



Les hypothèques parapluie: les avantages et les inconvénients de l'acte de garantie immobilière

RAPPORT DE RECHERCHE

réalisé par Option consommateurs
et présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada,
Mai 2012

OPTION CONSOMMATEURS

MISSION

Option consommateurs est une association à but non lucratif qui a pour mission de promouvoir et de défendre les droits et les intérêts des consommateurs et de veiller à ce qu'ils soient respectés.

HISTORIQUE

Issue du mouvement des associations coopératives d'économie familiale (ACEF), et plus particulièrement de l'ACEF de Montréal, Option consommateurs existe depuis 1983. En 1999, elle a regroupé ses activités avec l'Association des consommateurs du Québec (ACQ) qui existait depuis plus de 50 ans et accomplissait la même mission qu'Option consommateurs.

PRINCIPALES ACTIVITÉS

Option consommateurs compte sur une équipe d'une trentaine d'employés qui oeuvrent au sein de cinq services : le Service budgétaire, le Service d'efficacité énergétique, le Service juridique, le Service d'agence de presse et le Service de recherche et de représentation. Au cours des ans, Option consommateurs a notamment développé une expertise dans les domaines des services financiers, de la santé et de l'agroalimentaire, de l'énergie, du voyage, de l'accès à la justice, des pratiques commerciales, de l'endettement et de la protection de la vie privée. Chaque année, nous rejoignons directement entre 7000 et 10 000 consommateurs, accordons de nombreuses entrevues aux médias, siégeons à plusieurs comités de travail et conseils d'administration, réalisons des projets d'intervention d'envergure avec d'importants partenaires et produisons notamment des rapports de recherche, des mémoires et des guides d'achat dont le guide *Jouets* du magazine *Protégez-Vous*.

MEMBERSHIP

Pour faire changer les choses, les actions d'Option consommateurs sont multiples : recherches, recours collectifs et pressions auprès des instances gouvernementales et des entreprises. Vous pouvez nous aider à en faire plus pour vous en devenant membre d'Option consommateurs au www.option-consommateurs.org

RÉSUMÉ

Depuis 1994, en vertu de l'article 2797 du Code civil du Québec, les contrats hypothécaires prévoient de plus en plus souvent que l'hypothèque servira à garantir non seulement le prêt contracté pour l'achat de l'immeuble, mais aussi les obligations présentes et futures du consommateur et parfois aussi d'un tiers, par exemple le conjoint. On parle d'un acte de garantie immobilière (ou garantie hypothécaire), aussi connu sous le nom d'hypothèque parapluie. Ce type d'hypothèque pourrait ne pas prendre fin lorsque le prêt hypothécaire est remboursé puisqu'elle garantit aussi les obligations futures de l'acheteur. Pour obtenir un prêt supplémentaire garanti par un bien immobilier, le consommateur doit avoir remboursé une partie de son prêt hypothécaire, ou encore la valeur du bien immobilier doit avoir augmentée, sur la maison, Le consommateur doit en faire la demande au prêteur et se qualifier auprès de celui-ci.

L'apparition de ce type de contrat soulève de nombreuses questions. Quels sont les avantages et les inconvénients de cette formule pour les consommateurs ? Permet-elle aux consommateurs d'économiser des frais d'intérêt ? Quelle est la différence entre l'acte de garantie immobilière et le contrat hypothécaire traditionnel ?

Selon l'industrie, ce type de contrat comporte divers avantages. Il facilite l'accessibilité au crédit et évite aux consommateurs d'avoir à déboursier des frais juridiques. En effet, il permet à l'emprunteur de contracter d'autres prêts sans repasser devant le notaire, puisque l'acte stipule généralement que l'hypothèque garantit toutes les obligations présentes et futures de l'emprunteur envers le créancier. Certains prêteurs, comme la Banque Laurentienne, offre encore la possibilité d'avoir une hypothèque traditionnelle ; d'autres, dont la Banque Nationale, n'offre plus ce type d'hypothèque.

Actuellement, selon les prêteurs avec lesquels nous nous sommes entretenus, dans les faits, l'hypothèque immobilière ne sert pas à garantir les dettes liées à la consommation, sauf dans le cas de mauvaises créances.

Les experts avec lesquels nous nous sommes entretenus donnent un autre son de cloche. Par exemple, selon M. Marc Boudreault, professeur à la retraite à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, les clauses de l'acte de garantie immobilière manquent de clarté et souvent, le consommateur ignore la portée de son engagement. Il ne l'apprend que lorsqu'il est chez le notaire, alors qu'il est trop tard pour négocier avec son institution financière. Par ailleurs, dans le cas d'un prêt conjoint, il est possible que l'hypothèque garantisse toutes les dettes actuelles et futures de la tierce personne, sans même que le coemprunteur soit avisé des nouveaux emprunts. En outre, advenant la vente de la maison, pour obtenir une quittance, le consommateur pourrait être obligé de rembourser non seulement son prêt hypothécaire, mais tous les prêts garantis par son hypothèque immobilière, y compris les dettes contractés par son conjoint. Ce type de prêt pourrait aussi favoriser le surendettement.

L'Office de la protection du consommateur s'inquiète, pour sa part, plus particulièrement du fait qu'un consommateur pourrait souscrire un tel acte, sans le savoir.

Pour avoir une meilleure idée de la problématique, nous avons réalisé 20 entrevues semi-dirigées auprès de consommateurs qui avaient souscrit un emprunt hypothécaire au cours des 12 derniers mois. Résultat ? La plupart d'entre eux connaissent mal les caractéristiques de leur outil de crédit. Ainsi, parmi les 13 personnes qui semblaient avoir un acte de garantie immobilière, seulement 3 ont indiqué que ce contrat pourrait couvrir éventuellement d'autres emprunts. Il semblerait que les consommateurs interrogés n'aient pas porté attention aux détails contractuels.

Afin de creuser cette question, nous avons procédé à quatre groupes de discussions, soit deux à Montréal et deux à Québec. Dans l'ensemble, les participants connaissaient mal leur produit hypothécaire, même si certains d'entre eux estimaient être bien renseignés sur ce sujet. Au cours des groupes de discussion, nous leur avons distribué une fiche expliquant en quoi consiste l'acte de garantie immobilière et ce qui le différencie de l'hypothèque traditionnelle. Après leur avoir expliqué le concept de manière informelle, certains ont commencé à se demander si l'hypothèque parapluie était le type d'hypothèque qu'ils avaient. Bon nombre estimaient avoir une hypothèque traditionnelle, même si le texte qu'ils venaient de lire correspondait presque parfaitement à la description qu'ils avaient eux-mêmes fournie au début de la séance, lorsqu'on leur avait demandé d'expliquer le contenu de leur contrat hypothécaire. En dépit de ces lacunes en matière d'information, les participants aux groupes de discussion ont indiqué ne pas être en faveur d'une intervention du législateur. Ils croient toutefois que les consommateurs devraient être davantage sur leur garde. S'ils avaient le choix, les participants n'opteraient pas pour une hypothèque parapluie.

Ensuite, nous avons cru bon d'identifier les lois qui encadrent les actes de garantie immobilière au Canada et de procéder à une analyse du cadre juridique de ces lois, d'abord au Québec, puis en Ontario, en Colombie-Britannique ainsi qu'à Terre-Neuve-Labrador. Cela nous a permis de comprendre l'étendue des obligations juridiques prévues par l'hypothèque selon les grands principes du Code civil (au Québec) et de la *Common Law* (dans les autres provinces), ainsi les législations régissant les transactions immobilières propres à ces provinces.

Résultat ? En principe, par sa nature accessoire, l'hypothèque s'éteint lorsque la créance principale n'existe plus. Qu'en est-il des hypothèques garantissant des obligations présentes et futures ? Au Québec, en vertu de l'article 2797, le créancier est en droit de refuser la demande de quittance accordant la radiation du débiteur, même si celui-ci a remboursé totalement l'emprunt principal. Le hic ? Les obligations futures sont quant à elles toujours soumises à l'hypothèque. En se basant sur l'article 2707, le créancier pourra refuser d'accorder au débiteur la radiation de l'hypothèque tant et aussi longtemps que toutes les autres obligations contractées par le débiteur envers ce créancier ou par un tiers assimilé au créancier n'ont pas été totalement payées. On voit bien les problèmes juridiques que cela pourrait soulever. Le consommateur doit être prudent et se renseigner auprès de son institution financière de la portée réelle de son hypothèque. Or, il se peut que les conseillers hypothécaires soient mal renseignés.

Au Québec, aucune loi n'oblige le prêteur à renseigner le débiteur de l'étendue de l'hypothèque. Ailleurs au pays, seules les provinces de Terre-Neuve-Labrador ainsi que de Colombie-Britannique semblent obliger le prêteur hypothécaire à divulguer l'étendue de

la charge. Les autres semblent s'en tenir à l'obligation de divulgation du coût d'emprunt et du taux créée par la *Loi sur l'intérêt* ainsi que le *Règlement sur le coût d'emprunt* et incluse dans leur législation respective.

RECOMMANDATIONS

Compte tenu des constats précédents, Option consommateurs recommande :

AUX CONSOMMATEURS

De se renseigner sur le type de contrat hypothécaire que propose l'institution financière et de le lire attentivement avant de conclure la transaction chez le notaire.

D'éviter, dans la mesure du possible, de souscrire d'autres prêts auprès de l'institution financière afin que toutes leurs nouvelles dettes ne soient pas garanties par l'hypothèque sur leur maison, à moins que ce ne soit leur souhait.

AUX INSTITUTIONS FINANCIÈRES

De publier, sur leurs site Web, l'information concernant les obligations présentes et futures de l'emprunteur couvertes par les hypothèques immobilières et de s'assurer que cette information soit facile à repérer par le consommateur.

De s'assurer que leurs préposés puissent renseigner les consommateurs sur le type d'obligations qui sont garanties par l'hypothèque et de les former en conséquence.

D'ajuster les modalités de chaque prêt garanti par l'hypothèque immobilière en fonction de cette garantie y compris les taux d'intérêts sur les cartes de crédit.

De simplifier les clauses des actes de garantie immobilière.

D'accorder une radiation de l'hypothèque dès que l'emprunt principal est remboursé en totalité.

AU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

De modifier la législation afin d'obliger les institutions financières à ajuster les modalités de chaque prêt garanti par l'hypothèque immobilière en fonction de cette garantie, y compris les taux d'intérêts sur les cartes de crédit, sauf si les institutions financières acceptent volontairement de le faire.

Option consommateurs appuie la position de la Chambre des notaires du Québec et demande au gouvernement d'interdire que l'hypothèque puisse s'étendre automatiquement à de nouvelles obligations, sans que le consommateur ou le nouveau propriétaire de l'immeuble ne consente à ce que sa propriété serve à garantir ces nouvelles obligations.

AU GOUVERNEMENT DU CANADA

De modifier la législation afin d'obliger les institutions financières à ajuster les modalités de chaque prêt garanti par l'hypothèque immobilière en fonction de cette garantie, y compris les taux d'intérêts sur les cartes de crédit, sauf si les institutions financières acceptent volontairement de le faire.

REMERCIEMENTS

Cette recherche a été réalisée par Claire Harvey en collaboration avec M^e Geneviève Charlet et avec le soutien de M^e Dominique Gervais.

Option consommateurs remercie également M^e Sylvie Janelle, présidente de l'Association professionnelle des notaires du Québec, M. Marc Boudreault, ex-professeur en Sûreté à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, M^e Marc Migneault, avocat à l'Office de la protection du consommateur, M. Randy Hopkin, conseiller aux relations avec les consommateurs à l'Association des banquiers canadiens, M. Raymond Chouinard, directeur, médias et relations publiques, Direction du Québec, RBC Banque Royale. M. Éric Meunier, porte-parole de la Banque Nationale, M. Éric Chamelot, vice-président adjoint gestion des produits de financement à la Banque Laurentienne, M. Nicolas Fréchette, conseiller principal financement hypothécaire au Mouvement Desjardins, Mme Julie Hauser, agente des relations avec les médias à l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC) et Mme Line Leduc, directrice du développement des affaires à la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL) pour les entrevues accordées.

Enfin, nous remercions Mme Geneviève Grenier, journaliste à Option consommateurs, et Mme Jessica Lauren Vieira, stagiaire en droit de l'Université de Montréal pour le soutien qu'elles nous ont accordé lors de la recherche.

Option consommateurs a reçu un financement en vertu du Programme de contributions pour les organisations sans but lucratif de consommateurs et de bénévoles d'Industrie Canada. Les opinions exprimées dans ce rapport ne sont pas nécessairement celles d'Industrie Canada ou du gouvernement du Canada.

La reproduction d'extraits limités du texte de ce rapport est permise, à condition d'en mentionner la source. Sa reproduction ou toute allusion à son contenu à des fins publicitaires ou lucratives sont toutefois strictement interdites.

Dépôt Légal
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada
ISBN 978-2-89716-005-0

Option consommateurs
Siège social
50, rue Ste-Catherine Ouest, Bureau 440
Montréal (Québec)
H2X 3V4
Téléphone : 514 598-7288
Télécopieur : 514 598-8511

Adresse électronique : info@option-consommateurs.org
Site Internet : www.option-consommateurs.org

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction.....	10
1.1.	Le contexte.....	10
1.2.	Méthode de recherche.....	11
2.	L'acte de garantie immobilière : un produit complexe.....	13
3.	Point de vue des prêteurs.....	15
3.1.	L'Association des banquiers canadiens.....	15
3.2.	La Banque Royale du Canada.....	16
3.3.	La Banque Nationale.....	16
3.4.	La Banque Laurentienne.....	17
3.5.	Le Mouvement Desjardins.....	17
4.	Point de vue des intervenants.....	19
4.1.	La chambre des notaires du Québec.....	19
4.1.1.	Le surendettement.....	20
4.1.2.	Perdre sa maison.....	20
4.2.	L'Office de la protection du consommateur.....	21
4.3.	L'Agence de la consommation en matière financière du Canada.....	21
4.3.1.	Une clientèle captive ?.....	22
4.4.	La Société canadienne d'hypothèques et de logement.....	22
5.	La perception des consommateurs.....	24
5.1.	Les entrevues semi-dirigées : faits saillants.....	24
5.1.1.	Un document bien compris ?.....	25
5.1.2.	D'autres prêts.....	25
5.1.3.	Chez le notaire.....	26
5.1.4.	Les obligations présentes et futures.....	26
5.2.	Les groupes de discussion.....	27
5.2.1.	Déroulement des groupes de discussion.....	28
5.2.2.	Analyse des résultats et discussion.....	28
5.2.3.	Expérience personnelle.....	28
5.2.4.	Le type de prêt hypothécaire.....	29
5.2.5.	Conditions et contrats.....	29
5.2.6.	Le rôle du notaire.....	30
5.2.7.	Renégociation, emprunts additionnels et vente de la maison.....	30
5.2.8.	Acte de garantie immobilière.....	30
5.2.9.	Comparaison des clauses types.....	31
5.2.10.	Risques insoupçonnés.....	33
5.2.11.	Impressions générales.....	34
5.2.12.	Une meilleure réglementation ?.....	34
6.	Les hypothèques garantissant les obligations futures : la situation juridique au Québec.....	35
6.1.	Hypothèque immobilière sous le code civil du Bas-Canada.....	35
6.1.1.	Le caractère accessoire et la spécialité de l'hypothèque sous le C .c .B.C.....	36
6.1.2.	L'hypothèque sous le Code civil du Québec.....	38
6.1.3.	Une nouvelle exception au principe du droit accessoire est née : l'article 2797 .	39
6.1.4.	La spécialité de l'hypothèque et les obligations futures non identifiées.....	40
6.1.5.	L'extinction de l'hypothèque sur les obligations futures.....	43
6.1.6.	Problèmes juridiques soulevés par 2797 C.c.Q.....	44

7.	Les droits et biens réels en <i>Common Law</i> et la notion du droit de propriété	47
7.1.	La doctrine des domaines	47
7.1.1.	La notion de propriété en <i>Common Law</i>	48
7.2.	L'hypothèque de Common Law : l'hypothèque classique de Littleton.....	49
7.3.	Apparition de la charge : apport de l'equity	50
7.4.	Le droit de rachat en equity.....	51
7.4.1.	La doctrine des entraves au droit de rachat	52
7.5.	L'hypothèque immobilière à la suite des réformes législatives provinciales des lois hypothécaires : le Régime d'enregistrement Torrens et la charge hypothécaire .	54
7.6.	L'hypothèque garantissant des obligations futures	56
7.7.	Extinction de l'hypothèque.....	61
8.	Liste des Annexes	67
8.1.	ANNEXE A – Définitions de l'acte de garantie.....	68
8.2.	ANNEXE B - Questions pour entrevues semi-dirigées	71
8.3.	ANNEXE C - Focus Group Report on Deeds of Hypothec (Umbrella Mortgages)..	72
8.4.	ANNEXE D – Actes de garantie immobilière - Guide de discussion	92

1. Introduction

1.1. Le contexte

Depuis la fin des années 1990¹, les institutions financières offrent au Québec un nouveau type de contrat hypothécaire, l'acte de garantie immobilière (ou garantie hypothécaire), connu aussi sous le nom d'hypothèque parapluie. L'hypothèque immobilière peut garantir d'autres prêts que celui contracté pour l'achat de l'immeuble (marge de crédit hypothécaire, prêt pour la rénovation, etc.) et même les dettes d'autres personnes contractés avec l'institution financière, par exemple le conjoint. L'hypothèque immobilière peut même couvrir aussi les dettes futures. Avec ce type d'hypothèque, l'emprunteur peut contracter d'autres prêts sans repasser devant le notaire. Ce produit est différent du prêt hypothécaire traditionnel.

L'apparition de ce nouveau type contrat soulève de nombreuses questions. Quels sont les avantages et les inconvénients de cette formule pour les consommateurs ? Permet-elle aux consommateurs d'économiser des frais d'intérêt ? Quelle est la différence entre l'acte de garantie immobilière et le contrat hypothécaire traditionnel ? Quelles sont les obligations monétaires garanties par l'hypothèque ? Est-ce que l'acte de garantie immobilière facilite l'accès au crédit ? L'emprunteur qui souhaite changer de prêteur hypothécaire pourrait-il devoir rembourser non seulement son prêt hypothécaire, mais aussi ses autres dettes qui se trouvent sur le parapluie ? Il semble qu'avec l'acte de garantie immobilière, les banques souhaitent fidéliser leur clientèle. Ce faisant, entravent-elles la concurrence ?

Pour tenter de répondre à ces questions, nous avons divisé la recherche en six sections. Dans la première section, nous résumons les caractéristiques de l'acte de garantie immobilière ainsi que ce qui le différencie d'un prêt hypothécaire traditionnel et d'une marge de crédit hypothécaire. Dans la deuxième, nous présentons le point de vue de l'industrie sur le sujet à l'aide d'entrevues effectuées auprès de l'Association des banquiers canadiens, de la Banque Nationale, de la RBC Banque Royale, de la Banque Laurentienne et du Mouvement Desjardins².

Dans la troisième section, nous abordons les avantages et les inconvénients de cette formule et les effets qu'elle pourrait avoir sur le patrimoine des consommateurs à l'aide d'entrevues réalisées avec des experts, dont M, Marc Boudreault, ex-professeur en Sûreté à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, M^e Marc Migneault, avocat à l'Office de la protection du consommateur, Mme Julie Hauser, agente des relations avec les médias à l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC) et Mme Line Leduc, directrice du développement des affaires à la Société canadienne

¹ Selon l'Association des banquiers canadiens, la Banque Nationale a été la première institution bancaire à offrir ce type de produit en 1998.

² Nous avons tenté de nous entretenir avec la BMO Banque de Montréal, la Scotia, Toronto Dominion et la CIBC, mais en vain.

d'hypothèques et de logement (SCHL) pour les entrevues accordées³. Nous souhaitons ainsi avoir une meilleure idée de la problématique et pouvoir jeter un regard critique sur cette formule.

Dans la quatrième section, nous présentons le point de vue des consommateurs. Pour ce faire, avons analysé quelque 20 entrevues semi-dirigées réalisées au cours de l'hiver 2012 auprès de consommateurs québécois qui avaient contracté un emprunt hypothécaire au cours de la dernière année. Cet exercice nous a permis de voir s'ils connaissaient le type de produit hypothécaire qu'ils avaient obtenu, les informations qu'on leur a fournies et ce qu'ils en avaient compris. Les personnes qui ont participé aux entrevues ont été recrutées par la firme de recherche *Research House*.

Nous vous présenterons aussi les résultats obtenus lors de quatre groupes de discussion (deux à Montréal et deux à Québec). Ces groupes de discussion avaient pour but de connaître la façon dont les consommateurs comprennent les actes de garantie immobilière et ses modalités ainsi que ce qui les différencie des contrats hypothécaires traditionnels. Ces groupes de discussion ont été réalisés par la firme *Environics*.

Dans la cinquième et sixième sections, nous identifions les lois qui encadrent les actes de garantie immobilière au Canada et nous procédons à une analyse du cadre juridique de ces lois, d'abord au Québec, puis en Ontario, en Colombie-Britannique ainsi qu'à Terre-Neuve-Labrador. Cela nous permet de comprendre l'étendu des obligations juridiques prévues par l'hypothèque selon les grands principes du Code civil (au Québec) et de la *Common Law* (dans les autres provinces), ainsi les législations régissant les transactions immobilières propres à ces provinces.

À la suite de ce travail de recherche, nous avons dressé une liste de recommandations qui aideront les consommateurs à faire des choix éclairés, inspireront les législateurs à mettre en place un cadre réglementaire efficace et aideront les institutions financières à améliorer leurs pratiques.

1.2. Méthode de recherche

Afin de réaliser cette recherche, nous avons fait une importante recherche documentaire. Pour celle-ci, nous avons pris soin d'utiliser des sources d'information provenant d'organismes gouvernementaux, comme l'Agence de la consommation en matière financière du Canada et l'Office de la protection du consommateur et d'entreprises provenant du secteur privé, soit des institutions financières. Nous avons aussi consulté des ouvrages, par exemple, le Mémoire de la Chambre des notaires du Québec sur le Projet de loi 24 intitulé Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation.

³ Nous avons tenté de nous entretenir avec le Barreau du Canada, le Bureau de la concurrence et le ministère des Services aux consommateurs de l'Ontario, mais en vain.

Nous avons aussi réalisé des entrevues avec des acteurs importants de l'industrie. Il s'agit de l'Association des banquiers du Canada, de la Banque Royale, de la Banque Nationale, de la Banque Laurentienne et du Mouvement Desjardins . Ces entrevues nous ont permis de recueillir leur point de vue au sujet de l'acte de garantie immobilière.

Malheureusement, nous avons tenté de joindre certaines autres institutions financières à plusieurs reprises , mais ou bien elles n'ont ni retourné nos appels ni répondu à nos courriels ou bien elles ont tout simplement refusé de collaborer à cette recherche. Il s'agit de la BMO Banque de Montréal, la Banque Scotia, la Toronto Dominion et la CIBC.

Pour avoir un autre son de cloche, nous nous sommes entretenus avec divers experts oeuvrant au sein d'organismes publics et de corporations professionnelles, par exemple de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada, la Chambre des notaires du Québec et l'Office de la protection du consommateur. Nous avons tenté de nous entretenir avec le Bureau de la concurrence au sujet des actes de garantie immobilière. Nous voulions avoir, si selon cet organisme, l'acte de garantie immobilière pourrait entraver la concurrence. Malheureusement, nous n'avons pas obtenu de réponse à nos questions de la part de cet organisme. Cependant, l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC) s'est prononcée sur ce sujet. Pour avoir le son de cloche d'une autre association de consommateurs, nous avons contacté Mme Marie-Hélène Legault, économiste et porte-parole de l'ACEF de l'Est de Montréal; l'association disposant d'une grande expertise dans le domaine des prêts hypothécaires. Néanmoins, Mme Legault, responsable des cours sur les prêts hypothécaires à l'organisme, n'avait pas étudié ce type d'outil de crédit.

Les entrevues semi-dirigées ont été réalisées par Option consommateurs, mais les personnes avec lesquelles nous nous sommes entretenus ont été recrutées par la firme *Research House*. Les groupes de discussion et l'analyse des commentaires recueillis lors de cet exercice ont été réalisés par la firme de recherche *Environics*.

L'analyse juridique des contrats a été effectuée par une avocate qui a également étudié en droit notarial, soit M^e Geneviève Charlet, cette dernière a notamment procédé à une recherche exhaustive sur les lois régissant les actes de garantie immobilière dans toutes les provinces du Canada et à un examen minutieux des documents sur ce sujet. Par la suite, M^e Charlet a dressé un portrait de l'état du droit en matière hypothécaire au Québec en vertu du Code civil. Elle a fait de même en jetant un coup d'œil au droit de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de Terre-Neuve-Labrador en vertu de la *Common Law* et des caractéristiques propres à chacune de ces provinces.

Bref, pour faire cette recherche, nous avons fouillé pour comprendre les diverses caractéristiques des actes de garantie immobilière ainsi que les avantages et les inconvénients de ce produit pour les consommateurs, nous avons vérifié ce que les consommateurs en comprennent et nous avons fait des recommandations aux principaux acteurs.

2. L'acte de garantie immobilière : un produit complexe

En premier lieu, nous souhaitons résumer les principales caractéristiques de l'acte de garantie immobilière et du prêt hypothécaire « traditionnel »⁴. Ce dernier produit est bien connu. Le consommateur contracte un emprunt et signe un acte d'hypothèque sur sa maison pour en garantir le remboursement. L'acte d'hypothèque précise le montant et les modalités du prêt et l'hypothèque est d'un montant équivalent. Cette hypothèque ne peut garantir aucun autre prêt (prêt auto, prêt personnel, marge de crédit...). Elle prend fin lorsque le prêt hypothécaire est remboursé.

Depuis 1994, en vertu de l'article 2797 du Code civil du Québec, les contrats hypothécaires prévoient de plus en plus souvent que l'hypothèque servira à garantir non seulement le prêt hypothécaire, mais aussi les obligations présentes et futures du consommateur ainsi que, parfois aussi, celles de tierces personnes, par exemple le conjoint⁵. Ce type d'hypothèque pourrait ne pas prendre fin lorsque le prêt hypothécaire est remboursé puisqu'elle garantit aussi les obligations futures de l'acheteur. L'obtention de prêts supplémentaires est conditionnelle au remboursement d'une partie du prêt hypothécaire, ou encore de l'augmentation de la valeur de la maison. Le consommateur doit en faire la demande au prêteur et se qualifier auprès de celui-ci.

Selon l'Association professionnelle des notaires du Québec (APNQ), ce type de contrat permet à l'emprunteur de contracter d'autres prêts sans repasser devant le notaire, puisque l'acte stipule généralement que l'hypothèque garantit toutes les dettes présentes et futures de l'emprunteur envers le prêteur⁶. Ce genre d'hypothèque s'apparente à un « parapluie » sous lequel se retrouveront toutes les dettes de l'emprunteur envers le prêteur qui détient une hypothèque.

Par exemple, un consommateur pourrait emprunter 300 000 \$ pour acheter une maison et le prêteur accorderait ce prêt à un taux de 3,5 %. L'acte pourrait stipuler une hypothèque de 400 000 \$ et un taux d'intérêt de 20 %, histoire de couvrir les autres dettes actuelles et à venir de l'emprunteur envers le prêteur. L'année suivante, l'emprunteur souhaite obtenir un prêt de 10 000 \$ pour faire des rénovations. « L'hypothèque consentie au moment de l'acquisition de la maison pourrait, selon les termes de l'acte que le consommateur a signé, garantir automatiquement cet emprunt qu'il contracte auprès du même prêteur, sans qu'il soit nécessaire de signer un nouvel acte d'hypothèque, indique l'APNQ⁷. Plus précisément, les nouvelles dettes de l'emprunteur et, s'il y a lieu, celles de son conjoint, pourraient être garanties automatiquement par l'hypothèque sur leur maison. Les pratiques et l'étendue des dettes dont l'hypothèque garantit le remboursement peuvent différer d'une institution

⁴ Nous y reviendrons exhaustivement dans la section 5 présentant l'analyse juridique de ces contrats.

⁵ Source : *Mémoire de la Chambre des notaires du Québec sur le Projet de loi 24 intitulé Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*, Chambre des notaires du Québec, novembre 2011, p. 15.

⁶ *Lumière sur le financement hypothécaire*, Option consommateurs et Association professionnelle des notaires du Québec, 2010

⁷ Ibid.

financière à l'autre. Il se peut que des taux d'intérêt différents s'appliquent aux prêts regroupés sous « le parapluie ».

Pour en savoir plus sur la façon dont les institutions financières renseignent leurs clients sur les actes de garantie immobilière, nous avons effectué une recherche sur leur site Web⁸. Cette recherche ne nous a pas permis de trouver de l'information concernant explicitement les obligations présentes et futures de l'emprunteur couvertes par les hypothèques immobilières ni l'étendue de son engagement envers l'institution financière⁹.

Nous recommandons aux institutions financières de publier sur leur site Web l'information concernant les obligations présentes et futures de l'emprunteur couvertes par les hypothèques immobilières et de s'assurer que cette information soit facile à repérer par le consommateur.

⁸ Voir Annexe A

⁹ Cette recherche a été effectuée au cours de l'été 2011. Il est possible que certains éléments d'information aient échappés au chercheur parce qu'ils n'étaient pas mis en évidence. Il est également possible que ces éléments d'information aient été absents.

3. Point de vue des prêteurs

Nous avons demandé aux institutions financières et à l'Association des banquiers canadiens (ABC) de nous donner leur point de vue sur l'acte de garantie immobilière et de nous présenter les avantages et les inconvénients de cette formule. L'ABC, la Banque Royale, la Banque Nationale, la Banque Laurentienne et le Mouvement Desjardins ont accepté de répondre à nos questions. Afin d'éviter les répétitions, nous vous présentons seulement les éléments importants de ces entrevues. Nous vous donnerons d'abord le point de vue de l'ABC, puis celui des autres intervenants lorsque certains éléments diffèrent ou apporte un complément d'information à ce premier entretien. Le lecteur peut donc partir du principe que, sauf lorsque cela est précisé, les propos des autres intervenants s'apparentaient à ceux du porte-parole de l'ABC.

3.1. *L'Association des banquiers canadiens*

De l'avis de Randy Hopkins, conseiller aux relations avec les consommateurs à l'Association des banquiers canadiens (ABC), l'acte de garantie immobilière a été mis sur le marché pour répondre aux besoins des consommateurs. « Selon nos statistiques et celles de la l'Association canadienne des conseillers hypothécaires accrédités, 80 % des emprunteurs qui souhaitent refinancer ou renouveler leur hypothèque restent avec le même prêteur. Bon nombre d'entre eux doivent prendre une seconde hypothèque et payer des frais additionnels lorsqu'il souhaite refinancer leur maison ou avoir accès à sa valeur nette. L'acte de garantie immobilière a été mis en place pour permettre aux propriétaires de maison d'avoir accès au crédit, sans devoir payer des frais légaux ou des coûts d'enregistrement. »

Comme l'hypothèque pourrait garantir d'autres prêts auprès d'une même institution financière, le consommateur bénéficie-t-il d'un taux d'intérêt moindre, par exemple du taux d'intérêt accordé sur son hypothèque ? « Le taux du prêt accordé pour acheter la maison peut être différent de celui d'une marge de crédit par exemple, mais les deux types de prêts sont offerts aux taux du marché, explique M. Hopkins. Aussi, vous pouvez avoir différents taux d'intérêt pour les divers emprunts couverts par l'hypothèque "parapluie". Chaque emprunt a ses propres règles : taux, termes, etc. » Est-ce que le consommateur qui souhaite vendre sa maison ou changer d'institution financière, devra rembourser tous les emprunts l'hypothèque « parapluie »? « En principe oui, il pourrait devoir le faire, dit-il. La plupart du temps, si le consommateur change d'institution financière et si celle-ci offre des produits similaires, le client veillera à emprunter une somme qui va lui permettre de rembourser la balance de son prêt hypothécaire et de ses autres emprunt à l'autre prêteur. »

Bon nombre de personnes achètent leur maison avec leur conjoint. Que pourrait-il se produire en cas de séparation ou de divorce ? L'un des conjoints pourrait-il être tenu responsable des emprunts faits par l'autre ? « Les deux parties sont responsables comme dans le cas d'un prêt traditionnel qu'ils auraient tous deux signé. La même règle s'applique pour tous les prêts conjoints. Tant que les deux noms figurent au contrat, les deux personnes demeurent responsables. »

Les consommateurs peuvent-ils encore obtenir un prêt hypothécaire classique « Nous n'avons malheureusement pas de statistiques à ce propos, mais nous savons que le marché de l'hypothèque " parapluie " est en croissance, ajoute-t-il. Cependant, ceux qui ne voudraient pas de ce type d'outil ont encore accès à d'autres formules. Le prêt hypothécaire traditionnel n'a pas disparu. Des institutions financières offrent l'hypothèque parapluie et l'hypothèque classique. Il existe un grand choix sur le marché. »

On le constate, l'hypothèque parapluie peut constituer un outil de crédit intéressant, mais il s'agit d'un produit complexe. Il est donc important que le consommateur opte pour ce produit en toute connaissance de cause. Au Québec, il revient au notaire de renseigner les consommateurs sur la portée légale de leurs obligations ; ailleurs au Canada, cette tâche incombe parfois aux institutions financières (nous y reviendrons). Dans tous les cas, il est bien tard pour changer d'avis. Nous avons donc demandé à M. Hopkins si, selon lui, l'information divulguée par l'institution financière permettait au consommateur de faire un choix éclairé. « Certainement, affirme le porte-parole de l'ABC. L'information au sujet des termes, des conditions et des taux est indiquée dans les documents sur le prêt hypothécaire. Et les préposés s'assurent que leurs clients ont lu et compris les documents avant de les signer. Donc, l'information est là, et les banques font des efforts pour encourager leurs clients à la lire. Mais, au bout du compte, le client a la responsabilité de s'assurer qu'il a compris les engagements qu'il est en train de prendre.»

Enfin, est-ce que le consommateur pourrait revenir en arrière s'il se rendait compte qu'il s'apprête à signer un tel contrat seulement une fois arrivé chez le notaire ? « Il est préférable que le consommateur connaissent les caractéristiques du produit avant d'être chez le notaire, précise le porte-parole de l'ABC. (...) Mais si ce n'était pas le cas, une simple conversation téléphonique avec la banque pourrait permettre de traiter la telle situation. Le consommateur pourrait ne pas être obligé de retourner à l'institution financière et de recommencer tout le processus d'approbation. »

3.2. La Banque Royale du Canada

La Banque Royale du Canada affirme pour sa part que cette formule permet au consommateur d'économiser des frais d'intérêt. « Car, dans la plupart des cas, les montants empruntés sont adossés à la valeur nette de la propriété; ce qui permet à l'emprunteur de bénéficier de taux d'intérêt plus bas », note l'institution qui a répondu à nos questions par écrit. Selon elle, cette formule offre des avantages particuliers, surtout relativement aux taux d'intérêt, aux modalités et conditions de remboursement, ainsi que plus de souplesse dans l'utilisation des fonds mis à disposition. À la RBC, l'emprunteur souhaitant changer de prêteur hypothécaire devra-t-il rembourser non seulement son prêt hypothécaire mais aussi ses autres dettes qui se trouvent sous son parapluie ? « Il n'y a pas de règle absolue en ce domaine. Tout dépend des conditions propres à chaque client. »

3.3. La Banque Nationale

Éric Meunier, porte-parole de la Banque Nationale, précise, pour sa part, que l'acte de garantie immobilière a été initialement mis sur pied pour offrir la possibilité de financer

des prêts additionnels rattachés à la maison, par exemple, pour des rénovations. «Le taux sera fixé en fonction du taux hypothécaire actuel sur le marché, indique-t-il. Pour les personnes qui ont une saine gestion de leurs dettes, c'est probablement l'un des financements les moins coûteux, à condition d'amortir le prêt sur une période moindre que la durée de vie utile du produit que l'on veut ainsi financer.» Est-ce que l'hypothèque immobilière garantit les prêts antérieurs et à venir du client ? « L'acte de garantie immobilière pourrait, par exemple, couvrir une dette sur une carte de crédit souscrite après le prêt hypothécaire, mais dans les faits, il n'y a pas de lien. Par exemple, si vous décidez de changer d'institution financière lorsque votre prêt hypothécaire arrive à terme, on n'exige pas que vous résilie votre carte de crédit pour vous libérer de votre hypothèque, sauf si vous êtes en défaut de paiement et si vous avez un mauvais dossier de crédit ».

Selon lui, le conseiller en succursale explique au client les caractéristiques de son prêt y compris sommairement qu'il devra consentir une hypothèque immobilière et ses principales conséquences. « Le client obtiendra les informations détaillées sur les conséquences juridiques d'une hypothèque immobilière chez le notaire, ce dernier ayant l'obligation d'expliquer chaque clause de l'acte d'hypothèque aux clients, notamment celle portant sur les obligations présentes et futures garanties par l'hypothèque », indique-t-il. Un client qui voudrait opter pour un prêt hypothécaire classique devrait s'adresser à une autre institution prêteuse. « La Banque Nationale n'offre pas de prêt traditionnel. D'ailleurs, très peu de banques le font encore », ajoute-t-il.

3.4. La Banque Laurentienne

Les clients de la Banque Laurentienne ont le choix entre l'acte de garantie immobilière via la « trousse du propriétaire » et le prêt hypothécaire traditionnel. « Si le client ne veut pas la trousse du propriétaire, on va demander au notaire de prendre une hypothèque sur le montant du prêt seulement, indique Éric Chamelot, vice-président adjoint gestion des produits de financement à la Banque Laurentienne. Lorsque c'est le cas, c'est la même chose qu'un prêt hypothécaire classique. » Qui plus est, la Banque Laurentienne ne crée pas des hypothèques pour un montant plus élevé que le montant de l'obligation garantie. « Certains prêteurs vont beaucoup plus loin que nous et se basent sur l'augmentation de la valeur de la propriété », indique-t-il. Pour l'instant, la carte de crédit et l'acte de garantie immobilière ne sont pas liés. « On n'exigera pas le remboursement de la carte de crédit pour vous libérer de l'hypothèque ». M. Chamelot reconnaît toutefois que cette règle pourrait être appelée à changer.

3.5. Le Mouvement Desjardins

Selon M. Nicolas Fréchette, conseiller principal, financement hypothécaire au Mouvement Desjardins, celui-ci offre la possibilité de faire enregistrer une valeur plus élevée que celle du prêt hypothécaire. « Par contre, cela ne couvre pas les autres produits, comme les prêts à la consommation. Cependant, si vous aviez remboursé une partie de votre emprunt hypothécaire, vous pourriez avoir la possibilité de consolider vos dettes. En fonction de cet outil, vous pourriez bénéficier du taux hypothécaire ou d'un

taux pondéré, selon que vous soyez en train de renouveler votre emprunt hypothécaire ou non. »

Option consommateurs recommande aux institutions financières de s'assurer que leurs préposés renseignent adéquatement le consommateur sur le type d'obligations qui sera garantie par l'hypothèque immobilière.

Option consommateurs recommande aux institutions financières de remettre aux consommateurs une brochure rédigée en langage simple expliquant la portée des obligations garanties par l'hypothèque immobilière.

Option consommateurs recommande aux institutions financières de continuer à offrir le prêt hypothécaire « traditionnel ».

4. Point de vue des intervenants

4.1. La chambre des notaires du Québec

Si cette formule peut sembler intéressante, elle comporte aussi de nombreux inconvénients pour les consommateurs, selon M. Marc Boudreault, professeur à la retraite de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et porte-parole de la Chambre des notaires relativement aux actes de garantie immobilière^{10 11}. «Les clauses des actes de garanties immobilières sont ambiguës et manquent de clarté. Il est extrêmement difficile, même pour un juriste expérimenté, de déterminer quelles sont les obligations garanties par l'hypothèque. Par exemple, l'acte de la Banque de Montréal compte 52 pages. Vous essayez de comprendre une clause et celle-ci vous renvoie à cinq autres clauses. Or, lorsqu'ils sont à leur institution financière, les consommateurs font affaire avec des préposés qui ne sont pas toujours formés pour les renseigner adéquatement. Souvent aussi, les consommateurs feront affaire avec un courtier hypothécaire pour obtenir un emprunt. Or, le courtier vend d'abord un taux d'intérêt.»

Le résultat ? Souvent, le consommateur ignore la portée de son engagement. Il apprend qu'il s'apprête à signer un tel contrat seulement lorsqu'il est devant le notaire.

« Malheureusement, à ce moment là, il est trop tard pour négocier avec son institution financière, précise le juriste. Il faudrait que le consommateur connaisse les caractéristiques de l'acte de garantie immobilière lorsqu'il est à l'institution financière. Il pourrait, s'il l'estime opportun, négocier ou changer d'institution financière. »

« Actuellement, tout ce que le consommateur peut faire, c'est d'éviter à l'avenir de souscrire d'autres prêts auprès de l'institution financière », indique pour sa part Me Sylvie Janelle, présidente de l'Association professionnelle des notaires du Québec.

Ce n'est pas le seul endroit où le bât blesse. Si un consommateur souscrit une hypothèque avec une autre personne, par exemple son conjoint, il est possible que l'hypothèque garantisse toutes les dettes actuelles et futures du conjoint, sans même que le co-emprunteur soit avisé des nouveaux emprunts. « Par exemple, advenant la vente de la maison, pour obtenir la radiation de son hypothèque, le consommateur pourrait être obligé de rembourser non seulement son prêt hypothécaire, mais aussi la marge de crédit de son conjoint », indique M. Boudreault.

Dans son mémoire, la Chambre des notaires du Québec souligne d'ailleurs ce qui suit :

«L'hypothèque étant devenu au fil du temps un contrat d'adhésion, on constate également que plusieurs prêteurs utilisent leur pouvoir de rédiger l'acte à leur guise, pour insérer au contrat une stipulation à l'effet que l'hypothèque servira

¹⁰ M. Marc Boudreault a notamment enseigné le droit des sûretés et des contrats à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Il a notamment œuvré à la mise en place de la maîtrise en droit notarial en 2007, qui, en plus de former de futurs notaires, favorise la recherche et la réflexion dans ce domaine plus spécifique du droit.

¹¹ Nous présentons ici quelques extraits de cet entretien. Pour en savoir plus, consultez la section 5 de cette recherche.

également à garantir automatiquement tout autre obligation future que le débiteur ou un tiers, tel son conjoint, pourra contracter à l'avenir envers le créancier hypothécaire. La CNQ considère que dans le cas d'un consommateur, il devrait être interdit que l'hypothèque puisse s'étendre automatiquement à de nouvelles obligations, sans que le consommateur ou le nouveau propriétaire de l'immeuble ne consente à ce que sa propriété serve à garantir ces nouvelles obligations »¹².

4.1.1. Le surendettement

Toujours selon M. Boudreault l'acte de garantie immobilière prévoit parfois que l'hypothèque immobilière sera plus élevée que la valeur de la maison. «Les institutions prêteuses souhaitent ainsi que les obligations futures de l'emprunteur puissent être garanties par l'hypothèque jusqu'à concurrence du montant fixé, advenant une augmentation de la valeur de la maison.»

En agissant de la sorte, les institutions prêteuses pourraient contribuer au surendettement des consommateurs. Actuellement, le taux d'endettement des ménages canadiens par rapport à leur revenu disponible est de l'ordre de 150 %, selon la Revue de la Banque du Canada¹³, comparativement à 110 % en 1999. Du jamais vu. Advenant, une baisse du marché immobilier, le marché peut s'écrouler en raison des vases communicants existant entre le crédit à la consommation et le crédit immobilier. » Dans son mémoire, la Chambre des notaires signale d'ailleurs que dans une loi consacrée à lutter contre le surendettement¹⁴, « il s'avère fondamental de trouver des mesures visant à la fois le crédit à la consommation et le crédit immobilier. »¹⁵ La Chambre en veut pour preuve la plus récente crise financière aux États-Unis.

4.1.2. Perdre sa maison...

En vertu de l'acte de garantie immobilière, le créancier est protégé mur à mur. « S'il ne faut surtout pas généraliser, une personne qui ne rembourserait pas un prêt sous son « parapluie » pourrait en principe perdre sa maison, précise M. Boudreault. Par conséquent, les taux d'intérêt des prêts garantis, aux termes de l'acte d'hypothèque, par une hypothèque immobilière, devraient être fixés en fonction de la garantie accordée aux créanciers. Une telle mesure permettrait d'éviter que le solde d'une carte de crédit garantie par une hypothèque immobilière puisse afficher un taux d'intérêt de 20 %.»

¹² Mémoire de la Chambre des notaires du Québec sur le Projet de loi 24 intitulé Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation, Chambre des notaires du Québec, novembre 2011, p. 16.

¹³ Le rapport, est intitulé «Situation financière des ménages et stabilité financière». Source : <http://argent.canoe.ca/lca/affaires/canada/archives/2012/02/20120223-113400.html> , consulté en mars 2012.

¹⁴ Le Projet de loi 24, intitulé Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation, était à l'étude au moment de rédiger ce rapport.

¹⁵ Ibid. p. 17

4.2. L'Office de la protection du consommateur

M^e Marc Migneault, avocat à l'Office de la protection du consommateur, émet pour sa part quelques bémols. «Un survol de la jurisprudence en la matière ne nous permet pas de conclure que les institutions prêteuses pourraient se servir de l'hypothèque pour rembourser les autres dettes sous le parapluie, sauf lorsqu'il y a défaut de paiement. » Mentionnons que dans le cadre législatif actuel, les hypothèques de premier rang sont presque totalement exemptées de l'application de la Loi sur la protection du consommateur.¹⁶

Fixer l'hypothèque à une valeur plus élevée que celle de la maison pourrait-il pousser les consommateurs à s'endetter ? Selon lui, imposer un seuil maximal d'endettement est très délicat. « Par exemple, le parent d'un enfant gravement malade dont le seul traitement est en Europe verrait d'un fort mauvais œil qu'on lui interdise le droit de s'endetter au-delà d'un certain seuil, dit-il. Il en va de même pour le propriétaire d'une maison ancestrale qui en vaudra le double, une fois rénovée. Cette mesure comporte des risques, mais aussi des avantages. En outre, si on interdisait cela, le consommateur devrait s'adresser au notaire pour obtenir d'autres prêts garantis par l'hypothèque immobilière. Dans ce cas, il y aurait des frais. »

Le juriste estime néanmoins que la garantie hypothécaire ratisse très large et que cela est préoccupant. « L'Office de la protection du consommateur s'inquiète plus particulièrement du fait qu'un consommateur pourrait souscrire un tel acte, sans le savoir. Une fois chez le notaire, le consommateur n'est pas perméable à ce type d'information. Une hypothèque pouvant garantir les dettes présentes et futures est quelque chose de très abstrait ? Est-ce qu'un consommateur va décider de freiner la transaction et de s'exposer à de lourdes pénalités pour cette raison-là ? »

4.3. L'Agence de la consommation en matière financière du Canada

L'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC) adresse, pour sa part, de nombreux conseils aux consommateurs. Selon l'organisme, une hypothèque parapluie peut permettre au consommateur d'économiser des frais d'intérêts. « Tout dépend des termes du contrat entre le consommateur et le prêteur, y compris le taux d'intérêt du prêt initial et le(s) taux d'intérêt qui s'appliquerai(en)t aux prêts que le consommateur pourrait obtenir dans l'avenir. Il s'agit, d'une part, de comparer le taux d'intérêt auquel le consommateur aurait accès par le biais de l'hypothèque parapluie, s'il avait besoin d'emprunter des fonds additionnels, et le taux qu'il pourrait obtenir d'un autre prêteur, et d'autre part, de considérer s'il a déjà des prêts qu'il veut transférer à une hypothèque parapluie, et si oui, quels seraient les frais à payer pour résilier ces contrats de prêts. »¹⁷

¹⁶ Voir la section 5.

¹⁷ Julie Hauser, agente des relations avec les médias à l'ACFC, a répondu à nos questions par écrit.

4.3.1. Une clientèle captive ?

Normalement, selon les termes d'un contrat hypothécaire parapluie, le prêteur peut exiger le remboursement de toutes les dettes sous le parapluie si le client veut transférer son hypothèque à un autre prêteur. Cela pourrait empêcher un consommateur de changer d'institution financière. « Avant de choisir son hypothèque donc, il est important que le consommateur vérifie les obligations qui s'appliqueraient dans cette situation et les considère avant de prendre sa décision », indique l'ACFC.

Cet outil de crédit permet-il de fidéliser la clientèle ? Pour l'ACFC, Il peut inciter les clients à regrouper tous leurs besoins de crédit chez un même créancier si celui-ci offre des avantages qu'ils estiment importants. « Si le client avait à rembourser tous les prêts sous le parapluie avant de transférer un ou tous ses prêts à un autre prêteur, cela pourrait rendre le changement de prêteur plus difficile, dépendant du client et du soutien offert par le nouveau prêteur pour faire la transition, écrit-elle. Vu sous cet aspect, l'hypothèque parapluie peut contribuer à fidéliser la clientèle. »

Ce faisant, les institutions prêteuses entravent-elles la concurrence? Toujours de l'avis de l'ACFC, il existe de nombreuses options pour les consommateurs dans le marché hypothécaire. « Comme pour d'autres produits, pour bénéficier de la concurrence et identifier l'hypothèque qui correspond le mieux à leur situation, il est important que les consommateurs fassent des recherches, magasinent et considèrent les avantages, les inconvénients, et les obligations qui découlent de chaque option avant de faire un choix », note l'organisme.

4.4. La Société canadienne d'hypothèques et de logement

Selon Line Leduc, directrice du développement des affaires à la SCHL, ce type d'emprunt porte le nom de prêt hypothécaire accessoire. « Il constitue une solution de rechange au prêt traditionnel. L'emprunteur se retrouve avec deux documents : un contrat de prêt hypothécaire et l'acte hypothécaire accessoire. S'il y avait une section du prêt qui n'était pas amorti, par exemple, une marge de crédit, le risque serait totalement assumé par le prêteur, et non assuré par la SCHL. »

Option consommateurs recommande aux institutions financières de simplifier les clauses des actes de garantie immobilière.

Option consommateurs recommande aux institutions financières de s'assurer que leurs préposés puissent renseigner les consommateurs sur le type d'obligations qui sont garanties par l'hypothèque et de les former en conséquence.

Option consommateurs recommande aux institutions financières d'accorder une radiation de l'hypothèque dès que l'emprunt principal est remboursé en totalité.

Option consommateurs recommande au gouvernement du Québec et au gouvernement fédéral de modifier leur législation respective afin d'obliger les institutions financières à ajuster les modalités de chaque prêt garanti par l'hypothèque immobilière en fonction de cette garantie, y compris les taux d'intérêts sur les cartes de crédit, sauf si les institutions financières acceptent volontairement de le faire.

Option consommateurs appuie la position de la Chambre des notaires du Québec et demande au gouvernement d'interdire que l'hypothèque puisse s'étendre automatiquement à de nouvelles obligations, sans que le consommateur ou le nouveau propriétaire de l'immeuble ne consente à ce que sa propriété serve à garantir ces nouvelles obligations.

5. La perception des consommateurs

5.1. Les entrevues semi-dirigées : faits saillants

Parallèlement à cette étude des lois en vigueur, nous avons procédé à des entrevues semi-dirigées avec 20 consommateurs. Cela nous ont permis de recueillir de nombreuses informations sur la façon dont les consommateurs perçoivent l'acte de garantie immobilière, ce qui le différencie, selon eux, des prêts hypothécaires classiques et les renseignements qu'ils ont obtenus à ce propos¹⁸. Les consommateurs avec lesquels nous nous sommes entretenus devaient avoir souscrit un emprunt hypothécaire au cours des douze derniers mois.

Avant de procéder à cet exercice, nous avons d'abord élaboré une grille d'entrevue visant à en connaître plus long sur l'expérience du consommateur en matière d'emprunt hypothécaire¹⁹. Nous avons également cherché à repérer la clause stipulant que l'hypothèque immobilière couvre les obligations futures de l'emprunteur à l'aide notamment d'un document préparé par Me François Lebreux, notaire²⁰, dont nous avons obtenu copie lors de la Table ronde sur la réforme de la Loi sur la protection du consommateur. Nous voulions ainsi aider le consommateur à repérer ladite clause, le cas échéant.

Avant de nous accorder l'entrevue, les personnes devaient avoir lu leur contrat hypothécaire. Elles devaient également avoir celui-ci à portée de main afin de pouvoir le consulter au cours de l'entrevue. Cela n'a pas toujours été possible. Certains nous ont parlé alors qu'ils étaient au bureau ; ils n'avaient pas apporté avec eux leur acte notarié. D'autres confondaient l'acte notarié et la convention d'emprunt. D'autres enfin n'étaient pas parvenus à mettre la main sur l'acte notarié.

Profils des personnes interrogées

Les entrevues semi-dirigées ont eu lieu en février et en mars 2012. Les participants vivaient au Québec dans la région métropolitaine ou ses environs. Nous nous sommes entretenus avec 20 personnes, soit avec 13 femmes et 7 hommes. Parmi ces personnes, 19 travaillaient à temps plein et 1 était à la retraite ; 7 d'entre elles étaient célibataires et 13 étaient mariées. Elles étaient âgées de 25 à 63 ans.

Parmi les personnes interrogées, 12 avaient contracté un prêt hypothécaire dans les 12 derniers mois, 7 dans les 6 derniers mois et 1 dans les 3 derniers mois. De ce nombre, 4 avaient fait affaire avec le Mouvement Desjardins, 3 avec la Banque Nationale, 3 avec la Banque TD, 3 avec la Banque Scotia, 5 avec la RBC Banque Royale, 1 avec Manuvie et 1

¹⁸ Les entrevues semi-dirigées ont eu lieu en février et en mars 2012.

¹⁹ Vous pouvez consulter la liste de questions à l'Annexe B.

²⁰ Ce document a été obtenu au cours d'une table ronde sur la réforme de la Loi sur la protection du consommateur, organisée par le Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) de l'Université Laval en janvier 2012. Me Dominique Gervais, conseillère juridique au Service juridique d'Option consommateurs a participé à cet événement.

avec la BMO Banque de Montréal. Un peu plus de la moitié était novice en matière de prêt hypothécaire. Ainsi, pour 14 personnes, il s'agissait d'un premier emprunt hypothécaire, pour 2 d'un deuxième et pour 3 d'un troisième ou plus (une participante ne semblait plus savoir où elle en était).

Au cours de cet entretien téléphonique, nous avons notamment demandé aux participants si leur conseiller hypothécaire leur avait offert différentes formules lorsqu'ils ont souscrit leur emprunt hypothécaire. Dans la majorité des cas (17), le conseiller hypothécaire leur avaient parlé des concepts de base (assurances hypothécaires, taux variable et le taux fixe, terme hypothécaire, marges de crédit, cartes de crédit, modalités de remboursement, etc.)

5.1.1. Un document bien compris ?

Ensuite, nous avons demandé aux participants pourquoi ils avaient opté pour un acte de garantie immobilière, au lieu d'un prêt hypothécaire traditionnel. Résultat : 18 personnes sur 20 ne savaient pas ce dont il était question et croyaient avoir un prêt hypothécaire traditionnel. Pourtant, 14 personnes avaient signé un document à leur succursale bancaire et l'avait lu, en tout ou en partie, avant d'y apposer leur signature, 2 personnes ont indiqué n'avoir signé aucun document à leur succursale bancaire. Seule la personne ayant fait affaire avec Manuvie connaissait l'acte de garantie immobilière et l'avait choisi en toute connaissance de cause. Un client de la Banque Nationale savait que son hypothèque immobilière couvrait d'autres emprunts, notamment une marge de crédit. Il a indiqué que cette formule lui procurait la tranquillité d'esprit, en cas de pépin, mais qu'il ne voulait pas que l'hypothèque immobilière reste liée à sa marge de crédit lorsqu'il aurait terminé de rembourser son prêt.

Puis, nous avons voulu savoir si les participants avaient été surpris par certains éléments à la lecture de ce document. Un client de la Banque TD a indiqué avoir été étonné par les intérêts qu'il aurait à verser, un autre du Mouvement Desjardins a signalé avoir été surpris par les taxes, tandis qu'un autre de la Banque Nationale a affirmé ne pas avoir été très à l'aise avec les termes techniques. Les autres participants ont indiqué avoir été bien renseignés. L'un deux, client de la Banque Nationale, a même dit n'avoir eu aucune inquiétude. « Je suis un client de longue date », a-t-il expliqué. Un autre participant a indiqué avoir été informé bien partiellement. « Mon contrat compte 20 pages, a-t-il dit. Souvent, ce n'est même pas la personne en face de toi qui approuve le prêt. Elle collige les renseignements dans un dossier informatisé qui sera approuvé par un tiers. Je ne suis même pas certaine qu'elle connaisse les clauses à fond. »

5.1.2. D'autres prêts

Au moment de souscrire leur prêt hypothécaire, les participants souhaitaient-ils avoir de l'argent pour rembourser des dettes (cartes de crédit, prêt auto, etc.)? L'un deux aurait aimé cela, mais ne l'a pas demandé et 19 ont affirmé ne pas avoir voulu cette option. Auraient-ils voulu avoir une somme d'argent pour des projets à venir (rénovation, marge de crédit, etc.) ? La majorité des participants ont indiqué ne pas avoir voulu bénéficier d'une telle option, tandis que 6 d'entre eux ont opté pour une marge de crédit.

Nous leur avons aussi demandé si le produit qu'on leur a proposé permettait de couvrir d'autres emprunts ? La majorité des participants ont affirmé que leur produit ne permettait pas de couvrir d'autres emprunts. En revanche, l'un d'eux a toutefois affirmé qu'il aurait accès à sa marge de crédit hypothécaire au fur et à mesure qu'il rembourserait son prêt hypothécaire, un autre a affirmé qu'il avait la liberté d'utiliser le crédit comme il le voulait, tandis qu'un autre a dit que cette option facilitait l'accès au crédit. Est-ce que les personnes interrogées ont été bien renseignées sur les avantages et les inconvénients d'une telle formule ? Au moment où nous avons posé cette question, la plupart des participants ne faisaient pas la différence entre un prêt hypothécaire classique et un acte de garantie immobilière. Ceux-ci n'étaient donc pas en mesure de répondre à cette question. Parmi ceux qui savaient ce dont il s'agissait, une personne a dit craindre que cette formule la pousse à s'endetter.

5.1.3. Chez le notaire

Ensuite, nous nous sommes intéressés à la façon dont la transaction s'est conclue chez le notaire. Parmi les personnes interrogées, la plupart n'avaient pas eu de grande surprise chez le notaire. L'une d'elles a indiqué qu'elle ne se souvenait pas des détails, sauf qu'elle avait hâte que la transaction soit complétée, deux autres nous ont dit que le juriste leur avait expliqué les avantages et les inconvénients de l'acte de garantie immobilière. « Il nous a dit que l'hypothèque pourrait couvrir d'autres emprunts et c'est quelque chose qui nous a fait peur », a dit un participant.

5.1.4. Les obligations présentes et futures

Puis, nous avons demandé aux personnes interrogées si leur acte notarié comportait une clause sur les obligations présentes et futures et de nous en faire la lecture. Cet exercice n'a pas toujours porté fruit. Parfois, les consommateurs étaient en mesure de repérer la clause, parfois non. Cependant, 3 participants ont dit avoir une telle clause et 10 nous l'ont lue. Lorsque les participants n'étaient pas en mesure de repérer ladite clause, nous leur avons expliqué ce dont il s'agissait. Ensuite, nous avons demandé aux personnes interrogées ce qu'elles en pensaient. La majorité estimait que cette mesure avait pour avantage de leur permettre d'économiser des frais notariaux. « Cela peut être une bonne chose si on veut faire des travaux, a indiqué un participant. Le consommateur va bénéficier d'un meilleur taux que s'il utilisait sa carte de crédit. » « Je ne pense que pas que c'est la meilleure solution, mais pour nous, c'est un coussin en cas d'urgence, a indiqué une autre personne. Je veux toutefois que ma maison me revienne à part entière lorsque j'aurai terminé de rembourser mon hypothèque. » « C'est une bonne formule pour des dépenses liées à la maison », a dit un autre.

Ensuite, nous leur avons demandé quels étaient les inconvénients d'une telle formule. Certains d'entre eux ont indiqué qu'il ne faudrait pas que leur hypothèque immobilière couvre des dettes à la consommation, comme les cartes de crédit. D'autres ont dit que cette formule ne comportait pas d'inconvénient parce qu'ils ne voulaient pas s'endetter outre mesure et qu'ils s'assureraient de respecter leurs obligations financières. En revanche, l'un a dit que cela pourrait pousser quelqu'un à s'endetter beaucoup et ultimement à perdre sa maison.

Deux participants ont accepté de nous faire parvenir leur contrat notarié. Ces emprunts avaient été contractés respectivement auprès de la Banque de Montréal et de Banque Nationale, et l'acte notarié comportait une clause stipulant que l'hypothèque immobilière couvrait les obligations futures du débiteur. Le client de la Banque de Montréal ignorait l'existence de cette clause et l'étendu de ses obligations garanties par l'hypothèque immobilière et était convaincu, lors de notre entretien téléphonique, d'avoir un prêt hypothécaire classique. En revanche, il savait qu'il aurait accès à des fonds au fur et à mesure qu'il rembourserait son prêt hypothécaire. Le client de la Banque Nationale était au courant des caractéristiques de son contrat ; le préposé à la succursale et son notaire l'en avaient informé.

Nous avons enfin voulu faire certaines corrélations. Parmi les 13 personnes qui semblaient avoir une hypothèque parapluie, seulement 3 ont indiqué que celle-ci pourrait couvrir éventuellement d'autres emprunts et elles l'avaient appris par leur conseiller hypothécaire. « Il a même augmenté le montant de mon hypothèque en ma présence », a indiqué un participant. Dans certains cas, les participants ne semblaient pas faire de lien avec la clause stipulant « les obligations présentes et futures » et la possibilité d'obtenir d'autres emprunts couverts par la garantie immobilière.

Plusieurs facteurs peuvent être à l'origine de ce phénomène. L'achat d'une maison constitue un investissement considérable et peut occasionner un stress important. Il est donc possible que des participants n'aient pas porté attention à des détails contractuels. Souvent aussi, selon les experts interrogés, les consommateurs vont s'intéresser surtout au taux d'intérêt et ne se soucieront des autres éléments qui peuvent pourtant avoir un impact sur leurs finances personnelles. En outre, au Québec, la loi n'oblige pas le prêteur hypothécaire à divulguer les termes de l'étendue de la charge hypothécaires. Enfin, le temps écoulé depuis l'emprunt entre probablement en jeu ; la mémoire étant, par définition, une faculté qui oublie.

5.2. Les groupes de discussion

Nous avons confié à *Environics Research Group* le soin de réaliser quatre groupes de discussion durant le mois de février 2012 (deux à Montréal et deux à Québec) et de préparer un rapport détaillé²¹. Les participants d'un groupe réalisé à Montréal étaient anglophones et les participants des trois autres groupes étaient francophones. Ils nous ont permis de recueillir le point de vue de 32 personnes²².

Chaque groupe était composé de huit participants, un nombre approprié pour ce type de recherche qualitative²³. Les participants devaient avoir acheté une maison au cours des dix dernières années. Au sein de chaque groupe, les participants avaient une expérience différente en matière de crédit hypothécaire ; certains venaient d'acheter leur première maison ; d'autres étaient propriétaires de plusieurs maisons ou avaient obtenu des emprunts hypothécaires à plusieurs reprises. Ces groupes de discussion avaient pour

²¹ Voir rapport détaillé à l'Annexe C

²² Le guide de discussion peut être consulté à l'Annexe D

²³ Le profil détaillé des participants peut être consulté à l'Annexe E

objectif de connaître la façon dont les consommateurs comprennent l'acte de garantie immobilière et ses modalités ainsi que ce qui les différencie des contrats hypothécaires traditionnels. Nous voulions également savoir ce qu'ils pensent des clauses sur les actes de garantie immobilière de trois institutions financières. Afin d'éviter que les institutions financières puissent être identifiées, leur nom a été caviardé²⁴. Le but n'étant pas de viser une institution en particulier, mais bien de recueillir l'avis des participants sur leur compréhension des clauses.

5.2.1. Déroulement des groupes de discussion

Dans un premier temps, l'animateur a posé aux participants des questions d'ordre général sur leurs expériences en matière de prêt hypothécaire. Puis, il a remis aux participants un document présentant une brève définition du prêt hypothécaire traditionnel et de l'acte de garantie immobilière afin de voir ce qu'ils en comprenaient²⁵. L'animateur a ensuite distribué les modèles de clauses aux participants et leur a demandé leurs impressions. Enfin, il leur a demandé leurs commentaires.

5.2.2. Analyse des résultats et discussion

Voici les principales observations faites par la personne qui a animé les quatre groupes de discussion, M. Rick Nadeau²⁶, ainsi que les observations faites par l'auteure de cette recherche qui a assisté à deux des groupes de discussion qui ont eu lieu à Montréal.

5.2.3. Expérience personnelle

Les participants de chaque groupe ont eu à indiquer le plus récent emprunt hypothécaire qu'ils ont contracté, décrire comment cela s'était passé et quelle était leur expérience en matière d'hypothèque domiciliaire en général. Résultat ? Bien que la plupart du temps, les consommateurs « expérimentés » semblent connaître davantage le type de produits qu'ils ont ; quelques consommateurs « inexpérimentés » ont l'impression de bien connaître leur produit et, à l'inverse, nombre de consommateurs « expérimentés » ont l'impression de connaître seulement les grandes lignes de leur produit.

Il faut aussi tenir compte de la façon dont les consommateurs peuvent interpréter une question. En général, les participants se basent sur le degré de connaissances des modalités de leur prêt hypothécaire (taux d'intérêt, période d'amortissement, versements, terme, etc.) – mais ceux qui ont beaucoup « magasiné » cet emprunt se basent sur leurs connaissances du marché.

L'animateur a aussi demandé aux participants ce qu'ils pensaient de leur plus récente expérience en matière d'emprunt hypothécaire. La majorité d'entre eux ont indiqué avoir vécu une expérience positive. Selon eux, le représentant du créancier avait été attentionné et capable de les informer et de répondre à leurs questions. Lorsqu'on leur a

²⁴ Il s'agit du Mouvement Desjardins, de l'Industrielle Alliance de la Banque Nationale. Selon Statistique Québec, la part de marché des institutions financières dans le domaine hypothécaire résidentiel est confidentielle.

²⁵ Les versions françaises et anglaises de cette fiche d'information peuvent être consultées à l'Annexe F.

²⁶ Le rapport réalisé par Environnics intitulé « *Focus Group Report on Deeds of Hypothec (Umbrella Mortgages)* » peut être consulté à l'Annexe C

demandé quels éléments avaient été abordés lors de cette rencontre, les participants ont indiqué les éléments suivants : les taux d'intérêt, taux d'intérêt fixe et taux d'intérêt variable, la période d'amortissement, etc²⁷.

5.2.4. Le type de prêt hypothécaire

Même s'ils ont dit avoir été bien renseignés au sujet de leur produit hypothécaire, aucun participant n'a indiqué avoir un acte de garantie immobilière. La plupart des participants aux groupes de Montréal croyaient qu'ils avaient une hypothèque traditionnelle, tandis que les participants aux groupes de Québec ont dit détenir, soit une hypothèque traditionnelle, soit une marge de crédit hypothécaire. Quelques-uns ont décrit en détail le type d'hypothèque qu'ils détenaient et cette description correspondait à l'acte de garantie immobilière. Pourtant, ils étaient certains de détenir un autre type d'hypothèque.

Deux facteurs semblent être à l'origine de ce phénomène. Les participants savent qu'ils ont accès à une marge de crédit hypothécaire. Le nom du prêt utilisé par les institutions a aussi un impact sur la perception que les consommateurs ont du produit qu'ils possèdent. L'exemple le plus connu est celui de la « Marge atout » des caisses populaires Desjardins.

5.2.5. Conditions et contrats

L'animateur a beaucoup insisté pour que les participants se rappellent de leurs obligations contractuelles. La plupart d'entre eux ont dit se souvenir surtout que la banque peut saisir leur maison en cas de défaut de paiement. Certains se sont aussi rappelés qu'il y a une pénalité ou des honoraires s'ils décident de renégocier ou de rembourser leur hypothèque avant terme

Tous les participants se rappellent avoir signé un contrat hypothécaire avec leur institution financière. Dans chaque groupe, rares sont ceux qui ont indiqué avoir lu le contrat en entier avant de le signer et bon nombre ont signalé qu'ils l'avaient tout au plus parcouru. Seulement quelques-uns ont estimé que le document était « facile à comprendre », tandis que la plupart estimaient qu'il était plus ou moins facile à comprendre. Plusieurs ont indiqué avoir eu besoin de l'aide de l'un de leurs proches pour comprendre le contrat, en plus du représentant du créancier et du notaire. Par exemple, une jeune consommatrice a dit avoir consulté ses parents et d'autres, (en majorité des femmes), leur conjoint.

Beaucoup ont estimé avoir compris les clauses clés quant aux aspects de l'hypothèque les plus importants (par exemple, les taux d'intérêt, l'amortissement, la fréquence de versement, etc.) et n'ont pas jugé avoir besoin d'éplucher davantage les clauses de leur contrat afin de voir si certaines d'entre elles pourraient leur porter préjudice.

²⁷ La liste des différents éléments se trouve à la page trois de l'Annexe C.

5.2.6. Le rôle du notaire

Outre le fait qu'ils trouvent les honoraires élevés, la plupart des participants ont reconnu que le rôle du notaire consiste en « légaliser » la transaction et à expliquer le contrat au client. Ils estiment que ce rôle est important concernant la protection du consommateur. Quelques participants ont estimé que leur notaire n'avait pas été minutieux ; en fait, quelques-uns ne se rappellent pas que le notaire ait fait une lecture exhaustive de l'acte hypothécaire. Certes, au cours de cette rencontre, leur notaire a présenté plusieurs documents ; certains détails ont pu être oubliés. Une fois chez le notaire, ont-ils été surpris par des éléments de leur contrat hypothécaire? Aucun participant ne s'est rappelé avoir été surpris par quelques clauses que ce soit dans son acte hypothécaire.

5.2.7. Renégociation, emprunts additionnels et vente de la maison

Comme certaines clauses de l'acte de garantie immobilière peuvent avoir des conséquences sur la capacité de l'emprunteur de renégocier un prêt hypothécaire ou d'obtenir des prêts additionnels ou de vendre sa maison, chacun de ces facteurs a été exploré avec les participants.

Renégociation. Seulement quelques participants ont essayé de renégocier leur prêt hypothécaire. En dehors d'avoir dû payer une pénalité, ces participants ne se sont pas rappelés de questions liées à cette renégociation. Ce processus peut avoir été simplifié parce que ces renégociations ont souvent eu lieu avec la même institution.

Emprunts additionnels. Seulement quelques participants ont essayé d'obtenir d'autres prêts auprès de l'institution qui détient leur hypothèque. La plupart du temps, il s'agissait d'une marge de crédit, dont le taux était légèrement plus élevé que le taux du prêt hypothécaire. Dans tous les cas, il y a eu peu de formalité ; seulement quelques documents à remplir, et personne ne se rappelle avoir dû s'adresser à son notaire. La plupart de ces participants avaient compris que ce nouvel emprunt serait garanti par leur maison et que, dans le cas de la vente de celle-ci, ils devraient le rembourser.

Vente de la maison. Seulement quelques participants ont essayé de vendre leur maison. Comme dans le cas de la renégociation et des autres emprunts, ces participants ont indiqué que cet exercice s'était déroulé sans encombre et que leur institution financière n'avait pas eu d'exigence particulière. Deux facteurs peuvent être à l'origine de ce phénomène. Aucun de ces participants ne s'est rappelé avoir d'autres dettes ou prêts avec l'institution financière détenant leur hypothèque. La plupart avaient souscrit un nouveau prêt hypothécaire auprès de la même institution financière.

5.2.8. Acte de garantie immobilière

Les participants ont reçu une fiche expliquant l'acte de garantie immobilière et les prêts hypothécaires traditionnels. Avant de lire cette fiche, très peu de participants avaient déjà entendu parler de l'acte de garantie immobilière ou de l'hypothèque parapluie. Les réactions des participants laissent supposer qu'ils connaissaient le concept mieux que le nom qu'il porte.

Une fois le concept expliqué de manière informelle, quelques participants, particulièrement à Québec, ont commencé à se demander si c'était le type d'hypothèque qu'ils avaient.

Certains ont quand même cru avoir une hypothèque traditionnelle ou une marge de crédit hypothécaire, même si le texte qu'ils venaient de lire sur l'acte de crédit immobilière correspond presque parfaitement à la description qu'ils avaient eux-mêmes fournie au début de la séance lorsqu'on leur avait demandé d'expliquer le type d'hypothèque qu'ils avaient.

Quelques autres ont reconnu que l'acte de garantie immobilière ressemblait à ce qu'ils pensaient être une « marge de crédit hypothécaire ».

Les impressions sur l'acte de garantie immobilière. Si les participants avaient le choix, ce n'est pas l'acte de garantie immobilière qu'ils voudraient avoir. Nous leur avons demandé les avantages et les inconvénients de ce concept. Les participants de chaque groupe ont soulevé les points suivants.

Avantages	Inconvénients
<ul style="list-style-type: none"> - accès facile et commode aux fonds - accès aux fonds en cas d'urgence - taux plus avantageux pour des prêts supplémentaires, comparés à un prêt non garanti par l'hypothèque - moins coûteux parce qu'il n'est pas nécessaire de s'adresser à un notaire - moins de paperasserie pour obtenir un nouveau prêt - tous les prêts sont avec la même banque ; il est plus facile d'en assurer la gestion - en contractant tous ses prêts avec la même banque, le client peut espérer une meilleure reconnaissance de la part de son institution financière 	<ul style="list-style-type: none"> - accès trop facile aux fonds - l'emprunteur reste endetté plus longtemps - le prêt est lié à votre hypothèque dans le cas où vous devez vendre la maison - pourrait inciter des personnes à s'endetter ou à s'endetter davantage - devient un "gouffre à dettes" - ne savent pas comment le taux de 20 % s'applique.

Même si la liste des avantages tend à être plus longue que la liste des inconvénients, la plupart estiment que les inconvénients ou les risques pèsent plus lourds que les avantages.

5.2.9. Comparaison des clauses types

Clause type Hypothèques traditionnelles

Les participants ont été invité à consulter une fiche sur laquelle figurait une clause type d'une hypothèque traditionnelle et deux exemples de clauses d'acte de garantie immobilière²⁸

Institution financière A
12. Les hypothèques principales
Pour garantir l'exécution de ses obligations aux termes de ce contrat, l'emprunteur hypothèque en faveur du prêteur à compter de ce jour les biens suivants (les « biens hypothéqués ») jusqu'à concurrence de la somme de « ___ »CDN avec intérêts au taux de vingt pour cent (20 %) l'an, l'immeuble ainsi désigné.

Beaucoup de participants ont compris la prémisse clé de la clause et ont pu expliquer dans leurs propres mots les obligations de l'emprunteur. Ils n'ont pas tous clairement compris comment le taux "20 % par an" pourrait s'appliquer (puisque'il ne ressemble pas au type de taux qu'ils voient habituellement). Enfin, ils ont compris que le prêteur peut saisir la maison de l'emprunteur en cas de défaut de paiement.

Clauses types Actes de garantie immobilière

Ensuite, les participants ont été invités à lire les clauses suivantes sur les actes de garantie immobilière.

Institution financière B
2. HYPOTHÈQUE
Pour garantir le remboursement des sommes qui sont ou seront dues à [REDACTED] en vertu du ou des prêts, avances ou crédits consentis dans le cadre du contrat de crédit de même qu'en raison d'augmentation(s) éventuelle(s) du montant de ce ou ces prêts, avances ou crédits et de l'octroi d'autre(s) prêt(s) ou autre(s) forme(s) de crédit que les parties pourront convenir d'assujettir aux dispositions et aux hypothèques prévues aux présentes, ainsi que le remboursement des sommes qui pourraient être reprêtées à l'emprunteur et à l'acquéreur éventuel de l'immeuble en vertu de l'article 14 «Option Multiprojets», en capital, intérêts au taux de quinze pour cent l'an, frais et accessoires (ce ou ces prêts et toutes les sommes précitées étant collectivement appelées ci-après « le prêt »), et pour garantir l'accomplissement des autres obligations prévues au(x) contrat(s) de crédit et aux présentes, qui en découlent ou qui sont accessoires à celles-ci, (toutes les obligations précitées, incluant celles relatives au remboursement du prêt, étant collectivement appelées ci-après «les obligations garanties»), le constituant hypothèque en faveur de [REDACTED], pour une somme de _ (_ \$), l'immeuble suivant, incluant tous les biens meubles, présents et à venir, incorporés, attachés ou réunis à l'immeuble et considérés immeubles en vertu de la loi, ci-après appelé « l'immeuble », à savoir:

²⁸ Vous pouvez consulter le document B de l'Annexe C.

Dans l'ensemble, les réactions des participants ont été très négatives. Seulement quelques-uns d'entre eux ont eu l'impression de comprendre la clause ; la plupart ont trouvé qu'elle était trop longue et trop complexe pour qu'on puisse en comprendre le sens. Certains en ont abandonné la lecture. L'animateur a demandé aux participants si c'est le type de clause qu'ils demanderaient au notaire d'expliquer ; presque tous ont dit oui²⁹.

Institution financière C

ACTE	D'HYPOTHÈQUE	IMMOBILIÈRE
14596-001 (2007-10-29)		
3.1 Hypothèque principale		
Pour garantir le paiement de la Dette et l'accomplissement de toutes les obligations du Débiteur énoncées au présent acte et dans toute Convention de crédit, de même que pour garantir l'acquittement de toutes les autres obligations du Banque, présentes et futures, directes et indirectes, le Débiteur hypothèque l'Immeuble suivant pour la somme de _____ dollars canadiens (\$), avec intérêt au taux de vingt pour cent (20 %) par année à compter de la date des présentes : »		

Même si les participants ont trouvé que cette clause était plus simple et plus facile à comprendre que la clause précédente, ils estimaient qu'elle n'était pas suffisamment claire. En fait, ils ont estimé que les deux clauses se situaient dans deux pôles extrêmes. Tandis que la première clause était trop complexe et longue et donnait beaucoup de détails, la deuxième clause n'était pas suffisamment détaillée et laissait place à l'interprétation. Les participants ont été successivement embêtés par les éléments suivants :

Ils ne savaient pas comment interpréter le taux de 20 % et comment il serait appliqué à leur hypothèque et aux prêts futurs.

Même si la majorité comprenait de quel type d'obligation « directe » dont il pourrait s'agir, ils s'interrogeaient sur l'obligation « indirecte ». « Est-ce que cela fait référence aux prêts que je pourrais obtenir auprès d'autres banques? »

5.2.10. Risques insoupçonnés

On a demandé aux participants d'indiquer s'ils estimaient qu'ils seraient exposés à plus de risques ou à des risques différents avec un acte de garantie immobilière, comparativement à une hypothèque traditionnelle. Selon eux, le risque d'endettement est plus important avec l'acte de garantie immobilière, compte tenu de la facilité présumée d'avoir accès aux fonds. Si l'emprunteur est discipliné et n'utilise pas le crédit supplémentaire auquel il a accès, le risque est essentiellement le même. Quelques-uns ont estimé que l'acte de garantie immobilière donne plus de latitude à l'institution

²⁹ Pour prendre connaissance de l'ensemble des réactions des participants, consultez le rapport en Annexe C.

financière quant aux saisies en cas de défaut de paiement. Enfin, la plupart des participants croient que le risque n'est pas plus important avec un produit plutôt qu'un autre, dans la mesure où l'emprunteur comprend la portée de son engagement contractuel.

5.2.11. Impressions générales

Nous avons demandé aux participants si l'acte de garantie immobilière est quelque chose qu'ils envisageraient de prendre. La plupart opteraient pour un autre type d'outil de crédit principalement pour les deux raisons suivantes. :

Quand ils s'adressent à une institution financière pour obtenir un emprunt hypothécaire, ils veulent des fonds pour financer l'achat de leur maison, et rien d'autre. Ils ne verraient pas d'inconvénients à avoir un acte de garantie immobilière, dans la mesure où ils n'emprunteraient que les fonds pour acheter la maison, mais ils préféreraient avoir accès seulement au crédit dont ils ont vraiment besoin.

Bon nombre se demandent comment les taux de 15 % ou 20 % seraient appliqués.

5.2.12. Une meilleure réglementation ?

En se basant sur ce qu'ils ont entendu et discuté durant le groupe de discussion et sur leurs propres expériences, la plupart ont estimé qu'une combinaison de «vigilance de la part du consommateur » et une uniformisation des clauses devraient suffire à améliorer la réglementation. Les participants semblent vouloir que le gouvernement joue un rôle minimal dans ce domaine.

Option consommateurs recommande aux consommateurs de se renseigner sur le type de contrat hypothécaire qu'il s'apprête à signer et de le lire attentivement avant de conclure la transaction chez le notaire.

Option consommateurs recommande aux consommateurs d'éviter, dans la mesure du possible de souscrire d'autres prêts auprès de l'institution financière afin que toutes ces nouvelles dettes ne soient pas garanties par l'hypothèque sur leur maison, à moins que ce ne soit leur souhait.

6. Les hypothèques garantissant les obligations futures : la situation juridique au Québec

Avant de discuter de la situation juridique contemporaine de l'hypothèque immobilière garantissant des obligations futures, il est important de survoler l'historique de cette nouvelle convention. Le droit civil québécois a subi une réforme importante commençant dans les années cinquante et se terminant en 1991³⁰, lors de l'adoption du Code civil du Québec (ci-après «C.c.Q»). Le régime des hypothèques a subi un énorme changement. Dorénavant, les privilèges, les priorités et les hypothèques se retrouvent dans un seul et même livre, le livre VI, intitulé *Priorités et Hypothèques*.³¹

Il appert que les obligations pouvant être garanties par une hypothèque immobilière ont été également touchées. La spécialité de l'hypothèque s'est transformée et il est maintenant possible, grâce à la codification d'un courant jurisprudentiel du siècle dernier, de garantir par hypothèque des obligations présentes, futures, identifiées et non identifiées. Ces obligations futures ne sont plus confinées à l'ouverture de crédit mais bien à toute obligation quelle qu'elle soit.³²

Afin de bien comprendre les intentions du législateur québécois concernant l'étendue de l'hypothèque sur des obligations présentes et futures, nous vous dresserons un bref portrait historique des transformations subies et de la façon dont celles-ci ont changé le visage de l'hypothèque sur les obligations futures. Nous discuterons ensuite de la situation législative contemporaine de l'hypothèque sur obligations présentes et futures.

6.1. Hypothèque immobilière sous le code civil du Bas-Canada

L'hypothèque immobilières, sous le Code civil du Bas-Canada (ci-après « C.c.B.-C. »), est régit par les articles 2016 et 2017³³. Elle peut être conventionnelle, judiciaire ou légale³⁴.

³⁰ En 1955, le gouvernement du Québec entreprenait la réforme du Code civil. Au fil des ans une structure administrative a été mise en place : l'Office de révision du Code civil.[...] Durant ces années, l'adoption de législations sectorielles est venue modifier sensiblement le Code civil et démontrer l'importance d'en revoir l'ensemble de façon à ce qu'il reflète les valeurs de la société québécoise contemporaine. [...] Le 18 décembre 1990, le ministre de la justice présentait le projet de loi 125, le projet du Code civil du Québec, qui intégrait les textes antérieurs, revus et corrigés à la lumière de tous les commentaires reçus à la suite d'une consultation exhaustive des différents intervenants. [...] Le Code civil du Québec, a été adopté à l'unanimité le 18 décembre 1991. Commentaires du ministre de la justice, tome 1, Publications du Québec.

³¹ Articles 2644 -2802 C.c.Q

³² Art. 2687

L'hypothèque peut être consentie pour quelque obligation que ce soit.

Art. 2797 :

l'hypothèque s'éteint par l'extinction de l'obligation dont elle garantit l'exécution. Cependant, dans le cas d'une ouverture de crédit et dans tout autre cas où le débiteur s'oblige à nouveau en vertu d'une stipulation dans l'acte constitutif d'hypothèque, celle-ci subsiste malgré l'extinction de l'obligation, à moins qu'elle n'ait été radiée.

³³ Art. 2016 C.c.B-C.

L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation en vertu duquel le créancier peut les faire vendre en quelques mains qu'ils soient, et être préféré sur le produit de la vente suivant l'ordre du temps, tel que fixé dans ce code.

L'hypothèque est un droit réel et accessoire. Elle confère à son titulaire, généralement le créancier, un droit dans l'immeuble. Le droit réel du créancier consiste à pouvoir saisir l'immeuble afin que le remboursement de sa créance ait lieu³⁵. Selon Mazeaud, auteur civiliste de l'époque du C.c.B.-C., l'hypothèque immobilière est :

«[...]une sûreté qui, sans emporter de dessaisissement de l'immeuble, elle permet au créancier s'il n'est pas payé à l'échéance du terme contractuel de saisir l'immeuble dans quelques mains que ce soient³⁶.»

L'hypothèque confère un droit de préférence dans la collocation de la créance hypothécaire et un droit de suite. Ainsi, le débiteur préserve la pleine jouissance sur son immeuble, il en conserve l'entière propriété. Il peut donc le grever (servitude, droit d'usage, une seconde hypothèque) et il peut l'aliéner (vendre, céder, etc.)³⁷.

6.1.1. Le caractère accessoire et la spécialité de l'hypothèque sous le C.c.B.C.

L'hypothèque est un droit réel et accessoire, elle s'oppose à tout démembrement du droit de propriété.³⁸ À cette époque, les tribunaux appliquent avec rigueur le caractère accessoire de l'hypothèque. Les juristes civilistes appuient cette ligne de pensée. L'hypothèque ne pouvait exister sans la concomitance d'une obligation garantie et déterminée³⁹. Le principe accessoire de l'hypothèque est fondamental. Ainsi, lorsque l'obligation principale est éteinte, l'hypothèque cesse d'exister. Par contre, le contraire n'entraîne pas automatiquement les mêmes effets. Une hypothèque peut cesser d'exister, mais la créance peut toujours rester⁴⁰. Il est important de bien distinguer ces deux notions. L'hypothèque est un droit réel accessoire, la créance, elle, est un droit principal, personnel et mobilier.⁴¹

La créance à garantir se devait d'être certaine et déterminée et l'immeuble offert en garantie devait être individualisé. Il ne pouvait y avoir la création d'une hypothèque

art. 2017 C.c.B.-C. :

L'hypothèque est indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles qui y sont affectés, sur chacun d'eux et sur chaque partie de ces immeubles.

L'hypothèque acquise s'étend sur toutes les améliorations et alluvions survenues depuis à l'immeuble hypothéqué.

Elle assure en outre le principal les intérêts qu'il produit, sous les restrictions portés au titre : *De l'enregistrement des Droits réels*, et tous les frais encourus.

Elle n'est qu'un accessoire et ne vaut autant que la créance ou obligation qu'elle assure subsiste.

³⁴ CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987, p.276

³⁵ LAFOND, Pierre-Claude., *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p.167

³⁶ CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987, p. 276

³⁷ CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987, p.277

³⁸ Pothier le définit en ces termes : l'hypothèque ne peut exister sans qu'elle garantisse une obligation principale. Ainsi, lorsque l'obligation principale est éteinte, par voie accessoire, l'hypothèque l'est aussi.

Voir Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambres des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p.91

³⁹ Voir Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambres des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p.91

⁴⁰ CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987, p.278

⁴¹ CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987 (p.à ajouter)

générale tant à l'encontre de l'assiette grevée de l'immeuble et qu'à l'encontre de la créance à garantir. Il s'agit du concept de la spécialité de l'hypothèque⁴². L'hypothèque était valide seulement si elle énonçait la somme certaine et déterminée pour laquelle elle était établie⁴³. Cette spécialité existait en faveur du débiteur afin qu'il ne puisse engager son crédit envers un seul et unique créancier. Elle favorisait la collocation de la dette pour le créancier. Une personne pouvait tout de même hypothéquer une obligation de faire ou de ne pas faire. Dans cette situation, l'acte d'hypothèque devait stipuler une somme certaine et déterminée représentant la valeur de cette obligation.⁴⁴

Selon le principe de la spécialité, il était primordial que la somme de la sûreté soit précisée dans l'acte jusqu'à concurrence duquel la garantie était accordée. Sinon, l'hypothèque serait nulle et sans effet⁴⁵. L'étendue de l'hypothèque doit quant à elle être précisée dans la convention ainsi que toutes les modalités pouvant affecter la garantie, des conditions résolutoires ou suspensives, par exemple⁴⁶. Une seule exception à ce principe fondamental existe dans le C.c.B.-C : elle se retrouve à l'article 2044⁴⁷. Effectivement, il était possible qu'une hypothèque garantisse une obligation future, mais seulement dans le cas d'une ouverture de crédit. Celle-ci prenait effet à la date de son enregistrement au registre foncier et non à compter de la date des avances faites dans le cadre de cette ouverture de crédit⁴⁸.

La jurisprudence de l'époque semblait être partagée sur ce point. Certains tribunaux appuyaient la thèse rigoriste de Pothier, tandis que d'autres se voulaient plus nuancés en acceptant d'hypothéquer des obligations futures. Certaines lois du début du XX^e siècle, dont la *Loi sur les Compagnies*⁴⁹ ont été amendées pour permettre la création d'hypothèque garantissant des obligations non émises. Ces amendements ont été apportés afin de contrer les divergences décisionnelles sur le droit accessoire de l'hypothèque.⁵⁰

Malgré l'importance que le C.c.B.-C. semble donner à la règle de la spécialité de l'hypothèque, sa portée quant à l'identification de la créance garantie n'a été

⁴² Ajouter le texte de l'article 2042 C.c.B.-C.

⁴³ CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987, p.285

⁴⁴ CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987 p.295

⁴⁵ CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987, p.294

⁴⁶ CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987 p.294

⁴⁷ Article 2044 C.c.B.-C

L'hypothèque conventionnelle n'est également valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte.

Cette disposition ne s'étend pas aux rentes viagères ou autres obligations appréciables en argent, stipulées dans les donations entre vifs.

⁴⁸ Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambres des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p.91

⁴⁹ Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambres des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p.91

⁵⁰ Voir Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambres des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p.91

commentée, de manière véritable pour la première fois par les tribunaux, qu'en 1984⁵¹. Il s'agit du jugement *Mercantile du Canada c. Yves Germain inc.*⁵². Dans cette affaire⁵³, le tribunal reconnaît la validité de l'hypothèque en ce qui concerne le cadre de l'ouverture de crédit à laquelle référerait l'acte d'hypothèque. L'indication dans la clause n'exige pas que la créance soit née et précise. L'hypothèque est donc valable dans la mesure où les sommes qui ont été avancées l'étaient dans le cadre de l'ouverture de crédit. Par contre, le tribunal déclare invalide la garantie hypothécaire en ce qui concerne directement les sommes qui n'ont pas été avancées dans le cadre de l'ouverture de crédit puisque, celles-ci ne correspondant pas à l'ouverture de crédit, leurs causes n'ont pas été étudiées dans l'acte. En effet, le principe de la spécialité de l'hypothèque rend invalide la garantie sur toute dette du débiteur. L'article 2044 .C.c.B.-C. n'exige pas que la somme de la créance soit mentionnée dans l'acte constitutif, mais exige que la somme de l'hypothèque le soit. La seule mention du montant de l'hypothèque ne satisfait pas le principe de la spécialité.

Cet arrêt ainsi que la confusion créée par les tribunaux concernant le droit accessoire et la spécialité ont probablement influencé le législateur lors de la réforme du Code civil. À cette époque, il y avait peu de renseignements sur la créance à garantir et il ne venait pas à l'esprit des praticiens qu'une créance ne puisse être déterminée à l'intérieur d'un acte d'hypothèque⁵⁴. La question de la détermination de la créance à garantir a été soulevée avec la venue d'exigences de plus en plus croissantes des institutions financières lors d'une demande d'emprunt hypothécaire⁵⁵. Devant un marché immobilier et financier de plus en plus instable, les institutions financières ont décidé de commencer à assurer des emprunts hypothécaires couvrant des dettes présentes et futures identifiées, mais aussi non identifiées⁵⁶.

6.1.2. L'hypothèque sous le Code civil du Québec

L'hypothèque immobilière demeure un droit réel accessoire (2660) devant être constituée à l'intérieur d'un acte notarié et consensuel (2693) et pouvant garantir quelque obligation que ce soit. (2687). Elle accorde toujours un droit de préférence à son titulaire ainsi qu'un droit de suite.

⁵¹ Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 R. du. N. 450

⁵² *Mercantile du Canada c. Yves Germain inc.*, [1984] C.S. 856

⁵³ Dans cette affaire, l'hypothèque prévoyait le remboursement des sommes versées ou à être versées en vertu de l'ouverture d'un crédit rotatif. Le Créancier réclamait la somme dont une partie avait été avancée dans le cadre d'une ouverture de crédit, mais dont le découvert ne résultait pas de cette ouverture. Le débiteur, quant à lui invoquait le principe de la spécialité de l'hypothèque.

⁵⁴ Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 R. du. N. 450 (p.à ajouter)

⁵⁵ Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 R. du. N. 450(p.à ajouter)

⁵⁶ Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 R. du. N. 450(p.à ajouter)

6.1.3. Une nouvelle exception au principe du droit accessoire est née : l'article 2797

À la suite de la réforme, le Code civil crée une exception à la règle générale voulant que l'accessoire suive le principal. Il s'agit de l'article 2797.

L'hypothèque s'éteint par l'extinction de l'obligation dont elle garantit l'exécution.

Cependant, dans le cas d'une ouverture de crédit et dans tout autre cas où le débiteur s'oblige à nouveau en vertu d'une stipulation dans l'acte constitutif d'hypothèque, celle-ci subsiste malgré l'extinction de l'obligation, à moins qu'elle n'ait été radiée.

Avec l'adoption de cet article, le législateur a voulu combler une lacune du droit, comme nous l'indique les commentaires du ministre de la justice :

La première partie de cet article reprend le point 5 de l'article 2081 C.c.B.C : l'hypothèque s'éteint lorsque l'obligation qui la soutient s'éteint. La seconde partie de l'article vient faire exception à cette règle générale et combler ainsi une lacune du droit antérieur. En effet, il est possible que les parties veuillent que le montant de l'obligation soit avancé de nouveau et que son remboursement soit garanti par la sûreté première ; c'est le cas, notamment, s'il y a ouverture de crédit. Or, sans cette exception, on pourrait conclure que l'hypothèque est éteinte, dès qu'il y a paiement⁵⁷.

L'ouverture de crédit ne demeure plus la seule exception au principe de la règle de l'accessoire. Le législateur vise toutes les situations contractuelles prévues à l'intérieur de l'acte d'hypothèque suivant lequel le débiteur peut s'obliger à nouveau après avoir remboursé l'emprunt principal⁵⁸. Sans cette exception, il serait possible de conclure que l'hypothèque est éteinte lorsque l'obligation principale est exécutée complètement.⁵⁹

L'article 2797 a pour but de faciliter l'emprunt de sommes futures. Le débiteur emprunte une somme principale, par exemple le montant pour se procurer sa nouvelle propriété, la rembourse, la réemprunte et ce, toujours à l'intérieur de son hypothèque première⁶⁰. Elle peut prendre la forme d'une marge de crédit, d'un crédit rotatif, ou de toute autre stipulation qui permet à un débiteur de contracter de nouveau une dette auprès du même créancier qui, lui, demeure assuré d'une hypothèque continue sur le bien⁶¹.

⁵⁷ Commentaires du ministre de la justice, tome II, Publications du Québec, article 2797

⁵⁸ Voir Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambres des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p.149

⁵⁹ Commentaires du ministre de la justice, tome II, Publications du Québec, article 2797, voir LAMBERT, Édith., [Les sûretés : extraits du Droit civil en ligne](#), Cowansville, Les Éditions Yvon. Blais, 2009, analyse de l'article 2797, p.1023

⁶⁰ Voir Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambres des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p.150

⁶¹ PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p. 310

La seule condition exigée par le Code civil : stipuler, à l'intérieur de l'acte constitutif, la possibilité d'emprunter des sommes futures, garanties par l'hypothèque. La valeur de l'obligation à garantir peut donc être indéterminée ou indéterminable et cette obligation peut même ne pas exister au moment de la création de l'hypothèque⁶². Le débiteur pourra demander la radiation de son hypothèque si le créancier n'exécute pas ses obligations prévues à l'acte, c'est-à-dire, s'il ne consent pas à prêter les sommes demandées par le débiteur, malgré le remboursement de son emprunt initial⁶³.

6.1.4. La spécialité de l'hypothèque et les obligations futures non identifiées

À la suite de l'adoption du C.c.Q, il y a eu une controverse doctrinale au Québec. Certes, un consensus régnait en ce qui a trait à la possibilité pour un débiteur d'hypothéquer un immeuble pour les obligations présentes et futures. La controverse concernait plutôt la possibilité d'hypothéquer des obligations futures non identifiées lors de la constitution de l'hypothèque. Par le principe de l'accessoire, certains auteurs pensent qu'il serait impossible en effet de contracter une hypothèque sur des sommes futures non identifiées⁶⁴. En effet, une hypothèque qui serait affectée à des obligations futures non identifiées irait à l'encontre du principe de 2661⁶⁵.

Certes, comme l'indique L. Payette, interprétée avec rigueur, le caractère accessoire de l'hypothèque ne peut permettre que celle-ci garantisse des obligations futures puisque l'hypothèque n'a jamais de vie sans l'existence concomitante d'une obligation principale⁶⁶. Ainsi, une hypothèque ne peut prendre naissance avant la naissance de l'obligation. Par contre, le C.c.Q. ne requiert pas la concomitance du moment de la constitution de l'hypothèque et du moment où l'obligation garantie prend naissance⁶⁷.

Certains auteurs, dont Jacques Auger,⁶⁸ prétendaient qu'il fallait appliquer la règle stricte de la spécialité de l'hypothèque, soit la spécialité sur l'immeuble garanti et la spécialité sur la créance garantie. L'ouverture de crédit⁶⁹ discutée à l'article 2797 est

⁶² Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p.151

⁶³ BOUDREAU, Marc., *Les Sûretés*, 3^e éd., Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2008 p. à ajouter

⁶⁴ Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 *R. du. N. 450 p. à ajouter*

⁶⁵ ARTICLE 2661

L'hypothèque n'est qu'un accessoire et ne vaut qu'autant que l'obligation dont elle garantit l'exécution subsiste

⁶⁶ PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p. 157

⁶⁷ Article 2797 C.c.Q.

⁶⁸ Jacques AUGER, «L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante», (1995) 97 *R. du. N. 450*,

⁶⁹ N'étant pas décrite à l'intérieur du Code civil, l'ouverture de crédit s'entend de toute entente où l'une des parties de façon répétitive a la faculté d'engager le crédit de l'autre ou de contracter des dettes à son égard. Doit recevoir une interprétation large: marge de crédit, crédit rotatif, etc. Dans certains montages financiers, le montant pour lequel l'hypothèque de second rang (parapluie, blanket ou wrap-around mortgage) est consentie inclut fictivement la valeur du solde de l'hypothèque de 1^{er} rang en plus du

certes une obligation future et éventuelle, mais identifiable par son objet juridique. Ainsi, pour Auger, afin que l'obligation soit valable, elle doit respecter les critères de 1373 al.2

Art. 1373. *L'objet de l'obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose.*

*La prestation **doit être possible et déterminée ou déterminable** ; elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public.*

La spécialité de l'hypothèque exige donc que l'obligation soit identifiée. Ceci évite au débiteur de compromettre son crédit de façon irrémédiable et permet aux tiers à l'acte juridique de connaître la situation hypothécaire du débiteur. En permettant que les obligations futures pour lesquelles le débiteur s'engage soient non identifiées, on permet à un créancier de détenir une hypothèque permanente susceptible de garantir l'exécution des dettes présentes et futures ce qui n'est pas dans l'intérêt du débiteur⁷⁰. Ceci va même à l'encontre du principe accessoire de l'hypothèque puisqu'elle devient ainsi une super garantie tout à fait indépendante de la créance principale⁷¹.

Louis Payette⁷² affirme quant à lui que nous devons distinguer deux concepts : l'obligation principale garantie par l'hypothèque et la somme pour laquelle l'acte constitutif doit déclarer qu'elle est consentie⁷³. Il n'est donc pas essentiel que la quotité de l'obligation soit déterminée ni même déterminable⁷⁴ au moment où l'hypothèque est constituée, il suffira que la créance soit devenue liquide et exigible au moment où le créancier entend exercer ses recours⁷⁵. La valeur de l'obligation peut être indéterminée ou indéterminable, mais elle n'est pas obligée d'exister au moment de la création de l'hypothèque. L'article 2797, ne limite pas la possibilité de créer une hypothèque immobilière pour des obligations futures et indéterminées seulement au cas de

montant en capital du prêt consentie par le créancier de second rang. PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p. 310

⁷⁰Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 *R. du. N. 450*, 441-445

⁷¹Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 *R. du. N. 450*, 441-445

⁷²PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p.309

⁷³PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p. 303

⁷⁴KARIM, Vincent., *Les obligations*, vol 1,3^e éd. Montréal, Les Éditions Wilson & Lafleur, 2010 Le législateur exige, au deuxième alinéa de l'article 1373 C.c.Q., que la prestation soit possible, déterminée ou déterminable et celle-ci doit continuer de l'être par la suite. De plus, **pour qu'elle puisse être déterminable, le contrat doit prévoir des critères permettant de le faire. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le prix soit fixé pour qu'une obligation soit valide. En effet, par l'emploi des termes « déterminé ou déterminable », le législateur laisse entendre que le prix qui n'est pas déterminé au moment de la conclusion n'invalidera pas l'obligation, en autant que ce dernier soit déterminable au moment où le créancier en demande l'exécution du débiteur.**

⁷⁵PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p. 303

l'ouverture de crédit et aux actes pourvoyant à l'émission d'obligations comme le prévoyait l'ancien droit⁷⁶.

Les jugements *St-Jacques c. Charbonneau*⁷⁷ et *HSBC*⁷⁸ viennent régler la question de l'obligation indéterminée. Ces arrêts viennent renverser la décision *Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain*⁷⁹ qui exigeait, afin de respecter le principe de la spécialité d'hypothèque, que l'acte d'hypothèque comporte une référence à l'obligation garantie ou à la nature ou à la cause de celle-ci. Dans *St-Jacques c. Charbonneau*, les juges de la Cour d'appel ont retenu l'opinion de M. Payette que nous avons cité plus haut. En fait, comme mentionné dans le jugement⁸⁰, l'article 2797 ne demande pas que l'obligation principale soit décrite à l'acte. Il ne comporte à cet égard aucune exigence particulière relativement aux obligations présentes et futures.

Avec les arrêts *St-Jacques* et *HSBC*⁸¹, la Cour d'appel et la Cour supérieure viennent affirmer que la spécialité de l'hypothèque ne s'applique pas à l'obligation principale. Cette obligation future ne lèse aucune des parties puisque le montant correspondant au seuil de préférence se retrouve dans les documents enregistrés dans le registre approprié⁸². L'acte d'hypothèque doit contenir les éléments permettant d'identifier les obligations garanties : il s'agit de la nature même d'une sûreté. Il est essentiel que la sûreté soit attachée à une obligation garantie⁸³. Une clause qui prévoit que l'hypothèque garantisse non seulement les sommes avancées, mais aussi celles futures que le débiteur pourra subséquemment contracter auprès du même créancier est tout à fait valable⁸⁴.

En somme, le C.c.Q. reprend la règle de la spécificité quant au seuil du droit de préférence et de la spécificité quant aux biens grevés. Par contre, l'article 2949⁸⁵ vient

⁷⁶ PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p.310

⁷⁷ *St-Jacques c. Charbonneau*, C.A. Montréal, 500-09-001136-944, J.E. ., 99-944, (C.A.), analyse d'Yvan Desjardins, Yvan DESJARDINS, «Le principe de la spécialité de l'hypothèque rejeté par la Cour d'appel» (2000), *R du n.* 102p. 441-445

⁷⁸ *Banque HSBC Canada c. 9082-3659 Québec inc.*, [2005] R.D.I. 339 (C.S)

⁷⁹ *Mercantile du Canada c. Yves Germain inc.*, [1984] C.S. 856, analyse dans Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 *R. du. N.* 450

⁸⁰ *St-Jacques c. Charbonneau*, C.A. Montréal, 500-09-001136-944, J.E. ., 99-944, (C.A.), analyse d'Yvan Desjardins, Yvan DESJARDINS, «Le principe de la spécialité de l'hypothèque rejeté par la Cour d'appel» (2000), *R du n.* 102p. 441-445

⁸¹ *St-Jacques c. Charbonneau*, C.A. Montréal, 500-09-001136-944, J.E. ., 99-944, (C.A.), et *Banque HSBC Canada c. 9082-3659 Québec inc.*, [2005] R.D.I. 339 (C.S)

⁸² Yvan DESJARDINS, «Le principe de la spécialité de l'hypothèque rejeté par la Cour d'appel» (2000), *R du n.* 102p. 443

⁸³ Yvan DESJARDINS, «Le principe de la spécialité de l'hypothèque rejeté par la Cour d'appel» (2000), *R du n.* 102p. 443

⁸⁴ Une clause prévoyant que l'hypothèque garantit toutes «autres obligations, présentes ou futures, directes ou indirectes » a été jugée valable et suffisante pour étendre l'hypothèque à un cautionnement postérieurement consenti par le débiteur en vue de garantir la dette d'un tiers envers le même créancier. *Banque HSBC Canada c. 9082-3659 Québec inc.*, [2005] R.D.I. 339 (C.S.)

⁸⁵ ARTICLE 2949 C.c.Q. L'hypothèque qui greève une universalité d'immeubles ne prend rang, à l'égard de chaque immeuble, qu'à compter de l'inscription de l'hypothèque sur chacun d'eux.

diluer cette théorie en permettant que l'hypothèque puisse garantir des biens immeubles futurs dans l'acte constitutif sans en donner la description. Le code ne formule pas non plus de règle de spécificité quant à l'obligation principale garantie.

L'article 2797 consacre une pratique qui se faisait à l'époque du C.c.BC, mais qui n'était pas encadrée par la loi : dans le domaine du nantissement d'obligations ou de valeurs, il n'était pas rare de créer des sûretés à titre de garantie collatérale et continue des obligations présentes et futures de l'emprunteur⁸⁶. On stipulait que l'hypothèque constituait une garantie continue devant subsister même si à certains moments il y avait absence d'endettement⁸⁷. Les tiers ne sont pas du tout lésés par cette manière de procéder puisqu'ils ont accès au registre foncier et peuvent donc prendre connaissance des dettes hypothécaires du débiteur⁸⁸.

L'acte constitutif doit préciser le montant maximal auquel le créancier aurait droit s'il venait à exercer ses recours hypothécaires. Les sommes futures pourront être inférieures ou supérieures à ce montant. L'acte d'hypothèque doit préciser la somme pour laquelle elle est consentie sous peine de nullité. Par contre, il n'a pas à préciser le montant de l'obligation garantie, il doit seulement préciser le montant maximum du droit de préférence rattaché à l'hypothèque créée⁸⁹.

6.1.5. L'extinction de l'hypothèque sur les obligations futures

En principe, par sa nature accessoire, l'hypothèque s'éteint lorsque la créance principale n'existe plus. Qu'en est-il des hypothèques garantissant des obligations présentes et futures? En vertu de l'article 2797, le créancier est en droit de refuser la demande de quittance accordant radiation du débiteur, même si celui-ci a complètement remboursé l'emprunt principal⁹⁰. Effectivement, les obligations futures sont quant à elles toujours soumises à l'hypothèque. En se fondant sur l'article 2797, le créancier pourra refuser de lui accorder la radiation de l'hypothèque tant et aussi longtemps que toutes les autres obligations contractées par le débiteur envers ce créancier, ou envers un tiers assimilé au créancier, n'ont pas été totalement payées⁹¹. Le législateur permet de donner un

L'inscription de l'hypothèque sur les immeubles acquis postérieurement s'obtient par la présentation d'un avis désignant l'immeuble acquis, faisant référence à l'acte constitutif d'hypothèque et indiquant la somme déterminée pour laquelle cette hypothèque a été consentie.

Toutefois, si l'hypothèque n'a pas été publiée dans le livre foncier de la circonscription foncière où se trouve l'immeuble acquis postérieurement, l'inscription de l'hypothèque s'obtient par le moyen d'un sommaire de l'acte constitutif, qui contient la désignation de l'immeuble acquis.

⁸⁶ Yvan DESJARDINS, «Le principe de la spécialité de l'hypothèque rejeté par la Cour d'appel» (2000), *R du n.* 102p. 443

⁸⁷ PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p. 305

⁸⁸ *Mercantile du Canada c. Yves Germain inc*, [1984] C.S. 856 *St-Jacques c. Charbonneau*, C.A. Montréal, 500-09-001136-944, J.E., 99-944, (C.A.), *Banque HSBC Canada c. 9082-3659 Québec inc.*, [2005] R.D.I. 339 (C.S)

⁸⁹ PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p. 314 AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 *R. du. N.* 450

⁹⁰ Marc BOUDREAU, «Sûretés», (2009) *R.du.N.*, 11, p.155 et ss.

⁹¹ Marc BOUDREAU, «Sûretés», (2009) *R.du.N.*, 11, p.155 et ss.

caractère continu à l'hypothèque⁹². Il se peut qu'à un certain moment le débiteur ne doive plus rien au créancier mais que l'hypothèque, elle, ne s'éteigne pas. Par contre, si le créancier décide d'exercer la prise en paiement, le débiteur verra effacées toutes les obligations futures qu'il aura avec ce créancier⁹³.

Pour les futurs acquéreurs, il faut porter une attention particulière à l'acte d'hypothèque grevant la propriété désirée, plus précisément à l'étendue de celui-ci. L'acheteur d'un immeuble grevé d'une hypothèque garantissant une ouverture de crédit n'a pas le droit d'obtenir la radiation en offrant le solde dû sur l'ouverture de crédit calculé en date de l'acquisition : il doit offrir le montant maximum garanti par l'hypothèque⁹⁴.

Généralement, les institutions financières sont enclines à accorder une mainlevée (soit une radiation partielle) sur l'hypothèque. Par contre, elles seront très frileuses à accorder une quittance⁹⁵, puisque celle-ci suppose la radiation complète de l'hypothèque au registre foncier, donc la perte de la sûreté sur l'immeuble pour le créancier.

6.1.6. Problèmes juridiques soulevés par 2797 C.c.Q.

L'article 2797 semble soulever quelques problèmes juridiques. Le débiteur doit rester vigilant et bien s'informer auprès de son institution bancaire. Comme l'indique Marc Boudreault, il arrive que le débiteur soit mal renseigné sur l'étendue réelle de son hypothèque⁹⁶. Ceci n'est pas nécessairement de la mauvaise foi de la part du prêteur hypothécaire. La législation fédérale qui régit les institutions bancaires⁹⁷ oblige à la divulgation du coût d'emprunt ainsi qu'aux taux d'intérêts, mais non à la divulgation des autres clauses. La *Loi sur la protection du consommateur*⁹⁸ s'applique au contrat de crédit assorti d'une hypothèque immobilière, mais son règlement d'application exclus différents articles de la loi. La seule obligation législative importe au notaire. Son devoir de conseil⁹⁹ et de lecture¹⁰⁰ l'exhorte à s'assurer que les parties aient bien compris l'étendue du contrat et ses conséquences.

⁹² PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p. à ajouter

⁹³ Marc BOUDREAU, «Sûretés», (2009) *R.du.N.*, 11, p.155 et ss.

⁹⁴ PAYETTE, Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010, p.308 à ajouter

⁹⁵ Marc BOUDREAU, «Sûretés», (2009) *R.du.N.*, 11, p.155 et ss.

⁹⁶ Marc BOUDREAU, «Sûretés», (2009) *R.du.N.*, 11, p.155 et ss. et François.Lebreux soulignent que le constituant de l'hypothèque n'est pas toujours conscient du type d'engagement signé et qu'en plus, c'est celui-ci qui se retrouve avec le plus d'engagement. François LEBREUX, «L'étendue de l'hypothèque et ses conséquences» (2008) *C.de P.*, p.74

⁹⁷ Loi sur les banques, loi sur l'intérêt, règlement sur le coût d'emprunt

⁹⁸ Loi sur la protection du consommateur, LRQ, c P-40.1

⁹⁹ *Loi sur le Notariat* art. 11 LRQ, c N-3

¹⁰⁰ *Loi sur le Notariat*, LRQ, c N-3

L'acte hypothécaire est un contrat synallagmatique imparfait; le créancier ayant moins d'obligations envers le débiteur. Il s'agit en plus, d'un contrat d'adhésion, selon les critères mentionnés à l'article 1379 C.c.Q.¹⁰¹

L'hypothèque conventionnelle immobilière est généralement un contrat imprimé d'avance, standardisé. La rédaction des dispositions essentielles à l'acte est unilatérale et imposées au débiteur qui n'a généralement pas d'autre choix que de les accepter¹⁰². Le prêteur hypothécaire se retrouve dans une situation de force pour imposer ses conditions non négociables, inacceptables ou abusives¹⁰³. Nous nous retrouvons devant une inégalité des forces tant techniques, qu'économiques. Par contre, ce n'est pas parce que le contrat hypothécaire en est un d'adhésion qu'il est forcément illégal et abusif. Pour qu'il soit valide juridiquement, il suffit que l'adhérent ait pris connaissance des clauses du contrat et notamment des clauses strictement stipulées en faveur du créancier. Effectivement, si le prêteur explique correctement la teneur du contrat hypothécaire à son constituant, le contrat ne sera, généralement, pas entaché d'un vice de consentement. Pour le prêteur hypothécaire il est important qu'il s'assure que le constituant prenne connaissance des clauses concernant l'étendue de son hypothèque ainsi que des différentes définitions qui s'y appliquent. Il doit de plus, expliquer les tenants et aboutissants des engagements du constituant et ceux des tiers assimilés à des créanciers mais qui ne sont pas spécifiés au contrat.

Si le créancier décide de constituer un contrat externe à l'acte hypothécaire pour les obligations futures, il devra expressément porter à la connaissance du débiteur l'existence de cette clause externe ou de cette convention externe, sous peine de voir celles-ci annulées par le tribunal.¹⁰⁴ De surcroît, le taux d'intérêt s'appliquant sur les obligations à venir est généralement différent de celui appliqué à l'hypothèque sur l'immeuble qui garantit pourtant les dites obligations. En fait, le taux d'intérêts sera différent pour chacune des obligations. Ce taux sera généralement plus élevé que celui accordé à son emprunt principal garanti par son hypothèque. Ces différentes obligations rendent l'application des articles 6, 8 et 10 de la *Loi sur l'intérêt* bien difficile. Doit-on les appliquer sur chacune des obligations, sur l'emprunt principal seulement, ou dans son ensemble?

¹⁰¹ article 1379 : Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.

¹⁰² François LEBREUX, «L'étendue de l'hypothèque et ses conséquences» (2008) *C.de P. p.67*

¹⁰³ François LEBREUX, «L'étendue de l'hypothèque et ses conséquences» (2008) *C.de P. p. 68*

¹⁰⁴ François LEBREUX, «L'étendue de l'hypothèque et ses conséquences» (2008) *C.de P. ,p. 70*

ARTICLE 1435 C.c.Q.

La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance

Il y a aussi le problème soulevé dans la partie précédente, concernant la radiation de l'hypothèque sur obligations futures. Pour le débiteur, la quittance peut être difficile à obtenir, voire impossible¹⁰⁵.

En somme, nous remarquons à la suite de nos recherches législatives, que le contrat hypothécaire, en tant que contrat d'adhésion sera valide, s'il y a consentement du constituant et que celui-ci a compris les clauses essentielles de l'acte hypothécaire. Le créancier devra faire attention dans la rédaction des clauses du contrat puisqu'elles peuvent s'avérer nulles si elles sont illisibles et incompréhensibles pour une personne raisonnable et que celles-ci portent préjudice au débiteur.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Marc BOUDREAU, «Sûretés», (2009) *R.du.N.*, 11, p.155 et ss.

¹⁰⁶ Article 1437 C.c.Q.

La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

7. Les droits et biens réels en *Common Law* et la notion du droit de propriété

Avant de commencer l'étude de l'hypothèque dans les autres provinces du Canada et de l'hypothèque garantissant des obligations futures, nous désirons vous présenter un bref résumé de la théorie des biens réels en *Common Law* ainsi que la notion de propriété. Effectivement, il existe des différences notoires entre le régime de droits réels civilistes et le régime des biens et droits réels de *Common Law*. Cette petite présentation vous sera utile lors de l'analyse de l'hypothèque traditionnelle et de la charge hypothécaire afin de bien comprendre ce qui peut faire l'objet d'une garantie hypothécaire.

7.1. La doctrine des domaines

En *Common Law*, le droit de propriété absolu dans la chose n'existe pas. Il s'agit d'un droit dans le domaine (*estate*) du bien-fonds. Les terres appartiennent à la Couronne (l'État) et le domaine aux particuliers¹⁰⁷. Il peut y avoir plusieurs personnes propriétaires du même domaine, appelées tenancières. Cette division du territoire vient de l'héritage féodal¹⁰⁸. Alors que le droit civil s'est largement inspiré du droit romain, la *Common Law* a su développer un régime distinct du droit des biens en s'inspirant de la doctrine des domaines.¹⁰⁹

La doctrine des domaines permet une pluralité de droits réels ou d'intérêts réels pouvant s'exercer sur un seul et même bien¹¹⁰. En fait, le domaine est ce qui se rapproche du droit réel de propriété du régime civiliste. Il s'agit du droit que la personne détient dans le bien-fonds et qu'elle peut utiliser comme sûreté afin de garantir la somme prêtée par le créancier hypothécaire. Les domaines sont regroupés en différentes catégories et les droits du propriétaire varient selon la catégorie dans laquelle le domaine se retrouve.¹¹¹

¹⁰⁷ Barbara PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law », (1997) 28 *R.G.D.*, p.242

¹⁰⁸ BÉLANGER-HARDY, Louise., GRENON, Aline., *Éléments de Common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p.106, Barbara PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law », (1997) 28 *R.G.D.*, pp. 242-243

¹⁰⁹ BÉLANGER-HARDY, Louise., GRENON, Aline., *Éléments de Common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p.114

¹¹⁰ BÉLANGER-HARDY, Louise., GRENON, Aline., *Éléments de Common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p.114

¹¹¹ Les domaines et les fiefs :

- Domaine franc : droit réel proportionnellement illimité dans le temps, selon les caractéristiques de celui-ci. Il est divisé en fief simple ou taillé.
- Fief simple : forme supérieure du fief, il est illimité dans le temps. Le propriétaire peut le céder librement. Aussi appelé *ownership* ou droit de propriété.
- Fief taillé : déclinaison du droit réel, il est limité dans le temps. Ne peut être céder, aliéner ou grever librement. Ne peut être hypothéquer. Il est à noter qu'afin de permettre le plein exercice des droits réels sur le fief, les provinces canadiennes ont transformé les fiefs taillés en fiefs simples.

L'intérêt futur, ou intérêt domanial, naît lors de la transmission incomplète du domaine¹¹². Le meilleur exemple, pour décrire l'intérêt futur, est le droit en *equity*¹¹³ du débiteur hypothécaire sur son domaine. Effectivement, lors de la transaction hypothécaire, le créancier se retrouve avec le titre légal du domaine, mais le débiteur conserve le titre en *equity*. Ce titre peut être de nouveau aliéné ou grevé par le débiteur. Le créancier et le débiteur se retrouvent donc avec une partie du domaine. Nous pouvons donc voir apparaître une chaîne d'intérêt domanial sur le même domaine. En *Common Law*, il existe la relativité des droits réels. Ce concept permet de constituer des chaînes de domaines successifs qui multiplient les droits réels sur un même bien. La relativité est triple en ce qu'elle comprend : la structure féodale (domaines et fiefs), les intérêts futurs (titre légal et titre équitable) et la relativité du titre.¹¹⁴

7.1.1. La notion de propriété en *Common Law*

Le droit de propriété en *Common Law* comprend le domaine ainsi que les obligations rattachées à celui-ci.¹¹⁵ Ces obligations ont été modifiées au fil du temps et la législation les a restreintes¹¹⁶. La grande réforme du droit de propriété de 1925 a apporté une nouvelle définition du droit de propriété.

*«[...]the fundamental principles of the law of ownership of land remain the same as before the legislation of 1925. Land is still the object of feudal tenure; the Sovereign remains the lord paramount of all the land within the realm; every parcel of land is still held of some lord [...] and the greatest interest which any subject can have in land is still an estate in fee simple and no more »*¹¹⁷

Comme nous pouvons le constater, la notion de propriété en *Common Law* ne concerne pas un droit direct dans le bien contrairement au droit civil.¹¹⁸ Le domaine ne consacre pas de droit de préférence ni de droit de suite¹¹⁹. Ces intérêts dans le bien-fonds sont opposables aux parties ayant contracté une hypothèque, une charge, un gage ou un lien. Les intérêts ne suivent pas le bien, ils suivent les personnes¹²⁰. Depuis 1926, il existe un

¹¹² BÉLANGER-HARDY, Louise., GRENON, Aline., *Éléments de Common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p.119

¹¹³ BÉLANGER-HARDY, Louise., GRENON, Aline., *Éléments de Common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p.121

¹¹⁴ BÉLANGER-HARDY, Louise., GRENON, Aline., *Éléments de Common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p.131

¹¹⁵ Barbara PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law », (1997) 28 *R.G.D.*, p.250

¹¹⁶ Barbara PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law », (1997) 28 *R.G.D.*, p.250

¹¹⁷ C. WILLIAMS, "The fundamental principles of the present law of ownership of land," (1931) 75 S.J. 848 dans Barbara PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law », (1997) 28 *R.G.D.*, p.250

¹¹⁸ Barbara PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law », (1997) 28 *R.G.D.*, p.251

¹¹⁹ Barbara PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law », (1997) 28 *R.G.D.*, p.251

¹²⁰ Barbara PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law », (1997) 28 *R.G.D.*, p.251

seul domaine pouvant donner lieu au titre légal, soit le fief simple qui consacre un droit de propriété absolu dans le domaine.¹²¹

7.2. L'hypothèque de Common Law : l'hypothèque classique de Littleton

L'hypothèque classique de *Common Law*¹²² est apparue au XV^e siècle. Cette sûreté immobilière devient alors une opération fixe¹²³. La transaction originale de l'hypothèque concerne un débiteur (l'emprunteur) et un créancier (le prêteur). Le débiteur hypothécaire cède à son créancier l'intérêt qu'il a dans le bien-fonds à la condition expresse que le paiement total annulera ce transfert¹²⁴. Le débiteur transfère physiquement le bien, ce n'est pas seulement le titre, mais bien le domaine qui fait l'objet du transfert.¹²⁵

Le créancier détient le bien tant et aussi longtemps qu'il n'a pas été remboursé en vertu de l'acte. Après avoir exécuté ses obligations, le débiteur peut alors récupérer son bien-fonds. Par contre, s'il ne réussit pas à les acquitter en temps et lieux, le bien-fonds est à jamais retiré de son patrimoine et devient la propriété absolue du créancier. La propriété du débiteur est utilisée comme sûreté afin de garantir son prêt ou son obligation auprès du créancier. Le débiteur ne conservait qu'à l'égard de son bien-fonds le droit de le racheter et d'en reprendre possession au terme de l'hypothèque. Si par malheur, il ne réussissait pas à acquitter sa dette au moment prévu à la convention hypothécaire, le débiteur perdait à jamais son bien-fonds¹²⁶.

À partir du XVIII^e siècle, le débiteur peut rester en possession des lieux grevés. La clause du droit de possession paisible du bien-fonds apparaît. Elle demeure encore aujourd'hui dans les contrats hypothécaires. Le débiteur a le droit à la jouissance paisible des lieux

¹²¹ Barbara PIERRE, « Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law », (1997) 28 *R.G.D.*, p.256

Le propriétaire du fief simple peut l'aliéner, le grever, le céder, etc. Les droits résultants de ces aliénations seront des droits dans le titre en *equity*. Ainsi, il peut donc y avoir plusieurs propriétaires d'un seul et même domaine : le propriétaire du titre légal et ceux des titres en équité¹²¹

¹²² L'hypothèque classique de *Common Law* comporte trois éléments essentiels déterminés dans le jugement *Stanley c. Wild* ([1899] 68 L.J., ch. 2) Elle doit, tout d'abord, comporter un contrat translatif du droit de propriété, puisqu'il s'agit d'un transfert du bien-fonds. Deuxièmement, ce transfert doit garantir le paiement d'une créance ou l'exécution d'une obligation. Finalement, le contrat hypothécaire doit comprendre une clause sur la rétrocession du bien-fonds dans le patrimoine du débiteur lorsque celui-ci ce sera acquitté de toutes ses obligations¹²².

¹²³ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p. 21 et FALCONBRIDGE, John Delatre., RAYNER, W. B., MCLAREN, Richard H., *Falconbridge on mortgages*, 4th ed., Agincourt, Canada Law Book, 1977, p.7

¹²⁴ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.22

¹²⁵ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p. 22

Les biens pouvant faire l'objet d'une garantie hypothécaire sont les domaines ou fiefs simples, les domaines ou fiefs taillés, les domaines viagers, et les domaines à bail.

¹²⁶ ZIFF, Bruce H., *Principles of property law*, 5th ed., Toronto, Carswell, 2010, p.433 et ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.22

tant et aussi longtemps qu'il respecte les termes de la convention hypothécaire¹²⁷. L'hypothèque classique de *Common Law* relevait donc du gage en propriété puisque le débiteur transférait son bien-fonds contre une somme d'argent et ne pouvait le récupérer que s'il remboursait la totalité de sa dette¹²⁸. À ce gage en propriété s'ajoutait un gage en jouissance étant donné que le débiteur hypothécaire conservait, malgré le transfert de propriété¹²⁹, l'usage paisible de son bien-fonds, en percevait les fruits et revenus. Par contre, les profits ainsi amassés ne pouvaient être appliqués à la réduction de la dette¹³⁰.

Après avoir remboursé la totalité de sa dette, le débiteur ne se voit pas automatiquement rétrocéder le bien-fonds dans son patrimoine : il doit obtenir ce qu'on appelle un certificat de mainlevée, la *discharge*. Le créancier se doit d'accorder ce certificat si le débiteur a bel et bien respecté ses engagements. S'il refuse de se plier à cette demande, le débiteur pourra alors tenter une action en droit de rachat¹³¹.

7.3. Apparition de la charge : apport de l'*equity*

L'hypothèque classique de Littleton fut grandement transformée par l'arrivée de l'*equity*, soit du droit de rachat du débiteur. La définition qu'en faisait Littleton permettait de larges abus de la part des créanciers¹³². Effectivement, au XVI^e et XVII^e siècles, l'hypothèque était généralement consentie par un débiteur qui se retrouvait dans une situation financière très précaire. Les créanciers se retrouvaient alors dans un rapport de force économique plus grand que le débiteur¹³³. La Cour de Chancellerie ainsi que la Cour en *equity* exercent leur juridiction afin de protéger le débiteur des créanciers usuriers et d'accorder un recours légal au débiteur qui ne rencontrait pas en temps et lieux ses obligations¹³⁴.

À partir XVII^e siècle, la Cour en *equity* étend sa juridiction afin de protéger tout débiteur se retrouvant dans une situation où la convention hypothécaire comprend une clause pénale et ce, même si aucun motif particulier ne pouvait être invoqué pour justifier son

¹²⁷ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.37

¹²⁸ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p. 22

¹²⁹ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.22

¹³⁰ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.22

¹³¹ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p. 8

¹³² Joël MÉNARD-CABELLI, «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.99

¹³³ Joël MÉNARD-CABELLI, «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.99

¹³⁴ Joël MÉNARD-CABELLI, «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.100

intervention¹³⁵. Auparavant coutumier, le droit de rachat devient une notion établie : la doctrine du droit de rachat est née¹³⁶. Elle impose alors ce droit comme principe fondamental de l'hypothèque. Le créancier devient propriétaire du domaine dès la constitution de l'hypothèque, mais le débiteur a le droit de le reprendre dès qu'il a remboursé sa dette et ce, même s'il ne respecte pas l'échéance inscrite à l'acte hypothécaire. Tant et aussi longtemps que le créancier demeurera inactif, c'est à dire qu'il n'exerce aucun de ses recours, le droit de rachat demeure valable¹³⁷. Le recours intenté par le créancier¹³⁸ déclenche automatiquement le droit de rachat du débiteur.

7.4. Le droit de rachat en equity

Le droit de rachat est un droit de propriété réel puisque le débiteur devient propriétaire du titre en *equity*, sous réserve des droits conférés en *Common Law* au créancier¹³⁹. Le débiteur détient le droit à la rétrocession du titre légal, lorsqu'il s'agit d'un créancier de premier rang et la rétrocession du titre en equity lorsqu'il s'agit d'hypothèques de rang inférieur.¹⁴⁰ Il peut le céder, l'aliéner ou encore le grever d'une hypothèque. Les tribunaux en equity développèrent une série de règles afin de protéger le débiteur contre les abus des créanciers. Le débiteur a maintenant un droit de rachat absolu : il ne peut le perdre, ni y renoncer par une convention. Il s'agit d'un droit fondamental.

Par contre, la doctrine du droit de rachat crée alors une certaine inégalité pour le créancier puisqu'il se retrouve face à un débiteur qui peut récupérer la garantie peu importe qu'il soit en défaut ou que le terme soit échu. Il a, alors, été conclu que le créancier pourra mettre un terme au droit de rachat du débiteur en défaut par le moyen d'une requête en forclusion déposée à la Cour¹⁴¹.

¹³⁵ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.100

¹³⁶ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.100

¹³⁷ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.100

¹³⁸ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.23

Recours disponibles au créancier hypothécaire :

La forclusion

La vente judiciaire

La vente extrajudiciaire

La possession

Le sursis de l'instance

¹³⁹ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.101

¹⁴⁰ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.35

¹⁴¹ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.101

7.4.1. La doctrine des entraves au droit de rachat

Malgré cette nouvelle protection, le Cour en *equity* juge que le droit de rachat n'est pas assez solide pour protéger le débiteur. Effectivement, certains créanciers tentent de bloquer ce droit fondamental en détournant les règles du droit de rachat par le moyen d'une convention annulant le droit de rachat ou par une hypothèque déguisée¹⁴². La Cour décide alors de créer une série de règles qui permet au débiteur d'exercer son droit de rachat librement et intégralement. C'est la doctrine des entraves au droit de rachat.¹⁴³ Séparée en trois grands principes, ces règles sont adoptées afin d'élargir la protection du débiteur. Bien que ces règles aient subi un assouplissement quant aux conventions hypothécaires commerciales, elles doivent toujours être suivies par le créancier hypothécaire qui prête une somme d'argent au débiteur particulier dit «personne protégée».¹⁴⁴

A) «L'hypothèque est toujours une hypothèque»

Cette maxime est le cœur même de la notion d'*equity*. Lorsque le contrat passé entre les parties est considéré comme une hypothèque, la clause ayant pour effet d'annuler le droit de rachat du débiteur sera considérée invalide et sans effet¹⁴⁵. Ce principe fut affirmé très tôt au XX^e siècle dans l'affaire *Samuel c. Jarrah Timber and Wood Paying Corp. Ltd*¹⁴⁶.

*The doctrine «Once a mortgage, always a mortgage» means that no contract between a mortgagor and a mortgagee made at the time of the mortgage and as part of a mortgage transaction, or, in other words, as one of the terms of the loan, can be valid if it prevents the mortgagor from getting back his property on paying off what is due on his security. Any bargain which has that effect is invalid, and is inconsistent with the transaction being a mortgage'.*¹⁴⁷

Comme nous le constatons, cette maxime comprend deux éléments constitutifs soient l'existence d'une hypothèque – cette hypothèque doit être établie – et le droit inhérent

¹⁴² Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.101. Les hypothèques déguisées peuvent revêtir la forme d'une vente avec droit de rachat ou une vente avec une condition résolutoire.

¹⁴³ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.102

¹⁴⁴ «The doctrine of 'Clogs on the equity of redemption' should be abolished generally. It should, however, be retained in part in respect of consumer transactions insofar as it would prevent options to purchase from being effective in respect of such mortgages.» Ontario Law Reform Commission, *The Law of Mortgages*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1987, p.29, Citation tirée de Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.114

¹⁴⁵ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.103

¹⁴⁶ *Samuel c. Jarrah Timber and Wood Paying Corp. Ltd*, [1904] A.C. 323, [1904] A.C. 329, [1903] 2 Ch. 1,

¹⁴⁷ *Samuel c. Jarrah Timber and Wood Paying Corp. Ltd*, [1904] A.C. 323, [1904] A.C. 329, [1903] 2 Ch. 1, principe réaffirmé dans réaffirmé dans *Dical Investments Ltd. C. Morrison* [1990] 75 O.R. (2d) 417, [1989] 68 O.R. (2^e) 549 (Ont. H.C.J.). Citation tiré de Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.103

au rachat du bien-fonds par le débiteur¹⁴⁸. La Cour examine l'essence du contrat et non la forme de celui-ci. L'hypothèque doit toujours demeurer conforme à sa véritable nature soit celle d'une sûreté sur un bien-fonds¹⁴⁹.

B) « Le créancier ne saurait avoir droit à des avantages collatéraux »

Cette maxime correspond à la position traditionnelle de l'*equity* : le créancier ne peut trouver un avantage accessoire dans l'hypothèque¹⁵⁰. Normalement, le créancier n'a pas le droit de toucher les bénéfices découlant de la garantie (loyers, par exemple). Il a seulement le droit à la valeur de sa sûreté sur le bien-fonds. Cette interdiction fut créée au temps des prêteurs usuraires qui s'arrangeaient pour contourner les règles des intérêts en imposant au débiteur de lui fournir une partie des revenus de son bien-fonds en plus de la dette due¹⁵¹. Au fil du temps, les tribunaux ont assoupli cette règle, comme nous l'indique ce passage du jugement *Krelinger*¹⁵².

« In every case in which a stipulation by a mortgagee for a collateral advantage has, since the repeal of the usury laws, been held invalid, the stipulation has been opened to objection, either 1) because it was unconscionable, or 2) because it was in the nature of a penal clause clogging the equity arising on failure to exercise a contractual right to redeem, or 3) because it was in the nature of a condition repugnant as well to the contractual as to the equitable right. »

De nos jours certaines clauses additionnelles concernant des avantages collatéraux peuvent être ajoutées et acceptées par les tribunaux. Ces clauses ne doivent pas imposer au débiteur des obligations excessives et exorbitantes et elles ne peuvent aller à l'encontre du droit de rachat¹⁵³.

C) « L'hypothèque ne doit pas contenir une clause qui entrave le droit de rachat »

La dernière maxime fait référence à un avantage collatéral qui s'étendrait au-delà de l'échéance de l'hypothèque. Depuis l'arrêt *Kreglinger*¹⁵⁴, il est permis d'étendre un avantage accessoire du créancier au-delà de l'échéance du terme du contrat hypothécaire si cet avantage n'entrave pas le droit de rachat du débiteur. De plus, si les

¹⁴⁸ *Wilson c. Ward*, [1930] S.C.R. 212, 24 Alta L.R. 48 [avec renvois aux S.C.R.]. cité dans Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.104

¹⁴⁹ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.104 principe affirmé dans *Cambell c. Holyland*, (1876) 7 Ch. D. 166, 47 L.J. Ch. 145.

¹⁵⁰ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.106

¹⁵¹ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.106

¹⁵² *Kreglinger c. New Patagonia Meat and Storage Co. Ltd.*, [1914] A.C. 25, [1911-1913] All E. R. 970 (H. L.) [avec renvois aux A.C.]. Citation tirée de Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.103

¹⁵³ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p. 106 inspiré de *Biggs c. Hoddinott*, [1898] 2 ch. 307; [1895-9] All E.R. Rep.625.

¹⁵⁴ *Kreglinger c. New Patagonia Meat and Storage Co. Ltd.*, [1914] A.C. 25, [1911-1913] All E. R. 970 (H. L.) [avec renvois aux A.C.].

parties désiraient par cet avantage accessoire créer une entente extérieure à l'hypothèque qui demeurerait associée à ce contrat, cette entente indépendante sera valide¹⁵⁵.

Bien que découlant d'objectifs louables, la doctrine des entraves au droit de rachat du bien, fut l'objet de critiques de la part de certains juges. Les règles furent donc assouplies : certains juges trouvaient qu'elle s'étendait bien au-delà des objectifs poursuivis au départ, soit la protection du débiteur contre un créancier qui s'appropriait la propriété du bien-fonds de façon absolue alors que la valeur de celui-ci était bien supérieure à la valeur de la dette restante¹⁵⁶.

D'ailleurs, l'Ontario a procédé à une réforme¹⁵⁷ afin d'éliminer toute anomalie et anachronisme que cette doctrine pouvait apporter. La doctrine des entraves serait petit à petit éliminée pour les transactions commerciales. Par contre, elle demeure pour les débiteurs ordinaires afin d'éviter que les créanciers, jouissant d'un rapport de force, puisse convertir l'hypothèque originale en une autre transaction plus avantageuse pour eux¹⁵⁸.

7.5. L'hypothèque immobilière à la suite des réformes législatives provinciales des lois hypothécaires : le Régime d'enregistrement Torrens et la charge hypothécaire

Dans les années 1980, les provinces de *Common Law* procèdent à une réforme des droits hypothécaires¹⁵⁹. En vue d'uniformiser le système d'enregistrement des actes et des titres immobiliers, les provinces laissent peu à peu tomber leur système traditionnel d'enregistrement des droits immobiliers. Elles abandonnent l'ancienne définition de l'hypothèque pour adopter celle de la charge. La charge contrairement au *mortgage* ne concède pas le transfert de la propriété du bien-fonds au titulaire de l'hypothèque,¹⁶⁰ mais plutôt le transfert du titre légal qui est soumis au droit de rachat du débiteur une fois la dette complètement remboursée. L'Ontario et la Colombie-

¹⁵⁵ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.109. On pourrait alors penser que l'arrêt *Kreglinger* a ouvert la porte à l'hypothèque garantissant des obligations futures.

¹⁵⁶ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.111

¹⁵⁷ Ontario Law Reform Commission, *The Law of Mortgages*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1987

¹⁵⁸ Joël MÉNARD-CABELLI., «La doctrine des entraves au droit de rachat», (1998-1999) 30 *R.D. Ottawa*, p.114

¹⁵⁹ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, pp.8-9

¹⁶⁰ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, pp.9,11. La distinction est établie dans l'arrêt de la Cour suprême *Smith c. National Trust*, (1912) 45 R.C.S. 618

Britannique utilisent toujours le terme *mortgage*, bien qu'il s'agisse en réalité d'une charge hypothécaire¹⁶¹.

La charge hypothécaire est une sûreté réelle qui découle de la loi. La charge est une création statutaire, c'est-à-dire que son essence se retrouve dans les lois particulières de chaque province qui lui donne leur propre interprétation. Les moyens de l'exercer, de l'éteindre et les recours possibles sont inscrits à l'intérieur de cette législation particulière.¹⁶² Elle n'est donc pas régie par la *Common Law*, mais bien par la législation qui lui donne naissance. La charge légale est une sûreté immobilière qui grève le bien-fonds sans pour autant provoquer de transfert de propriété¹⁶³. Elle donne plutôt un titre légal au créancier dans le bien-fonds. La charge se rapproche de l'hypothèque immobilière de droit civil que l'on retrouve au Québec¹⁶⁴. La charge ne doit en aucun cas être confondue avec l'hypothèque de *Common Law* (*mortgage*)¹⁶⁵. L'établissement de la charge comme outil juridique provient du système d'enregistrement Torrens. Ce système d'enregistrement des titres est en vigueur dans toutes les provinces canadiennes de *Common Law*, à l'exception de Terre-Neuve-Labrador et de l'Île-du-Prince-Édouard¹⁶⁶ qui ont conservé l'ancien régime d'enregistrement soit celui de l'enregistrement des actes. L'Ontario, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick ont quant à elles un régime mixte, celui de l'enregistrement des actes et celui de l'enregistrement des titres (Torrens). Les provinces de l'Ouest sont pour leur part soumises uniquement au régime Torrens.

Dorénavant, l'hypothèque ou la charge sont éteintes dès le paiement du capital et des intérêts ou lorsque l'obligation est acquittée et ce, pour toutes les provinces utilisant le système Torrens¹⁶⁷. L'enregistrement du certificat de mainlevée de la charge ne sert qu'à démontrer aux tiers qu'il a bien eu quittance de la dette hypothécaire¹⁶⁸. La charge ne transfère pas le bien-fonds au créancier, mais elle lui confère tout de même les mêmes recours que l'hypothèque de *Common Law*.¹⁶⁹ Par contre, pour que le créancier puisse

¹⁶¹ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.9

¹⁶² Loi sur l'enregistrement foncier, CHAPITRE L-1.1

25(2)Le propriétaire d'une hypothèque enregistrée peut exercer tous les droits et recours permis par la loi comme si l'hypothèque lui avait transféré les bien-fonds sous réserve d'une clause de rachat.

¹⁶³ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.10

¹⁶⁴ EMERCIH, Yaëll., «Regard civiliste sur le droit des biens de la Common Law : pour une conception transsystémique de la propriété», (2008) 38 *R.G.D.*, p.357

¹⁶⁵ *Smith c. National Trust*, (1912) 45 R.C.S. 618

¹⁶⁶ ROACH, Joseph E., *The Canadian law of mortgages*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 2010, p.9

¹⁶⁷ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.75

¹⁶⁸ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.76

¹⁶⁹ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.10, principe tiré de *Kennedy c. Agricultural Dev. Bd.* [1926] 59 O.L.R. 374, 4 D.L.R. 717

exercer les mêmes recours que ceux disponibles sous l'hypothèque de *Common Law*, une disposition législative expresse doit exister¹⁷⁰.

La réforme des systèmes d'enregistrement et de la législation des droits des biens porte essentiellement sur l'uniformisation de la forme de la sûreté immobilière puisque les recours hypothécaires offerts tant au créancier qu'au débiteur restent les mêmes que ceux permis par l'hypothèque de *Common Law*. À la suite de la réforme des différents systèmes d'enregistrement des droits immobiliers, la charge devient la sûreté immobilière la plus répandue au Canada¹⁷¹.

Contrairement au système traditionnel d'enregistrement des actes, le système Torrens est un système d'enregistrement de titres. C'est une adaptation du système Torrens australien¹⁷². Les provinces ayant adopté ce système en ont créé de différentes variantes selon leurs propres besoins.¹⁷³ Le système Torrens offre plus de sécurité que le régime traditionnel d'enregistrement des actes. Il garantit le titre qui devient ainsi quasi indéfectible¹⁷⁴.

Malgré les avantages du système Torrens, certaines provinces ont décidé de préserver le système d'enregistrement des actes ou tout simplement d'adopter un système mixte soit celui de Torrens et le système traditionnel. Mettre en branle le système Torrens est une opération longue et coûteuse. Ainsi, certaines provinces désirent préserver leur ancien système plutôt que de le substituer à celui Torrens¹⁷⁵s. Elles permettent ainsi l'enregistrement des deux façons, mais appliquent la définition de charge hypothécaire apportée par l'adoption du système¹⁷⁶.

7.6. L'hypothèque garantissant des obligations futures

L'hypothèque immobilière peut être constituée sur un domaine franc (fief simple ou taillé), sur un domaine viager ou sur un domaine à bail. Elle garantit toute obligation et doit respecter le droit de rachat. À la suite de nos recherches, il nous apparaît qu'une

¹⁷⁰ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p. 11 et *Morguard Mortgage Invs. C. Faro Devs. Corp.* (1974), [1975] 1 W.W.R. 737, 50 D.L.R. 3(d) 426

¹⁷¹ ROACH, Joseph E., *The Canadian law of mortgages*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 2010, p.9

¹⁷² ROACH, Joseph E., *The Canadian law of mortgages*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 2010, p.10

¹⁷³ BASTARACHE, Michel., BOUDREAU-OUELLET, Andréa., *Précis du droit des biens réels*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993, p.246 : Cependant, trois grands principes demeurent : l'exactitude, l'exclusivité ainsi que l'assurance. L'exactitude consent à ce que le certificat obtenu fasse foi de son contenu et demeure le véritable titre du propriétaire. Il est opposable à tous et consacre un titre absolu¹⁷³ L'exclusivité fait en sorte que les personnes consultant le registre n'ont pas à tenir compte de ce qui n'apparaît pas dans le certificat. Ces charges et autres grèvements ne sont plus pertinents. La chaîne de titre n'a plus à être remontée Le régime Torrens garantit le titre et laisse la possibilité à la personne lésée d'obtenir réparation.

¹⁷⁴ BASTARACHE, Michel., BOUDREAU-OUELLET, Andréa., *Précis du droit des biens réels*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993, p.247

¹⁷⁵ BÉLANGER-HARDY, Louise., GRENON, Aline., *Éléments de Common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p.165

¹⁷⁶ BÉLANGER-HARDY, Louise., GRENON, Aline., *Éléments de Common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, p.165

seule loi semble mentionner expressément que l'hypothèque puisse servir à garantir des obligations présentes et futures. Il s'agit la *Loi sur les biens réels* du Manitoba¹⁷⁷. Est-ce que cela veut dire qu'un débiteur ne peut jamais consentir à hypothéquer son bien-fonds pour garantir des obligations futures ? Il ne semblerait pas. Effectivement, certaines législations provinciales concernant les droits immobiliers, comportent une série d'engagements implicites¹⁷⁸ présumés inclus à l'intérieur de l'acte hypothécaire. En vertu

¹⁷⁷ *Loi sur les biens réels*, C.P.L.M. c. R30

[...]

Définitions

1. À moins que le contexte n'exige une interprétation différente, les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi ainsi qu'aux instruments censés être faits ou enregistrés aux termes de la présente loi.

[...]

« hypothèque » Charge grevant un bien-fonds, créée pour garantir le paiement d'une dette existante, future ou éventuelle, ou le remboursement d'un emprunt. S'entend également du nantissement de cette charge. ("mortgage")

Fait intéressant à noter : la définition de l'hypothèque résidentielle :

Sens de « hypothèque résidentielle »

77.1 (1) Au présent article et aux articles 77.2 et 77.3, « hypothèque résidentielle » s'entend de l'hypothèque qui est enregistrée à l'égard de la résidence où demeure l'emprunteur et qui est accordée, contractée ou prise en charge afin de permettre à celui-ci :

- a) d'acquérir la résidence;
- b) d'apporter des améliorations à la résidence;
- c) de faire des dépenses à des fins familiales ou ménagères;
- d) d'obtenir un refinancement aux fins prévues aux alinéas a) à c).

¹⁷⁸ Loi portant Réforme de l'enregistrement immobilier, LRO 1990, c L.4 (ONTARIO)

Charge : engagements implicites

7. (1) La charge rédigée selon la formule prescrite est réputée comprendre les engagements suivants par le constituant et ses successeurs, au profit du titulaire, de ses successeurs et ayants droit :

Engagements usuels

1. Dans le cas de la charge constituée par le propriétaire à titre bénéficiaire sur un bien-fonds en franche tenure ou en tenure à bail :

i. Le constituant, ou ses successeurs, paieront, de la façon stipulée dans la charge le montant et les intérêts qu'elle garantit, ainsi que les impôts auxquels le bien-fonds est assujéti.

ii. Le constituant a le droit de constituer la charge.

iii. Le constituant n'a rien fait, omis ni toléré qui aurait eu pour effet de grever le bien-fonds, sous réserve de ce qui figure aux dossiers du bureau d'enregistrement immobilier.

iv. Le constituant ou ses successeurs assureront les bâtiments qui se trouvent sur le bien-fonds de la façon stipulée dans la charge.

v. Le titulaire peut, en cas de défaut de paiement pendant le nombre de jours stipulé dans la charge ou prévu par la Loi sur les hypothèques, le délai le plus long étant celui à appliquer, après avoir donné l'avis stipulé dans la charge ou prévu par cette loi, l'avis le plus long étant celui à appliquer, prendre possession du bien-fonds, en percevoir les fruits, le vendre ou le donner à bail.

vi. Le titulaire qui prend possession du bien-fonds de la façon décrite à la sous-disposition v, aura la jouissance paisible du bien-fonds.

vii. Le constituant ou ses successeurs, en cas de défaut, accompliront tout ce qui est nécessaire, y compris la souscription d'actes, pour parfaire le titre du bien-fonds, dans la mesure où la demande est raisonnable et où le coût en est supporté par le titulaire.

viii. Le titulaire peut pratiquer une saisie-gagerie pour les arriérés d'intérêts.

ix. Le défaut de paiement des intérêts garantis par la charge emporte, au gré du titulaire, déchéance du terme de la charge.

[...]

de la réforme, ces engagements peuvent être modifiés, négociés et exclus par les parties. Les parties doivent alors déposer une liste de clauses types auprès du registraire ou tout simplement l'annexer au document hypothécaire sous réserve de leur législation respective¹⁷⁹. Ces engagements implicites concernent les droits et obligations des deux parties à l'acte.¹⁸⁰

Généralement, les banques et autres institutions financières excluent les engagements implicites afin de déposer leurs propres listes de clauses types¹⁸¹. Ces clauses se rapprochent de celles comprises dans la *Loi sur les formules abrégées* des différentes

Modification des engagements implicites

(3) L'engagement qui est, en vertu du paragraphe (1), réputé compris dans une charge, peut être expressément exclu ou modifié, par une annexe à celle-ci ou par une liste de clauses types déposée conformément au paragraphe 8 (1) et à laquelle la charge renvoie par sa cote, qui reproduit l'engagement tel qu'il est modifié.

Loi sur les hypothèques, L.R.O. 1990, CH. M.40

[...]

Engagements implicites

7. Conformément aux formules prescrites relatives aux engagements énoncés à l'annexe B de la loi intitulée Short Forms of Mortgages Act, qui constitue le chapitre 474 des Lois refondues de l'Ontario de 1980, et sous réserve de cette loi, les engagements énumérés au présent article sont réputés compris et implicites dans les cas indiqués au présent article. Ces engagements sont contractés par chacun des cédants à l'égard de l'objet ou de la partie de l'objet qu'ils affirment céder, envers le cessionnaire ou conjointement envers les cessionnaires en tenance conjointe ou envers chacun des cessionnaires en tenance commune, selon le cas. Ces engagements sont les suivants :

hypothèque consentie par le propriétaire bénéficiaire

a) dans une cession par voie d'hypothèque, les engagements suivants consentis par le cédant qui est et s'affirme propriétaire bénéficiaire, notamment :

(i) d'effectuer le versement du montant de l'hypothèque et des intérêts et d'observer à d'autres égards les dispositions de l'hypothèque,

(ii) de fournir un titre valable,

(iii) d'avoir le droit de céder,

(iv) qu'advenant le défaut, le créancier hypothécaire aura la possession paisible du bien-fonds, libre de toute sûreté,

(v) que le débiteur hypothécaire souscrira à l'égard du bien-fonds, tout autre acte qui s'avère nécessaire,

(vi) que le débiteur hypothécaire, par son fait, n'a pas grevé davantage le bien-fonds hypothéqué;

[...]

Clauses prescrites

(5) La charge rédigée selon la formule prescrite est réputée comprendre les clauses types prescrites, à moins qu'elle ne renvoie par sa cote à une liste de clauses types déposée conformément au paragraphe 8

(1). L.R.O. 1990, chap. L.4, par. 7 (5)

Modification des clauses prescrites

(6) Une clause type prescrite qui est réputée comprise dans une charge en vertu du paragraphe (5) peut être expressément exclue ou modifiée par une annexe à celle-ci, qui reproduit la clause telle qu'elle est modifiée. L.R.O. 1990, chap. L.4, par. 7 (6).

¹⁷⁹ ROACH, Joseph E., *The Canadian law of mortgages*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 2010, p.342

¹⁸⁰ ROACH, Joseph E., *The Canadian law of mortgages*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 2010, p.339

¹⁸¹ Le Registraire à l'enregistrement leur attribue une cote dès le dépôt de la liste et envoie des copies identifiées par leur cote, aux autres bureaux d'enregistrement de la province, dans les 30 jours du dépôt. Toute charge enregistrée après le dépôt d'une liste de clauses types et l'attribution d'une cote sera réputée comprendre tous les engagements de cette cote.

juridictions provinciales¹⁸². Les engagements peuvent toujours être modifiés par une nouvelle liste, mais si la charge hypothécaire renvoie à plusieurs listes, seule la dernière déposée sera prise en compte. Les parties peuvent modifier ou exclure une clause type comprise dans la charge hypothécaire au moyen d'une annexe attachée à la charge qui reproduit la clause modifiée. Ainsi, si les parties désirent soumettre la charge hypothécaire à des obligations futures, rien ne paraît leur en empêcher. Elles peuvent négocier l'objet et l'étendue de l'hypothèque. L'important, c'est que cette clause respecte le droit inhérent au rachat du titre légal par le débiteur et ne contrevienne pas à la doctrine des entraves au droit de rachat discuté plus haut dans ce texte.

De plus, nous constatons que certaines provinces, comme l'Ontario, exigent que le titulaire de la charge fournisse au constituant ou à son avocat la liste des clauses types qui seront incluses dans la charge avant la conclusion du contrat hypothécaire, sous peine d'amende¹⁸³. Dorénavant, plusieurs institutions bancaires offrent comme produit hypothécaire le *Multipurpose mortgage*. D'ailleurs, nous avons pu constater dans notre analyse des contrats hypothécaires que la RBC Banque Royale inclut une clause sur l'obligation future dans son contrat hypothécaire¹⁸⁴.

En somme, la liberté contractuelle semble prendre le dessus concernant les obligations futures. Contrairement au droit civil où les règles hypothécaires et les règles régissant les contrats sont inscrites à l'intérieur d'un même code, le Code civil du Québec, dans les provinces de *Common Law*, la charge hypothécaire peut changer d'une juridiction à l'autre et trouve son interprétation dans la loi qui lui donne naissance. Pouvant modifier et exclure les engagements implicites compris dans la législation, les parties peuvent conclure que la charge hypothécaire servira à garantir des obligations futures, pourvu que celles-ci n'aient pas pour but d'annuler le droit de rachat du débiteur ou de créer des avantages collatéraux pour le créancier exposant le débiteur à des obligations excessives et exorbitantes qui auront pour conséquence de l'empêcher d'exercer son droit de rachat. Bref, les parties doivent respecter le droit fondamental du débiteur de racheter son bien-fonds.

¹⁸² ROACH, Joseph E., *The Canadian law of mortgages*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 2010, p.343

¹⁸³ Loi portant réforme de l'enregistrement immobilier, L.R.O. 1990, CHAPITRE L.4

Dépôt des listes de clauses types de charge

8. (1) Une personne peut déposer chez le directeur une liste de clauses types de charge rédigée selon la formule et de la façon prescrites ou, avec l'autorisation du directeur, selon une formule différente de celle prescrite. L.R.O. 1990, chap. L.4, par. 8 (1).

Modification d'une liste de clauses types de charge

(2) La liste de clauses types de charge déposée en vertu du paragraphe (1) peut être modifiée par le dépôt d'une nouvelle liste conformément à ce paragraphe. L.R.O. 1990, chap. L.4, par. 8 (2).

[...]

Divulgateion : infraction

11. Le titulaire de la charge contenant des clauses types déposées en vertu du paragraphe 8 (1) qui assume la charge avant de fournir au constituant ou à l'avocat de celui-ci une copie des clauses types est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende d'au plus 5 000 \$

¹⁸⁴ ROACH, Joseph E., *The Canadian law of mortgages*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 2010, p.APPENDIX D

Concernant la divulgation par le prêteur hypothécaire de l'étendue de la charge hypothécaire, seules les provinces de Terre-Neuve-Labrador ainsi que le Colombie-Britannique semblent obliger le prêteur hypothécaire à divulguer l'étendue de la charge¹⁸⁵. Les autres semblent s'en tenir à l'obligation de divulgation du coût d'emprunt

¹⁸⁵ Consumer protection and business practices act, SNL2009 Ch. C-31.1 (TERRE-NEUVE-LABRADOR)

Disclosure

- 48.** (1) A credit grantor who is required to provide a disclosure statement or a statement of account under this Part shall ensure that the statement
- (a) is in writing or another form that is consented to, in writing by the borrower, and the credit grantor shall retain that statement and consent as a record for future use;
 - (b) contains the information required under this Part; and
 - (c) expresses that information clearly, concisely, in a logical order and in a manner that is likely to bring the information to the borrower's attention.
- (2) A disclosure statement or a statement of account may be a separate document or part of another document provided to the borrower.
- (3) Information disclosed under this Part whether in a disclosure statement, advertisement or otherwise may be based on an estimate or assumption if the
- (a) disclosure depends on information that is not ascertainable by the credit grantor at the time of the disclosure; and
 - (b) estimate or assumption is reasonable and is clearly identified in the document effecting the disclosure as an estimate or assumption.
- (4) Where an advertisement is published and information is disclosed in that advertisement that, under this Part, requires other information to be included in that advertisement, the credit grantor who publishes or on whose behalf the advertisement is published shall disclose the information in the manner required by regulation.
- (5) Where information in a disclosure statement is inconsistent with information or a provision set out in the credit agreement, the credit agreement is presumed to incorporate the information or provision that is more favourable to the borrower, unless it is proven that the less favourable information or provision reflects the borrower's actual understanding of the provisions of the agreement.

Business Practices and Consumer Protection Act, [SBC 2004] CHAPTER 2

Disclosure statements must be given

66 (1) In this section, "business day", in relation to a credit grantor, means a day on which the credit grantor is open for business.

- (2) Subject to subsection (3), a credit grantor who has entered into, or who is negotiating to enter into, a credit agreement with a borrower must give the borrower a disclosure statement in relation to the credit agreement before the earlier of
- (a) the borrower entering into the credit agreement, and
 - (b) the borrower making any payment in connection with the credit agreement.
- (3) Subject to subsection (4), a credit grantor who has entered into, or who is negotiating to enter into, a credit agreement to provide a mortgage loan to a borrower must give a disclosure statement in relation to the credit agreement to the borrower at least 2 business days before the earlier of
- (a) the date on which the borrower incurs any obligation to the credit grantor in connection with the mortgage loan, other than an obligation in respect of an expense referred to in section 57 (2) (e) [value received or to be received by a borrower] or a prescribed expense, and
 - (b) the date on which the borrower makes any payment to the credit grantor in connection with the mortgage loan, other than a payment in respect of an expense referred to in section 57 (2) (e) [value received or to be received by a borrower] or a prescribed expense.
- (4) The borrower under a credit agreement referred to in subsection (3) may waive the time period referred to in that subsection subject to and in accordance with any prescribed terms and conditions.

et du taux créée par la *Loi sur l'intérêt* ainsi que le *Règlement sur le coût d'emprunt* et incluse dans leur législation respective.

7.7. Extinction de l'hypothèque

L'hypothèque s'éteint lorsque le débiteur a remboursé la totalité de sa dette, de la manière prévue au contrat¹⁸⁶. Il pourra alors recouvrer son bien-fonds et demander la mainlevée de l'hypothèque. Le créancier doit lui rétrocéder le titre légal : il ne faut pas oublier que la cession du bien-fonds s'est faite uniquement à titre de sûreté. Les parties remettront le formulaire prescrit par la loi qui est en vigueur dans leur province afin que le transfert se fasse en bonne et due forme. Le registraire remettra alors un certificat de mainlevée, mais celui-ci n'a pas pour effet d'éliminer les droits des parties à l'acte. Ainsi, si le certificat de mainlevée a été accordé pour un montant moindre que celui inscrit à l'acte, le créancier pourra demander la correction et le débiteur devra lui remettre la différence¹⁸⁷.

¹⁸⁶ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.75

¹⁸⁷ ROACH, Joseph E., *Les hypothèques immobilières en Common Law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p.76

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Si l'acte de garantie immobilière peut se révéler un outil intéressant, il s'agit également d'un produit complexe. Les formulaires des institutions financières sont standardisés et les conseillers hypothécaires peuvent avoir du mal à renseigner les consommateurs sur l'étendue de leurs obligations. D'ailleurs, au Québec, ce rôle incombe au notaire.

Le hic? Selon les entrevues semi-dirigées que nous avons menées auprès des experts et des consommateurs, ces derniers sont souvent pressés de conclure la transaction lorsqu'ils sont chez le notaire. À ce stade-là, ils semblent moins enclins à prêter une oreille attentive aux détails qui pourraient les empêcher de conclure la transaction. Quoi qu'il en soit, une fois chez le notaire, un consommateur aurait du mal à recommencer tout le processus d'emprunt et il s'exposerait à de lourdes pénalités.

Les consommateurs semblent mal renseignés sur leurs obligations présentes et futures lorsqu'ils souscrivent un tel contrat. Par ailleurs, semble-t-il qu'ils n'ont guère le choix. Rares sont les entreprises prêteuses qui paraissent offrir encore des hypothèques traditionnelles, même si des consommateurs nous ont dit qu'ils opteraient pour cette formule s'ils le pouvaient..

L'étendue des obligations contractuelles présentes et futures prévue par l'acte de garantie immobilière est complexe et ambiguë. Il est difficile de voir ce que l'on prévoit exactement dans le cas d'un emprunt hypothécaire contracté avec un tiers. Cet élément est préoccupant. De même, selon les experts interrogés, des prêteurs semblent davantage enclins à accorder une main levée sur l'hypothèque au lieu d'une radiation complète lorsque l'emprunt principal est remboursé. Par conséquent, un consommateur pourrait avoir du mal à changer d'institution financière ou à se libérer de son hypothèque lorsqu'il vend sa maison. Il pourrait aussi devoir rembourser tous les prêts couverts par son hypothèque immobilière pour obtenir une quittance complète.

RECOMMANDATIONS

Compte tenu des constats précédents, Option consommateurs recommande :

AUX CONSOMMATEURS

De se renseigner sur le type de contrat hypothécaire que propose l'institution financière et de le lire attentivement avant de conclure la transaction chez le notaire.

D'éviter, dans la mesure du possible, de souscrire d'autres prêts auprès de l'institution financière afin que toutes leurs nouvelles dettes ne soient pas garanties par l'hypothèque sur leur maison.

AUX INSTITUTIONS FINANCIÈRES

De publier, sur leurs site Web, l'information concernant les obligations présentes et futures de l'emprunteur couvertes par les hypothèques immobilières et de s'assurer que cette information soit facile à repérer par le consommateur.

De s'assurer que leurs préposés puissent renseigner les consommateurs sur le type d'obligations qui sont garanties par l'hypothèque et de les former en conséquence.

D'ajuster les modalités de chaque prêt garanti par l'hypothèque immobilière en fonction de cette garantie y compris les taux d'intérêts sur les cartes de crédit.

De simplifier les clauses des actes de garantie immobilière.

D'accorder une radiation de l'hypothèque dès que l'emprunt principal est remboursé en totalité.

AU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

De modifier la législation afin d'obliger les institutions financières à ajuster les modalités de chaque prêt garanti par l'hypothèque immobilière en fonction de cette garantie, y compris les taux d'intérêts sur les cartes de crédit, sauf si les institutions financières acceptent volontairement de le faire.

Option consommateurs appuie la position de la Chambre des notaires du Québec et demande au gouvernement d'interdire que l'hypothèque puisse s'étendre automatiquement à de nouvelles obligations, sans que le consommateur ou le nouveau propriétaire de l'immeuble ne consente à ce que sa propriété serve à garantir ces nouvelles obligations.

AU GOUVERNEMENT DU CANADA

De modifier la législation afin d'obliger les institutions financières à ajuster les modalités de chaque prêt garanti par l'hypothèque immobilière en fonction de cette garantie, y compris les taux d'intérêts sur les cartes de crédit, sauf si les institutions financières acceptent volontairement de le faire.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Code civil du Québec, L.R.Q., CCQ, 1991, c-64

Code civil du Bas-Canada, L.Q. 1865, c-41

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch.-P-40.1

Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., 1981, c. P-40.1, r.3

FÉDÉRAL

Loi sur les banques, L.C. 1991, c.-41

Loi sur l'intérêt, L.R.C. 1985. C.- I-15

Règlement sur le coût d'emprunt, DORS-2001-101

MONOGRAPHIE

BOUDREAULT, Marc., *Les Sûretés*, 3^e éd., Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2008

CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1987

CIOTOLA, Pierre., *Les sûretés*, 3^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1997

KARIM, Vincent., *Les obligations, vol 1*, 3^e éd. Montréal, Les Éditions Wilson & Lafleur,

LAFOND, Pierre-Claude., *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2007

LAMBERT, Édith., *Les sûretés : extraits du Droit civil en ligne*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2009

PAYETTE Louis., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* 4^e éd. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2010

PRATTE, Denise., *Priorités et Hypothèques*, 2^e éd. , Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit de l'Université Sherbrooke, 2005

Commentaires du ministre de la justice, tome 1, Publications du Québec , 1993

Commentaires du ministre de la justice, tome II, Publications du Québec,

PUBLICATIONS

Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante », (1995) 97 *R. du N.* 450

Marc BOUDREAULT, «Sûretés», (2009) *R.du.N.*, 111

Yvan DESJARDINS, «Le principe de la spécialité de l'hypothèque rejeté par la Cour d'appel» (2000), *R du N.* 102

François LEBREUX, «L'étendue de l'hypothèque et ses conséquences» (2008) *C.de P.*

Louis PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques» dans *La Réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambres des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993

JURISPRUDENCE

Mercantile du Canada c. Yves Germain inc, [1984] C.S. 856

St-Jacques c. Charbonneau,. C.A. Montréal, 500-09-001136-944, J.E ., 99-944, (C.A.),

Banque HSBC Canada c. 9082-3659 Québec inc., [2005] R.D.I. 339 (C).

RAPPORTS DE RECHERCHE ET MÉMOIRE

Mémoire de la Chambre des notaires du Québec sur le Projet de loi 24 intitulé Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation, Chambre des notaires du Québec, novembre 2011.

Les nouveaux produits hypothécaire : entre accessibilité et endettement, Option consommateurs, 2009.

GUIDES ET BROCHURES

Lumière sur le financement hypothécaire, Option consommateurs et Association professionnelle des notaires du Québec, 2010

SITES WEB

<http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/index-fra.asp>

http://www.cmhc-schl.gc.ca/fr/co/asprhy/asprhy_020.cfm

<http://www.lesaffaires.com/mes-finances/reponses-d-experts/ne-confondez-pas-l-hypothèque-et-l-acte-de-garantie-hypothécaire/501217>

http://www.jecomprends.ca/maison/achat/consolidation_hypothécaire_attention_terrain_glissant

http://www.jecomprends.ca/maison/achat/les_nouvelles_regles_de_lemprunt_hypothécaire

http://www.sblavocats.com/?page=chronique&recherche=LHYPOTHEQUE_VOUS_CONNAISSIEZ

http://www.cheneliere.info/cfiles/complementaire/droit_des_affaires_9782761633239/pdf/chapitre_11_acte_de_garantie_d_une_politique_immobiliere.pdf

<http://argent.canoe.ca/lca/affaires/canada/archives/2012/02/20120223-113400.html>

http://www.desjardins.com/fr/particuliers/produits_services/financement/hypothecaire/marge_atout.jsp

<http://www.scotiabank.com/images/fr/filespersonal/5090.pdf>

<https://www.cibc.com/ca/loans/loans-glossary-fr.html>

<https://www.tdcanadatrust.com/francais/index.jsp>

http://www.bnc.ca/bnc/cda/index/0,4229,divId-2_langId-2_navCode-1000,00.html

https://www.banquelaurentienne.ca/fr/services_particuliers/index.html

<http://www.bmo.com/accueil?nav=top>

<http://www.rbcbanqueroyale.com/>

8. Liste des Annexes

8.1. ANNEXE A – Définitions de l'acte de garantie

8.2. ANNEXE B - Questions pour entrevues semi-dirigées

8.3. ANNEXE C - Focus Group Report on Deeds of Hypothec (Umbrella Mortgages)

8.4. ANNEXE D – Actes de garantie immobilière - Guide de discussion

8.1. ANNEXE A – Définitions de l'acte de garantie

MOUVEMENT DESJARDINS

http://www.desjardins.com/fr/particuliers/produits_services/financement/hypothecaire/marge_atout.jsp

Consulté le 13 juillet 2011

Aucun explication ou définition de l'acte de garantie hypothécaire. On parle toutefois du produit marge atout (marge de crédit avec garantie hypothécaire et de l'option multiprojets (refinancement).

BANQUE SCOTIA

<http://www.scotiabank.com/images/fr/filespersonal/5090.pdf>

Consulté le 13 juillet 2011

Aucune définition de l'acte de garanti immobilière. Il est possible d'avoir de l'information sur le produit financier Crédit intégré Scotia qui est une marge de crédit avec garantie hypothécaire.

BANQUE CIBC

<https://www.cibc.com/ca/loans/loans-glossary-fr.html>

Consulté le 13 juillet 2011

Définition

Garantie : Bien (propriété ou produit de placement) donné en garantie pour un prêt ou une marge de crédit dans le but d'aider l'emprunteur à obtenir un taux d'intérêt inférieur et une limite d'emprunt supérieure de la part du prêteur.

Marge de crédit sur valeur nette de la propriété : Marge de crédit garantie par la valeur nette de la propriété. Les fonds sont empruntés une seule fois, mais il est possible d'y accéder en tout temps, et ce, jusqu'à la limite établie. La limite de crédit est habituellement plus importante que celle d'autres formes d'emprunt garanti.

Prêt garanti : Un prêt peut être garanti en entier ou en partie par un bien immobilier, un autre bien ou des placements ayant une valeur de réalisation équivalant au moins au montant du prêt reçu.

CIBC offre des informations sur une marge de crédit ainsi qu'un programme de refinancement Ressource-toit CIBC. Pour ce dernier produit, le site internet CIBC mentionne que pour l'obtenir, on doit remplir les conditions de crédit de la Banque CIBC.

BANQUE TD

<https://www.tdcanadatrust.com/francais/index.jsp>

Consulté le 13 juillet 2011

Aucune définition de l'acte de garantie hypothécaire.

On présente deux produits, la ligne de crédit domiciliaire et la ligne domiciliaire verte qui permettent d'utiliser la valeur de la maison pour emprunter de l'argent. Les deux produits sont sous l'onglet Prêts hypothécaires. Toutefois, on n'y mentionne nulle part qu'il s'agit d'un acte de garantie immobilière.

Dans Demande : Avant de commencer : renseignements utiles : remarques : On mentionne pour la première fois qu'il y aura des frais d'évaluation pour déterminer la valeur de la résidence ainsi que des frais juridiques pour l'enregistrement du prêt hypothécaire utilisé comme garanti dans le cas d'une ligne de crédit domiciliaire ou prêt hypothécaire.

On mentionne aussi qu'un copropriétaire de la maison doit figurer sur la demande à titre de co-emprunteur ou codemandeur et signer la convention de prêt.

BANQUE NATIONALE

http://www.bnc.ca/bnc/cda/index/0,4229,divId-2_langId-2_navCode-1000,00.html

Consulté le 13 juillet 2011

Aucune définition de l'acte de garantie hypothécaire.

Définition de marge de crédit hypothécaire : Marge de crédit dont le remboursement est garantie par une hypothèque.

On présente un produit, la Clause évolutive qui permet d'obtenir du financement additionnel selon la valeur nette de la propriété. Ce produit permet de réemprunter les sommes remboursées non utilisées.

Le produit Tout en un est une marge de crédit est garantie par l'hypothèque. Toutefois, ce n'est pas clair sur le site internet. On dit que c'est un outil qui permet de financer jusqu'à 80% de la valeur d'une maison.

BANQUE LAURENTIENNE

https://www.banquelaurentienne.ca/fr/services_particuliers/index.html

Consulté le 13 juillet 2011

Aucune définition de l'acte de garantie hypothécaire.

On parle de la trousse du propriétaire qui peut contenir plusieurs tranches hypothécaires et ou une marge de crédit hypothécaire en mentionnant qu'on peut ainsi consolider ses dettes sous un même toit. On ne mentionne pas qu'il s'agit d'un acte de garantie hypothécaire mais on dit qu'il s'agit d'un outil de financement hypothécaire.

BANQUE DE MONTRÉAL

<http://www.bmo.com/accueil?nav=top>

Consulté le 13 juillet 2011

Sous onglet : Acheter une autre maison, utiliser la valeur de la maison

On explique comment fonctionne la Marge-crédit sur valeur domiciliaire. Vous obtenez une marge de crédit dont le montant peut représenter jusqu'à 80 % de la valeur de votre maison actuelle et qui est garantie par celle-ci ou par d'autres biens immobiliers.

La MargExpress sur valeur domiciliaire remplace le prêt hypothécaire traditionnel. Une demande de crédit suffit pour financer jusqu'à 80 % de la valeur courante de votre maison. Les sommes que vous avez déjà remboursées sur votre marge redeviennent automatiquement disponibles. Vous pouvez les réemprunter et les utiliser quand et comme bon vous semble

La Marge-crédit sur valeur domiciliaire est garantie par votre maison, mais vous donne aussitôt accès à la limite de crédit autorisée, moins les prêts hypothécaires ou autres que vous devez rembourser.

Dans le glossaire hypothèque (Rechercher : Garantie immobilière), il y a la définition de prêt sur hypothèque subsidiaire : Prêt constaté par un billet à ordre et garanti par hypothèque sur une propriété. Le montant ainsi emprunté sert habituellement à d'autres fins que l'achat d'une propriété, par exemple des vacances ou des projets de rénovation.

BANQUE ROYALE

<http://www.rbcbanqueroyale.com/>

Consulté le 13 juillet 2011

Définition : Marge de crédit

Forme de crédit qui permet au particulier d'avoir un accès immédiat sur demande, à une somme prédéterminée qu'il peut utiliser en tout ou en partie. La marge de crédit peut être garantie ou non. Le titulaire peut fournir en garantie des valeurs personnelles, par exemple des obligations, des dépôts à terme ou la valeur nette d'une propriété. La marge de crédit garantie comporte moins de risques pour l'institution financière et offre un taux d'intérêt plus avantageux au détenteur.

On présente la Marge de crédit Royale permettant de se servir de la valeur nette des biens immobiliers ou de placements garantis pour obtenir une limite de crédit supérieure, à un taux plus avantageux.

Un notre produit est la Marge proprio RBC qui permet de combiner son hypothèque et ses emprunts personnels dans un seul programme. Il n'est pas clair qu'il s'agit d'un acte de garantie hypothécaire.

8.2. ANNEXE B - Questions pour entrevues semi-dirigées

Quand avez-vous souscrit un emprunt hypothécaire ? S'agissait-il d'un premier emprunt hypothécaire ?

Sinon, combien de prêts hypothécaires avez-vous souscrit jusqu'à maintenant.

Lorsque vous avez souscrit cet emprunt, qu'est-ce que l'on vous a dit ?

Le conseiller hypothécaire vous a-t-il offerts différentes formules (prêts traditionnel, marge de crédit hypothécaire, acte de garantie immobilière) ?

Si oui, quelles étaient-elles ?

Le conseiller hypothécaire vous a-t-il présenté un contrat ?

Si oui, avez-vous lu ce contrat avant d'y apposer votre signature ?

Est-ce qu'il y des éléments qui vous ont surpris ?

Si oui, lesquels ?

Au moment de souscrire un emprunt hypothécaire, souhaitiez-vous avoir également de l'argent pour faire autre chose (réno, marge de crédit, prêt auto) ?

Le produit que l'on vous a proposé permettait-il de couvrir d'autres emprunts ?

Si oui, est-ce que votre conseiller hypothécaire vous a expliqué les avantages d'une telle formule ?

Est-ce que votre conseiller vous a expliqué les inconvénients d'une telle formule

Est-ce que votre notaire vous a expliqué les avantages d'une telle formule ?

Est-ce que votre notaire vous a expliqué les inconvénients d'une telle formule ?

Est-ce que certains éléments dont vous n'aviez pas pris connaissance lorsque vous étiez avec votre conseiller hypothécaire ?

Que pensez-vous de l'acte de garantie immobilière ?

Recommanderiez-vous cette formule ?

Déconseilleriez-vous cette formule ?

**8.3. ANNEXE C - Focus Group Report on Deeds of Hypothec
(Umbrella Mortgages)**

FINAL
REPORT

Focus Group Report on Deeds of Hypothec
(Umbrella Mortgages)

Prepared for

Option Consommateurs

March 2012

Pn7052



ENVIRONICS
RESEARCH GROUP

33 Bloor Street East, Suite 900
Toronto, ON M4W 3H1

PURPOSE AND METHODOLOGY

Environics Research Group is pleased to present this focus group report to Option Consommateurs. This report provides an overview of Quebecers' attitudes and perceptions of deeds of hypothec, also known as umbrella mortgages. This research project was designed with the following objectives in mind:

- To understand mortgage holders' perceived familiarity with their own mortgage product, what they recall being told by the representative from the financial institution and by the notary;
- To understand mortgage holders' familiarity with umbrella mortgages versus traditional mortgages and mortgage lines of credit;
- To understand whether consumers identify any unique or particular risk with umbrella mortgages;
- To assess how well consumers can understand sample contract clauses for traditional mortgages and umbrella mortgages; and,
- To determine whether consumers want the regulations governing this type of financing to change in any way.

A series of four focus groups were conducted in February 2012. Two each were held in Montreal (one in English and one in French on February 23) and two were conducted in French in Quebec City (February 25). The participants in these focus groups were individuals who had signed or renewed their mortgage within the past 10 years and who were involved in that process. We recruited both men and women from a range of age groups and income levels.

The discussion guide and the participant handouts used in the groups can be found in the Appendix at the end of this report.

DETAILED FINDINGS

Personal Experience with Mortgages

Assessing their own experience with, and knowledge of, mortgages.

Participants in all sessions were asked to describe their most recent mortgage purchase and to explain how “experienced” they feel they are with mortgages in general.

By design, each session had a range of individuals with different degrees of experience with mortgages, including many who were on their first mortgage, and others having owned or financed many homes.

Perceptions of experience do not necessarily correlate perfectly with how well individuals feel they know their mortgage product. While there is a general relationship that suggests that more “experienced” consumers are more likely to know the mortgage product they own, there were a few inexperienced consumers who felt they know their product well, and vice versa, a number of experienced mortgage holders who feel they only have a general understanding of their mortgage.

It is also worth noting how consumers typically interpret a question regarding their knowledge of the mortgage product they were sold. By and large, individuals base this on how well they know the general terms of their mortgage (interest rate, amortization period, installments, mortgage term, etc.) – so someone who feels they did a lot of “shopping around” will feel like they “know” the mortgage product they were sold.

Rating their most recent experience. Most participants feel their most recent mortgage experience was a positive one, where the financial institution representative was helpful, informative and able to answer their questions. By and large, participants feel they were adequately informed on the mortgage product they were sold. At a minimum, they feel they were adequately informed on the aspects of their mortgage that they as consumers were most interested in.

When asked what their representative had emphasized when they met with them to discuss their mortgage, results were quite consistent across all the sessions. The emphasis was placed on the following:

- ✓ the interest rate
- ✓ whether the rate is fixed or variable
- ✓ amortization period
- ✓ the term
- ✓ payment installments
- ✓ mortgage insurance
- ✓ additional/lump-sum payment options
- ✓ notary fees
- ✓ other insurance products
- ✓ down payment
- ✓ signing bonuses/incentives
- ✓ conditions regarding renovations
- ✓ penalties for breaking a contract
- ✓ other products offered by the financial institution

Participants felt that the items on which the representative had spent time also aligned with what they considered important factors when signing up for a mortgage.

Type of mortgage product owned. Despite many feeling they “know” the mortgage product they were sold and that their representative adequately informed them, not a single participant indicated they had signed a deed of hypothec. Nearly all participants in Montreal believe they own a traditional mortgage – whereas, in Quebec City, participants were evenly split between traditional mortgages and mortgage lines of credit.

- Some described in detail how their mortgage product functions, a description that aligned sometimes perfectly with what a deed of hypothec is, and yet participants were convinced they owned another type of mortgage.

Two factors seemed to lead participants to think they owned something *other* than a deed of hypothec:

- Participants know they have access to a line of credit as part of their mortgage agreement, leading many to think they own a “mortgage line of credit.”
- How financial institutions brand their mortgage products also has an impact on what product consumers think they own. A common example is the Caisse Populaire Desjardins’ “Marge Atout” mortgage, which participants either owned or had heard of. While this product is in all likelihood a deed of hypothec, those who have it think they have a mortgage line of credit.

Conditions and Contracts

Conditions. Participants were hard pressed to recall the conditions on their mortgage in general. Participants were most likely to highlight the condition that stipulates that the bank can seize their home if they do not make their mortgage payments. Some also remembered that there is a penalty or a fee if they decide to renegotiate or break their mortgage.

- Many could not recall the specific conditions in their mortgage; they simply assumed that the bank could take their home if they do not make their mortgage payments.
- Participants who have a line of credit as part of their mortgage did not make any reference to this line of credit, or any other debt with the same lender, when describing the conditions on their mortgage.

Contract. All participants recall signing a mortgage contract with their financial institution. Few in each session admitted to reading the entire contract before signing it, many indicating they had, at most, scanned it. Only a few in each session felt the document was “easy to understand,” with most feeling it was more or less easy to understand.

- Many admitted to relying on someone else to help them with the contract, in addition to the financial institution representative and the notary. For instance, a young girl signing her first mortgage had relied on her parents for help, a few others had looked to their mortgage broker, and a few others (particularly women) had looked to their spouse for help.

Many felt they were entering into the mortgage contract “in good faith.” They felt they understood the key clauses regarding the aspects of the mortgage that mattered most to them (e.g., interest rates, amortization, installment frequency and amounts, etc.), and did not feel they needed to try and find troublesome or controversial clauses.

The Notary’s Role

Perceived Role. Other than being considered an expensive service, most participants agreed that the notary’s role consists of “legalizing” the transaction and that they are there to explain the contract to the client. Participants ultimately agree that their role is important in terms of protecting consumers.

- Not all participants felt their notary had been thorough; in fact, a few don’t even recall their notary going through the mortgage contract with them. Admittedly, their meeting with their notary covered many documents, and that details about the mortgage may have gotten lost in the shuffle or did not stand out.

Any Surprises? Not a single participant recalled any “surprises” at the notary. The few points that the notary raised that were unexpected had more to do with the property they were buying rather than the mortgage contract.

Renegotiations, Additional Loans and Home Sales

Since certain conditions of deeds of hypothec could have an impact on a lender’s ability to renegotiate, obtain additional loans or sell their home, each of these were explored with participants.

Renegotiations. Very few participants had tried to renegotiate their mortgage loan. Besides having to contend with a penalty, these participants did not recall any issues related to this renegotiation. This process may have been simplified because these renegotiations were often with the same financial institution.

Additional Loans. Very few participants had also tried to obtain additional loans from the same financial institution with which they have their mortgage. Nearly all of these were lines of credit, which they could access at fairly low interest rates, just marginally higher than what they were paying for their mortgage loans. All recalled the process being very straightforward – it involved completing a few forms and nobody remembered having to revisit their notary.

- Most of these participants understood that their new loan was being guaranteed by their home and that, in the event they sold their home, they would need to repay these loans. *This was clearly understood by participants before any explanation of an umbrella mortgage was presented to them.*

Home Sale. Very few participants had tried to sell a home in Quebec for which a mortgage had been signed in the past 10 years. Similar to the renegotiations and the additional loans, these participants felt the process had been uneventful and that their financial institution had not presented them with any unusual conditions or barriers. Two particular factors that had no doubt contributed to making these sales uneventful included:

- At the time of sale, none of these participants recalled having any other separate debts or loans with their financial institution holding their mortgage.
- Most were obtaining their new mortgage from the same financial institution that had sold them their previous mortgage.

Deeds of Hypothec

Participants were provided a sheet that explains what a mortgage agreement is, what it represents, and what traditional mortgages and deeds of hypothec are (refer to Document A in the Appendix).

Awareness. Having read the document, only a few in each group vaguely recalled having previously heard of deeds of hypothec, also known as “umbrella mortgages.” Participants’ reactions would seem to suggest that they recognized the concept more than the names by which the concept goes.

- Given an informal explanation of the concept, a few participants, especially in Quebec City, started wondering whether or not this was in fact the type of mortgage that they owned.
- Some still believed they have either a traditional mortgage or a mortgage line of credit, even though the explanation they just read about deeds of hypothec was nearly identical to the description they themselves provided at the beginning of the session when asked to explain the type of mortgage they owned.
- A few others admitted that the deed of hypothec resembled what they thought was a “mortgage line of credit.”

Impressions of Deeds of Hypothec. Despite growing uncertainty over whether they actually had a deed of hypothec, practically all participants now understood the concept of a deed of hypothec and, given a choice, it would not be the kind of mortgage they would want to have. When asked to expand on what they saw as the advantages and disadvantages of this type of mortgage, participants in each session consistently raised the following points:

Advantages of Deeds of Hypothec	Disadvantages of Deeds of Hypothec
<ul style="list-style-type: none"> 👉 Easy/convenient access to funds 👉 Access to funds in case of emergencies 👉 More advantageous rates for additional loans, compared to a separate loan unsecured by the mortgage 👉 Less costly because no need to revisit a notary 👉 Less paperwork when obtaining a new loan 👉 All loans are with the same bank, so easier to manage 👉 All loans are with the same bank, so seen as a more important client by the bank 	<ul style="list-style-type: none"> 👉 Access to funds is <u>too</u> easy 👉 Borrower stays in debt longer 👉 Loan is tied to your mortgage in case you need to sell the house 👉 Incentives <i>some</i> people to go into debt or to increase their debt – becomes a “<i>gouffre à dettes</i>” 👉 Not certain how the 20% rate applies

Even though the list of advantages tended to be longer than the list of disadvantages, most agreed that the disadvantages, or the risks, tended to outweigh the advantages.

Assessing Standard Mortgage Clauses

Participants were then provided a sheet featuring standard clauses for a traditional mortgage and two examples of clauses for deeds of hypothec (refer to Document B in the Appendix).

A clause for a traditional mortgage. The following clause for a traditional mortgage was provided to participants:

Financial institution A

12. Principal Hypothecs

To secure the performance of its obligations under the terms of this contract, the Borrower hypothecates in favour of the Lender from this date the following properties (collectively the "Hypothecated Property") to the extent of the sum of (CDN \$) with interest at the rate of twenty percent (20%) per year, the property described as follows:

Many participants understood the key premise of the clause and were able to explain in their own words the borrower's obligations. Not everyone clearly understood how the "20% per year" applies (since it does not resemble the type of rate they typically see). Ultimately, they understood that the lender can seize the borrower's home if the borrower does not make their payments.

A first clause for a deed of hypothec. Participants were then asked to read the following clause for a deed of hypothec:

Financial Institution B

2. HYPOTHEC

To secure the repayment of amounts present and future owed to the [REDACTED] for the loan(s), advances or credit granted under the credit contract, as well as amounts owed due to possible increase(s) of the amount of the loans, advances or credit, and due to another loan or loans or another form or forms of credit being granted that the parties could agree to subject to the stipulations and to the hypothecs provided for hereunder, as well as the repayment of amounts that could be lent anew to the Borrower and to the eventual purchaser of the property by virtue of Section 14 "Multiproject Option," in principal, interest at the rate of fifteen percent per annum, costs and accessories (this loan or these loans and all aforementioned amounts are collectively referred to hereinafter as "the loan"), and to secure the performance of other obligations stipulated in the credit contract(s) and herein which arise from or are accessory to these obligations (all the aforementioned obligations, including those related to the repayment of the loan, are collectively referred to hereinafter as "the secured obligations"), the Grantor hypothecates in favor of [REDACTED] for an amount of _ (\$_), the following immovable property, including any movable property, present or future, incorporated with, attached or joined to the property and considered to be immovables under the law, hereinafter referred to as the "Property," namely:

Participants' reaction to this clause can best be summed up as "negative." Only a select few felt they understood the clause, with most feeling the clause was far too long and convoluted to make any real sense of it. Some gave up trying to read it and,

when asked by the moderator, nearly all agreed that this is the type of clause they would ask their notary to explain. Frustration with this clause was high among all participants, irrespective of their level of experience with mortgages.

- At least one or two skeptical participants in each session hinted that this clause was intentionally designed the way it is so that average consumers would just overlook it.
- One participant said that if his lawyer ever drafted this kind of clause for him, he would fire him.
- A few others griped that the financial institution that has this clause in their contracts is being disrespectful to borrowers.

In their attempts to interpret various aspects of the clause, the best most could do was speculate. Participants were particularly uncertain about the following:

- Insofar as they *suspect* that the language refers to future loans from the same institution, they could not clearly understand the language that seemed to allude to such loans.
- While they *suspect* they need to pay back all loans from the same financial institution, they could not understand what the lender can take if they do not meet their obligations as the borrower. While they all seemed to agree that the bank will likely take their home if they do not make their payments, they were uncertain whether the clause also stipulated that the bank would or could also take everything inside and around their home (“*the following immovable property, including any movable property*”).
- Similarly, some could not decipher whether the bank would or could only seize what was purchased with the separate loans or they could seize anything insofar as the debt is covered.
- There was also widespread confusion over how the “fifteen percent per annum” applied. Some speculated that it is the rate that would be applied to loans over and above the mortgage, while others speculated that it is the highest rate that could be charged by the institution for separate loans. Only a select few noticed or highlighted the fact that the rate is “per annum.”
- Participants were also unsure if their house would be seized if they do not make their payments on the separate loans.

A second clause for a deed of hypothec. Participants were then asked to read the following clause for a deed of hypothec:

Financial Institution C

3.1 Principal Hypothec

To secure the payment of the Indebtedness and the performance of all obligations of the Debtor hereunder and under any Credit Agreement, as well as to secure the performance of all other obligations of the Debtor to the Bank, present and future, direct and indirect, the Debtor hypothecates the following Immovable for the sum of

Canadian dollars (\$ _____), with interest at the rate of twenty percent (20%) per annum from the date hereof:

Although most agreed that this clause is simpler and easier to understand compared to the previous clause, they still did not feel the second clause was sufficiently clear: “It’s clearer, but it’s still confusing.”

In fact, they felt that the two clauses represented two extremes. Whereas the first clause was too complex and long given all its details, the second clause was too sparse in details and left too much to interpretation. Participants were consistently confused by the following:

- They did not know how to interpret the rate of 20% per annum, and how it would be applied to their mortgage and to future loans.
- While most could understand what a “direct” obligation might be, they were left questioning what an “indirect” obligation might be: “Does this refer to loans I get with other banks?”

Unexpected Risks

Participants were asked to assess whether they feel they would be exposed to more or different risks with a deed of hypothec compared to a traditional mortgage.

The most important difference between the two products is that there is a greater risk of indebtedness with a deed of hypothec given the perceived ease of access to funds. If the borrower exercises control and does not use the extra credit to which they have access, then the risk is seen as essentially the same.

A few felt that the deed of hypothec gives the financial institution greater latitude in terms of what they can seize in the event payments are not made. They believe that with a traditional mortgage, the only thing the bank can seize is their home, whereas with a deed of hypothec, their interpretation of the clauses leaves them thinking they can seize the home and everything inside and around it.

Ultimately, most participants felt that the risk is no greater with one product versus another insofar as the borrower understands what they are getting into.

Overall Impressions

Given the benefit of a full session to discuss the different mortgage products, participants were asked whether a deed of hypothec would be the kind of loan they would consider moving forward. Most would lean towards something else for the following two main reasons:

- When they approach a financial institution for a mortgage, all they feel they need are the funds to finance the purchase of their home, nothing else. While they would not be inconvenienced by having a deed of hypothec, since all they would end up using is the mortgage portion anyway, they would prefer to limit their credit exposure to only what they really need.
- The appeal of the deed of hypothec was dampened for many because of the uncertainty surrounding what the bank can ultimately seize and how the 15% or 20% per annum rates applied.

Should There Be Better Regulation?

The discussion around regulation was somewhat awkward for participants, since they neither knew what “regulation” actually meant nor did they know to what extent regulation actually exists.

Based on what they have heard and discussed during the session, and based on their own experience with mortgages and similar types of contracts, most of the participants felt that a combination of “buyer beware” and standardization should suffice moving forward. They all seemed to want to keep the government’s role to a strict minimum in this area.

- **Buyer beware:** Participants felt that the contracts are there for consumers to read and that if consumers choose not to read them properly, then that is effectively their problem, nobody else’s.
- **Standardization:** Although the responsibility should lie in large part with the borrowers to inform themselves of the product they are buying, participants felt that some degree of standardization should be introduced to ensure consistent interpretation of concepts. Standardization should occur on two levels:
 - Standardization in the language used in clauses, a recommendation that is entirely inspired by the two sample clauses shown to participants.

- Standardization in how the mortgage product is explained to borrowers by financial institution representatives. In fact, representatives should place as much weight on this as they do other aspects of the mortgage contract (interest rate, amortization, etc.). This explanation needs to happen at the financial institution rather than at the notary, since this needs to be understood by the borrower *before* they sign the mortgage contract.

APPENDIX

**Environics Research Group
Deeds of hypothec
Moderator's Guide
Final Version**

ENVIRONICS RESEARCH GROUP

Option Consommateurs

1 – Introduction (10 minutes)

Welcome to our focus group. We are interested in hearing your opinions this evening/afternoon. Not what others may think, but what you think.

Feel free to voice your opinion, irrespective of whether you agree or disagree with other opinions around the table. Even if you are the only one to voice a particular opinion, you may be voicing what hundreds of thousands of Canadians may also be feeling.

Feel free to discuss issues amongst yourselves – your comments do not have to be directed to me exclusively.

To help me pull together my report, I'll be relying on an audio and video recording of the session. I may also take notes from time to time. The room is also equipped with a one-way mirror, and I have a few colleagues behind the glass who wanted to hear the discussion first hand.

At the end of the session, I'll instruct you on how you can pick up the incentive we promised you.

To get the session started, let's go around the table and have everyone introduce themselves. Simply mention your first name, what type of work you do (if you are working) and who else lives with you...

2 – Personal experience with mortgages (20 minutes)

I'd like to hear from each of you how you would describe your own personal experience with mortgages.

- First, how would you sum up your experience with mortgages...would you say you have a lot of experience, some experience or very little experience?
- When did you sign-up to your most recent mortgage?
- ...with which financial institution?
- ...using a 10-point scale, where 10 means "extremely well," how well would you say you know the mortgage product you were sold?
- Still with a 10-point scale, how would you describe your overall experience getting a mortgage? Was it a positive or a negative experience? ...on the scale, 10 means "very positive experience."
 - Why do you say that?

WRITE THE 3 TYPES OF MORTGAGES ON THE FLIP CHART AHEAD OF TIME:

- Was it a deed of hypothec, a mortgage line of credit or was it a traditional mortgage?
- What did they tell you exactly, when you signed up for your loan?
- What did the representative emphasize when they explained the loan to you? **MAKE A LIST ON FLIPCHART AND DO AN INVENTORY OF ALL PARTICIPANTS**
- Do you feel you were adequately informed on the mortgage product you were sold?

When signing up for a mortgage, what are the most important factors you take into consideration?

3 – Conditions and contracts (10 minutes)

- How did the financial institution explain the way the mortgage would work exactly? Were they sufficiently clear?
- What were the conditions on your mortgage?
 - Do you feel this aspect of your mortgage was clear and that your specific obligations were well-explained?
- Did you sign a document?
 - What did you sign? Was it a contract?
 - Did you take time to read it before signing it?
 - What do you remember about the contract? Was it easy to understand?

4 – The notary’s role (10 minutes)

What is, in your opinion, the notary’s role when we sign up for a mortgage loan?

- Do you feel this role is important in terms of protecting consumers?
- Did the notary bring anything important to your attention that was not raised when you met with the financial institution’s representative?
 - Were there any “surprises” when you were at the notary?
- Are there things that you now feel you would have liked to have known ahead of time?
- Ideally, what details should be shared with a borrower when they sign up for a mortgage loan? **MAKE A LIST ON THE FLIPCHART**

5 – Renegotiation (5 minutes)

- Since buying your home or when you were a homeowner, have any of you tried to renegotiate your mortgage loan?
 - If yes, how did it go?
- Did you try to switch financial institutions?
 - If yes, was it easy?

6 – Additional loans (5 minutes)

- Since buying your home or when you were a homeowner, did any of you attempt to obtain additional loans from the same financial institution?
- If yes :
 - What kinds of loans were they?
 - At what interest rate?
 - How did it go?

7 – Selling the home (5 minutes)

- Over the past 10 years, have any of you sold, or tried to sell a home you owned in Quebec?
- If yes:
 - Was the mortgage for that home signed within the past 10 years?
 - If yes:
 - How would you describe that experience with your financial institution?
 - Were you obligated to pay back all the loans you had with the financial institution with which you had the mortgage?

8 – Deed of Hypothec (15 minutes)

PARTICIPANT HANDOUT

I will hand out a sheet that explains what a mortgage agreement is, what it represents, and what traditional mortgages and deeds of hypothec are. Please review it (5 minutes).

As you have now read, since the beginning early 2000s, financial institutions offer a new kind of mortgage product, a deed of hypothec, also known as an umbrella mortgage.

- Have you ever heard of this kind of mortgage before?
- What do you think these are?
- What do you think of this approach?
- What do you think are the advantages and disadvantages of this kind of mortgage?

MAKE A LIST ON THE FLIPCHART

9 – Assessing standard clauses for a traditional mortgage and for a deed of hypothec (20 minutes)

I am going to hand out standard clauses that you would find for a traditional mortgage and two examples of clauses for deeds of hypothecs. Let's start with Institution A.

- In your own words, what is this about?
- What are the borrower's obligations? ...jot down your answer in two or three words.

Let's now look at Institution B.

- In your own words, what is this about?
- What are the borrower's obligations? ...jot down your answer in two or three words.

Let's now look at Institution C.

- In your own words, what is this about?
- What are the borrower's obligations? ...jot down your answer in two or three words.

10 – Unexpected risks (15 minutes)

- Thinking of your own situation, would there be any risks associated with a deed of hypothec? If yes:
 - What are they? What risks do you think you never would have become aware of had it not been for this session today?
 - What's the worst that could happen?
- Thinking of your own situation, would there be any risks associated with a traditional mortgage? If yes:
 - What are they? What risks do you think you never would have become aware of had it not been for this session today?
 - What's the worst that could happen?

11 – Final comments (5 minutes)

Has anything you've read or heard during this session changed your opinions on deeds of hypothec?

After having heard some of the points made today about deeds of hypothec, does this seem like the kind of loan you would consider moving forward? Why/why not?

After everything we've discussed today, do you think there needs to be better regulations around deeds of hypothec or do you feel the status quo works well? How should anything change? Why?

Thanks for your participation

DOCUMENT A

Mortgage Agreement

The mortgage on a building/home must be notarized. It represents a right on your home that you are assigning to your lender to guarantee the obligations you have against that home. If you do not uphold your obligations, your lender can seize your home as payment, sell it or have it sold.

It is therefore important to clearly understand the obligations guaranteed by the mortgage. There are currently many types of mortgages and all borrowers should, when obtaining a loan for which repayment is guaranteed by a mortgage on their home, familiarize themselves as much with the contents of the agreement they will be asked to sign as the conditions of the loan (interest rate, term, amortization, etc.).

“Traditional” Mortgage

This is the most commonly known mortgage: you obtain a loan, and you sign a mortgage agreement to guarantee repayment. The mortgage agreement specifies the amount and the terms of the loan, and the mortgage will be of an equivalent value. No other obligation, no other loan (e.g., car loan, personal loan, line of credit, etc.) is guaranteed under this same mortgage.

Deed of Hypothec

Since the early 2000s, financial institutions have offered a new kind of mortgage, the deed of hypothec. This type of contract allows someone who obtains a mortgage to also access, without a need for notarization, other loans (e.g., line of credit, car loan, credit card, etc.) that are all guaranteed by the mortgage, since the agreement generally stipulates that the mortgage guarantees all current and future debts incurred with the same lender. We can imagine this sort of mortgage as an umbrella under which are found all the borrower’s debts with the lender from whom the mortgage was obtained.

Here is a short example. You borrow \$150,000 to buy a house and your lender grants you a loan at a rate of 4.5%. The agreement may stipulate a mortgage for \$170,000 at a rate of 20%, insofar as all current and future loans with this financial institution are repaid. Next year, you would like to obtain a \$30,000 loan to purchase a vehicle. The mortgage you obtained at the time you purchased your home could, according to the terms of the agreement you signed, automatically guarantee this loan from the same lender. You would not need to sign a new mortgage agreement.

DOCUMENT B

Standard traditional mortgage clause

Financial institution A

12. Principal Hypothecs

To secure the performance of its obligations under the terms of this contract, the Borrower hypothecates in favour of the Lender from this date the following properties (collectively the "Hypothecated Property") to the extent of the sum of (CDN \$) with interest at the rate of twenty percent (20%) per year, the property described as follows:

Standard deed of hypothec clauses

Financial Institution B

2. HYPOTHEC

To secure the repayment of amounts present and future owed to the [REDACTED] for the loan(s), advances or credit granted under the credit contract, as well as amounts owed due to possible increase(s) of the amount of the loans, advances or credit, and due to another loan or loans or another form or forms of credit being granted that the parties could agree to subject to the stipulations and to the hypothecs provided for hereunder, as well as the repayment of amounts that could be lent anew to the Borrower and to the eventual purchaser of the property by virtue of Section 14 "Multiproject Option," in principal, interest at the rate of fifteen percent per annum, costs and accessories (this loan or these loans and all aforementioned amounts are collectively referred to hereinafter as "the loan"), and to secure the performance of other obligations stipulated in the credit contract(s) and herein which arise from or are accessory to these obligations (all the aforementioned obligations, including those related to the repayment of the loan, are collectively referred to hereinafter as "the secured obligations"), the Grantor hypothecates in favor of [REDACTED] for an amount of _ (\$_), the following immovable property, including any movable property, present or future, incorporated with, attached or joined to the property and considered to be immovables under the law, hereinafter referred to as the "Property," namely:

Financial Institution C

3.1 Principal Hypothec

To secure the payment of the Indebtedness and the performance of all obligations of the Debtor hereunder and under any Credit Agreement, as well as to secure the performance of all other obligations of the Debtor to the Bank, present and future, direct and indirect, the Debtor hypothecates the following Immovable for the sum of

Canadian dollars (\$), with interest at the rate of twenty percent (20%) per annum from the date hereof:

8.4. ANNEXE D – Actes de garantie immobilière - Guide de discussion

Environics Research Group
Actes de garantie immobilière
Guide de discussion
Option Consommateurs

1- Présentation (10 min.)

Bienvenue à ce groupe de discussion. Nous voulons connaître votre opinion. Pas ce que les autres pensent, mais ce que vous, vous pensez.

Que vous soyez en accord ou en désaccord avec ce que disent les autres participants, sentez-vous à l'aise. Même si vous êtes la seule personne du groupe à être d'un certain avis, vous pouvez représenter des centaines de milliers de personnes du pays qui pensent comme vous.

Vous n'êtes pas obligés de vous adresser directement à moi. Vous pouvez aussi échanger entre vous.

Pour m'aider à rédiger mon rapport, nous faisons un enregistrement de la discussion. Il est aussi possible que je prenne des notes afin de me rappeler certaines choses. Je dois aussi vous dire qu'il y a des gens qui vous observent.

À la fin de la séance, nous vous remettons la somme prévue pour votre participation.

Maintenant, nous allons faire un tour de table pour que chacun d'entre vous se présente et se décrive brièvement. Mentionnez votre nom, le type de travail que vous faites (si vous travaillez à l'extérieur), qui habite avec vous...

2- Expériences personnelles en matière de financement hypothécaire (20 minutes)

J'aimerais que chacun de vous nous fasse part de ses propres expériences en matière de financement hypothécaire.

- D'abord, comment décririez-vous votre expérience avec les hypothèques...diriez-vous que vous avez beaucoup d'expérience? ...plus ou moins, ou très peu d'expérience?
- Quand avez-vous souscrit à votre plus récent prêt hypothécaire?
- ...auprès de quelle institution?
- ...et, sur une échelle de 1 à 10, où le 10 veut dire « très bien », dans quelle mesure connaissez-vous bien le produit que l'on vous a vendu ?
- Et toujours en utilisant une échelle de 1 à 10, dans l'ensemble, comment ça a marché pour vous de souscrire un prêt hypothécaire ? Est-ce que ça a été une bonne ou une mauvaise expérience ? ...sur l'échelle, une note de 10 veut dire « très bonne expérience ».
 - Pourquoi ?

INSCRIRE LES 3 TYPES D'HYPOTHEQUE SUR UN TABLEAU À FEUILLE AU PRÉALABLE :

- S'agissait-il d'un acte de garantie hypothécaire, d'une marge de crédit hypothécaire ou d'un prêt hypothécaire traditionnel ?
- Qu'est-ce que l'on vous a dit, exactement, au moment de souscrire cet emprunt.
- Sur quoi l'agent a-t-il mis l'emphase en vous expliquant le produit? FAIRE UNE LISTE SUR LE TABLEAU À FEUILLE ET FAIRE UN INVENTAIRE DE LA SALLE
- Avez-vous l'impression que l'on vous a renseigné adéquatement sur le type de produit que l'on vous a offert ?

Quels sont les éléments les plus importants pour vous au moment de souscrire un prêt hypothécaire ?

3- Conditions et contrats (10 minutes)

- Comment vous a-t-on expliqué en institution financière la façon exacte dont l'hypothèque fonctionnerait pour vous ? A-t-on été très clair ?
- Quelles étaient les conditions de votre hypothèque ?
 - Était-ce clair pour vous la façon dont ça fonctionnerait et quelles étaient exactement vos obligations ?
- Avez-vous lu ou signé un document ?
 - Quel document ? S'agissait-il d'un contrat ?
 - Avez-vous pris le temps de le lire avant de le signer ?
 - Que vous rappelez-vous du contrat hypothécaire ? Était-il facile à comprendre?

4 – Le rôle du notaire (10 minutes)

Quel est, selon vous, le rôle du notaire lorsque l'on contracte un emprunt hypothécaire ?

- Ce rôle vous semble-t-il important pour assurer la protection du consommateur ?
- Est-ce que le notaire a attiré votre attention sur des éléments importants dont on ne vous aurait pas parlé à l'institution financière ?
 - Avez-vous eu des «surprises », une fois rendu chez le notaire ?
-
- Y a-t-il des choses que vous auriez souhaité savoir d'entrée de jeu ?

- Idéalement, quels sont les faits qu'on devrait dire à l'emprunteur au moment où il souscrit un emprunt hypothécaire ? FAIRE UNE LISTE SUR LE TABLEAU À FEUILLE

5 – Renégociation (5 minutes)

- Depuis l'achat de votre maison ou lorsque vous étiez propriétaire, avez-vous tenté de renégocier votre prêt hypothécaire ?

- Si oui, comment cela s'est-il passé pour vous ?
- Avez-vous tenté de changer d'institution financière ?
 - Si oui, avez-vous pu le faire facilement ?

6- Ajout de prêts (5 minutes)

- Depuis l'achat de votre maison ou lorsque vous étiez propriétaire, avez-vous tenté de contracter d'autres prêts auprès du même prêteur ?
- Si oui :
 - Quels types de prêts ?
 - À quel taux d'intérêt ?
 - Comment cela s'est-il passé pour vous ?

7- Vente de maison (5 minutes)

- Dans les 10 dernières années, avez-vous vendu ou tenté de vendre une maison au Québec ?
- Si oui :
 - Aviez-vous souscrit à l'emprunt hypothécaire pour cette maison dans les 10 dernières années ?
 - Si oui :
 - Comment cela s'est-il passé avec votre institution financière?
 - A-t-on exigé que vous remboursiez toutes les dettes que vous avez contractées auprès de l'institution qui vous a accordé un prêt hypothécaire ?

8 - L'acte de garantie immobilière (15 minutes)

DISTRIBUER AUX PARTICIPANTS

Je vais maintenant vous passer une fiche expliquant l'acte d'hypothèque, ce que cela représente et en quoi consistent les prêts hypothécaires traditionnels. Je vous invite à en prendre connaissance (5 minutes). Distribuer la fiche en annexe A.

Comme vous venez de le lire, depuis le début des années 2000, les institutions financières offrent un nouveau type de produit hypothécaire, l'acte de garantie immobilière, connu aussi sous le nom de l'hypothèque parapluie.

- Avez-vous déjà entendu parler de ce produit ?
- Selon vous de quoi s'agit-il ?
- Que pensez-vous d'une telle formule ?
- Quels sont les avantages et les inconvénients d'une telle formule ? FAIRE UNE LISTE SUR LE TABLEAU À FEUILLE

9- Évaluation d'une clause type d'un contrat hypothécaire traditionnel et deux actes de garantie immobilière (20 minutes)

Je vais vous montrer un exemple de clauses types d'une hypothèque traditionnelle et de deux actes de garantie immobilière. J'aimerais que vous commenciez par vous pencher sur l'institution A.

- Selon vous, de quoi s'agit-il ?
- Quelles sont les obligations de l'emprunteur ? Écrivez la réponse en deux ou trois mots.
-

Regardez maintenant l'institution B.

- Selon vous, de quoi s'agit-il ?
- Quelles sont les obligations de l'emprunteur ? Écrivez la réponse en deux ou trois mots.
-

Regardez maintenant l'institution C.

- Selon vous, de quoi s'agit-il ?
- Quelles sont les obligations de l'emprunteur ? Écrivez la réponse en deux ou trois mots.

10- Risques imprévus (15 minutes)

- En pensant à votre situation personnelle, est-ce qu'il y a des risques si vous prenez un acte de garantie immobilière ? Si oui :
 - Quels sont-ils ? Lesquels n'auriez-vous jamais reconnus sans cette session ce soir ?
 - Quel est le pire qui puisse arriver ?
- En pensant à votre situation personnelle, est-ce qu'il y a des risques si vous prenez un prêt hypothécaire traditionnel ? Si oui :
 - Quels sont-ils ? Lesquels n'auriez-vous jamais reconnus sans cette session ce soir ?
 - Quel est le pire qui puisse arriver ?

11. Derniers commentaires (5 minutes)

Est-ce que ce que vous avez lu ou entendu durant cette séance a modifié votre opinion des offres de garantie immobilière ?

Après avoir vu quelques-unes des questions que soulèvent les actes de garantie immobilière, auriez-vous recours à un tel produit ? Pourquoi / pourquoi pas ?

Dans l'ensemble, après tout ce dont nous avons parlé, croyez-vous que l'on devrait mieux réglementer les actes de garantie immobilière ou qu'ils fonctionnent très bien tels qu'ils sont ? Comment ? Pourquoi ?