

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# Les lendemains de la mise en vigueur du nouveau droit des sûretés : les certitudes, les hésitations et les revirements jurisprudentiels et législatifs

Pierre CIOTOLA\*

## Résumé

*L'auteur souligne les orientations jurisprudentielles majeures en droit des sûretés, depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec. Certaines questions d'importance retiennent son attention. Quant à la validité de l'hypothèque, la créance garantie ne doit pas prendre sa source dans des activités criminelles et le bien affecté doit satisfaire les exigences particulières d'une désignation adéquate. Le remboursement avant échéance fait par subrogation à la demande du débiteur est permis d'après les règles de droit commun par la convention ou par des dispositions statutaires particulières : les textes applicables sont brièvement présentés. D'autres questions d'actualité à propos de*

## Abstract

*The author underlines major jurisprudential orientations in the law of security since the adoption of the Civil Code of Québec. He focuses on certain important questions. With respect to the validity of a hypothec, a guaranteed debt should not originate with criminal activities, and the secured property should satisfy the particular exigencies of an adequate designation. Repayment before the end of a term by subrogation at the debtor's request is sometimes forbidden by rules in the droit commun, and sometimes permitted by agreement or by particular statutory provisions; the applicable texts are presented briefly. Other topical questions with respect to certain conditions for the existence of legal*

---

\* Docteur en droit, notaire et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

*certaines conditions d'existence de l'hypothèque légale résultant des jugements ou de l'hypothèque légale de la construction sont étudiées brièvement : il en va de même des effets de certains droits hypothécaires, tels ceux de la prise en paiement ou de la vente sous contrôle de justice.*

*hypothecs arising from decisions of the court, or legal hypothecs arising in favor of persons having taken part in the construction or renovation of an immovable are briefly examined, as are the effects of certain hypothecary rights, such as taking in payment or sale by judicial authority.*

## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	697
<b>I. Créance garantie</b> .....	693
A. Créance susceptible d'être garantie .....	693
B. Spécialité de la créance et mention de la cause.....	693
C. Les frais engagés.....	693
<b>I. Biens affectés par l'hypothèque</b> .....	693
A. Désignation précise des biens immeubles hypothéqués.....	693
B. Biens immeubles ou biens meubles.....	693
<b>III. Les motifs de remboursement avant échéance de l'emprunt hypothécaire à la demande de l'emprunteur</b> .....	693
A. Remboursement avant échéance permis par la loi.....	693
B. Remboursement interdit avant échéance par la convention.....	693
<b>IV. L'hypothèque des loyers</b> .....	693
A. Opposabilité face aux tiers et aux locataires.....	693
B. Nature juridique des droits du créancier hypothécaire sur les loyers.....	693
C. Le sort de l'hypothèque des loyers suite à l'aliénation de l'immeuble.....	693
D. Modifications législatives au droit transitoire eu égard au rang de l'hypothèque des loyers .....	693

<b>V. Convention de prêt hypothécaire comme contrat d'adhésion et l'obligation de bonne foi du créancier.....</b>	<b>693</b>
<b>VI. Droits hypothécaires et rang de l'hypothèque.....</b>	<b>693</b>
A. Rang de l'hypothèque.....	693
B. Caractère rétroactif de la prise en paiement.....	693
C. Droit hypothécaire de vente sous contrôle de justice.....	693
<b>VII. L'hypothèque légale résultant d'un jugement.....</b>	<b>693</b>
A. L'hypothèque légale résultant d'un jugement : défaut de respecter les formalités de la publicité.....	693
B. L'hypothèque légale résultant d'un jugement d'une valeur moindre de 10 000 \$ ne peut affecter une résidence principale.....	693
<b>VIII. De l'hypothèque légale de la construction ou de la rénovation</b>	<b>6</b>
A. L'hypothèque légale de la construction ou de la rénovation refusée à un entrepreneur sans licence de la Régie.....	693
B. L'hypothèque légale de la construction et les travaux d'aménagement faits par un locataire.....	693
C. L'hypothèque légale de la construction et l'avis de l'inscription au propriétaire de l'immeuble grevé.....	693
D. De la radiation de l'hypothèque légale aux termes de l'article 3061 C.c.Q.....	693
<b>Conclusion.....</b>	<b>730</b>

Titre prétentieux s'il en est pour un dîner causerie<sup>1</sup>. Titre qui ne se veut pas trompeur mais accrocheur. Nous examinerons diverses questions telles la spécialité de la créance garantie, la désignation des biens hypothéqués, le remboursement avant échéance, l'hypothèque des loyers, la convention comme contrat d'adhésion, les droits hypothécaires, l'hypothèque légale résultant d'un jugement et l'hypothèque légale de la construction ou de la rénovation immobilière.

## **I. Créance garantie**

Ces questions concernent d'abord la validité de la créance garantie, sa spécialité quant à sa cause et les frais engagés.

### **A. Créance susceptible d'être garantie**

L'obligation principale doit être valide, c'est-à-dire ne pas porter atteinte à l'ordre public. Elle ne doit pas viser la poursuite d'activités criminelles ni le blanchiment d'argent. Aussi, on ne peut affecter valablement un bien acquis à même des activités criminelles ou répréhensibles ou utilisés dans le blanchiment d'argent. Les biens qui proviennent de ces activités criminelles peuvent être confisqués et le créancier hypothécaire s'expose à la perte de ses garanties s'il est de connivence avec l'emprunteur<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Nous signalons deux études que nous avons publiées en cours d'année 1995 et qui avaient comme objectif l'analyse doctrinale et jurisprudentielle de la convention de prêt hypothécaire en matière immobilière : « Les priorités et hypothèques », dans *Droit immobilier québécois*, Service de mise à jour, Farnham, Les Publications CCH/FM Ltée, 1995, pp. 4501-4774 (cette étude fait l'objet d'une mise à jour présentement sous presse) et « Le régime juridique de la convention de prêt sur hypothèque immobilière : contenu contractuel et modalités de publicité », (1994-95) 97 *R. du N.* 123-179; 300-373.

Ce texte est un condensé d'une conférence prononcée à la demande de l'Association du Barreau canadien, section de droit immobilier, le 15 mars 1995 à l'Hôtel Intercontinental à Montréal et à la demande du Service de formation continue de la Chambre des Notaires du Québec auprès des associations régionales de notaires en 1995 et en 1996. Nous tenons à remercier M<sup>e</sup> Sylvie Lafond, notaire à Laval, qui, dans le cadre de ses travaux de maîtrise sous notre direction, a procédé à la vérification de ce texte en date du 31 décembre 1996.

<sup>2</sup> Art. 462.42(4) C.Cr.; *Caisse populaire de Sorel* c. *Leblanc*, J.E. 95-2259 (C.S.).

L'obligation principale peut être une dette du constituant ou celle d'un tiers; le cautionnement réel est reconnu dans notre droit. Aux termes de l'article 2681 C.c.Q., l'hypothèque conventionnelle peut être consentie par le débiteur de l'obligation qu'elle garantit ou par un tiers<sup>3</sup>.

## B. Spécialité de la créance et mention de la cause

L'hypothèque constituée pour garantir les avances éventuelles dans le cadre d'une ouverture de crédit est valide<sup>4</sup>; elle indique la source de la créance. Dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Thetford Mines c. Ed-Vic inc.*<sup>5</sup> on a reconnu la validité d'une hypothèque garantissant diverses créances non spécifiquement décrites puisque « la nature des obligations garanties par l'hypothèque n'est nullement restreinte [...]. L'hypothèque couvre donc les obligations tant présentes que futures »<sup>6</sup>.

La spécialité de la créance exige-t-elle la mention de la cause? Aucun texte n'exige expressément cette mention. La doctrine et la jurisprudence françaises exigent la mention de la cause de la créance, c'est-à-dire le « fait générateur » ou la « source de la créance »<sup>7</sup>. Le *Code civil du Québec* exige que le montant de l'hypothèque soit précisé<sup>8</sup>. Une hypothèque peut garantir toute obligation<sup>9</sup> et aucun texte ne requiert spécifiquement que le montant ou la cause de la créance ne soit mentionné. Néanmoins, certains arrêts ont importé le principe de la spécialité de la créance<sup>10</sup>. Ainsi, l'hypothèque constituée pour garantir le remboursement de toute dette envers le créancier, directe ou indirecte, à titre d'emprunteur, endosseur, caution ou autrement, porterait atteinte à la règle de la spécialité de la créance garantie;

<sup>3</sup> *Laughans (Syndic de)*, J.E. 96-173, LPJ 96-0623 (C.A.).

<sup>4</sup> Art. 2688 et 2797 C.c.Q.

<sup>5</sup> *Caisse populaire Desjardins de Thetford Mines c. Ed-Vic inc.*, J.E. 96-290 (C.S.).

<sup>6</sup> *Id.*, p. 7 du texte intégral.

<sup>7</sup> Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, 1989, n° 242, p. 252.

<sup>8</sup> Art. 2689 C.c.Q.

<sup>9</sup> *Id.*, art. 2687 C.c.Q.

<sup>10</sup> *Banque Nationale du Canada c. Gestion Gi-Mau inc.*, [1996] R.D.I. 423 (C.S.); *St-Jacques c. Mantha*, [1994] R.D.I. 487 (C.S.); voir au même effet *Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*, [1984] C.S. 856.

l'hypothèque ainsi constituée est invalide si elle ne se rattache pas à une créance précise. L'hypothèque en garantie de dettes futures indéterminées serait également invalide : les créanciers méritent d'être protégés en vue d'éviter une préférence frauduleuse au profit du créancier hypothécaire qui chercherait à tirer profit de la clause générale de l'affectation hypothécaire et le débiteur a besoin de cette protection en vue d'éviter une affectation hypothécaire surprise<sup>11</sup>. En revanche, certaines dispositions peuvent être invoquées à l'appui de la validité de l'hypothèque pour les dettes futures indéterminées, telle la possibilité d'assortir d'une hypothèque les dettes futures, dans l'acte constitutif de l'hypothèque aux termes de l'article 2797 C.c.Q.

### C. Les frais engagés

Aux termes de l'article 2667 C.c.Q., 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. Aux termes de l'article 2959 C.c.Q., l'inscription hypothécaire protège, outre le capital, les intérêts échus de l'année courante et des trois années précédentes. Aux termes de l'article 2960 C.c.Q., le surplus d'intérêts est protégé par voie d'un avis à cet effet inscrit au registre foncier. La notion de « frais engagés » est prévue aux articles 2667, 2761 et 2762 C.c.Q. Cette notion comprend sans hésitation les frais encourus pour le recouvrement de la créance; ces frais peuvent aussi être couverts par la priorité accordée pour les frais de justice. Les frais engagés peuvent comprendre, s'il y a stipulation contractuelle en ce sens, les honoraires extrajudiciaires encourus par le créancier pour la sauvegarde de ses droits et la réalisation de sa sûreté<sup>12</sup>.

## II. Biens affectés par l'hypothèque

La nouvelle classification des biens en immeubles et en meubles ne retient plus l'immobilisation par destination découlant du

<sup>11</sup> Voir pour discussion de cette question : Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », (1994-95) 97 *R. du N.* 450.

<sup>12</sup> *164618 Canada Inc. c. Compagnie Montréal Trust*, [1996] R.J.Q. 470 (C.S.); *Robitaille c. Mackay*, [1995] R.D.I. 523 (C.S.); *Syndicat des copropriétaires de L.O.Grothé c. 2641-4672 Québec Inc.*, [1996] R.J.Q. 497 (C.Q.).



service ou de l'exploitation de l'immeuble. Cette nouvelle classification a son impact dans le domaine des sûretés quant aux biens susceptibles d'être affectés et quant à la nature de la sûreté consentie (mobilier ou immobilier).

#### **A. Désignation précise des biens immeubles hypothéqués**

L'hypothèque peut porter sur un ou plusieurs immeubles; elle peut affecter tout autant des biens individualisés que des biens compris dans une universalité. L'hypothèque peut produire un effet immédiat : elle grève dès sa constitution le bien hypothéqué et est opposable aux tiers dès son inscription au registre foncier. L'hypothèque peut voir ses effets reportés au défaut du constituant ou du débiteur; elle est alors ouverte<sup>13</sup>. Elle grève, comme toute autre hypothèque, le bien dès l'avis de clôture; elle est opposable aux tiers à la date de l'inscription de l'avis de clôture au registre foncier.

L'hypothèque peut affecter des immeubles, présents ou futurs. La possibilité d'affecter les biens futurs constitue un changement important par rapport à l'ancien droit. L'hypothèque des biens futurs n'était pas admise sous le *Code civil du Bas Canada*; elle était toutefois reconnue dans le cadre des charges fiduciaires. Le *Code civil du Québec* en admet sa validité. Elle est toutefois subordonnée à la désignation du bien affecté et à l'inscription au registre foncier. Elle ne peut produire ses effets face aux tiers tant que le titre du constituant n'a pas été publié<sup>14</sup>.

L'hypothèque nécessite une description suffisante de l'immeuble hypothéqué, qu'elle porte sur un bien ou plusieurs biens, qu'elle affecte ou non une universalité d'immeubles<sup>15</sup>. L'immeuble hypothéqué doit être désigné de façon précise, d'après le numéro donné au lot sur le plan cadastral<sup>16</sup>. L'hypothèque peut porter sur plusieurs lots entiers; en ce cas, chacun des lots entiers doit être désigné individuellement<sup>17</sup>. L'hypothèque peut affecter des parties de lots; en ce cas, chacune des parties de lots

---

<sup>13</sup> Art. 2716 C.c.Q.

<sup>14</sup> *Id.*, art. 2948 al. 2.

<sup>15</sup> *Id.*, art. 2694.

<sup>16</sup> *Id.*, art. 3032.

<sup>17</sup> *Id.*

doit être désignée d'après ses tenants, aboutissants, et mesures respectifs. La désignation par distraction a été interdite du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 31 août 1995. Aux termes de l'article 3037 alinéa 2 C.c.Q., « [l]a désignation d'une partie de lot par distraction des parties de ce lot, ou par la seule mention du nom des propriétaires des tenants et aboutissants, n'est pas admise »<sup>18</sup>. Toutefois, la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, telle que modifiée, permet maintenant la désignation par distraction « à la condition que les parties distraites soient désignées conformément aux dispositions de l'article 3036 »<sup>19</sup>.

La désignation de l'immeuble doit répondre aux exigences de la publicité foncière<sup>20</sup>. La désignation cadastrale qui serait erronée rend-elle la convention de prêt hypothécaire nulle? Qu'en est-il de la désignation cadastrale de l'immeuble hypothéqué qui ne correspond pas à celle du bureau de la publicité des droits lors de l'inscription de l'affectation hypothécaire? On pourrait soutenir que l'avis de cadastre devrait être possible en toutes circonstances, étant donné que la section relative aux hypothèques demande une désignation précise, sans référence nécessairement à la désignation cadastrale<sup>21</sup>. On pourrait maintenir la distinction qui prévalait sous l'ancien droit. La désignation cadastrale doit être conforme à celle en vigueur au jour de la signature de la convention hypothécaire. L'avis de cadastre est possible pour tenir compte d'une nouvelle désignation cadastrale subséquente à la signature de la convention de prêt hypothécaire; autrement, l'acte de prêt hypothécaire est nul et doit être repris dans sa totalité<sup>22</sup>. La seconde thèse devrait encore prévaloir ne serait-ce qu'en raison du formalisme de l'acte notarié.

<sup>18</sup> On sait que la jurisprudence sous l'ancien droit avait validé la désignation par distraction. Voir à cet effet *L. Dufresne & Fils Ltée c. Caisse de retraite de la Fédération nationale de l'industrie du vêtement Inc.*, [1990] R.J.Q. 1244, [1990] R.D.I. 469 (C.A.); *Hoppenheim c. Caisse populaire de Pontmain*, [1989] R.J.Q. 1813 (C.S.); voir également commentaires à cet effet Pierre CIOTOLA, « Commentaires sur la jurisprudence récente en droit des sûretés (1990) », (1991-92) 94 *R. du N.* 86, 91-92.

<sup>19</sup> *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l'application de la réforme du Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q., 1995, c. 33, art. 6, 2<sup>o</sup>.

<sup>20</sup> Art. 3033 C.c.Q.

<sup>21</sup> *Id.*, art. 2694.

<sup>22</sup> Cette position est conforme à la doctrine relative aux articles 2168 et 2042 C.c.B.C. Voir notamment Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, coll. « Mémentos

Une troisième solution avait été avancée voulant que le sommaire puisse comporter la mention de la nouvelle désignation cadastrale aux termes de l'article 3005 alinéa 1 C.c.Q. Mais cette solution a été rejetée par la jurisprudence. Dans l'affaire *Compagnie 2857-0463 Québec inc. (Syndic de)*, l'hypothèque devait porter sur le lot 25-5 du rang 6 du canton Deliste; l'acte fait mention du lot 25 du rang 6. Le notaire produit un sommaire pour corriger la désignation erronée. À juste titre, la nullité de la convention hypothécaire est maintenue. Le notaire aurait dû procéder par un acte de correction ou par une nouvelle convention hypothécaire. L'article 3005 C.c.Q. ne peut servir à corriger un acte comportant un vice de fond, telle l'affectation erronée d'un lot ou tel le défaut d'indication du lot subdivisé concerné<sup>23</sup>.

La désignation de l'immeuble devrait également en préciser les charges, servitudes et restrictions qui l'affectent. Cette désignation protégerait le créancier dans l'éventualité de l'exercice d'un droit hypothécaire, telle la prise en paiement ou la vente par le créancier. Elle assurerait que le créancier, devenu propriétaire, connaît avec exactitude l'étendue de l'assiette hypothéquée; elle permettrait de protéger le débiteur lors de la vente par le créancier, ce dernier n'agissant qu'aux droits et titre du débiteur en défaut. Rappelons que l'acheteur, dans le cas d'une vente par le créancier, ou le créancier devenu propriétaire suite à une prise en paiement, prend le bien à charge des droits réels qui le grevaient au moment de l'inscription du préavis d'exercice<sup>24</sup>, sous réserve de certaines nuances.

---

Thémis », 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1987, p. 286; Albert BÉLANGER, « La description légale d'un emplacement », (1980-81) 83 *R. du N.* 517; Yves CARON et Serge BINETTE, *Des hypothèques*, dans Chambre des notaires du Québec, *R.D.*, « Sûretés », Doctrine — Document 1, Montréal, 1991, p. 65; Serge BINETTE, Les conditions d'existence des priorités et des hypothèques, dans Chambre des notaires du Québec, *R.D./ns.*, « Sûretés », Doctrine — Document 1, Montréal, 1993, n° 86, p. 29.

<sup>23</sup> *Compagnie 2857-0463 Québec inc. (Syndic de) c. Wilfrid Noël Fils Ltée*, [1995] R.D.I. 190 (C.S.).

<sup>24</sup> Art. 2790 C.c.Q. et 2783 C.c.Q. Voir à cet effet *Banque Nationale du Canada c. Syndicat des copropriétaires de Le Balmoral*, [1996] R.D.I. 272 (C.Q.) et *Parc Technologique du Québec Métropolitain inc. c. Poissant, Thibault-Peat, Marwick, Thorne inc.*, [1996] R.J.Q. 1905 (C.S.).

## B. Biens immeubles ou biens meubles

L'hypothèque immobilière affecte évidemment un immeuble. Sont immeubles : le fonds de terre, les constructions et ouvrages qui s'y trouvent, ce qui fait partie intégrante du fonds de terre et des constructions et ouvrages, les végétaux et les minéraux encore rattachés au sol, les meubles incorporés à l'immeuble qui perdent leur individualité et assurent l'utilité de l'immeuble, les meubles placés à demeure et matériellement attachés ou réunis à l'immeuble sans perdre leur individualité tant qu'ils y restent<sup>25</sup>.

Les biens meubles sont ceux présumés tels en raison de la présomption résiduaire consacrée à l'article 907 C.c.Q. Sont également considérés comme meubles et soumis aux voies de réalisation de l'hypothèque mobilière, les biens déjà hypothéqués lors de leur attache ou lors de leur réunion à l'immeuble, sans perdre leur individualité et sans y être incorporés<sup>26</sup>. D'autres biens, qui seraient immobiliers, sont considérés comme biens meubles et peuvent être hypothéqués comme tels en raison de la présomption édictée à l'article 48 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, disposition qui a un caractère permanent et non transitoire. Sont ainsi considérés comme biens meubles les biens qui servent à l'exploitation d'une entreprise ou à la poursuite de ses activités contrairement aux meubles qui servent à l'utilité de l'immeuble qui se voient attribuer un caractère immobilier.

Enfin, les meubles servant à la poursuite d'activités dans l'immeuble et non à l'utilité de l'immeuble sont considérés comme meubles, et non immeubles par destination comme cela était le cas sous l'ancien droit<sup>27</sup>. Ainsi, depuis le nouveau Code, ont été considérés comme meubles les biens qui permettent la poursuite des activités d'une caisse populaire tels les isoloirs, étagères, écritoirs, tables de rencontre, armoires et bibliothèques, portes en stratifié devant les grilles coulissantes, comptoir-caisse, comptoir-accueil, etc.<sup>28</sup>. Ont été considérées comme meubles et non im-

---

<sup>25</sup> Art. 900 à 904 C.c.Q.

<sup>26</sup> *Id.*, art. 2672.

<sup>27</sup> *Caisse populaire Desjardins de Ste-Thérèse c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1995] R.J.Q. 751 (C.A.).

<sup>28</sup> *2949-0208 Québec Inc. c. Vitrierie universelle & Boissonneault Inc.*, J.E. 95-727 (C.S.).

meubles les allées de quilles posées sur le sol sans considération à l'égard de leur mobilité toute relative et sans égard à leur poids<sup>29</sup>. Ont été considérés comme biens meubles l'outillage et l'équipement qui sert à l'exploitation d'un restaurant<sup>30</sup>. Au même effet, l'arrêt *Caisse populaire de Saint-Hubert* est venu préciser les critères pour déterminer la nature d'un bien et conclut qu'un levier de véhicule automobile est un meuble<sup>31</sup>.

D'autre part, ont été considérés immeubles les tapis installés dans une résidence de personnes âgées<sup>32</sup> et une construction placée sur des blocs de ciment sans solage depuis quelques années<sup>33</sup>. Enfin, même si les loyers et les indemnités d'assurance qui en tiennent lieu sont des biens meubles, l'hypothèque qui affecte ces biens est considérée comme immobilière<sup>34</sup>.

Certaines conventions de prêt hypothécaire affectent divers autres biens, tels les baux, l'indemnité d'assurance de l'immeuble, les biens meubles qui servent à l'exploitation d'une entreprise ou à la poursuite d'activités dans l'immeuble. Ce sont des hypothèques mobilières en raison même de leur assiette; elles sont opposables aux tiers dès leur inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers. Les baux peuvent conférer certains droits au locateur; hormis le droit aux loyers fictivement immobilier, ces droits conférés ne sont que des droits mobiliers et devraient être mieux définis que par une simple référence à un bail. L'indemnité de l'assurance de l'immeuble diffère de l'indemnité de l'assurance de la perte des loyers; elle est une créance mobilière contrairement à l'autre fictivement immobilière. Les meubles servant à l'exploitation de l'entreprise ou à la poursuite d'activités dans un immeuble sont également exclus des

---

<sup>29</sup> *Corporation d'assurance de personne La Laurentienne c. Ville de Québec*, [1994] R.J.Q. 1432 (C.Q.).

<sup>30</sup> *Sous-Ministre du revenu du Québec c. Bélanger*, [1994] R.J.Q. 2677 (C.S.).

<sup>31</sup> *Caisse populaire de Saint-Hubert c. Services Diron inc.*, [1996] R.D.I. 2873 (C.S.). Le juge précise qu'il y a lieu, notamment, de distinguer si le bien est utile à l'entreprise ou au bâtiment.

<sup>32</sup> *Les Entreprises I. Lipman Ltée c. 3090-8784 Québec inc.*, [1996] R.J.Q. 1301 (C.S.).

<sup>33</sup> *Commission de la construction du Québec c. Coffrages St-Hubert inc.*, J.E. 96-1222 (C.Q.).

<sup>34</sup> Art. 907 et 2695 C.c.Q.; *Compagnie Montréal Trust du Canada c. Koprivnik*, [1996] R.J.Q. 443 (C.S.).

biens immobiliers par une disposition transitoire, à caractère permanent et durable : ils sont mobiliers<sup>35</sup>.

N'oublions pas que le changement de nature du bien affecté peut entraîner l'extinction de l'hypothèque immobilière sans possibilité de report ou de subrogation; c'est particulièrement le cas lors de la mobilisation d'un bien immeuble, notamment les fruits et les produits du sol. Rien n'interdit aux parties de consentir une hypothèque mobilière pour les biens envisagés éventuellement comme meubles. Cette hypothèque doit être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers pour l'opposabilité aux tiers à compter de son inscription; elle ne prend effet qu'à la survenance de la mobilisation<sup>36</sup>.

### **III. Les motifs de remboursement avant échéance de l'emprunt hypothécaire à la demande de l'emprunteur**

Le débiteur s'interroge parfois sur la possibilité de rembourser avant échéance son emprunt hypothécaire. La loi ou la convention peuvent permettre le remboursement anticipé.

#### **A. Remboursement avant échéance permis par la loi**

La convention peut prévoir diverses modalités de remboursement. Ces dernières peuvent permettre le remboursement avant l'échéance prévue avec ou sans indemnité; elles peuvent autoriser un remboursement forfaitaire d'un certain pourcentage de l'emprunt à diverses dates, soit annuellement, mensuellement ou hebdomadairement. La convention peut également interdire le remboursement avant échéance autre que celle fixée.

Le terme prévu au contrat d'emprunt permet-il au prêteur de refuser le paiement avant échéance autrement que d'après les modalités fixées au contrat? Le terme est stipulé en faveur du prêteur de même qu'en faveur de l'emprunteur<sup>37</sup>. Le prêteur peut

---

<sup>35</sup> *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 48.

<sup>36</sup> Art. 2698 C.c.Q.

<sup>37</sup> *Turmel c. Compagnie Trust nord-américain*, [1994] R.J.Q. 1677 (C.S.); *Amparo Construction Inc. c. Compagnie d'assurance Standard Life*, [1986] R.J.Q. 2030, 2038 (C.S.), [1990] R.L. 196, 201-202, (C.A.).

refuser le remboursement avant échéance même si la convention ne l'interdit pas<sup>38</sup>.

En certains cas, la loi permet le remboursement avant échéance. Elle le fait sans pénalité dans le cas d'un contrat de crédit consenti par un commerçant à un consommateur<sup>39</sup>. Elle le permet également dans le cadre d'une loi séculaire destinée historiquement à protéger les agriculteurs contre certains abus des prêteurs. Aux termes de l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt*, le débiteur hypothécaire peut rembourser par anticipation un prêt hypothécaire consenti pour une durée de plus de cinq ans, après l'expiration de ces cinq ans en ajoutant alors une pénalité de trois mois d'intérêt. Le débiteur ne saurait renoncer d'avance à son droit de rembourser par anticipation la dette hypothécaire, en conformité de l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt*<sup>40</sup>; il pourrait renoncer à ses droits conférés par la *Loi sur l'intérêt* en tant que loi d'ordre économique de protection mais seulement à l'ouverture de ces droits.

L'arrêt *Royal Trust Company c. Potash* énonce toujours l'interprétation prédominante à propos de cette disposition<sup>41</sup>. Le renouvellement de prêt hypothécaire à l'échéance du terme initial de cinq ans ne permet pas au débiteur de se prévaloir de son droit de remboursement par anticipation pour la nouvelle durée du prêt, à moins que ce prêt ne soit d'une durée de plus de cinq ans. L'option de remboursement anticipé est accordée pour tout prêt d'une durée de plus de cinq ans. Le renouvellement d'un prêt d'une durée de cinq ans n'en fait pas un nouveau prêt pour les fins de la garantie hypothécaire ni pour son rang hypothécaire; toutefois, le renouvellement équivaut à une nouvelle hypothèque pour les fins de l'application de l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt*. La Cour suprême du Canada considère que la date de

---

<sup>38</sup> *Turmel c. Compagnie Trust nord-américain*, précité, note 37; *Amparo Construction Inc. c. Compagnie d'assurance Standard Life*, précité, note 33.

<sup>39</sup> *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P- 40.1, art. 93. Cette hypothèse ne nous concerne pas dans le cadre de ce travail.

<sup>40</sup> *Royal Trust Company c. Potash*, [1986] 2 R.C.S. 351, 353; *Nemec c. Shell Oil Company of Canada Limited*, [1965] C.S. 197, 200; Roland VAILLANCOURT, « Les diverses formes de prêt et la rédaction des engagements financiers. L'hypothèque », (1977-78) 29 *F.P. du B.* 67, 76.

<sup>41</sup> *Royal Trust Company c. Potash*, précité, note 40, 373.

l'hypothèque visée par cet article est la date de l'hypothèque soit initiale, soit modifiée selon les circonstances.

Cette faculté de paiement par anticipation ne s'applique pas aux personnes morales ni aux débentures de compagnie garanties par hypothèque sur bien-fonds. La société en nom collectif n'est pas une personne morale; ses membres peuvent se prévaloir de l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt*<sup>42</sup>. La faculté de paiement par anticipation ne peut être invoquée par des personnes physiques qui ont accepté, lors de l'achat subséquent de l'immeuble, d'acquitter le remboursement d'un emprunt hypothécaire initialement contracté par une compagnie<sup>43</sup>. Toutefois, dans le cas d'un emprunt contracté conjointement et solidairement par une société par actions et par deux personnes physiques, les personnes physiques peuvent se prévaloir du remboursement par anticipation<sup>44</sup>.

## **B. Remboursement interdit avant échéance par la convention**

Le débiteur peut-il contraindre son prêteur original à recevoir le remboursement de son emprunt avant échéance et ainsi subroger son nouveau prêteur par la voie de la subrogation? On sait que cette question a été analysée favorablement au débiteur dans l'affaire *2752-0436 Québec Inc. c. Trust Général du Canada*<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> *Lévesque c. MFO-vie*, [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.).

<sup>43</sup> *Laberge c. Caisse de dépôt et placement du Québec*, [1994] R.J.Q. 2211 (C.S.); voir au même effet Louis LAGASSÉ, « De la rédaction des engagements financiers : des conditions et conventions particulières contenues à l'acte d'hypothèque », [1977] *C.P. du N.* 93, 102; Rolland VAILLANCOURT, « Quelques aspects de la *Loi sur l'intérêt* », [1980] *C.P. du N.* 181, 203.

<sup>44</sup> *Laberge c. Industrielle Alliance (L), compagnie d'assurance-vie*, [1994] R.J.Q. 2207 (C.S.).

<sup>45</sup> *2752-0436 Québec Inc. c. Trust Général du Canada*, [1993] R.J.Q. 1438 (C.S.). Nous ne souhaitons pas reprendre l'examen de cette décision mais pouvons rappeler ce qu'écrivait Claude Picher en commentaire de ce jugement :

*Le bon roi Henri IV, nous rappelle le juge, voulait que chaque Français ait sa « sa poule au pot » le dimanche, politique qui proclamait son parti pris en faveur des petits. Le drame, c'est que le roi était bien meilleur pour pondre de belles formules que les respecter. Le bon juge Durand ne pousse pas le souci de l'Histoire jusqu'à nous rappeler que sous Henri IV, c'est l'humble classe paysanne qui a continué d'assumer le gros de l'effort fiscal du royaume, pendant que les notables dansaient.*



Le débiteur peut rembourser son prêteur originaire en raison de l'échéance du prêt. Le débiteur peut rembourser le prêteur originaire avant échéance en raison d'une stipulation conventionnelle ou au motif d'une faculté accordée à cet effet par la loi. Le débiteur ne souffre alors d'aucune contrainte : il peut rembourser son créancier originaire directement ou par la voie de la subrogation, par créancier ou par débiteur. Toute autre doit être la conclusion si le débiteur ne peut rembourser avant échéance l'emprunt. Il ne peut le rembourser ni directement ni indirectement en faisant appel à la subrogation. Dans l'arrêt *Entreprises Gexpharm Inc. c. Services de santé du Québec*<sup>46</sup>, l'emprunteur veut se prévaloir de la subrogation pour rembourser avant échéance un emprunt hypothécaire. Le débat se déroule sous l'empire du *Code civil du Québec* suite à une injonction en vue d'obtenir une quittance subrogative. La question soulevée par le tribunal est au coeur du différend : « [p]ourquoi le débiteur qui veut payer son créancier de ses propres deniers, mais avant terme, n'en aurait-il pas le droit alors que celui qui a eu recours à un prêteur qu'il entend subroger pourrait le faire »? Autant le débiteur ne peut le faire dans le premier cas, autant le débiteur ne saurait le faire dans le second cas. Le terme est stipulé également en faveur du prêteur<sup>47</sup> et au-delà des limites contractuelles permises d'un paiement partiel par anticipation, la dette ne pouvait être remboursée avant échéance. La subrogation à la demande du débiteur a été refusée car, en l'absence de terme échu, le prêteur originaire ne peut être contraint de recevoir paiement par anticipation. C'est à notre avis la seule thèse recevable<sup>48</sup>.

---

*Le plat mijoté par le juge, quoi qu'il puisse en penser, n'a rien de la poule au pot. C'est une décoction empoisonnée.*

C. PICHER, « La décoction du bon juge Durand », *La Presse*, 11 mai 1993, p. D3. La décision 2752-0436 *Québec Inc.* a été reprise dans l'affaire *Serre c. Banque de Montréal*, J.E. 95-944 (C.Q.) commenté par Marie GALARNEAU, *Entracte*, le 15 septembre 1995, p. 7.

<sup>46</sup> *Entreprises Gexpharm Inc. c. Services de santé du Québec*, [1994] R.J.Q. 1696 (C.S.).

<sup>47</sup> Maurice TANCELIN, *Des obligations, Les techniques d'exécution et d'extinction*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994, n° 880, p. 41.

<sup>48</sup> Voir également en ce sens Roger COMTOIS et Yves DESJARDINS, « Le jugement Durant et la subrogation », (1995-96) 98 *R. du N.* 232.

## IV. L'hypothèque des loyers

L'hypothèque des loyers est considérée immobilière<sup>49</sup>. Une première question peut concerner son opposabilité aux tiers et tout particulièrement aux locataires; est-elle soumise au régime de l'article 2710 C.c.Q.? Une seconde question peut concerner la nature juridique des droits du créancier hypothécaire sur les loyers. Une troisième question peut concerner l'effet de l'aliénation volontaire ou forcée d'un immeuble à l'égard de l'hypothèque qui en affecte les loyers. Une quatrième question peut concerner les modifications de droit transitoire relativement au rang de l'hypothèque des loyers.

### A. Opposabilité face aux tiers et aux locataires

Quelle est la mesure d'opposabilité face aux locataires?

L'opposabilité est déterminée par l'inscription au registre foncier, tant face aux créanciers du constituant qu'aux locataires. Comme l'hypothèque des loyers est immobilière, il ne faudrait pas avoir recours aux règles de l'opposabilité de l'hypothèque mobilière des créances. C'est à la section deuxième intitulée « Des droits et obligations du créancier qui détient le bien hypothéqué » du chapitre quatrième intitulé « De certains effets de l'hypothèque » que nous trouverons les règles applicables<sup>50</sup>. Le créancier hypothécaire pourra percevoir les loyers dès l'inscription de la convention au registre foncier<sup>51</sup>. Il pourra toutefois accorder le droit au propriétaire de l'immeuble hypothéqué de percevoir les loyers<sup>52</sup>. Le créancier peut retirer cette autorisation au propriétaire de l'immeuble de percevoir les loyers, par voie d'un avis signifié aux locataires et inscrit au registre foncier<sup>53</sup>. C'est tout à fait en ce sens que le tribunal analyse la nature juri-

<sup>49</sup> Art. 2695 C.c.Q.; *Gauthier c. 3103-7872 Québec inc.*, J.E. 95-857 (C.Q.).

<sup>50</sup> Art. 2736 à 2742 C.c.Q. Voir au même effet *Assurance-vie Desjardins inc. c. 172 349 Canada Inc.*, [1994] R.J.Q. 2317 (C.S.). Le tribunal y affirme avec justesse que sous l'ancien code la clause de transport de loyers était soumise aux dispositions de l'opposabilité des cessions de créance, en conformité des articles 1570 et 1571 C.c.B.C.

<sup>51</sup> Art. 2743 C.c.Q.

<sup>52</sup> *Id.*, art. 2744.

<sup>53</sup> *Id.*, art. 2745.

dique de l'hypothèque des loyers dans l'affaire *Assurance-vie Desjardins inc. c. 172 349 Canada Inc.* :

*En vertu du nouveau Code civil, l'hypothèque sur les loyers est de nature immobilière et, en vertu de l'article 2941 C.c.Q., elle est opposable aux tiers dès son inscription. En principe, compte tenu de l'article 2743 C.c.Q., en l'absence d'une disposition contraire dans l'acte d'hypothèque, les locataires se trouvent dans l'obligation de payer le loyer au créancier hypothécaire de l'immeuble dès l'inscription. En pratique, la plupart des conventions hypothécaires contiennent des clauses qui autorisent l'emprunteur à percevoir les loyers cédés en garantie jusqu'à ce qu'il y ait défaut. L'article 2710 C.c.Q. qui énonce que le créancier ne peut faire valoir son hypothèque « mobilière » sur créances à l'encontre des débiteurs de ces créances hypothéquées tant qu'elle ne leur est pas rendue opposable de la même manière qu'une cession de créances ne s'appliquerait donc pas à l'hypothèque sur loyers puisque cette dernière est décrétée artificiellement immobilière. Le retrait d'autorisation prévue à l'article 2745 C.c.Q. doit cependant être signifié aux locataires pour leur être opposable.<sup>54</sup>*

## **B. Nature juridique des droits du créancier hypothécaire sur les loyers**

Quelle est la nature juridique des droits du créancier hypothécaire sur les loyers? L'emprunteur hypothécaire demeure propriétaire de l'immeuble; il n'est pas dépouillé de ses droits dans l'immeuble. Les droits du créancier hypothécaire sur les loyers ne diffèrent pas des droits qu'il détient sur l'immeuble. Le créancier hypothécaire a un droit de perception immédiat des loyers sauf autorisation donnée au propriétaire de l'immeuble ou sauf retrait de cette autorisation dûment publié et notifié aux locataires. Aussi, nous ne partageons pas l'opinion émise par le juge Tellier dans l'affaire *Assurance-vie Desjardins inc. c. Québec (Ministère du Revenu)*<sup>55</sup> selon laquelle le créancier hypothécaire devient propriétaire des loyers et encore moins celle émise par le juge Trudel dans l'affaire *Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon c.*

---

<sup>54</sup> *Assurance-vie Desjardins inc. c. 172 349 Canada Inc.*, précité, note 50, 2319 (C.S.).

<sup>55</sup> *Assurance-vie Desjardins inc. c. Québec (Ministère du Revenu)*, [1995] R.J.Q. 1083 (C.S.).

*Service de santé du Québec*<sup>56</sup> voulant que la perception des loyers équivaille à une prise de possession pour fins d'administration. Le créancier hypothécaire n'est pas locateur de l'immeuble du fait de la perception des loyers ni propriétaire des loyers; il ne prend pas possession pour fins d'administration<sup>57</sup>.

Le créancier hypothécaire possède sur les loyers un intérêt distinct du constituant. Il peut réclamer le paiement des loyers des locataires en tant que créancier hypothécaire tout comme le constituant peut le faire en tant que propriétaire. Comme leur intérêt respectif est distinct, il n'y a pas de représentation mutuelle ni de communauté d'intérêts entre le créancier hypothécaire et le constituant<sup>58</sup>. Les sommes perçues sont imputées au paiement de la dette, sauf stipulation contraire valide<sup>59</sup>. Le créancier hypothécaire peut accomplir des actes de simple administration en raison des articles 2743 et 2734 C.c.Q. Il est ainsi autorisé à acquitter à même les sommes perçues certaines priorités ou certaines charges, comme les taxes foncières ou les dettes hypothécaires de rang antérieur<sup>60</sup>. Il peut effectuer des réparations urgentes, engager un concierge, signer de nouveaux baux<sup>61</sup>, résilier un bail<sup>62</sup>, etc.

L'hypothèque des loyers entraîne certaines conséquences face aux tiers et aux créanciers du constituant.

Qu'en est-il de la possibilité de la saisie des loyers par un créancier chirographaire du constituant? Les loyers comme tels demeurent des biens meubles et peuvent être l'objet d'une saisie mobilière, notamment d'une saisie-arrêt en mains tierces. Les

<sup>56</sup> *Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon c. Services de Santé du Québec*, [1994] R.D.I. 73 (C.S.). C'est au plus un *obiter* car la décision portait sur l'ancien droit.

<sup>57</sup> *Les investissements Lambert-Closse Ltée c. Genra Canada Investments Inc.*, [1995] R.J.Q. 2607 (C.S.); voir au même effet *Banque nationale de Paris c. Cour du Québec*, [1995] R.J.Q. 2144 (C.S.); *Decelles Investments Ltd. c. 176 083 Canada inc.*, [1996] R.J.Q. 385 (C.S.); *Barakat c. Trust National*, (1996) R.J.Q. 2036 (C.Q.).

<sup>58</sup> *Gauthier c. 3103-7872 Québec Inc.*, J.E. 95-857 (C.Q.).

<sup>59</sup> Art. 2743, al. 2 C.c.Q.

<sup>60</sup> *Les investissements Lambert-Closse Ltée c. Genra Canada Investments Inc.*, précité, note 57.

<sup>61</sup> *Banque nationale de Paris c. Cour du Québec*, précité, note 57; *Decelles Investments Ltd. c. 176 083 Canada inc.*, précité, note 57.

<sup>62</sup> *Barakat c. Trust National*, précité, note 57.

loyers ne perdent pas leur caractère mobilier bien que l'hypothèque qui les affecte soit considérée par fiction de la loi comme immobilière<sup>63</sup>. La priorité de rang dépend à notre avis de leur date respective d'opposabilité : pour l'hypothèque des loyers, la date d'inscription au registre foncier; pour la saisie, la date de sa signification aux locataires<sup>64</sup>.

Qui a préséance entre un créancier hypothécaire, bénéficiaire d'une hypothèque des loyers et le ministère du Revenu, bénéficiaire d'une cession légale de toutes les créances dues à son débiteur fiscal? En répondant que le créancier hypothécaire était propriétaire des loyers, le juge Tellier résolvait de façon simple la question et il accordait préséance au créancier hypothécaire<sup>65</sup>. En revanche, en accordant au créancier hypothécaire des loyers de simples droits de créancier, il n'est pas facile de répondre à la question de préséance. On pourrait toujours prétendre que l'hypothèque des loyers est opposable à tous dès son inscription au registre foncier mais cet argument peut difficilement tenir devant le texte de l'article 15 de la *Loi sur le ministère du Revenu*. On pourrait prétendre que le ministère du Revenu ne possède qu'une priorité susceptible d'exécution sur les biens meubles et le droit aux loyers est fictivement immobilier. Là encore, le texte de l'article 15 de la *Loi sur le ministère du Revenu* est clair : le ministre peut percevoir toute créance due au débiteur fiscal, même si le paiement peut être exigible par un créancier garanti ou par un cessionnaire. À notre avis, le ministre a le droit de percevoir les sommes dues en provenance des loyers.

### **C. Le sort de l'hypothèque des loyers suite à l'aliénation de l'immeuble**

Quel est le sort de l'hypothèque des loyers suite à l'aliénation de l'immeuble? Qui du créancier hypothécaire, bénéficiaire de

---

<sup>63</sup> *Compagnie Montréal Trust du Canada c. Koprivnik*, précité, note 34.

<sup>64</sup> Il serait illogique comme le démontre cette situation d'exiger la signification de l'hypothèque immobilière des loyers aux locataires. Quelle serait alors l'utilité de l'inscription au registre foncier et quel rang accorderait-elle au créancier hypothécaire et à l'encontre de qui?

<sup>65</sup> *Assurance-vie Desjardins inc. c. Québec (Ministère du Revenu)*, précité, note 55; voir l'arrêt de la Cour d'appel qui a donné préséance au ministre du Revenu (*Assurance-vie Desjardins c. Québec*, [1997] A.Q. 3549 (C.A.)).

l'hypothèque sur les loyers, ou de l'adjudicataire ou de l'acquéreur pourra percevoir les loyers une fois l'immeuble aliéné?

L'aliénation peut être volontaire ou forcée.

L'aliénation forcée découle de la vente en justice en vertu du *Code de procédure civile* ou de la vente sous contrôle de justice exercée en vertu du régime des droits hypothécaires. Ces ventes produisent l'effet du décret<sup>66</sup>. L'hypothèque des loyers est immobilière; elle est en principe purgée par le décret. Le créancier hypothécaire des loyers ne peut bénéficier de droits plus étendus que ceux du propriétaire qui les lui a consentis. Ces arguments militent donc pour l'extinction de l'hypothèque des loyers en ces circonstances et pour la possibilité pour l'acquéreur ou ses propres créanciers hypothécaires de percevoir les loyers<sup>67</sup>. On ne saurait retenir la thèse soutenue sous l'ancien droit voulant que les loyers appartiennent au créancier hypothécaire du saisi<sup>68</sup>.

Qu'en est-il suite à une aliénation volontaire? Le créancier hypothécaire du vendeur peut-il continuer à percevoir les loyers de l'immeuble hypothéqué? Quelle est l'étendue accordée à l'hypothèque des loyers : (1) se limite-t-elle aux loyers perçus alors que le constituant en était le propriétaire?; (2) s'étend-elle aux loyers à venir des baux consentis par le constituant et que le nouvel acquéreur s'oblige à respecter?; (3) s'étend-elle aux loyers qui proviendront des nouveaux baux consentis par l'acquéreur? M<sup>e</sup> Payette soutient la seconde hypothèse, ce qui veut dire que le créancier hypothécaire devrait voir à ce que l'acquéreur hypothèque à nouveau les loyers en sa faveur tout particulièrement en ce qui concerne les nouveaux baux qu'il consentira. La discussion porte à la fois sur le caractère de droit de suite de l'hypothèque immobilière et sur la possibilité de consentir une hypothèque sur les biens à venir en conformité de la règle de l'article 2670 C.c.Q.<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Art. 696 C.p.c. et 2794 C.c.Q.

<sup>67</sup> Jacques AUGER, « La clause de transport de loyers et la vente en justice », (1980) 40 *R. du B.* 831, 834; voir au même effet *Cie Montréal Trust c. Cie financière canadienne*, [1980] C.S. 148; *Nage Corp. c. Brattain Grassfield Ltd.*, (1984) C.S. 223; Jacques AUGER, « L'hypothèque des loyers survit-elle à l'aliénation de l'immeuble », (1996-97) 99 *R. du N.* 198.

<sup>68</sup> *Greenberg c. Banque canadienne nationale*, [1977] C.S. 20, 22.

<sup>69</sup> Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n° 798.

#### **D. Modifications législatives au droit transitoire eu égard au rang de l'hypothèque des loyers**

Rappelons enfin les dispositions transitoires à propos des cessions de loyers. La loi ancienne ne demandait pas la publication des transports de loyers mais simplement leur signification en raison des articles 1571 et 1578 C.c.B.C.<sup>70</sup>. La mise en œuvre des transports de loyers ne nécessitait aucune publicité à un registre quelconque mais seulement la signification au débiteur cédé. Aux termes des dispositions transitoires, les cessions en garantie de loyers et d'indemnités par suite de leur perte, consenties avant l'entrée en vigueur du nouveau Code, deviennent également des hypothèques immobilières. À défaut d'avoir accompli les mesures d'opposabilité appropriées exigées par l'ancien droit, elles prennent alors le rang de la date d'enregistrement des actes qui les renferment<sup>71</sup>. Lors de la mise en vigueur du *Code civil du Québec*, aucun renouvellement n'était exigé à l'égard d'un transport de loyers car la convention de prêt hypothécaire était déjà publiée<sup>72</sup>.

Toutefois, les modifications faites au droit transitoire et au Règlement provisoire sur le registre foncier ont requis le renouvellement d'inscription par avis publié avant le 27 février 1996<sup>73</sup>. Ces modifications législatives visent d'abord les transports de loyers devenus opposables aux tiers par voie de la signification, mais qui n'ont pas été inscrits au registre foncier car ils n'avaient pas à l'être ou ne sont pas contenus dans une convention hypothécaire déjà publiée. Sont donc visés les transports de loyers

---

<sup>70</sup> P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 22, p. 82.

<sup>71</sup> *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, précitée, note 35, art 136 al., 1.

<sup>72</sup> « Les clauses prévoyant ces transports étant déjà publiées par l'effet du dépôt de l'acte d'hypothèque au registre foncier, il n'est pas nécessaire que, une fois devenues hypothèques, elles soient à nouveau publiées pour prendre rang conformément à la loi nouvelle ». Voir Gil RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice, Le nouveau Code civil du Québec*, t. III, Québec, Publications du Québec, p.111.

<sup>73</sup> *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, précitée, note 35, art. 136, al. 1 tel que modifié par la *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l'application de la réforme du Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q., 1995, c. 33, art. 1 (ci-après citée : « L.A.R.C.C. »).

(1) créés avant le 1<sup>er</sup> janvier 1994; (2) signifiés avant cette date<sup>74</sup>; (3) non inscrits en territoire cadastré : la signification leur a attribué un rang face aux tiers, mais le système de la publicité des droits réels n'en révèle pas l'existence. Ces transports de loyers doivent faire l'objet d'une inscription par voie d'un avis au registre foncier en vue de conserver leur rang initial d'opposabilité en date de leur signification et non pas de leur inscription au registre foncier.

Sont également visés les transports de loyers (1) créés avant le 1<sup>er</sup> janvier 1994 et; (2) inscrits à l'index des noms en territoire cadastré. Ces transports de loyers doivent faire l'objet d'un renouvellement d'inscription mais porté au registre foncier en vue de conserver leur rang initial d'opposabilité en date de leur inscription à l'index des noms et non pas de l'avis de renouvellement au registre foncier.

À défaut d'inscription ou de renouvellement dans les six mois de la mise en vigueur de cette modification législative, ces transports de loyers sont privés de toute opposabilité ou de tout rang face aux tiers.

Ne sont pas visés par cette modification législative les transports de loyers à la fois inscrits à l'index aux immeubles et signifiés antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1994 : leur rang demeure la date de la signification faite aux débiteurs concernés mais ils ne sont pas affectés par la modification législative car ils sont renfermés dans un acte porté à l'index des immeubles.

Ne sont pas visés par cette modification législative les transports de loyers déjà inscrits à l'index des immeubles en territoire cadastré ou à l'index des noms en territoire non cadastré mais non encore signifiés au 1<sup>er</sup> janvier 1994 : ils sont devenus des hypothèques immobilières soumises au droit nouveau. De plus, ces transports de loyers prennent rang selon la date initiale de leur inscription au registre concerné.

Enfin, ne sont pas visés par cette modification législative les transports de loyers qui n'ont pas été inscrits ni signifiés sous le

---

<sup>74</sup> C'était la modalité d'opposabilité aux tiers sous la loi ancienne, ce qui leur permettait d'acquérir un rang en vertu de la loi ancienne (art. 136 L.A.R.C.C., al. 1).



droit ancien : ils n'ont jamais obtenu un rang d'opposabilité face aux tiers aux termes de l'article 136 L.A.R.C.C.

## V. **Convention de prêt hypothécaire comme contrat d'adhésion et l'obligation de bonne foi du créancier**

L'analyse des diverses conventions de prêt hypothécaire démontre un souci de la part des principales institutions financières de s'exposer le moins possible à des recours en responsabilité dans l'exercice légitime de leurs droits. Les conventions de prêt contiennent certaines clauses destinées soit à exclure ou à limiter la responsabilité du prêteur lors de l'exercice de ses droits hypothécaires, soit à se dispenser du consentement de l'emprunteur dans les diverses étapes de l'exercice de ses recours en se faisant désigner comme mandataire irrévocable de l'emprunteur pour la gestion et la réalisation de l'immeuble, soit à mieux circonscrire sa responsabilité dans une conformité apparente aux exigences de la loi et de la jurisprudence, soit à une renonciation anticipée de l'emprunteur à toute contestation éventuelle des droits hypothécaires exercés par le prêteur.

L'emprunteur peut avec justesse mettre en doute la validité de ces clauses. De nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* exigent la bonne foi de toute partie contractante. La jurisprudence de ces dernières années scrute le comportement du créancier lors de l'exercice déraisonnable et abusif de sûretés. L'ordre public économique tient davantage compte de la protection de l'emprunteur lors de la réalisation des sûretés.

On pourrait se demander si le contrat de prêt hypothécaire immobilier peut se qualifier comme contrat d'adhésion<sup>75</sup>, ce qui impliquerait un devoir d'information et de renseignements important pour le prêteur. Certaines décisions jurisprudentielles n'hésitent pas à qualifier les contrats de cautionnement et de prêt hypothécaire comme contrats d'adhésion<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, [1992] R.J.Q. 987, 996 (C.S.); *Serre c. Banque de Montréal*, J.E. 95-944 (C.Q.).

<sup>76</sup> *Banque canadienne impériale de commerce c. Constructions Denard inc.*, [1996] A.Q. (Quicklaw) n° 469 (C.S.); *Serre c. Banque de Montréal*, précité, note 75; Nathalie CROTEAU, « Le contrat d'adhésion, ses mécanismes

Aux termes de l'article 6 C.c.Q., « toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi ». L'obligation de bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant dans la formation du contrat que dans celle de son exécution ou de son extinction<sup>77</sup>; le contrat de prêt hypothécaire ne peut échapper à l'obligation générale de bonne foi énoncée en préliminaire au *Code civil du Québec* ni au devoir d'une conduite de bonne foi imposé à tout type de contrat<sup>78</sup>, ni au devoir d'information comme mesure protectionniste de l'emprunteur. Aux termes de l'article 7 C.c.Q., « aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ». Bonne foi et conduite raisonnable se joignent en vue de combattre toute attitude de domination ou tout comportement, source de déséquilibre contractuel. La clause abusive ou d'adhésion se frappe aux exigences de la bonne foi et de la conduite raisonnable aux termes de l'article 1437 C.c.Q. Elle présente certaines caractéristiques définies au Code, soit qu'elle désavantage vu son caractère excessif et déraisonnable le cocontractant en violant dans son essence et dans sa nature la bonne foi, soit qu'elle dénature le contrat en raison d'obligations éloignées ou moins essentielles à sa formation.

Certaines conventions de prêt hypothécaire comportent un mandat irrévocable confié à l'institution financière sur défaut de l'emprunteur de gérer et d'exercer les droits hypothécaires sans opposition de l'emprunteur. Cette clause est en soi illégale; elle répond aux caractéristiques définies pour qu'elle soit une clause abusive, tant dans son caractère déraisonnable que dans les objectifs poursuivis, étant en soi susceptible de dénaturer la convention de prêt hypothécaire. Cette clause est également illégale; elle porte atteinte à des droits fondamentaux accordés à l'emprunteur ou à toute personne intéressée lors de l'exercice de droits hypothécaires, telle la possibilité d'être informé du défaut<sup>79</sup>

---

d'application et ses implications sur la pratique notariale », (1994) 1 *C.P. du N.* 110, 130.

<sup>77</sup> Art. 1375 C.c.Q.

<sup>78</sup> N. CROTEAU, *loc. cit.*, note 76, 115. Voir également 9000-6040 *Québec inc. c. Chaichem inc.*, J.E. 96-1743 (C.S.) et *Caisse populaire Desjardins de Rawdon c. Visserie Roy inc.*, J.E. 96-2248 (C.Q.).

<sup>79</sup> Art. 2757 C.c.Q.

ou telle la possibilité de remédier au défaut<sup>80</sup>. Bonne foi, conduite raisonnable, clauses non abusives, respect de l'ordre public, autant de concepts qui peuvent guider les tribunaux vers une justice contractuelle susceptible d'équilibrer les parties en présence<sup>81</sup>. De plus, dans le domaine des conventions de prêt hypothécaire, le contrat a été rédigé à l'initiative du prêteur<sup>82</sup>. Or, aux termes de l'article 1432 C.c.Q., le contrat devrait s'interpréter à l'encontre du prêteur<sup>83</sup>.

La jurisprudence s'est montrée sensible à la situation d'un emprunteur qui a été tenu de payer les bénéficiaires d'une hypothèque légale de la construction alors que l'institution financière prêteuse s'était fait consentir une cession de rang et qu'elle avait déboursé les fonds jugeant les travaux accomplis en ce qui la concernait; le prêteur a été tenu d'indemniser l'emprunteur pour les hypothèques légales de la construction inscrites sur l'immeuble. Le prêteur institutionnel obtient généralement une cession de rang de la part du créancier hypothécaire légal de la construction. De plus, il débourse les fonds d'après l'évaluation qu'il fait de la fin des travaux. L'emprunteur demeure toutefois susceptible de voir sa propriété affectée d'une hypothèque légale de la construction et de voir également les tribunaux considérer qu'il n'y avait pas encore fin des travaux. Il est vrai que le prêteur hypothécaire protège ses droits contre l'inscription de priorités ou d'hypothèques légales de rang antérieur et prévoit même des dispositions à cet effet dans la convention hypothécaire. En contrepartie, il a une obligation contractuelle à l'égard de l'emprunteur de ne pas rendre sa situation financière plus onéreuse en permettant que des sûretés

---

<sup>80</sup> *Id.*, art. 2761.

<sup>81</sup> Voir pour l'étude des diverses facettes de l'intervention judiciaire sous le *Code civil du Bas Canada* dans l'optique d'une justice ou d'une morale contractuelle, de la bonne foi et de l'équité, du rétablissement de l'inégalité flagrante des contractants : Pierre CIOTOLA, « L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats? », (1986) 20 *R.J.T.* 169, 189 et suiv.

<sup>82</sup> Nous avons consulté les conventions hypothécaires immobilières d'au moins une dizaine d'institutions financières qui globalement contrôlent près de 75% du prêt hypothécaire au Québec. Ces conventions présentent de profondes similitudes et peu de divergences. Le dicton veut que « L'habit ne fait pas le moine »; on pourrait ajouter que l'hypothèque n'échappe pas à son habit, à son contenu usuel et répandu.

<sup>83</sup> *Holdam c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] R.D.I. 619 (C.Q.).

réelles légales prioritaires l'exposent au délaissement ou à l'éviction<sup>84</sup>.

La jurisprudence québécoise s'est montrée tout particulièrement sensible à l'exercice déraisonnable des sûretés de la part de créanciers, même institutionnels. La jurisprudence s'est maintes fois exprimée sur le caractère raisonnable du délai écoulé entre la demande de paiement et la réalisation des garanties<sup>85</sup>. Certaines circonstances peuvent contribuer à justifier le comportement du prêteur : le montant du prêt, les risques probables de perte de paiement ou des sûretés, la durée des relations d'affaires entre le prêteur et l'emprunteur, la réputation de l'emprunteur, la possibilité de redressement financier de l'emprunteur, la possibilité d'un refinancement à brève échéance, etc. La jurisprudence n'a pas hésité, ces récentes années, à sanctionner comme fautif le comportement d'un prêteur qui réalise sans avis raisonnable les sûretés que lui a attribuées l'emprunteur; la malice n'est pas essentielle à l'exercice de ce recours<sup>86</sup>. Le prêteur peut être justifié d'agir avec célérité : l'insouciance de l'emprunteur face aux demandes de remboursement, le retard dans le remboursement de crédits additionnels de court terme, l'importance de la dette accumulée, etc.<sup>87</sup>. Le prêteur pourra être même justifié de requérir une injonction en vue de protéger l'exercice de certains recours comme la perception des loyers, advenant un comportement irresponsable et malhonnête de l'emprunteur tel sa mise en défaut volontaire pour renégocier l'emprunt à un taux d'intérêt plus avantageux<sup>88</sup>. À l'opposé, le prêteur peut encourir une responsabilité pour une réalisation à rabais des garanties : l'emprunteur

<sup>84</sup> *Armoires B.C. Inc. c. Groupe de Gestion en construction (Gescon) Ltée*, [1990] R.J.Q. 854 (C.S.), [1990] R.D.I. 253 (C.S.).

<sup>85</sup> *Banque nationale du Canada c. Houle*, [1987] R.J.Q. 1518 (C.A.) commenté par Chantal VENNAT, « Commentaire d'arrêt : Banque Nationale du Canada c. Houle », (1988) 22 *R.J.T.* 387, 402; [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque royale du Canada c. Nettoyeur Terrebonne (1985) Inc.*, J.E. 88-61 (C.S.).

<sup>86</sup> *Charland c. Banque canadienne impériale de commerce*, J.E. 86-142 (C.S.); *Entreprises 309 Boul. Taché Est Inc. c. Banque nationale du Canada*, [1987] R.L. 74 (C.A.); *Équipement Select Inc. c. Banque nationale du Canada*, J.E. 87-189 (C.A.); *Pole Lite Ltée c. Banque provinciale du Canada*, [1984] C.A. 170; *Meloche c. Crédit Bombardier Ltée*, [1994] R.J.Q. 1568 (C.S.), (cause portée en appel).

<sup>87</sup> *Rosemex Inc. c. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344, 346 (C.A.); *Caisse populaire Desjardins de la Concorde c. Langevin*, J.E. 94-280 (C.S.).

<sup>88</sup> *Assurance-vie Desjardins inc. c. 172 349 Canada Inc.*, précité, note 50.

peut demander d'être indemnisé pour le préjudice subi ou la caution peut soulever l'exception de subrogation et demander sa libération dans la mesure du préjudice subi<sup>89</sup>. Dans une autre affaire, où le prêteur refuse, de mauvaise foi, d'accorder mainlevée d'un cautionnement hypothécaire, il a été condamné à payer les frais d'avocat de la caution et une indemnité pour ennuis et inconvénients<sup>90</sup>.

L'ordre public économique se montre soucieux des intérêts de l'emprunteur. L'exercice des droits hypothécaires se trouve facilité en l'absence de poursuite judiciaire qui vienne constater les défauts invoqués par le prêteur. Les embûches procédurales ne sont nombreuses qu'en apparence; dans les faits, le prêteur peut agir avec célérité et rechercher un certain consensus des autres créanciers impliqués dans la réalisation des biens affectés; le débiteur peut alors se retrouver isolé. L'ordre public économique devra se préoccuper de l'emprunteur victime de ces situations et scruter la convention hypothécaire dans les modalités d'exercice des droits et recours conférés au prêteur. Les tribunaux devront s'interroger sur les circonstances de la négociation et de la conclusion de la convention de prêt hypothécaire et intervenir aux fins de réduire la portée de certaines clauses. L'emprunteur hypothécaire s'est-il vu imposer unilatéralement le contrat? Est-il dans la possibilité d'en négocier certaines clauses ou se voit-il face à un contrat rédigé unilatéralement? Est-il dans une situation de déséquilibre juridique, technique ou économique? Peut-il invoquer un certain degré d'alternative aux dispositions stipulées et aux modalités de financement<sup>91</sup>? Voilà des questions qui pourraient inciter les tribunaux à tempérer les modalités d'exercice de certaines clauses de la convention hypothécaire ou à analyser plus sévèrement le contenu presque standard des conventions hypothécaires.

---

<sup>89</sup> *Lachance c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 94-314 (C.A.), (1994) 61 Q.A.C. 224.

<sup>90</sup> *Caisse populaire Desjardins de Rawdon c. Visserie Roy inc.*, J.E. 96-2248 (C.Q.).

<sup>91</sup> Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 204 et suiv.

## VI. Droits hypothécaires et rang de l'hypothèque

Certaines décisions ont porté sur l'hypothèque du bien d'autrui, sur la rétroactivité de la prise en paiement et sur les effets de la vente sous contrôle de justice.

### A. Rang de l'hypothèque

Dans *Club Richelieu de Gracefield c. Caisse populaire Desjardins de Maniwaki*<sup>92</sup>, le tribunal se penche sur la validité de l'hypothèque consentie sur le bien d'autrui. Dans l'ancien droit, l'on sait que l'hypothèque de la chose d'autrui était affectée de nullité absolue en raison de l'article 2037 C.c.B.C.<sup>93</sup>. Sous le nouveau Code, l'hypothèque de la chose d'autrui est possible, car elle acquiert un rang opposable dès son inscription pourvu que le constituant en devienne subséquemment propriétaire. L'hypothèque prend effet dès sa création entre les parties, aux termes de l'article 2941 C.c.Q. L'hypothèque est opposable dès son inscription aux termes de l'article 2663 C.c.Q. L'hypothèque de la chose d'autrui prendra rang dès l'inscription du titre de son constituant aux termes de l'article 2948 C.c.Q.

Le propriétaire de l'immeuble hypothéqué sans droit peut-il demander la radiation d'une telle hypothèque à laquelle il n'a pas consenti? Non, répond le tribunal. Cette décision nous paraît mauvaise.

Le tribunal prend également le soin de s'interroger sur le rang de l'hypothèque consentie par le propriétaire véritable et l'hypothèque consentie par le tiers non-propriétaire; l'hypothèque consentie par le véritable propriétaire doit nécessairement primer l'hypothèque consentie par le tiers non-propriétaire (voir articles 2948 et 2670 C.c.Q.).

### B. Caractère rétroactif de la prise en paiement

Par suite de la prise en paiement, le créancier devient propriétaire de l'immeuble à compter de l'inscription du préavis d'exercice de son droit. L'obligation principale est éteinte, de

<sup>92</sup> *Club Richelieu de Gracefield c. Caisse populaire Desjardins de Maniwaki*, J.E. 95-1276 (C.S.).

<sup>93</sup> *St-Pierre c. Nooman*, [1972] C.A. 343 (résumé).

même que l'hypothèque au profit de ce créancier. Dans le cas où une dette est garantie par deux hypothèques, l'une mobilière et l'autre immobilière, le tribunal peut obliger le créancier à opter entre le recours de prise en paiement contre l'immeuble ou le recours de prise en paiement contre les meubles<sup>94</sup>. De même, dans le cas où une hypothèque affecte deux lots et que le créancier exerce la prise en paiement contre un seul lot, il ne peut par la suite prendre en paiement l'autre lot, sa dette étant éteinte<sup>95</sup>. Un autre cas d'application de l'article 2782 C.c.Q. est illustré dans l'affaire *Les Entreprises acéricoles St-Godard inc.*<sup>96</sup>. Dans cette affaire, la Banque cède à Canada inc. une partie de la créance due par St-Godard et toutes ses garanties rattachées à cette créance. La Banque se réserve seulement, en garantie du solde de sa créance, les droits qu'elle possédait en vertu de la *Loi sur les prêts aux petites entreprises*. Suite au défaut de St-Godard, Canada inc. exerce un recours en prise en paiement. En tenant compte du fait que la Banque n'avait réservé lors de la cession de créance aucune réserve quant à l'exercice par Canada inc. de la prise en paiement, le tribunal confirme que la dette est éteinte en totalité.

Le créancier qui prend l'immeuble en paiement doit respecter tous les droits réels affectant le bien sauf les hypothèques postérieures à la sienne de même que les droits réels inscrits après son préavis d'exercice de la prise en paiement<sup>97</sup>; doit donc disparaître l'hypothèque légale inscrite après un préavis d'exercice suite à un contrat de construction ou de rénovation conclu avec le propriétaire débiteur après l'inscription d'un préavis d'exercice. Il en est de même pour l'hypothèque légale du syndicat de copropriétaires relative à des arrérages nés après le préavis<sup>98</sup>. Doit être maintenue l'hypothèque légale inscrite après un préavis d'exercice suite à un contrat de construction ou de rénovation conclu avec le propriétaire débiteur avant l'inscription d'un préavis d'exercice. *A fortiori*, est maintenue l'hypothèque légale suite à un contrat de

---

<sup>94</sup> *Caisse populaire de Boucherville c. Avgoustakis*, [1996] R.J.Q. 3048 (C.S.).

<sup>95</sup> *Banque Toronto-Dominion c. Aubé*, [1996] R.D.I. 414 (C.S.).

<sup>96</sup> *Les Entreprises acéricoles St-Godard inc. c. Raymond Chabot inc.*, J.E. 96-2096 (C.S.).

<sup>97</sup> Art. 2783 C.c.Q.

<sup>98</sup> *Banque Nationale du Canada c. Syndicat des copropriétaires de Le Balmoral*, [1996] R.D.I. 272 (C.Q.).

construction ou de rénovation antérieur au préavis d'exercice et inscrite également antérieurement au préavis d'exercice<sup>99</sup>. L'inscription de la prise en paiement emporte radiation des droits réels éteints et des préavis émis<sup>100</sup>. S'il y a un jugement contraignant au délaissement, la prise en paiement est un effet de ce jugement; toutefois, « le jugement de délaissement n'en est pas un de radiation »<sup>101</sup>. La radiation découle de l'inscription de ce jugement de délaissement ou de l'acte volontaire de délaissement qui vaut titre de propriété<sup>102</sup>. Le créancier hypothécaire qui prend le bien en paiement n'est tenu qu'à titre hypothécaire. Le créancier hypothécaire est privé de toute subrogation s'il paie un créancier prioritaire ou un créancier hypothécaire qui lui est préférable<sup>103</sup>.

La prise en paiement ne peut avoir lieu sans le consentement du créancier. L'« acte volontairement consenti » dont il est question à l'article 2781 C.c.Q. ne saurait être un acte unilatéral; il doit être accepté par le créancier pour produire ses effets<sup>104</sup>.

### C. Droit hypothécaire de vente sous contrôle de justice

Le créancier, qui possède une hypothèque sur les biens d'une entreprise, peut faire vendre les biens sous contrôle de justice ou les vendre sous sa responsabilité<sup>105</sup>. La vente sous la responsabilité du créancier, en tant que droit hypothécaire, n'est pas

<sup>99</sup> Voir à cet effet *Caisse populaire de Notre-Dame de Trois-Rivières c. Mondou*, [1995] R.J.Q. 950 (C.S.); *Saad c. Massoud*, [1996] R.J.Q. 1031 (C.S.); Pierre CIOTOLA, « Droit des sûretés — Commentaires sur la jurisprudence (1992) annotée d'après la réforme en cours et brève présentation de droit transitoire », (1993-94) 96 *R. du N.* 98, 114; Denise PRATTE, « La réalisation des hypothèques légales de la construction », (1994-95) 97 *R. du N.* 52, 63-64.

<sup>100</sup> Art. 3069 C.c.Q. Nous ne partageons pas l'opinion émise dans l'arrêt *Banque Toronto-Dominion c. Slater*, [[1994] R.J.Q. 2556, 2259 (C.S.)] voulant que le préavis d'exercice du droit ne devrait pas être radié; il doit être radié d'office aux termes de l'article 3069 C.c.Q.

<sup>101</sup> *Banque Toronto-Dominion c. Slater*, précité, note 100.

<sup>102</sup> Art. 2781 C.c.Q.

<sup>103</sup> *Id.*, art. 2782.

<sup>104</sup> *La Confédération, compagnie d'assurance-vie c. 103 012 Canada inc.*, [1996] R.J.Q. 2022 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. 2172-7771 Québec inc.*, [1996] R.D.I. 50 (C.S.).

<sup>105</sup> Dans *Belinco Développements inc. c. Bazinet*, [[1996] R.J.Q. 1390 (C.S.)], le juge effectue une approche individualisée du cas et conclut que le propriétaire de l'immeuble locatif de 15 logements est une entreprise (p. 1403 du jugement).



soumise aux formalités de la vente d'entreprise<sup>106</sup>, elle éteint l'hypothèque du créancier qui fait vendre, mais laisse subsister les hypothèques postérieures<sup>107</sup>. En cas d'insuffisance du prix de vente, le créancier conserve ses recours personnels contre le débiteur<sup>108</sup>.

La vente sous contrôle de justice, quant à elle, opère les effets du décret<sup>109</sup>; elle purge toutes les hypothèques. Le tribunal détermine les modalités de la vente. Dans l'affaire *Montréal Trust co. of Canada c. Regletex inc.*<sup>110</sup>, le tribunal donne droit à une vente sous contrôle de justice, mais faite de gré à gré et non aux enchères. Le tribunal croit que la vente de gré à gré au lieu d'une vente aux enchères donnera la possibilité de mieux administrer l'immeuble (le centre commercial est presque vide) et donnera la possibilité de trouver un acheteur sérieux. À l'inverse, dans *Caisse populaire Gatineau c. 2 821 273 Canada inc.*<sup>111</sup>, le tribunal estime déraisonnable d'accorder un délai supplémentaire de six mois pour tenter de vendre l'immeuble de gré à gré et ordonne la vente aux enchères. Il est maintenant établi que le créancier peut se porter acquéreur<sup>112</sup>.

## VII. L'hypothèque légale résultant d'un jugement

L'hypothèque légale résultant d'un jugement est astreinte à certaines modalités d'opposabilité, la signification et la publication. De plus, elle ne peut grever la résidence principale pour une dette inférieure à 10 000 \$.

---

<sup>106</sup> Art. 1778 C.c.Q.

<sup>107</sup> *Id.*, art. 2789 et 2790.

<sup>108</sup> *Id.*, art. 2789, al. 3; *La Société Canada Trust c. Théorêt*, [1996] R.D.I. 2139 (C.S.); *Boyer c. Société en commandite Acquville*, [1996] R.J.Q. 748 (C.S.).

<sup>109</sup> Art. 2794 C.c.Q. et 696 C.p.c.

<sup>110</sup> *Montréal Trust co. of Canada c. Regletex inc.*, [1995] R.D.I. 215 (C.S.); voir art. 2791, 2793 C.c.Q. et 897 C.p.c.

<sup>111</sup> *Caisse populaire Gatineau c. 2821273 Canada inc.*, [1996] R.D.I. 556 (C.S.).

<sup>112</sup> *Id.*; *Sun Life du Canada c. Métro industrial Leasehold Ltd*, [1996] R.D.I. 418 (C.S.).

### **A. L'hypothèque légale résultant d'un jugement : défaut de respecter les formalités de la publicité**

Aux termes de l'article 2730 C.c.Q., l'hypothèque légale résultant d'un jugement est inscrite par voie d'un avis à cet effet accompagné d'une copie du jugement; l'avis et le jugement ont été préalablement signifiés. Doit être également présentée à la publicité des droits la preuve de la signification de l'avis et du jugement. L'inscription qui ne respecte pas ces formalités peut être radiée.

C'est ce que nous avons soutenu dans le cadre des cours de formation; c'est ce que le tribunal a repris dans l'affaire *Ferguson c. Rocan*<sup>113</sup>. Ces exigences peuvent s'expliquer pour diverses raisons. D'abord, le débiteur a un droit d'être informé des intentions du créancier sur les biens susceptibles d'être grevés par l'hypothèque légale. Le débiteur peut se prévaloir des possibilités de substitution, de réduction et de fixation judiciaire de l'assiette de l'hypothèque en conformité de l'article 2731 C.c.Q. L'inscription pourrait également surprendre ou pénaliser les acquéreurs éventuels du bien grevé. Enfin, la notification du débiteur est exigée de diverses façons dans l'hypothèque légale de l'État et dans l'hypothèque légale de la construction.

### **B. L'hypothèque légale résultant d'un jugement d'une valeur moindre de 10 000 \$ ne peut affecter une résidence principale**

Le créancier judiciaire pour un montant inférieur à 10 000 \$ ne peut pas se prévaloir de l'hypothèque légale sur une résidence principale. L'article 553.2 C.p.c. y fait obstacle. La résidence principale pouvait être saisie pour une créance inférieure à 10 000 \$, assortie d'une hypothèque conventionnelle ou légale; elle ne pouvait l'être sous l'ancien droit pour une hypothèque judiciaire. Les modifications législatives de concordance faites au *Code de procédure civile*, en vue de concilier celui-ci au nouveau *Code civil du Québec* tout particulièrement au nouveau droit des sûretés, n'ont pas modifié la teneur et la portée initiales de l'article 553.2 C.p.c. L'hypothèque légale résultant d'un jugement pour une créance inférieure à 10 000 \$ ne peut être exécutée sur la résidence prin-

---

<sup>113</sup> *Ferguson c. Rocan*, [1995] R.J.Q. 2238 (C.Q.).

cipale sous le nouveau droit pas plus qu'elle ne le pût sous l'ancien droit. Le législateur n'avait pas l'intention de permettre la saisissabilité de la résidence familiale pour les créances judiciaires inférieures à 10 000 \$<sup>114</sup>. Cette interprétation se trouve confirmée par la modification apportée à l'article 553.2 C.p.c. et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997 voulant que l'hypothèque légale résultant d'un jugement pour une valeur de 10 000 \$ ne permette pas la saisie de l'immeuble<sup>115</sup>.

### **VIII. De l'hypothèque légale de la construction ou de la rénovation**

La jurisprudence récente s'est penchée sur l'hypothèque légale de la construction ou de la rénovation refusée à un entrepreneur sans licence de la Régie et celle refusée à un locataire suite à des travaux d'aménagement dans un local loué. On peut également se demander si l'avis exigé au propriétaire de l'immeuble est une formalité essentielle et également s'il est possible de radier une hypothèque légale au simple motif de l'expiration du délai de six mois depuis l'inscription de l'avis de l'hypothèque légale.

#### **A. L'hypothèque légale de la construction ou de la rénovation refusée à un entrepreneur sans licence de la Régie**

On sait que certaines décisions avaient permis à un entrepreneur sans permis de la régie administrative du bâtiment d'invoquer le privilège de la construction<sup>116</sup>; d'autres avaient refusé la possibilité de ce privilège<sup>117</sup>. Le législateur a tranché pour des motifs économiques et probablement pour des raisons fiscales. L'entrepreneur sans permis de la régie administrative du bâtiment ne pourra pas invoquer le bénéfice de l'hypothèque

---

<sup>114</sup> *Banque de Montréal c. Dufour*, [1995] R.J.Q. 1334 (C.A.). La Cour d'appel y voit là une erreur technique du législateur.

<sup>115</sup> *Loi modifiant le Code de procédure civile, la Loi sur la Régie du Logement, la Loi sur les jurés et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1996, c. 5, art. 41, sanctionnée le 13 juin 1996 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997.

<sup>116</sup> *Girard c. Véronneau*, [1980] C.A. 534, 540.

<sup>117</sup> *Garneau c. Hébert*, [1979] C.P. 187; *Raynault c. Lapierre*, J.E. 79-691 (C.S.).

légale de la construction ou de la rénovation<sup>118</sup>. Dans l'affaire *9009-2271 Québec Inc. c. Construction M.D. Roy Inc.*<sup>119</sup>, l'entrepreneur général procède à la construction d'un garage commercial et exécute alors de légers travaux de plomberie. Cet entrepreneur détient la licence d'entrepreneur général mais n'a pas celle d'entrepreneur en plomberie. Il inscrit une hypothèque légale en vue de protéger le solde qui lui est encore dû par le propriétaire. Ce dernier soulève la nullité de l'inscription car l'entrepreneur-général a accompli illégalement des travaux de plomberie sans détenir la licence appropriée. Au dire du tribunal, l'entrepreneur général n'a fait que de légers travaux de drainage alors qu'il avait confié la réalisation des travaux de plomberie à une entreprise dûment licenciée à cet égard. L'entrepreneur général peut à bon droit réclamer une hypothèque légale pour l'ensemble des travaux réalisés car il serait déraisonnable d'invalider l'hypothèque légale pour un tel motif. Dans l'affaire *Commission scolaire des Cascades-L'Achigan c. 2797097 Inc.*, l'hypothèque légale a été refusée à un entrepreneur qui avait omis de renouveler pendant quelques semaines la licence de la Régie; l'entrepreneur doit détenir sa licence en tout temps pendant l'exécution des travaux de construction<sup>120</sup>.

## **B. L'hypothèque légale de la construction et les travaux d'aménagement faits par un locataire**

Dans l'affaire *309360 Canada Inc. c. Guillevin International Inc.*<sup>121</sup>, le locataire d'un centre commercial donne un contrat d'aménagement des locaux loués à une entreprise de construction pour le coût de 300 000 \$. Les plans et devis sont approuvés par le locateur. Le sous-entrepreneur inscrit une hypothèque légale à l'encontre de l'immeuble puis un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire. Le tribunal ordonne la radiation de ces avis

<sup>118</sup> *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l'application de la réforme du Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1995, c. 33, art. 16 modifiant l'art. 50 de la *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., c. B-1.1.

<sup>119</sup> *9009-2271 Québec Inc. c. Construction M.D. Roy Inc.*, [1996] R.D.I. 130 (C.Q.).

<sup>120</sup> *Commission scolaire des Cascades-L'Achigan c. 2797097 Inc.*, [1996] R.D.I. 236 (C.S.).

<sup>121</sup> *3093620 Canada Inc. c. Guillevin International Inc.*, [1996] R.D.I. 132 (C.Q.).

d'hypothèque légale et d'exercice d'un droit hypothécaire. L'hypothèque légale ne peut être invoquée que pour des travaux demandés par le propriétaire et non par un locataire<sup>122</sup>.

### C. L'hypothèque légale de la construction et l'avis de l'inscription au propriétaire de l'immeuble grevé

L'avis d'inscription de l'hypothèque légale est signifié au propriétaire de l'immeuble. Cette signification est-elle une formalité essentielle à la conservation de l'hypothèque légale? L'omission de cette formalité est-elle nuisible à la conservation de l'hypothèque légale? La jurisprudence des tribunaux de première instance favorisait, sous le *Code civil du Bas Canada*, un assouplissement du formalisme dans ce domaine; elle considérait que l'omission de cette formalité n'invalidait pas le privilège du bâtiment. On aurait pu croire que la jurisprudence sous le nouveau droit devrait également s'orienter en ce sens<sup>123</sup>. La Cour d'appel du Québec n'est pas de la même opinion; l'avis de l'enregistrement du privilège était considéré comme une formalité essentielle sous l'ancien droit. Elle vient encore de le dire dans l'affaire *Entreprises Bon Conseil Ltée c. Groupe Laperrière & Verrault Inc.*, un jugement rendu sous l'empire de l'ancien droit. On peut donc croire que la Cour d'appel s'en tiendra à cette interprétation sous le *Code civil du Québec*<sup>124</sup> mais cela est sans compter sur la résistance des tribunaux de première instance qui ne l'entendent pas ainsi.

---

<sup>122</sup> *Industries Providair Inc. c. Kolomeir*, [1988] 1 R.C.S. 1132; *Société de radio-télévision du Québec c. 144451 Canada Inc.*, [1996] R.J.Q. 100 (C.S.); *3093620 Canada Inc. c. Guillevin International Inc.*, [1996] R.D.I. 132 (C.Q.); *Développement Place de la Province c. Marcel Racine & Fils Inc.*, [1996] R.D.I. 156 (C.A.).

<sup>123</sup> *Construction Dan-Bec Inc. c. Robitaille*, LPJ 93-4023 (C.S.); *Productions Ranger (1988) Inc. c. Construction Sylvain Méthot Inc.*, [1992] R.D.I. 398 (C.Q.); *Quellette c. Rouillard*, [1955] C.S. 193.

<sup>124</sup> La signification de l'avis d'inscription est une formalité essentielle : *Roux c. Goyette*, [1982] C.P. 132; *Entreprises Bon Conseil Ltée c. Groupe Laperrière & Verrault Inc.*, J.E. 96-1375 (C.A.); *Duskes c. Concreters Realy Mix*, [1970] C.A. 922; voir en ce sens sous le nouveau droit Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1995, n° 416, p. 188.

#### **D. De la radiation de l'hypothèque légale aux termes de l'article 3061 C.c.Q.**

La radiation peut être demandée si l'inscription est faite sans droit ou si elle est devenue périmée.

L'hypothèque légale de la construction peut être radiée par application des articles 804 C.p.c. et 3063 C.c.Q. On peut obtenir la radiation d'une hypothèque légale inscrite par une personne qui ne peut en être bénéficiaire, en l'absence de qualité requise<sup>125</sup>; de même, la radiation sera possible lorsque l'examen des faits et des documents révèle l'absence évidente de plus-value donnée à l'immeuble<sup>126</sup>. Dans l'affaire *Construction Sicor Inc. c. 2944-9519 Québec Inc.*<sup>127</sup>, certaines réclamations n'avaient pas donné lieu à de la plus-value sur l'immeuble et ne pouvaient bénéficier de l'hypothèque légale de la construction; aussi, le tribunal a ordonné la diminution d'autant de l'hypothèque légale de la construction inscrite au registre foncier.

L'inscription peut être périmée et la radiation peut être demandée si le bénéficiaire n'a pas intenté et publié une action ou inscrit un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire dans les six mois de l'inscription de l'avis initial<sup>128</sup>. L'hypothèque légale peut être radiée à la demande de tout intéressé<sup>129</sup>.

Cette disposition de l'article 3061 C.c.Q. vient en contradiction avec la règle de droit substantif de l'article 2727, al. 3 C.c.Q. La jurisprudence considère que cette contradiction provient d'une erreur législative et donne priorité à la règle de l'article 2727, al. 3 C.c.Q.; cette interprétation enlève toute raison d'être à l'article 3061 C.c.Q. en l'absence de fin des travaux<sup>130</sup>. En revanche, ces textes peuvent être conciliés; ils entendent éviter une surcharge des inscriptions, notamment celles hâtives et dommageables pour le débiteur propriétaire, au registre foncier. Il

<sup>125</sup> *119431 Canada Limitée c. Corporation immobilière Aurée entrepreneurs-général inc.*, [1989] R.D.J. 111 (C.A.).

<sup>126</sup> *Construction Éclair Inc. c. Décor Alliance & al*, cité par *Construction Sicor Inc. c. 2944-9519 Québec Inc.*, [1994] R.D.I. 379, 383 (C.S.).

<sup>127</sup> *Construction Sicor Inc. c. 2944-9519 Québec Inc.*, précité, note 126.

<sup>128</sup> Art. 3061 et 2727, al. 3 C.c.Q.

<sup>129</sup> *Id.*, art. 3061.

<sup>130</sup> *Caisse populaire de Labelle c. A. Alarie Électrique Inc.*, [1996] R.J.Q. 478 (C.S.); voir également *Barclays Corp. Ltd. c. Nicolet*, [1997] A.Q. 2754 (C.A.).

importe alors de distinguer ici entre le délai de six mois depuis l'inscription de l'hypothèque légale, délai objectif qui permet à l'officier de la publicité des droits de procéder à la radiation sans se questionner vraiment sur la date de la fin des travaux, et le délai de six mois de la date de la fin des travaux. Ces dates peuvent ne pas coïncider. L'expiration du délai de six mois depuis la date de la fin des travaux met fin à toute possibilité de réclamer une hypothèque légale de la construction à défaut d'avoir accompli les formalités d'inscription et de mise en exécution de la sûreté légale. L'expiration du délai de six mois depuis la date de l'inscription, sans formalité de mise en exécution de la sûreté légale, permet la radiation de l'inscription<sup>131</sup>. Il est possible de concevoir que le délai de six mois depuis la date de la fin des travaux ne soit pas expiré et encore moins le délai de 30 jours de la date de la fin des travaux; alors, il serait même possible de procéder à une nouvelle inscription de l'hypothèque légale. La radiation faite en conformité de cet article 3061 C.c.Q. ne fait donc pas disparaître la possibilité d'invoquer à nouveau l'hypothèque légale de la construction et de procéder, le cas échéant, à une nouvelle inscription de la sûreté légale.

\*

\* \* \*

Dans le contexte complètement transformé de la pratique du droit, il est bon de rappeler les balises d'un exercice prudent et éclairé. Rappelons que le notaire, spécialiste de l'hypothèque, a une obligation générale de conseil et il en découle une obligation de procéder à l'examen des titres. Dans ce contexte d'opinions doctrinales et jurisprudentielles divergentes, il est aussi utile de souligner qu'une simple erreur de droit n'entraînera pas nécessairement la responsabilité du praticien du droit; toutefois, ce dernier a une obligation d'informer son client et ainsi de le prévenir sur les matières controversées. Enfin, il peut s'en rapporter à la pratique de ses pairs comme critère d'une conduite raisonnable et diligente; encore faut-il que la pratique de ses pairs soit

---

<sup>131</sup> Voir l'opinion dissidente du juge Beauregard dans l'affaire *Barclays Corp. Ltd. c. Nicolet, id.*

conforme aux normes générales de responsabilité<sup>132</sup> et qu'il s'agisse d'une « bonne pratique »<sup>133</sup>. Autrement, il peut engager sa responsabilité.

---

<sup>132</sup> *Bourque* c. *Hétu*, [1992] R.J.Q. 960, 962; *Dorion* c. *Roberge*, [1991] 1 R.C.S. 374, 400 et suiv.

<sup>133</sup> *Houle* c. *Société hypothécaire B.N.E.*, [1996] R.R.A. 547 (C.A.). Le tribunal, considérant que le notaire a une obligation de résultat lorsqu'il s'agit de déboursier des fonds, conclut :

*Le notaire ne saurait se dégager de sa responsabilité en invoquant qu'il a agi suivant la pratique qui résulte d'une nécessité commerciale. Si cette pratique existe, elle n'est pas bonne.*