-1537 (C.Q.).

118. Art. 2343 C.c.Q. Voir aussi en ce sens, *Patry (In trust) c. Campbell*, J.E. 96-982 (C.S.) (en appel).

cière garantie en vertu de l'article 2 L.F.I. Elle peut alors exercer, même après la faillite, les droits lui résultant de son hypothèque, mais non les recours de vente pour taxes qui, ne découlant pas de son statut de créancier garanti, demeurent soumis à la suspension des recours décrétée par l'article 69 L.F.I. Par contre, si aucun avis d'hypothèque n'a été inscrit avant la faillite, la municipalité bénéficie seulement de la priorité que lui accorde l'article 136(1)(e) L.F.I. D'où l'intérêt pour une municipalité de voir à l'inscription d'un tel avis d'hypothèque, si les sommes dues et la situation financière du propriétaire de l'immeuble paraissent justifier le recours à un tel moyen de protection.

De même, l'interprétation de l'article 10 L.I. se trouve désormais clarifiée. La Cour d'appel a en effet confirmé que le droit de rembourser par anticipation prévu par cet article, ne peut être invoqué par une personne physique ayant assumé le paiement d'une hypothèque, si cette hypothèque a été initialement consentie par une personne morale.

Une telle clarification du droit résulte également des récents jugements qui ont conclu à la non-rétroactivité d'un avis cadastral inscrit contre un lot subdivisé, lorsque l'hypothèque a initialement été créée et inscrite sous l'ancienne désignation cadastrale, plutôt que sur le lot subdivisé.

La jurisprudence antérieure est également confirmée en ce qui concerne d'abord la possibilité qu'un jugement puisse équivaloir à une cession de rang, si la personne qui a fait la promesse de consentir à un tel acte n'a pas respecté sa parole, et ensuite en regard du droit pour un créancier de pouvoir renoncer à l'avance à une hypothèque légale de la construction.

Sous réserve d'une interprétation discutable de l'article 1059 C.c.Q., l'absence d'un droit de suite en faveur du syndicat des copropriétaires, lorsqu'il s'agit de réclamer le paiement des frais de copropriété impayés suite à l'exercice d'un recours hypothécaire de prise en paiement, est également confirmé. Logiquement, la même solution devrait également être retenue dans tous les cas où la vente de la fraction de copropriété résulte d'une vente sous l'autorité de la justice. Ceci dit, nous avons souligné que la jurisprudence ne s'est pas encore formellement prononcée sur la possibilité pour le syndicat des copropriétaires de réclamer le paiement d'une partie de ces frais en se fondant soit sur l'article 2651(1°) C.c.Q., soit sur l'obligation du créancier hypothécaire d'avoir à payer ces frais à titre de personne chargée de l'administration du bien d'autrui advenant qu'un délaissement volontaire du bien soit survenu avant que le créancier n'ait réalisé son recours hypothécaire.

Le droit pour une personne détenant une partie d'une créance hypothécaire de pouvoir exercer seule ses droits hypothécaires sur l'ensemble des biens affectés par l'hypothèque a aussi été reconnu et ce, en conformité avec le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

Enfin, une tendance majoritaire se dessine à l'effet de considérer qu'un recours hypothécaire de prise en paiement ne peut s'exercer, suite à un délaissement volontaire du bien, qu'avec le consentement du créancier. Cette

solution respecte la véritable nature juridique du préavis qui ne peut être perçu ni comme une action, ni comme un acte juridique et, en conséquence, ni comme une offre. Il n'en reste pas moins cependant que dans un cas de délaissement volontaire survenant après l'expiration des délais prévus à l'article 2758 C.c.Q., le créancier devrait avoir à se prononcer rapidement sur son choix de recours et au besoin être forcé de le faire par voie d'une mise en demeure, sous peine d'être considéré avoir confirmé implicitement l'exercice de son recours de prise en paiement.

Par contre, certains jugements récents sont aussi venus soit appuyer, soit contredire, soit s'ajouter à des tendances jurisprudentielles dont les fondements juridiques nous apparaissent plus discutables.

Tel est le cas notamment des jugements portant sur la question du droit d'un créancier hypothécaire de réclamer le paiement de ses frais extrajudiciaires. Bien que la tendance majoritaire, à laquelle s'ajoute maintenant un jugement de la Cour d'appel, soit de considérer que de tels frais puissent être réclamés par le créancier hypothécaire, nous croyons que cette tendance mérite d'être infirmée. D'abord, en raison d'une interprétation comparative des articles 2667 et 2761 C.c.Q. avec les articles 1040b et 2017 C.c.B.C. sur laquelle s'appuie cette solution, mais qui nous apparaît peu convaincante. Ensuite, en raison de la distorsion que cette solution crée en faveur des créanciers hypothécaires au détriment des autres créanciers, prioritaires ou ordinaires, qui ne peuvent bénéficier du même avantage. Et enfin, parce que cette solution risque d'entraîner une augmentation de ces frais, acceptée tacitement ou expressément par le créancier, dans le seul but d'empêcher le débiteur ou les tiers intéressés de remédier aux défauts reprochés. Il nous semblerait préférable d'interpréter les articles 2667 et 2761 C.c.Q. comme ne permettant pas que les frais extrajudiciaires puissent être réclamés par un créancier hypothécaire.

Tel est le cas aussi de la question de la libération des cautions ou des débiteurs antérieurs advenant qu'un renouvellement de l'hypothèque interviene sans que ces derniers n'aient consenti ou n'aient été avisés de ce renouvellement de l'hypothèque. Les arguments avancés au soutien de cette tendance sont souvent contestables. Ceci dit, pour éviter toute difficulté, il demeure préférable, dans le cas du débiteur, de s'assurer d'obtenir le consentement de la caution et, dans le cas du créancier, d'aviser la caution et les débiteurs antérieurs advenant que l'obligation principale fasse l'objet d'une prorogation de terme.

Marc Boudreault
Faculté de droit
Section de droit civil
57, rue Louis Pasteur, bureau 330
Université d'Ottawa, C.P. 450, succ. A
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800 poste 3255
Télec. : (613) 562-5121
Courriel : mboudrea@uottawa.ca