#### **Toronto-Dominion Bank** Appellant

ν.

# Harold Young and Robert Young

Respondents

# INDEXED AS: TORONTO-DOMINION BANK v. Young

2020 SCC 15

File No.: 38242.

Hearing and judgment: November 7, 2019.

Reasons delivered: June 19, 2020.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and

Kasirer JJ.

# ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Hypothecs* — *Exercise of hypothecary rights* — *Taking* in payment — Prescription — Loans to debtor secured by first hypothec in favour of bank and by second hypothec in favour of two individuals — Debtor defaulting on payments to individuals, and individuals taking immovable in payment subject to first hypothec — Debtor defaulting on payments to bank — Bank filing and serving motion for forced surrender and taking in payment against individuals only — Superior Court hearing motion more than three years after it was filed — Individuals arguing that bank's claim against debtor had been extinguished by virtue of three-year prescription, with result that hypothec securing claim had been extinguished and that motion had to be dismissed — Superior Court finding that failure to serve motion on debtor was not fatal, that bank had instituted its action in timely manner and that delay between filing of motion and judgment could not be attributed to it — Court of Appeal setting aside Superior Court's judgment — Bringing of hypothecary action against person who holds immovable but is not debtor of personal obligation does not interrupt prescription of obligation, which continues to run during proceeding — On date of Superior Court's judgment, secured claim was prescribed and hypothecary action was barred because obligation

#### **Banque Toronto-Dominion** Appelante

 $\mathcal{C}.$ 

# Harold Young et Robert Young Intimés

## RÉPERTORIÉ : BANQUE TORONTO-DOMINION c. Young

2020 CSC 15

Nº du greffe : 38242.

Audition et jugement : 7 novembre 2019.

Motifs déposés: 19 juin 2020.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et

Kasirer.

# EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Hypothèques — Exercice des droits hypothécaires — Prise en paiement — Prescription — Prêts à la débitrice garantis par une hypothèque de premier rang en faveur de la banque et par une hypothèque de deuxième rang en faveur de deux particuliers — Défaut de paiement de la débitrice à l'égard des particuliers et immeuble pris en paiement par ceux-ci à charge de l'hypothèque de premier rang — Défaut de paiement de la débitrice à l'égard de la banque — Dépôt et signification par la banque d'une requête en délaissement forcé et en prise en paiement contre les particuliers seulement — Requête entendue par la Cour supérieure plus de trois ans après son dépôt — Prétention des particuliers selon laquelle la créance de la banque contre la débitrice est éteinte par l'effet de la prescription triennale, ce qui entraîne l'extinction de l'hypothèque qui la garantit et doit également entraîner le rejet de la requête — Conclusion de la Cour supérieure portant que le défaut de signification de la requête à la débitrice n'est pas fatal, que la banque a institué son recours en temps utile et que le délai entre le dépôt de la requête et le jugement ne lui est pas imputable — Jugement de la Cour supérieure infirmé par la Cour d'appel — L'institution du recours hypothécaire contre celui qui détient l'immeuble mais qui n'est pas débiteur de l'obligation personnelle secured by hypothec had been extinguished — Bank's hypothecary action dismissed.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: The appeal should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal.

Per Côté J. (dissenting): The appeal should be allowed, the forced surrender of the immovable ordered and the bank declared the owner of the immovable. The bank exercised its hypothecary remedy against the individuals in a timely manner, while the personal claim against the debtor was not prescribed and all of the applicable conditions were met. The filing of the motion for forced surrender and taking in payment interrupted prescription for the purposes of exercising the hypothecary remedy.

A hypothec is a real right made liable for the performance of an obligation. It gives the creditor a right to follow, allowing the creditor to follow the property in whatever hands it lies. The creditor can therefore exercise a hypothecary remedy against the person who has become the owner of the charged property. The fact that a hypothec is an accessory right means that it is valid only as long as the obligation whose performance it secures subsists. The prescriptive period for a hypothecary action follows that which applies to a personal action, since the accessory follows the principal. Three-year extinctive prescription applies in the case of a hypothec that secures a personal obligation, pursuant to art. 2925 *C.C.Q.* 

The rights and remedies arising from a hypothec are in addition to the personal rights and remedies that the law confers on the creditor. It is a cardinal principle of the law of hypothecs that the creditor, and only the creditor, has the choice of remedy. Not only can the creditor choose the type of hypothecary remedy he or she wishes to pursue, but the creditor can also choose whether or not to exercise a hypothecary or a personal remedy. The creditor can also combine the two remedies if he or she wishes without worrying about *lis pendens* or *res judicata*, because their objects are different.

Hypothecary rights are exercised directly against the person who has the hypothecated property in his or her hands. It is possible that that person will not be the person with whom the hypothecary creditor contracted in the first place. For example, a hypothecary creditor who takes property in full payment of a claim and becomes its owner takes the property subject to all hypothecs published

n'interrompt pas la prescription de celle-ci, qui continue de courir pendant l'instance — À la date du jugement de la Cour supérieure, la créance garantie était prescrite et le recours hypothécaire était irrecevable puisque l'obligation garantie par l'hypothèque était éteinte — Recours hypothécaire de la banque rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : L'appel est rejeté pour les motifs exposés par la Cour d'appel.

La juge Côté (dissidente) : L'appel devrait être accueilli, le délaissement forcé de l'immeuble ordonné et la banque déclarée propriétaire de l'immeuble. La banque a exercé son recours hypothécaire contre les particuliers en temps utile, alors que la créance personnelle de la débitrice n'était pas prescrite et que toutes les conditions pour son exercice étaient remplies. Le dépôt de la requête en délaissement forcé et prise en paiement a interrompu la prescription pour les fins de l'exercice du recours hypothécaire.

L'hypothèque est un droit réel affecté à l'exécution d'une obligation. Elle accorde un droit de suite au créancier, lui permettant de suivre le bien en quelques mains qu'il se trouve. Ainsi, le créancier peut exercer un recours hypothécaire contre la personne qui est devenue propriétaire du bien grevé. Le caractère accessoire de l'hypothèque signifie qu'elle ne vaut qu'autant que l'obligation dont elle garantit l'exécution subsiste. Le délai de prescription de l'action hypothécaire suit celui de l'action personnelle puisque l'accessoire suit le principal. La prescription extinctive triennale s'applique à l'hypothèque qui garantit une obligation personnelle en vertu de l'art. 2925 *C.c.Q.* 

Les droits et recours découlant d'une hypothèque s'ajoutent aux droits et recours personnels que la loi reconnaît au créancier. Il est un principe cardinal du droit des hypothèques que le créancier, et seul le créancier, a le choix du recours. Ce dernier peut non seulement choisir le type de recours hypothécaire qu'il souhaite intenter, mais encore peut-il choisir d'exercer ou non un recours hypothécaire ou personnel. Il peut également, s'il le souhaite, cumuler les deux recours sans craindre la litispendance ni la chose jugée puisqu'ils ont des objets différents.

Les droits hypothécaires s'exercent directement contre celui qui a le bien hypothéqué entre les mains. Il se peut que cette personne ne soit pas la personne avec qui le créancier hypothécaire avait contracté en premier lieu. Par exemple, un créancier hypothécaire qui prend un bien en paiement complet de sa créance et en devient le propriétaire prend le bien à charge des hypothèques publiées avant

before his or her hypothec was published. In such circumstances, that creditor therefore becomes hypothecarily obligated toward a creditor holding an earlier ranking hypothec, and the latter's hypothecary rights must then be exercised against the former.

The *Civil Code* requires certain conditions to be met and preliminary measures to be taken in order for a creditor to exercise a hypothecary remedy. The conditions set out in art. 2748 para. 2 *C.C.Q.* must be met: the debtor must be in default and the claim must be liquid and due. In addition, art. 2749 *C.C.Q.* provides that the creditor may not exercise his or her hypothecary rights before the period determined in art. 2758 *C.C.Q.* for surrender of the property has expired. The creditor must therefore serve and register a prior notice of the exercise of a hypothecary remedy that specifies the period provided for by law for the surrender of the hypothecated property. Only after that period has expired can the creditor exercise a hypothecary remedy.

A court must look to the time when the creditor exercised his or her hypothecary remedy, i.e. the time when the creditor's motion was filed and served - not the time of the judgment — to determine whether the conditions of art. 2748 C.C.Q. are met and whether the remedy was therefore exercised in a timely manner. Like a personal remedy, a hypothecary remedy must be exercised while the principal obligation is not prescribed. The registration of a prior notice of the exercise of a hypothecary right does not represent the exercise of the hypothecary right itself. It is not the prior notice, but rather the motion for forced surrender and taking in payment, that constitutes a judicial application capable of interrupting prescription within the meaning of art. 2892 para. 1 C.C.Q. Once filed, the motion interrupts prescription until a judgment is rendered, and the interruption has effect with regard to all the parties with respect to any right arising from the same source, as stated in art. 2896 para. 2 C.C.Q. Both the hypothecary remedy and the personal remedy arise from the same source — the secured obligation — and thus meet the criterion in art. 2896 para. 2 for finding that prescription has been interrupted. A hypothecary creditor who chooses to pursue a hypothecary remedy is therefore not required to bring a personal action in order to interrupt prescription. Provided that the conditions set out in arts. 2748 and 2749 C.C.Q. are met, the exercise of a hypothecary remedy interrupts prescription on a hypothecary basis. These principles take on added relevance where a hypothecary remedy is exercised against a person who is not the debtor of the principal obligation.

la sienne. Dans ces circonstances, ce créancier devient donc obligé sur le plan hypothécaire à l'égard du créancier détenant une hypothèque antérieure à la sienne. C'est alors contre lui que les droits hypothécaires du créancier détenant l'hypothèque de rang antérieur doivent s'exercer.

Le Code civil prévoit que certaines conditions doivent être remplies et certaines mesures préalables accomplies pour l'exercice du recours hypothécaire par le créancier. Les conditions prévues à l'art. 2748 al. 2 C.c.Q. doivent être présentes : le débiteur doit être en défaut et la créance doit être liquide et exigible. De plus, l'art. 2749 C.c.Q. prévoit que le créancier ne peut exercer ses droits hypothécaires avant l'expiration du délai imparti pour délaisser le bien tel qu'il est fixé par l'art. 2758 C.c.Q. Le créancier doit ainsi signifier et inscrire un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire qui contient le délai prévu par la loi pour le délaissement du bien hypothéqué. Ce n'est qu'après l'écoulement de ce délai que le créancier pourra exercer son recours hypothécaire.

Le tribunal doit se placer au moment où le créancier exerce son recours hypothécaire, c'est-à-dire au moment où sa requête est déposée et signifiée, et non au moment du jugement, afin de déterminer si les conditions de l'art. 2748 C.c.Q. sont remplies, et si son recours a donc été exercé en temps utile. Tout comme le recours personnel, le recours hypothécaire doit être exercé alors que l'obligation principale n'est pas prescrite. L'inscription du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire ne représente pas l'exercice du droit hypothécaire lui-même. Ce n'est pas le préavis d'exercice, mais plutôt la requête en délaissement forcé et prise en paiement qui constitue une demande en justice susceptible d'interrompre la prescription au sens de l'art. 2892 al. 1 C.c.Q. Une fois déposée, la requête interrompt la prescription jusqu'au prononcé du jugement et l'interruption a son effet, à l'égard de toutes les parties, pour tout droit découlant de la même source, tel que le prévoit l'art. 2896 al. 2 C.c.Q. Tant le recours hypothécaire que le recours personnel proviennent de la même source — l'obligation garantie — et rencontrent ainsi le critère de l'art. 2896 al. 2 permettant de conclure à interruption de la prescription. Ainsi, le créancier hypothécaire qui choisit d'intenter un recours hypothécaire n'est pas tenu d'exercer une action personnelle pour interrompre la prescription. L'exercice du recours hypothécaire, pourvu que les conditions prévues aux art. 2748 et 2749 C.c.Q. soient respectées, interrompt la prescription sur une base hypothécaire. Ces principes sont d'une pertinence accrue lorsqu'il s'agit d'exercer un recours hypothécaire à l'endroit d'une personne qui n'est pas la débitrice de l'obligation principale.

In this case, the individuals took the immovable in payment and became its owners subject to the bank's first hypothec. They became bound propter rem because the hypothecated property was in their hands. Once the period specified in the prior notice of the exercise of a hypothecary right expired, the bank exercised its hypothecary remedy by filing a motion for forced surrender and taking in payment against the owners of the immovable, the individuals, who were its hypothecary debtors. On that date, the debtor of the secured obligation was in default, the personal claim secured by the hypothec was liquid and due and the 60-day period had expired. All of the conditions for exercising the hypothecary remedy were met. The bank therefore exercised its hypothecary remedy in a timely manner. By filing its motion and serving it on the hypothecary debtors, the bank interrupted prescription in relation to them.

#### **Cases Cited**

By Côté J. (dissenting)

St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; ABB Inc. v. Domtar Inc., 2005 QCCA 733, [2005] R.J.Q. 2267, aff'd 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461; Barakett v. Goyette, 1999 CanLII 11983; Latcon Ltd. v. Radial Investments Ltd., 2008 QCCS 35; Poulin-Sansoucy v. Services immobiliers Simmco D.P. inc., 2000 CanLII 10400; Développements de Normandie inc. v. Delorme, 2004 CanLII 17395.

#### **Statutes and Regulations Cited**

*Civil Code of Québec*, arts. 2660, 2661, 2663, 2688, 2748, 2749, 2751, 2757, 2758, 2761, 2769, 2782 para. 1, 2783 para. 1, 2797, 2892, 2896, 2923 para. 1, 2925, 2941 para. 1, 2943 para. 1, 2945.

#### **Authors Cited**

Gervais, Céline. *La prescription*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2009.

Lafond, Pierre-Claude. Précis de droit des biens, 2º éd. Montréal: Thémis, 2007.

Lambert, Édith. Les sûretés, vol. 5, Exercice des droits hypothécaires et extinction des hypothèques (Art. 2748 à 2802 C.c.Q.), coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ). Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010.

Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 5° éd. Montréal: Yvon Blais, 2015.

Pratte, Denise. "Les recours des créanciers hypothécaires", dans Collection de droit de l'École du Barreau du Québec 2019-2020, vol. 7, *Contrats, sûretés, publicité* 

En l'espèce, les particuliers ont pris l'immeuble en paiement et en sont devenus propriétaires à charge de l'hypothèque de premier rang de la banque. Ils se sont engagés propter rem puisque c'est entre leurs mains que se trouve le bien hypothéqué. Une fois le délai du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire écoulé, la banque exerce son recours hypothécaire en déposant une requête en délaissement forcé et prise en paiement à l'encontre des propriétaires de l'immeuble, les particuliers, ses débiteurs hypothécaires. À cette date, la débitrice de l'obligation garantie est en défaut, la créance personnelle que garantit l'hypothèque est liquide et exigible et le délai de 60 jours est expiré. Toutes les conditions pour l'exercice du recours hypothécaire sont remplies. La banque a donc exercé son recours hypothécaire en temps utile. En déposant sa requête et en la signifiant aux débiteurs hypothécaires, la banque a interrompu la prescription à leur égard.

#### Jurisprudence

Citée par la juge Côté (dissidente)

Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; ABB Inc. c. Domtar Inc., 2005 QCCA 733, [2005] R.J.Q. 2267, conf. par 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461; Barakett c. Goyette, 1999 CanLII 11983; Latcon Ltd. c. Radial Investments Ltd., 2008 QCCS 35; Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. inc., 2000 CanLII 10400; Développements de Normandie inc. c. Delorme, 2004 CanLII 17395.

#### Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 2660, 2661, 2663, 2688, 2748, 2749, 2751, 2757, 2758, 2761, 2769, 2782 al. 1, 2783 al. 1, 2797, 2892, 2896, 2923 al. 1, 2925, 2941 al. 1, 2943 al. 1, 2945.

#### Doctrine et autres documents cités

Gervais, Céline. *La prescription*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.

Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2º éd., Montréal, Thémis, 2007.

Lambert, Édith. Les sûretés, vol. 5, Exercice des droits hypothécaires et extinction des hypothèques (Art. 2748 à 2802 C.c.Q.), coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.

Payette, Louis. Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec, 5° éd., Montréal, Yvon Blais, 2015.

Pratte, Denise. « Les recours des créanciers hypothécaires », dans Collection de droit de l'École du Barreau du Québec 2019-2020, vol. 7, *Contrats, sûretés*,

des droits et droit international privé. Montréal: Yvon Blais, 2019, 179.

Pratte, Denise. *Priorités et hypothèques*, 3° éd. Sherbrooke: Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke. 2012.

Québec. Ministère de la Justice. Commentaires du ministre de la Justice, t. II, Le Code civil du Québec — Un mouvement de société. Québec: Publications du Québec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich and Savard JJ.A. and Emery J. (ad hoc)), 2018 QCCA 810, [2018] AZ-51494849, [2018] J.Q. nº 4195 (QL), 2018 CarswellQue 4075 (WL Can.), setting aside a decision of Goulet J., 2016 QCCS 838, [2016] AZ-51259933, [2016] J.Q. nº 1625 (QL), 2016 CarswellQue 1549 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Philippe H. Bélanger, Claude Savoie and Sébastien Cusson, for the appellant.

Normand Carrière, for the respondents.

English version of the reasons for judgment delivered by

- [1] THE CHIEF JUSTICE AND ABELLA, MOLDAVER, KARAKATSANIS, BROWN, ROWE, MARTIN AND KASIRER JJ. We have carefully read the reasons of our colleague Côté J. In our view, the Court of Appeal's reasons are complete having regard to the issues, and we are entirely in agreement with them.
- [2] We would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons delivered by

[3] Côté J. (dissenting) — Does a motion for forced surrender and taking in payment — a purely hypothecary remedy — brought against a debtor who is not the original debtor constitute a separate and independent remedy or a remedy that depends on the continued existence during the proceeding of

publicité des droits et droit international privé, Montréal, Yvon Blais, 2019, 179.

Pratte, Denise. *Priorités et hypothèques*, 3<sup>e</sup> éd., Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2012.

Québec. Ministère de la Justice. Commentaires du ministre de la Justice, t. II, Le Code civil du Québec — Un mouvement de société, Québec, Publications du Québec, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich et Savard et le juge Emery (ad hoc)), 2018 QCCA 810, [2018] AZ-51494849, [2018] J.Q. nº 4195 (QL), 2018 CarswellQue 4075 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Goulet, 2016 QCCS 838, [2016] AZ-51259933, [2016] J.Q. nº 1625 (QL), 2016 CarswellQue 1549 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Philippe H. Bélanger, Claude Savoie* et *Sébastien Cusson*, pour l'appelante.

Normand Carrière, pour les intimés.

Les motifs de jugement suivants ont été rendus par

- [1] LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES ABELLA, MOLDAVER, KARAKATSANIS, BROWN, ROWE, MARTIN ET KASIRER Nous avons lu avec soin les motifs de notre collègue la juge Côté. À notre avis, les motifs de la Cour d'appel sont complets compte tenu des questions en litige et nous y souscrivons entièrement.
- [2] Nous sommes d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

[3] La Juge Côté (dissidente) — Une requête en délaissement forcé et prise en paiement — un recours purement hypothécaire — instituée à l'encontre d'un débiteur qui n'est pas le débiteur original constitue-t-elle un recours autonome distinct ou un recours subordonné au maintien pendant l'instance

a claim against the original debtor? That is the question before the Court in this case.

[4] In order to answer the question, it is necessary to consider two areas of the law which bear certain quite technical aspects, namely hypothecary remedies and prescription. The solution to the problem raised by the facts of this case turns on a rigorous interpretation of the relevant provisions of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q." or "Civil Code"), an interpretation that must be firmly rooted in civil law principles and informed by the practical realities faced by the parties.

#### I. Facts

- [5] The parties to this appeal are the Toronto-Dominion Bank ("TD Bank"), the appellant, and brothers Harold and Robert Young, the respondents. These two parties are before this Court as a result of the contractual relationship that each of them had with Linda Macht in the context described below.
- [6] On September 14, 2009, Ms. Macht took out a mortgage loan with TD Bank for \$306,000. The loan was secured by a first hypothec on an immovable situated at 118 Eardley Road in Gatineau ("the immovable"). The hypothec was published the same day at the registry office of the Gatineau registration division.
- [7] Also on September 14, 2009, Ms. Macht took out a second loan for \$94,160, this time with the respondents. That loan was secured by a second hypothec on the immovable. The respondents published their hypothec the next day, September 15, 2009. It is not disputed that the respondents were aware of TD Bank's hypothec at the time, as it had been disclosed in their loan agreement with Ms. Macht. In any event, a hypothec can be set up against third persons from the date it is published, that is, September 14, 2009 in the case of TD Bank's hypothec: arts. 2663, 2941 para. 1 and 2943 para. 1 *C.C.Q.* The ranking of rights is clear in this case: art. 2945 *C.C.Q.*

d'une créance à l'égard du débiteur original? Telle est la question qui occupe la Cour dans la présente affaire.

[4] Pour y répondre, il est nécessaire de se pencher sur deux domaines du droit qui comportent certains aspects bien techniques, soit celui des recours hypothécaires et celui de la prescription. La solution au problème soulevé par les faits de cette affaire dépend d'une interprétation rigoureuse des dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* » ou « *Code civil* »), laquelle doit être bien ancrée dans les principes du droit civil et éclairée par les réalités pratiques auxquelles les parties font face.

#### I. Faits

- [5] Les parties à cet appel sont la Banque Toronto-Dominion (« Banque TD »), appelante, et les frères Harold et Robert Young, intimés. La présence de ces deux parties devant notre Cour découle des relations contractuelles qu'elles entretenaient chacune avec Linda Macht, dans le contexte ci-après décrit.
- [6] Le 14 septembre 2009, Mme Macht contracte un prêt hypothécaire avec la Banque TD au montant de 306 000 \$, lequel est garanti par une hypothèque de premier rang grevant l'immeuble situé au 118, chemin Eardley à Gatineau (« l'immeuble »). L'hypothèque est publiée le même jour au bureau de la publicité des droits de la circonscription foncière de Gatineau.
- [7] Toujours le 14 septembre 2009, Mme Macht contracte un deuxième prêt, cette fois-ci avec les intimés, au montant de 94 160 \$. Ce prêt est garanti par une hypothèque de second rang sur l'immeuble. Les intimés publient leur hypothèque le lendemain, le 15 septembre 2009. Il n'est pas contesté que les intimés étaient alors au courant de l'hypothèque de la Banque TD, celle-ci ayant été divulguée dans leur contrat de prêt avec Mme Macht. De toute façon, l'hypothèque devient opposable aux tiers lorsqu'elle est publiée, c'est-à-dire le 14 septembre 2009 dans le cas de l'hypothèque de la Banque TD : art. 2663, 2941 al. 1 et 2943 al. 1 *C.c.Q.* Le rang des droits est clair en l'espèce : art. 2945 *C.c.Q.*

- [8] On October 27, 2010, the loan agreement between TD Bank and Ms. Macht was renewed for a term of five years through a document called "Mortgage Renewal Agreement", under which Ms. Macht was entitled to a cash back amount of \$15,231.27. The maturity date for that new loan was November 1, 2015.
- [9] On October 17, 2011, after Ms. Macht defaulted on her payments to them, the respondents obtained a judgment from the Quebec Superior Court allowing their action for forced surrender and taking in payment of the immovable pursuant to their second hypothec. They were therefore declared to be the owners of the immovable.
- [10] On November 15, 2011, TD Bank served Ms. Macht with a prior notice of the exercise of a hypothecary right because she was in default in paying her arrears and interest on the principal of the mortgage loan granted by TD Bank. The prior notice was registered in the land register on December 5, 2011. On February 6, 2012, 60 days having elapsed since the registration of the prior notice, TD Bank filed a motion to institute proceedings for forced surrender and taking in payment in which it named Ms. Macht as the sole defendant.
- [11] Following a series of letters between counsel for the respondents and counsel for the appellant, the respondents successively paid, under protest, for the benefit of the appellant, \$30,610.88 on February 17, 2012 and \$12,343.77 on February 29, 2012 in order to remedy Ms. Macht's default.
- [12] It is in this context that, on March 8, 2012, the respondents filed a declaration of aggressive intervention in the litigation between TD Bank and Ms. Macht. They invoked their status as owners of the immovable and sought the dismissal of TD Bank's motion to institute proceedings. They stated the following in the declaration:
- 4. The defendant Linda Macht having already judicially been forced to surrender in favour of the interveners the

- [8] Le 27 octobre 2010, le contrat de prêt entre la Banque TD et Mme Macht est renouvelé pour un terme de cinq ans en vertu d'un document intitulé « *Mortgage Renewal Agreement* » ([TRADUCTION] « Convention de renouvellement hypothécaire »), qui permet à Mme Macht de retirer des liquidités à hauteur de 15 231,27 \$. Ce nouveau prêt doit venir à échéance le 1er novembre 2015.
- [9] Le 17 octobre 2011, Mme Macht étant en défaut à leur égard, les intimés obtiennent un jugement de la Cour supérieure du Québec accueillant leur recours en délaissement forcé et prise en paiement de l'immeuble en vertu de leur hypothèque de second rang. Ils sont donc déclarés propriétaires de l'immeuble.
- [10] Le 15 novembre 2011, la Banque TD signifie un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire à Mme Macht, celle-ci étant en défaut de payer ses arrérages et intérêts sur le capital du prêt hypothécaire consenti par la Banque TD. Le préavis d'exercice est inscrit au registre foncier le 5 décembre 2011. Le 6 février 2012, 60 jours s'étant écoulés depuis l'inscription du préavis d'exercice, la Banque TD dépose une requête introductive d'instance en délaissement forcé et prise en paiement, dans laquelle elle désigne Mme Macht comme seule partie défenderesse.
- [11] Suite à une série de correspondances entre les avocats des intimés et de l'appelante, les intimés paient successivement, sous protêt, au bénéfice de l'appelante, les sommes de 30 610,88 \$ le 17 février 2012 et 12 343,77 \$ le 29 février 2012 afin de remédier au défaut de Mme Macht.
- [12] C'est dans ce contexte que, le 8 mars 2012, les intimés déposent une déclaration d'intervention agressive au litige opposant la Banque TD et Mme Macht. Ils invoquent leur qualité de propriétaires de l'immeuble, et recherchent le rejet de la requête introductive d'instance de la Banque TD. Ils y affirment que :

#### [TRADUCTION]

 La défenderesse Linda Macht ayant été contrainte par voie judiciaire de délaisser l'immeuble décrit ci-dessus immovable property hereinabove described is therefore no longer the person against whom the hypothecary right can be exercised;

- 5. Thus the persons against whom the hypothecary right (forced surrender and taking in payment) can be exercised are the interveners;
- 6. The interveners as owners and as the person against whom the hypothecary right should be exercised have since remedied the omission or breach set forth in the prior notice . . . . [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 80)

The respondents argued that by remedying Ms. Macht's default, they had defeated TD Bank's right to exercise its hypothecary remedy. TD Bank therefore discontinued its proceedings on March 20, 2012.

- [13] On July 10, 2012, TD Bank served a new prior notice of the exercise of a hypothecary right, this time on the respondents, for the balance of the amount due, which was \$327,661.90: A.R., vol. II, at pp. 95-97. The prior notice was registered on August 8, 2012. On August 22, 2012, the respondents filed a motion to institute proceedings, which they served on TD Bank, in order to have TD Bank's hypothec declared extinguished by reason of novation, to have that hypothec cancelled and to claim reimbursement of the amounts paid under protest. No allegation regarding prescription of any kind was made at that time. On October 11, 2012, TD Bank filed a motion for forced surrender and taking in payment in which the respondents were named as the defendants. It seems that, at the time, Ms. Macht was nowhere to be found.
- [14] The proceedings moved forward in the Superior Court, and the two cases the respondents' motion for a declaratory judgment and for cancellation of the hypothec and the appellant's motion for forced surrender and taking in payment were joined on March 18, 2013. On January 22, 2014, the respondents requested a postponement of the hearing scheduled for February 24, 2014 because Harold Young was convalescing from a medical

en faveur des intervenants, elle n'est donc plus la personne contre qui le droit hypothécaire peut être exercé;

- 5. Par conséquent, les personnes contre qui le droit hypothécaire (délaissement forcé et prise en paiement) peut être exercé sont les intervenants;
- 6. Les intervenants, comme propriétaires et comme personnes contre qui le droit hypothécaire devrait être exercé, ont depuis remédié à l'omission ou au manquement énoncé dans le préavis . . . [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 80)

Les intimés soutiennent qu'en remédiant au défaut de Mme Macht, ils ont fait échec au droit de la Banque TD d'exercer son recours hypothécaire. La Banque TD se désiste donc de son recours le 20 mars 2012.

[13] Le 10 juillet 2012, la Banque TD signifie un nouveau préavis d'exercice d'un droit hypothécaire, cette fois-ci aux intimés, pour le solde de la somme due, soit 327 661,90 \$ : d.a., vol. II, p. 95-97. Le préavis est inscrit le 8 août 2012. Le 22 août 2012, les intimés déposent une requête introductive d'instance, qu'ils signifient à la Banque TD, pour faire déclarer l'extinction de l'hypothèque de la Banque TD pour cause de novation et obtenir sa radiation, ainsi que pour réclamer le remboursement des sommes versées sous protêt. Il n'y a alors aucune allégation relative à quelque prescription que ce soit. Le 11 octobre 2012, la Banque TD dépose une requête en délaissement forcé et prise en paiement, citant les intimés à titre de défendeurs. Madame Macht semble alors être introuvable.

[14] Les instances progressent devant la Cour supérieure et les deux dossiers, soit la requête en jugement déclaratoire et en radiation d'hypothèque des intimés et la requête en délaissement forcé et prise en paiement de l'appelante, sont réunis le 18 mars 2013. Le 22 janvier 2014, les intimés demandent une remise de l'audience prévue le 24 février 2014 au motif que M. Harold Young est en convalescence médicale. La remise est accordée de consentement condition. The postponement was granted by consent on February 13, 2014. The hearing in the Superior Court was held on November 2, 2015 and judgment was rendered on February 19, 2016, more than three years after TD Bank filed its motion for forced surrender and taking in payment.

### II. Judgments Below

- A. Quebec Superior Court, 2016 QCCS 838 (Goulet J.)
- [15] The Superior Court granted TD Bank's motion. The court, per Goulet J., ordered the forced surrender of the immovable and declared TD Bank its owner. The respondents' main argument in the Superior Court was that the Mortgage Renewal Agreement entered into by TD Bank and Ms. Macht on October 27, 2011 constituted a new loan and therefore effected novation, thereby affecting the rank of TD Bank's hypothec. During the weeks prior to the hearing, the respondents raised a second argument, namely that TD Bank's remedy was prescribed: paras. 24-25 and 60 (CanLII).
- [16] The trial judge pointed out that novation cannot be presumed and that the respondents bore the onus of proving its existence: paras. 34-35. He found that such proof had not been made in this case, noting that there was no language in the Mortgage Renewal Agreement revealing a clear intention to novate: para. 41. In addition, the hypothecary loan provided that the first hypothec also secured future debts, in accordance with art. 2688 *C.C.Q.* The trial judge was therefore of the view that novation had not been effected and that even if the renewal had created a new debt, it would be a future debt covered by the hypothec: para. 51.
- [17] The judge then considered the argument relating to extinctive prescription. He had to determine whether the fact that Ms. Macht had not been served with the prior notice of the exercise of a hypothecary right had any effect on TD Bank's hypothecary remedy: para. 68. Although art. 2757 C.C.Q. suggests

le 13 février 2014. L'audience devant la Cour supérieure a lieu le 2 novembre 2015, et le jugement est rendu le 19 février 2016, soit plus de trois ans après le dépôt de la requête de la Banque TD en délaissement forcé et prise en paiement.

# II. Jugements des instances inférieures

- A. Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 838 (le juge Goulet)
- [15] La Cour supérieure accueille la requête de la Banque TD. Sous la plume du juge Goulet, la cour ordonne le délaissement forcé de l'immeuble et déclare la Banque TD propriétaire de celui-ci. L'argument principal des intimés devant la Cour supérieure était que la Convention de renouvellement hypothécaire conclue entre la Banque TD et Mme Macht le 27 octobre 2011 constituait un nouveau prêt et opérait donc novation, ce qui aurait affecté le rang de l'hypothèque de la Banque TD. Dans les semaines précédant l'audition, les intimés ont fait valoir un deuxième moyen, soit celui de la prescription du recours de la Banque TD: par. 24-25 et 60 (CanLII).
- [16] Le premier juge rappelle que la novation ne se présume pas et que le fardeau de prouver son existence revient aux intimés : par. 34-35. Il conclut que cette preuve n'a pas été faite en l'espèce, en soulignant l'absence de langage permettant de dégager une intention claire de nover dans la Convention de renouvellement hypothécaire : par. 41. Plus encore, le prêt hypothécaire prévoyait que l'hypothèque de premier rang garantissait également les dettes futures, aux termes de l'art. 2688 *C.c.Q.* Ainsi, le premier juge est d'avis qu'il n'y a pas eu novation et que même si le renouvellement créait une nouvelle dette, elle constituerait une dette future couverte par l'hypothèque : par. 51.
- [17] Le juge considère ensuite l'argument relatif à la prescription extinctive. Il doit déterminer si l'absence de signification du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire à Mme Macht a une incidence quelconque sur le recours hypothécaire de la Banque TD: par. 68. Malgré que l'art. 2757 *C.c.Q.* suggère

that service of a prior notice on the debtor is mandatory, the judge noted that the commentary of the Minister of Justice on this article is more equivocal. Citing Professor Denise Pratte, who observes that the courts have not sanctioned a failure to serve in the absence of prejudice, and mentioning that the debtor, Ms. Macht, had not only not been prejudiced but had been impossible to find when the prior notice was served, the judge held that service on the respondents alone was sufficient: para. 73.

[18] The judge applied the same reasoning to the hypothecary action and found that failure to serve the proceeding on Ms. Macht, a debtor who no longer had any real rights in the immovable, was not fatal. It followed that the respondents could not argue that extinctive prescription had extinguished the appellant's right for non-use. The appellant had instituted its action in a timely manner, and the [TRANSLATION] "delay before the conclusion of the hearing", that is, the delay between the filing of the motion and the judgment, could not be attributed to it: para. 90.

# B. Quebec Court of Appeal, 2018 QCCA 810 (Bich and Savard JJ.A. and Emery J. (ad hoc))

[19] The Court of Appeal allowed the respondents' appeal and dismissed the appellant's hypothecary action. It noted that a hypothec is accessory to the obligation it secures. Thus, the secured obligation must not be prescribed at the time the creditor institutes a hypothecary action, because if it is prescribed, the claim is no longer due within the meaning of art. 2748 para. 2 *C.C.Q.*: para. 22 (CanLII). These principles apply in the same way where the action is brought against the person holding the hypothecated property rather than against the debtor of the obligation: para. 27.

[20] The Court of Appeal noted that when TD Bank filed its hypothecary action, the claim on which it was based was not prescribed. Prescription was rather acquired during the course of the proceeding: para. 28. The Court of Appeal found that the appellant's claim had been extinguished on July 10, 2015 and that the hypothecary action brought against the respondents had not interrupted prescription: paras. 29 and 33. Because Ms. Macht was not a party

que la signification du préavis d'exercice au débiteur est obligatoire, le juge note que les commentaires du ministre de la Justice sous cet article sont plus nuancés. Citant la professeure Denise Pratte, qui remarque que la jurisprudence n'a pas sanctionné le défaut de signification en l'absence de préjudice, et rappelant que la débitrice non seulement ne subit pas de préjudice, mais est introuvable au moment de la signification du préavis, le juge conclut que la seule signification aux intimés est suffisante : par. 73.

[18] Le juge applique le même raisonnement au recours hypothécaire pour conclure que le défaut de signification de la procédure à Mme Macht, une débitrice qui ne détient plus de droits réels sur l'immeuble, n'est pas fatal. Il en ressort que les intimés ne peuvent prétendre que la prescription extinctive est venue éteindre le droit de l'appelante pour cause de non-usage. L'appelante a institué son recours en temps utile et le « délai avant le terme de l'audition », c'est-à-dire le délai entre le dépôt de la requête et le jugement, ne lui est pas imputable : par. 90.

# B. Cour d'appel du Québec, 2018 QCCA 810 (les juges Bich et Savard et le juge Emery (ad hoc))

[19] La Cour d'appel accueille l'appel des intimés et rejette le recours hypothécaire de l'appelante. Elle rappelle que l'hypothèque est l'accessoire de l'obligation qu'elle garantit. Cela étant, l'obligation garantie ne doit pas être prescrite au moment où le créancier entreprend son action hypothécaire puisque la créance n'est alors plus exigible au sens de l'art. 2748 al. 2 *C.c.Q.*: par. 22 (CanLII). Ces principes s'appliquent de la même façon lorsque le recours est intenté contre la personne qui détient le bien hypothéqué plutôt que contre le débiteur de l'obligation: par. 27.

[20] La Cour d'appel note que lorsque la Banque TD intente son action hypothécaire, la créance qui fonde l'action n'est pas prescrite. La prescription a plutôt été acquise pendant l'instance : par. 28. En effet, la Cour d'appel est d'avis que la créance de l'appelante s'est éteinte le 10 juillet 2015 et que l'action hypothécaire intentée contre les intimés n'a pas interrompu la prescription : par. 29 et 33. Puisque Mme Macht n'était pas partie à l'action

to the hypothecary action and had not been served with the proceedings, the interruption of prescription did not apply to her, in accordance with arts. 2892 and 2896 *C.C.Q.*: para. 33. Thus, the bringing of a hypothecary action against the person who holds the hypothecated property and who is not the debtor of the personal obligation does not interrupt prescription of that obligation, which continues to run during the proceeding: para. 34. The Superior Court should therefore have dismissed the hypothecary action, since on the date of the judgment, the claim was prescribed and the hypothec was extinguished: para. 35.

### III. Issues

[21] The parties submit the following issues:

### [TRANSLATION]

- 1. Under Quebec law, does the bringing of an application for forced surrender for taking in payment, a purely hypothecary remedy, constitute a separate and independent remedy or a remedy that depends on the existence and the maintenance during the proceeding of a debt in relation to the original debtor?
- 2. In the alternative, in the civil law, can court delay in hearing a case and rendering judgment, in light of judicial resources and other circumstances, result in the loss of clear and indisputable rights that a party had at the time of instituting an action?

(R.F., at p. 4; see also A.F., at para. 41)

#### IV. Analysis

#### A. Applicable Principles

[22] Hypothecs form part of the arsenal of securities available to a creditor to secure a claim and thereby be protected from a defaulting debtor. A hypothec is a real right "made liable for the performance of an obligation" and provides the creditor with a direct link to the property that is the subject of the security: art. 2660 *C.C.Q.*; see also D. Pratte, *Priorités et hypothèques* (3rd ed. 2012), at No. 9. As Professor Pierre-Claude Lafond states,

hypothécaire et n'a pas reçu signification des procédures, l'interruption de la prescription ne vaut pas à son égard, suivant l'application des art. 2892 et 2896 *C.c.Q.*: par. 33. L'institution de l'action hypothécaire contre la personne qui détient le bien hypothéqué et qui n'est pas la débitrice de l'obligation personnelle n'interrompt donc pas la prescription de l'obligation personnelle, laquelle continue de courir pendant l'instance: par. 34. Le tribunal aurait donc dû rejeter l'action hypothécaire puisqu'à la date du jugement, la créance était prescrite et l'hypothèque était éteinte: par. 35.

### III. Questions en litige

[21] Les parties soumettent les questions en litige suivantes :

- 1. Est-ce qu'en droit québécois, l'exercice d'une demande en délaissement forcé pour prise en paiement, un recours purement hypothécaire, est un recours autonome distinct ou un recours subordonné à l'existence et au maintien pendant l'instance d'une dette à l'égard de la débitrice originale?
- 2. Subsidiairement, est-ce que la lenteur des Tribunaux à entendre une cause et à rendre jugement, en tenant compte des ressources judiciaires et des autres circonstances, peut, en droit civil, entraîner la perte des droits clairs et incontestables que possédait une partie lors de l'introduction de son recours?

(m.i., p. 4; voir aussi m.a., par. 41)

#### IV. Analyse

### A. Principes applicables

[22] L'hypothèque fait partie de l'arsenal de sûretés auquel peut recourir un créancier afin de garantir sa créance et ainsi se protéger contre un débiteur défaillant. L'hypothèque est un droit réel « affecté à l'exécution d'une obligation » et confère au créancier un lien direct avec le bien qui fait l'objet de la garantie : art. 2660 *C.c.Q.*; voir aussi D. Pratte, *Priorités et hypothèques* (3° éd. 2012), n° 9. Comme l'indique le professeur Pierre-Claude Lafond, « [u]n droit réel

[TRANSLATION] "[a] real right is a *power* that a person can exercise *directly* over property. Because there is a *direct link*, there is no intermediary between the holder of the right and the property": *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at No. 422 (emphasis in original).

[23] Therefore, one of the fundamental features of a hypothec is that it gives the creditor a right to follow. This means that it allows the creditor to follow the property in whatever hands it lies: arts. 2660 and 2751 C.C.Q. The right to follow helps ensure the effectiveness of a hypothec as security and enables the creditor to exercise the hypothecary rights provided for in the Civil Code [TRANSLATION] "regardless of who holds the property hypothecated in the creditor's favour": É. Lambert, Les sûretés, vol. 5, Exercice des droits hypothécaires et extinction des hypothèques (Art. 2748 à 2802 C.c.Q.) (2010), at p. 111. This means that if the hypothecated property leaves the patrimony of the grantor of the hypothec, the creditor can assert his or her right to follow and exercise a hypothecary remedy against the person who has become the owner of the charged property, "who is bound only hypothecarily on the property": Lambert, at p. 120; see also D. Pratte, "Les recours des créanciers hypothécaires", in Collection de droit de l'École du Barreau du Québec 2019-2020, vol. 7, Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé (2019), 179, at p. 184.

[24] Another fundamental feature of a hypothec is that it is accessory to the principal obligation it secures. This means that it is valid only as long as the obligation whose performance it secures subsists: art. 2661 C.C.Q. This affects the prescriptive period applicable to a hypothecary remedy. While actions to enforce immovable real rights are prescribed by 10 years under art. 2923 para. 1 C.C.Q., the prescriptive period for a hypothecary action follows that which applies to a personal action, since the accessory follows the principal: arts. 2661 and 2797 C.C.Q.; see also Pratte (2012), at No. 76; C. Gervais, La prescription (2009), at pp. 22-23. Three-year extinctive prescription will therefore apply in the case of a hypothec that secures a personal obligation, pursuant to art. 2925 C.C.Q.

est un *pouvoir* qu'une personne peut exercer *directement* sur un bien. S'agissant d'un *rapport direct*, il n'existe pas d'intermédiaire entre le titulaire du droit et le bien » : *Précis de droit des biens* (2° éd. 2007), n° 422 (en italique dans l'original).

[23] Ainsi, un des attributs fondamentaux de l'hypothèque est qu'elle accorde un droit de suite au créancier. L'hypothèque permet donc au créancier de suivre le bien en quelques mains qu'il se trouve : art. 2660 et 2751 C.c.Q. Le droit de suite participe à assurer l'efficacité de la garantie qu'est l'hypothèque et fait en sorte que le créancier puisse exercer les droits hypothécaires prévus au Code civil « peu importe qui détient le bien hypothéqué en sa faveur » : É. Lambert, Les sûretés, vol. 5, Exercice des droits hypothécaires et extinction des hypothèques (Art. 2748 à 2802 C.c.Q.) (2010), p. 111. C'est ainsi que, si le bien hypothéqué sort du patrimoine du constituant de l'hypothèque, le créancier peut invoquer son droit de suite et exercer un recours hypothécaire contre la personne qui est devenue propriétaire du bien grevé, « [laquelle] est seulement tenu[e] hypothécairement sur ce bien » : Lambert, p. 120; voir aussi D. Pratte, « Les recours des créanciers hypothécaires », dans Collection de droit de l'École du Barreau du Québec 2019-2020, vol. 7, Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé (2019), 179, p. 184.

[24] Un autre attribut fondamental de l'hypothèque est son caractère d'accessoire de l'obligation principale qu'elle garantit. Ce caractère accessoire signifie que l'hypothèque ne vaut qu'autant que l'obligation dont elle garantit l'exécution subsiste : art. 2661 C.c.Q. Cela a une incidence sur le délai de prescription applicable au recours hypothécaire. Bien que les actions visant à faire valoir des droits réels immobiliers se prescrivent par 10 ans en vertu de l'art. 2923 al. 1 C.c.Q., le délai de prescription de l'action hypothécaire suit celui de l'action personnelle puisque l'accessoire suit le principal : art. 2661 et 2797 C.c.Q.; voir aussi Pratte (2012), nº 76; C. Gervais, La prescription (2009), p. 22-23. La prescription extinctive triennale s'appliquera donc à l'hypothèque qui garantit une obligation personnelle en vertu de 1'art. 2925 C.c.Q.

[25] While a hypothec is accessory to the principal obligation it secures, it confers rights that are nonetheless distinct. The principal obligation, or the claim, confers *personal* rights and remedies, whereas the hypothec confers *hypothecary* rights and remedies: Pratte (2012), at No. 69. The rights and remedies arising from a hypothec are therefore in addition to the other rights that the law confers on the creditor: L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (5th ed. 2015), at No. 1627.

[26] The *Civil Code* sets out the range of hypothecary remedies available to a creditor in addition to the personal remedy:

2748. <u>In addition to</u> their personal right of action and the provisional measures provided in the Code of Civil Procedure (chapter C-25.01), creditors may exercise only the hypothecary rights provided in this chapter for the enforcement and realization of their security.

Thus, where their debtor is in default and their claim is liquid and due, they may exercise the following hypothecary rights: they may take possession of the charged property to administer it, take it in payment of their claim, cause it to be sold under judicial authority or sell it themselves.

[27] It is a cardinal principle of the law of hypothecs that the creditor, and only the creditor, has the choice of remedy. The Civil Code is clear in this regard; the use of the words "[i]n addition to" in art. 2748 para. 1 C.C.Q. shows the freedom that a creditor has to pursue the remedy he or she prefers for asserting a claim. As Louis Payette states, [TRANSLATION] "[t]his choice to exercise personal or real remedies is the creditor's alone": No. 1651. To be clear, this choice is multidimensional. Not only can the creditor choose the type of hypothecary remedy he or she wishes to pursue — taking of possession for the purposes of administration, taking in payment, sale under judicial authority or sale by agreement, by a call for tenders or by auction but the creditor can also choose whether or not to exercise a hypothecary or a personal remedy. After all, as Professor Pratte states, [TRANSLATION] "[a] hypothecary creditor remains above all a creditor, who retains all of his or her rights in the debtor's entire patrimony": Pratte (2019), at p. 179. Thus, the [25] Bien que l'hypothèque soit l'accessoire de l'obligation principale qu'elle garantit, elle confère des droits tout de même distincts. L'obligation principale, ou la créance, confère des droits et recours *personnels*, alors que l'hypothèque confère des droits et recours *hypothécaires*: Pratte (2012), n° 69. Les droits et recours découlant d'une hypothèque s'ajoutent donc aux autres droits que la loi reconnaît au créancier: L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (5° éd. 2015), n° 1627.

[26] Le *Code civil* prévoit la gamme des recours hypothécaires dont dispose le créancier, en plus du recours personnel :

2748. <u>Outre</u> leur action personnelle et les mesures provisionnelles prévues au Code de procédure civile (chapitre C-25.01), les créanciers ne peuvent, pour faire valoir et réaliser leur sûreté, exercer que les droits hypothécaires prévus au présent chapitre.

Ils peuvent ainsi, lorsque leur débiteur est en défaut et que leur créance est liquide et exigible, exercer les droits hypothécaires suivants : ils peuvent prendre possession du bien grevé pour l'administrer, le prendre en paiement de leur créance, le faire vendre sous contrôle de justice ou le vendre eux-mêmes.

[27] Il est un principe cardinal du droit des hypothèques que le créancier, et seul le créancier, a le choix du recours. Le Code civil est clair à cet égard; l'emploi du mot « outre » à l'art. 2748 al. 1 C.c.Q. démontre la liberté qu'a le créancier d'intenter le recours qu'il préfère pour faire valoir sa créance. Comme le dit l'auteur Louis Payette, « [c]e choix d'exercer des recours personnels ou réels appartient au créancier seul » : n° 1651. Ce choix, je le précise, est multidimensionnel. Le créancier peut non seulement choisir le type de recours hypothécaire qu'il souhaite intenter — que ce soit la prise de possession à des fins d'administration, la prise en paiement, la vente sous contrôle de justice ou la vente de gré à gré, par appel d'offres ou aux enchères — mais encore peut-il choisir d'exercer ou non un recours hypothécaire ou personnel. Après tout, comme le dit la professeure Pratte, « [1]e créancier hypothécaire demeure avant tout un créancier, qui conserve tous ses droits sur l'ensemble du patrimoine de son débiteur » : Pratte (2019), p. 179. Ainsi, la présence existence of a hypothec does not force the creditor to exercise a hypothecary remedy: Pratte (2012), at No. 487.

[28] The creditor may therefore choose to sue the debtor *in personam* or *in rem* or both. If the creditor chooses to sue the debtor *in personam*, the personal remedy will enable the creditor to obtain a judgment that is enforceable against all property in the debtor's patrimony, whereas if the creditor chooses to sue the debtor *in rem*, the hypothecary remedy will enable the creditor to realize on the hypothecary security on the charged property: Pratte (2012), at No. 488. The creditor can also combine these two remedies if he or she wishes. There are therefore three choices: the creditor can exercise a personal remedy *or* a hypothecary remedy *or* a personal and hypothecary remedy.

[29] It is important to note that even where a personal remedy is exercised concurrently with a hypothecary remedy, each remedy retains its own features. While personal and hypothecary remedies can be pursued jointly, they nevertheless remain two different remedies [TRANSLATION] "that each retain their nature": Payette, at No. 1656, citing R.-J. Pothier, Œuvres (Dupin ed.), Les Traités du droit français, vol. 7, Des arrêts et exécutions, etc., Introduction au Titre XX, at p. 485. A creditor can therefore exercise them at the same time, or even in the same proceeding, without worrying about lis pendens or res judicata, because their objects are different: Pratte (2019), at p. 180; Pratte (2012), at No. 488; Payette, at No. 1654. Indeed, none of the hypothecary remedies provided for in the Civil Code inherently entails personal conclusions against the debtor: Payette, at No. 1656.

[30] I pause for a moment to consider taking in payment, the remedy exercised in the instant case. This hypothecary remedy involves taking the hypothecated property in full payment of the claim: Pratte (2012), at No. 557. Taking in payment therefore enables the creditor to become the owner of the property — whether the value of the property is higher or lower than the value of the creditor's claim — and extinguishes the principal obligation: arts. 2782 para. 1 and 2783 para. 1 *C.C.Q.*; Pratte (2012), at No. 557; Payette, at No. 1901. It can thus truly be

d'une hypothèque ne force pas le créancier à exercer un recours hypothécaire : Pratte (2012), n° 487.

[28] Le créancier peut donc choisir de poursuivre son débiteur *in personam* ou *in rem*, ou les deux. Si le créancier choisit de poursuivre son débiteur *in personam*, le recours personnel lui permettra d'obtenir un jugement exécutable sur l'ensemble des biens du patrimoine de son débiteur, alors que s'il choisit de le poursuivre *in rem*, le recours hypothécaire lui permettra de réaliser la garantie hypothécaire sur le bien grevé : Pratte (2012), n° 488. Le créancier peut également, s'il le souhaite, cumuler ces deux recours. Le choix est donc triple : le créancier peut exercer *ou* un recours personnel, *ou* un recours hypothécaire, *ou* un recours personnel et hypothécaire.

[29] Il est important de noter que, même lorsqu'un recours personnel est exercé concurremment avec un recours hypothécaire, chaque recours conserve ses propres caractéristiques. En effet, quand bien même que les recours personnel et hypothécaire peuvent s'intenter conjointement, ils demeurent néanmoins deux recours différents « qui conservent [chacun] leur nature » : Payette, nº 1656, citant R.-J. Pothier, Œuvres (éd. Dupin), Les Traités du droit français, vol. 7, Des arrêts et exécutions, etc., Introduction au Titre XX, p. 485. Ainsi, le créancier peut les intenter en même temps, voire dans la même procédure, sans craindre la litispendance ni la chose jugée puisqu'ils ont des objets différents : Pratte (2019), p. 180; Pratte (2012), nº 488; Payette, nº 1654. En effet, aucun des recours hypothécaires prévus au Code civil ne comporte en soi des conclusions personnelles contre le débiteur : Payette, nº 1656.

[30] Je m'arrête un instant à la prise en paiement, qui est le recours exercé en l'espèce. Ce recours hypothécaire consiste à prendre le bien hypothéqué en paiement complet de la créance : Pratte (2012), n° 557. La prise en paiement permet donc au créancier de devenir propriétaire du bien — que la valeur du bien excède ou soit inférieure à celle de sa créance — et éteint l'obligation principale : art. 2782 al. 1 et 2783 al. 1 *C.c.Q.*; Pratte (2012), n° 557; Payette, n° 1901. On parle donc véritablement d'un transfert de la propriété du bien, qui sort du patrimoine du

said that there is a transfer of the ownership of the property, which leaves the debtor's patrimony and is transferred to that of the creditor, who becomes its owner: Pratte (2012), at No. 575. It should be noted that taking in payment has retroactive effect; the creditor becomes the owner of the hypothecated property and the obligation is extinguished retroactive to the date on which the prior notice of the exercise of a hypothecary right was registered: art. 2783 para. 1 *C.C.Q.* 

[31] The circumstances of the case are important, because a creditor contemplating the possibility of taking hypothecated property in payment must assess its value in comparison with the value of his or her claim. This must be done with a view to the higher ranking hypothecs on the property that the creditor seeks to take in payment: Lambert, at pp. 652-54; Pratte (2012), at No. 573. This is because — and this fact is fundamental to the appeal in this case — a hypothecary creditor who takes property in payment takes it as it stood at the time the prior notice was registered, that is, subject to all hypothecs published before the creditor's hypothec was published: art. 2783 para. 1 C.C.Q. a contrario. A creditor who takes property in payment in such circumstances, as the respondents did in this case when they took the immovable in payment on the basis of their second hypothec, therefore becomes hypothecarily obligated toward a creditor holding an earlier ranking hypothec: Pratte (2019), at pp. 202-3. As Édith Lambert explains:

[TRANSLATION] Under article 2783 para. 1 C.C.Q. a contrario, a creditor who takes property in payment takes it subject to all hypothecs published before the creditor's hypothec was published. As Denise Pratte states, this means that in relation to the higher ranking hypothecary creditors, the lower ranking creditor "who has taken in payment is a third party holder who is not bound personally for the debt but is bound hypothecarily". A higher ranking creditor who is not paid off can therefore exercise a hypothecary right against the creditor who has taken the property in payment. . . . [Emphasis added; footnote omitted; pp. 692-93.]

[32] Accordingly, everything depends on the circumstances and on the creditor's situation at the time of exercising his or her remedy (or remedies).

débiteur pour être transféré dans celui du créancier qui en devient propriétaire : Pratte (2012), n° 575. Il est à noter que la prise en paiement a un effet rétroactif; le créancier devient propriétaire du bien hypothéqué et l'obligation s'éteint rétroactivement à la date de l'inscription du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire : art. 2783 al. 1 *C.c.Q*.

[31] Les circonstances de l'affaire sont importantes, puisque le créancier qui envisage la possibilité d'exercer une prise en paiement doit évaluer la valeur du bien hypothéqué par rapport à la valeur de sa créance. Cet exercice doit se faire en tenant compte des hypothèques de rang supérieur qui grèvent le bien qu'il cherche à prendre en paiement : Lambert, p. 652-654; Pratte (2012), nº 573. En effet, et fait fondamental pour le pourvoi en l'espèce, le créancier hypothécaire qui prend un bien en paiement le prend dans l'état où il se trouvait au moment de l'inscription du préavis, c'est-à-dire à charge des hypothèques publiées avant la sienne : art. 2783 al. 1 C.c.Q. a contrario. Le créancier qui prend le bien en paiement dans ces circonstances, tel que l'ont fait les intimés en l'espèce lorsqu'ils ont pris l'immeuble en paiement en raison de leur hypothèque de deuxième rang, devient donc obligé sur le plan hypothécaire à l'égard du créancier détenant une hypothèque antérieure à la sienne : Pratte (2019), p. 202-203. Comme l'explique l'auteure Édith Lambert :

Selon l'article 2783, al. 1 C.c.Q. *a contrario*, le créancier preneur en paiement prend le bien à charge des hypothèques publiées avant la sienne. Ainsi, comme l'exprime Denise Pratte, à l'égard des créanciers hypothécaires de rang supérieur, le créancier de rang inférieur « qui a pris en paiement est un tiers détenteur, non tenu personnellement de la dette, mais tenu hypothécairement ». Par conséquent, si le créancier de rang supérieur n'est pas désintéressé (payé), il peut exercer un droit hypothécaire contre celui qui a pris le bien en paiement . . . [Je souligne; note en bas de page omise; p. 692-693.]

[32] Tout dépend donc des circonstances et de la situation du créancier au moment d'intenter son (ou ses) recours. Il demeure clair, cependant, que ces

It remains clear, however, that these strategic considerations are a matter for the creditor, not for the court.

[33] When exercising a hypothecary remedy, a creditor must first determine from whom the remedy is to be sought. I reiterate that "[t]he creditor may exercise his hypothecary rights in whatever hands the property lies": art. 2751 *C.C.Q.* It is true that the hypothec, as a real right, gives the creditor a direct link to the property, but that right must nevertheless be exercised against a person who can be answerable for it in court. That person is the holder of the property, who, as such, is under a "real" obligation:

[TRANSLATION] As a result of having possession of property, a person becomes obliged to bear the real rights attached to the property; the person is therefore said to be "under a real obligation", that is, under an obligation by reason of the property. This is true of a person who acquires hypothecated property without having undertaken to pay the obligation secured by the hypothec: in such a case, the creditor retains the right to exercise his or her hypothecary remedies against the property but does not have the right to bring a personal action against the person. The "real" obligation is not reflected through the entire patrimony. [Footnotes omitted.]

(Payette, at No. 15)

Hypothecary rights are therefore exercised [TRANS-LATION] "directly against the person who has the hypothecated property in his or her hands": Pratte (2019), at p. 184. Usually, that person is the original debtor and grantor of the hypothec, who remains the owner of the hypothecated immovable. However, it is possible that the person will not be the person with whom the hypothecary creditor contracted in the first place: Pratte (2012), at No. 64. Where the property is no longer part of the patrimony of the grantor or the original debtor of the hypothec, the right to follow enables the creditor to exercise a hypothecary remedy against the new owner of the property, [TRANS-LATION] "who is bound only hypothecarily on the property": Lambert, at p. 120.

[34] The *Civil Code* requires certain conditions to be met and preliminary measures to be taken in order for a creditor to exercise a hypothecary remedy. First,

considérations d'ordre stratégique sont du ressort du créancier et non du tribunal.

[33] Lorsque vient le temps d'exercer son recours hypothécaire, le créancier doit d'abord déterminer contre qui il devra intenter son recours. Je rappelle que « [1]e créancier exerce ses droits hypothécaires en quelques mains que le bien se trouve » : art. 2751 *C.c.Q.* Certes, à titre de droit réel, l'hypothèque accorde au créancier un lien direct avec le bien, mais encore faut-il que ce droit soit exercé contre une personne pouvant en répondre devant les tribunaux. Cette personne est celle qui détient le bien et qui, à ce titre, est obligée « réellement » :

À raison de sa possession d'un bien, une personne devient obligée à supporter les droits réels s'y rattachant; on la dit alors « réellement obligée », c'est-à-dire obligée à raison du bien. Ainsi de celle qui acquiert un bien hypothéqué sans avoir pris l'engagement de payer l'obligation garantie par l'hypothèque : le créancier conserve, en ce cas, le droit d'exercer ses recours hypothécaires contre le bien, mais il n'a pas celui de prendre une action personnelle contre cette personne. L'obligation « réelle » ne se reflète pas sur l'ensemble du patrimoine. [Notes en bas de page omises.]

(Payette, nº 15)

Les droits hypothécaires s'exercent donc « directement contre celui qui a le bien hypothéqué entre les mains » : Pratte (2019), p. 184. Habituellement, il s'agit du débiteur original et constituant de l'hypothèque, qui est toujours propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Cependant, il se peut que cette personne ne soit pas la personne avec qui le créancier hypothécaire avait contracté en premier lieu : Pratte (2012), nº 64. En effet, lorsque le bien ne fait plus partie du patrimoine du constituant ou du débiteur original de l'hypothèque, le droit de suite permet au créancier d'exercer un recours hypothécaire contre le nouveau propriétaire du bien, « lequel est seulement tenu hypothécairement sur ce bien » : Lambert, p. 120.

[34] Le *Code civil* prévoit que certaines conditions doivent être remplies et certaines mesures préalables accomplies pour l'exercice du recours hypothécaire

the conditions set out in art. 2748 para. 2 C.C.Q. must be met: the debtor must be in default and the claim must be liquid and due. In addition, art. 2749 C.C.Q. provides that the creditor may not exercise his or her hypothecary rights before the period determined in art. 2758 C.C.Q. for surrender of the property has expired. The creditor must therefore serve and register a prior notice of the exercise of a hypothecary remedy that specifies the period provided for by law for the surrender of the hypothecated property: arts. 2757 and 2758 C.C.Q. This requirement allows the defaulting debtor to know with certainty the time limit for remedying the default and gives interested third persons enough time to defeat the exercise of the hypothecary right: Ministère de la Justice, Commentaires du ministre de la Justice, vol. II, Le Code civil du Québec — Un mouvement de société (1993), at p. 1722.

[35] The condition imposed by art. 2749 *C.C.Q.* is therefore in addition to the requirements set out in art. 2748 *C.C.Q.* for the exercise of a hypothecary remedy. Only after the period for surrender of the property has expired can the creditor exercise a hypothecary right. In my view, it is at that time, i.e. at the time the remedy is exercised — not the time of the judgment — that a court must determine whether the conditions of art. 2748 *C.C.Q.* are met, including the condition that the claim be liquid and due, and whether the remedy was therefore exercised in a timely manner.

[36] Indeed, whether or not the secured claim is prescribed must be assessed by a court *at the time the remedy was exercised*. The wording of arts. 2748 and 2749 *C.C.Q.* clearly focuses on the "exercise" of rights:

2748. In addition to their personal right of action and the provisional measures provided in the Code of Civil Procedure (chapter C-25.01), creditors may exercise only the hypothecary rights provided in this chapter for the enforcement and realization of their security

Thus, where their debtor is in default and their claim is liquid and due, they may exercise the following hypothecary rights: they may take possession of the charged

par le créancier. Tout d'abord, les conditions prévues à l'art. 2748 al. 2 C.c.Q. doivent être présentes : le débiteur doit être en défaut et la créance doit être liquide et exigible. De plus, l'art. 2749 C.c.Q. prévoit que le créancier ne peut exercer ses droits hypothécaires avant l'expiration du délai imparti pour délaisser le bien tel qu'il est fixé par l'art. 2758 C.c.Q. Le créancier doit ainsi signifier et inscrire un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire qui contient le délai prévu par la loi pour le délaissement du bien hypothéqué : art. 2757 et 2758 *C.c.Q.* Cette exigence permet au débiteur en défaut de connaître avec certitude le délai dont il bénéficie pour remédier au défaut et accorde assez de temps aux tiers intéressés pour faire échec à l'exercice du droit hypothécaire : Ministère de la Justice, Commentaires du ministre de la Justice, t. II, Le Code civil du Québec — Un mouvement de société (1993), p. 1722.

[35] La condition imposée par l'art. 2749 *C.c.Q.* s'ajoute donc aux exigences prévues à l'art. 2748 *C.c.Q.* pour l'exercice du recours hypothécaire. Ce n'est qu'après l'écoulement du délai pour délaisser le bien que le créancier pourra exercer son droit hypothécaire. À mon avis, c'est à ce moment, soit celui de l'exercice du recours, et non au moment du jugement, que la cour doit se placer afin de déterminer si les conditions de l'art. 2748 *C.c.Q.* sont remplies, notamment si la créance est liquide et exigible, et si le recours a donc été exercé en temps utile.

[36] En effet, c'est au moment de l'exercice du recours que le tribunal doit évaluer si la créance garantie est ou non prescrite. Le libellé des art. 2748 et 2749 *C.c.Q.* est clairement axé sur cette question d'« exercice » :

2748. Outre leur action personnelle et les mesures provisionnelles prévues au Code de procédure civile (chapitre C-25.01), les créanciers ne peuvent, pour faire valoir et réaliser leur sûreté, <u>exercer</u> que les droits hypothécaires prévus au présent chapitre.

Ils peuvent ainsi, lorsque leur débiteur est en défaut et que leur créance est liquide et exigible, <u>exercer</u> les droits hypothécaires suivants : ils peuvent prendre possession du

property to administer it, take it in payment of their claim, cause it to be sold under judicial authority or sell it themselves.

2749. Creditors <u>may not exercise</u> their hypothecary rights before the period determined in article 2758 for surrender of the property has expired.

[37] A prudent hypothecary creditor will therefore have verified the length of the period that applies in his or her case pursuant to art. 2758 para. 2 *C.C.Q.* in order to ensure that the claim will not be prescribed when that period expires. In other words, the creditor will have ensured that the claim will still be due, in addition to being liquid, and that he or she will therefore be able to exercise his or her hypothecary rights, provided, of course, that the default has not been remedied within the specified period.

[38] It is when a motion is filed and served that a hypothecary remedy is exercised. While the registration of a prior notice of the exercise of a hypothecary right marks the start of the period provided for in art. 2758 para. 2 *C.C.Q.*, it does not in fact represent the exercise of the hypothecary right itself:

[TRANSLATION] The choice of the term "prior notice", and the prohibition in article 2749 C.C. against exercising a hypothecary remedy before a predetermined period arising from that notice has expired, shows that the legislature intended the notice to be a preliminary measure to the exercise of such remedies. The prior notice must precede this "exercise" but is not, strictly speaking, its starting point. Thus, it is not equivalent to the filing of a judicial application and it does not interrupt prescription; it states an intention, which the creditor can revoke without any need for a formal discontinuance or cancellation of registration. [Emphasis added.]

(Payette, at No. 1747)

[39] It is not the prior notice of the exercise of a hypothecary right, but rather the motion for forced surrender and taking in payment, that constitutes a judicial application capable of interrupting prescription within the meaning of art. 2892 para. 1 *C.C.Q.*, which reads as follows:

bien grevé pour l'administrer, le prendre en paiement de leur créance, le faire vendre sous contrôle de justice ou le vendre eux-mêmes.

2749. Les créanciers <u>ne peuvent exercer</u> leurs droits hypothécaires avant l'expiration du délai imparti pour délaisser le bien tel qu'il est fixé par l'article 2758.

[37] Le créancier hypothécaire prévoyant aura donc vérifié la durée du délai qui s'applique à son cas en vertu de l'art. 2758 al. 2 *C.c.Q.*, afin de s'assurer qu'à l'expiration de ce délai la créance ne sera pas prescrite, c'est-à-dire qu'elle sera toujours exigible en plus d'être liquide, et qu'il peut donc exercer ses droits hypothécaires si, évidemment, il n'a pas été remédié au défaut pendant le délai imparti.

[38] Le moment de l'exercice du recours hypothécaire est celui où la requête a été déposée et signifiée. En effet, même si l'inscription du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire marque le début de l'écoulement du délai prévu à l'art. 2758 al. 2 *C.c.Q.*, elle ne représente pas l'exercice du droit hypothécaire lui-même :

Le choix du terme « préavis », et, aussi, l'interdiction faite à l'article 2749 C.c.Q. d'exercer un recours hypothécaire avant l'expiration d'un délai préfix consécutif à ce préavis, démontre l'intention du législateur d'en faire une mesure préalable à l'exercice de ces recours. Le préavis doit précéder cet « exercice » mais n'en constitue pas à proprement parler le point de départ. Ainsi, il n'équivaut pas au dépôt d'une demande en justice et n'interrompt pas la prescription; il annonce une intention, révocable par le créancier sans nécessité d'un désistement formel ni radiation d'inscription. [Je souligne.]

(Payette, nº 1747)

[39] Ce n'est pas le préavis d'exercice d'un droit hypothécaire, mais plutôt la requête en délaissement forcé et prise en paiement qui constitue une demande en justice susceptible d'interrompre la prescription au sens de l'art. 2892 al. 1 *C.c.Q.*, lequel se lit comme suit :

The filing of a judicial application before the expiry of the prescriptive period constitutes a civil interruption, provided the demand is served on the person to be prevented from prescribing not later than 60 days following the expiry of the prescriptive period.

Indeed, it is at the time that the motion for surrender is filed and served that the rights crystallize. It is at this moment that one must consider whether the claim (the principal obligation) is prescribed.

[40] Once filed, the motion interrupts prescription until a judgment is rendered:

2896. An interruption resulting from a judicial application continues until the judgment has become final or, as the case may be, until a transaction has intervened between the parties.

The interruption has effect with regard to all the parties with respect to any right arising from the same source.

Moreover, art. 2783 para. 1 *C.C.Q.* provides that "[a] creditor who has taken property in payment becomes the owner of it from the time of registration of the prior notice".

[41] The "same source" notion is worth emphasizing. It has consistently been held that the words "same source" must be interpreted broadly: *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at paras. 103-4; *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, 2005 QCCA 733, [2005] R.J.Q. 2267, at paras. 95-98, aff'd 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461; see also Gervais, at p. 139. It is clear that a hypothecary remedy has its source in the obligation being secured:

[TRANSLATION] However, the fact that these remedies have different objects is not a basis for concluding that they do not arise from the same source within the meaning of article 2896 C.C.Q. Indeed, both the hypothecary remedy and the personal remedy exercised by the plaintiff have their source in the claim for \$43,800 and, in both cases, it was Goyette's failure to meet his obligations that gave rise to the proceedings. The Court adopts the following statement by Brossard J.A.:

Le dépôt d'une demande en justice, avant l'expiration du délai de prescription, forme une interruption civile, pourvu que cette demande soit signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire, au plus tard dans les 60 jours qui suivent l'expiration du délai de prescription.

En effet, c'est au moment du dépôt et de la signification de la requête en délaissement que les droits sont cristallisés. C'est à ce moment que l'on doit considérer si la créance (l'obligation principale) est ou non prescrite.

[40] Une fois déposée, la requête interrompt la prescription jusqu'au prononcé du jugement :

2896. L'interruption résultant d'une demande en justice se continue jusqu'au jugement passé en force de chose jugée ou, le cas échéant, jusqu'à la transaction intervenue entre les parties.

Elle a son effet, à l'égard de toutes les parties, pour tout droit découlant de la même source.

D'ailleurs, l'art. 2783 al. 1 *C.c.Q.* prévoit que « [l]e créancier qui a pris le bien en paiement en devient le propriétaire à compter de l'inscription du préavis ».

[41] Il vaut d'insister sur la notion de « même source ». Il est de jurisprudence constante que les mots « même source » doivent recevoir une interprétation large : *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 103-104; *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2005 QCCA 733, [2005] R.J.Q. 2267, par. 95-98, conf. par 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461; voir aussi Gervais, p. 139. Or, il est clair que le recours hypothécaire tire sa source de l'obligation garantie :

Toutefois, le fait que ces recours aient des objets différents ne permet pas de conclure qu'ils n'originent pas de la même source, au sens de l'article 2896 C.c.Q. En effet, tant le recours hypothécaire que le recours personnel exercés par le demandeur tirent leur source dans la créance de 43 800 \$ et, dans les deux cas, c'est le défaut de Goyette de respecter ses obligations qui est à l'origine des procédures. Le tribunal fait siens ces propos du juge Brossard de la Cour d'appel :

It seems to me that the bases of the two remedies, though technically not the same, are sufficiently connected to conclude that both remedies arise from the same source and to dispose of the argument based on prescription [Banque de Nouvelle-Écosse v. Exarhos, [1995] R.J.Q. 63 (C.A.), at p. 70].

. . .

The Court pursues this reasoning: "Without a claim, there can be no hypothec". Although the two remedies have different objects, they arise from the same source and therefore meet the criterion in article 2896 paragraph 2 for finding that prescription has been interrupted. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(Barakett v. Goyette, 1999 CanLII 11983 (Que. Sup. Ct.), at paras. 45-48; see also Latcon Ltd. v. Radial Investments Ltd., 2008 QCCS 35, at para. 199 (CanLII).)

Even if one accepts that there is no *lis pendens* between a personal action and a hypothecary action because there is no identity of object, the "same source" concept is broader. There is nothing inconsistent in the fact that the filing of a hypothecary action can interrupt prescription of the obligation for the purposes of that action.

- [42] I see no conflict here with the principle that the accessory follows the principal. A hypothecary remedy remains closely connected with the secured obligation even though it is exercised on a different basis, i.e. a hypothecary basis. Like a personal remedy, a hypothecary remedy must be exercised while the principal obligation is not prescribed.
- [43] This shows the full importance of the choice to be made by the creditor. Quebec civil law does not penalize a creditor who chooses to exercise a hypothecary remedy alone: [TRANSLATION] "A hypothecary creditor who chooses to pursue a hypothecary remedy is not required to bring a personal action in order to interrupt prescription" (Pratte (2012), at No. 487, citing *Poulin-Sansoucy v. Services immobiliers Simmco D.P. inc.*, 2000 CanLII 10400 (Que. C.A.)). This means that, provided that the conditions set out in arts. 2748 and 2749 *C.C.Q.* are met, the

Il me paraît que les fondements des deux recours, même s'ils ne sont pas techniquement les mêmes, sont suffisamment connexes pour conclure que les deux recours résultent d'une même source et disposer de l'argument fondé sur la prescription [Banque de Nouvelle-Écosse c. Exarhos, [1995] R.J.Q. 63 (C.A.), p. 70].

. . .

Le Tribunal poursuit ce raisonnement : « Sans créance, il ne peut exister aucune hypothèque ». Or, si les deux recours ont des objets différents, ils originent de la même source et rencontrent ainsi le critère de l'article 2896 alinéa 2 permettant de conclure à interruption de la prescription. [Je souligne; italique dans l'original omis.]

(*Barakett c. Goyette*, 1999 CanLII 11983 (C.S. Qc), par. 45-48; voir aussi *Latcon Ltd. c. Radial Investments Ltd.*, 2008 QCCS 35, par. 199 (CanLII).)

Même si l'on accepte qu'il n'y ait pas litispendance entre un recours personnel et un recours hypothécaire, faute d'identité d'objet, la notion de « même source » est plus large. Il n'y a pas d'incohérence du fait que le dépôt d'un recours hypothécaire puisse interrompre la prescription de l'obligation pour les fins de son exercice.

- [42] Je ne vois là aucune incompatibilité avec le principe voulant que l'accessoire suive le principal. Le recours hypothécaire demeure intimement lié à l'obligation garantie malgré qu'il s'exerce sur une base différente, soit hypothécaire. Tout comme le recours personnel, le recours hypothécaire doit être exercé alors que l'obligation principale n'est pas prescrite.
- [43] On y voit toute l'importance du choix que détient le créancier. Le droit civil québécois ne pénalise pas le créancier qui choisit d'exercer un recours hypothécaire seul : « Le créancier hypothécaire qui choisit d'intenter un recours hypothécaire n'est pas tenu d'exercer une action personnelle pour interrompre la prescription » (Pratte (2012), nº 487, citant Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. inc., 2000 CanLII 10400 (C.A. Qc)). C'est donc dire que l'exercice du recours hypothécaire, pourvu que les conditions prévues aux art. 2748 et 2749

exercise of a hypothecary remedy interrupts prescription on a hypothecary basis.

- [44] These principles take on added relevance where a hypothecary remedy is exercised against a person who is not the debtor of the principal obligation, a situation accepted and provided for by the *Civil Code*. Indeed, there are a number of scenarios in which the debtor of an obligation secured by a hypothec and the grantor of the hypothec are two different persons, who are therefore bound in different ways. In such cases, the debtor is bound personally toward the creditor, while the grantor is bound hypothecarily, his or her patrimony not otherwise being affected: see Pratte (2012), at No. 168; Payette, at No. 564; see also, e.g., arts. 2751, 2757, 2758, 2761 and 2769 *C.C.Q.*
- [45] Since it is possible that a hypothecary remedy will be exercised against a person other than the debtor of the principal obligation, it is even clearer that the hypothecary debtor is the person who is to be prevented from prescribing by exercising a hypothecary remedy: art. 2892 para. 1 C.C.Q. That debtor is not necessarily the debtor of the principal obligation but may be a third party grantor, a subsequent purchaser or a second ranking hypothecary creditor who has taken the immovable in payment. In this last case, as I stated above, that creditor takes the property subject to all hypothecs published before his or her hypothec was published. This means that that creditor is bound propter rem, or hypothecarily: [TRANSLATION] "In relation to those [earlier ranking] hypothecary creditors, the creditor who has taken in payment is a third party holder who is not bound personally for the debt but is bound hypothecarily" (Pratte (2012), at No. 577; see also Développements de Normandie inc. v. Delorme, 2004 CanLII 17395 (Que. C.A.), at para. 8).
- [46] In short, a hypothecary remedy must be exercised while the secured obligation is not prescribed. The remedy can be exercised if, at the time of filing, the conditions set out in arts. 2748 and 2749 *C.C.Q.* are met. And the filing of a hypothecary action, when those conditions are met, interrupts prescription of the obligation on a hypothecary basis.

- *C.c.Q.* soient respectées, interrompt la prescription sur une base hypothécaire.
- [44] Ces principes sont d'une pertinence accrue lorsqu'il s'agit d'exercer un recours hypothécaire à l'endroit d'une personne qui n'est pas la débitrice de l'obligation principale, situation que le *Code civil* accepte et prévoit. En effet, on y trouve plusieurs scénarios où le débiteur de l'obligation garantie par l'hypothèque et le constituant de l'hypothèque sont deux personnes différentes, qui sont donc engagées différemment. Dans de tels cas, le débiteur est engagé personnellement envers le créancier, et le constituant est engagé hypothécairement, son patrimoine n'en étant pas autrement affecté : voir Pratte (2012), nº 168; Payette, nº 564; voir aussi p. ex. art. 2751, 2757, 2758, 2761 et 2769 *C.c.Q.*
- [45] Puisqu'il est possible que le recours hypothécaire s'exerce à l'endroit d'une personne autre que le débiteur de l'obligation principale, il est d'autant plus clair que c'est le débiteur hypothécaire que l'on cherche à empêcher de prescrire au moyen d'un recours hypothécaire : art. 2892 al. 1 C.c.Q. Celui-ci n'est pas forcément le débiteur de l'obligation principale; il peut être un tiers constituant, un acheteur subséquent ou encore un créancier hypothécaire de second rang ayant exercé la prise en paiement de l'immeuble. Comme je l'ai mentionné plus tôt, dans ce dernier cas, le créancier prend le bien à charge des hypothèques publiées avant la sienne. C'est ainsi dire qu'il se trouve à être engagé propter rem, ou hypothécairement : « À l'égard de ces créanciers hypothécaires [de rang antérieur], le créancier qui a pris en paiement est un tiers détenteur, non tenu personnellement de la dette, mais tenu hypothécairement » (Pratte (2012), nº 577; voir aussi Développements de Normandie inc. c. Delorme, 2004 CanLII 17395 (C.A. Qc), par. 8).
- [46] En résumé, le recours hypothécaire doit être exercé alors que l'obligation garantie n'est pas prescrite. Son exercice est possible si, au moment du dépôt, les conditions des art. 2748 et 2749 *C.c.Q.* sont remplies. Et le dépôt d'un recours hypothécaire, alors que ses conditions sont remplies, interrompt la prescription de l'obligation sur une base hypothécaire.

[47] I turn now to the application of these principles in the present case.

### B. Application

- [48] As I mentioned above, what must be determined in this case is whether, under Quebec law, a motion for forced surrender and taking in payment a purely hypothecary remedy brought against a debtor who is not the original debtor constitutes a separate and independent remedy or a remedy that depends on the continued existence during the proceeding of a claim against the original debtor.
- [49] Some observations are in order with respect to the legal consequences of the parties' actions in this case.
- [50] First of all, when the respondents took the immovable in payment of their claim on the basis of their second hypothec, they became its owners, and Ms. Macht's right of ownership was extinguished: art. 2783 para. 1 *C.C.Q.* From that moment on, TD Bank's hypothecary rights had to be exercised against the respondents as the owners of the immovable, since hypothecary rights are exercised in whatever hands the property lies: art. 2751 *C.C.Q.* The respondents even insisted on this approach in their aggressive intervention.
- [51] The respondents' taking of the immovable in payment had significant legal consequences in this case. It should first be noted that it did not affect TD Bank's rights with respect to the immovable, since the respondents acquired the immovable subject to TD Bank's first hypothec: art. 2783 para. 1 *C.C.Q. a contrario*. The respondents thus became hypothecary debtors who were bound *propter rem*, that is, under a real rather than a personal obligation:

[TRANSLATION] The fate of the *hypothecary* creditors is determined by article 2783 C.C.Q., which provides that a creditor takes the property free of all hypothecs published after his or her hypothec is published. This means that a creditor holding a lower ranking hypothec takes

[47] Je me penche maintenant sur l'application de ces principes dans le présent dossier.

#### B. Application

- [48] Comme je l'ai mentionné plus tôt, nous devons déterminer en l'espèce si, en droit québécois, une requête en délaissement forcé et prise en paiement un recours purement hypothécaire instituée à l'encontre d'un débiteur qui n'est pas le débiteur original constitue un recours autonome distinct ou bien si elle constitue un recours subordonné au maintien pendant l'instance d'une créance à l'égard du débiteur original.
- [49] Certaines observations s'imposent sur les conséquences juridiques des actions des parties dans cette affaire.
- [50] Tout d'abord, lorsque les intimés ont pris l'immeuble en paiement de leur créance sur la base de leur hypothèque de second rang, ils en sont devenus propriétaires et le droit de propriété de Mme Macht s'est éteint : art. 2783 al. 1 *C.c.Q.* À partir de ce moment, puisque les droits hypothécaires s'exercent en quelques mains que le bien se trouve, c'est contre les intimés, à titre de propriétaires de l'immeuble, que les droits hypothécaires de la Banque TD devaient s'exercer : art. 2751 *C.c.Q.* Les intimés ont même insisté sur cette approche dans leur intervention agressive.
- [51] La prise en paiement de l'immeuble par les intimés a eu des conséquences juridiques importantes en l'espèce. Notons tout d'abord qu'elle n'a eu aucune incidence sur les droits de la Banque TD relativement à l'immeuble. En effet, les intimés ont fait l'acquisition de l'immeuble à charge de l'hypothèque de premier rang de la Banque TD : art. 2783 al. 1 *C.c.Q. a contrario*. Les intimés sont ainsi devenus débiteurs hypothécaires, engagés *propter rem*, c'est-à-dire réellement et non personnellement :

Le sort des créanciers *hypothécaires* est réglé par l'article 2783 C.c.Q., qui prescrit que le créancier prend le bien libre des hypothèques publiées après la sienne. C'est donc dire que le créancier détenant une hypothèque de rang inférieur prend le bien à charge des hypothèques de

the property subject to all earlier ranking hypothecs. <u>In</u> relation to those hypothecary creditors, the creditor who has taken in payment is a third party holder who is not bound personally for the debt but is bound hypothecarily. [Underlining added; italics in original; footnotes omitted.]

(Pratte (2012), at No. 577)

The respondents' taking of the immovable in payment therefore gave TD Bank additional debtors, that is, *in rem* debtors that replaced the original debtor on a hypothecary basis. Rather than being bound both personally and hypothecarily toward TD Bank, Ms. Macht was then bound only personally, and the respondents became debtors who were bound hypothecarily.

[52] Thus, without assuming Ms. Macht's personal debt, the respondents were bound hypothecarily for that debt because they had become the owners of the hypothecated property subject to the hypothec published before theirs was published. Ms. Macht was not released from her personal obligation, but the hypothecary obligation was now owed by another party, the respondents. This means that if the respondents wanted to prevent the taking in payment by TD Bank and thus the loss of their right of ownership in the immovable, they had to remedy the default referred to in the prior notice. This outcome is entirely consistent with the fact that a hypothecary remedy is *in addition* to a creditor's personal remedy: art. 2748 para. 1 *C.C.Q.* 

[53] Moreover, it is clear that once Ms. Macht ceased to be the owner of the immovable, the appellant could not seek any hypothecary conclusion against her, since hypothecary rights are exercised in whatever hands the property lies: art. 2751 *C.C.Q.* After the respondents took the immovable in payment, Ms. Macht no longer had any rights in it. The appellant therefore *had* to exercise its hypothecary remedy against the respondents, even if it could — but was not required to — sue Ms. Macht personally. I am of the view that the Court of Appeal disregarded this factual situation in reaching its legal conclusions: para. 34. In my opinion, it decided the case as

rang antérieur. À l'égard de ces créanciers hypothécaires, le créancier qui a pris en paiement est un tiers détenteur, non tenu personnellement de la dette, mais tenu hypothécairement. [Je souligne; en italique dans l'original; notes en bas de page omises.]

(Pratte (2012), n° 577)

Ainsi, la prise en paiement de l'immeuble par les intimés a fait en sorte de procurer à la Banque TD des débiteurs additionnels, c'est-à-dire des débiteurs *in rem* qui remplaçaient la débitrice originale sur le plan hypothécaire. Au lieu d'être tenue à la fois personnellement et hypothécairement envers la Banque TD, Mme Macht n'était désormais tenue que personnellement et les intimés sont devenus des débiteurs tenus hypothécairement.

[52] Ainsi, sans assumer la dette personnelle de Mme Macht, les intimés sont tenus de celle-ci hypothécairement, puisqu'ils sont devenus propriétaires du bien hypothéqué à charge de l'hypothèque publiée avant la leur. Madame Macht n'est pas libérée de son obligation personnelle, mais l'obligation hypothécaire est maintenant due par une autre partie, en l'occurrence, les intimés. Cela signifie que si ces derniers veulent éviter la prise en paiement par la Banque TD et ainsi la perte de leur droit de propriété sur l'immeuble, ils doivent remédier au défaut invoqué dans le préavis. Ce résultat est tout à fait compatible avec le fait que le recours hypothécaire s'ajoute au recours personnel que détient un créancier : art. 2748 al. 1 *C.c.Q.* 

[53] Par ailleurs, force est de constater que dès que Mme Macht n'est plus propriétaire de l'immeuble, l'appelante ne peut rechercher aucune conclusion hypothécaire à son endroit, puisque les droits hypothécaires s'exercent en quelques mains que le bien se trouve : art. 2751 *C.c.Q.* Or, suivant la prise en paiement de l'immeuble par les intimés, Mme Macht ne détient plus aucun droit sur l'immeuble. Ainsi, l'appelante *devait* exercer son recours hypothécaire à l'endroit des intimés, même si elle pouvait — mais n'était pas tenue de — poursuivre Mme Macht personnellement. Je suis d'avis que la Cour d'appel a ignoré cette situation factuelle en tirant ses

if a single person, Ms. Macht, was bound personally and hypothecarily.

[54] When Ms. Macht's new default was recorded, and in light of the respondents' statement in their aggressive intervention that they were "the persons against whom the hypothecary right (forced surrender and taking in payment) can be exercised", TD Bank decided to serve the respondents with a prior notice of the exercise of a hypothecary right: A.R., vol. II, at pp. 95-97. Despite the respondents' admission, there was some debate at trial as to whom the appellant had to serve with that prior notice, because art. 2757 *C.C.Q.* and the commentary of the Minister of Justice on that article suggest two different interpretations:

A creditor intending to exercise a hypothecary right must file a prior notice at the registry office, together with evidence that it has been served on the debtor <u>and</u>, where applicable, on the grantor and on any other person against whom he intends to exercise his right.

The registration of the notice must be notified in accordance with the Book on Publication of Rights.

(art. 2757 C.C.Q.)

[TRANSLATION] This article is based generally on the provisions of articles 1040a, 1979c and 1979i C.C.L.C. A hypothecary creditor wishing to exercise one of his or her rights will first have to give notice to the person against whom the right will be exercised; it may be the debtor, the grantor or another person, since the creditor may exercise his or her rights in whatever hands the property lies (art. 2751). The prior notice must be served and then published. To ensure that interested third persons are informed of the exercise of a hypothecary right, the registrar is bound to notify them of the registration of the prior notice (art. 3017). [Emphasis added.]

(*Commentaires du ministre de la Justice*, at p. 1726; see also Payette, at No. 1690)

conclusions juridiques : par. 34. Selon moi, la Cour d'appel a statué sur le dossier comme si une seule et même personne, c'est-à-dire Mme Macht, était tenue personnellement et hypothécairement.

[54] Lorsque le nouveau défaut de Mme Macht est constaté, et prenant acte de l'affirmation des intimés dans leur intervention agressive suivant laquelle ils sont [TRADUCTION] « les personnes contre qui le droit hypothécaire (délaissement forcé et prise en paiement) peut être exercé », la Banque TD décide de signifier un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire aux intimés : d.a., vol. II, p. 95-97. Malgré l'admission des intimés, une certaine controverse est survenue en première instance concernant la question de savoir à qui l'appelante devait signifier ce préavis. En effet, l'art. 2757 *C.c.Q*. et les commentaires du ministre de la Justice s'y rapportant suggèrent deux interprétations différentes :

Le créancier qui entend exercer un droit hypothécaire doit produire au bureau de la publicité des droits un préavis, accompagné de la preuve de la signification au débiteur et, le cas échéant, au constituant, ainsi qu'à toute autre personne contre laquelle il entend exercer son droit.

L'inscription de ce préavis est dénoncée conformément au livre De la publicité des droits.

(art. 2757 C.c.Q.)

Cet article s'inspire généralement des dispositions des articles 1040a, 1979c et 1979i C.C.B.C. Le créancier hypothécaire qui désire exercer l'un de ses droits devra en aviser, au préalable, celui contre qui il exercera son droit; ce peut être le débiteur, le constituant ou une autre personne, puisque le créancier peut exercer ses droits en quelques mains que le bien se trouve (art. 2751). Le préavis doit être signifié et ensuite publié. Afin que les tiers intéressés soient avisés de l'exercice d'un droit hypothécaire, l'officier de la publicité est tenu de leur dénoncer l'inscription du préavis (art. 3017). [Je souligne.]

(Commentaires du ministre de la Justice, p. 1726; voir aussi Payette, nº 1690)

[55] In light of the commentary of the Minister of Justice, I agree with the trial judge that service on the respondents, the sole owners of the immovable that was the subject of the remedy, was sufficient. This approach also finds support in the academic literature. As Louis Payette explains:

[TRANSLATION] There is some jurisprudence indicating that where the debtor is not or is no longer the owner of the charged property, failure to serve the prior notice on the debtor does not invalidate the subsequent exercise of the remedy as long as the creditor's motion does not seek any conclusion against that debtor. This line of jurisprudence is justified in a situation where no real or personal award can be made against the debtor and where the debtor is not likely to have an interest to assert in the conduct of the sale of the property. [No. 1769]

Professor Pratte adds the following: [TRANSLATION] "The courts have thus far been very flexible about service of a prior notice on a co-debtor or even on the debtor himself or herself, and do not sanction failure to serve in the absence of prejudice": Pratte (2019), at p. 185.

[56] Such comments become all the more meaningful when considered in light of practical reality. TD Bank's choice to serve its prior notice only on the respondents was perfectly logical. As mentioned above, a prior notice indicates an intention to exercise a hypothecary remedy, and in the case at bar, no hypothecary conclusion was — or could be sought against Ms. Macht, since it could not be demanded that she surrender property she no longer owned. Ms. Macht was therefore not prejudiced by not being served with the prior notice. A prior notice is necessary only to exercise a hypothecary remedy, as a personal remedy is not subject to any such formality: Pratte (2012), at No. 487. The criticism that the appellant acted imprudently is therefore unwarranted. Its approach was consistent with the principles of judicial economy and with the Civil *Code*, since it served the prior notice of the exercise of a hypothecary remedy on its *hypothecary* debtors, the persons against whom it intended to exercise its hypothecary rights: see Payette, at No. 1690.

[55] À la lumière des commentaires du ministre de la Justice, je partage l'opinion du juge de première instance selon laquelle la signification aux intimés, seuls propriétaires de l'immeuble visé par le recours, était suffisante. Cette approche trouve d'ailleurs des points d'appui dans la doctrine. Comme l'explique l'auteur Louis Payette :

Suivant une certaine jurisprudence, l'absence de signification du préavis au débiteur, s'il n'a pas ou n'a plus la propriété du bien grevé, n'invalide pas l'exercice subséquent du recours dans la mesure où la requête du créancier ne comporte aucune conclusion contre ce débiteur. Cette jurisprudence se justifie dans la situation où le débiteur n'est passible d'aucune condamnation réelle ou personnelle et n'est pas susceptible d'avoir un intérêt à faire valoir dans la conduite de la vente du bien. [nº 1769]

La professeure Pratte de renchérir : « La jurisprudence, à ce jour, s'est montrée très souple quant à la signification du préavis à un codébiteur ou même au débiteur lui-même et ne sanctionne pas le défaut de signification en l'absence de préjudice » : Pratte (2019), p. 185.

[56] Ces commentaires prennent d'autant plus de sens lorsqu'on les considère sur le plan pratique. Le choix de la Banque TD de signifier son préavis d'exercice aux intimés seulement est tout à fait logique. Rappelons que le préavis d'exercice dénonce l'intention d'exercer un recours hypothécaire et qu'en l'espèce, aucune conclusion hypothécaire n'est recherchée — ni ne peut l'être — à l'endroit de Mme Macht, laquelle ne saurait être sommée de délaisser un bien dont elle n'est plus propriétaire. Madame Macht n'a donc subi aucun préjudice en n'ayant pas reçu signification du préavis d'exercice. Le préavis n'est nécessaire que pour l'exercice d'un recours hypothécaire, le recours personnel n'étant assujetti à aucune telle formalité : Pratte (2012), nº 487. Ainsi, l'imprudence reprochée à l'appelante est injustifiée. Son approche est conforme aux principes d'économie judiciaire et au Code civil dans la mesure où elle signifie le préavis d'exercice d'un recours hypothécaire à ses débiteurs hypothécaires, soit ceux à l'encontre desquels elle entend exercer ses droits hypothécaires : voir Payette, nº 1690.

[57] On October 11, 2012, the period specified in the prior notice of the exercise of a hypothecary remedy having expired, the appellant exercised its hypothecary remedy by filing a motion for forced surrender and taking in payment against the respondents. It is at that time, i.e. at the time the remedy is exercised — not the time of the judgment — that a court must determine whether the general conditions for exercising the remedy are met, since it is at that time that the rights crystallize. On that date, the debtor, Ms. Macht, was in default, the claim was liquid and due and the 60-day period had expired. The personal claim secured by the hypothec was not then prescribed, as the Court of Appeal in fact recognized: para. 29. The appellant therefore exercised its hypothecary remedy in a timely manner.

[58] I think it important to point out here that the judicial application that will constitute a civil interruption of prescription must be served "on the person to be prevented from prescribing": art. 2892 para. 1 C.C.Q. In this case, the respondents were the persons TD Bank sought to prevent from prescribing, namely because they were the only persons against whom it sought hypothecary conclusions. The conclusions sought in a motion for forced surrender and taking in payment are purely hypothecary in nature; no conclusion was sought against Ms. Macht on a personal basis. What interest would Ms. Macht have had in contesting the hypothecary action when she no longer had any interest in the property that was the sole object of that action? To ask the question is to answer it. By serving its motion on the respondents, TD Bank met the requirements of art. 2892 para. 1 C.C.Q. Moreover, there is no denying that the hypothecary loan agreement between TD Bank and Ms. Macht is the source of all the rights in this case: Barakett, at para. 48. The filing of the motion for forced surrender and taking in payment therefore interrupted prescription for the purposes of exercising the hypothecary remedy, which was exercised against the only persons who had an interest as parties to the dispute: art. 2896 C.C.Q.

[59] To summarize, Ms. Macht remained under a personal obligation to TD Bank, while the respondents had a real obligation, that is, a hypothecary obligation, from the time they took the hypothecated

[57] Le 11 octobre 2012, le délai du préavis d'exercice d'un recours hypothécaire s'étant écoulé, l'appelante exerce son recours hypothécaire en déposant une requête en délaissement forcé et prise en paiement à l'encontre des intimés. C'est à ce moment, soit au moment de l'exercice du recours, et non au moment du jugement, que la cour doit se placer pour déterminer si les conditions générales d'exercice sont remplies, puisque c'est à ce moment que les droits sont cristallisés. Or, à cette date, la débitrice est en défaut, la créance est liquide et exigible et le délai de 60 jours est expiré. La créance personnelle que garantit l'hypothèque n'est alors pas prescrite, comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour d'appel : par. 29. L'appelante a donc exercé son recours hypothécaire en temps utile.

[58] Il me semble important de rappeler ici que la demande en justice qui formera une interruption civile de la prescription doit être signifiée « à celui qu'on veut empêcher de prescrire » : art. 2892 al. 1 C.c.Q. Or, ce sont les intimés que la Banque TD veut empêcher de prescrire en l'occurrence, notamment puisque ce sont les seules personnes à l'endroit desquelles elle recherche des conclusions hypothécaires. Les conclusions d'une requête en délaissement forcé et prise en paiement sont de nature purement hypothécaire; il n'y a aucune conclusion recherchée visant Mme Macht sur une base personnelle. Quel aurait été l'intérêt de Mme Macht de contester le recours hypothécaire alors qu'elle n'a plus aucun intérêt dans le bien faisant l'unique objet du recours? Poser la question c'est y répondre. En signifiant sa requête aux intimés, la Banque TD remplit les exigences de l'art. 2892 al. 1 C.c.Q. Par ailleurs, on ne saurait nier que le contrat de prêt hypothécaire entre la Banque TD et Mme Macht est la source de l'ensemble des droits en l'espèce : Barakett, par. 48. Le dépôt de la requête en délaissement forcé et prise en paiement a donc interrompu la prescription pour les fins de l'exercice du recours hypothécaire, lequel est logé à l'endroit des seules personnes ayant un intérêt comme parties au litige : art. 2896 C.c.Q.

[59] Pour résumer, Mme Macht demeurait obligée personnellement envers la Banque TD alors que les intimés étaient obligés réellement, c'est-à-dire hypothécairement, à partir du moment où ils ont pris le

property in payment and became the owners of the immovable subject to TD Bank's first hypothec. The respondents were bound propter rem, as hypothecary debtors, because the hypothecated property was in their hands. At the time TD Bank filed its hypothecary action, all of the applicable conditions were met: the 60-day period following the registration of its prior notice had expired, its claim was liquid and due, and the debtor, Ms. Macht, was in default. The appellant therefore exercised its hypothecary remedy in a timely manner. It opted to exercise a hypothecary remedy and was not required to bring a personal action as well in order to interrupt prescription: Pratte (2012), at No. 487. By filing and serving its hypothecary action, the appellant interrupted prescription in relation to its hypothecary debtors, the respondents.

[60] In my view, and with respect, the Court of Appeal erred in concluding that the filing of the appellant's action did not interrupt prescription. As I explained above, a court must look to the time when a creditor exercised his or her hypothecary remedy — not the time of the judgment — to determine whether prescription has been acquired and whether the applicable conditions are met: arts. 2748 and 2749 *C.C.Q.* In this case, the appellant exercised its hypothecary remedy in a timely manner, while the personal claim against Ms. Macht was not prescribed.

[61] Given my conclusion on the first issue, I need not consider the appellant's arguments on the impact of the delay caused by the judicial system on its rights. I therefore do not propose to do so.

#### V. Conclusion

[62] I would accordingly allow the appeal with costs throughout. I would order the respondents to surrender the immovable, and I would declare the appellant the owner of the immovable.

Appeal dismissed with costs, Côté J. dissenting.

bien hypothéqué en paiement et sont devenus propriétaires de l'immeuble à charge de l'hypothèque de premier rang de la Banque TD. Ces derniers sont engagés propter rem, comme débiteurs hypothécaires puisque c'est entre leurs mains que se trouve le bien hypothéqué. Au moment où la Banque TD dépose son recours hypothécaire, toutes les conditions pour son exercice sont remplies : le délai de 60 jours suivant l'inscription de son préavis est expiré, sa créance est liquide et exigible et la débitrice est en défaut. Ainsi, l'appelante a fait valoir son recours hypothécaire en temps utile. L'appelante a opté pour l'exercice d'un recours hypothécaire et n'était pas tenue d'exercer une action personnelle également pour interrompre la prescription : Pratte (2012), nº 487. En déposant et en signifiant son recours hypothécaire, l'appelante a interrompu la prescription à l'égard de ses débiteurs hypothécaires, les intimés.

[60] À mon avis, et avec égards, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le dépôt du recours de l'appelante n'a pas interrompu la prescription. Tel que je l'explique plus haut, le tribunal doit se placer au moment où le créancier exerce son recours hypothécaire, et non au moment du jugement, afin de déterminer si la prescription est acquise et si les conditions d'exercice sont remplies : art. 2748 et 2749 *C.c.Q.* En l'espèce, l'appelante a intenté son recours hypothécaire en temps utile, alors que la créance personnelle de Mme Macht n'était pas prescrite.

[61] Étant donné ma conclusion à l'égard de la première question, il ne m'est pas nécessaire de considérer les arguments de l'appelante à l'égard de l'impact des délais occasionnés par le système judiciaire sur ses droits. Je propose donc de ne pas m'y pencher.

#### V. Conclusion

[62] J'accueillerais donc l'appel avec dépens devant toutes les cours. J'ordonnerais aux intimés de délaisser l'immeuble et je déclarerais l'appelante propriétaire de l'immeuble.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge Côté est dissidente. Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Montreal; Savoie & Savoie, Repentigny, Que.

Solicitors for the respondents: Carrière Berthiaume, Gatineau, Que.

Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Montréal; Savoie & Savoie, Repentigny (Qc).

Procureurs des intimés : Carrière Berthiaume, Gatineau (Qc).