

**LE DIALOGUE ENTRE LÉGISLATION
FÉDÉRALE ET PROVINCIALE EN MATIÈRE
D’HYPOTHÈQUE LÉGALE RÉSULTANT
D’UN JUGEMENT : L’AFFAIRE 3095-7252
QUÉBEC INC C MICKECK JACYNO**

Yaëll Emerich*

Ce texte a pour objectif de mettre en dialogue la législation fédérale, souvent inspirée de common law, et la législation provinciale québécoise, inspirée du droit civil. Le contexte est celui de l’impact de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité ainsi que du choix du recours hypothécaire, s’agissant d’une hypothèque légale résultant d’un jugement du Code civil du Québec. Cette discussion est menée à la lumière de l’affaire 3095-7252 Québec inc c Mickeck Jacyno de la Cour d’appel du Québec. On insistera notamment sur la nature juridique de l’hypothèque légale résultant d’un jugement, sur le lien entre la législation québécoise et la législation fédérale s’agissant de la réglementation de ce type d’hypothèque dans un contexte de faillite, ainsi que sur les effets de la libération du failli quant à la survie de cette hypothèque.

This paper seeks to stimulate dialogue between federal legislation, often inspired by the common law, and provincial legislation of Quebec, inspired by the civil law. It does so in the context of the impact of the Bankruptcy and Insolvency Act on the choice of recourse involving a legal hypothec, that is, one resulting from a judgment under the Civil Code of Québec. This discussion transpires in the light of the Quebec Court of Appeal’s judgment in 3095-7252 Québec inc v Mickeck Jacyno. This paper addresses the the character of the legal hypothec resulting from a judgment as well as the relationship between provincial and federal legislation in the insolvency context. It also addresses the effects of discharge of a bankrupt debtors on the survival of their hypothecs.

* Professeure adjointe à la Faculté de droit de l’Université McGill. Ce texte est issu d’une présentation faite lors d’un colloque en droit des sûretés organisé par le Professeur Roderick A Macdonald le 3 décembre 2010 à la Faculté de droit de l’Université McGill. L’auteure tient à remercier Cristel Chabot-Lapointe et Nicolas Prévaille-Ratelle pour leur aide au titre d’assistants de recherche. L’auteur remercie également les professeurs Roderick A Macdonald et Robert Leckey pour leurs commentaires sur une version préliminaire de cet article. La recherche menée a bénéficié d’une Subvention Wainwright de la Faculté de droit de l’Université McGill.

Les controverses engendrées par l'entrecroisement des pouvoirs respectifs accordés par la Constitution canadienne au Parlement fédéral en matière de faillite d'une part et au législateur provincial en matière de propriété et de droits civils d'autre part sont bien connues¹. L'articulation des relations ainsi engendrées peut s'avérer particulièrement tendue dans le contexte du droit fédéral, lors de la rencontre entre des droits inspirés de la tradition civiliste ou de common law. Par ailleurs, l'hypothèque légale résultant d'un jugement du *Code civil du Québec* (CcQ) et son ancêtre, l'hypothèque judiciaire du *Code civil du Bas-Canada* (CcB-C), ont souvent suscité l'interrogation de la doctrine². Ce texte traite d'une décision récente de la Cour d'appel du Québec qui se situe au carrefour de ces questions juridiques épineuses. Il s'agit de l'affaire 3095-7252 *Québec inc c Miceck Jacyno*³, rendue le 14 mai 2010 sous la plume du juge Dalphond. Ce jugement a eu le mérite de préciser la nature de cette hypothèque et a apporté plusieurs précisions importantes, liées à la question plus large de l'interaction du droit fédéral et du droit provincial.

Les faits de l'affaire étaient les suivants. En novembre 2003, des créanciers, les intimés Jacyno, obtiennent un jugement contre une débitrice. Ils publient une hypothèque légale résultant d'un jugement sur l'immeuble de cette débitrice. Trois ans plus tard, soit en janvier 2006, un autre créancier, l'appelante 3095-7252 Québec inc, consent un prêt à la débitrice. Ce dernier créancier obtient une hypothèque grevant le même immeuble, en garantie du remboursement du prêt. Suite au défaut de la débitrice, l'appelante choisit d'exercer le recours hypothécaire de prise en paiement. Le 27 février 2007, elle obtient un jugement qui la déclare propriétaire de l'immeuble, rétroactivement au 24 octobre 2006. Ensuite seulement, soit le 23 mars 2007, la débitrice fait cession de ses biens.

L'appelante, conformément à la jurisprudence antérieure, invoquait le fait que la faillite de la débitrice emportait radiation de l'hypothèque légale des intimés dont le rang était antérieur à son hypothèque. Autrement dit, Québec inc souhaitait obtenir la radiation de l'hypothèque légale grevant l'immeuble qu'elle avait pris en paiement, en invoquant l'article 70 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁴, qui rend l'hypothèque légale résultant d'un jugement sans effet dans un contexte de faillite. En première instance, la Cour supérieure avait rejeté la requête en radiation au motif que, puisque l'hypothèque légale avait été publiée avant celle de l'appelante, elle

¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91(21), 92(13), reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5.

² L'hypothèque judiciaire était prévue aux articles 2034 et suivants du CcB-C. Elle est désormais prévue aux articles 2427(4) et 2730 du CcQ.

³ [2010] RJQ 1118 [*Jacyno*].

⁴ LRC 1985, c B-3 [*LFI*].

continuait de grever l'immeuble en vertu du *Code civil du Québec* (art 2783, al 1 *a contrario* et art 2660 CcQ). La Cour d'appel devait donc se prononcer sur la question de savoir si l'article 70 de la *LFI* est applicable, lorsque le bien a fait l'objet d'une prise en paiement par un créancier garanti *avant* la faillite. Or, dans l'affaire *Jacyno*, la Cour d'appel répond à cette question par la négative.

Le raisonnement du juge Dalphond dans l'affaire *Jacyno* peut être résumé en quatre points. Premièrement, l'hypothèque légale résultant d'un jugement de l'article 2730 CcQ constitue davantage une mesure conservatoire ou une garantie qu'une mesure d'exécution. Toutefois, et c'est le second temps de l'analyse, cette perspective change en cas de faillite, puisque dans un tel contexte, l'hypothèque légale devient alors davantage une mesure d'exécution, selon les paragraphes 70(1) et 74(2) de la *LFI*. Troisièmement, l'interprétation de la *LFI* doit respecter l'objectif du législateur fédéral, qui est de « régir l'administration des actifs du failli, les priorités entre créanciers [du failli], la liquidation de leurs créances et les modalités de libération du failli »⁵ et ne pas s'étendre au-delà de cet objectif. Quatrièmement, lorsqu'il y a faillite et libération d'un failli, les créances ne sont pas éteintes. La libération d'un failli fait en sorte que, sous réserve des exceptions prévues par la *LFI*, le failli ne peut plus être poursuivi pour les réclamations prouvables dans la faillite. Cette prohibition signifie qu'aucun recours personnel n'est possible contre le failli, mais n'entraîne pas l'extinction des créances.

En l'espèce, estime la Cour d'appel, l'appelante a pris en paiement un immeuble grevé d'une hypothèque légale résultant d'un jugement, publiée au Registre foncier par les intimés antérieurement à la publication de sa propre hypothèque. Par conséquent, elle est présumée avoir eu connaissance de l'existence de ce droit réel, en vertu de l'article 2943 CcQ. De plus, selon l'article 2783, al 1 CcQ, l'exercice du recours hypothécaire de prise en paiement par l'appelante a éteint les hypothèques publiées après la sienne, mais non celles publiées avant, incluant l'hypothèque légale résultant d'un jugement. Or, selon la Cour d'appel, les rapports entre l'appelante Québec inc., qui a pris le bien en paiement, et les intimés *Jacyno*, qui détiennent une hypothèque légale antérieure sur ce bien, continuent d'être régis exclusivement par les dispositions du CcQ, puisque ni l'un ni l'autre ne sont insolvable et que l'immeuble n'a pas été dévolu au syndic. Les parties ne peuvent ainsi, selon le juge Dalphond, être assujetties à la *LFI* quant à leurs rapports réciproques. Le juge Dalphond ajoute que l'article 70 de la *LFI* ne peut être interprété au-delà de son objectif, « qui est de protéger la masse des créanciers d'un failli en rendant sans effet

⁵ *Jacyno*, *supra* note 3 au para 27.

l'hypothèque légale grevant un bien de ce dernier désormais sous la saisine du syndic, le tout au bénéfice de la masse »⁶.

Il convient de bien cerner la portée réelle de l'affaire *Jacyno*. L'article 70 de la *LFI* prive l'hypothèque légale de l'article 2730 CcQ de tout effet – cela n'est pas remis en cause ici. Dans cette affaire, la question en litige était plutôt de savoir si cette « négation » par la faillite de l'hypothèque légale résultant d'un jugement pouvait s'étendre aux biens pris en paiement *avant* la faillite. Le juge Paul Chapat de la Cour supérieure avait tranché par la négative : puisque le bien pris en paiement ne faisait plus partie du patrimoine du failli à la date de la faillite, il ne devait pas être touché par l'article 70 de la *LFI*. L'hypothèque judiciaire devait donc continuer à produire ses effets sur les biens pris en paiement, conformément à l'article 2783 CcQ⁷. Cette décision est confirmée par la Cour d'appel, qui renverse ainsi son propre jugement dans *Union du Canada c Salvador*⁸ et les affaires postérieures qui l'ont appliqué⁹. De plus, la Cour d'appel revient sur la jurisprudence de l'arrêt *Union du Canada*¹⁰ sur une autre question, soit celle de l'extinction des hypothèques accessoires à des créances pour lesquelles le failli a obtenu sa libération.

On s'attardera ici sur les trois principaux apports de l'affaire *Jacyno*. Après avoir dit quelques mots de la nature juridique de l'hypothèque légale résultant d'un jugement (1), on insistera sur l'incidence du contexte de la faillite sur l'hypothèque légale résultant d'un jugement, question résultant de l'interaction du droit fédéral et québécois (2), puis sur le sort de l'hypothèque légale résultant d'un jugement suite à la libération du failli (3).

1. La nature juridique de l'hypothèque légale résultant d'un jugement

La nature de l'hypothèque légale résultant d'un jugement intrigue. Ce type d'hypothèque est prévu aux articles 2724(4) et 2730 CcQ et correspond à l'ancienne hypothèque judiciaire du *Code civil du Bas-Canada*¹¹. Comme

⁶ *Ibid* au para 30.

⁷ 3095-7252 *Québec inc c Mickeck-Jacyno*, 2008 QCCS 191 aux para 24-26, [2008] RDI 140.

⁸ [1997] RDI 173 [*Union du Canada*].

⁹ Voir *Chénier c Pétrole M. Miron*, [1997] RDI 595 (CS) ; *Gravelle c Monnet*, [2000] JQ no 5948 (QL) (CS) ; *Caisse Populaire Desjardins de Jonquière c G.U.S. Canada inc.*, [2004] RDI 238 (CQ) [*Desjardins Jonquière*] ; *Chicoine c Desnoyers*, 2006 QCCS 2107, [2006] RRA 794 ; *Langevin c Ross*, 2009 QCCQ 1302 [*Langevin*].

¹⁰ *Supra* note 8.

¹¹ Denise Pratte, *Priorités et hypothèques*, 2^e éd, Sherbrooke, Revue de Droit Université de Sherbrooke, 2005 au para 435 [Pratte, *Priorités et hypothèques*]. Voir aussi *Banque de Montréal c Dufour*, [1995] RJQ 1334 (CA).

l'écrit le professeur Deslauriers, « [l]'hypothèque légale résultant d'un jugement est une sûreté que la loi permet au créancier d'inscrire contre les biens, meubles ou immeubles de son débiteur, lorsque le créancier a obtenu contre ce dernier un jugement d'un tribunal ayant compétence au Québec condamnant le débiteur à lui payer une somme d'argent (art 2730 CcQ) »¹². Quant aux conditions de mise en place de l'hypothèque résultant d'un jugement, on rappellera ici que seule une condamnation à payer une somme d'argent par un tribunal compétent au Québec peut faire l'objet d'une telle hypothèque et qu'elle peut grever des biens meubles ou immeubles (art 2730, al 1 CcQ)¹³. Il est donc impossible en principe d'inscrire une hypothèque légale résultant d'un jugement sur une obligation de faire ou de ne pas faire¹⁴. Le créancier doit également, pour qu'une telle hypothèque existe, inscrire un avis indiquant le bien grevé ainsi que le montant dû au registre approprié¹⁵.

L'un des apports de l'affaire *Jacyno* a été de préciser la nature juridique de l'hypothèque légale résultant d'un jugement. Parfois complémentaires, parfois opposées, la présente affaire met en exergue la notion de mesure conservatoire, laquelle peut être définie comme une mesure « qui vise à éviter la perte d'un bien, d'un droit »¹⁶, alors que la mesure d'exécution, désigne plutôt la mesure par laquelle « le débiteur remplit son obligation envers le créancier »¹⁷. La Cour d'appel estime que si l'hypothèque judiciaire était « [a]utrefois résolument une mesure exécutoire, [elle] est devenue en droit civil une mesure conservatoire, une garantie »¹⁸. Toutefois, en cas de faillite, elle perdrait en quelque sorte ses nouveaux vêtements et se présenterait à nouveau comme une mesure d'exécution.

¹² Jacques Deslauriers, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 au para 674 [Deslauriers, *Sûretés*].

¹³ Voir aussi 9031-8361 *Québec Inc c Corp Pizza Delight Ltée*, 2004 CanLII 7624 au para 10 (Qc CS).

¹⁴ Denise Pratte, « Les principales règles relatives aux priorités et aux hypothèques » dans Collection de droit 2010-11, École du Barreau du Québec, vol 6, *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, p 121, à la p 153. Voir aussi : *Banque Nationale du Canada c Roy*, 2009 QCCS 5596.

¹⁵ Art 2730, al 2 CcQ : « Il l'acquiert par l'inscription d'un avis [...] » [nos italiques]. Cette formalité de publicité requise pour l'existence de l'hypothèque va plus loin que la règle traditionnelle qui impose la publicité aux fins d'opposabilité aux tiers de l'hypothèque (art. 2663 CcQ).

¹⁶ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, *sub verbo* « conservatoire ».

¹⁷ *Ibid*, *sub verbo* « exécution » sens 2.

¹⁸ *Jacyno*, *supra* note 3 au para 11.

1) *L'hypothèque judiciaire comme mesure d'exécution*

Historiquement, l'hypothèque légale résultant d'un jugement était envisagée comme une mesure d'exécution. Comme le rappelle M^e Payette, l'origine de ce type d'hypothèque remonte à l'ancien droit français, époque à laquelle elle était analysée comme une mesure d'exécution sur les immeubles et à défaut de laquelle un créancier ne pouvait procéder à une saisie¹⁹. Le droit français prévoyait alors la possibilité pour un créancier d'obtenir une hypothèque à caractère général grevant les biens présents et à venir d'un débiteur en défaut, en vertu d'une promesse de paiement constatée dans un acte notarié ou un jugement²⁰. De plus, dans l'ancien droit français, l'hypothèque judiciaire était très proche de la notion de gage commun des créanciers²¹. L'hypothèque judiciaire serait la dernière expression de cette confusion qui régnait alors entre la notion d'hypothèque et celle d'obligation.

En droit civil québécois, l'ancêtre de l'hypothèque légale résultant d'un jugement des articles 2724(4) et 2730 CcQ est l'hypothèque judiciaire, qui était prévue aux articles 2034 et suivants CcB-C²². L'hypothèque judiciaire du CcB-C différait notamment de l'hypothèque judiciaire du droit français, en ce qu'elle ne pouvait être créée que par l'inscription d'un avis sur un immeuble à la suite d'un jugement et ne comportait donc pas de caractère universel²³.

Dans l'affaire *Jacyno*, la Cour d'appel rappelle que d'un point de vue historique, l'hypothèque judiciaire s'analysait en une mesure d'exécution. Cela explique sans doute que dans l'affaire *Banque impériale de commerce c Marciano*, la Cour d'appel ait confirmé que l'hypothèque judiciaire du CcB-C n'était « *qu'un moyen d'exécution du jugement* prononcé contre le débiteur » [nos italiques]²⁴. Il convient toutefois de noter que la nature juridique de l'hypothèque judiciaire sous l'ancien code était relativement controversée. Même si une partie de la jurisprudence et certains auteurs analysaient l'hypothèque judiciaire du CcB-C comme une mesure

¹⁹ Louis Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010 au para 1494.

²⁰ Deslauriers, *Sûretés*, *supra* note 12 au para 675.

²¹ Payette, *supra* note 19 à la p 759, n 2884 : « Longtemps et jusqu'à la codification française de 1804, une certaine confusion a été entretenue entre l'hypothèque générale et le droit de gage commun des créanciers, un créancier ne pouvant, suivant une conception répandue, saisir les biens du débiteur sans y avoir d'hypothèque. Cette conception n'a pas prévalu [...] ».

²² Pratte, *Priorités et hypothèques*, *supra* note 11 au para 435.

²³ Deslauriers, *Sûretés*, *supra* note 12 aux para 675-76.

²⁴ [1990] RJQ 28, [1990] RDI 6 [*Marciano*].

d'exécution, une partie importante de la jurisprudence et de la doctrine avait – et ce dès l'ancien code civil – plutôt conceptualisé l'hypothèque judiciaire comme une mesure conservatoire²⁵.

2) L'hypothèque judiciaire comme mesure conservatoire

Dans l'affaire *Jacyno*, la Cour d'appel estime que le droit moderne a plutôt fait de l'hypothèque judiciaire une mesure conservatoire ou une garantie. En effet, l'hypothèque légale résultant d'un jugement est clairement devenue avec le CcQ une sûreté à part entière, puisque la loi en a fait un type d'hypothèque, assortie comme toute hypothèque du droit de suite, du droit de préférence ainsi que de recours hypothécaires²⁶, répondant ainsi à l'objectif d'unification du régime du droit des sûretés préconisé par l'*Office de révision du Code civil du Québec*²⁷. Les *Commentaires du ministre de la justice* soulignent également la nature conservatoire de cette hypothèque en mentionnant qu'elle sert à « assurer l'exécution des jugements » [nos italiques]²⁸. Ainsi, avec le temps, l'hypothèque légale résultant d'un jugement semble avoir perdu sa qualification historique de mesure d'exécution.

²⁵ Voir *Roy c Ouimet* (1894), 6 CS 413 (Qc); *Lourie c Ratushnick*, [1958] CS 247 (Qc); *Lehar Investment Corp c Bigue*, [1968] BR 489 (CA Qc); *Larissa Development Corp c Anjou Gardens Ltd*, [1971] CA 421 (Qc) [*Anjou*]; *Pothier c Chem-Tv Inc*, (1982), EYB 1982-140885 (REJB) (CS Qc); *Vicply Inc c Banque royale du Canada*, [1989] RDJ 475 (CA Qc) [*Vicply*]. Voir aussi dans le sens de l'analyse d'une mesure conservatoire: Pierre Ciotola, *Droit des sûretés*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 1987 à la p 319 et s ; Paul-Yvan Marquis, « L'hypothèque judiciaire » (1973) 33 R du B 416 à la p 418 ; Michel Poissant, « L'hypothèque judiciaire et ses avantages » (1974) 76 R du N 447 aux pp 449-50; Serge Binette, *Des hypothèques*, Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1991 aux para 118-20. Voir toutefois *contra*, dans le sens d'une analyse de l'hypothèque judiciaire du CcB-C comme une mesure d'exécution : John EC Brierley et Roderick A Macdonald, *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993 à la p 633 : « Judicial hypothecs are usually a form of execution remedy, available to enforce any judgment to pay a liquidated sum [...] or to secure the obligations of the surety under any act of suretyship judicially entered into [...] ». Voir également sur ce point : Payette, *supra* note 19 au para 1494 : « Les civilistes modernes refusent de l'assimiler à une simple mesure d'exécution des jugements ».

²⁶ Payette, *supra* note 19 au para 1494.

²⁷ Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol II, t 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978 aux pp 431-32. Voir aussi : Michael G Bridge et al, « Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transactions » (1999) 44 RD McGill 567 aux pp 649-50 ; Pierre Ciotola, « Droit des sûretés : épizootie législatif ou contre-réforme ? » (2003) 105 R du N 853 à la p 855.

²⁸ Québec, Ministère de la justice, *Commentaires du ministre de la justice : le Code civil du Québec*, t 2, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p 1705.

Cette nouvelle conception de la nature juridique de l'hypothèque légale résultant d'un jugement, telle qu'elle est reconnue par le droit moderne, semble être aujourd'hui largement partagée parmi la doctrine et la jurisprudence. Dans son ouvrage sur les sûretés, le professeur Deslauriers considère que ce type d'hypothèque constitue « davantage une mesure conservatoire qu'une mesure d'exécution »²⁹. Ainsi, un créancier peut inscrire une hypothèque légale résultant d'un jugement, même si le jugement n'est pas devenu exécutoire en vertu de l'article 568 Cpc³⁰, ou s'il est suspendu par le délai d'appel en vertu de l'article 497 Cpc. Le rang de l'hypothèque du créancier est alors protégé en cas d'appel du jugement par le débiteur. Néanmoins, le créancier ne pourra exécuter son jugement qu'après sa confirmation en appel³¹.

L'hypothèque légale résultant d'un jugement apparaît alors comme un moyen efficace que le législateur a mis à la disposition des créanciers, pour garantir le remboursement de leurs créances jusqu'à ce que le jugement soit exécuté, d'où sa qualification de mesure conservatoire. En effet, cette hypothèque légale leur permet d'avoir plus de poids dans la négociation d'accords moratoires ou d'arrangements, de bénéficier d'une sécurité additionnelle grâce au droit de suite de l'hypothèque et d'obtenir un remboursement plus rapidement, puisqu'une hypothèque nuit à l'obtention d'autres sources de financement par le débiteur³².

Les opinions respectives des M^{es} Payette et Pratte quant à la nature juridique de l'hypothèque légale résultant d'un jugement vont dans le même sens. M^e Payette note que cette hypothèque est devenue une sûreté à part entière et qu'elle est plus qu'une mesure d'exécution puisqu'elle demeure valide lors d'un sursis d'exécution du jugement³³. Dans la même ligne, M^e Pratte observe que l'inscription d'une hypothèque légale résultant d'un jugement est possible, que le jugement soit porté en appel, qu'il soit l'objet d'un sursis d'exécution ou qu'il s'agisse d'un jugement provisoire, puisque cette hypothèque est une mesure conservatoire et non une mesure d'exécution³⁴. Cette qualification de l'hypothèque résultant d'un jugement est également partagée par les notaires, dont le professeur Ciotola dans son ouvrage sur les sûretés³⁵.

²⁹ Deslauriers, *Sûretés*, *supra* note 12 au para 678.

³⁰ Voir *Anjou*, *supra* note 25; *Vicply*, *supra* note 25; *H (J) c F (W)*, REJB 2003-46781 (CA Qc), JE 2003-2208.

³¹ Deslauriers, *Sûretés*, *supra* note 12 au para 678.

³² *Ibid* au para 679 ; Payette, *supra* note 19 au para 1494.

³³ *Ibid*.

³⁴ Pratte, *Priorités et hypothèques*, *supra* note 11 au para 437.

³⁵ Pierre Ciotola, *Droit des sûretés*, 3^e éd, Montréal, Thémis, 1999 au para 2.75 [Ciotola, *Sûretés*].

Du côté de la jurisprudence, cette conception a également été reprise, notamment à propos d'une créance alimentaire dans l'affaire *Gingras c Pharand*³⁶. Dans cette affaire en responsabilité professionnelle, l'appelante poursuivait son ancienne avocate et une notaire en responsabilité civile. Or, dans son appréciation de la faute professionnelle de l'avocate, la Cour d'appel a souligné le caractère conservatoire de l'hypothèque légale résultant d'un jugement, en la qualifiant de mesure de protection³⁷.

Dans l'affaire *Jacyno*, la Cour d'appel semble donc suivre la tendance jurisprudentielle et doctrinale aujourd'hui majoritaire en droit civil québécois, pour donner à l'hypothèque légale résultant d'un jugement une nouvelle nature juridique, soit celle d'une mesure en principe conservatoire, sous réserve du cas de la faillite³⁸. On peut toutefois noter l'ambiguïté de la nature juridique de cette hypothèque, dont le double aspect de mesure conservatoire et de mesure d'exécution, même en dehors du contexte de la faillite, a déjà été souligné. C'est ainsi par exemple que M^e Marc Boudreault reconnaît que l'hypothèque légale du CcQ est envisagée comme étant une mesure conservatoire³⁹, tout en estimant « [qu]'elle ne constitue en réalité qu'un moyen détourné pour le créancier d'exécuter son jugement et d'obtenir priorité aux dépens des autres créanciers ordinaires, alors que la créance qu'il détient n'est, à sa source, qu'une créance ordinaire »⁴⁰. Néanmoins, que cette hypothèque soit qualifiée de mesure conservatoire ou de droit mixte, à mi-chemin entre la mesure conservatoire et la mesure d'exécution, il n'en reste pas moins qu'en cas de faillite, le législateur fédéral la traite comme une mesure d'exécution à part entière, la privant ainsi de tout effet.

Une autre particularité du raisonnement de la Cour d'appel dans l'affaire *Jacyno* est d'avoir limité l'application de l'article 70 de la *LFI*, en jugeant que l'hypothèque légale résultant d'un jugement des intimés grevant l'immeuble de l'appelante demeurerait valide, puisque cette dernière avait exercé le recours hypothécaire de la prise en paiement *avant* la faillite de la débitrice.

³⁶ 2009 QCCA 291, [2009] RRA 83.

³⁷ *Ibid* au para 66. Voir aussi *Évaluations BTF inc c Saguenay (Ville de)*, 2007 QCCS 4265 au para 31, [2007] RDI 718.

³⁸ *LFI*, *supra* note 4, art 70(1) ; *Desjardins Jonquière*, *supra* note 9 au para 27.

³⁹ Marc Boudreault, *Les sûretés*, 2^e éd, la collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 au para 431.

⁴⁰ *Ibid* au para 446.

2. L'incidence du contexte de la faillite sur l'hypothèque légale résultant d'un jugement

Dans leur ouvrage intitulé *Droit constitutionnel*, les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet notent que « [l]es chevauchements de lois fédérales et provinciales sont nombreux »⁴¹, notamment en raison de « l'impossibilité d'opérer une démarcation étanche des compétences législatives »⁴². Cette difficulté, observent les auteurs, apparaît en particulier en ce qui a trait à la relation entre la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les règles du *Code civil du Québec* portant sur les sûretés. Selon la Cour d'appel du Québec, en cas de faillite, l'hypothèque légale résultant d'un jugement perd sa nouvelle nature pour se présenter à nouveau comme une mesure d'exécution. La Cour d'appel propose néanmoins une nouvelle interprétation de l'article 70 de la *LFI*, lorsque le bien grevé par l'hypothèque légale résultant d'un jugement a été pris en paiement par le créancier avant la faillite du débiteur. On se demandera ici si le revirement jurisprudentiel, dont l'effet est de limiter le champ d'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, est justifié.

1) Le revirement jurisprudentiel quant à l'interprétation de l'article 70 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité

En cas de faillite, la perspective sur l'analyse de la nature juridique de l'hypothèque légale résultant d'un jugement change et elle devient privée d'effet. La Cour d'appel estime qu'aucun droit de préférence n'est attribué au créancier détenteur d'une hypothèque légale résultant d'un jugement par la *LFI*, puisque celle-ci la traite comme une mesure d'exécution plutôt que comme une mesure conservatoire⁴³. Dans l'affaire *Jacyno*, la question se posait de savoir si ce principe de la caducité de l'hypothèque résultant d'un jugement devrait s'appliquer à un bien ne faisant plus partie du

⁴¹ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 455.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Jacyno*, *supra* note 3 au para 14. Aux termes de l'art 70(1) *LFI*, *supra* note 4: « Toute ordonnance de faillite rendue et toute cession faite en conformité avec la présente loi ont priorité sur toutes saisies, saisies-arrêts, certificats ayant l'effet de jugements, jugements, certificats de jugements, hypothèques légales résultant d'un jugement, procédures d'exécution ou autres procédures contre les biens d'un failli, sauf ceux qui ont été complètement réglés par paiement au créancier ou à son représentant, et sauf les droits d'un créancier garanti ». Voir aussi de façon plus large sur cette problématique : Jacques Auger, Albert Bohémier et Roderick A Macdonald, « Le traitement des créanciers dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les mécanismes de garantie du droit civil du Québec » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1997, 911 à la p 916.

patrimoine du failli. L'appelante s'appuyait sur la jurisprudence antérieure pour répondre par l'affirmative, mais l'argument a été, à juste titre, rejeté par la Cour d'appel.

A. La jurisprudence antérieure et l'interprétation large de la LFI

Dans son analyse de l'impact de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* sur la validité de l'hypothèque légale résultant d'un jugement, la Cour d'appel fait une revue de la jurisprudence marquante sur le sujet. Le juge Dalphond se réfère tout d'abord à l'affaire *Royal Bank of Canada c Larue*⁴⁴ du Conseil privé. En l'espèce, la Banque royale du Canada contestait le rejet par un syndic de faillite de sa réclamation sur des immeubles de son débiteur failli, grevés d'une hypothèque judiciaire. Le Conseil privé a jugé que le créancier d'une hypothèque judiciaire n'était pas un créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite*⁴⁵ de l'époque. Il devenait un simple créancier chirographaire dès que son débiteur faisait cession de ses biens. Le Conseil privé a donc estimé que la Banque perdait sa priorité mais aussi son hypothèque, au motif que la perte du droit de préférence anéantissait l'existence même de l'hypothèque.

Deux autres décisions rendues antérieurement par la Cour d'appel sont mentionnées dans l'affaire *Jacyno* et méritent également notre attention, puisqu'elles reconnaissent la nature exécutoire de l'hypothèque judiciaire et son extinction dans un contexte de faillite. Tout d'abord, dans l'affaire *Guévremont c Radmore*⁴⁶, un syndic de faillite qui avait vendu un immeuble de gré à gré à un tiers, demandait la radiation de l'hypothèque judiciaire qui le grevait. La Cour d'appel avait renversé la décision de première instance, qui avait annulé la vente et rejeté l'action en radiation, soulignant que le créancier avait fait enregistrer une hypothèque judiciaire et avait saisi l'immeuble, mais ne l'avait pas vendu avant la faillite du débiteur. La Cour avait aussi précisé que la *LFI* permettait au syndic de faillite de demander la radiation de toute hypothèque judiciaire grevant les biens du failli.

Ensuite, dans l'affaire *Marcano*⁴⁷, la Banque avait intenté une action en jugement déclaratoire pour faire reconnaître son hypothèque judiciaire sur un immeuble acheté par Marcano, un an avant la faillite du débiteur. La Cour d'appel avait conclu que Marcano pouvait obtenir la radiation de l'hypothèque, puisque la créance principale, dont l'hypothèque était

⁴⁴ [1928] AC 187 (PC).

⁴⁵ LRC 1919, c 36.

⁴⁶ [1974] CA 194 (Qc).

⁴⁷ *Supra* note 24.

l'accessoire, s'était éteinte par la libération du débiteur, survenue avant la réalisation de l'hypothèque par la Banque.

Dans ses motifs, le juge Dalphond estime que le principe ressortant du jugement *Marcano* n'est pas applicable à l'affaire *Jacyno*, puisqu'au moment du jugement, la débitrice faillie n'était pas libérée⁴⁸. Outre le fait que le juge semble ici traiter l'affaire *Marcano* comme un véritable précédent au sens de la common law – pour rejeter son application en s'appuyant sur une divergence factuelle, alors même que l'existence de véritables précédents en droit civil est contestable⁴⁹ – le juge poursuit son raisonnement en opérant un véritable revirement jurisprudentiel quant à l'interprétation de l'article 70 de la LFI, dans le contexte d'une faillite au Québec.

B. Le revirement jurisprudentiel opéré par l'affaire Jacyno limite l'application de la LFI

Pour mieux comprendre le revirement jurisprudentiel opéré ici, il convient de se remémorer l'affaire *Union du Canada* dont les faits sont très proches de l'affaire *Jacyno*. *Union du Canada* avait obtenu un jugement contre un débiteur et publié une hypothèque judiciaire sur un immeuble, propriété indivise du débiteur et de son frère. Le jour même de la publication par *Union* de son hypothèque, la Banque Laurentienne du Canada avait fait publier une hypothèque sur l'immeuble à titre de garantie d'un prêt consenti aux deux propriétaires indivis. Le débiteur d'*Union* avait par la suite vendu sa part de l'immeuble à l'épouse de son frère. Quelques mois plus tard, ce débiteur faisait cession de ses biens et les propriétaires de l'immeuble présentaient une requête en radiation de l'hypothèque judiciaire d'*Union du Canada*.

Union du Canada soumettait à la Cour d'appel que l'article 70 de la *LFI* n'était pas applicable, car l'immeuble était sorti du patrimoine du failli avant la cession de ses biens et l'hypothèque devait donc continuer à produire ses effets. Ce raisonnement avait toutefois été rejeté par le juge Mailhot qui, exprimant l'opinion de la majorité, avait considéré que, dans un contexte de faillite, le terme « bien » devait être interprété de façon à inclure des biens qui ne sont plus la propriété du failli, ayant pour effet d'éteindre l'hypothèque judiciaire énoncée à l'article 70 de *LFI*⁵⁰. Selon la

⁴⁸ *Jacyno*, *supra* note 3 au para 21.

⁴⁹ Pierre-André Côté avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009 au para 1965. Pour une analyse critique de l'existence de la règle du précédent en droit civil : Albert Mayrand, « L'autorité du précédent au Québec », (1994) 28 RJT 771.

⁵⁰ *Union du Canada*, *supra* note 8 aux pp 176-77.

majorité, l'hypothèque résultant d'un jugement devenait caduque par le fait même de la *LFI* et pouvait ainsi être radiée, peu importe le moment où le débiteur avait cédé ses biens. Selon la majorité, accepter l'argument d'Union aurait fait en sorte de conférer une préférence à un créancier qui n'est en réalité qu'un créancier chirographaire. Telle n'était pas l'opinion du juge Robert, dissident, qui estimait que les biens visés à l'article 70 de la *LFI* doivent être ceux qui font partie du patrimoine du failli à la date de la faillite. Le juge Robert concluait que l'article 70 de la *LFI* ne devrait pas recevoir une interprétation plus large que ce qui est nécessaire pour protéger la masse des créanciers du débiteur failli.

C'est à cette interprétation autrefois minoritaire de l'article 70 de la *LFI*, telle qu'exposée par le juge Robert, que se rallie ici le juge Dalphond, estimant qu'il ne faut pas interpréter la *LFI* au-delà de son objectif qui est de « régir l'administration des actifs du failli, les priorités entre les créanciers, la liquidation de leurs créances et les modalités de libération du failli »⁵¹. Dès lors, l'inefficacité de l'hypothèque légale résultant d'un jugement prévue à l'article 70(1) de la *LFI* ne s'applique pas lorsque le bien ne fait plus partie du patrimoine du failli au moment où il fait cession de ses biens. Le juge Dalphond appuie toutefois son raisonnement sur un nouvel argument, qui n'avait pas été abordé par le juge Robert dans *Union du Canada*, ni par le juge Chaput en première instance, à savoir celui de l'harmonisation entre le droit fédéral et le droit provincial.

2) *Interprétation bijuridique et appréciation de la solution*

Au soutien de son raisonnement le juge Dalphond cite la *Loi d'harmonisation n°1* du droit fédéral avec le droit civil (*Loi d'harmonisation n°1*), dont l'objectif est d'adapter certaines lois fédérales aux deux traditions juridiques du Canada, soit le droit civil et la common law des provinces et d'harmoniser le droit fédéral avec le droit civil québécois⁵² :

⁵¹ *Jacyno, supra* note 3 au para 27. Cela semble être une juste application du principe général d'interprétation selon lequel il faut donner pleine application à la volonté du législateur, sans aller ni au-delà, ni en deçà. Pour une autre application de ce principe voir notamment : Lord Mersey dans *Thompson c Goold & Co*, [1910] AC 409 à la p 420. Voir aussi en matière de faillite : l'affaire *Saulnier c Banque royale du Canada*, 2008 CSC 58 au para 44, [2008] 3 RCS 166, où il a été jugé que la définition du terme « bien » au sens du droit de la faillite est à dessein très générale et que « [p]our assurer la réalisation des objectifs de la *LFI*, il faut respecter la volonté du législateur à cet égard ».

⁵² Voir le préambule de la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil*, LC 2001, c 4. Voir aussi : Alain Vauclair et Martin-François Parent, « L'harmonisation de la législation fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité avec le droit civil de la province de Québec : Quelques problématiques », Ottawa, (24 juin 2003), en ligne:

Comme le rappelle souvent la Cour suprême, il faut donner, dans la mesure du possible aux lois fédérales une interprétation qui favorise l'harmonisation avec le droit provincial plutôt que le conflit (*P.G. Canada c Law Society of British Columbia*, 1982 CanLII 29 (C.S.C.) [1982] 2 R.C.S., 307, p. 356 ; voir aussi : *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2011, ch.4)⁵³.

Cette nécessité d'harmoniser le droit fédéral au droit privé des provinces, lorsque des matières de compétence fédérale interagissent avec la propriété et les droits civils, a d'ailleurs souvent été soulignée en doctrine⁵⁴. En l'occurrence, la Cour d'appel suit ici les principes d'interprétation bijuridiques tels qu'ils ressortent des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*⁵⁵. Comme des auteurs l'ont déjà souligné, alors que l'article 8.1 « énonce le principe de l'égalité du droit civil et de la common law en matière de propriété et de droits civils au Canada, prémisses du bijuridisme canadien, en plus de rappeler que le droit civil doit servir de droit supplétif à la législation fédérale au Québec »⁵⁶, l'article 8.2 « fournit des guides précieux pour interpréter les dispositions

Ministère de la Justice du Canada <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/table.html>>: « En termes généraux, l'harmonisation consiste, d'abord, à réviser toutes les lois et tous les règlements fédéraux dont l'application requiert le recours au droit privé provincial et, ensuite, à en harmoniser le contenu de sorte qu'ils intègrent les notions, concepts et vocabulaire du droit civil québécois. L'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil québécois consiste, ainsi, à refléter l'interaction du droit fédéral avec le droit privé ».

⁵³ *Jacyno, supra* note 3 au para 27.

⁵⁴ Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 2^e éd, Toronto, Irwin Law, 2007 à la p 91. Voir aussi : André Morel, « La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil » (avril 1997), en ligne: Ministère de la Justice du Canada <[http://www.bijurilaw.org/site/Export/Recueil\(1997\)/_f/premier-recueil\(1997\)_f/07-MOREL.htm](http://www.bijurilaw.org/site/Export/Recueil(1997)/_f/premier-recueil(1997)_f/07-MOREL.htm)>; Robert Leckey, « Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation juridique » (2010) 51 C de D 3 aux pp 20-21.

⁵⁵ LRC 1985, c I-21, art 8.1 : « Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte. » ;

Art 8.2 : « Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes ».

⁵⁶ Alain Vaclair et Lyne Tassé, « Droit civil et common law en équilibre sur la balance de Thémis : l'exemple de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* » (2003) 37 RJT 5 à la p 11 et à la p 5 : « Le bijuridisme désigne la coexistence, au sein d'un même État, de deux traditions juridiques. La common law et le droit civil qui coexistent au Canada en font un pays bijuridique. » Voir aussi Sullivan, *supra* note 54 aux pp 96-97.

bijuridiques »⁵⁷. Le professeur Paul-André Côté estime que les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* constituent une consécration de la relation de complémentarité existant entre le droit fédéral et le droit privé des provinces⁵⁸. Plus précisément, selon M^e Allard, le *Code civil* a un double rôle dans l'application du droit fédéral au Québec, tel qu'il ressort des articles 8.1 et 8.2 de la loi précitée. D'une part, il joue le rôle de droit supplétif lorsque l'application du droit fédéral exige de recourir à la propriété et aux droits civils, matière de compétence provinciale⁵⁹. D'autre part, il joue le rôle de droit commun utilitaire puisqu'il est la source des concepts nécessaires à l'application du droit fédéral au Québec⁶⁰.

Bien que la *Loi d'interprétation* n^o1 et la jurisprudence posent comme principe le recours au droit privé des provinces en cas de silence du droit fédéral⁶¹, le droit provincial doit parfois céder le pas devant le droit fédéral. C'est ainsi que l'hypothèque légale résultant d'un jugement perd, avec le paragraphe 70(1) de la *LFI*, l'effet prioritaire que lui confère le *Code civil du Québec*⁶². L'effacement du régime de priorité provincial devant l'ordre fédéral en cas de faillite est un principe arrêté depuis l'affaire *Banque fédérale de développement c Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*⁶³ de la Cour suprême. Cette prépondérance du droit fédéral dans un contexte de faillite a souvent été réaffirmée depuis, tant par la doctrine⁶⁴ que par la jurisprudence⁶⁵. Les tribunaux n'interviendront toutefois que lorsqu'il y aura un conflit véritable entre une loi fédérale valide et une loi provinciale également

⁵⁷ Vauclair et Tassé, *supra* note 56. Voir aussi Sullivan, *supra* note 54 à la p 97.

⁵⁸ Côté, *supra* note 49 au para 1290. Voir aussi Sullivan, *supra* note 54.

⁵⁹ France Allard, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, l'idée de droit commun et le rôle du code en droit fédéral » (2009) 88 R du B can 275 à la p 309.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Voir notamment : *St-Hilaire c Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 63, au para 39, [2001] 4 CF 289, dans laquelle la cour a rappelé qu'il n'existe aucun droit commun fédéral destiné à suppléer au silence du législateur fédéral. C'est donc le droit des provinces qui constitue ce droit commun supplétif et son contenu est susceptible de varier d'une province à l'autre. Voir aussi sur les principes d'interprétation bijuridiques : *Schreiber c Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62 au para 69, [2002] 3 RCS 269. Dans cette affaire, la Cour suprême a précisé que l'objet de la *Loi d'harmonisation* n^o1 est de faire en sorte que « le libellé des lois qui renvoient à des concepts de droit provincial complémentaires reflète la nature bijuridique et bilingue du Canada ».

⁶² Art 2660 CcQ.

⁶³ [1988] 1 RCS 1061 à la p 1066, [1988] RDI 376.

⁶⁴ Voir Payette, *Sûretés*, *supra* note 19 au para 1494; Ciotola, *Sûretés*, *supra* note 35 au para 2.81; Albert Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, t 1, Montréal, Thémis, 1992 à la p 43.

⁶⁵ Voir Langevin, *supra* note 9 au para 147; Desjardins Jonquière, *supra* note 9 aux para 27, 31.

valide. Dans un tel cas, la législation fédérale sera prépondérante et rendra la loi provinciale inopérante, mais seulement dans la mesure de son incompatibilité avec la loi fédérale⁶⁶.

C'est dans cette lignée que se situe ici l'affaire *Jacyno*, qui a jugé que si en principe, l'hypothèque légale résultant d'un jugement grevant les biens du débiteur failli devient inefficace et perd le droit de préférence que lui confère le *Code civil du Québec*⁶⁷ dès que le débiteur fait cession de ses biens, la loi fédérale ne régit toutefois pas la situation où le bien ne fait plus pas ou plus partie des biens du failli. Dans ce dernier cas, c'est au droit provincial qu'il faut se référer.

L'affaire *Jacyno* semble ainsi en accord avec les principes d'interprétation bijuridique qui ont cours en la matière. La solution, dans ses effets concrets, mérite toutefois d'être nuancée sur deux points. En premier lieu, la décision peut sembler sévère pour l'appelante et on peut se demander si la cour ne crée pas un risque d'imprévisibilité juridique⁶⁸. L'appelante pensait pouvoir compter sur une jurisprudence bien assise lui permettant de faire radier l'hypothèque résultant d'un jugement des intimés en cas de faillite de la débitrice. Or, il a été jugé ici que le créancier qui prend le bien en paiement avant la faillite est soumis aux règles du *Code civil* et donc se verra primé par un créancier hypothécaire antérieur, selon les règles de ce code. Cette situation particulière tient ici au fait que le recours hypothécaire de prise en paiement, à l'opposé de la vente par le

⁶⁶ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 41 à la p 457. La jurisprudence traditionnelle requiert un degré important d'incompatibilité, puisqu'elle exige un « conflit irréductible, tel que l'application concomitante ou complémentaire soit impossible [...] » : *ibid.* Par exemple, dans l'affaire *Château d'Amos ltée (Syndic de)*, [1999] RJQ 2612, JE 99-2134 (CA), la Cour d'appel du Québec a trouvé un tel degré d'incompatibilité entre l'article 136 de la *LFI* et l'article 2651 CcQ. La Cour a en effet donné préséance dans le cadre d'une faillite à des créances hypothécaires sur les créances prioritaires d'une ville et d'une commission scolaire pour fins d'impôt foncier. Cette décision reconnaissait qu'une créance prioritaire en vertu du CcQ n'est pas constitutive d'un droit réel et qu'ainsi son détenteur ne sera pas considéré comme un créancier garanti en cas de faillite comme c'était le cas sous le CcB-C. C'est pour éviter ce résultat que le législateur a adopté l'article 2654.1 CcQ, qui confère le statut de droit réel accompagné d'un droit de suite aux créances prioritaires des municipalités et des commissions scolaires pour fin d'impôt foncier. Pour un commentaire de cette affaire : Roger P Simard et Antoine Leduc, « Affaire *Château d'Amos* : intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développement récents en droit administratif*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000.

⁶⁷ Art 2660 CcQ.

⁶⁸ La critique vaudrait toutefois dans toute situation de revirement jurisprudentiel.

créancier et de la vente sous contrôle de justice⁶⁹, ne purge pas le bien des hypothèques publiées antérieurement à celle du créancier qui exerce le recours (art 2783 CcQ *a contrario*). Le juge Dalphond mentionne d'ailleurs que l'appelante était libre de choisir un autre recours hypothécaire que la prise en paiement et que c'est par l'exercice de ce choix qu'elle s'est retrouvée pénalisée⁷⁰. Le créancier garanti, qui dans une telle situation se verra désormais appliquer les règles du Code civil, devra donc être très vigilant quant à son choix de recours dans un contexte de faillite ou de faillite potentielle.

En second lieu, l'affaire *Jacyno* porte également la marque d'un conflit entre les intérêts de la masse des créanciers du failli et ceux des autres créanciers, ce que le juge Dalphond reconnaît dans ses motifs⁷¹. Or, on peut se demander si la solution de la Cour d'appel dans l'affaire *Jacyno* n'avantage pas indûment l'un des créanciers vis-à-vis de la masse. Si tel est le cas, cela irait à l'encontre du premier objectif de la législation fédérale sur la faillite, qui est d'assurer que les biens du failli soient partagés équitablement entre ses créanciers⁷². La solution peut néanmoins se justifier dans la logique de la décision *Jacyno*, puisque la situation est à ce stade régie non par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, mais par les dispositions du Code civil.

Afin de clore l'analyse de la Cour d'appel, il convient finalement de s'attarder sur ce qui fait le troisième apport principal de l'affaire, à savoir l'idée selon laquelle la libération d'un failli au sens de la *LFI* n'éteint pas les dettes du débiteur et ne rend donc pas caduque l'hypothèque légale résultant d'un jugement.

3. Le sort de l'hypothèque légale résultant d'un jugement suite à la libération du failli

Le dernier point en litige discuté dans l'arrêt *Jacyno* concerne la question de la relation entre la libération du failli et l'extinction de ses dettes. À ce sujet, l'appelante Québec inc soumettait à la Cour l'argument selon lequel l'hypothèque légale résultant d'un jugement des intimés allait devenir caduque dès la libération de la débitrice faillie, puisqu'il s'agit d'un droit

⁶⁹ Voir art 2790 et 2794 CcQ.

⁷⁰ *Jacyno*, *supra* note 3 au para 31.

⁷¹ *Ibid* au para 30.

⁷² *Husky Oil Operations Ltd c Canada (Ministre du Revenu national)*, [1995] 3 RCS 453 au para 7. Voir aussi *Banque Royale du Canada c Nord-Américaine, compagnie d'assurance-vie*, [1996] 1 RCS 325 au para 15; *Vachon c Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1985] 2 RCS 417 aux para 41-46 ; *Industrial Acceptance Corp v Lalonde*, [1952] 2 RCS 109 à la p 120.

réel accessoire à l'obligation. Cet argument fut rejeté par la Cour d'appel, opérant ainsi un second revirement jurisprudentiel.

1) Le rejet de l'interprétation antérieure selon laquelle la libération du failli rend sans effet l'hypothèque légale résultant d'un jugement

Dans l'affaire *Jacyno*, la Cour d'appel a jugé que la libération d'un débiteur failli en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'éteint pas à proprement parler ses dettes, mais ne fait que priver ses créanciers de tout recours personnel⁷³. Par ce raisonnement, la Cour renverse encore une fois sa propre jurisprudence. En effet, dans l'arrêt *Marcano*, la Cour d'appel avait interprété la faillite comme étant un mode d'extinction des obligations et en avait déduit que puisque l'hypothèque légale résultant d'un jugement est un droit réel accessoire à l'obligation qu'elle garantit, elle ne pouvait subsister dans un contexte de faillite. La Cour s'était ensuite appuyée sur cette affaire dans *Union du Canada*, pour conclure qu'une hypothèque résultant d'un jugement grevant un bien aliéné avant la faillite devenait caduque, par l'effet de la faillite.

L'idée selon laquelle la libération du failli éteint l'obligation et rend sans effet l'hypothèque légale résultant d'un jugement, en raison de son caractère accessoire, est rejetée ici par la Cour d'appel. La libération du failli signifie plutôt qu'aucun recours personnel n'est possible contre le débiteur libéré, sauf dans le cas des exceptions contenues au paragraphe 178(1) de la *LFI*. Le raisonnement est le suivant : l'hypothèque étant un droit réel accessoire, elle s'éteint si l'obligation garantie s'éteint, tel que le prévoit l'article 2797 CcQ. Cependant, et là réside la subtilité du raisonnement de la Cour d'appel, la faillite libère le failli de ses dettes en vertu du paragraphe 178(2) de la *LFI*, mais ne les éteint pas. Les dettes deviennent en réalité, d'obligations civiles qu'elles étaient, des obligations naturelles. En conséquence, l'hypothèque légale résultant d'un jugement, droit réel accessoire, ne s'éteint pas par l'effet de la faillite.

2) L'adoption d'une nouvelle interprétation selon laquelle la libération du failli ne prive pas d'effet l'hypothèque légale résultant d'un jugement

Pour fonder son idée selon laquelle la libération du failli en vertu de l'article 178(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'éteint pas les dettes du failli, la Cour d'appel s'appuie sur la notion d'obligation naturelle. L'obligation naturelle s'inscrit dans la qualification classique des obligations. Il est généralement admis que l'obligation peut être civile,

⁷³ *Jacyno*, supra note 3 au para 33.

naturelle ou purement morale⁷⁴. L'obligation civile est souvent décrite comme l'obligation sanctionnée par la loi, qui permet au créancier d'en exiger l'exécution devant les tribunaux. L'obligation morale ou purement morale, quant à elle, se définit plutôt comme une obligation qui « ne s'impose que sur le plan de la conscience ou de l'honneur et [...] est dépourvue de sanction étatique »⁷⁵. Son pouvoir contraignant relève ainsi uniquement du for intérieur du débiteur⁷⁶.

Selon une partie de la doctrine, l'obligation naturelle se situe entre l'obligation civile et l'obligation morale. Contrairement à l'obligation civile, elle « ne donne au créancier aucun recours en exécution contre le débiteur »⁷⁷, mais contrairement à l'obligation morale, elle ne prend pas sa source dans la morale, mais provient d'une situation découlant de l'application de la loi⁷⁸. Cependant, selon la doctrine majoritaire, à laquelle le juge Dalphond semble se rallier⁷⁹, la notion d'obligation naturelle peut être assimilée à l'obligation morale en ce qu'elle revêt un caractère fortement subjectif⁸⁰, largement fondé sur un devoir

⁷⁴ Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Baudouin et Jobin: Les obligations*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 au para 26. Sur le lien entre l'obligation morale et la « consideration » de la common law voir André Vinette, « La cause et les obligations naturelles » (1972) 13 C de D 195 à la p 203 : « une promesse exprime d'honorer une obligation dont on a été libéré en vertu des dispositions de la loi sur la faillite peut être 'actionnable', même si elle n'est pas fondée sur ou supportée par une 'consideration' [...] (*Old Town National Bank v. Parker*, 121 Md. 61, 87A. 1105, /1913/). Selon ce qui fut décidé par la Cour, le fondement de cette théorie est que 'the moral obligation involved in the original debt affords a sufficient consideration to support a new promise to pay the debt' ».

⁷⁵ Centre de recherche en droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, *sub verbo* « obligation morale ».

⁷⁶ Jobin et Vézina, *supra* note 74 au para 26.

⁷⁷ *Ibid.* Bien que l'obligation naturelle ne donne aucun recours à son créancier, elle peut néanmoins servir comme cause d'une obligation de payer. De plus, si le débiteur paye sa dette, aucun recours ne sera possible sur le fondement des articles 1491 ou 1493 CcQ (réception de l'indu ou enrichissement injustifié). Voir aussi : Jean Pineau et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2001 au para 14 à la p 24 : les obligations civiles et les obligations naturelles « sont de véritables obligations dans la mesure où leur exécution constitue un paiement ».

⁷⁸ Vincent Karim, *Les obligations*, 3^e éd, vol 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009 à la p 16.

⁷⁹ Voir *Jacyno*, *supra* note 3 aux para 34-35.

⁸⁰ Jacques Perrault, « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », dans Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Deuxième congrès international de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Université de Montréal, 25 septembre 1952, Montréal Eugène Doucet Limitée, 860 à la p 867 ; Maximilien Caron, « La notion d'obligation naturelle et

moral⁸¹. Dans ses motifs, le juge Dalphond, écrit que « [l]es réclamations prouvables deviennent en quelque sorte des obligations naturelles. Ainsi, si le débiteur libéré décide d'en acquitter une librement par la suite, il ne pourra en obtenir la répétition ou restitution »⁸².

La notion d'obligation naturelle a déjà été sporadiquement utilisée par les tribunaux, notamment par la Cour du banc du roi dans l'affaire *Hutchison c Royal Institution for Advancement of Learning*⁸³. Dans cette affaire, Ross avait souscrit un billet de 100 000 dollars à l'Université McGill et cette souscription, dette d'honneur de Ross envers l'Université McGill selon la Cour, fut qualifiée d'obligation naturelle constituant une considération suffisante pour la rendre obligatoire et exécutoire. Depuis, la question des obligations naturelles a surtout été abordée par les tribunaux dans le contexte des aliments en droit de la famille.

À ce propos, on évoque souvent l'affaire *Pesant v Pesant* de la Cour suprême du Canada⁸⁴. Dans son testament, Pesant avait fait des legs particuliers de sommes d'argent à tous ses enfants, sauf à l'appelante sa fille, veuve et mère de quatre jeunes enfants. Pesant, ayant changé de sentiment envers l'appelante, décida de lui donner une somme équivalente à celle léguée à ses autres enfants. Avant sa mort, Pesant avait signé un billet promissoire à l'appelante. Pesant mourut et l'appelante réclama la somme du billet à la succession qui s'y opposa. Les arguments invoqués devant la Cour suprême étaient notamment que la donation était nulle puisqu'elle ne remplissait pas les exigences de forme requises par la loi et que la donation avait été faite alors que Pesant n'avait pas la capacité mentale requise pour disposer de ses biens. La Cour suprême cite le passage suivant de Planiol et Ripert :

[l]'exécution d'une obligation naturelle peut faire l'objet, non seulement d'un accomplissement régulier par le paiement, mais aussi d'une promesse valable et efficace. La promesse de payer engage civilement le débiteur, de telle sorte qu'à l'engagement dénué de contrainte qui existait jusqu'alors elle substitue un engagement qui présente tous les caractères de l'obligation civile⁸⁵.

son rôle en droit civil », dans Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Deuxième congrès international de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, précité, 885 aux pp 886, 888.

⁸¹ Perrault, *ibid* à la p 863.

⁸² *Jacyno*, *supra* note 3 au para 35.

⁸³ (1931), 2 DLR 913, conf par [1932] SCR 57. Voir aussi : *Hershon c Landori*, 2006 QCCQ 6555 au para 61.

⁸⁴ [1934] SRC 249 [*Pesant*]; *CR c JB*, 2005 QCCA 547, [2005] RJQ 1391 (CA) [CR].

⁸⁵ *Pesant*, *ibid* aux pp 276-77.

Elle rejette en outre chacun de ces arguments et conclut que Pesant s'était acquitté d'une obligation naturelle envers l'appelante. Le billet était une prolongation de l'obligation civile de Pesant de subvenir aux besoins de sa fille prenant fin à sa mort.

La Cour d'appel du Québec avait eu également à se pencher sur la notion d'obligation naturelle dans l'affaire *CR c JB*, relativement à une créance alimentaire. Dans cette affaire, l'appelant remettait en question la validité d'une entente dans laquelle il s'était engagé, entre autres, à payer une contribution alimentaire à son ancienne conjointe de fait pour l'enfant qu'ils avaient eu ensemble et pour l'enfant de cette dernière qui était né d'une union précédente. La Cour d'appel avait alors confirmé la validité de l'entente en faisant les observations suivantes :

[à] la différence de l'obligation civile et comme l'obligation morale, l'obligation naturelle ne donne au créancier aucun recours en exécution contre le débiteur. Lorsque l'obligation naturelle fait l'objet d'un engagement contractuel, celui-ci lie cependant civilement le débiteur de l'obligation [...] [note omise]⁸⁶.

Dans l'affaire *Jacyno*, le juge Dalphond considère que le recours à la notion d'obligation naturelle est pertinent dans le contexte de la faillite⁸⁷ et trouve appui dans la doctrine québécoise. Il cite notamment le professeur Deslauriers, qui reconnaît que les obligations du failli peuvent subsister après la libération du failli en tant qu'obligations naturelles, une fois que les recours en exécution sont éteints⁸⁸. De même, les professeurs Jobin et Vézina soulignent, dans leur ouvrage sur les obligations, que les tribunaux reconnaissent l'existence d'obligations naturelles de dédommager ses créanciers, notamment s'agissant du failli libéré civilement de ses dettes⁸⁹.

L'idée selon laquelle la libération du failli en vertu de la *LFI* n'éteint pas les dettes du débiteur, mais les transforme en obligations naturelles est ingénieuse et permet d'éviter l'application de la théorie de l'accessoire, qui aurait entraîné l'extinction de l'hypothèque en raison de la présence de l'article 2797 CcQ. En outre, cette solution est une juste application du principe civiliste selon lequel l'accessoire suit le principal – et non

⁸⁶ *CR, supra* note 84 au para 21. Voir aussi : *LL c ÈJ*, [2004] RJQ 3062 (CS).

⁸⁷ Cette utilisation d'une notion souvent utilisée dans le contexte de la famille, au contexte de la faillite semble notamment se justifier par le fait qu'en pratique, de nombreuses hypothèques légales résultant d'un jugement ont pour objet de garantir le paiement de pensions alimentaires.

⁸⁸ Jacques Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 à la p 510.

⁸⁹ Jobin et Vézina, *supra* note 74 au para 26, qui citent notamment les affaires *Langlois c Demers*, [1961] CS 567; *Rouleau c Poulin*, [1965] BR 22 et *Verreault c Harvey*, [1970] CA 753.

l'inverse et elle s'inscrit parfaitement dans le cadre de l'article 2660 du *Code civil*, qui dispose que l'hypothèque « est un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation », sans préciser de quel type d'obligation il s'agit. Finalement, en plus d'une plus grande cohérence dans le droit civil québécois, sur le plan substantiel, la survie de l'hypothèque légale résultant d'un jugement semble une bonne solution sur le plan de la politique juridique, dès lors que cette hypothèque « comporte des avantages à la fois pour le créancier et pour le débiteur. Le créancier sait que l'exécution du jugement qu'il a obtenu est protégée. Aussi sera-t-il moins pressé d'exécuter son jugement [...] D'autre part, le débiteur sachant qu'une hypothèque grevant ses biens peut nuire à son crédit ou à des transactions immobilières éventuelles, s'empressera d'acquitter le montant dû afin d'obtenir la radiation de l'hypothèque »⁹⁰.

En revanche, si l'on confronte la solution aux objectifs du législateur fédéral, notamment de permettre à la personne insolvable de se libérer de ses dettes⁹¹, la solution apparaît ici encore comme une limite à cet objectif, puisque selon la Cour d'appel, il n'y a pas de libération totale du débiteur. Cette solution semble toutefois trouver sa justification dans une lecture harmonieuse de la législation fédérale et de la législation provinciale et tient compte de la nouvelle nature juridique de l'hypothèque légale résultant d'un jugement, telle qu'elle est prévue par le *Code civil du Québec*.

Conclusion

L'affaire *Jacyno* a eu le mérite de préciser la nature juridique de l'hypothèque légale résultant d'un jugement, de délimiter le champ d'application de l'article 70 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en soulignant l'interaction entre le droit commun provincial et le droit fédéral, et de clarifier l'effet de la libération du failli sur ses dettes et sur le sort de cette hypothèque. La Cour d'appel a en outre opéré un revirement jurisprudentiel majeur. Elle a conclu, contrairement à l'affaire *Union du Canada*, qu'une hypothèque légale résultant d'un jugement portant sur un bien aliéné avant la faillite du débiteur ne perd pas son effet par l'application de l'article 70 de la *LFI*, puisqu'elle est régie par les dispositions du *Code civil du Québec*, qui en fait une mesure conservatoire.

⁹⁰ Deslauriers, *Sûretés*, *supra* note 12 au para 679. Voir aussi sur la question de savoir si une obligation naturelle suffit pour constituer une obligation au sens des articles 2660 et 2661 CcQ : Edith Lambert, *Les sûretés : extraits du Droit civil en ligne*, vol 1 « Gage commun des créanciers, priorités et hypothèques (dispositions générales)(Art. 2644 à 2680 CcQ) », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, Art 2660, à la p 5 (à propos de l'hypothèque conventionnelle).

⁹¹ *Husky Oil*, *supra* note 72 au para 7.

Cette décision nous semble être judicieuse et audacieuse, dans plusieurs de ses apports. Elle donne en outre sa juste place au droit civil québécois, dans un contexte de faillite, en s'appuyant sur une conception harmonisée d'un dialogue entre la législation fédérale et provinciale. L'analyse historique met sur une piste intéressante, s'agissant du traitement à accorder à cette hypothèque. Comme l'a souligné M^e Payette, historiquement, l'hypothèque judiciaire créait une confusion avec la notion de gage commun des créanciers⁹². L'hypothèque judiciaire serait la dernière expression de la confusion qui régnait alors entre la notion d'hypothèque et celle d'obligation. Si cette hypothèque s'est maintenue jusqu'à nos jours sous le *Code civil du Québec*, c'est qu'elle a changé de fonction. Elle a cessé d'être interprétée comme une simple mesure d'exécution pour devenir une véritable mesure conservatoire, une sûreté.

Certes, l'harmonie pourrait être encore plus parfaite entre la législation fédérale et provinciale dans leur traitement de l'hypothèque légale résultant d'un jugement. Le problème à cet égard est que le régime que lui confère le paragraphe 70(1) de la *LFI*, une loi fédérale, n'est peut-être pas compatible avec sa nouvelle fonction. La *Loi sur la Faillite et l'insolvabilité* semble en effet avoir cristallisé l'ancienne conception selon laquelle l'hypothèque légale résultant d'un jugement est une mesure exécutoire en refusant de la traiter comme une créance garantie dans le cas d'une faillite. Cette différence de traitement de l'hypothèque légale résultant d'un jugement, selon que l'on se situe en droit civil québécois ou dans un contexte de faillite semble nuire à l'objectif d'harmonisation du droit civil québécois et du droit fédéral. Il reste donc à voir si le législateur fédéral réagira à cette décision de la Cour d'appel pour retirer l'hypothèque légale résultant d'un jugement des mesures d'exécution de l'article 70(1) de la *LFI*, qui ne sont pas protégées en cas de faillite. Un tel amendement à la loi fédérale permettrait sans doute une meilleure harmonisation entre la *Loi sur la Faillite et l'insolvabilité* et le *Code civil du Québec*. En attendant, les juristes québécois doivent harmoniser les deux conceptions et décider quand la conception retenue dans la loi fédérale aura préséance sur celle du *Code civil du Québec*. C'est dans cette lignée que l'affaire *Jacyno* s'inscrit.

Finalement, cette affaire constitue également un bel exemple du fait qu'en dépit de l'influence de la *common law* au Québec, l'importance des précédents et la règle de la *stare decisis* n'est toujours pas la règle en droit civil québécois⁹³. En effet, du point de vue des sources du droit, cette

⁹² Payette, *supra* note 19 à la p 759, n 2884.

⁹³ Voir également les motifs du juge Dalfond dans *Genex Communications inc c Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201 au para 27. Voir aussi : Adrian Popovici, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec? » (1973) 8 RJT 189 à

affaire présente la Cour d'appel confirmant le raisonnement d'un juge de Cour supérieure, le juge Chaput, qui avait sciemment décidé de ne pas suivre un jugement précédent de la Cour d'appel, sur une question similaire à celle qu'il devait trancher. Cela suggère bien qu'au Québec, la jurisprudence n'a pas force de précédent mais tire plutôt son autorité du raisonnement qui y est déployé.

la p 190 ; 2747-3174 *Québec inc c Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 RCS 919 au para 92.