**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Banque Toronto-Dominion *c.* Young,  2020 CSC 15, [2020] 2 R.C.S. 90 | **Appel entendu et jugement rendu :** 7 novembre 2019  **Motifs de jugement :** 19 juin 2020  **Dossier :** 38242 |

**Entre :**

**Banque Toronto-Dominion**

Appelante

et

**Harold Young et Robert Young**

Intimés

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement conjoints :**  (par. 1 à 2) | Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer |
| **Motifs dissidents :**  (par. 3 à 62) | La juge Côté |

Banque Toronto‑Dominion Appelante

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 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 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.

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*, 2e 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*, 5e 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 des droits et droit international privé*, Montréal, Yvon Blais, 2019, 179.

Pratte, Denise. *Priorités et hypothèques*, 3e 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

1. 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 d’une créance à l’égard du débiteur original? Telle est la question qui occupe la Cour dans la présente affaire.
2. 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.
3. Faits
4. 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.
5. 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.
6. 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.*
7. 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.
8. 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.
9. 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.
10. 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.
11. 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]

4. La défenderesse Linda Macht ayant été contrainte par voie judiciaire de délaisser l’immeuble décrit ci-dessus 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.

1. 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.
2. 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 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.
3. Jugements des instances inférieures
   1. Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 838 (le juge Goulet)
4. 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).
5. 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.
6. 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 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.
7. 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.
   1. Cour d’appel du Québec, 2018 QCCA 810 (les juges Bich et Savard et le juge Emery (ad hoc))
8. 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.
9. 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 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.
10. Questions en litige
11. Les parties soumettent les questions en litige suivantes :

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?

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)

1. Analyse
   1. Principes applicables
2. 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* (3e éd. 2012), no 9. Comme l’indique le professeur Pierre‑Claude Lafond, « [u]n droit réel 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* (2e éd. 2007), no 422 (en italique dans l’original).
3. 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 Québec2019-2020, vol. 7, *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé* (2019), 179, p. 184.
4. 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 l’art. 2925 *C.c.Q.*
5. 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), no 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* (5e éd. 2015), no 1627.
6. Le *Code civil* prévoit la gamme des recours hypothécaires dont dispose le créancier, en plus du recours personnel :

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, 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.

1. 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 » : no 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, « [l]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 d’une hypothèque ne force pas le créancier à exercer un recours hypothécaire : Pratte (2012), no 487.
2. 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), no 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.
3. 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.
4. 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), no 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), no 557; Payette, no 1901. On parle donc véritablement d’un transfert de la propriété du bien, qui sort du patrimoine du débiteur pour être transféré dans celui du créancier qui en devient propriétaire : Pratte (2012), no 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.*
5. 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.]

1. 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 considérations d’ordre stratégique sont du ressort du créancier et non du tribunal.
2. 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 « [l]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.

1. Le *Code civil* prévoit que certaines conditions doivent être remplies et certaines mesures préalables accomplies pour l’exercice du recours hypothécaire 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.
2. 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.
3. 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, 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.

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

1. 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.
2. 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)

1. 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 :

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.

1. 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 ».

1. 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 :

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.

1. 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.
2. 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 *C.c.Q.* soient respectées, interrompt la prescription sur une base hypothécaire.
3. 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.*
4. 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 deprescrire 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).
5. 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.
6. Je me penche maintenant sur l’application de ces principes dans le présent dossier.
   1. Application
7. 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.
8. Certaines observations s’imposent sur les conséquences juridiques des actions des parties dans cette affaire.
9. 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.
10. 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 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), no 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.

1. 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.*
2. 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 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.
3. 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 1040*a*, 1979*c* et 1979*i* 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)

1. 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.

1. 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.
2. 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.
3. 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.*
4. 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 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.
5. 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.
6. 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.
7. Conclusion
8. 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.*

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

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