

DROIT DES SÛRETÉS : ÉPIZOOTISME LÉGISLATIF OU CONTRE-RÉFORME?*

Pierre CIOTOLA**

INTRODUCTION	
I- L'historique des modifications législatives depuis le Code civil du Québec	
A. Modifications majeures	
B. Modifications d'harmonisation.	
II- Naissance d'une contre-réforme	
CONCLUSION	

* Ce texte tient compte des modifications législatives en date du 1^{er} juillet 2002. Initialement publié dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, cet article est ici reproduit avec l'aimable autorisation de l'éditeur.

** Notaire et docteur en droit, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et titulaire de la Chaire du Notariat.

INTRODUCTION

Y a-t-il une nouvelle réforme des sûretés en cours? L'arrivée du nouveau *Code civil du Québec* a-t-elle signalé le départ d'une nouvelle réforme dans ce domaine? Le législateur souffre-t-il d'épizootie? Voilà une question surprenante mais nous l'avions déjà soulevée à propos de la jurisprudence en ce domaine¹. Pourquoi, et l'occasion s'y prête bien, ne pas l'aborder à propos de l'évolution législative?

La réflexion ne se veut ni le regret de quelques concepts oubliés ni la nostalgie d'une réforme cohérente; elle se veut plutôt le reflet d'une société plus sensible aux changements dans les différentes sphères d'activités. Dans ce contexte changeant, les créanciers demandent une protection accrue soit par l'apparition de mécanismes nouveaux de protection soit par la transformation des sûretés existantes.

Rappelons-nous que la réforme suggérée par l'Office de révision du *Code civil du Québec* propose des orientations nouvelles majeures. S'il est vrai que les grandes lignes de la réforme des sûretés tiennent à l'unification du régime hypothécaire, à la disparition des privilèges, à la reconnaissance de l'hypothèque mobilière, il n'en demeure pas moins que l'ordre public de protection encadre davantage les recours des créanciers hypothécaires. Rappelons aussi que le contexte actuel n'en est plus aux dangers probables de la reconnaissance de l'hypothèque mobilière mais plutôt à la reconnaissance d'un régime de sûretés mobilières continental².

-
1. Pierre CIOTOLA, « Jurisprudence en droit des sûretés : épizootie ou épisodique? Réactions contaminées ou réfléchies? », (2002) 104 *R. du N.* 85.
 2. Voir Suzanne POTVIN-PLAMONDON, « Une esquisse du système international d'inscription en vertu du Projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et son application au domaine de l'aéronautique selon le Projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques », (2001) 103 *R. du N.* 11; Ronald C.C. CUMING, « The Registry System of the (draft) Convention on International Interests in Mobile Equipment and the (draft) Aircraft Equipment Protocol », (2001) 103 *R. du N.* 33; Antoine LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », (2001) 103 *R. du N.* 51.

Rappelons évidemment les transformations informatiques et technologiques survenues depuis la sanction du *Code civil du Québec*. Rappelons enfin que les praticiens ont recours à d'autres institutions réformées dans le nouveau droit civil pour tenir lieu de garanties ou de sûretés telle la fiducie pour la protection d'actifs.

Alors qu'en est-il vraiment du droit des sûretés? L'évolution législative du droit des sûretés depuis la réforme du *Code du Code civil du Québec* peut être analysée sous diverses facettes. Dans un premier temps, nous exposerons brièvement les diverses modifications législatives qui ont pu affecter ce domaine; dans un second temps, nous soulignerons au moins quatre questions qui soulèvent encore bien des interrogations.

I- L'historique des modifications législatives depuis le Code civil du Québec

A. Modifications majeures

L'Office de révision du *Code civil du Québec* avait essentiellement axé la réforme des sûretés sur l'unification du régime hypothécaire; l'Office au soutien de cette unification souhaitait l'abolition des privilèges sous toutes ses formes et la reconnaissance d'une présomption d'hypothèque³. Ces recommandations majeures étaient destinées à préserver l'intégrité du régime hypothécaire unifié. Elles ont fait l'objet de débats significatifs et pourtant elles suscitent encore des interrogations occasionnelles⁴. Le régime unifié reposait essentiellement sur deux dispositions, l'une édictant cette présomption d'hypothèque et l'autre limitant les causes de préférence aux hypothèques⁵. De l'une et l'autre de ces

3. L'article 281 (Livre quatrième, « Des Biens ») de ce Rapport propose ce qui suit : **281.** Nul ne peut prétendre à un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation, si ce n'est par hypothèque. Toute stipulation à l'effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation est une stipulation d'hypothèque. Elle ne peut conserver ou conférer qu'une hypothèque en faveur du créancier, sous réserve des formalités requises pour la constitution et la publication de l'hypothèque. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Commentaires, vol. 11, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 431 et 432.

4. Voir Pierre CIOTOLA, « La réforme des sûretés sous le *Code civil du Québec* », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 303, 307 et 308, notes 1-6 énumérant les diverses études sur la réforme du droit des sûretés.

5. L'article 280 de ce Rapport (Livre quatrième, « Des Biens ») énonce ce qui suit : « Les seules causes légitimes de préférence sont les hypothèques », OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 3, p. 431 et 432.

dispositions, le *Code civil du Québec* n'en a retenu si peu qu'il serait possible de dire sans hérésie quelconque qu'il n'en a rien retenu⁶.

Les privilèges de l'ancien droit, nombreux et épars, devaient disparaître; la modernisation du droit des sûretés l'exigeait, soutenait-on, de façon urgente. Pas question non plus de suppléer à l'absence de privilèges par l'établissement de nouvelles hypothèques légales. La surprise ne tarderait pas à surgir. Pas de privilèges mais seulement des priorités. Pas de privilèges mais plutôt des hypothèques légales. La brèche était donc ouverte; elle ne s'est pas refermée depuis la sanction du *Code civil du Québec*. La brèche est béante. Elle l'est d'ailleurs sous un triple aspect : le premier concerne les créanciers qui n'ont pas été affectés par la disparition des privilèges; le second concerne le maintien masqué des nombreux privilèges statutaires sous le couvert de l'hypothèque légale; le troisième concerne la méconnaissance du régime légal et l'attribution abusive et contradictoire de l'une et l'autre des sûretés légales au profit de certains créanciers.

Le *Code civil du Québec* limite lors de sa sanction l'hypothèque légale au profit des créanciers les plus importants du système économique : le fisc, les personnes morales de droit public, le syndicat des copropriétaires, le bénéficiaire d'un jugement, les entrepreneurs et ouvriers de la construction. C'est le déplacement des privilèges de l'ancien droit en une hypothèque légale au profit d'intérêts collectifs ou d'intérêts individuels très ciblés. Le droit transitoire, destiné à faciliter le passage au nouveau *Code civil du Québec*, s'inscrit dans l'optique d'une application immédiate de la loi nouvelle. Les bénéficiaires des sûretés légales étant limités dans le *Code civil du Québec*, le droit transitoire comble cette déficience apparente : il remplace systématiquement les privilèges statutaires tantôt par des priorités, tantôt par des hypothèques légales. Sont abolis les privilèges qui assortissaient les sûretés conventionnelles mobilières ou immobilières de l'ancien droit. La modernisation du droit des sûretés s'est grandement intéressée aux sûretés conventionnelles; les créanciers que la société civile considère

6. Voir Marcel GUY, « Le *Code civil du Québec* : un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 453, 498. L'auteur commente la réforme ainsi : « Cette uniformisation des sûretés dans le nouveau Code civil, toutefois, ne va pas aussi loin que la proposition de l'Office de Révision du Code civil le souhaitait. En effet, elle maintient en parallèle d'autres techniques contractuelles poursuivant des buts semblables, telles la vente à tempérament, la vente avec faculté de rachat, etc. »

d'importance économique majeure obtiennent que leurs droits soient sauvegardés par la loi et échappent au domaine contractuel. Le régime moderne des hypothèques légales n'est pas destiné à protéger les créanciers les plus vulnérables comme le visait le régime des privilèges au XIX^e siècle. Le système d'aujourd'hui ne rejoint pas les objectifs louables de la société civile de la codification de l'ancien droit. Bien au contraire. Les créanciers bénéficiaires de l'hypothèque légale sous le nouveau *Code civil du Québec* ne présentent aucun trait commun avec les bénéficiaires des privilèges de l'ancien droit. Le système d'autrefois assurait une protection aux justiciables pour la plupart démunis de l'époque : le médecin, le salarié, le curé. Le système d'aujourd'hui les a évidemment délaissés pour d'autres motifs sociaux ou économiques : il protège au nom de l'intérêt collectif l'État et les organismes dérivés, les municipalités et le syndicat des copropriétaires. Ce sont des entités collectives généralement en situation financière moins compromettante que ne peut l'être celle du justiciable. La modernisation des sûretés n'a donc pas affaibli la protection des créanciers investis d'un intérêt collectif.

Des créanciers veulent s'approprier à la fois la priorité et l'hypothèque légale comme mécanisme de protection. Ce qui semble exceptionnel pour l'État relativement aux dettes fiscales, la possibilité d'invoquer exceptionnellement, soit par voie de cumul, soit par voie d'option, la priorité ou l'hypothèque légale à l'encontre des biens meubles, devient bien souvent une norme pour les sûretés légales statutaires. Le régime dérogatoire pour les dettes fiscales municipales, tout comme le régime de droit commun pour les dettes fiscales de l'État⁷, énonce que le fait de se prévaloir de l'hypothèque légale n'empêche pas le créancier de se prévaloir de sa priorité. Les municipalités n'ont pas hésité à réclamer dans les mois qui ont suivi la sanction du nouveau Code l'arsenal complet des sûretés légales : la protection de l'une ou l'autre de ces sûretés ne se révélant pas suffisante pour la protection des taxes, impôts, droits et cotisations municipales. Cette réforme complémentaire, limitée aux lois municipales, détourne les objectifs poursuivis lors de la réforme initiale du *Code civil du Québec*. Cette réforme complémentaire attribue aux municipalités à la fois la priorité et l'hypothèque légale : deux sûretés diamétralement opposées dans leur nature et dans leur opposabilité⁸. Contradiction inhérente quant à la nature des droits : la priorité

7. Art. 2725, al. 3 C.c.Q.

8. *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19, art. 482.1, 482.2 et 482.3 tels qu'ajoutés par la *Loi modifiant la Loi sur la fiscalité municipale et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1994, c. 30, art. 90; *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-27.1, art. 982.1 et s. tels qu'ajoutés par la *Loi modifiant la Loi sur la fiscalité municipale et d'autres dispositions législatives*, *ibid.*, art. 95.

est un droit personnel, l'hypothèque légale un droit réel. Contradiction inhérente quant à l'opposabilité : la priorité est opposable à tous les créanciers sans mesure quelconque de publicité; l'hypothèque légale n'est acquise et n'est opposable que par sa publication au registre approprié.

Les municipalités ne devaient pas se contenter de cette première brèche : les voilà insatisfaites de la faible protection que confère la priorité à l'égard des taxes foncières. Voilà que la priorité, droit personnel, ne les protège pas adéquatement pour le recouvrement des impôts fonciers lors de la prise en paiement d'un immeuble par le créancier hypothécaire. Les municipalités souhaitent faire infirmer tout au moins à leur égard l'arrêt *Québec (sous-ministre du Revenu) c. Banque nationale du Canada*⁹ : ce jugement reconnaît la possibilité pour un créancier hypothécaire de prendre le bien en paiement sans être tenu d'acquitter les dettes que doit son débiteur au fisc provincial, dettes pourtant protégées par une priorité. Est-ce en fait une plainte sans fondement? La municipalité n'oublie-t-elle pas qu'elle possède un recours personnel contre tout propriétaire ou tout occupant pour le recouvrement des taxes impayées? Est-ce en fait un sentiment de nostalgie pour un privilège disparu et pour la contrainte qu'il imposait contre le bien : un privilège de rang antérieur à tout créancier conventionnel sur un immeuble et par surcroît un droit réel¹⁰? Est-ce en fait un sentiment de frustration face à l'inefficacité toute probable de la priorité pour les impôts fonciers en cas de faillite du débiteur? Le débat a soulevé l'attention de la doctrine et de la jurisprudence. Les faiblesses du système civiliste ont été dénoncées. Le Code civil a été de nouveau modifié pour attribuer à la priorité pour les impôts fonciers un droit réel : elle est, nous dit le Code, constitutive d'un droit réel¹¹. Et du même coup le texte attributif d'une priorité aux créances municipales devient plus général : il protège les diverses créances municipales qui peuvent affecter un meuble ou un immeuble. La cohérence du système dans le Code civil est de nouveau atteinte. La priorité affecte le bien concerné par la taxe : elle sera alors mobilière ou immobilière. Et seulement pour la taxe foncière, elle est constitutive de droit réel. Déplacement majeur d'une perspective fondamentale de la priorité : la voilà généralement à caractère personnel, la voici exceptionnellement à caractère réel.

9. [1997] R.J.Q. 2873 (C.Q.); confirmé par [1999] R.J.Q. 950 (C.A.).

10. Art. 2009(5) et 2011 C.c.B.C.

11. Art. 2654.1 C.c.Q. tel qu'ajouté par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 1999, c. 90, art. 42, en vigueur le 20 décembre 1999.

Le droit des sûretés est intimement lié à la publicité des droits. L'opposabilité des droits repose sur un mécanisme adéquat de la publicité. L'Office de révision vise dans le domaine de la publicité un système d'inscription de droits et d'actes. La réforme introduite au *Code civil du Québec* opte également pour ce système de la publicité des droits et non pas des actes en tant que tels¹². Le registre des droits personnels et réels mobiliers repose sur la publicité des droits et l'avis d'inscription constitue le mode privilégié de l'inscription des droits; son fonctionnement repose essentiellement sur une présomption simple de l'existence d'un droit publié¹³ et sur une présomption de connaissance de ce même droit publié de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien¹⁴. Le registre foncier, sous l'ancien droit, fonctionne essentiellement sur le dépôt des actes et des contrats : il est un registre de consultation des actes et des contrats et non d'inscription de droits. Le registre foncier bénéficie, tout comme le registre des droits personnels et réels mobiliers, des mêmes présomptions d'existence et de connaissance relativement aux droits publiés, notamment si ces droits concernent un immeuble non immatriculé. Il en est autrement si ces droits concernent un immeuble immatriculé : le droit inscrit est réputé connu et pourrait entraîner, dans le cas d'un droit de propriété non contesté, une présomption irréfragable de l'existence de ce droit¹⁵. La réforme veut limiter l'ampleur des documents inscrits : elle exige une publication des droits fondée sur la qualification de ces mêmes droits contenus dans les actes et les contrats. Ainsi, les modalités d'inscription des droits sont alors strictement

12. Voir pour critique de cette affirmation : Camille CHARRON, « De la publicité des droits », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 4, nos 2 et 3, p. 593 et 594. L'auteur y affirme avec conviction ce qui suit : « C'est à tort que certains écrits [...] émettent l'opinion que l'on passe d'un système d'enregistrement « de documents » à un système d'enregistrement « de droits ». On a toujours enregistré des droits (acquis ou transmis) ou des renonciations à des droits de même que des avis d'exécution de droits. Ces droits, ne pouvant être publiés dans l'abstrait, se matérialisent sur du papier. Mais ce n'est pas le papier ou l'encre qu'on enregistre mais bien les droits mentionnés dans l'acte. »

13. Art. 2944 C.c.Q. tel que sanctionné par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

14. Art. 2943, al. 2 C.c.Q. tel que sanctionné par le *Code civil du Québec*, précité, note 13.

15. Art. 2943, al. 1 et art. 2944, al. 2 C.c.Q., tels que sanctionnés par le *Code civil du Québec*, précité, note 13. La réforme en ce qui concerne les immeubles immatriculés avait été suspendue lors de la mise en vigueur du *Code civil du Québec*. Voir la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 155(1) (ci-après citée : « L.A.R.C.C. »).

réglementées. Le caractère restrictif des règlements sanctionnés alors pour la mise en application de la publicité des droits, tout particulièrement au registre foncier, soulève un tollé de la part des praticiens. Il devient pour le moins impossible de publier le contrat notarié, sauf par voie d'extrait ou de sommaire; le contrat inscrit par voie d'extrait ou de sommaire se conforme aux seules informations pertinentes exigées pour la publicité des droits¹⁶. Le tollé soulevé est général : il dénote probablement que le système foncier n'était sans doute pas des plus préparés à la mise en place de l'inscription fondée sur les droits. Le tollé soulevé est révélateur également d'un sentiment de frustration et de la crainte justifiée d'une insécurité du juriste de l'immobilier : l'oubli de l'inscription d'un droit risque d'engendrer sa responsabilité professionnelle. Rappelons que la réquisition devait décrire brièvement les droits soumis à l'inscription et seuls les droits mentionnés étaient réputés publiés. Il n'en fallait pas plus pour revenir au système du dépôt des actes et conférer de nouveau une place privilégiée à l'acte déposé et non plus à l'extrait. Déjà, surgit une première manifestation d'un revirement graduel au système en vigueur sous le *Code civil du Bas Canada*. Premièrement, le système de la publicité, fondé sur l'inscription des droits, est fortement atténué. La publicité par la présentation des actes est permise. Les articles 2981 et 2986 C.c.Q., qui précisent le contenu des réquisitions et qui limitent la publicité aux droits mentionnés dans la réquisition, ne s'appliquent plus aux réquisitions d'inscription au registre foncier¹⁷. Deuxièmement, la réquisition d'inscription au registre foncier peut se faire par la présentation de l'acte lui-même ou d'un extrait

16. Nous avons souligné les dangers de cette situation et le malaise qui en résultait pour les praticiens du droit : « En troisième lieu, soulignons la dichotomie entre le Code et le Règlement provisoire sur le registre foncier à bien des égards entre les droits soumis à la publicité des droits et la possibilité de les inscrire dans toute leur étendue, vu les limites fixées par le règlement aux mentions que peut comporter l'acte ou le sommaire publiés. Ce système risque donc par le biais d'un règlement très restrictif sur l'inscription de l'étendue des droits de neutraliser ou de contrecarrer l'inscription des droits réels immobiliers exigés par le *Code civil du Québec*. C'est là que le système provisoire de la publicité foncière recèle de failles que les praticiens décèlent à leurs grandes frustrations lors de la publication des droits réels. [...] Là où le formalisme entend mettre en péril l'inscription de droits au nom d'un règlement restrictif, là même le notaire, conseiller juridique et officier public, doit veiller à assurer le mandat que lui ont confié les parties à assurer la pleine efficacité de la convention à l'égard des tiers. » Pierre CIOTOLA, « Attestation de l'acte notarié pour fins de publicité foncière : futilité d'une mesure législative », *Entracte*, 1^{er} janvier 1995, p. 4 et 5.

17. *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l'application de la réforme du Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1995, c. 33, art. 6(1) modifiant l'article 155(1) L.A.R.C.C.

authentique, par la présentation d'un sommaire ou par voie d'un avis¹⁸. Sont considérés publiés les droits admissibles à la publicité mentionnés dans la réquisition d'inscription ou dans le document qui accompagne le sommaire, le cas échéant¹⁹. Les réquisitions d'inscriptions et le document qui accompagne le sommaire, le cas échéant, peuvent être consultés pour suppléer aux imprécisions des inscriptions faites au registre foncier relativement à l'étendue et à la qualification des droits notamment pour les inscriptions faites entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 août 1995²⁰. Le régime foncier ne se contentera pas uniquement de cette première réforme. Une autre suivra. L'immatriculation, assise du nouveau droit de la publicité, perd toute sa substance : les rapports d'actualisation sont abrogés avant même de s'être concrétisés, de même que la présomption irréfragable de la connaissance et de l'existence du droit publié sur un lot immatriculé. Les droits inscrits aux registres mobilier et foncier sont présumés connus et un tiers ne peut, sous prétexte de bonne foi, ignorer les droits publiés²¹. Mais le régime foncier ne se contentera pas de ces réformes et l'informatisation mieux adaptée des livres fonciers amène la sienne, plus significative. Nous sommes témoins, depuis, d'un remaniement complet des textes du *Code civil du Québec* et du *Règlement provisoire sur le registre foncier*. Un nouveau *Règlement sur le registre foncier* est alors édicté pour tenir compte de l'informatisation générale du registre foncier et pour permettre la consultation et l'inscription des actes à distance²².

Ces changements confèrent au droit transitoire une place de plus en plus importante. Loin de nous l'intention de revoir le droit transitoire; tout au plus voulons-nous souligner que le droit

18. *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l'application de la réforme du Code civil et d'autres dispositions législatives*, précitée, note 17, art. 6(1) modifiant l'article 155(2.2) L.A.R.C.C. (voir version adoptée de l'article 2982 C.c.Q.).

19. Art. 154(0.1) L.A.R.C.C.; *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l'application de la réforme du Code civil et d'autres dispositions législatives*, précitée, note 17, art. 5 modifiant l'article 154 L.A.R.C.C.

20. *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l'application de la réforme du Code civil et d'autres dispositions législatives*, précitée, note 17, art. 4 modifiant l'article 149 L.A.R.C.C.

21. Art. 2943 et 2944 C.c.Q. tel que modifiés par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42, art. 13 et 14 (entrés en vigueur le 9 octobre 2001).

22. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, précitée, note 21. Cette loi est entrée en vigueur en partie le 5 décembre 2000 et en partie le 9 octobre 2001. Voir décret (2001) 38 G.O. II, 6337.

transitoire comporte des dispositions qui ont un caractère plus permanent que transitoire.

C'est d'abord la règle énoncée à l'article 48 L.A.R.C.C. Cette disposition corrige en fait un oubli majeur dans la rédaction du *Code civil du Québec* : elle harmonise les diverses hypothèques qui peuvent grever les biens meubles susceptibles d'être réunis ou rattachés à un immeuble sans être incorporés. Elle précise la possibilité de grever un bien affecté, soit à l'utilité de l'immeuble, soit à l'exploitation de l'entreprise, comme objet d'une hypothèque mobilière. C'est une disposition d'un intérêt permanent et non pas transitoire. Aux termes de cette disposition, sont considérés immobilisés les biens qui visent l'utilité de l'immeuble tout en y étant rattachés ou unis sans y être incorporés; demeurent meubles les biens qui servent à l'exploitation de l'entreprise ou à la poursuite des diverses activités²³. Le droit transitoire comporte une disposition vraiment à caractère permanent qui donne tout son sens à la possibilité de l'hypothèque mobilière des biens servant à l'exploitation de l'entreprise. Faudra-t-il dans une prochaine réforme rapatrier cette disposition dans le *Code civil du Québec*?

C'est, comme seconde règle majeure, la conversion de la cession de loyers consentie sous l'ancien droit en une hypothèque immobilière du nouveau droit. Voilà un changement significatif quant à la nature de la cession en garantie des loyers. Les discussions de l'ancien droit l'assimilaient à un gage, à un transport en garantie, à une cession conditionnelle de la propriété de la créance. Le débat est complètement déplacé sous le *Code civil du Québec*. L'hypothèque des loyers est immobilière sans pour autant modifier le caractère mobilier de la créance. C'est dans la même veine la conversion en hypothèque mobilière de toute sûreté conventionnelle autre que la cession de loyers prévue au premier alinéa de l'article 134 du droit transitoire²⁴ et en ce sens la soumission à la publicité au registre des droits personnels et réels mobiliers des sûretés mobilières qui sont constituées en vertu de la loi ancienne et qui sont devenues sous le droit nouveau des hypothèques mobilières. Ces dispositions de droit transitoire, jumelées à l'article 1801

23. Art. 48 L.A.R.C.C. Voir pour discussion à propos de l'article 903 C.c.Q. et de l'article 48 L.A.R.C.C. : *Axor Construction Canada Ltée c. 3099-2200 Québec inc.*, [2002] R.D.I. 26 (C.A.). Sur division, la Cour d'appel a considéré comme biens incorporés les bandes de patinoires dans un aréna, boulonnées à des tiges ancrées dans le plancher de béton.

24. Art. 134, al. 1 L.A.R.C.C.

C.c.Q., dissimulent-elles également une règle à caractère permanent? Faut-il en déduire que les cessions de créances en garantie assorties de droits divers de propriété ne peuvent sous le nouveau droit subsister que sous la forme d'une hypothèque mobilière? La question est pertinente : faut-il voir dans cette règle de conversion énoncée dans le droit transitoire une règle générale et valable de qualification des sûretés appelées tantôt cession tantôt transport de créances autres que des loyers? Cette règle de droit transitoire transformant en hypothèque mobilière toute cession de créance en garantie consentie sous l'ancien droit²⁵ va au-delà du droit transitoire et possède une dimension de droit permanent : la cession de créance en garantie ne constitue pas une sûreté privilégiée par le *Code civil du Québec* mais plutôt l'hypothèque²⁶.

C'est également l'interdiction du cumul pour les créances fiscales municipales protégées par une priorité pour les impôts fonciers : la municipalité ne peut pas se prévaloir en ce cas d'hypothèques légales. C'est encore une règle de droit à caractère permanent énoncée dans une loi hors codification, comble d'ironie, cette règle ne renvoie à aucune disposition du *Code civil du Québec*. C'est sans doute une disposition d'abrogation implicite et, ne pourrait-on pas dire, sournoise du droit. Cette disposition est passée inaperçue dans les commentaires doctrinaux et dans les

25. Art. 134, al. 1 L.A.R.C.C.; voir également *Services immobiliers Simmco D.P. Inc. c. Dub*, J.E. 98-1303 (C.S.) confirmé sur ce point en appel : *Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. Inc.*, J.E. 2000-1156 (C.A.).

26. *Boisclair (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 2815 (C.A.). Le juge Gendreau accorde une importance indéniable à la règle de droit transitoire qui transforme en une hypothèque mobilière la cession de créance en garantie consentie sous l'ancien droit. Il ajoute également : « Ainsi, la cession de créance, garantie collatérale, créée à l'époque de l'application du *Code civil du Bas Canada*, est devenue une hypothèque mobilière sujette évidemment aux règles de cette institution et, en particulier, à la publicité. Si, cette garantie d'un autre temps est métamorphosée, il s'ensuit que, depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le créancier qui recherche une sûreté pour assurer l'exécution d'une obligation de son débiteur et qui entend la prendre sur un bien mobilier incorporel doit renoncer à la cession de créance, garantie collatérale, et exiger une hypothèque. » Voir également *Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. Inc.*, REJB 2000-18402 (C.A.). Voir Denise PRATTE, « Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles sûres? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 179, 186. Madame la professeure Pratte soulève avec pertinence la question, tout en déplorant que le législateur n'y ait pas prévu de disposition générale permissive : « [I]l n'est pas certain, affirme-t-elle, que cette disposition puisse tenir lieu de disposition suffisamment générale pour empêcher les créanciers d'utiliser la cession de créance en garantie. »

décisions jurisprudentielles qui continuent à traiter du cumul permis de la priorité pour les impôts fonciers et de l'hypothèque légale. Les législations municipales prévoient, comme le *Code civil du Québec* le prescrit également, que le créancier peut tout autant invoquer sa priorité que son hypothèque légale. C'est avec grande prudence que ces textes doivent être appliqués à la lumière de cette disposition législative récente. Le cumul n'est en fait admis que dans le cas des taxes municipales autres que foncières et dépourvues de la protection d'une priorité constitutive de droit réel²⁷. La possibilité du cumul de la priorité et de l'hypothèque légale est pourtant un principe énoncé à maintes reprises au *Code civil du Québec* et dans les lois. Or, une disposition transitoire (on pourrait croire qu'elle est passée inaperçue), n'admet plus l'hypothèque légale pour la créance prioritaire constitutive d'un droit réel. C'est l'article 45 de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*²⁸ qui prévoit cette situation dérogatoire :

45. Toute disposition d'une loi ou de ses textes d'application indiquant que des coûts, frais, taxes ou autres sommes dues à une municipalité sont garantis par une hypothèque légale est, lorsque ces sommes constituent aussi une créance prioritaire au sens du paragraphe 5^o de l'article 2651 du Code civil, réputée ne conférer une telle garantie qu'à l'égard de créances non constitutives d'un droit réel.

C'est par exception et pour bien souligner l'aspect pernicieux de cette disposition transitoire que nous la reproduisons *in extenso* sans vouloir ajouter l'injure à l'insulte!

Certaines modifications sont plus fondamentales. Elles affectent les objectifs visés à l'époque de la sanction du *Code civil du Québec*. Dans un premier temps, le législateur n'avait pas permis à la personne physique qui n'exploite pas une entreprise de consentir une hypothèque mobilière; il avait de même suspendu l'inscription de certains droits tels les réserves de propriété et les droits découlant d'un crédit-bail²⁹. Il avait également suspendu la réforme liée à l'immatriculation des immeubles et au report des droits. Dans un second temps, le législateur reconnaît la possibilité de consentir une hypothèque mobilière pour une personne physique qui n'ex-

27. *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, précitée, note 11, art. 45, entré en vigueur le 20 décembre 1999.

28. *Ibid.*

29. Art. 98, 107 et 162 L.A.R.C.C.

ploite pas une entreprise³⁰ et l'obligation d'inscrire dans un certain délai les réserves de propriété³¹, les facultés de rachat³², les droits découlant d'un crédit-bail³³ et ceux découlant d'un bail de longue durée³⁴. Et enfin ne voulant pas laisser le registre foncier pour compte, il en entreprend l'informatisation, abroge les dispositions relatives au report des droits³⁵ et délaisse les conséquences de l'immatriculation qui avaient été initialement prévues pour la seconde phase pour s'en tenir à la rénovation cadastrale déjà en cours depuis un certain temps³⁶.

B. Modifications d'harmonisation

Certaines modifications tendent plutôt à l'harmonisation des dispositions du *Code civil du Québec*. Elles sont souvent qualifiées de modifications de concordance. Elles peuvent avoir un impact significatif dans l'interprétation du droit des sûretés : elles peuvent également refléter une interprétation jurisprudentielle plus en harmonie avec l'intention du législateur.

Les dispositions transitoires semblaient avoir oublié, simple inadvertance probablement, que l'hypothèque judiciaire de l'ancien droit était convertie en une hypothèque légale. La protection conférée à la résidence principale contre la saisie pour toute créance inférieure à 10 000 \$, protégée par une hypothèque judiciaire, est-elle toujours maintenue malgré la conversion de l'hypothèque judiciaire en une hypothèque légale? Il appert que le droit transitoire ne tenait pas compte de cette protection toute particulière de la résidence principale. Il y avait à tout le moins discordance dans les textes du *Code de procédure civile* sur cette question d'insaisissabilité. Dans l'affaire *Banque de Montréal c. Dufour*³⁷, la Cour d'appel y voyait une erreur technique et avait maintenu,

30. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, entrée en vigueur pour l'inscription obligatoire au registre mobilier le 17 septembre 1999.

31. Art. 1745, al. 2 C.c.Q.

32. Art. 1750, al. 2 C.c.Q.

33. Art. 1847 C.c.Q.

34. Art. 1852, al. 2 C.c.Q.

35. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, précitée, note 21, art. 73, entré en vigueur le 9 octobre 2001.

36. François BROCHU, « La réglementation relative à la publicité foncière », (2001) 103 *R. du N.* 335. L'auteur étudie les nombreuses modifications réglementaires et législatives dans le domaine de la publicité foncière.

37. [1995] R.J.Q. 1334 (C.A.) confirmant [1995] R.J.Q. 599 (C.Q.).

malgré la teneur de l'article 553.2 C.p.c. tel que modifié par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, le bénéfice de l'insaisissabilité au profit de la résidence familiale à l'encontre de l'hypothèque légale résultant d'un jugement. Autrement, la lecture de l'article 553.2 C.p.c. laissait croire en ce cas à la disparition de ce bénéfice d'insaisissabilité. Une nouvelle modification fut apportée au texte de l'article 553.2 C.p.c. en accord avec l'arrêt de la Cour d'appel : l'hypothèque légale résultant d'un jugement pour une créance inférieure à 10 000 \$ ne peut être exécutée sur la résidence principale sous le nouveau droit pas plus qu'elle ne le pouvait sous l'ancien droit. L'article 553.2 C.p.c. est modifié pour exclure tout doute et la modification est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997³⁸.

Certaines modifications intègrent au *Code civil du Québec* l'interprétation majoritaire de la jurisprudence; elles reflètent probablement une intention du législateur de codifier avec célérité l'interprétation jurisprudentielle ou à tout le moins d'écarter un courant jurisprudentiel discordant. Deux modifications illustrent cette attitude : 1^o la divergence entre les articles 2727 et 3061 C.c.Q. sur le délai de radiation d'une hypothèque légale de la construction et 2^o le caractère bilatéral du délaissement qui conduit à la prise en paiement. La divergence de rédaction entre les textes de l'article 2727 et de l'article 3061 laissait croire à la possibilité de procéder à la radiation de l'hypothèque légale de la construction ou de la rénovation en se fondant sur le seul délai de six mois de la date d'inscription de l'avis de l'hypothèque légale sans tenir compte de la date de la fin des travaux. Au contraire, la jurisprudence considérait que cette divergence de rédaction provenait d'une erreur législative et donnait priorité à la règle de l'article 2727, alinéa 3; cette interprétation enlevait toute raison d'être à l'article 3061 en l'absence de fin des travaux³⁹. Le législateur tranche rapidement le débat et modifie l'article 3061⁴⁰. La radiation de l'hypothèque légale de la construction ou de la rénovation peut être demandée dès l'expiration d'un délai de six mois depuis la fin des travaux ou

38. *Loi modifiant le Code de procédure civile, la Loi sur la Régie du Logement, la Loi sur les jurés et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1996, c. 5, art. 41.

39. *Caisse populaire de Labelle c. A. Alarie Électrique inc.*, [1996] R.J.Q. 478 (C.S.); *Barclays Corp. c. Desnoyers*, [1997] R.J.Q. 2384 (C.A.) (j. Fish, Rousseau-Houle et j. Beauregard, dissident); *Banque Barclays du Canada c. Nicolet (Ville)*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 2517 (C.S.).

40. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, précitée, note 21, art. 80, entré en vigueur le 5 décembre 2000.

depuis la date de l'inscription de l'avis, selon la dernière éventualité⁴¹ : il y a donc une prédominance de la règle de la fin des travaux énoncée à l'article 2727. L'inscription peut être périmée et la radiation peut être demandée si le bénéficiaire n'a pas intenté et publié une action ou inscrit un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire dans les six mois, soit de la date de la fin des travaux, soit de la date de l'inscription de l'avis initial, selon la dernière éventualité⁴². Ajoutons, fait étonnant, que la modification demande la preuve de la signification aux créanciers de la demande de radiation qui sera présentée à l'officier de la publicité des droits.

Autre question que le législateur ne voulait pas laisser indéfiniment en suspens : le caractère du délaissement qui conduit à la prise en paiement. Le débiteur peut-il délaisser unilatéralement le bien grevé ou doit-il obtenir le consentement du créancier hypothécaire qui exerce la prise en paiement? Le créancier hypothécaire bénéficie d'un cumul possible des recours personnel et hypothécaire. Il peut à l'occasion intenter un recours personnel et peu de temps après demander la prise en paiement du bien grevé par préavis d'exercice à cet effet. Le débiteur, pour des raisons bien évidentes, peut préférer la prise en paiement et ainsi bénéficier d'une libération de dette. Peut-il, en ces circonstances, délaisser unilatéralement le bien grevé et prétendre de ce fait lier le créancier hypothécaire⁴³? Deux courants s'affrontaient. Un premier courant soutenait le geste unilatéral du débiteur : le débiteur pouvait agir ainsi unilatéralement car l'économie des droits hypothécaires est axée essentiellement sur la protection des droits du débiteur. Un second courant analysait davantage les conséquences des divers recours hypothécaires et entendait protéger les droits du créancier hypothécaire : le consentement de ce dernier pourrait être nécessaire notamment pour le délaissement qui mène à la

41. Art. 3061 C.c.Q. tel que modifié par la loi *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, art. 80, entré en vigueur le 5 décembre 2000.

42. Art. 3061 et 2727, al. 3 C.c.Q. L'article 3061 a été modifié par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, précitée, note 21, art. 80, entré en vigueur le 5 décembre 2000.

43. La juge Morneau pose ainsi la question dans *Société d'hypothèques CIBC c. Cohen*, [1995] R.J.Q. 1141, 1143 (C.S.) : « Peut-on prétendre, comme le voudrait ici le défendeur, que la loi nouvelle lui permet maintenant de détourner à son profit le préavis d'exercice d'un droit hypothécaire donné par le créancier au point de forcer ce dernier à le libérer entièrement de sa dette dès qu'il abandonne l'immeuble hypothéqué, sans que le créancier ait le loisir de l'accepter ou non en paiement? Je ne le crois pas. »

prise en paiement⁴⁴. Cette acceptation de la part du créancier, lors du délaissement qui conduit à la prise en paiement, est formellement exigée au deuxième alinéa de l'article 2764 C.c.Q. depuis une modification apportée le 5 décembre 2000⁴⁵.

Certaines modifications visent à contrer une interprétation jurisprudentielle fondée sur l'exégèse des textes du Code civil. Ainsi en est-il des modalités de l'inscription de l'hypothèque légale résultant d'un jugement, et également du montant des frais susceptibles d'être recouvrés de la part du créancier hypothécaire. Dans le cas de l'hypothèque légale résultant d'un jugement, il y avait divergence d'interprétation sur le document soumis à la signification et à la publication. Il était admis – à tout le moins chez certains auteurs et confirmé par la jurisprudence – que la signification et la publication étaient exigées pour l'avis d'hypothèque légale et pour le jugement et que la publication devait également comprendre la preuve de la signification de l'avis au débiteur⁴⁶. La divergence d'opinions exprimées à ce sujet a contraint le législateur à davantage préciser sa pensée. Le législateur ne requiert plus, à la suite d'une intervention législative en ce sens, la publication de la preuve de la signification de ces divers documents⁴⁷. Quant aux frais susceptibles d'être recouvrés par un créancier hypothécaire⁴⁸, la jurisprudence, après quelques hésitations, a opté pour une interprétation des plus permissives de cette expression. Les frais réclamés peuvent être les frais judiciaires mais également les frais extrajudiciaires⁴⁹. Et

44. Confédération, Compagnie d'assurance-vie c. 103012 Canada Inc., [1996] R.J.Q. 2022 (C.S.); 2541-7312 Québec Inc. c. 9065-3668 Québec inc., J.E. 99-1002 (C.S.); Caisse populaire Desjardins du Village huron c. Trevors, [1998] R.D.I. 454 (C.S.).

45. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, précitée, note 21, art. 6, entré en vigueur le 5 décembre 2000; Caisse populaire St-Joseph de Hull c. Bannan, [2001] R.D.I. 721 (C.S.).

46. Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, n° 2.77, p. 151; Ferguson c. Rocan, [1995] R.J.Q. 2238 (C.S.). L'article 2730, al. 2 C.c.Q. tel qu'adopté initialement se lisait ainsi : « Il l'acquiert par l'inscription d'un avis désignant le bien grevé par l'hypothèque et indiquant le montant de l'obligation, et, s'il s'agit de rente ou d'aliments, le montant des versements et, le cas échéant, l'indice d'indexation. L'avis est présenté avec une copie du jugement et une preuve de sa signification au débiteur. »

47. L'article 2730, al. 2 C.c.Q. est modifié ainsi : « [...] d'indexation. L'avis est présenté avec une copie du jugement; il doit être signifié au débiteur », *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, précitée, note 21, art. 5, entré en vigueur le 5 décembre 2000.

48. Art. 2667, 2761 et 2762 C.c.Q.

49. 164618 Canada Inc. c. Compagnie Montréal Trust, [1996] R.J.Q. 470(C.S.); Robitaille c. Mackay, [1995] R.D.I. 523 (C.S.); Syndicat des copropriétaires de L.O. Grothe c. 2641-4672 Québec inc., [1996] R.J.Q. 497 (C.Q.); Barakaris c. Caisse populaire St-Norbert de Chomedey, [1997] R.J.Q. 1031(C.S.).

ces frais extrajudiciaires doivent être justes et raisonnables⁵⁰ ou intimement reliés au litige⁵¹; ils peuvent être réclamés qu'ils aient été prévus au contrat hypothécaire ou non⁵². Il n'est pas question pour le législateur de cautionner cette interprétation permissive. Aussi, il suggère de limiter les frais susceptibles d'être réclamés aux frais judiciaires dans le cadre d'une législation d'harmonisation des textes du *Code civil du Québec*⁵³. Quant à la prise en paiement exercée par un créancier hypothécaire sur une fraction d'un immeuble détenu en copropriété divise, elle pouvait produire un effet surprenant. Le créancier hypothécaire prétendait alors ne pas être tenu aux frais de copropriété divise que devait le copropriétaire en défaut au syndicat des copropriétaires essentiellement pour les frais échus entre la date du préavis d'exercice de la prise en paiement et celle de l'acte volontaire ou forcé en délaissement. Rappelons que le créancier hypothécaire devient propriétaire par l'acte de délaissement volontairement consenti ou par le jugement en délaissement avec effet à compter de l'inscription du préavis d'exercice. Le créancier hypothécaire peut invoquer également la rétroactivité de la prise en paiement pour faire disparaître les hypothèques, légales ou conventionnelles, publiées après son hypothèque⁵⁴. Ainsi, le syndicat des copropriétaires ne jouit pas d'une protection étendue par le jeu de l'hypothèque légale et de la rétroactivité de la prise en paiement exercée par un créancier hypothécaire

-
50. *Caisse populaire Desjardins de St-Eusèbe c. Dionne*, [1997] R.D.I. 635 (C.S.); *Mitchell c. Entreprises Pierre Poirier Inc.*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 2647 (C.Q.); *Syndicat des copropriétaires de L.O. Grothé c. 2641-4672 Québec Inc.*, [1996] R.J.Q. 497 (C.Q.); *2866-0884 Québec Inc. c. Doyon*, [1996] R.D.I. 215 (C.S.); *Distribution Toiture mauricienne inc. c. 94226 Canada Ltée*, [2000] J.Q. (Quicklaw) n° 2107, J.E. 2000-1397 (C.Q.); *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Beaudin*, [2000] R.D.I. 82 (C.S.); *TimmonsPlamondon c. Syndicat de la copropriété (Condo 1986 Place des quais enr.)*, B.E. 2000BE-626 (C.Q.); *Services hypothécaires C.I.B.C. inc. c. Chatterton*, B.E. 2001BE-956 (C.S.).
51. *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Ducharme*, [1998] R.D.I. 663 (C.S.); *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Mercerie Jean-Louis Savard ltée*, B.E. 99BE-764 (C.Q.); *Bouchard c. Voyer*, [2001] R.D.I. 701 (C.S.); *Zurich du Canada, compagnie d'assurance-vie c. Dorion*, [2002] R.D.I. 73 (C.S.).
52. *2866-0884 Québec Inc. c. Doyon*, [1996] R.D.I. 215 (C.S.).
53. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19, art. 11 et 12, entrés en vigueur le 13 juin 2002 : **11.** L'article 2667 de ce code est modifié par l'insertion, après le mot « frais », de ce qui suit : « autres que les honoraires extrajudiciaires ». **12.** L'article 2762 de ce code est modifié par l'ajout de l'alinéa suivant : « Nonobstant toute stipulation contraire, les frais engagés excluent les honoraires extrajudiciaires dus par le créancier pour des services professionnels qu'il a requis pour recouvrer le capital et les intérêts garantis par l'hypothèque ou pour conserver le bien grevé. »
54. Art. 2783 C.c.Q.

de rang antérieur. Là encore, le législateur ne semble pas cautionner l'interprétation jurisprudentielle dominante⁵⁵ qui soutient que le créancier hypothécaire du copropriétaire en défaut n'encourt aucune obligation personnelle au paiement des charges de la copropriété, sauf si le créancier hypothécaire s'est personnellement obligé de diverses façons⁵⁶. Aussi, le législateur préfère imposer à tout acquéreur d'une fraction de copropriété divise le paiement des charges communes dues relativement à cette fraction et cela vise également le créancier hypothécaire qui exerce une prise en paiement ou tout autre droit hypothécaire. Et le débat est ainsi tranché aux termes de modifications accomplies en 2002⁵⁷ mais il ne change rien au jeu de la rétroactivité de la prise en paiement et des diverses hypothèques et droits inscrits sur l'immeuble grevé.

Certaines modifications sont faites dans un seul souci d'harmoniser les diverses dispositions du droit des sûretés et de la publicité. C'est une question essentiellement de présentation des textes et d'uniformisation de vocabulaire. Le registre foncier devient, en prévision de l'informatisation, un registre central avec des points de service dans les divers bureaux de la publicité foncière. Ainsi, l'Officier de la publicité foncière est responsable de la tenue des registres dans le domaine foncier tout comme l'Officier de la publicité des droits personnels et réels mobiliers l'est dans le domaine mobilier. Le registre foncier est plutôt une expression générique qui s'applique à l'ensemble du territoire; les livres fonciers sont tenus dans les diverses circonscriptions foncières du Québec et il n'est plus question de registres fonciers ni de bureaux de la publicité foncière. La réalité juridique est transformée en raison de la possibilité de l'inscription des droits et des actes à distance par transmission électronique⁵⁸.

55. *Banque nationale du Canada c. Syndicat des copropriétaires de Le Balmoral*, [1996] R.D.I. 273 (C.Q.); *Compagnie Trust National c. Syndicat des copropriétaires de « Le 195, Longtin, La Prairie »*, [1995] R.J.Q. 541 (C.S.); *Banque Royale du Canada c. Syndicat Port Royal*, [1998] J.Q. (Quicklaw), n° 3479 (C.Q.).

56. *Société d'hypothèques C.I.B.C. c. Syndicat de la copropriété Les Majestics M.C. – Phase 1*, [1998] R.D.I. 325 (C.Q.); *Syndicat des copropriétaires Château Corot c. Banque Royale du Canada*, J.E. 99-1157 (C.S.); *Peluzo c. Crédit Industriel Desjardins Inc.*, [1996] R.D.I. 495 (C.A.) (j. Deschamps, Forget et Delisle); *Syndicat des copropriétaires des 104, 120, 126 et 136 rue Léonard c. Banque Laurentienne du Canada*, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 1140 (C.S.).

57. Art. 1069 C.c.Q. tel que modifié par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, précitée, note 53, art. 6 (entré en vigueur le 13 juin 2002).

58. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, précitée, note 21, art. 24, entré en vigueur depuis le 9 octobre 2001.

II- Naissance d'une contre-réforme

La question est posée. Sommes-nous en présence d'une contre-réforme? Les modifications législatives ponctuelles, d'importance ou de concordance, affectent la philosophie générale du droit des sûretés. Elles sont même inquiétantes. Elles sont annoncées pour mettre un terme à des divergences doctrinales ou jurisprudentielles parfois fort légitimes. Elles se manifestent avec impatience à la moindre incertitude soulevée. Elles manquent souvent de cohésion et laissent même en suspens des questions plus fondamentales. C'est avec pertinence que l'on peut donc soulever la justification de ces nombreuses modifications. Le Barreau s'insurgeait encore récemment contre l'attitude plus regrettable qu'heureuse du législateur de modifier, au gré des interprétations jurisprudentielles et doctrinales, des dispositions pourtant longuement mûries du *Code civil du Québec*. Il regrettait que le législateur ne soit pas encore intervenu à propos de questions aussi complexes qu'ambiguës dans le domaine des sûretés. Il déplore une telle situation en ces termes :

On nous soumet fréquemment des amendements au Code qui veulent apporter une solution à un problème spécifique et ponctuel. Le Code civil ne constitue pourtant pas une loi comme les autres, visant à couvrir un aspect précis d'une réalité juridique bien spécifique; il se veut plutôt un énoncé des principes généraux applicables à des situations générales de droit privé. Les solutions envisagées par les amendements législatifs peuvent parfois régler le problème ponctuel identifié, malheureusement souvent au détriment de la solidité de l'édifice juridique qu'est ce nouveau Code, en changeant radicalement les principes de droit civil depuis longtemps reconnus. Les impacts sur l'application des autres chapitres et dispositions du Code semblent trop souvent mal évalués. C'est le cas de certains amendements prévus au projet de loi 50, notamment [...] l'obligation du preneur en paiement d'assumer les charges impayées par l'ancien copropriétaire (art. 6 du Projet de loi) et la question des frais engagés (art. 10 et 11 du Projet de loi).⁵⁹

59. BARREAU DU QUÉBEC, *Commentaires du barreau du Québec sur la Loi modifiant le Code civil (P.L. 50)*, Montréal, Barreau du Québec, novembre 2001, p. 2; voir également BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire concernant la publicité des droits personnels et réels mobiliers et la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession (P.L. 181)*, Montréal, Barreau du Québec, février 1998; voir aussi « Projet de loi n° 181 intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession* », *Entracte*, 15 avril 1998, p. 14-16.

Certaines questions fondamentales demeurent tout autant malgré la multiplicité des changements législatifs dans ce domaine. Elles sont au nombre de quatre : 1^o le caractère unique ou dualiste du régime hypothécaire; 2^o la présomption d'hypothèque; 3^o l'aliénation dans le cours des activités de l'entreprise et 4^o la fiducie à titre de sûreté et l'hypothèque mobilière avec dépossession en ce qui concerne une personne physique qui n'exploite pas une entreprise.

Quant au caractère unique ou dualiste du régime hypothécaire, voilà tout de même une question fort intéressante. Il est généralement admis que la réforme entendait uniformiser le droit hypothécaire. Le même concept hypothécaire devait inspirer le système des sûretés. Aussi, la définition de l'hypothèque à l'article 2660 C.c.Q. entend englober l'hypothèque autant mobilière qu'immobilière. Il n'en demeure pas moins que l'analyse attentive de l'article 2660 C.c.Q. pose de sérieuses difficultés s'il y a mise en corrélation avec d'autres dispositions du régime hypothécaire. Il faudrait d'abord s'attarder au concept même de « droit réel »⁶⁰. Est-il exact de qualifier l'hypothèque comme droit réel si certains des attributs classiques de ce droit lui sont retranchés dans la mesure où les activités prennent place dans le cours ordinaire des affaires de l'entreprise⁶¹? L'on pensera immédiatement au droit de suite qui disparaît et qui est transformé en un report sur le bien de remplacement. Est-ce que le report de l'hypothèque devient alors une autre facette du droit de suite? Est-ce que le report de l'hypothèque conserve à l'hypothèque déplacée des biens d'origine aux biens de remplacement les mêmes caractéristiques initiales tout particulièrement son rang? Est-il exact de qualifier toujours le régime hypothécaire comme étant unifié et croire que la règle de la priorité dans le temps détermine le rang de collocation des divers créanciers? La priorité chronologique édictée par le *Code civil du Québec* a toujours son sens en matière immobilière; elle ne l'a pas de façon aussi évidente en matière mobilière. Est-il exact de qualifier le régime hypothécaire d'« unifié » alors que déjà la publicité pour fins d'opposabilité est régie par des règles d'inscription différentes tenant évidemment à la nature des biens eux-mêmes, meubles ou immeubles? Le registre foncier repose sur le dépôt des actes alors

60. Voir pour discussion des divers aspects de cette question : François FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.* 803, 812.

61. Denise PRATTE, « Le droit de suite et l'hypothèque mobilière », (1997) 57 *R. du B.* 413.

que le registre des droits personnels et réels mobiliers fait appel à l'inscription de droits. Dans le premier cas, les tiers voient les informations pertinentes à la simple consultation de l'acte publié; dans le second cas, ils peuvent être privés d'informations essentielles à la compréhension du droit publié. Le régime de publicité diffère ostensiblement dans l'un et l'autre domaines : pour le registre foncier, les livres de la publicité sont fonction du bien visé mais pour le registre des droits personnels et réels mobiliers, la publicité est fonction du nom des personnes concernées et, exceptionnellement, du bien. La recherche peut être faite dans la majeure partie des cas en se fondant sur le nom au registre des droits personnels et réels mobiliers mais elle ne peut être menée, au registre foncier, qu'en fonction du bien grevé au registre foncier. Il faut se rappeler que la recherche au nom est en principe proscrite au registre foncier sauf les exceptions énoncées à l'article 3018⁶².

Quant à la présomption d'hypothèque, la querelle entre tenants et opposants de cette présomption demeure même après la mise en vigueur du Code⁶³. Le législateur préfère la voie du compromis, ce qui fait dire aux auteurs d'une étude critique sur le Projet de loi 125 :

Il faut donc effectuer un choix, (1) le choix d'un régime obligatoire et cohérent : alors, la présomption d'hypothèque en assure l'efficacité et la cohésion; (2) le choix d'un régime suggéré mais non obligatoire : alors, la liberté contractuelle pourra mieux circonscrire les échanges commerciaux. Dans la version du Projet de loi 125, le législateur prévoit une voie de compromis qui combine à la fois les avantages de la liberté contractuelle et les inconvénients de conflits potentiels.⁶⁴

La version adoptée ne retient aucune présomption formelle et générale d'hypothèque. Elle énonce cependant des prohibitions ponctuelles. Elle prohibe toute clause qui donne au prêteur le droit discrétionnaire d'exiger la disposition ou la propriété d'un bien

62. Art. 3018 C.c.Q. tel que modifié par *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, précitée, note 21, art. 53, en vigueur le 5 décembre 2000.

63. Roderick A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, « la présomption d'hypothèque » et le principe de « l'essence de l'opération » », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 527.

64. Marc BOUDREAU et Pierre CIOTOLA, « Présentation et critique des dispositions du Projet de loi 125 portant sur les sûretés réelles », (1991) 22 *R.G.D.* 697, 708.

donné en garantie de l'exécution d'une obligation⁶⁵ et interdit la clause de dation en paiement dans le cadre de l'hypothèque mobilière de créances, avec ou sans dépossession⁶⁶. Elle soumet aux règles de réalisation des sûretés certains contrats, comme la fiducie à titre onéreux consentie pour l'exécution d'une obligation⁶⁷, la vente avec faculté de rachat consentie pour garantir un prêt⁶⁸ et la vente à tempérament comportant une réserve de propriété publiée⁶⁹. Le professeur Pineau qualifie cette solution législative de « position mitoyenne » :

Dans le domaine des sûretés, le débat fut âpre. [...] Il n'est donc pas surprenant qu'ait été adoptée là encore une position mitoyenne, en créant deux sortes de sûretés, les priorités en moindre nombre et les hypothèques, [...] et en soumettant certains contrats, utilisés à des fins de sûretés, aux règles sur les recours hypothécaires lorsque les créanciers désirent exercer leurs droits. Ainsi, les emprunts au droit anglo-américain sont-ils sources de difficultés pour les uns, et sont-ils terriblement timorés pour les autres. Les uns et les autres doivent désormais s'en accommoder.⁷⁰

Quant au droit de suite du créancier hypothécaire dans le domaine mobilier, il peut disparaître ou subsister selon le sens large ou étroit donné à l'expression « aliéné dans le cours des activités de l'entreprise » aux articles 2674, 2700, 2732 et 3104 C.c.Q. Et l'interprétation donnée à cette expression a alors une importance indéniable : l'hypothèque peut subsister sur le bien aliéné ou peut disparaître pour laisser place à un report d'hypothèque sur le bien de remplacement. On aurait pu croire que les divergences doctrinales ou jurisprudentielles qui se sont manifestées dès les versions préliminaires du *Code civil du Québec* auraient mené le législateur à mieux préciser ses intentions. Peine perdue. La controverse subsiste toujours. Cette expression peut recevoir une interprétation large, fondée principalement sur l'économie générale du *Code civil du Québec* et sur l'évolution historique des

65. Art. 1801 C.c.Q.

66. Art. 2747 C.c.Q.

67. Art. 1263 C.c.Q.

68. Art. 1756 C.c.Q.

69. Art. 1749 C.c.Q. tel que modifié par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, art. 3.

70. Jean PINEAU, *Le nouveau Code civil et les intentions du législateur*, 3^e Conférence Albert-Mayrand, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 26 et 27.

dispositions pertinentes⁷¹. Il ne faut pas oublier que la version préliminaire du *Code civil du Québec* s'en rapportait davantage à l'expression « destinés à la vente »⁷² et ces termes n'ont pas été maintenus dans la version adoptée du *Code civil du Québec*. Il ne faut pas non plus oublier que la sécurité des transactions justifie une interprétation favorable à la validité des conventions. Il est justifié d'étendre les activités normales de l'entreprise aux opérations de renouvellement de l'outillage et de l'équipement⁷³. Cette expression pourrait être interprétée tantôt dans un sens large tantôt dans un sens restreint si certains facteurs sont pris en considération tels la nature et l'objet de la transaction ou encore les modalités d'une exploitation normale de l'entreprise⁷⁴. Dans le domaine des sûretés, elle devrait, pour d'autres, plutôt recevoir une interprétation restrictive et le créancier hypothécaire devrait s'en tenir, si possible, aux seuls biens hypothéqués initialement. Les tenants du sens « étroit »⁷⁵ limitent les activités de l'entreprise au renouvellement de l'inventaire, ce qui fait que toute disposition de biens autres que l'inventaire n'entre pas dans le cours des activités de l'entreprise pour les fins des sûretés⁷⁶. S'il est vrai qu'en au

71. P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 4, n^{os} 32-34, 321-323; Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n^o 642, p. 604.

72. *Code civil du Québec*, Projet de loi 125 (adoption de principe le 18 décembre 1990), 1^{re} session, 34^e législature, Québec, art. 2658. Nous reproduisons le premier alinéa de cet article : **2658**. L'hypothèque qui grève une universalité de biens ou des biens individualisés destinés à la vente subsiste, lors même que l'un d'eux est aliéné, et est reportée sur tout bien acquis en remplacement de celui-ci.

73. Voir en ce sens *Legault & Frères c. 2751-5717 Québec inc.*, [1997] R.J.Q. 2336 (C.Q.); *Caisse populaire Desjardins de Joliette c. Radio MF C.I.E.L.(1981) Inc.*, [1996] R.J.Q. 3000, 3002 (C.S.). Dans l'affaire *Legault & Frères*, le camion hypothéqué a été vendu en même temps que d'autres biens de l'entreprise : le tribunal y voit une liquidation partielle des biens de l'entreprise et de ce fait une aliénation hors le cours des activités de l'entreprise. Voir également *Braun Canada c. Banque nationale du Canada*, J.E. 99201 (C.A.).

74. Mistral Goudreau, « De l'acte commercial à l'acte de l'entreprise dans le *Code civil du Québec* », (1994) 25 R.G.D. 235, 246.

75. D. PRATTE, *loc. cit.*, note 61, p. 417; D. PRATTE, *loc. cit.*, note 26, p. 196. Dans le même sens, voir Marc BOUDREAULT, *Les sûretés*, dans *Chambre des Notaires du Québec, R.D./N.S.*, « Sûretés », Doctrine, Document 1, Montréal, par. 483.

76. *Banque de développement du Canada c. Constructions Boyer & Truchon inc (Syndic)*, [1997] A.Q. (Quicklaw) n^o 1274, par. 28 (C.S.); J.E. 97-1053 (C.S.). Le tribunal s'en remet à une interprétation restrictive de cette expression et au maintien du droit de suite pour toute aliénation faite en dehors du cours usuel des affaires de l'entreprise. Il s'en exprime ainsi : « Ainsi, sommes-nous d'avis que le Législateur visait par l'expression « biens vendus dans le cours de (à suivre...)

moins deux circonstances l'aliénation est considérée faite hors le cours des activités de l'entreprise, notamment 1^o la disposition d'une partie substantielle de l'entreprise sans renouvellement ou sans remplacement, telle la liquidation de l'outillage ou de la machinerie⁷⁷ et 2^o la réalisation des biens grevés faite par les créanciers dans l'exercice de leurs droits hypothécaires, il n'en demeure pas moins que la controverse perdure en ce qui concerne le renouvellement de l'outillage hypothéqué.

Quant à la personne physique qui n'exploite pas une entreprise, nous sommes toujours surpris de constater l'attitude pour le moins contradictoire du législateur. Le particulier peut avoir recours, car rien ne lui interdit une telle démarche, au mécanisme de la fiducie à titre de garantie mais il ne peut se prévaloir, sauf exception, de l'hypothèque mobilière sans dépossession. Il lui est toutefois possible de se prévaloir, sauf interprétation restrictive, de l'hypothèque mobilière avec dépossession. Quant à l'utilisation de la fiducie à titre de garantie, nous sommes toujours étonné de constater que ce mécanisme de la fiducie puisse être utilisé pour contourner certaines règles d'existence soit des sûretés mobilières, soit des sûretés immobilières. Nous soulignons à cet égard que la fiducie ne comporte pas les restrictions dont les sûretés conventionnelles peuvent faire l'objet, notamment quant à la forme et quant au constituant. L'hypothèque immobilière est soumise à la forme authentique mais non la fiducie consentie à titre de sûreté et pertinente à un immeuble. L'hypothèque mobilière n'est pas accessible à la personne physique qui n'exploite pas une entreprise, sauf exceptions spécifiques; la fiducie ne comporte pas ses contraintes. Il nous semble alors que la personne physique qui n'exploite pas une entreprise pourrait avoir recours au mécanisme

(...suite)

l'entreprise » les biens destinés à la vente dans le cours même de ses activités que ce bien fasse partie d'une universalité fongible ou qu'il soit individualisé. Seule une interprétation restrictive s'impose des mots du Législateur lorsqu'il énonce « lorsque l'hypothèque grève un bien individualisé ainsi aliéné » puisqu'il a précisé dans ses commentaires que l'hypothèque visée par l'article 2674 concerne les biens que l'entreprise possède et qu'elle destine à la vente. L'expression « ainsi aliéné » ne peut donc que s'appliquer aux biens destinés à la vente dans le cours des activités de l'entreprise. »

77. Voir en ce sens *Caisse populaire Desjardins de Joliette c. Radio MF C.I.E.L. (1981) inc.*, précitée, note 73, p. 3002 et l'article 1767 C.c.Q. L'entreprise poursuit un plan de redressement et aliène les biens hypothéqués. Elle entend restreindre l'exercice de ses activités habituelles dans la réalisation de son plan de redressement. Il n'y a pas en ce cas aliénation dans le cours normal des activités de l'entreprise.

de la fiducie et ainsi contourner une règle impérative du régime des sûretés mobilières. Il en est de même pour la fiducie pertinente à un immeuble sans respecter la forme authentique exigée pour l'hypothèque immobilière. Une brèche ou un oubli! Une lacune à remédier au plus tôt! Nous croyons plutôt que les contraintes imposées à l'hypothèque consentie par un particulier devraient également l'être pour la fiducie consentie à titre de garantie. Concordance, harmonisation et philosophie générale du Code obligent. Quant à l'hypothèque mobilière avec dépossession, elle est refusée au particulier pour les créances non négociables sous prétexte d'une interprétation restrictive des créances ou des titres susceptibles d'être hypothéqués en ce cas. Mais alors ce particulier peut-il se prévaloir de l'hypothèque mobilière avec dépossession pour un dépôt à terme détenu auprès d'une institution financière, pour une créance tel un solde de prix de vente qui lui est dû de la vente d'un de ses biens de valeur? Ce qui était possible sous l'ancien droit par le jeu de la cession de créance en garantie ne serait donc pas permis sous le nouveau droit si l'hypothèque mobilière avec dépossession est limitée, en ce qui concerne les biens incorporels, aux seuls biens négociables. Les textes du *Code civil du Québec* sont des plus ambigus sur cette question et peuvent être invoqués autant au soutien de la thèse permissive qu'à celle du refus⁷⁸. Cette question devrait également faire l'objet d'une intervention législative pour mettre un terme à ce débat : la Cour d'appel n'admettant pas la possibilité pour un certificat de dépôt non négociable d'être hypothéqué en ce cas par la voie d'une hypothèque avec dépossession.

CONCLUSION

Ces diverses modifications pour fins de concordance, d'harmonisation ou encore pour fins de réforme, soulèvent vraiment la question de la naissance d'une contre-réforme. Certaines modifications obligent une approche nouvelle du droit des sûretés, tout

78. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2001] R.J.Q. 321 (C.A.). Cet arrêt infirme le jugement de première instance (*Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [1999] J.Q. (Quicklaw) n° 907 (C.S.)) qui favorise une interprétation libérale du terme « titre ». Le tribunal de première instance souligne même que « ce certificat de dépôt doit être assimilé à une note de crédit qu'une personne peut détenir contre un commerçant. Même si ce crédit ne peut être encaiss[é] que chez le commerçant émetteur, son titre peut être hypothéqué par dépossession par son détenteur. » Au moment d'aller sous presse, la Cour suprême du Canada, sur division, a validé l'hypothèque mobilière avec dépossession de ce titre non négociable (*Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] A.C.S. n° 29).

particulièrement dans le domaine des priorités. D'autres modifications, parfois fort techniques, modifient les règles traditionnelles de la publicité des droits, notamment la modernisation récente de la publicité foncière. Certaines règles du droit positif n'ont de sens qu'en fonction de règles de droit transitoire, éparses dans des lois et sans référence aux articles concernés du *Code civil du Québec*. D'autres modifications, souhaitées ou espérées par la collectivité juridique, se font attendre. Il n'en demeure pas moins que le droit des sûretés n'est plus un pan stable du droit civil; les modifications législatives nombreuses depuis la codification de 1992 en sont le reflet indéniable. Et dire que pour certains, le droit des sûretés est un droit sans histoire et sans nouveauté !

