

DROIT DES SÛRETÉS

Philippe BÉLANGER

La portée des modifications apportées aux articles 2667 et 2762 du *Code civil du Québec*: Quels sont les frais qui ne peuvent plus être garantis par hypothèque?

Introduction

«S'il doit exercer ses recours, un prêteur hypothécaire ne peut jamais être payé intégralement au Québec». Telle est la triste conclusion que tirent certains juristes¹ depuis l'adoption, le 13 juin 2002, du Projet de loi 50 visant notamment à modifier, de nouveau, le *Code civil du Québec* («C.c.Q.»).

Malgré certaines représentations pour le moins vigoureuses qui lui furent faites par le Barreau et par certains autres organismes², le législateur québécois a en effet choisi d'amender les articles 2667 et 2762 C.c.Q. afin de faire en sorte que les honoraires extrajudiciai-

res engagés par le titulaire de l'hypothèque ne constituent plus, à toutes fins utiles, une créance pouvant être garantie hypothécairement.

Comme on le verra, ces modifications visent à renverser un courant jurisprudentiel dominant suivant lequel le créancier hypothécaire est en droit d'inclure à sa créance hypothécaire les «frais engagés» dont les honoraires extrajudiciaires d'avocat qui ont été engagés, c'est-à-dire les honoraires convenus avec le client plutôt que ceux prévus par le tarif.

Malheureusement, comme on le verra également, les modifications apportées aux articles 2667 et

1. Je dois cette citation à notre confrère, M^e Max Mendelsohn, et j'espère ne pas avoir trahi sa pensée. J'en profite pour le remercier de m'avoir fait part de ses observations quant à la portée des modifications apportées. Je remercie également mes collègues, Michel Deschamps, Antoine Leduc, Philippe Levasseur et Marie-Christine Demers, pour leur aide indispensable.
2. L'Association des banquiers canadiens, «Commentaires sur le projet de loi n^o 50: Loi modifiant le Code civil» (mars et avril 2002) [non publié], l'Association de la construction du Québec, «Commentaires de l'Association de la construction du Québec concernant le projet de loi 50, Loi modifiant le Code civil» (mars et avril 2002) [non publié], Regroupement des gestionnaires de copropriété du Québec, «Projet de loi n^o 50, Loi modifiant le Code civil, commentaires du Regroupement des gestionnaires de copropriété du Québec» (mars et avril 2002) [non publié]. Étrangement, la Chambre des notaires ne s'est pas opposée aux modifications suggérées; voir: Chambre des notaires du Québec, «Projet de loi n^o 50: Loi modifiant le Code civil» (mars et avril 2002) [non publié],

2762 C.c.Q. sont rédigés de bien piètre façon et soulèveront beaucoup plus de problèmes qu'ils n'en règlent.

Il est en effet difficile de déterminer si le législateur québécois a voulu que tous les frais de professionnels retenus par le créancier ne puissent être inclus à la créance hypothécaire ou s'il a plutôt voulu faire en sorte que seuls les honoraires et débours taxables des avocats du créancier hypothécaire soient garantis hypothécairement.

Dans les lignes qui suivent, je tenterai de cerner les diverses interrogations découlant de ces modifications et de suggérer certaines solutions aux problèmes pratiques de taille qui seront sûrement soumis aux tribunaux québécois.

Afin de bien comprendre la portée des changements apportés par les modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q., il importe tout d'abord de faire un survol de l'état du droit sur cette question sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.C.») (partie 1) et sous l'empire du *Code civil du Québec* avant les modifications apportées (partie 2). J'aborderai ensuite la portée des modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. (partie 3) à la lumière de l'intention exprimée par le législateur dans le cadre des travaux préparatoires et débats parlementaires ayant mené aux modifications (partie 4). Enfin, avant de conclure, il y aura lieu de s'interroger quant aux principes de

droit transitoire relatif aux modifications apportées (partie 5).

1. Les frais engagés sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*

Lors de l'adoption du Projet de loi 50, le ministre de la Justice, M. Paul Bégin, a affirmé³ à de nombreuses reprises que les modifications apportées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. visent à faire en sorte que l'on revienne à la règle générale en vigueur sous le C.c.B.C. suivant laquelle le créancier hypothécaire ne pouvait réclamer, à titre de créance garantie hypothécairement, les honoraires extrajudiciaires déboursés dans l'exercice de ses droits hypothécaires.

Au C.c.B.C., la question des frais était traitée au troisième alinéa de l'article 2017 qui se lisait comme suit:

Elle [l'hypothèque] assure outre le principal les intérêts qu'il produit, sous les restrictions portées au titre de l'Enregistrement des droits réels, *et tous les frais encourus*. [Notre italique]

Or, la doctrine et la jurisprudence ont interprété cette disposition comme permettant au créancier hypothécaire de réclamer tous les frais engagés pour le recouvrement de sa créance, incluant, par exemple, les frais d'action et les frais de saisie du créancier hypothécaire⁴. Ces frais étaient garantis par l'hypothèque selon le libellé même du troisième alinéa de l'article 2017 C.c.B.C.

3. Voir plus loin à la Partie 4

4. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1987, à la p. 284; *Forget dit Dépatie c. Savard*, (1922) 60 C.S. 220; *Lévis Autos (1971) Ltée c. Bolduc et La Laurentienne, Cie mutuelle d'assurance*, [1977] C.S. 562.

De plus, le créancier hypothécaire bénéficiait des privilèges mobiliers ou immobiliers concernant les frais de justice, prévus aux articles 1994 et 2009 C.c.B.C., qui lui permettaient d'obtenir paiement par préférence des frais engagés pour obtenir jugement sur son action hypothécaire ou personnelle hypothécaire. Enfin, il semblerait que les frais engagés pour la conservation du bien n'étaient garantis que dans le cas du gage, aux termes de l'article 1973 C.c.B.C.⁵.

Louis Payette résume l'état du droit sous le C.c.B.C. en ces termes:

Sous le Code civil du Bas Canada, le privilège pour frais de justice, mobilier (art. 1994 C.c.B.C.) ou immobilier (art. 2009 C.c.B.C.), dont bénéficiait le créancier hypothécaire, lui donnait droit au paiement par préférence des frais encourus pour obtenir jugement sur son action hypothécaire ou personnelle-hypothécaire. L'article 2017 C.c.B.C. énonçait par ailleurs que l'hypothèque garantissait les «frais encourus», ce qui visait les autres frais encourus pour parvenir au paiement de la créance. Dans tous les cas, *en l'absence de convention*, il ne s'agissait que des frais judiciaires taxables: on ne reconnaissait pas au créancier hypothécaire des droits plus étendus que ceux de toute partie victorieuse à un litige qui, suivant les articles 477 et 480 C.p.c. ne peut obtenir condamnation de l'autre qu'à l'égard des frais taxables. Cependant, le créancier hypothécaire qui percevait les loyers en

vertu d'une clause de transport de loyer (à cette époque, il ne s'agissait pas là d'hypothèque) avait le droit, lors de la reddition de compte, de déduire les dépenses encourues durant sa gestion.⁶ [notre italique]

Tel qu'on peut le constater, sous l'ancien Code, le créancier hypothécaire ne pouvait probablement pas réclamer, à titre de créance hypothécaire, les honoraires et frais judiciaires autres que ceux qui avaient été dûment taxés; ceci étant, le créancier hypothécaire pouvait valablement ajouter à sa créance hypothécaire certains frais qualifiés d'extrajudiciaires, à titre d'exemple, les dépenses occasionnées dans la gestion d'un immeuble lors de l'exercice par le créancier d'une clause de transport de loyers⁷. En toute déférence, il est donc erroné de prétendre, comme l'a fait le ministre de la Justice lors de l'étude du Projet de loi 50, que le droit antérieur ne permettait pas au créancier hypothécaire de réclamer, par le truchement de son hypothèque, l'ensemble des honoraires ou frais extrajudiciaires engagés par le créancier hypothécaire.

2. Les frais engagés sous l'empire du Code civil du Québec suivant la jurisprudence développée depuis 1994

Avant l'entrée en vigueur du Projet de loi 50, le 13 juin 2002, un courant jurisprudentiel majori-

5. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, aux p. 286-287, 289, nos 709 et 712.

6. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1991, aux p. 286-287, n° 709 (note 889).

7. Voir: *Biron c. Cicchino*, [1998] R.D.I. 573 (C.S.).

taire, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel du Québec⁸, voulait que les notions de «frais légitimes engagés» et de «frais engagés», édictées aux articles 2667, 2761 et 2762 du Code civil, comprennent les frais engagés pour le recouvrement de la créance, les honoraires judiciaires et les honoraires extrajudiciaires engagés par le créancier pour la sauvegarde de ses droits et la réalisation de sa sûreté, ainsi que les frais engagés pour conserver le bien grevé⁹. Un courant jurisprudentiel minoritaire limitait ces frais, en dehors de ceux engagés pour conserver le bien grevé, aux seuls honoraires judiciaires prévus, en outre, au *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 13 (le «Tarif»)¹⁰.

Les frais doivent donc être engagés dans le cadre du recouvrement de la créance; les frais de préparation d'actes d'hypothèques ne sont pas, selon une jurisprudence ancienne, couverts par l'hypothèque¹¹. En effet, les frais engagés à l'occasion de l'hypothèque, mais non pour parvenir au paiement de la créance hypothécaire, ne sont pas couverts par l'hypothèque. Ce raisonnement, fondé sur le libellé de l'article 2017 C.c.B.C., s'applique toujours au libellé de l'article 2667 C.c.Q. qui, au demeurant, est plus précis, édictant que l'hypothèque ne sert à garantir que les «frais légitimement engagés pour recouvrer le capital et l'intérêt».

Après l'entrée en vigueur du C.c.Q., les tribunaux ont précisé

8. *164618 Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.) (ci-après «Montréal Trust»). Voir aussi, notamment: *Robitaille c. Mackay*, [1995] R.D.I. 522 (C.S.); *2866-0884 Québec inc. c. Doyon*, [1996] R.D.I. 215 (C.S.); *Banque de Montréal c. Plourde*, [1996] R.D.I. 250 (C.S.); *Banque Hongkong du Canada c. Conner*, [1996] R.D.I. 245 (C.S.); *Syndicat des copropriétaires de L.O. Grothe c. 2641-4672 Québec inc.*, [1996] R.J.Q. 497 (C.Q.); *Barakaric c. Caisse populaire St-Norbert de Chomedey*, [1997] R.J.Q. 1031 (C.S.); *P.G. Productions inc. c. Intégral Vidéo inc.*, [1996] R.J.Q. 675 (C.S.); *Distribution Toiture mauricienne inc. c. Développement Élégantes Rive-Nord inc.*, J.E. 98-423 (C.Q.); *Société d'hypothèque C.I.B.C. c. Ducharme*, [1998] R.D.I. 663 (C.S.); *Sœurs du Bon-Pasteur de Québec c. Banque Commerciale Italienne du Canada*, J.E. 99-2120 (C.A.), [1998] R.J.Q. 115 (C.S.); *Caisse populaire Gatineau c. Talbot*, [1999] R.D.I. 287 (C.S.); *Plomberie Pierre Lacoste inc. c. 2756-8708 Québec inc.*, J.E. 99-753 (C.S.).
9. Voir P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, à la p. 427, n^o 4.31; L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, aux p. 284-293, n^{os} 705-720; D. PRATTE, «Priorités et hypothèques», dans *Contrats, prescription, sûretés et publicité des droits: Collection de droit 2001-2002*, vol. 6, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, aux p. 139-140.
10. *Roberge c. Caisse populaire Desjardins Sainte-Rose de Laval*, [1995] R.D.I. 497 (C.S.); *Sico inc. c. Entreprises Solis Viera inc.*, [1998] R.D.I. 332 (C.Q.); *2950-8173 Québec inc. c. Investissements Ambassador inc.*, [1999] R.J.Q. 1399 (C.S.); *Paquet-Lebel c. Daigneault*, [1999] R.J.Q. 1439 (C.S.); *BT-PR Realty Holdings inc. c. Place Fortier, société en commandite*, J.E. 98-1042 (C.S.); *Résidences Beaconsfield c. Gazdar*, J.E. 97-563 (C.Q.).
11. *Forget dit Dépatie c. Savard*, (1922) 60 C.S. 220. À notre connaissance, cette décision n'a pas été contredite par la suite. Ces frais soulèvent moins de problèmes pratiques puisqu'ils sont généralement acquittés par le débiteur hypothécaire lors de l'octroi des crédits alors qu'il n'est pas envisagé de recouvrer la créance.

les paramètres des frais qu'un créancier hypothécaire peut réclamer au chapitre des «frais engagés». Ainsi, les tribunaux jouissent d'une certaine discrétion dans l'appréciation qu'ils ont des frais qui peuvent être réclamés, suivant les circonstances propres à chaque cas. Par exemple, M. le juge Louis Crête, dans l'affaire *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Ducharme*¹², s'exprime comme suit:

[...] Il ne fait pas de doute dans l'esprit du Tribunal qu'un créancier hypothécaire ne pourrait pas, au motif que son débiteur est en défaut, lui monter un compte injustifiable et le lui réclamer au simple motif qu'il s'agit de frais qu'il a engagés. Le droit du créancier de récupérer les frais engagés n'est pas une licence à charger au débiteur tout ce qu'on peut vouloir prétendre. Le Tribunal jouit ici à cet égard d'une certaine discrétion dans l'évaluation de ce qui peut avoir été légitime en termes de frais engagés.

Dans le dossier qui nous occupe, le témoignage de l'avocat responsable au dossier, M^e Stéphane Teasdale, nous apprend qu'environ 700 \$ apparaissent au compte en rapport avec le premier préavis d'exercice d'un droit hypothécaire, préavis auquel la CIBC n'a pas donné suite, vu l'entente intervenue quant au paiement des taxes apparemment en souffrance. Il ne saurait donc pas être question ici de tenter de récupérer cette somme, qui n'est pas directement reliée à la requête en prise en paiement dont le Tribunal est saisi présentement, et ce, même si la CIBC a sûrement dû payer ses avocats pour les frais engagés à ce chapitre là.

Il faudra aussi déduire tout le temps passé, et chargé au client, pour ce qui est des représentations faites par Pouliot Mercure sur l'exception déclinatoire de M. Ducharme. De toute évidence, même si cela convenait bien à la CIBC et à Pouliot Mercure d'intenter le recours dans le district de Montréal, c'est tout de même le district d'Iberville qui avait compétence exclusive sur la matière, vu l'emplacement du bien hypothéqué et le lieu du contrat. Des procédures intentées n'auraient jamais dû l'être à Montréal et M. Ducharme n'a pas à subir les coûts reliés à l'erreur de la demanderesse à ce chapitre.

On note que les frais engagés qu'un créancier peut réclamer doivent non seulement être liés à l'exercice d'un recours hypothécaire qui fait l'objet d'une instance précise, mais qu'en plus, les «erreurs» dont serait responsable le créancier à ce chapitre ne peuvent être imputées au débiteur hypothécaire.

Cette décision du tribunal vaut pour tous types de frais engagés par le créancier et qui sont l'objet d'une réclamation à l'endroit du débiteur, incluant les frais liés à la conservation du bien (voir à ce sujet la décision de la Cour d'appel rendue dans l'affaire *Montréal Trust*, à la p. 2702).

De surcroît, la Cour d'appel a déjà estimé qu'en certaines circonstances, les honoraires judiciaires engagés par un créancier dans l'exercice de ses recours, bien qu'étant naturellement couverts par l'expression «frais engagés», ne pouvaient être réclamés du débi-

12. [1998] R.D.I. 663, 666 (C.S.).

teur, en raison de l'importance des honoraires extrajudiciaires réclamés¹³.

Enfin, on s'est demandé s'il était nécessaire qu'une clause prévoie, au contrat ou à l'acte d'hypothèque, que les frais engagés, incluant les honoraires extrajudiciaires et professionnels, soient à la charge du débiteur, pour que de tels frais soient garan-

tis hypothécairement. À ce sujet, jurisprudence et doctrine se sont montrées partagées¹⁴.

3. Les modifications apportées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q.

Afin de bien identifier les modifications apportées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q., il convient de reproduire ces dispositions en parallèle à leurs versions antérieures:

<p>Art. 2667</p> <p>L'hypothèque garantit, outre le capital, les intérêts qu'il produit et les frais légitimement engagés pour les recouvrer ou pour conserver le bien grevé.</p>	<p>Art. 2667 tel que modifié:</p> <p>L'hypothèque garantit, outre le capital, les intérêts qu'il produit et les frais, <i>autres que les honoraires extrajudiciaires</i>, légitimement engagés pour les recouvrer ou pour conserver le bien grevé.</p>	<p>Art. 2762</p> <p>Le créancier qui a donné un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire n'a le droit d'exiger du débiteur aucune indemnité autre que les intérêts échus et les frais engagés.</p>	<p>Art. 2762, tel que modifié:</p> <p>Le créancier qui a donné un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire n'a le droit d'exiger du débiteur aucune indemnité autre que les intérêts échus et les frais engagés.</p> <p><i>Nonobstant toute stipulation contraire, les frais engagés excluent les honoraires extrajudiciaires dus par le créancier pour des services professionnels qu'il a requis pour recouvrer le capital et les intérêts garantis par l'hypothèque ou pour conserver le bien grevé.</i></p>
--	---	---	--

13. Voir *Sœurs du Bon Pasteur de Québec c. Banque Commerciale du Canada*, J.E. 99-2120 (C.A.); voir aussi la décision rendue dans l'affaire *Plomberie Pierre Lacoste inc. c. 2756-8708 Québec inc.*, J.E. 99-753 (C.S.).

14. Autorités en faveur de la nécessité d'une stipulation à l'acte d'hypothèque: 2950-8173 *Québec inc. c. Investissements Ambassador inc.*, [1999] R.J.Q. 1399 (C.S.); *Paquet-Lebel c. Daigneault*, [1999] R.J.Q. 1439 (C.S.); autorités n'exigeant pas une stipulation à l'acte d'hypothèque: *Banque de Montréal c. Plourde*, [1996] R.D.I. 250 (C.S.); 2866-0884 *Québec inc. c. Doyon*, [1996] R.D.I. 215 (C.S.); P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, à la p. 427, n^o 4.31.

L'on constate que le législateur québécois a voulu traiter de la question des honoraires extrajudiciaires sous deux angles différents: ces frais ne peuvent être garantis hypothécairement et ne peuvent, au surplus, être réclamés par le créancier ayant signifié un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire¹⁵.

À la seule lecture de l'article 2667 C.c.Q., l'on comprend que l'hypothèque ne peut désormais garantir, à titre de frais, les «honoraires extrajudiciaires» qui ont été engagés par le créancier hypothécaire pour recouvrer sa créance ou encore pour conserver le bien grevé.

D'entrée, il faut souligner que cette disposition fait en sorte que les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être ajoutés à la créance hypothécaire; elle n'empêche aucunement que le débiteur hypothécaire soit par ailleurs personnellement tenu, par convention, au remboursement des honoraires en question.

Ceci étant, quels sont donc les «honoraires extrajudiciaires» ne pouvant plus, selon le législateur québécois, être inclus à la créance hypothécaire?

En limitant notre seule lecture à l'article 2667 C.c.Q. et en interprétant les termes «honoraires extrajudiciaires» à la lumière de la législation québécoise *in pari*

*materia*¹⁶, l'on conclura sans peine qu'il ne s'agit que des honoraires dus à l'avocat du créancier hypothécaire chargé d'agir en vue du recouvrement de la créance hypothécaire ou en vue de la conservation du bien grevé par hypothèque.

En effet, les termes «honoraires extrajudiciaires» ou «frais extrajudiciaires» sont des termes utilisés par le législateur québécois pour référer à des honoraires d'avocat, tant à la *Loi sur le Barreau*¹⁷ qu'au Code de déontologie des avocats¹⁸. À titre d'exemple, la notion de «frais extrajudiciaires» est définie comme suit à la *Loi sur le Barreau*:

[...] frais extrajudiciaire: les honoraires ou frais, qu'un avocat peut exiger pour des services professionnels ou en sus des frais judiciaires et qui découlent de l'exercice de la profession d'avocat

Les services justifiant ce que notre législateur qualifie d'«honoraires extrajudiciaires» sont énumérés à l'article 126.1 de la *Loi sur le Barreau* qui se lit comme suit:

Les services justifiant des honoraires extrajudiciaires comprennent, entre autres, les vacations, les voyages, les avis, les consultations écrites et verbales, l'examen, la préparation, la rédaction, l'envoi, la remise de tout document, procédure ou dossier et généralement tous autres services requis d'un avocat.

15. L'on peut penser qu'à plusieurs égards, la modification apportée à l'article 2762 C.c.Q. n'était pas nécessaire; si l'on conclut en effet que les honoraires extrajudiciaires ne peuvent être garantis par hypothèque, comment pourraient-ils être réclamés par celui qui exerce ses droits en vertu de cette même hypothèque?

16. Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, aux p. 434 à 440.

17. L.R.Q., c. B-1, art. 126.

18. R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 4.02.01(x).

Une lecture conjointe des articles 2667 et 2762 C.c.Q. soulève cependant des interrogations. En effet, en tenant pour acquise la cohérence du législateur dans son utilisation des termes «honoraires extrajudiciaires» aux articles 2667 et 2762 C.c.Q., il faut vraisemblablement que ces termes aient une portée identique aux deux dispositions.

D'ailleurs, avant l'entrée en vigueur du Projet de loi 50, les tribunaux québécois¹⁹ ont déjà conclu que les «frais engagés» auxquels il est fait référence à l'article 2667 C.c.Q. sont les mêmes que ceux énoncés aux articles 2761 et 2762 C.c.Q.

Or, à l'article 2762 C.c.Q., le législateur québécois précise que le créancier hypothécaire ne peut exiger que lui soient versés «les honoraires extrajudiciaires dus par le créancier pour des services professionnels qu'il a requis [...] et ce, nonobstant toute stipulation contraire».

L'utilisation des termes «nonobstant toute stipulation contraire» nous mène à conclure que la règle exprimée à l'article 2762 C.c.Q. est d'ordre public et ne peut donc être écartée contractuellement²⁰. Même si les termes «nonobstant toute stipulation contraire» ne sont pas utilisés à l'article 2667 C.c.Q., il est probable que les tribunaux concluent que la règle exprimée à l'article 2667

C.c.Q. est également d'ordre public: les clauses contractuelles visant à garantir hypothécairement le paiement des honoraires extrajudiciaires sont donc vraisemblablement inopposables au débiteur hypothécaire et, le cas échéant, aux autres créanciers, hypothécaires ou non, de ce débiteur hypothécaire.

L'on note par ailleurs que la notion d'«honoraires extrajudiciaires» semble beaucoup plus large à l'article 2762 C.c.Q. puisqu'elle y est liée à la notion de «services professionnels», laissant entendre que les frais engagés par le créancier auprès de professionnels autres que des avocats ne pourraient être inclus à la créance hypothécaire.

La portée des termes «services professionnels» utilisés à l'article 2762 C.c.Q. revêt une importance capitale lorsque l'on garde à l'esprit, comme le souligne avec justesse Louis Payette, qu'en vue du recouvrement de sa créance hypothécaire, le créancier engage fréquemment des frais autres que des honoraires d'avocats:

Sous le *Code civil du Québec*, plusieurs droits ou recours s'exercent extrajudiciairement, lorsqu'il n'y a pas contestation de la part du débiteur. Le créancier peut percevoir les loyers hypothéqués ou, plus généralement, les créances hypothéquées; il peut, sur délaissement volontaire, exercer le droit de prendre possession pour fins d'administration ou encore celui de

19. Voir L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2001, p. 287 à 288, n^o 709, et p. 744 à 745, n^o 1705.

20. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent clairement qu'une disposition s'appliquant «nonobstant toute disposition contraire» contient une règle d'ordre public; voir à cet effet: *Interprétation des lois*, P.A. Côté (3^e édition), p. 288 à 292.

prendre en paiement ou de vendre lui-même le bien, avec le statut, jusqu'à ce que la vente ait lieu, de «simple administrateur du bien d'autrui». Dans tous ces cas il ne saisit le tribunal d'aucune requête; dans tous ces cas il n'y a pas de «frais judiciaires» mais il a des «frais engagés», que le Code déclare garantis par l'hypothèque;²¹

Le législateur québécois a-t-il voulu faire en sorte que le créancier hypothécaire ne puisse réclamer hypothécairement les honoraires payés à une firme d'architectes en vue de la réfection d'un immeuble hypothéqué souffrant de vices de construction? À une firme de comptables chargée de conseiller le créancier dans l'exercice de ses droits? À un mandataire chargé de percevoir les loyers pour et au nom du créancier hypothécaire?

Pour répondre à ces questions, il faut examiner de plus près et scruter l'intention exprimée par le législateur québécois lorsqu'il a adopté le Projet de loi 50. L'on étudiera donc ci-après certains extraits des débats parlementaires ainsi que certains propos tenus lors des consultations relatives au Projet de loi 50 afin de tenter de cerner la volonté de notre législateur.

4. L'INTENTION EXPRIMÉE DU LÉGISLATEUR

On reconnaît en droit civil québécois que l'on puisse avoir recours aux discours tenus à

l'Assemblée nationale et aux propos tenus en commission parlementaire ou dans le cadre de travaux préparatoires afin d'identifier l'intention du législateur²².

Or, en mars 2002, dans le cadre d'une commission parlementaire portant sur le Projet de loi 50, le ministre Paul Bégin a expliqué les motifs des modifications suggérées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q.:

Je voudrais cependant vous rappeler que, sous l'empire du Code civil du Bas-Canada, les créanciers hypothécaires étaient autorisés à réclamer «tous les frais encourus» sans pourtant que ces frais aient été considérés comme couvrant les honoraires extrajudiciaires déboursés pour des services professionnels. Mais la jurisprudence considère aujourd'hui que le créancier hypothécaire a droit à ces honoraires parce que le nouveau Code civil, plutôt que de maintenir l'anglicisme «frais encourus» de l'ancien Code, parle maintenant de «frais engagés» ou de «frais légitimement engagés». Or, cette simple reformulation des textes du Code, dictée uniquement par la justesse de la langue, ne peut, à mon avis, justifier le changement de fond qu'y a vu la jurisprudence, surtout que l'interprétation donnée entraîne, M. le Président, une disparité de traitement qui m'apparaît non souhaitable entre les créanciers ordinaires

21. L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Éditions Yvon Blais, p. 287-288

22. Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 552; *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprise Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, 311; *Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 883-885; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1989] 1 R.C.S. 27, 45 et 46; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

et les créanciers hypothécaires, puisque seuls ces derniers se voient présentement conférer le droit de réclamer ces honoraires professionnels.²³

Lors de l'adoption du Projet de loi 50, le ministre Paul Bégin a mentionné que les modifications proposées visent en fait à mettre un terme à une situation inéquitable résultant des interprétations jurisprudentielles données à la notion de «frais engagés»; l'inéquité résulterait du fait que le débiteur hypothécaire qui réussit à faire rejeter le recours hypothécaire qu'il a dû défendre n'a pas le droit, contrairement au créancier hypothécaire, de réclamer du créancier les honoraires qu'il a dû engager pour sa défense sur une base «avocat-client».

Le ministre s'est exprimé en ces termes à ce sujet:

En matière d'hypothèque, le projet de loi propose des précisions qui témoignent d'un même souci de mettre un terme à une situation inéquitable découlant de l'interprétation jurisprudentielle afin qu'il soit clair que le créancier hypothécaire ne puisse réclamer de son débiteur en défaut les honoraires professionnels qu'il a dû déboursier à cette fin, alors que le débiteur poursuivi ne bénéficie pas du même avantage advenant qu'il ait gain de cause. *Cette mesure correspond à la règle de l'ancien Code civil* qui autorisait le créancier hypothécaire à réclamer tous les frais encourus sans pourtant que ces frais aient été

considérés comme couvrant les honoraires extrajudiciaires déboursés pour des services professionnels. *Elle correspond également à la règle générale qui veut que chaque partie supporte les honoraires de son avocat à moins de décision contraire du juge.*²⁴

Les propos du ministre Bégin furent appuyés par l'opposition officielle, madame Michèle Lamquin-Éthier, porte-parole de l'opposition officielle en matière de justice, s'étant exprimée ainsi:

Est-ce que les honoraires extrajudiciaires sont ou non compris dans «frais légitimement engagés»? Alors, il y a eu un arrêt de la Cour d'appel qui est venu, semble-t-il dire que oui, et cet arrêt-là a été repris dans d'autres jugements par la Cour supérieure. Ça créait véritablement un problème. L'interprétation semblait contraire à l'intention véritable du législateur lorsqu'il a promulgué les articles 10 et 11. Donc, la modification vient donc remédier, contrer une tendance jurisprudentielle qui est observable, parce que plusieurs jugements de la Cour supérieure l'ont repris, l'interprétation étant contraire à l'intention véritable du législateur.²⁵

Outre les commentaires du ministre et de l'opposition officielle reproduits ci-hauts, une lecture attentive de l'ensemble des débats tenus en commission parlementaire et à l'Assemblée nationale quant aux modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. révèle en

23. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 54, (27 mars 2002) p. 1 à 49.

24. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 93, (30 avril 2002) p. 5707-5721.

25. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 93, (30 avril 2002) p. 5707-5721.

fait que les seuls honoraires extrajudiciaires qui préoccupent le législateur québécois sont ceux engagés auprès d'avocats par le créancier hypothécaire; l'on ne fait jamais référence à quelque autre type d'honoraires extrajudiciaires engagés par le créancier, tels ceux des comptables consultants, de l'agent du créancier hypothécaire chargé de percevoir les loyers, de l'évaluateur chargé de fournir une évaluation des biens hypothéqués.

Ainsi, il faut, selon moi, préférer une interprétation restrictive des termes «honoraires extrajudiciaires» utilisés aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. et conclure que ces termes ne visent en fait qu'à exclure les honoraires extrajudiciaires engagés par l'avocat du créancier hypothécaire en vue de recouvrer la créance hypothécaire ou en vue de conserver le bien grevé. Cette interprétation restrictive des termes «honoraires extrajudiciaires» semble plus appropriée qu'une interprétation élargie suivant laquelle tous les services professionnels seraient exclus de la créance hypothécaire et ce, pour les motifs suivants:

– d'une part, vu les ambiguïtés résultant d'une lecture conjointe des articles 2667 et 2762 C.c.Q., il semble clair qu'une telle interprétation soit conforme à l'objectif visé par le législateur, soit, selon le ministre de la Justice, revenir «à la règle générale qui veut que chaque partie supporte les honoraires de son

avocat à moins de décision contraire du juge»;

– d'autre part, il faut garder à l'esprit que l'article 2667 C.c.Q. et son corollaire l'article 2762 C.c.Q. constituent des dispositions d'exception à la règle générale suivant laquelle toute obligation licite peut faire l'objet d'une garantie hypothécaire. Or, une disposition d'exception doit, en principe, recevoir une interprétation stricte²⁶;

– enfin, si l'on tient pour acquis que le législateur a voulu renverser le courant jurisprudentiel qu'il considère contraire à son intention en ce qui a trait à la portée des termes «frais engagés», force nous est de constater que ce courant jurisprudentiel confirmé par la Cour d'appel dans *Montréal Trust*²⁷ ne traite que des honoraires extrajudiciaires des avocats et non ceux des autres professionnels qui ont été engagés en vue de recouvrer la créance ou de conserver le bien grevé.

Si cette interprétation devait être retenue par nos tribunaux, l'état du droit indiquerait que seuls les honoraires extrajudiciaires engagés par les avocats du créancier hypothécaire ne peuvent être inclus à la créance hypothécaire et, du même fait, exigés du débiteur à la suite de l'envoi d'un préavis d'exercice. Les autres frais engagés par le créancier hypothécaire, dans la mesure où

26. Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, aux p. 643 à 645.

27. *164618 Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, [1998] R.J.Q. 2696 (C.A.).

l'on peut démontrer qu'ils ont été légitimement engagés et qu'ils sont raisonnables suivant les critères développés par la jurisprudence, continueraient d'être inclus à la créance hypothécaire.

Ceci étant, doit-on pour autant conclure qu'il n'existe désormais aucun contexte dans lequel l'on pourra réclamer les honoraires extrajudiciaires d'avocats à titre de créance garantie hypothécairement? En réponse à cette question, qu'il nous soit permis de proposer les éléments de solution suivants:

- Il sera toujours loisible au créancier hypothécaire de demander à la Cour de condamner le débiteur hypothécaire à assumer intégralement les honoraires extrajudiciaires qui ont été versés dans l'exercice des recours hypothécaires ou en vue de conserver le bien hypothéqué, notamment lorsque la défense proposée par le débiteur hypothécaire ou son refus de délaisser sont frivoles ou dilatoires. Étrangement, le législateur québécois n'a pas prévu d'exception à l'article 2667 lorsque la Cour ordonne par ailleurs que les honoraires extrajudiciaires du créancier hypothécaire soient acquittés intégralement par le débiteur; il est à souhaiter que les tribunaux exercent leur discrétion afin de déclarer que de tels honoraires extrajudiciaires soient, dans un tel contexte, garantis hypothécairement.
- Le législateur québécois interdit que les honoraires extrajudiciaires soient inclus à la créance

hypothécaire; en énonçant cette règle au chapitre des hypothèques, il a choisi de ne pas invalider, comme étant contraires à l'ordre public, les clauses contractuelles faisant en sorte que le débiteur hypothécaire soit personnellement tenu au paiement des frais engagés. Il serait donc du même fait loisible au créancier hypothécaire de prévoir, par convention avec le débiteur hypothécaire, non seulement que ce dernier sera personnellement tenu au paiement des frais engagés mais également que le créancier hypothécaire sera autorisé à débiter le compte du débiteur hypothécaire du montant des frais engagés. Dans la mesure où les débits ainsi portés au compte ne sont pas contestés par le débiteur hypothécaire dans les délais prévus aux conventions de tenue de compte généralement utilisées par les institutions financières, les frais engagés constitueraient dès lors du capital prêté plutôt que des frais extrajudiciaires.

- Enfin, il faut garder à l'esprit que des honoraires extrajudiciaires peuvent, dans certaines circonstances, constituer des frais engagés dans l'intérêt commun bénéficiant d'une priorité au sens des articles 2650 et suivants C.c.Q. On pourra donc invoquer que, dans certaines circonstances, les honoraires extrajudiciaires engagés dans l'intérêt commun des créanciers doivent être colloqués de façon prioritaire aux hypothèques. Malheureusement, en cas de faillite du débiteur hypothé-

caire, cette priorité accordée aux honoraires extrajudiciaires engagés dans l'intérêt commun ne serait plus reconnue puisqu'il est désormais établi que les priorités autres que celles qui bénéficient de droit de suite et droit réel ne suffisent pas à conférer le statut de créancier garanti à leur titulaire²⁸.

5. LE DROIT TRANSITOIRE

Malheureusement, notre législateur n'a adopté aucune disposition transitoire particulière en ce qui a trait aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. Il faut donc analyser cette question en ayant recours aux principes généraux de droit transitoire applicables en droit québécois.

Rappelons que les règles de droit transitoire contenues à la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*²⁹ (la «Loi d'application») ne trouvent probablement pas application en l'espèce puisque la Loi d'application, à son article 1, prévoit expressément que sa portée est limitée à l'entrée en vigueur des modifications apportées au *Code civil du Québec* en 1994:

Les dispositions du présent titre ont pour objet de régler les conflits de lois résultant de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et des modifications corrélatives apportées par la présente loi.

Excluant donc les dispositions de la Loi d'application, il faut avoir recours aux principes généraux de droit transitoire développés par les tribunaux de droit commun:

- En règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation³⁰.
- Il ne faut pas interpréter une disposition législative de façon à porter atteinte aux droits acquis à moins que sa formulation ne requière une telle interprétation³¹.

Suivant les arrêts rendus par la Cour suprême du Canada à ce sujet et suivant la doctrine, l'on conclura qu'une disposition législative a un effet rétroactif lorsqu'elle modifie les conséquences juridiques de faits entièrement survenus avant son entrée en vigueur.

Les modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. étant entrées en vigueur le 13 juin 2002, l'on doit se demander quels sont les faits envisagés à cette disposition qui entraînent l'application de la règle y contenue.

Une première interprétation mènerait à conclure que les hypothèques consenties avant le 13 juin 2002 ne sauraient être affectées par

28. *Château d'Amos ltée (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.).

29. L.Q. 1992, c. 57.

30. Voir notamment *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

31. À cet effet, voir notamment: *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; voir également: art. 12 de la *Loi d'interprétation québécoise*, L.R.Q., c. I-16.

les modifications contenues au Projet de loi 50 puisqu'il s'agirait là d'un effet rétroactif de cette disposition. Suivant cette interprétation, l'on invoquerait que lorsque l'hypothèque fut consentie, les parties étaient en droit de tenir pour acquis que les honoraires extrajudiciaires qui seraient engagés par le créancier hypothécaire seraient garantis hypothécairement. Ainsi, pour les hypothèques contenant des clauses expresse suivant lesquelles les honoraires extrajudiciaires doivent être inclus à la créance hypothécaire, l'on invoquerait que la modification à l'article 2667 C.c.Q. ne peut, sans effet rétroactif, modifier les conséquences juridiques d'un contrat valablement passé avant le 13 juin 2002.

Cette interprétation ferait en sorte que les modifications d'ordre public apportées par le législateur québécois n'auraient d'effet que pour les hypothèques conclues après le 13 juin 2002 et retarderaient d'autant l'application des modifications aux hypothèques passées antérieurement.

Une autre interprétation, préférable selon moi, mènerait à conclure que le créancier hypothécaire ne pourra inclure à sa créance hypothécaire que les frais qui ont été effectivement engagés avant le 13 juin 2002.

Suivant cette interprétation, le fait qui déclenche l'application de la règle contenue à l'article 2667 C.c.Q. n'est pas la signature de l'acte d'hypothèque mais plutôt le fait d'engager des honoraires extrajudiciaires. Autrement dit, l'article 2667 ne saurait, sans effet rétroactif, interdire que soient in-

clus à la créance hypothécaire les frais légitimement engagés avant le 13 juin 2002.

Enfin, il est, selon moi, peu probable que les tribunaux reconnaissent au créancier hypothécaire bénéficiant d'hypothèques passées avant le 13 juin 2002 quelque droit acquis à inclure les honoraires extrajudiciaires engagés à leur créance hypothécaire. Il serait en effet surprenant que les tribunaux concluent que le législateur québécois n'a pas voulu affecter les droits acquis qu'invoqueraient les créanciers hypothécaires titulaires d'hypothèques passées avant le 13 juin 2002. De tels créanciers ne bénéficient probablement pas d'une situation juridique suffisamment constituée et individualisée tel que l'exigent les tribunaux afin de faire preuve d'un droit acquis.

Ceci étant, le créancier hypothécaire ayant signifié un préavis d'exercice avant le 13 juin 2002 pourrait sans doute avoir plus de succès à invoquer que les modifications apportées aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. ne sauraient affecter son droit acquis, entre janvier 1994 et le 13 juin 2002, d'inclure les honoraires extrajudiciaires à sa créance hypothécaire.

Conclusion

En toute déférence pour notre législateur, je suis convaincu du fait que les modifications apportées au *Code civil du Québec* eu égard aux frais engagés constituent une erreur à deux égards: d'une part, d'un point de vue politique («policy»), il est difficile de comprendre pourquoi l'on conclut qu'il est contre l'ordre public qu'un

créancier hypothécaire incluse à sa réclamation hypothécaire les honoraires extrajudiciaires qu'il a dû engager. Tel qu'il a été souligné lors des commissions parlementaires, le Québec est la seule juridiction en Amérique du Nord à prévoir une telle règle, le «Uniform Commercial Code» américain et les lois des autres provinces canadiennes n'interdisant pas que les «costs» engagés par un créancier soient inclus à sa réclamation.

D'autre part, tel qu'il a également été souligné lors des commissions parlementaires, il eût été préférable, à tout événement, d'inclure la règle prévue à l'article 2667 C.c.Q. à la *Loi sur la protection du consommateur* plutôt qu'au *Code civil du Québec*. En effet, comme il l'a fait dans d'autres contextes³², le législateur québécois semble proté-

ger le consommateur par le biais de dispositions du Code civil; en agissant de la sorte, il crée au nom de la protection des individus des incertitudes dans le domaine des affaires rendant le Québec moins attrayant en vue de transiger en matières commerciales.

Enfin, même en acceptant les motivations du législateur québécois, force nous est de conclure que la rédaction des modifications aux articles 2667 et 2762 C.c.Q. laisse planer beaucoup trop de doutes quant à leur portée exacte. En toute déférence, l'on ne devrait pas être tenu de lire les débats parlementaires pour savoir si le législateur veut exclure d'une créance hypothécaire les frais de tous professionnels ou seulement les frais des avocats...

32. L'on peut penser, à titre d'exemple, à l'article 2683 C.c.Q. par lequel le législateur empêche, en principe, une personne physique de consentir une hypothèque sans dépossession.