

## Les recours propres à l'hypothèque immobilière en common law

JOSEPH E. ROACH\*

*L'auteur a voulu faire une étude des recours propres à l'hypothèque immobilière afin de créer une charpente pour faciliter l'étude en français de la jurisprudence se rapportant aux autres aspects des règles de fond du droit hypothécaire tels que la nature des secondes hypothèques ou la vente du droit de rachat ou le classement des hypothèques. A cette fin, l'auteur a eu un souci tout particulier de s'assurer que les mots ou expressions proprement juridiques, façonnés pour exposer ce secteur du droit, rendent d'une manière juste les concepts du droit anglais. L'article consiste en une étude, d'une part du droit de rachat qui constitue le recours fondamental du débiteur hypothécaire, et d'autre part, de l'action en forclusion, la vente judiciaire, la vente extrajudiciaire, l'action personnelle sur l'engagement et la prise de possession, qui représentent l'ensemble des recours ouverts au créancier hypothécaire.*

- I. Les recours du débiteur hypothécaire.
  - Dispositions préliminaires — définitions.
  1. Le droit de rachat.
    - a. L'exercice du droit de rachat avant l'échéance ou à l'échéance même.
    - b. L'exercice du droit de rachat après l'échéance.
    - c. Les règles de procédure affectant l'exercice du droit de rachat.
  2. Le droit de rachat de dernier ressort.
  3. Hypothèque déguisée sous forme de vente.
    - a. Le cédant a souscrit à un acte de vente transférant le bien-fonds d'une façon absolue.
    - b. Le cédant a souscrit à un contrat de vente assortie d'une faculté de racheter.
- II. Les recours du créancier hypothécaire.
  - Dispositions préliminaires — le choix des recours.
  1. L'action en forclusion.
    - a. L'effet de la clause de déchéance du terme — remboursement anticipé.
    - b. L'action en forclusion et l'exercice d'un recours alternatif.

---

\*LL.B., 1962 (Ottawa). Professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa, section de Common Law.

2. La vente judiciaire.
3. La vente extrajudiciaire: la vente en vertu du pouvoir de vente.
  - a. Le pouvoir de vente conféré par la Loi.
  - b. Le pouvoir de vente contractuel.
  - c. Dispositions générales se rapportant à l'exercice du pouvoir de vente.
    - i. La faculté du créancier hypothécaire d'exercer le pouvoir de vente.
    - ii. L'effet de la vente.
    - iii. La capacité du créancier hypothécaire d'intenter une action personnelle sur l'engagement après avoir eu recours au pouvoir de vente.
    - iv. Qui peut se porter acquéreur a la vente?
    - v. La responsabilité du créancier hypothécaire vis-à-vis du débiteur hypothécaire dans l'exercice des pouvoirs de vente.
4. L'action personnelle sur l'engagement.
5. La prise de possession.

## I. LES RECOURS DU DÉBITEUR HYPOTHÉCAIRE

Le mot "mortgage" vient du français et signifie un gage mort. Cette sûreté fut appelée "mortgage" parce que, d'une part, si le débiteur hypothécaire ne payait pas à l'échéance la somme empruntée, le bien-fonds qui constituait le gage devenait mort pour lui, et que, d'autre part, s'il payait la créance à la date prévue, le gage, c'est-à-dire le bien-fonds, devenait mort pour le créancier.<sup>1</sup> Dans les provinces de *common law*, les législateurs ainsi que le juristes utilisent le mot hypothèque pour traduire le "mortgage" de la *common law*.<sup>2</sup>

Selon la définition classique formulée par Lord Halsbury, l'hypothèque immobilière consiste en un transfert d'un bien-fonds à titre de sûreté pour garantir le paiement d'une créance ou pour assurer l'exécution d'une autre obligation, le transfert ayant lieu sous la condition qu'il sera résolu par l'exécution de l'obligation assumée.<sup>3</sup>

Cette définition de Lord Halsbury souligne le fait que même si normalement l'hypothèque immobilière est un instrument utilisé pour garantir un prêt, elle peut toutefois subsister pour assurer l'exécution d'autres obligations accessoires, telles que la vente exclusive d'un produit.<sup>4</sup> En outre, certaines provinces ont adopté une définition légale de l'hypothèque, du débiteur hypothécaire et du créancier hypothécaire.<sup>5</sup> Par exemple, la *Loi sur les biens* du Nouveau Brunswick comprend les définitions suivantes:<sup>6</sup>

"hypothèque" comprend une charge sur un bien pour garantir une somme d'argent ou une valeur en argent.

"débiteur hypothécaire" comprend une personne dont le titre de propriété vient du débiteur hypothécaire originaire, ou qui a le droit de racheter une hypothèque en conformité du droit de tenure ou des autres droits qu'elle possède sur le bien hypothéqué.

"créancier hypothécaire" comprend une personne dont le titre de propriété vient du créancier hypothécaire originaire.

<sup>1</sup>Holdsworth, *History of English Law* (5th ed., 1942), reprinted 1966, vol. 3 aux pp. 128-32; Falconbridge *On Mortgages* (4th ed., 1977), aux pp. 4-6; N. Aslan, *Le Mortgage en Angleterre et aux États-Unis d'Amérique*. Paris, Rousseau, 1928, à la page 20, Thèse.

<sup>2</sup>Voir la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C., 1970, c. 1-18, la *Loi sur les biens*, L.R.N.-B. 1973, c. P.19, art. 40, *Rushton c. Industrial Development Bank*, [1973] R.C.S. 552.

<sup>3</sup>*Noakes v. Rice*, [1902] A.C. 24, à la page 28: "A mortgage is a conveyance of land as a security for the payment of a debt, or the discharge of some other obligation for which it is given . . . and the security is redeemable on the payment or discharge of such debt or obligation." Lord Halsbury.

<sup>4</sup>*Re Moore and Texaco*, [1965] 2 O.R. 253 (H.C.J.); *Kreglinger v. New Patagonia*, [1914] A.C. 25, aux pp. 54-55; *Stephens v. Gulf Oil Canada* (1976), 11 O.R. (2d) 129, aux pp. 161-63 (C.A.).

<sup>5</sup>La *Loi sur les biens*, L.R.N.-B., 1973, c. P-19, art. 40, R.S.O. 1970, c. 279, para. 1 d), S.R.C. 1970, c. L-4.

<sup>6</sup>*Ibid.*

Bien que la définition légale de l'hypothèque soit assez large pour inclure les hypothèques meubles, cette étude se limite aux hypothèques immobilières. L'hypothèque est donc à la fois une promesse d'acquitter une créance et un transfert de titre de propriété sous la condition qu'il sera résolu par le paiement de la créance conformément aux termes de l'acte hypothécaire.<sup>7</sup> L'acte hypothécaire ressemble à une vente ordinaire dans la mesure où le débiteur hypothécaire transfère le bien hypothéqué d'une façon absolue au créancier hypothécaire qui en détient le titre jusqu'à ce que la créance soit acquittée selon les prescriptions de l'acte hypothécaire. Par conséquent, il s'ensuit que le bien-fonds grevé par l'hypothèque sort du patrimoine du débiteur hypothécaire pour entrer dans celui du créancier hypothécaire qui en est titulaire pour la durée de l'hypothèque. Bien qu'il ait le droit de prendre possession du bien hypothéqué dès que l'hypothèque est constituée, le créancier hypothécaire par convention permet au débiteur hypothécaire de demeurer en possession jusqu'à l'échéance pourvu que celui-ci exécute fidèlement toutes les obligations contenues dans l'acte hypothécaire.<sup>8</sup>

1. **Le droit de rachat.** Puisque le créancier hypothécaire devient le propriétaire absolu de l'immeuble hypothéqué, quel droit de propriété la loi reconnaît-elle au débiteur hypothécaire? Le droit de propriété fondamental et dominant du débiteur hypothécaire est le droit de rachat. La jurisprudence a établi depuis longtemps et de façon non équivoque que le droit de rachat est un élément essentiel de l'hypothèque de telle sorte qu'elle écartera toute clause qui pourrait gêner l'exercice de ce droit.<sup>9</sup> Le débiteur hypothécaire ne peut, en vertu même de la nature de l'hypothèque, insérer dans l'acte hypothécaire une clause par laquelle il se priverait de son droit de rachat.<sup>10</sup> Le droit de rachat est un droit réel immobilier, que le débiteur hypothécaire peut céder, léguer, attribuer, louer ou hypothéquer comme n'importe quel autre droit réel immobilier.<sup>11</sup>

Dans quelles circonstances le débiteur hypothécaire peut-il exercer son droit de rachat? La réponse à cette question varie selon qu'il l'exerce avant l'échéance, à l'échéance même ou après l'échéance prévue dans l'acte hypothécaire.

<sup>7</sup>*Short Forms of Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 437, Sch. B, para. 2.

<sup>8</sup>*Short Forms of Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 437, Sch. B, para. 7.

<sup>9</sup>*Noakes v. Rice*, *supra*, note 3, à la page 30: "Redemption is of the very nature and essence of a mortgage, as mortgages are regarded in equity. It is inherent in the thing itself. And it is firmly settled now as ever was in former times that equity will not permit any device or contrivance designed or calculated to prevent or impede redemption." Lord MacNaghten.

<sup>10</sup>*Ibid.*

<sup>11</sup>*Petraniuk c. Dale* [1977] 2 R.C.S. 959, Le juge Dickson à la page 995.

a. **L'exercice du droit de rachat avant l'échéance ou à l'échéance même.**

Dans l'affaire *Coplan v. Sparling et al.*,<sup>12</sup> le débiteur hypothécaire voulut rembourser la créance avant l'échéance, mais le créancier hypothécaire refusa d'accepter le paiement. Le demandeur fit valoir que tout débiteur hypothécaire jouit, de prime abord, du privilège d'exercer son droit de rachat quand il l'entend. Le tribunal, en rejetant cette prétention, déclara qu'il était bien établi que l'exercice du droit de rachat peut être suspendu pour une durée raisonnable<sup>13</sup> et qu'en règle générale ce droit ne peut être exercé avant l'échéance prévue dans l'acte hypothécaire. Toutefois, le juge a indiqué que le droit de rachat peut être exercé immédiatement sur demande du créancier hypothécaire en cas de non-paiement de la créance si celle-ci est soumise à une clause de déchéance du terme. Par contre, le débiteur hypothécaire peut toujours régler la créance après une échéance de cinq ans en vertu de la *Loi sur l'intérêt*.<sup>14</sup> Il est utile de noter que ce privilège accordé au débiteur hypothécaire en vertu de la *Loi sur l'intérêt* se limite au remboursement de la créance et ne lui confère aucunement le privilège d'exercer son droit de rachat.<sup>15</sup> Le tribunal a jugé dans *Coplan v. Sparling et al.*, que puisque la détermination de l'époque à laquelle le droit de rachat peut être exercé dépend des clauses mêmes de l'hypothèque ou des actes subséquents du créancier hypothécaire, l'exercice du droit de rachat n'est pas un privilège que le débiteur hypothécaire peut réclamer à volonté, mais au contraire est fixé par l'échéance prévue dans l'acte hypothécaire.<sup>16</sup>

b. **L'exercice du droit de rachat après l'échéance.**

Quelles sont les conséquences pour le débiteur hypothécaire s'il laisse passer l'échéance sans payer la dette garantie par l'hypothèque? Avant l'intervention de l'*equity*<sup>17</sup> dans le domaine des hypothèques, le débiteur hypothécaire perdait à jamais

<sup>12</sup>[1969], 2 O.R. 166 (H.C.); voir aussi *Falardeau v. Kennedy* (1940), O.W.N. 225 (H.C.).

<sup>13</sup>Une échéance de 40 ans a été reconnue comme étant raisonnable: *Knightsbridge Estate Trust v. Byrne* [1940] A.C. 613; voir aussi *Re Moore and Texaco supra*, note 4; *Stephens v. Gulf Oil Canada, supra*, note 4; *Falconbridge, supra*, note 1, aux pp. 43-9.

<sup>14</sup>S.R.C., 1970, c. I-18, art. 10; R.S.O., 1970, c. 270, art. 17.

<sup>15</sup>*Re Moore and Texaco, supra*, note 4, à la page 266.

<sup>16</sup>*Supra*, note 12.

<sup>17</sup>René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 5e éd. Dalloz, 1973, aux pp. 353-62. J. A. Clarence Smith et Jean Kerby, *Le Droit privé du Canada*, t. 1, de l'Université d'Ottawa, 1975, aux pp. 74-78; 103-04; 143 et 177; *Falconbridge, supra*, note 1, aux pp. 67-79.

son bien-fonds s'il ne payait sa dette à la date prévue par l'acte d'hypothèque. Ce résultat découlait du fait que l'hypothèque était en partie un transfert de bien-fonds sous condition résolutoire et que cette condition tombait dès qu'elle n'était pas strictement observée par le débiteur hypothécaire. Or, s'il ne remboursait pas ponctuellement la créance à la date prévue par l'acte hypothécaire, le droit de rachat était perdu pour toujours et le créancier hypothécaire devenait propriétaire du bien hypothéqué d'une façon absolue.<sup>18</sup> De plus, le créancier hypothécaire pouvait encore réclamer sa créance même si le débiteur avait été déchu de sa propriété puisque la promesse d'acquitter la créance subsistait indépendamment de la clause résolutoire.<sup>19</sup> Il est évident que si le débiteur hypothécaire n'était pas ponctuel dans le paiement de sa dette, il souffrait une perte hors de proportion avec son engagement initial. Pour corriger ces résultats sévères, les tribunaux d'*equity* adoptèrent une série de règles complémentaires et tacites à tout acte d'hypothèque, dont l'effet fut de rétablir dans cette opération la notion de sûreté qui, selon ces tribunaux, en était la raison d'être.

Cette intervention consista à reconnaître au débiteur hypothécaire un privilège absolu d'exercer son droit de rachat même après l'échéance de telle sorte qu'à n'importe quel moment où il était en mesure de rembourser sa dette il avait droit à la restitution de la propriété hypothéquée.<sup>20</sup> Les juges d'*equity* justifièrent cette règle en établissant que l'hypothèque était d'abord un contrat de garantie. En dirigeant leur attention sur le but de l'opération, ils ont pu apporter à l'acte hypothécaire une souplesse que les tribunaux de la *common law* ne pouvaient lui donner à cause de la rigidité des règles qui gouvernaient celle-ci.<sup>21</sup> Ce développement a eu par contre des conséquences néfastes pour le créancier hypothécaire puisqu'il y avait toujours doute s'il était le propriétaire absolu de la propriété hypothéquée après le non-paiement de la créance lorsque l'échéance s'était écoulée, car il ne savait jamais le moment où le débiteur hypothécaire se présenterait avec les fonds nécessaires. De plus, le créancier hypothécaire ne pouvait trouver d'acquéreurs, car ceux-ci partageaient la même préoccupation. Afin d'établir un équilibre entre les intérêts propres à chaque partie, la cour d'*equity* accorda aux créanciers hypothécaires le privilège de mettre fin à l'exercice du droit de rachat après

---

<sup>18</sup>*Kreglinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Co.*, [1914] A.C. 25, à la page 35, Lord Haldane.

<sup>19</sup>*Ibid.*

<sup>20</sup>*Campbell v. Holyland* (1877), 7 Ch.D. 166.

<sup>21</sup>Holdsworth, *History of English Law*, *supra*, note 1, vol. 3, à la page 130.

l'échéance pourvu qu'ils en fassent la demande aux tribunaux. Le créancier hypothécaire obtint donc le privilège de présenter une requête en forclusion.<sup>22</sup>

Cette requête se déroulait en deux étapes. D'abord, après que le créancier hypothécaire avait démontré que les paiements de la créance n'avaient par été effectués à l'échéance, le tribunal accordait un délai normalement de six mois au débiteur hypothécaire pour payer la créance. Lors de cette demande initiale, le créancier hypothécaire obtenait un jugement interlocutoire qui ordonnait au débiteur hypothécaire de payer la créance dans un délai de six mois, faute de quoi il perdrait pour toujours l'exercice de son droit de rachat. La période usuelle de six mois avait été adoptée pour permettre d'une part au débiteur hypothécaire de trouver les fonds nécessaires pour régler la créance et d'autre part au créancier hypothécaire de chercher un nouveau placement pour son capital.<sup>23</sup> Si le débiteur hypothécaire ne payait pas la créance avant l'expiration du délai prévu par le jugement interlocutoire, le créancier hypothécaire devait se présenter une deuxième fois pour obtenir un jugement absolu de forclusion.<sup>24</sup> Ce jugement absolu de forclusion, qui était déclaratoire dans le sens que le tribunal décrétait qu'à partir de cet instant le débiteur hypothécaire perdait le privilège d'exercer son droit de rachat, garantissait ainsi au créancier hypothécaire le titre de la propriété hypothéquée.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup>Deux mots sont utilisés pour traduire "foreclosure" soit forclusion, soit saisie-hypothécaire. On trouve dans la *Loi sur les biens*, L.R.N.-B., 1973, c. P-19, art. 47(5) le mot saisie-hypothécaire alors que dans la version française des arrêts de la Cour suprême du Canada on trouve le mot forclusion ou saisie-hypothécaire e.g., voir *Loose c. Spruce Holdings and Investment Ltd.*, [1972] R.C.S. 653; *Rushton c. Industrial Development Bank*, [1973] R.C.S. 552. Le mot forclusion sera utilisé de préférence à saisie-hypothécaire puisqu'il est d'usage plus commun et de plus apparaît dans les ordonnances des tribunaux comme on peut l'observer à la note 25 *infra*. De fait, l'expression saisie-hypothécaire devrait être évitée car elle est fautive puisque le créancier hypothécaire ne pratique pas de saisie, il est déjà "propriétaire" du bien. Il se contente simplement de mettre fin au droit de rachat du débiteur en demandant la forclusion.

<sup>23</sup>*Soloway v. Sheahan*, [1971] 3 O.R. 652 (H.C.).

<sup>24</sup>*Campbell v. Holyland*, *supra*, note 20; *Falconbridge*, *supra*, note 1, aux pp. 40-42.

<sup>25</sup>La forme de l'ordonnance absolue de forclusion est encore la même aujourd'hui; *Rushton c. Industrial Development Bank*, *supra*, note 22, à la page 554: Le débiteur hypothécaire se trouve absolument dépourvu et forclus de tout droit, titre et droit de rachat quant aux immeubles hypothéqués dans le bref d'assignation en l'instance.

### c. Les règles de procédure affectant l'exercice du droit de rachat.

Aujourd'hui, le créancier hypothécaire engage une action en forclusion par la signification d'un bref d'assignation<sup>26</sup> et, si le débiteur hypothécaire désire un délai de six mois pour exercer son droit de rachat, il doit en faire la demande puisque le délai n'est pas accordé automatiquement comme il l'était autrefois.<sup>27</sup> La procédure que doit suivre le débiteur hypothécaire pour obtenir le délai de six mois est extrêmement simple puisqu'il lui suffit de déposer auprès du tribunal saisi de l'action en forclusion un avis stipulant qu'il désire avoir l'occasion d'exercer son droit de rachat. Cette période de six mois peut être prolongée ou réduite selon qu'il existe des circonstances particulières justifiant l'intervention des tribunaux.<sup>28</sup> Lorsque le débiteur hypothécaire ne rembourse pas la créance durant la période de six mois normalement accordée à cette fin, le créancier hypothécaire est alors en mesure d'obtenir une ordonnance finale de forclusion.<sup>29</sup> Par contre, la règle 472(1) prévoit que lorsque dans une action en forclusion ou vente judiciaire, le bref a été régulièrement signifié et que le défendeur fait défaut de comparaître et de déposer un avis de son désir d'avoir l'occasion de racheter les lieux hypothéqués, le demandeur peut obtenir un jugement de vente immédiate ou de forclusion immédiate.

Récemment dans l'affaire *Petranik c. Dale*,<sup>30</sup> par une décision majoritaire, la Cour suprême du Canada a statué que lorsque le créancier hypothécaire a intenté des procédures en forclusion et n'a obtenu qu'un jugement interlocutoire, le débiteur hypothécaire peut exercer son droit de rachat jusqu'à ce que le créancier hypothécaire obtienne une ordonnance finale de forclusion, et ceci même lorsqu'il y a eu un intervalle de neuf ans entre les deux étapes.

Le débiteur hypothécaire a donc le privilège d'exercer son droit de rachat non seulement après l'échéance, mais aussi, à

<sup>26</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règle 464: "A mortgagee may in an action claim foreclosure of the equity of redemption or a sale of the mortgaged premises and payment of the mortgage debt by any party personally liable therefore and possession of the mortgaged premises." Les règles de procédure étant sensiblement les mêmes dans la plupart des provinces dominées par la *common law*, seules les règles de l'Ontario seront citées.

<sup>27</sup>Règle 466.

<sup>28</sup>Règle 495.

<sup>29</sup>Règle 492.

<sup>30</sup>[1977] 2 R.C.S. 959; voir aussi Note, "Mortgages: Nature of Equity of Redemption . . .", 9 *Ottawa L.R.* 418.

condition d'en faire la demande, pendant une période normalement de six mois après l'engagement de la procédure en forclusion.

**2. Le droit de rachat de dernier ressort.** Même si le créancier hypothécaire a obtenu une ordonnance finale de forclusion et même s'il a pris possession de l'immeuble hypothéqué, la jurisprudence établie par les cours d'*equity* laisse aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire leur permettant de révoquer une ordonnance absolue de forclusion lorsque le débiteur hypothécaire peut démontrer qu'il sera indûment affecté, compte tenu des circonstances, par ladite ordonnance absolue de forclusion.<sup>31</sup> Dans l'affaire *Campbell v. Holyland*,<sup>32</sup> le Maître des rôles<sup>33</sup> Jessel a formulé le principe voulant qu'une ordonnance absolue de forclusion ne soit absolue que du point de vue formel seulement et que tout tribunal jouit d'une compétence discrétionnaire lui permettant de rétablir l'exercice du droit de rachat lorsqu'il existe des circonstances spéciales justifiant une intervention.<sup>34</sup> Quelles sont donc ces circonstances? Le Maître des rôles Jessel a clairement indiqué qu'il est impossible de déterminer à priori des règles générales, mais que chaque cas devient un cas d'espèce. Toutefois, il a énuméré certaines circonstances qui devraient influencer la conduite des tribunaux.<sup>35</sup>

Premièrement: le débiteur hypothécaire doit agir promptement, c'est-à-dire dans un délai raisonnable. Quant à préciser ce que l'on entend par délai raisonnable, il faut se rapporter à la nature du bien hypothéqué. Ainsi, la jurisprudence précise que s'il s'agit d'un cas où le créancier hypothécaire a pris possession du bien hypothéqué, le débiteur hypothécaire doit agir promptement. Par ailleurs, un délai de deux ou trois mois est accepté comme étant raisonnable.<sup>36</sup>

Deuxièmement: le débiteur hypothécaire désirent exercer son droit de rachat, mais en fut empêché à cause de circonstances imprévisibles. S'attendait-il par exemple de recevoir la somme d'argent nécessaire pour se libérer de la créance, mais il ne l'obtint pas à la dernière minute?<sup>37</sup>

---

<sup>31</sup>*Campbell v. Holyland*, *supra*, note 20, à la page 171; voir aussi *Industrial Development Bank v. Thornhill Auto Wreckers Ltd.*, [1974] 2 W.W.R. 57 (B.C.C.A.).

<sup>32</sup>*Ibid.*

<sup>33</sup>René David, *supra*, note 17, à la page 382; J. A. Clarence Smith et Jean Kerby, *supra*, note 17, aux pp. 114, 147 et 219-21.

<sup>34</sup>*Supra*, note 31.

<sup>35</sup>*Ibid.*, aux pp. 172-73.

<sup>36</sup>*Glendenning v. Ayre*, [1946] O.W.N. 649 (H.C.).

<sup>37</sup>*Nickerson v. Alexanian*, [1964] 1 O.R. 145 (H.C.) à la page 149; *Camp-Wee-Gee-Wa for Boys Ltd. v. Clark*, [1972] 1 O.R. 374 (H.C.).

Troisièmement: la valeur monétaire de la propriété hypothéquée dépasse-t-elle de beaucoup le montant de la créance garantie?

Quatrièmement: lorsqu'il y a eu transfert du bien hypothéqué, est-ce que l'acquéreur avait pleine connaissance des circonstances précédant l'ordonnance absolue de forclusion? Un acquéreur de bonne foi ne devrait pas subir de préjudice indu.<sup>38</sup>

Dans l'affaire *Alexanian v. Dolinski*,<sup>39</sup> la Cour suprême du Canada a réaffirmé les principes évoqués dans l'arrêt *Campbell v. Holyland*.<sup>40</sup> Avant d'analyser cette affaire, il faut d'abord en dégager les faits saillants. Suite au non-paiement de la créance, le créancier hypothécaire intenta une procédure en forclusion et obtint un jugement interlocutoire fixant la date ultime pour exercer le droit de rachat au 23 mai 1963. Sur demande du créancier hypothécaire, le *Master* accorda une ordonnance absolue de forclusion le 24 juin 1963. La propriété fut mise en vente à trois reprises entre le 28 juin et le 10 juillet et le créancier hypothécaire conclut le 6 août 1963 une entente de vente avec l'acquéreur Dolinski. Le 6 septembre 1963, soit plus de deux mois après l'ordonnance finale de forclusion, le débiteur hypothécaire, ayant trouvé les fonds nécessaires pour rembourser la créance, saisit les tribunaux d'une requête tendant à faire rétablir son droit de rachat, donnant comme motif principal la valeur très élevée de la propriété hypothéquée par rapport à la créance garantie par l'hypothèque. Le *Master* fit droit à cette requête et annula l'ordonnance absolue de forclusion délivrée le 24 juin 1963 à condition que le débiteur hypothécaire payât non seulement la créance, mais aussi tous les frais occasionnés par son non-paiement, au plus tard le 13 septembre 1963. Ayant rempli ces conditions, le débiteur hypothécaire exerça son droit de rachat et regagna le bien-fonds que l'ordonnance absolue de forclusion du 24 juin 1963 lui avait fait perdre. Sur appel porté contre l'ordonnance du *Master*, le juge Hughes, en accueillant l'appel, conclut que certaines circonstances n'avaient pas été prises en considération par le *Master*.<sup>41</sup> Selon le juge Hughes, le fait que le débiteur hypothécaire n'avait pas fait d'efforts réels pour acquitter la créance à la date prévue par l'ordonnance interlocutoire de forclusion devait être considéré comme décisif contre l'intimé.

En réexaminant les critères établis dans l'arrêt *Campbell v. Holyland*,<sup>42</sup> il conclut premièrement que le débiteur hypothécaire avait toutefois fait sa

<sup>38</sup>*Babbie v. Petryczka* (1975), 8 O.R. (2d) 718, à la page 720 (C.A.): "The Court has, however, a judicial discretion to reopen a final order of foreclosure at any time on equitable grounds. The fact that the property has been sold is not an insuperable obstacle. However, the Court will not lightly disturb the title of a *bona fide* purchaser and will want to be satisfied that the interests of such purchaser will not be unduly prejudiced." Le juge Howland.

<sup>39</sup>[1968] R.C.S. 473.

<sup>40</sup>*Supra*, note 31.

<sup>41</sup>*Sub nom. Nickerson v. Alexanian*, [1964] 1 O.R. 145 (H.C.).

<sup>42</sup>*Supra*, note 31.

demande dans un délai raisonnable.<sup>43</sup> En second lieu, il indiqua que, puisque la valeur monétaire de la propriété hypothéquée dépassait de 10,000 dollars la créance garantie, le deuxième critère était donc satisfait.<sup>44</sup> Quant au troisième critère, le juge Hughes établit que le débiteur hypothécaire n'en avait pas rempli les exigences puisqu'il n'avait pas fait d'efforts sérieux après le jugement interlocutoire pour acquitter la créance, mais que ces efforts ne furent exercés qu'après l'ordonnance absolue de forclusion.<sup>45</sup> Pour que le droit de rachat du demandeur soit rétabli, il est essentiel que celui-ci puisse faire la preuve qu'il s'efforçait activement de se procurer les fonds nécessaires pour rembourser la créance telle que fixée par le jugement interlocutoire mais échoua à cause de circonstances imprévisibles. S'appuyant sur l'arrêt *Patch v. Ward*,<sup>46</sup> le juge Hughes a indiqué qu'en établissant les principes qui déterminent si un délai additionnel doit être accordé pour l'exercice du droit de rachat, la jurisprudence fait une distinction selon que la requête est faite avant ou après l'ordonnance absolue de forclusion. Dans le premier cas, le demandeur n'a qu'à présenter quelques motifs valables pour justifier sa demande tandis que, dans le deuxième cas, il doit démontrer qu'il était prêt à rembourser la créance à la date prévue, mais fut empêché par un cas fortuit. Même si le juge dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire en cette matière, son intervention est néanmoins circonscrite par certains principes bien établis.<sup>47</sup> La Cour d'appel de l'Ontario<sup>48</sup> ainsi que la Cour suprême du Canada<sup>49</sup> ont confirmé la décision du juge Hughes et ont ainsi bien établi que l'exercice du droit de rachat peut être rétabli même après une ordonnance absolue de forclusion, pourvu que le débiteur hypothécaire ait satisfait à certains critères.<sup>50</sup>

**3. Hypothèque déguisée sous forme de vente.** Certains créanciers, voulant éviter les contraintes imposées par le droit de rachat, ont souvent essayé de se soustraire à son effet en insistant pour que la condition résolutoire ne soit pas introduite dans le transfert cédant le bien-fonds au créancier. L'opération peut se présenter comme une simple vente ou encore comme une vente à réméré si le débiteur-vendeur s'est réservé la faculté de racheter à une date prévue la propriété moyennant le paiement

---

<sup>43</sup>*Supra*, note 41, aux pp. 147 et 148.

<sup>44</sup>*Ibid.*

<sup>45</sup>*Ibid.*, à la page 149.

<sup>46</sup>*Ibid.*

<sup>47</sup>*Ibid.*, à la page 150. Voir aussi Marriott and Dunn, *Practice in Mortgage Actions in Ontario* (3rd ed., 1971), à la page 206.

<sup>48</sup>*Sub nom. Nickerson v. Alexanian*, [1964] 1 O.R. 360 (C.A.).

<sup>49</sup>*Supra*, note 39.

<sup>50</sup>A. Sinclair, "Real Property" (1969), 3 *Ottawa L. Rev.* 279; *Ina Developments Ltd. v. Smith* [1971], 3 O.R. aux pp. 448-49 (H.C.).

d'une somme d'argent. La jurisprudence a clairement établi que si l'intention des parties est de constituer une hypothèque, le débiteur hypothécaire bénéficiera du droit de rachat même si l'opération est présentée comme une vente.<sup>51</sup> Les tribunaux prendront en considération diverses circonstances susceptibles de dévoiler l'intention des parties. Les circonstances suivantes normalement caractérisent une vente apparente comme étant en réalité une hypothèque: le débiteur-vendeur demeure en possession; il apporte des améliorations au bien-fonds; il paie les taxes foncières; le prix de vente ne correspond pas à la valeur marchande du bien-fonds; le créancier-acheteur est en mesure d'exercer une pression sur le débiteur-vendeur et ainsi de dicter la forme de l'opération.<sup>52</sup> On peut déceler deux opérations utilisées par les créanciers pour circonvenir l'effet de l'hypothèque par le truchement d'un contrat de vente:

**a. Le cédant a souscrit à un acte de vente transférant le bien-fonds d'une façon absolue.**

Dans ce premier cas, le débiteur cède le titre de sa propriété d'une façon absolue au créancier pour garantir la créance. Le Conseil Privé a statué dans l'arrêt *Barton v. Bank of New South Wales* que, nonobstant les termes du transfert, toutes les circonstances accessoires à l'opération sont recevables pour démontrer que la relation véritable entre les parties est celle de créancier hypothécaire et débiteur hypothécaire. Par contre, l'arrêt précise que la preuve apportée par le débiteur doit être des plus convaincantes surtout si le transfert comporte un préambule expliquant l'opération comme c'était le cas dans cette affaire.<sup>53</sup> En effet, l'acte translatif comportait une déclaration indiquant clairement que l'objet du transfert était de réduire la créance d'un montant déterminé. Le demandeur Barton, ayant déjà hypothéqué certains biens-fonds en faveur de la défenderesse et ne pouvant rembourser la créance à l'échéance, consentit à les lui transférer en échange d'une réduction de la créance. En rejetant la requête tendant à faire qualifier l'opération comme une hypothèque, le Conseil Privé a jugé que la preuve n'était pas suffisante pour démontrer que l'opération n'était pas un transfert absolu de bien-fonds dont le but était d'éteindre partiellement la créance dont la défenderesse était titulaire.<sup>54</sup>

<sup>51</sup>*Kreick v. Wansbrough*, [1972] 2 W.W.R. 404, à la page 406: "The rule is well established, however, that where the real agreement is that the transaction is in the nature of a mortgage, parol evidence is admissible to prove the true nature of the agreement between the parties, notwithstanding the terms of the document evidencing the transaction." Le juge Woods.

<sup>52</sup>*Kreick v. Wansbrough*, *Ibid.*; Falconbridge *On Mortgages supra*, note 1; *Disguised Form of Mortgages*, aux pp. 59-62.

<sup>53</sup>(1890), 15 App. Cas. 379, aux pp. 380-81: "The terms of the conveyance may be qualified by collateral evidence but in order to set aside the arrangement which the parties have assented to by executing and receiving the deed, very cogent evidence is required." Lord Watson.

<sup>54</sup>*Ibid.*, à la page 384.

Il n'en fut pas ainsi dans l'affaire *Winthrop v. Roberts*.<sup>55</sup> Le demandeur Winthrop, un fermier, ayant emprunté une somme d'argent du défendeur, consentit une hypothèque mobilière sur ses instruments aratoires. N'ayant pas remboursé le prêt à l'échéance, le défendeur intenta des procédures pour saisir les biens meubles garantissant la créance. Le demandeur se rendit immédiatement chez le défendeur en vue de renégocier le prêt, mais celui-ci refusa à moins d'être pourvu d'une autre sûreté. Afin de satisfaire cette exigence, le demandeur céda sa ferme au défendeur par un acte de transfert absolu. Deux ans après, le demandeur voulut rembourser la créance mais le défendeur, se considérant le propriétaire absolu de la ferme, refusa le paiement bien qu'il fût prêt à lui vendre la ferme à un prix beaucoup plus élevé que celui qu'il avait lui-même payé au demandeur. La question posée au tribunal était de savoir si l'opération devait être caractérisée comme une vente ou une hypothèque. Le tribunal a indiqué que, même si le débiteur hypothécaire peut vendre la propriété hypothéquée au créancier hypothécaire, l'opération doit être néanmoins surveillée scrupuleusement surtout si ce dernier est en mesure d'exercer une pression sur le débiteur hypothécaire et si le prix de vente ne correspond pas à la valeur réelle de la propriété.<sup>56</sup> Dans la présente espèce, le juge statua que le demandeur jouissait du privilège d'exercer son droit de rachat puisque le défendeur avait profité de sa position de créancier pour dicter la forme de l'opération et que celle-ci n'était en substance qu'une hypothèque.<sup>57</sup>

Récemment, la Cour d'appel de la Saskatchewan a eu à réaffirmer ces principes dans l'affaire *Arnal v. Arnal*.<sup>58</sup> Dans cette affaire, le demandeur désirant acheter une ferme et n'ayant pas les fonds nécessaires approcha son père pour un prêt de 2,500 dollars. Le père y consentit à la condition que le vendeur lui transférât le titre de la propriété d'une façon absolue et s'engageât oralement à céder la ferme à son fils dès que la créance serait remboursée. L'opération prit la forme suggérée par le père, mais celui-ci décéda quelque temps après le remboursement de la créance, mais avant qu'il pût céder la propriété à son fils. Suite à une requête du demandeur tendant à faire qualifier l'opération d'hypothèque, le juge de première instance statua que la propriété avait été cédée au père pour garantir le prêt de 2,500 dollars et que la relation

---

<sup>55</sup>(1907), 17 Man. R. 220 (K.B.).

<sup>56</sup>*Ibid.*, à la page 225: "The principle upon which Courts act is not that the mortgagor is unable to enter into a contract of sale to [sic] the mortgagee, but that the transaction ought to be looked at with jealousy, especially when the mortgagor is a needy man and when there is pressure and inequality of position and the sale has been at an under value." Le juge Mathers.

<sup>57</sup>*Ibid.*, à la page 226.

<sup>58</sup>(1969), 6 D.L.R. (3d) 245.

unissant les parties était celle de créancier hypothécaire et de débiteur hypothécaire. Il souligna que le demandeur était toujours demeuré en possession, qu'il s'était acquitté des taxes foncières et des frais d'avocat entraînés par l'opération et que la somme de 2,500 dollars ne représentait qu'une partie du prix de vente. La Cour d'appel, en affirmant cet arrêt, souleva deux points:

Premièrement: quant au fardeau de preuve requis pour amener le tribunal à déclarer qu'un acte de transfert absolu est en fait un acte hypothécaire, il faut que cette preuve soit des plus claires et convaincantes.<sup>59</sup>

Le deuxième point se rapporte à l'effet de la *Loi relative aux preuves littérales* qui prévoit qu'il ne peut être intenté d'action sur la base d'un contrat, d'une vente de bien-fonds ou tout droit y afférent que si la convention qui donne lieu à l'action est constatée par un écrit.<sup>60</sup> La Cour d'appel a réaffirmé clairement que le témoignage verbal est recevable pour établir si l'opération est une hypothèque ou un transfert absolu.<sup>61</sup> La *Loi relative aux preuves littérales*<sup>62</sup> ne présente pas d'obstacles même si la convention établissant le droit de rachat a été faite verbalement puisque la préoccupation première est de déterminer l'intention véritable des parties et à cette fin toutes les circonstances se rapportant à l'opération doivent être considérées par le tribunal.<sup>63</sup>

<sup>59</sup>*Ibid.*, à page 249: "The evidence required to induce a Court to declare a deed, absolute on its face, to have been intended to operate as a mortgage only must be of the clearest, most conclusive and unquestionable character: *McMicken v. Ontario Bank* (1891), 20 S.C.R. 548."

<sup>60</sup>*Ibid.*, aux pp. 247-48. *Statute of Frauds* 1676, 29 Car. II, c. 3, art. 4. Les mêmes dispositions existent dans toutes les provinces de *common law*, e.g., voir la *Loi relative aux preuves littérales*, L.R.N.-B., 1973, c. S-14, al. 1 d) et e): "Il ne peut être intenté d'action: . . . d) sur la base d'un contrat, d'une vente de bien-fonds ou tout droit y afférent, ou e) sur la base d'une convention qui ne doit pas être exécutée dans une année qui suit sa conclusion, que si la convention qui donne lieu à l'action est constatée par un écrit ou que s'il en existe un mémoire ou une note et que si la convention, le mémoire ou la note porte la signature de la partie contre laquelle l'action sera intentée ou de toute autre personne autorisée par elle."

<sup>61</sup>*Ibid.*, à la page 248: Le juge cite l'affaire *Kreglinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Co.*, [1914] A.C. 25, Lord Parker of Woodington à la page 47: "In order to determine whether it is or is not a mortgage, equity has always looked to the real intention of the parties, to be gathered not only from the terms of the particular instrument but from all the circumstances of the transaction, and has always admitted parol evidence in cases where the real intention was in doubt."

<sup>62</sup>*Supra*, note 60.

<sup>63</sup>*Supra*, note 58, à la page 248: "The law is clear that parol evidence is always admissible in an issue of whether a conveyance absolute in form is in fact a mortgage. The Statute of Frauds does not stand in the way of treating an absolute deed as a mortgage, when such was the agreement of the parties, although the agreement for redemption rests wholly in parol: *Lincoln v. Wright* (1859), 45 E.R. 6." McGuire J.A. Voir aussi *Wilson v. Ward*, [1930] R.C.S. 212, à la page 216; "The principle of the Court is that the Statute of Frauds was not made to cover fraud. If the real agreement should be a mortgage transaction, it is, in the eye of the Courts, fraud to insist on the conveyance as being absolute, and parol evidence must be admissible to prove the fraud." Le juge Duff.

**b. Le cédant a souscrit à un contrat de vente assortie d'une faculté de racheter.**

Le deuxième cas, où les mêmes principes sont appliqués, se présente lorsque le créancier obtient du débiteur-vendeur un transfert absolu de la propriété, assorti toutefois d'une convention par laquelle le débiteur-vendeur a la faculté de racheter la propriété à une date fixe moyennant une somme d'argent. Il s'agit ici également de déterminer si le transfert a eu lieu pour garantir la créance ou pour l'éteindre. La Cour suprême du Canada a établi dans l'affaire *Wilson v. Ward*<sup>64</sup> que, si le but de l'opération est de garantir un prêt, le débiteur-vendeur ne sera pas tenu par l'échéance prévue par la convention comportant faculté de racheter, mais aura le privilège d'exercer son droit de rachat après l'échéance parce que l'opération sera caractérisée comme une hypothèque.<sup>65</sup> Dans ces circonstances, la convention comportant la faculté de racheter à une date fixe est nulle puisqu'elle est incompatible avec l'exercice du droit de rachat qui est le propre de toute hypothèque.<sup>66</sup> Cette règle était destinée à contrecarrer la propension qu'avaient les créanciers de se servir de leur pouvoir pour dicter la forme de l'opération de façon à pouvoir dépouiller le débiteur hypothécaire de son bien-fonds.<sup>67</sup> Dans l'affaire *Wilson v. Ward*, le débiteur-vendeur, désirant un prêt de 1,800 dollars, céda sa propriété en garantie; le créancier-acheteur lui accorda le prêt à condition qu'il devienne le propriétaire absolu du bien-fonds en déboursant une somme fixe si la faculté de racheter, prévue dans le contrat de vente, n'était pas exercée dans un délai de 90 jours. Le débiteur-vendeur, n'ayant pas exercé la faculté de racheter dans le délai prévu, intenta des procédures pour faire déclarer que la relation unissant les parties était celle de créancier hypothécaire et de débiteur hypothécaire. Le juge Duff statua que, puisque l'objet premier de l'opération était de garantir un prêt de 1,800 dollars, celle-ci constituait une hypothèque, ce qui permit ainsi au débiteur hypothécaire d'exercer son droit de rachat en remboursant la créance.<sup>68</sup> Par contre, lorsque le débiteur transfère un bien-fonds

---

<sup>64</sup>[1930] R.C.S. 212.

<sup>65</sup>*Ibid.*, à la page 216: "It is sufficient to say that such term, where a transaction is primarily and substantively a loan on the security of the debtor's property, will be disregarded by the courts. A la page 221: The law would disregard the stipulations professing to confer upon the respondent the right of purchase even if the parties, between themselves, had intended that these should be binding." Le juge Duff.

<sup>66</sup>*Ibid.*, à la page 221: "Such stipulations are repugnant to the equitable right of redemption; they would have the effect of converting what was intended to be a security into something entirely different." Le juge Duff.

<sup>67</sup>*Ibid.*, à la page 221: "It was a rule of policy based upon the recognition of the disposition of money lenders to use their power of dictating the form of a security transaction, in order to shape it in such a way as to make it possible to wrest the estate out of the hands of the mortgagor." Le juge Duff.

<sup>68</sup>*Ibid.*, aux pp. 222 et 231.

pour régler une créance, l'opération sera reconnue comme valable même si le contrat de vente comporte une faculté de racheter pour une somme équivalente à la créance.<sup>69</sup> Les tribunaux n'ont jamais hésité à préserver l'intégrité d'une vente à réméré lorsque celle-ci représentait véritablement l'intention des parties.<sup>70</sup>

## II. LES RECOURS DU CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE

Le créancier hypothécaire dispose des recours suivants:

1. l'action en forclusion.
2. la vente judiciaire.
3. la vente extrajudiciaire — la vente en vertu du pouvoir de vente.
4. l'action personnelle sur l'engagement.
5. la prise de possession.

Puisque l'action personnelle sur l'engagement ou l'action de prise de possession peuvent être jointes à une action en forclusion ou vente judiciaire,<sup>71</sup> il s'ensuit que l'éventail des recours ouverts au créancier hypothécaire pour recouvrer la créance est considérable. Le choix des recours que le créancier hypothécaire devrait exercer pour récupérer son investissement dépend d'un certain nombre de facteurs dont les principaux sont la valeur présente et future de la propriété hypothéquée, le montant de la créance, l'intérêt qu'elle porte et la situation financière du débiteur hypothécaire.<sup>72</sup> Il va sans dire qu'il faut connaître les caractéristiques de chacun des recours dont dispose le créancier hypothécaire afin de juger de leur efficacité dans un cas particulier.

1. **L'action en forclusion.** La forclusion est le corollaire du droit de rachat puisqu'elle constitue le moyen par lequel le créancier hypothécaire met fin par voie d'action au droit de rachat. En effet, l'ordonnance finale de forclusion stipule que le débiteur hypothécaire se trouve absolument

<sup>69</sup>*Ibid.*, à la page 220. "It is quite true that, *prima facie*, a sale expressed in an instrument containing nothing to show the relation of debtor and creditor is to exist between the parties, does not cease to be a sale, and become a security for money, merely because the instrument contains a stipulation that the vendor shall have a right of repurchase." Le juge Duff.

<sup>70</sup>*Pierce v. Empey*, [1939] R.C.S. 247; *Kreich v. Wansbrough*, [1973] R.C.S. 588.

<sup>71</sup>R.R.O., Règlement 545, règle 464. Le texte de cette règle est reproduit à la note 26, *supra*.

<sup>72</sup>M. Stambler, *The Choice of Remedies, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Recent Developments in Real Estate Law* (1970), aux pp. 75 à 80.

dépourvu et forclos de tout droit, titre et droit de rachat quant aux immeubles hypothéqués; elle empêche le débiteur hypothécaire d'exercer à l'avenir son droit de rachat.<sup>73</sup> C'est donc le recours ultime du créancier hypothécaire puisqu'il a pour effet de le rendre titulaire absolu de la propriété hypothéquée. Cette procédure, souvent dite forclusion stricte ou simple, a pour unique objet l'extinction du droit de rachat et n'envisage aucunement, par exemple, la vente de la propriété hypothéquée pour payer la créance. Puisque les motifs qui ont conduit les tribunaux à reconnaître l'action en forclusion ainsi que les étapes principales de cette procédure ont déjà été exposés dans les pages précédentes,<sup>74</sup> seules les caractéristiques les plus pertinentes de cette procédure seront étudiées dans cette section.

#### a. L'effet de la clause de déchéance du terme — remboursement anticipé.

Il est usuel d'inclure dans l'acte d'hypothèque une clause stipulant que le non-paiement de la créance aux échéances prévues rendra immédiatement exigible la somme totale due au créancier hypothécaire.<sup>75</sup> Dans le cas d'une hypothèque domiciliaire prévoyant une série de paiements mensuels pendant vingt à trente ans, une telle clause peut être désastreuse puisqu'elle a pour effet de rendre exigible le solde de la créance à partir de la date du non-paiement et qu'elle pourra provoquer l'engagement anticipé d'une action en forclusion qui, pour le débiteur hypothécaire, aboutira à la perte quasi certaine de sa propriété. Toutefois, afin de se protéger contre les conséquences draconiennes de cette clause de déchéance du terme, le débiteur hypothécaire peut invoquer les articles 21 et 22 de la *Loi sur les hypothèques*.<sup>76</sup>

En effet, le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les hypothèques* rend inopérante la clause de déchéance du terme pourvu que le débiteur hypothécaire verse au créancier hypothécaire les arrérages ainsi que les frais occasionnés avant que ce dernier ait recours à toute poursuite en justice ou vente. De plus, le débiteur

<sup>73</sup>*Supra*, note 25.

<sup>74</sup>Voir aussi les ouvrages suivants: G. Dunn, *Foreclosure and Redemption, The Law Society of Upper Canada Special Lectures: Recent Developments in Real Estate Law* (1970), aux pp. 1-20. Marriott and Dunn, *supra*, note 47, pp. 196-213.

<sup>75</sup>*The Short Forms of Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 437, Sch. D, cl. 16. Central Mortgage and Housing Corporation Form 1006, clause 16, provides that upon default of the payment of any instalment or any other moneys payable hereunder by the mortgagor, or upon breach of any covenant or upon any waste being committed on the said lands, the whole of the moneys hereby secured remaining unpaid shall at the option of the mortgagee, forthwith become due and payable.

<sup>76</sup>*The Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 279, articles 21 et 22. Quant à l'historique de ces deux articles, voir Marriott and Dunn, *supra*, note 47, aux pp. 291-92. Voir aussi Mr. Stambler, *supra*, note 72, aux pp. 59-64.

hypothécaire peut exiger du créancier hypothécaire en vertu du même article un état de compte des arrérages ainsi que des frais occasionnés par ces arrérages, afin de lui permettre de mettre à jour la créance. Si le créancier hypothécaire néglige de lui fournir ces renseignements dans un délai de quinze jours sans motif valable, tous ses droits découlant de l'acte d'hypothèque seront suspendus jusqu'à ce qu'il se plie à la demande du débiteur hypothécaire.<sup>77</sup>

Également d'après les dispositions de l'article 22 de la *Loi sur les hypothèques*,<sup>78</sup> le débiteur hypothécaire peut annuler l'effet de la clause de déchéance du terme même après qu'une poursuite a été intentée à condition que la créance hypothécaire soit mise à jour et qu'il dépose sa requête avant que le tribunal ait statué en faveur du créancier hypothécaire.<sup>79</sup> Toutefois, lorsque le créancier hypothécaire a obtenu un jugement en vertu de la clause de déchéance du terme, le tribunal ne peut intervenir si le créancier hypothécaire a vendu la propriété hypothéquée, ou s'il en a pris possession, ou s'il a obtenu un jugement final de forclusion.<sup>80</sup> Il est à noter qu'une promesse de vente de la part du créancier hypothécaire constitue une vente pour les fins de l'alinéa 22(1) (b) de la *Loi sur les hypothèques*.<sup>81</sup> En outre, la prise de possession prévue par l'alinéa 22(1) (b) consiste en un acte véritable de possession et la signification d'un bref de prise de possession n'est pas suffisante à cette fin.<sup>82</sup> De même, l'installation d'une simple barricade autour de la propriété ou d'un écriteau "défense de passer" ne constitue pas une prise de possession au regard de cet alinéa.<sup>83</sup>

---

<sup>77</sup>*The Mortgages Act*, Para. 21(2) et (3). Ces deux paragraphes résultent d'une étude de la Commission de la réforme du droit de l'Ontario. Voir *Report on Section 20 [now 21(2) (3)] of the Mortgages Act*, Ontario Law Reform Commission, Department of Justice, 1970.

<sup>78</sup>*The Mortgages Act*, Para. 22(1) (2).

<sup>79</sup>Para. 22(1). Il faut noter ici que le débiteur hypothécaire doit déposer au préalable la somme de 100 dollars pour couvrir les frais de justice.

<sup>80</sup>Al. 22(1) (b).

<sup>81</sup>*Re Mission Construction and Seel Investments Ltd.* [1973], 2 O.R. 190, à la page 191: 'Section 21(1) (a) provides that a mortgagor may put a mortgage in good standing at any time before sale under the mortgage. The acceptance of an offer to purchase constitutes a "sale", so that the applicant lost its rights under this section.' Le juge Lief.

<sup>82</sup>*Czier v. Orr*, [1954] O.W.N. 676 (H.C.).

<sup>83</sup>*McDonald v. Dakar Investments Ltd.*, [1959] O.W.N. 9: '[T]he token taking of possession by the plaintiff was not such a recovery of possession as disentitled the Court to grant a stay. The plaintiff did not contemplate obtaining any advantage from the taking of possession which was inherent in the taking of possession itself. That was what was contemplated by "recovery of possession" in s. 19a (b) (ii) [now 22 (1) (b)]. The acts of the plaintiff did not amount to recovery of possession.' Le juge Treleven.

La clause de déchéance du terme de l'hypothèque ne rend pas automatiquement exigible toute la somme non-payée dès qu'il y a défaut de paiement du créancier hypothécaire, mais donne plutôt à ce dernier la faculté d'exercer cette option s'il le juge à propos. L'effet des articles 21 et 22 de la *Loi sur les hypothèques* est donc de rendre inopérante dans certains cas la clause de déchéance du terme et de limiter l'action en forclusion en prévoyant une suspension d'instance lorsque le débiteur hypothécaire peut mettre à jour la créance hypothécaire en acquittant les arrérages.

**b. L'action en forclusion et l'exercice d'un recours alternatif.**

Même si le créancier hypothécaire dispose d'un nombre de recours considérables pour recouvrer la créance garantie par l'hypothèque, son choix de recours se résume souvent, entre d'une part l'action en forclusion et d'autre part l'action de vente en justice ou l'exercice du pouvoir de vente contractuel attaché à l'acte d'hypothèque. Récemment, les tribunaux ont eu à déterminer dans quelle mesure le créancier hypothécaire peut exercer successivement ces recours.

Dans l'affaire *Marshall v. Miles*,<sup>84</sup> le créancier hypothécaire, suite au non-paiement de la créance, intenta une action en forclusion. Immédiatement le débiteur hypothécaire déposa un avis déclarant qu'il désirait exercer son droit de rachat dans le délai de six mois, tel que prévu par la règle de procédure 466.<sup>85</sup> Deux mois s'étant à peine écoulés, le créancier hypothécaire signifia par avis écrit au débiteur hypothécaire qu'il désirait maintenant exercer le pouvoir de vente conféré par l'acte d'hypothèque et qu'à moins que la somme empruntée ne soit entièrement remboursée dans un délai de 35 jours, la propriété hypothéquée serait vendue pour régler la créance. Le débiteur hypothécaire réclama reconventionnellement une injonction pour empêcher la vente afin de lui permettre d'exercer son droit de rachat dans le délai de six mois en conformité avec l'avis donné à cet effet. Le juge Stewart statua que puisque le créancier hypothécaire avait choisi d'agir en forclusion, le demandeur était en droit de considérer comme convenu qu'il pourrait exercer pleinement son droit de rachat. Le créancier hypothécaire ayant reçu signification d'un avis à cet effet ne pourra donc pas insister sur l'exercice du pouvoir de vente contractuel.<sup>86</sup>

<sup>84</sup>[1970] 3 O.R. 394 (H.C.)

<sup>85</sup>*Supra*, note 27.

<sup>86</sup>*Marshall v. Miles*, *supra*, note 84, à la page 397.

Dans l'affaire *Petranik c. Dale*,<sup>87</sup> le juge en chef Laskin a statué que le jugement conditionnel cristallise les recours du créancier hypothécaire de sorte que celui-ci ne peut exercer le pouvoir de vente contractuel attaché à l'acte d'hypothèque sans le consentement du tribunal, faute de quoi il serait en mesure de révoquer unilatéralement une ordonnance officielle de la Cour.<sup>88</sup> Dans cette même affaire, le juge Dickson a statué que le pouvoir de vente contractuel est suspendu en raison du jugement conditionnel de forclusion.<sup>89</sup> Or, puisque le créancier hypothécaire sera tenu de respecter les étapes de l'action en forclusion, sauf dérogation autorisée par le tribunal,<sup>90</sup> il est d'une importance capitale que le créancier hypothécaire soit mis en garde sur la portée de ce recours lorsqu'il choisit d'agir en forclusion puisqu'il ne pourra poursuivre ses autres recours sans le consentement du tribunal.

2. **La vente judiciaire.** Au lieu d'intenter une action en forclusion, le créancier hypothécaire peut choisir la voie de l'action en vente judiciaire pour recouvrer la créance garantie par l'acte d'hypothèque en cas de non-paiement par le débiteur hypothécaire.<sup>91</sup> Le bref, réclamant du tribunal la vente du bien-fonds hypothéqué, prévoit qu'à moins que le débiteur hypothécaire n'exerce son droit de rachat et profite ainsi du délai usuel de six mois accordé à cette fin,<sup>92</sup> la propriété hypothéquée sera vendue immédiatement et le prix de vente sera affecté au paiement de la créance garantie par l'hypothèque.<sup>93</sup> De même, le débiteur hypothécaire peut exiger du tribunal, au cours d'une action en forclusion, la vente du bien-fonds au lieu de la forclusion, à condition qu'il en fasse la demande dans un délai de 20 jours après la signification du bref et qu'il dépose au greffe du tribunal la somme de 150 dollars pour couvrir les frais de la

<sup>87</sup>*Petranik c. Dale* [1977] 2 R.C.S. 959.

<sup>88</sup>*Ibid.*, le juge en chef Laskin à la page 970. "Je ne vois pas comment la créancière hypothécaire pouvait améliorer sa position en procédant sans permission, à une vente en vertu de l'hypothèque, alors qu'elle avait cristallisé ses recours dans un jugement conditionnel qui imposait un renvoi. Vendre dans de telles circonstances, sans ordre ni permission de la Cour, revient à méconnaître ce que la Cour a formellement ordonné".

<sup>89</sup>*Ibid.*, à la page 994: "Dès lors qu'un tribunal a prononcé jugement dans des procédures de forclusion, le pouvoir de vente du créancier hypothécaire est suspendu tant que l'exécution du jugement est elle-même pendante".

<sup>90</sup>*Ibid.*, le juge Dickson à la page 995: "Je n'ai aucun doute que, lorsqu'un créancier hypothécaire s'adresse à la Cour pour obtenir un redressement contre le débiteur hypothécaire, et engage le système judiciaire au point d'obtenir un jugement de la nature de celui qu'a obtenu [le créancier hypothécaire], il a la stricte obligation d'exécuter ce jugement ou d'obtenir de la Cour la permission d'agir autrement. Ayant eu recours à la justice de la Reine, il ne peut se faire justice lui-même".

<sup>91</sup>R.R.O., Règlement 545, règle 464. Le texte de cette règle est reproduit à la note 26, *supra*.

<sup>92</sup>Carthy and Millar, *The Ontario Annual Practice* (1976), Formule 8, requête 24, à la page 524.

<sup>93</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règle 472. Quant à la forme du jugement, voir Carthy and Millar, Formule 104, à la page 568.

vente.<sup>94</sup> De plus, le tribunal, s'il le juge opportun, peut soit avant ou après un jugement, ordonner une vente immédiate au lieu de rendre une ordonnance de forclusion lorsqu'il apparaît qu'une telle procédure serait avantageuse compte tenu de toutes les circonstances.<sup>95</sup> Il faut noter que cette dernière procédure est propre à l'Ontario.<sup>96</sup>

Il est évident pour le débiteur hypothécaire que la vente judiciaire est préférable à l'action en forclusion si la valeur du bien-fonds hypothéqué est supérieure au montant de la créance garantie par l'hypothèque, car il y aura une reddition de compte après la vente. En effet, le tribunal reversera au débiteur hypothécaire le reliquat du prix de vente après prélèvement du montant dû au créancier hypothécaire et des frais occasionnés par la vente.<sup>97</sup> Toutefois, si le prix de vente n'est pas suffisant pour éteindre la dette, le créancier hypothécaire aura droit à un jugement pour la fraction demeurant impayée.<sup>98</sup> Le *master* détermine si la vente sera soit par soumission, soit privée ou soit encore aux enchères.<sup>99</sup> Il est responsable de la bonne marche de la vente, notamment du choix des commissaires-priseurs, de la mise à prix, des annonces, du lieu et de la date de la vente.<sup>100</sup> De plus, si le *master* ne choisit pas la vente aux enchères comme moyen de disposer du bien-fonds, il doit personnellement veiller à la conduite de la vente.<sup>101</sup> Aux termes des règlements de procédure, notamment de la règle 445, toutes les parties peuvent faire une offre d'achat, à l'exclusion de celle qui a la conduite de la vente et des fiduciaires.<sup>102</sup> Ainsi, le créancier hypothécaire peut se porter acquéreur à une vente judiciaire à condition

<sup>94</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règle 457.

<sup>95</sup>*McGovern v. Mayhart Developers Ltd.* [1972]. 1 O.R. 545 à la page 549: "470. The Court may, on special application either before or after judgment, direct a sale instead of a foreclosure and may direct an immediate sale without previously determining the priorities of encumbrances or giving the usual or any time to redeem. It follows that while a judgment for foreclosure fixing a date for redemption and providing for a final foreclosure in default of payment within the time fixed is a final judgment . . . it is subject to variation as the circumstances may, in the opinion of the Court, require." Le juge d'appel Schroeder. Voir aussi Marriott and Dunn, *supra*, note 47, aux pp. 217-20.

<sup>96</sup>*Ibid.*, aux. pp. 549-50.

<sup>97</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règles 484 et 485.

<sup>98</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règle 489: "If the purchase money is not sufficient to pay what has been found due to the mortgagee, (where the mortgagor, or person liable to pay the debt is a defendant), he is entitled on an *ex parte* application to an order for the payment of the deficiency."

<sup>99</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règle 441: "Where a sale is ordered, the Master may cause the property to be sold either by public auction, private contract or tender, or part by one mode and part by another, as he thinks best for the interest of all parties."

<sup>100</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règle 443: "The Master shall fix the time and place of sale, name an auctioneer, where one is to be employed, and give direction for publication, fix the reserve bid, and make other necessary arrangement preparatory to the sale."

<sup>101</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règle 446.

<sup>102</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règle 445: "All parties may bid except the party having the conduct of the sale and except any trustees, agents and other persons in a fiduciary position."

qu'il n'ait pas la conduite de la vente<sup>103</sup> et obtienne l'autorisation du *master*.<sup>104</sup>

En Nouvelle-Écosse, l'action en forclusion stricte n'est pas ouverte au créancier hypothécaire qui doit passer par la voie de l'action en vente judiciaire.<sup>105</sup> Ainsi, lorsqu'il y a eu non-paiement de la créance, le créancier hypothécaire obtient une ordonnance qui est semblable à un jugement interlocutoire en forclusion. Si le débiteur hypothécaire n'exerce pas son droit de rachat dans le délai prévu, la propriété est vendue par décret du tribunal qui procède à la distribution des fonds réalisés par la vente et reverse, le cas échéant, tout excédent au débiteur hypothécaire.<sup>106</sup>

**3. La vente extrajudiciaire — la vente en vertu du pouvoir de vente.** De plus en plus, le créancier hypothécaire a recours au pouvoir de vente qui lui est conféré, soit par la loi, soit par le débiteur hypothécaire, pour mettre fin à l'exercice du droit de rachat en cas de non-paiement de la créance.<sup>107</sup> Ce recours est très avantageux pour le créancier hypothécaire lorsque la valeur du bien-fonds hypothéqué est supérieure au montant de la créance hypothécaire. En effet, ce recours lui permet de recouvrer rapidement la somme garantie par l'hypothèque puisque le débiteur hypothécaire n'aura pas droit au délai de six mois qui lui est normalement accordé dans le cas d'une action en forclusion ou d'une vente judiciaire. Le pouvoir de vente peut être conféré en vertu des dispositions de la *Loi relative aux hypothèques*<sup>108</sup> ou bien encore le débiteur hypothécaire peut lui-même conférer explicitement par convention le pouvoir de vendre le bien hypothéqué pour payer la dette quand celle-ci est devenue exigible selon les termes de l'acte d'hypothèque.<sup>109</sup>

<sup>103</sup>*Gunn v. Johnson* (1919), 46 D.L.R. 656, à la page 659: "It is not considered improper in itself for a [mortgagee] to become a purchaser. If he wishes to do so he must merely have nothing to do with conducting the sale." Voir aussi Marriott and Dunn, *supra*, note 47, aux pp. 236-37; Falconbridge, *supra*, note 1, à la page 512, note 22.

<sup>104</sup>R.R.O., 1970, Règlement 545, règle 525(4). Voir aussi Marriott and Dunn, *ibid.*, à la page 237: "A formal order should be issued and entered, and the leave granted should be noted in the advertisement and condition of sale."

<sup>105</sup>*Coast Realities v. Nolan* (1971), 20 D.L.R. (3d) 96.

<sup>106</sup>*Ibid.*, le juge Dubinsky à la page 101. "The Nova Scotia practice is based on the procedure in Ireland, under which the mortgagee applies for an order for sale, instead of an order for foreclosure, and the proceeds of the sale are used to pay off the encumbrances and the surplus, if any, is paid to the mortgagor and, in case of deficiency, the mortgagee can recover by personal action on the covenants in the mortgage."

<sup>107</sup>Robert C. Dick, "Sale Under Power of Sale", 10 *Can. Bar J.* à la page 505.

<sup>108</sup>*The Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 279, articles 23-29.

<sup>109</sup>*The Short Forms of Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 437, Sch. B, cl. 14.

- a. **Le pouvoir de vente conféré par la Loi.** Aux termes de l'article 23 de la *Loi relative aux hypothèques*,<sup>110</sup> le créancier hypothécaire possède, en Ontario, quand la somme principale garantie par l'hypothèque est en souffrance depuis trois mois, le pouvoir de vendre le bien hypothéqué aux enchères ou par contrat privé dans la même mesure que si ce pouvoir lui avait été explicitement conféré par l'acte d'hypothèque convenu entre les parties. On trouve au Nouveau-Brunswick les mêmes dispositions au paragraphe 44(1) de la *Loi sur les biens*:<sup>111</sup>

Lorsque l'hypothèque est consentie par un acte (*deed*), un créancier hypothécaire possède, en vertu de la présente loi, les pouvoirs suivants dans la même mesure que s'ils avaient été explicitement conférés par l'acte d'hypothèque, savoir:

- a) le pouvoir, quand la somme garantie par l'hypothèque ou tout intérêt sur celle-ci est devenu exigible, de vendre ou de concourir avec une autre personne à vendre le bien hypothéqué ou toute partie de celui-ci en un ou plusieurs lots, aux enchères ou par contrat privé, sous réserve des conditions que le créancier juge opportunes en matière de titre de propriété, de preuve de titre de propriété, ou autre matière, avec le pouvoir de modifier tout contrat de vente et de se porter acquéreur aux enchères, ou de résilier le contrat de vente et de revendre, sans être tenu de répondre de toutes pertes qui en résulteraient.

En Ontario, le créancier hypothécaire ne peut exercer le pouvoir de vente à moins d'avoir fait par écrit une demande de paiement au débiteur hypothécaire et de lui accorder un délai de 45 jours pour se libérer de la créance.<sup>112</sup> De plus, le créancier hypothécaire ne peut se prévaloir de ce recours que lorsque la créance hypothécaire a été en souffrance pour une durée de 15 jours.<sup>113</sup>

Quant à la répartition du prix de vente, le créancier hypothécaire doit l'affecter en premier lieu au paiement des frais occasionnés par la vente, en deuxième lieu au règlement des sommes et intérêts des créanciers postérieurs, s'il y a lieu, et enfin le reliquat du prix de vente doit être versé au débiteur hypothécaire.<sup>114</sup> Toutefois, en vertu des dispositions de l'article 29 de ladite Loi, le pouvoir de vente légal prévu par l'article 23 ne joue pas lorsque l'acte

<sup>110</sup>Articles 23-29.

<sup>111</sup>L.R.N.-B., 1973, c. P-19.

<sup>112</sup>*The Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 279, para. 25(1): "No sale under the power conferred by section 23 shall be made until after forty-five days notice in writing in Form 1 has been given to the persons and in the manner provided by Part III. (2) The notice may be given at any time after fifteen days default in making any payment provided for by the mortgage."

<sup>113</sup>Para. 25(2). Il y a un conflit entre les articles 23 et 25 de la *Loi relative aux hypothèques*. Il semble qu'en vertu des dispositions de l'article 23 aucune vente ne peut être effectuée à moins que la créance n'ait été en souffrance au moins trois mois.

<sup>114</sup>Art. 26.

d'hypothèque comporte une clause conférant un pouvoir de vente au créancier hypothécaire en cas de non-paiement de la créance.<sup>115</sup> Or, puisque aujourd'hui l'acte d'hypothèque comprend presque toujours une telle clause, le pouvoir de vente légal est rarement utilisé.<sup>116</sup>

- b. Le pouvoir de vente contractuel.** Les parties conviennent presque toujours d'insérer dans l'acte d'hypothèque une clause expresse conférant au créancier hypothécaire le privilège de vendre la propriété hypothéquée en cas de non-paiement de la créance et d'affecter le prix de vente au règlement des sommes et intérêts impayés garantis par l'hypothèque. Ainsi en Ontario, la pratique est d'insérer dans l'acte d'hypothèque un pouvoir de vente tel que formulé dans le *Short Forms of Mortgages Act*<sup>117</sup> et d'y apporter les modifications que les circonstances commandent. De même, la Société centrale d'hypothèques et de logement insiste, à titre de créancier hypothécaire, pour que tout acte hypothécaire comprenne un pouvoir de vente.<sup>118</sup> Toutefois, même si les parties peuvent déterminer les modalités d'exercice du pouvoir de vente, celles-ci doivent néanmoins satisfaire à certaines dispositions de la *Loi sur les hypothèques*.<sup>119</sup> Ainsi en Ontario, le créancier hypothécaire ne peut exercer le pouvoir de vente conféré par l'acte d'hypothèque à moins que la créance hypothécaire n'ait été en souffrance pendant 15 jours et qu'il n'ait donné par écrit un préavis de 35 jours au débiteur hypothécaire.<sup>120</sup> Il est à noter que les délais précités sont les délais minimum prescrits par la Loi pour l'exercice du pouvoir de vente,<sup>121</sup> mais les parties sont libres de

<sup>115</sup>*Scollard Investments Ltd. v. Halsid Investments Ltd.* (1976), 9 O.R. (2d) 402 (H.C.).

<sup>116</sup>F. Higginbottom, "Mortgages", *The Law Society of Upper Canada Special Lectures: Recent Developments in the Law* (1967), à la page 224.

<sup>117</sup>*The Short Forms of Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 437, Sch. B, cl. 14: "Provided that the said mortgagee on default of payment for [15 days] may on [35 days] notice enter on and lease the said lands or on default of payments for [15 days] may on [35 days] notice sell the said lands."

<sup>118</sup>Central Mortgage and Housing Corporation Form 1006, 174, cl. 12.

<sup>119</sup>*The Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 279, art. 37: "Notwithstanding any agreement to the contrary or any provision contained in any mortgage or any provision of this or any other act, sections 30, 31, 32, 33, 34 and 35 apply to any power of sale in a mortgage, and sections 30, 32, 33 34 and 35 apply to the power of sale conferred by section 23."

<sup>120</sup>*Lee v. Guettler* (1976), 10 O.R. (2d) 257, à la page 260: "In 1964 the Act was amended to include ss. 30, 31 and 37. Under s. 30, a power of sale shall not be exercised unless a notice of exercising the power in Form 1 has been given to the persons specified in the section. Under s. 31 such notice shall not be given until default has continued for at least 15 days, and the sale shall not be made for at least 35 days after the notice has been given. By s. 37 the requirement of ss. 30 and 31 apply to any power of sale in a mortgage, notwithstanding any agreement to the contrary, or any provision in the mortgage or any statutory provision." Le juge Howland.

<sup>121</sup>*The Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 279, art. 31.

stipuler des délais plus généreux.<sup>122</sup> Il est donc essentiel de toujours se reporter à la clause conférant le pouvoir de vente, car souvent les délais prévus par l'acte d'hypothèque dépassent le minimum prescrit par la Loi.

**c. Dispositions générales se rapportant à l'exercice du pouvoir de vente.**

- i. La faculté du créancier hypothécaire d'exercer le pouvoir de vente.** Dans l'affaire *Arnold v. Bronstein*,<sup>123</sup> le débiteur hypothécaire réclamait une injonction provisoire tendant à interdire au défendeur *Bronstein* d'exercer le pouvoir de vente que lui conférait l'acte d'hypothèque. Les motifs avancés par le débiteur hypothécaire étaient les suivants: le climat économique qui ne lui permettait pas de refinancer le prêt hypothécaire, l'état précaire de sa santé et enfin le fait que la remise de la vente ne pouvait porter préjudice au créancier hypothécaire puisque la valeur de la propriété hypothéquée dépassait de beaucoup la somme garantie par l'hypothèque. Le juge Lacourcière confirma la règle générale voulant que, en l'absence de fraude ou de circonstances exceptionnelles, le créancier hypothécaire agissant de bonne foi, ne se verra pas interdire d'exercer son pouvoir de vente si celui-ci est exercé en conformité avec les termes de la clause conférant ledit pouvoir de vente. Or, puisque le créancier hypothécaire n'a pu démontrer en l'espèce la présence de circonstances exceptionnelles, le tribunal statua que la règle générale devait recevoir application et refusa donc d'accorder l'injonction.<sup>124</sup>

Le juge souligna que même si souvent le tribunal accorde assez facilement un ajournement lorsqu'il s'agit d'une vente judiciaire, il n'en est pas de même dans le cas d'une vente en vertu du pouvoir de vente contractuel, car un tel ajournement équivaudrait en effet à modifier les termes même de la

<sup>122</sup>Art. 36. Re *Larchwood Construction Co. Ltd. and Terrace Wood Townhomes* (1977), 13 O.R. (2d) 551, à la page 552: "In 1964 *The Mortgages Act*, R.S.O., 1960, c. 245, was amended by S.O., 1964, c. 64, s. 6, to include as Part III mandatory provisions governing the giving of notice of exercise of the contractual power of sale in a mortgage and specifying the form of notice, and also the minimum periods of default and of notice." Le juge Howland.

<sup>123</sup>[1971] 1 O.R. 467 (H.C.).

<sup>124</sup>*Ibid.*, à la page 468: "It appears that Courts have refused to interfere with the proper exercise of a power of sale in all but the most extreme and exceptional cases . . . The general rule developed from numerous cases is that a mortgagee, acting in good faith and without fraud, will not be restrained from a proper exercise of his power of sale, except upon tender by the mortgagor of the principal moneys due, interests and costs." Le juge Lacourcière.

convention liant les parties.<sup>125</sup> Il s'ensuit que le tribunal interviendra rarement dans l'exercice du pouvoir de vente contractuel et, lorsqu'il y aura intervention, il faudra que la requête soit faite bien avant la date fixée pour la vente afin que le créancier hypothécaire ne subisse pas de préjudice.<sup>126</sup>

- ii. **L'effet de la vente.** Le créancier hypothécaire, exerçant le pouvoir de vente, transfère les biens hypothéqués libres de tous les droits de tenure et autres droits sur lesquels l'hypothèque a priorité. La répartition du prix de vente a lieu comme dans le cas de la vente judiciaire.<sup>127</sup> Si le pouvoir de vente a été improprement ou irrégulièrement exercé, le titre de propriété de l'acheteur sera protégé en vertu des articles 34 et 35 de la *Loi sur les hypothèques*.<sup>128</sup> Toute personne lésée par un exercice irrégulier, impropre ou non autorisé du pouvoir possède un recours en dommages-intérêts contre celle qui a exercé le pouvoir de vente.<sup>129</sup>

En effet, selon l'article 34 de la *Loi sur les hypothèques*, si l'acheteur obtient du créancier hypothécaire ou de son avocat des déclarations solennelles affirmant que la créance hypothécaire était en souffrance, que le débiteur hypothécaire a été avisé de l'exercice du pouvoir de vente et que la vente a été exécutée en conformité avec les dispositions législatives régissant l'exercice du pouvoir de vente, lesdites déclarations feront preuve de la régularité de l'exercice du pouvoir de vente et suffiront à transférer à l'acheteur le titre de la propriété ainsi vendue.<sup>130</sup> S'il y a eu irrégularité dans l'application des

<sup>125</sup>*Ibid.*, à la page 468: "It is clear that different considerations apply where the sale is made by a mortgagee under a power of sale in contrast to a sale after final order of foreclosure. As pointed out by Riddell, J. in *Standard Realty Co. v. Nicholson* (1911), 24 O.L.R. 46 at pp. 56-57: [t]here is a marked difference in the power of the Court to interfere where it is a question of rights arising under its own decree, and where it is a question of rights arising from a contract. Where a person, to support his claim to land, must rely upon a judgment of the Court, the Court may well have the power to vary such judgment and the rights arising under it — but whence comes the power of the Courts to interfere with rights arising under contract and independently of any Court proceeding?"

<sup>126</sup>*Ibid.*, à la page 469: Le juge Lacourcière cite *Hoskins v. Johnston* (1875), 6 P.R. Ont. 257, à la page 259: "Only in an extreme case should a sale be postponed. Where an application is made, some time before the day appointed for the auction, so that a postponement can be had before bidders have arranged to attend and to become purchasers, then it may not, at times, be unreasonable to allow an adjournment, as no injury need thereby be done; but where the application is made but a few days before the time appointed for the sale, then it is out of the question to grant a postponement unless there be some fraud or evil practice or some omission which will plainly cause damage to parties interested."

<sup>127</sup>*The Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 279, articles 26 et 29.

<sup>128</sup>*The Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 279.

<sup>129</sup>*The Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 279, art. 35.

<sup>130</sup>*Re Hal Wright Motor Sales and Industrial Development Bank* (1976), 8 O.R. (2d) 76, à la page 85: "Section 34 prescribes a particular manner by which compliance with the statutory requirements may be evidenced and makes that manner of proof conclusive evidence of such compliance sufficient to give a good title to the purchaser." Le juge Vannini.

dispositions législatives régissant l'exercice du pouvoir de vente, tel que défini dans les articles 30 à 39 de la *Loi sur les hypothèques*, l'acheteur peut invoquer l'article 35 de ladite Loi pour assurer la validité du titre de propriété acquis dans ces circonstances. Toutefois, l'effet de l'article 35 se limite à corriger certains défauts de procédure mineurs, tels que le mode de signification de l'avis; il ne saurait jouer dans le cas par exemple où le créancier hypothécaire n'aurait donné aucun préavis de l'exercice du pouvoir de vente.<sup>131</sup> De plus, il ne protégera l'acheteur d'un défaut de procédure que s'il a obtenu du créancier hypothécaire un acte de transfert lui conférant le titre de propriété; une simple offre d'achat ne sera pas suffisante à cette fin.<sup>132</sup>

- iii. **La capacité du créancier hypothécaire d'intenter une action personnelle sur l'engagement après avoir eu recours au pouvoir de vente.** Il faut se rappeler qu'une hypothèque constitue à la fois un transfert de bien-fonds pour garantir un prêt et un engagement de la part du débiteur hypothécaire de rembourser la créance à l'échéance prévue par l'acte d'hypothèque. Très tôt, les tribunaux ont eu à se prononcer sur l'opportunité d'habiliter le créancier hypothécaire, qui a exercé le pouvoir de vente attaché à l'hypothèque, à intenter l'action personnelle sur l'engagement lorsque la somme provenant de la vente ne suffit pas pour acquitter la créance. Ainsi dans l'affaire *Rudge v. Richens*,<sup>133</sup> le créancier hypothécaire, ayant exercé son pouvoir de vente et constatant que la somme provenant de ladite vente n'était pas suffisante pour acquitter la créance, intenta une action personnelle sur l'engagement afin de recouvrer la somme due en vertu de l'acte d'hypothèque.

Le débiteur hypothécaire demanda au tribunal d'interdire au créancier hypothécaire d'intenter l'action personnelle sur l'engagement dans le cas où celui-ci a choisi d'exercer le pouvoir de vente attaché à l'hypothèque puisqu'il devait être tenu d'accepter la somme provenant de la vente en règlement intégral de la dette. Le tribunal statua que le créancier hypothécaire jouit indubitablement du droit au recours à l'action personnelle sur l'engagement même s'il a exercé le pouvoir de vente lorsque la vente ne produit pas les fonds nécessaires pour acquitter la créance.<sup>134</sup> Le juge indiqua que

<sup>131</sup>*Re Hyde and Besserer*, [1972] 1 O.R. 434 (H.C.).

<sup>132</sup>*Re Hal Wright Motor Sales and Industrial Development Bank*, *supra*, note 130, aux pp. 82-84.

<sup>133</sup>(1873), L.R. 8 C.P. 358.

<sup>134</sup>*Ibid.*, le juge Grover, à la page 362.

les motifs justifiant l'arrêt précité sont basés sur le fait que lorsque la propriété est vendue en vertu du pouvoir de vente, le créancier hypothécaire ne peut percevoir de gain parce que la somme provenant de la vente doit être affectée au règlement de la créance et des frais exposés à cette fin, et le reliquat de la somme ainsi reçue doit être versé au débiteur hypothécaire. Il est donc juste de permettre au créancier hypothécaire d'intenter une action personnelle pour recouvrer la fraction demeurant impayée.<sup>135</sup>

- iv. **Qui peut se porter acquéreur à la vente?** Le créancier hypothécaire peut-il se porter acquéreur à une vente que lui-même a provoquée en vertu du pouvoir de vente? Dans l'affaire *Farrar v. Farrars Ltd.*<sup>136</sup> la créance étant demeurée impayée pendant trois mois, le créancier hypothécaire Farrar exerça son pouvoir de vente selon la clause régissant ledit pouvoir de vente et transféra le titre de la propriété hypothéquée à la société Farrars Ltd. Le débiteur hypothécaire contesta la vente au motif que le créancier hypothécaire était l'un des actionnaires principaux de la société Farrars Ltd. et devait donc être considéré comme l'acheteur, fait qui entraînait la nullité de la vente. Lord Lindley statua qu'il est de jurisprudence bien établie qu'une vente par une personne à elle-même ne constitue ni une vente, ni un exercice valide du pouvoir de vente et l'interposition d'un fiduciaire ne change rien à la substance de l'opération.<sup>137</sup> Le créancier hypothécaire ne peut donc, dans l'exercice de son pouvoir de vente, devenir acquéreur pour son propre compte ou avec d'autres ou par l'intervention d'un fiduciaire. Par contre, le tribunal déclara qu'une vente par un individu à une société dont il est actionnaire ne constitue ni en forme, ni en substance, une vente par un individu à lui-même puisque la personne légale qui est la société a toujours été distincte de ses membres qui la constituent.<sup>138</sup>

Il faut noter qu'en vertu des dispositions du paragraphe 23(1) de la *Loi sur les hypothèques*<sup>139</sup> le créancier hypothécaire

<sup>135</sup>*Ibid.*, à la page 368.

<sup>136</sup>(1889), 40 Ch. D. 395.

<sup>137</sup>*Ibid.*, à la page 409: "It is perfectly well settled that a mortgagee with a power of sale cannot sell to himself, either alone or with others, nor to a trustee for himself; nor to any one employed by him to conduct the sale. . . . A sale by a person to himself is no sale at all, and a power of sale does not authorize the donee of the power to take the property subject to it at a price fixed by himself, even although such price be the full value of the property. Such a transaction is not an exercise of the power, and the interposition of a trustee, although it gets over the difficulty so far as form is concerned, does not affect the substance of the transaction." Lord Lindley.

<sup>138</sup>*Ibid.*, aux pp. 409-10.

<sup>139</sup>*The Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 279.

possède, quand la somme garantie par l'hypothèque ou tout intérêt sur celle-ci demeure exigible, le pouvoir non seulement de vendre, mais aussi de se porter acquéreur aux enchères ou de résilier le contrat de vente et de revendre sans être tenu de répondre des pertes qui en résulteraient. Certains auteurs, se fondant sur l'autorité de l'arrêt précité, maintiennent que lorsque le créancier hypothécaire se porte acquéreur aux enchères, il le fait non à son propre profit mais dans le but de revendre ou d'exercer tout autre recours que lui confère l'acte d'hypothèque.<sup>140</sup> Toutefois, au Nouveau-Brunswick, il n'y a pas de doute que le créancier hypothécaire puisse se porter acquéreur puisque la *Loi sur les biens* stipule explicitement que le pouvoir donné au créancier hypothécaire de se porter acquéreur aux enchères est un pouvoir d'acheter pour son propre compte et pour son propre usage.<sup>141</sup>

Lorsque le créancier hypothécaire a obtenu une hypothèque de deux ou plusieurs copropriétaires et exerce le pouvoir de vente en raison du non-paiement de la créance, l'un ou l'autre des codébiteurs hypothécaires peut se porter acquéreur à la vente.<sup>142</sup>

- v. **La responsabilité du créancier hypothécaire vis-à-vis du débiteur hypothécaire dans l'exercice des pouvoirs de vente.** En écartant la notion de fiducie dans cette opération, la jurisprudence a voulu faire ressortir que le pouvoir de vente est un avantage conféré au créancier hypothécaire et peut être exercé indépendamment des directives du débiteur hypothécaire. La jurisprudence requiert du créancier hypothécaire qu'il agisse de bonne foi et qu'il s'assure que le prix de vente soit raisonnable.<sup>143</sup> Le créancier hypothécaire a donc un double devoir vis-à-vis du débiteur hypothécaire, il doit non seulement agir de bonne foi, mais aussi s'assurer, dans

<sup>140</sup>Falconbridge, *supra*, note 1, à la page 742.

<sup>141</sup>L.R.N.-B., 1973, c. P-19, Para. 44(4).

<sup>142</sup>*Re Nunnes and District Registrar for Winnipeg* (1972), 21 D.L.R. (3d) 97 (man. Q.B.). Le juge Nitikman cite à la page 101 Lord Lindley dans l'arrêt *Kennedy v. De Trafford*, [1896] 1 Ch. 762, at p. 770: "The mortgagee is entitled to sell to anybody who can buy, provided, of course, that he deals fairly and properly in the ordinary way. I see no ground whatever for excluding any mortgagor, if there happened to be several, from buying. It may be one of the very best protections for the mortgagee that he should be able to sell to such a person if he cannot find a better purchaser."

<sup>143</sup>*Farrar v. Farrars Ltd.*, *supra*, note 136, à la page 410-11: "A mortgagee is under obligations to the mortgagor, but he has rights of his own which he is entitled to exercise adversely to the mortgagor. (A trustee for sale has no business to place himself in such a position as to give rise to a conflict of interest and duty). But every mortgage confers upon the mortgagee the right to realize his security and to find a purchaser if he can, and if in the exercise of his power he acts *bona fide* and takes reasonable precautions to obtain a proper price, the mortgagor has no redress, even although more might have been obtained for the property if the sale had been postponed." Lord Lindley.

l'exercice du pouvoir de vente, que la somme provenant de la vente représente le prix courant de la propriété hypothéquée.<sup>144</sup> Ainsi, lorsque la propriété hypothéquée peut, selon les règlements d'urbanisme, être affectée à la construction de maisons ou d'appartements, mais que les annonces de mise en vente ne dévoilent pas ce fait, le débiteur hypothécaire peut agir en dommages-intérêts contre le créancier hypothécaire lorsque cette omission résulte en un prix de vente inférieur au prix courant de la propriété vendue.<sup>145</sup>

**4. L'action personnelle sur l'engagement.** Nous avons vu que l'hypothèque immobilière consiste non seulement en un transfert de bien-fonds par le débiteur hypothécaire à titre de sûreté sous la condition qu'il en redeviendra propriétaire en payant la créance à l'échéance, mais aussi en un engagement de payer la somme principale et les intérêts conformément aux dispositions de l'acte d'hypothèque.<sup>146</sup> L'action personnelle sur l'engagement est donc fondée sur cette obligation personnelle du débiteur hypothécaire de rembourser la dette et fournit au créancier hypothécaire un recours supplémentaire lorsque celui-ci cherche d'autres biens du débiteur hypothécaire pour recouvrer le prêt quand il est devenu exigible. Même si l'action personnelle sur l'engagement est semblable à toute autre action personnelle pour le recouvrement d'une dette et peut être exercée indépendamment des autres recours ouverts au créancier hypothécaire ou concurremment avec ceux-ci,<sup>147</sup> elle est toutefois assujettie à une règle bien particulière. Il s'agit du cas où le créancier hypothécaire, ayant obtenu une ordonnance finale de forclusion, désire intenter une action personnelle sur l'engagement pour recouvrer la fraction demeurant impayée parce que la valeur de la propriété hypothéquée est inférieure au montant de la créance. Dans les provinces de l'Alberta,<sup>148</sup> du Manitoba<sup>149</sup> et de la Saskatchewan,<sup>150</sup> le créancier hypothécaire ne peut intenter d'action personnelle sur un engagement dans les circonstances précitées puisque la Loi stipule, dans chacune de ces provinces, que toute ordonnance finale de

<sup>144</sup>*Cuckmere Brick Co. v. Mutual Finance*, [1971] 2 All E.R. 633, à la page 646: "I conclude, both on principle and authority, that a mortgagee in exercising his power of sale does owe a duty to take reasonable precautions to obtain the true market value of the mortgaged property at the date on which he decides to sell it." Salmond L.J.

<sup>145</sup>*Ibid.*

<sup>146</sup>*The Short Forms of Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 437, Sch. B, para. 4, column 1: "That the mortgagor will pay the mortgage money and interest, and observe the above proviso." Voir aussi, note 2, *supra*.

<sup>147</sup>R.O.O., Règlement 545, règle 464. Le texte de cette règle est reproduit à la note 26, *supra*.

<sup>148</sup>*Loose c. Spruce Holdings and Investments*, [1972] R.C.S. 653, aux pp. 657-58.

<sup>149</sup>*Killarney Credit Union v. Friesen* (1976), 61 D.L.R. (3d) 693, à la page 698 (Man. Q.B.).

<sup>150</sup>*Industrial Development Bank v. Schultz* (1971), 16 D.L.R. (3d) 581 (Sask. C.A.).

forclusion a pour effet de régler totalement la créance garantie par l'hypothèque. Ainsi, par exemple, le paragraphe 109(1) du *Land Titles Act* de l'Alberta<sup>151</sup> comporte les dispositions suivantes:

L'effet d'une ordonnance de saisie [forclusion] fondée sur une hypothèque ou une charge, rendue par une cour ou un juge, est d'opérer le transport au créancier hypothécaire du droit de propriété dans le bien-fonds grevé, libre de tout droit ou faculté de rachat en *equity*... et l'ordonnance a pour effet d'acquitter entièrement la dette garantie par l'hypothèque.<sup>152</sup>

En Ontario, comme d'ailleurs dans les autres provinces qui n'ont pas légiféré en la matière, la jurisprudence a établi une règle beaucoup plus nuancée dans l'arrêt *Lockhart v. Hardy*.<sup>153</sup> Dans cette affaire, le créancier hypothécaire, ayant obtenu une ordonnance finale de forclusion, disposa de la propriété par voie d'une vente privée afin de recouvrer la somme prêtée, mais le prix obtenu fut insuffisant pour régler la créance. Il poursuivit alors le débiteur hypothécaire sur son engagement personnel afin de recouvrer la fraction demeurant impayée.

Le tribunal statua que le créancier hypothécaire est tenu en *equity* de rétrocéder la propriété hypothéquée lorsqu'il y a eu paiement intégral de la créance. Or, ayant vendu le bien hypothéqué, il s'est placé dans l'impossibilité de remettre la garantie fournie à cet égard et, conséquemment, n'est plus en mesure d'intenter une poursuite sur l'engagement puisqu'à toutes fins pratiques il cherchait à recouvrer l'intégralité de la dette.<sup>154</sup> Le juge en chef Laskin a récemment reformulé cette règle dans l'arrêt *Rushton c. Industrial Development Bank*.<sup>155</sup>

Lorsqu'un créancier hypothécaire procède à une forclusion à l'égard d'un bien-fonds hypothéqué, en prend les titres, puis vend le bien-fonds comme lui appartenant, il ne peut pas réclamer le solde dû sur l'hypothèque à moins qu'il lui soit possible de remettre le bien-fonds. La situation serait différente si le créancier hypothécaire avait exercé son pouvoir de vendre en vertu de son hypothèque ou s'il avait demandé une vente judiciaire dans les procédures de forclusion, s'obligeant ainsi à une reddition de compte. Toutefois, lorsqu'il s'en tient à la forclusion, une poursuite subséquente sur l'engagement de payer la dette hypothécaire remet en cause la forclusion et autorise le débiteur hypothécaire à exiger la disponibilité de la propriété saisie, comme condition de son obligation.

<sup>151</sup>*The Land Titles Act*, R.S.A., 1970, c. 198 art. 109(1).

<sup>152</sup>*Loose c. Spruce Holdings and Investments*, *supra*, note 22, à la page 657.

<sup>153</sup>(1846), 50 E.R. 378.

<sup>154</sup>*ibid.*, à la page 381: "The mortgagee had, by his securities, a right to foreclose the mortgage, and if he thought the estate insufficient, a further right to proceed on his personal securities, thereby giving to the mortgagor a renewed right to redeem; but when he has so dealt with the estate, that the mortgagor cannot redeem, it appears to me, that he is not entitled to proceed on the personal securities. . . . In equity, the mortgagee is bound to restore the estate on full payment of the debt; and that having sold the estate, and thereby disabled himself from restoring it, he is not in a condition to demand payment of the whole debt, which he does, when he sues on the bond." Lord Langdale M.R.

<sup>155</sup>*Rushton c. Industrial Development Bank*, *supra*, note 22, à la page 562.

Lord Phillimore dans l'arrêt *Gordon Grant & Co. v. Boos*<sup>156</sup> a tenté d'expliquer le fondement de la conclusion de la règle formulée dans *Lockhart v. Hardy* en proposant qu'elle a pour objet d'éviter le double paiement de la créance.

En effet, dans le cas d'une vente judiciaire ou d'une vente en vertu du pouvoir de vente, le créancier hypothécaire est tenu à une reddition de compte, ce qui écarte toute possibilité de double paiement de la créance. Par contre, lorsqu'il procède à une forclusion et prend les titres, le prix courant de la propriété ainsi obtenue n'a pas été fixé et peut excéder le montant de la créance. Or, pour éviter que le créancier hypothécaire ne reçoive trop, la règle dans l'arrêt *Lockhart v. Hardy* stipule qu'il doit être en mesure de rétrocéder la propriété hypothéquée s'il désire intenter une poursuite sur l'engagement après une ordonnance finale de forclusion et confère ainsi au débiteur hypothécaire un nouveau droit de rachat. Ainsi, si la valeur de la propriété hypothéquée est supérieure à la créance, le débiteur aura la faculté de se prévaloir de son nouveau droit de rachat, et d'exiger une rétrocession et de regagner, s'il le juge à propos, la propriété hypothéquée en remboursant la créance.<sup>157</sup> Le fait que le créancier hypothécaire a lui-même grevé la propriété hypothéquée en faveur d'un tiers ne l'empêchera pas d'intenter une poursuite sur un engagement s'il est en mesure au moment de l'action de rétrocéder la propriété hypothéquée. Il en fut ainsi dans l'affaire *Munsen v. Hauss*<sup>158</sup> où le créancier hypothécaire, suite au non-paiement de la créance hypothécaire, obtint une ordonnance finale de forclusion et greva le fonds d'une hypothèque en faveur d'un tiers. Ayant obtenu mainlevée de l'hypothèque, il intenta ensuite une action personnelle sur l'engagement. Le tribunal statua que le créancier hypothécaire, étant en mesure, lors de la signification du bref, de rétrocéder la propriété, était donc habilité à intenter une action personnelle sur l'engagement du débiteur hypothécaire afin de recouvrer l'intégralité de la somme impayée.<sup>159</sup>

De plus, la jurisprudence reconnaît une autre exception à la règle de *Lockhart v. Hardy*: lorsque l'incapacité de remettre la garantie résulte de la conduite du débiteur hypothécaire.<sup>160</sup>

Dans l'arrêt *Beatty v. Bailey*,<sup>161</sup> la première hypothèque était en souffrance et la valeur de la propriété hypothéquée était inférieure au

<sup>156</sup>[1926] A.C. 781.

<sup>157</sup>*Ibid.*, aux pages 785-86.

<sup>158</sup>(1875), 22 Gr. Ch. 279.

<sup>159</sup>*Ibid.*, à la page 281: "In all the cases that I have seen there has been such an alienation of the property that the mortgagee has placed it out of his power to restore it." Spragge Chancellor.

<sup>160</sup>*Beatty v. Bailey* (1912), 26 O.L.R. 145 (Div'l Ct.); *Brown v. Weil* (1923), 23 O.W.N. 39; *Geidinger v. Kierans*, [1967] 1 O.R. 217 (H.C.); *Rushton c. Industrial Development Bank*, *supra*, note. 22.

<sup>161</sup>*Beatty v. Bailey*, *ibid.*

montant de la dette garantie par la première hypothèque. Afin d'éviter les frais et les délais d'une forclusion et de faciliter la vente, le deuxième créancier hypothécaire renonça au droit de rachat qui lui appartenait en vertu même de la deuxième hypothèque, puis intenta une action sur l'engagement conformément aux termes de l'acte d'hypothèque. Le tribunal statua que, même si le deuxième créancier hypothécaire ne pouvait rétrocéder la propriété, il avait le droit de fonder une poursuite sur l'engagement relatif à la deuxième hypothèque. Le juge Middleton a motivé l'arrêt dans les termes suivants:<sup>162</sup>

Le droit du débiteur, lorsqu'il est l'objet d'une poursuite sur un engagement, de demander une rétrocession de la propriété hypothéquée . . . ne peut être invoqué lorsque l'incapacité de rétrocéder résulte de la défaillance du débiteur lui-même. Dans la présente affaire, le non-paiement de la première hypothèque a eu pour effet de donner au créancier un droit de propriété absolu et a rendu le droit du demandeur, en sa qualité de deuxième créancier, susceptible de faire l'objet d'une forclusion en equity. Il est clair . . . que la perte de la propriété a résulté, non pas de l'action du demandeur, mais des droits conférés au premier créancier par sa garantie et de la défaillance du défendeur lui-même.

Dans l'arrêt *Rushton c. Industrial Development Bank*, le juge en chef Laskin a clairement établi que la jurisprudence reconnaît au créancier hypothécaire le droit de poursuivre en vertu de l'engagement malgré une forclusion antérieure, lorsqu'il lui est impossible de remettre la garantie sans qu'il y ait faute de sa part.<sup>163</sup>

Cette exception à la règle de *Lockhart v. Hardy* a été argumentée avec vigueur dans l'arrêt *Dowker v. Thompson*.<sup>164</sup> Dans cette affaire, non seulement la créance était en souffrance, mais les taxes foncières n'avaient pas été payées par le débiteur hypothécaire. Le créancier hypothécaire obtint une ordonnance finale de forclusion en raison du défaut de paiement de la créance, mais par la suite, la corporation municipale ordonna la vente de la propriété pour recouvrer les taxes impayées. Ayant crédité la somme perçue de la vente effectuée par la corporation municipale, le créancier hypothécaire intenta une poursuite en vertu de l'engagement pour le reliquat. Le tribunal refusa d'accueillir cette action jugeant que l'obligation de payer les arrérages de taxes incombaît uniquement au créancier hypothécaire dès qu'il avait obtenu une ordonnance finale de forclusion. N'étant donc plus en mesure de rétrocéder les biens hypothéqués, le créancier hypothécaire était empêché par la règle de *Lockhart v. Hardy* de récupérer le solde au moyen de l'action personnelle sur l'engagement.

<sup>162</sup>*Ibid.*, à la page 152. Le texte français apparaît dans le jugement du juge Judson dans l'affaire *Rushton c. Industrial Development Bank*, *supra*, note 22, à la page 556.

<sup>163</sup>*Ibid.*, à la page 566: "On a reconnu le droit du créancier de poursuivre en vertu de l'engagement malgré une forclusion antérieure, lorsqu'il lui est impossible de remettre la garantie sans qu'il y ait faute de sa part, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un bail arrivé à terme ou lorsque le propriétaire d'un fonds a repris possession en bonne et due forme: voir *Re Burrell* (1869), L.R. 7 Eq. 399."

<sup>164</sup>[1941] O.R. 44 (C.A.).

Il semble que cette application rigoureuse de la règle de *Lockhart v. Hardy* aurait pu être ignorée puisque dans l'espèce la vente effectuée par la corporation municipale avait toutes les caractéristiques d'une vente judiciaire.

La règle dans l'arrêt *Lockhart v. Hardy* a même pour effet de priver le créancier hypothécaire de son action personnelle sur l'engagement lorsque celui-ci, titulaire d'une hypothèque garantissant une seule dette contractée par deux codébiteurs, obtint une ordonnance finale de forclusion contre un des codébiteurs hypothécaires et vendit comme siens un certain nombre de parcelles faisant l'objet de la garantie. Le tribunal a statué que le créancier hypothécaire avait choisi de renoncer à la créance en se mettant dans l'impossibilité de rétrocéder toute la garantie faisant l'objet de l'acte d'hypothèque.<sup>165</sup>

**5. La prise de possession.** La prise de possession a lieu d'un commun accord ou est ordonnée sur requête. Nous avons déjà vu que l'hypothèque immobilière consiste à la fois en une promesse d'acquitter une créance et en un transfert de titre de propriété sous la condition qu'il sera résolu par le paiement de la créance conformément aux termes de l'acte d'hypothèque. Par conséquent, il s'ensuit qu'en l'absence de convention contraire, le créancier hypothécaire a droit, en vertu même de l'acte d'hypothèque, à la possession du bien hypothéqué dès que l'hypothèque est constituée.<sup>166</sup>

Toutefois, puisque l'objet premier d'une transaction hypothécaire est de garantir un prêt, l'acte d'hypothèque comporte invariablement une clause qui assure au débiteur hypothécaire la possession du bien hypothéqué aussi longtemps qu'il remplira les obligations prévues par l'acte d'hypothèque.<sup>167</sup> Par contre, le créancier hypothécaire assortit toujours l'hypothèque d'une clause lui conférant le droit de prendre possession du bien hypothéqué dès que la créance sera en souffrance.<sup>168</sup> En vertu de cette clause, le créancier hypothécaire peut effectuer une prise de

<sup>165</sup>*Rushion c. Industrial Development Bank*, *supra*, note 22.

<sup>166</sup>*Four-Maids Ltd. v. Dudley Marshall (Properties) Ltd.*, [1957] Ch. 317, à la page 320: "[t]he right of the mortgagee to possession in the absence of some contract has nothing to do with default on the part of the mortgagor. The mortgagee may go into possession before the ink is dry on the mortgage unless there is something in the contract, express or by implication, whereby he has contracted himself out of that right." Le juge Harman.

<sup>167</sup>*The Short Forms of Mortgages Act*, R.S.O., 1970, c. 437, Sch. B, para. 17: "Provided that until default of payment the mortgagor shall have quiet possession of the said lands." *Mann v. English* (1876), 38 U.C.Q.B. 240, à la page 246: "Upon the execution of the conveyance by which the mortgage is created the legal freehold . . . created by the mortgagee becomes immediately vested in the mortgagee, subject to the condition or proviso for redemption. But the actual occupation and possession of the land is now never given to the mortgagee. On the contrary, a clause is usually inserted in the mortgage that until default is made in the payment of the mortgage money, or of the interest, the mortgagor shall retain the possession." Le juge en chef Harrison.

<sup>168</sup>*The Short Forms of Mortgages Act*, R.S.O. 1970, c. 437, Sch. B, para. 7: "And that on default the mortgagee shall have quiet possession of the said lands, free from all encumbrances." Voir aussi Central and Mortgage Housing Corporation — Mortgage Form 1006, 1/74, Ontario, para. 21.

possession dès que le débiteur hypothécaire est en défaut de paiement sans avoir recours au bref de possession, pourvu qu'il puisse l'effectuer sans faire appel à la force.<sup>169</sup>

Afin d'éviter des confrontations pénibles avec le débiteur hypothécaire, la demande de prise de possession se fait normalement par voie d'action. En vertu des dispositions de la règle de procédure 464, le créancier hypothécaire peut réclamer l'entrée en possession concurrentement avec l'action en forclusion ou la vente judiciaire.<sup>170</sup> Bien que le jugement de mise en possession prévoit une mise immédiate en possession,<sup>171</sup> le créancier hypothécaire est tenu de présenter une seconde requête afin d'obtenir un bref de possession en raison des dispositions de la règle de procédure 567.<sup>172</sup>

Même si le créancier hypothécaire a la faculté d'effectuer une prise de possession dès que la créance est en souffrance, il est plutôt rare qu'il exerce ce droit avant que le délai fixé pour l'exercice du droit de rachat soit expiré en raison, soit d'une ordonnance finale en forclusion, soit de l'exercice du pouvoir de vente.<sup>173</sup> En effet, même si le créancier hypothécaire peut bénéficier de certains privilèges en effectuant une prise de possession des lieux hypothéqués, il assume par contre certaines obligations qui peuvent être très lourdes, telles que la nécessité de rendre compte des revenus qu'il a perçus ou qu'il aurait négligé de percevoir.<sup>174</sup>

Aujourd'hui, l'importance du bref de possession, dont le but est de placer le créancier hypothécaire physiquement en possession des lieux hypothéqués,<sup>175</sup> est relié à l'usage fréquent qui est fait de la vente judiciaire

---

<sup>169</sup>*Lusk v. Perrin* (1920), 19 O.W.N. 58, à la page 60: "There was ample ground for Perrin's taking possession in the plaintiff's default in the matter of interest. The mortgage contained the short form covenant that on default the mortgagee shall have quiet possession of the said lands. The lands being vacant, Perrin [the mortgagee] was able to enter peaceably and without resorting to the issue of a writ." Le juge Orde. Voir aussi *Mann v. English*, *supra*, note 167, à la page 247: "If default arises the mortgagee has a right, without demand of possession or notice to quit, to take immediate and actual possession." Le juge en chef Harrison.

<sup>170</sup>R.O., Règlement 545, règle 464. Le texte de cette règle est reproduit à la note 26, *supra*.

<sup>171</sup>*Carthy and Millar*, *supra*, note 92, Form 104, Ontario Annual Practice.

<sup>172</sup>R.O., 1970, Règlement 545. *Jamort Investments Ltd. v. FitzGerald*, [1968] 1 O.R. 541, à la page 541: "Under what is now Rule 567, a writ of possession shall not be issued except by leave of the Court obtained on an *ex parte* application." *Master Dunn*. Dans ce jugement le *Master Dunn* revoit en détail la procédure à suivre pour obtenir un bref de possession. Voir aussi *Marriott and Dunn*, *supra*, note 47, aux pp. 78-79.

<sup>173</sup>*Marriott and Dunn*, *ibid.*; *M. Stambler*, *supra*, note 72, aux pp. 67-71.

<sup>174</sup>*Re Allen's Danforth Theatre* (1925), 29 O.W.N. 73, à la page 74: "A mortgagee entering into possession must be reasonably diligent in obtaining any rents and profits therefrom, and is chargeable only for wilful default, negligence or mismanagement. If he knows that he can obtain greater revenue and does not do so, he is liable: *Merriam v. Cronk* (1874), 21 Gr. 60." Fisher J. Voir aussi, *Alex Richmond Holdings Ltd. v. Kaye* [1969] 1 O.R. 459; *Falconbridge*, *supra*, note 1, aux pp. 651-56.

<sup>175</sup>*Jamort Investments Ltd. v. FitzGerald*, *supra*, note 172, à la page 545.

et de l'exercice du pouvoir de vente.<sup>176</sup> En effet, afin d'attirer un grand nombre d'acheteurs, il est essentiel que la propriété ne soit pas occupée lors de la vente. De même, la Société centrale d'hypothèques et de logement n'effectuera aucun paiement à l'égard de prêts hypothécaires assurés sauf si, à l'époque du transfert de la propriété à la Société, la propriété n'est pas occupée.<sup>171</sup>

En matière de droit hypothécaire, les règles de fond du droit sont intimement liées aux règles de procédure, et ceci est d'autant plus vrai lorsqu'on s'arrête à une étude des recours. Par conséquent, afin de créer une charpente pour faciliter l'étude en français de la jurisprudence se rapportant aux autres aspects des règles de fond du droit hypothécaire, tels que la nature des secondes hypothèques ou les règles affectant la vente du droit de rachat ou encore la détermination du droit de préférence entre différentes hypothèques grevant un ou plusieurs fonds, il a été jugé nécessaire de procéder d'abord à une étude des recours.

---

<sup>176</sup>E. C. Ryder, "The Legal Mortgagee and His Right to Possession" (1969), 22 *Current Legal Problems* 129, aux pp. 129-31, 146-47; Dick, *supra*, note 107, à la page 509.

<sup>177</sup>La *Loi nationale sur l'habitation*, S.R.C. 1970, c. N-10, para. 8(2).